BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
11 F
54

13-12

Google

Portador desta de V. M.ce [illegible] de semanas [illegible]
[illegible] con que Eu me achava bem [illegible]
[illegible] em cousas de seu serviço E
[illegible] com quem [illegible]
E [illegible] de V. M.ce [illegible]
[illegible] de la maria
[illegible] sobrinho de V. M.ce E [illegible] meu [illegible]
V. M.ce [illegible] dar lhe orde [illegible]
Para aquelle que afirmo a V. M.ce que [illegible] não
[illegible] em casa do mestre todo
de bem [illegible] mais [illegible] E
[illegible] de Alentejo [illegible] guerra não
[illegible] que da India me dise [illegible]
[illegible] V. M.ce provido [illegible] Guarde
a V. M.ce E lhe de [illegible] anos de vida [illegible] deseio
[illegible] patronilha da rocha [illegible]
[illegible] 17 de [illegible]

Criado de V. M.ce Fr. [illegible]

Digitized by Google

D. FRANCISCI DVARENI I. C. CELEBERRIMI

OMNIA QVAE QVIDEM HACTENVS EDITA FVERVNT Opera.

NON TANTVM PLVRIMIS IN DIGESTA SEV Pandectas, & Codicem Commentariis, ac methodicis expoſitionibus, tam quæ ab ipſomet auctore in lucem datæ, quàm quæ poſt eius exceſſum, vel inter eius membranas, & in Bibliotheca ſunt repertæ, vel ab eius intimis familiaribus exhibitæ, quas eo exceperant dictante, illuſtrata; verùm etiam alis ipſius in vtroque iure relictis monumentis, vt ſub titulorum INDICE *videre licet, locupletata:*

EDITIO, vt poſtrema, ita & cæteris vmquam antehac alibi egreſſis compluribus in locis ab Huberto Molinæo Procuratore Regio Lingonenſi, illius Duareni quondam Amanuenſi, multò terſior ac emendatior reddita. Cui nunc demum acceſſerunt Regulæ Iuris, Sententiæ, ac Loci communes ex Pandectarum libris collecti.

Cum Indicibus titulorum, necnon rerum & verborum, locupletiſſimis.

Card.^æ



Romano.

AVRELIÆ ALLOBROGVM

Excudebat Petrus de la Rouiere.

M. DC. VIII.

Google

13 11 F

AD CLARISSIMOS ET PRVDENTISSIMOS VIROS IOAN. MATTHÆVM STAMLERVM REIpub. Auguſtanæ Senatorem, & Conradum Pium Peutingerum eiuſdem Aduocatum:

Nicolai Ciſneri Iuriſconſ. in opera Franciſci Duareni Præfatió.

QVANTA Iuriſprudentiæ in ciuitatibus ac rebuſpub. omnis generis communíque hominum vita, vis atque poteſtas ſit, nemo vel mediocri rerum vſu præditus ignorat. Itaque optandũ eſſet, vt ex quibus iuris auctoribus, maximam partem legiſlationis ſuę Iuſtinianus compoſuit: iidem integri nobis ſupereſſent. Vt enim Romani in aliis artibus ac ſciẽtiis, quæ ad Reipub. conſtitutionẽ, adminiſtrationem, cõſeruationem, amplificationẽ, propagationemq́; pertinent, cæteros populos ſuperarunt: ſic & in excolenda æqui & boni arte omnibus gentibus præſtiterunt. Vnde & Iuriſprudentum nomen, quaſi Romanorũ proprium fuit. Neque pragmaticorum eadem apud Græcos, quæ Iuriſconſultorum apud Romanos vel facultas, vel dignitas fuit. Itaque tantum, & libera Repub. & ſub dominatum principum redacta, tributum Iuriſperitis fuit; vt interpretationes eorum foríque diſputationes, & reſponſa Iuris ciuilis nomen auctoritatémque obtinuerint. Vnde iidem ab ipſis etiam Imper. nunc iuris auctores,[a] nunc iuris conditores[b] appellantur. Itaque ſi horum ſcripti de iure libri extarent, ex iis colendæ tractandæque iuriſprudẽtiæ in omnibus illis partibus in quibus poſita eſt; exempla & auctoritatis pondere præſtantiſſima, & vtilitatis vbertate optima, & ad diſceptanda iudicia, réſque controuerſas decidendas, & ad actiones inſtituendas, componendas, & ad cautiones rerum gerendarum conficiendas, & ad interpretanda, obſcura, ambigua, & dubia, vel in iure, vel in priuatorum conuentionibus, teſtamentis, diſpoſitionibus, & actis, & ad æquum bonúmque reſpondendũ petere potuiſſent, qui huic generi ſtudij ſe dediderunt. Nulla enim iuris ſcientiæ pars eſt, quam non ſcriptis illuſtrarint ſuis. Nam & ad leges, ſenatuſconſulta, edicta, orationes, & conſtitutiones principum, commentarios, & Digeſtorum, Pandectarum, regularum, differentiarum, & de publicis aliíſque iudiciis, de cognitionibus, de enucleatis caſibus pro tribunalium decretorum, actionum, interdictorum, & de teſtamentis, legatis, fideicommiſſis, ſtipulationibus, reliquíſque iuris articulis, quæſtionũ, tum aliarum, tum publicè tractatarum, diſputationũ, opinionum, reſponſorum, epiſtolarũ, & ſimiles libros reliquerunt. Omnium igitur rerum, quas Iuriſprudentia cõplectitur, exempla præclara, & formæ quaſi abſolutæ in iis ad imitandũ propoſitæ fuerunt. Sed ſiue Triboniani culpa, ſiue hominum illius ſeculi negligentia, ſiue poſteriorũ ætatum incuria, ſiue cõmuni rerum humanarum fato, magno certè & reipub. detrimento, & veræ iuriſprudẽtiæ

[a] l. duo fratres ff. de iure patro.
[b] l. nulla. C. de procurat.

iactura accidit, vt ex egregiis illis ſummorũ Iuriſconſ. monumentis, non ſolũ pleraque omnino interierint, verumetiã quæ ad manus noſtras peruenerint, ſiue in Pandectas ſint cõgeſta, ſiue alioquin ex Pauli, Vlpiani, Caij operibus in hęc tẽpora ſeruata in Occidẽtis imperio aliquot ſecula in tenebris iacuerint: & cum ex iis emerſiſſent deprauata, mutila & inſtar tabularum nauis ex naufragio diſſolutę in vaſto pelago diſiectarũ diſſipata fuerint. Quocirca omnes Iuris ſtudioſi diligentiſſimis & doctiſſimis his viris maximas gratias agere debent: qui has ipſas reliquias in lucẽ reuocarunt, & vt à mendis erroribúſq; ac vitiis vindicarent, & quæ diſperſa, & in varios riuulos diuiſa fuerunt, cõmodè coniungerent, ac ad ſuum quęque locum referrent, plurimum induſtrię poſuerunt. Non faciã vt quas vtilitates ex ipſis fragmẽtis, præſertim quę in Pandectis cõtinentur, Iuris ſtudioſi percipere poſſint multis cõmemorẽ, id enim nec loci huius eſt, nec inſtituti. Vt autẽ cæleſti quadã beneficentia, omnes fere artes & ſcientię barbarie ſuperiorum ſeculorũ deformatæ, noſtra ętate ſuo nitori & dignitati maxima ex parte ſunt redditę: ſic nõnulli in Italia, Germania, Hiſpania, multi verò in Gallia, & lectione Digeſtorum, aliorúmq; huiuſmodi fragmentorum excitati, & imitatione veterum accenſi, vt eorundẽ veſtigiis inſiſterent, rectúmque eorum morẽ in interpretando ſequerentur, omni animi cõtentione incubuerunt. Quam viã ingreſſi ab Andrea Alciato Iuris in Academia Bituricẽſi profeſſores, quo plus in eo genere profecerunt, propiúſque ad purã & ſinceram illam ipſorum Iuris authorum rationẽ in explicãdo Iure ciuili acceſſerunt: eo maiorẽ laudem & verę Iuriſprudentię deditorum cõprobationem merentur. Ac in his, qui primum locum in tã pręclaro inſtituto tenuerunt, ponendus merito etiã eſt Franciſcus Duarenus, cuius Commentarij veterẽ illum verę Iuriſprudentiæ ſuccũ ſapiunt, ſiue purum dicendi genus, ſiue artificioſam tractationẽ, ſiue accuratum iudicium ſpectauerimus. Fuerit autẽ ſecundus ab Alciato: triẽnio enim poſt eius diſceſſum ſe in illa ſchola Ius ciuile profiteri cœpiſſe, nec multo interiecto tẽpore Eguinarium Baronem collegã nactum in oratione quadã indicat, iiſque annis Cõmentarios de in litem iurãdo, de pactis, Anniuerſariarum diſputationum lib. 1. & Apologiam de Imperio ac iuriſdictione edidit. Deinde intermiſſo hoc docẽdi Iuris munere, ad ampliſſimam regni Francici curiam Pariſienſem ſe cõtulit, vt ad vſum forẽſem Iuris cognitionẽ aggregaret, non tam vt conſulentibus operã ſuam pręſtando rem faceret, quã vt cum Iuris cognitione etiam exercitationẽ coniungeret. Poſtquàm verò triennium iam in Baſilica verſatus eſſet, & interea Eguinarius Baro è vita diſceſſiſſet, amplo honorario ab Illuſtriſſ. D. Margarita Francica Duce Biturigum, & eiuſdẽ ciuitatis magiſtratu reuocatus ad iuris gymnaſiũ, vt in eo primo loco ius profiteretur, cum ſe iã id cõſecutum eſſe quod quęſierat, in foro cerneret, & tum odio ſophiſtices, quã in ea corruptione iudiciorum perſpiciebat, vt in literis ſuis ad Albaſpineum cõqueritur, tum natura ad illud magis, quã ad hoc genus vitæ duceretur, exorari ſe paſſus eſt. Ac cum nõ modo ei à pręſtantiſſima illa principe acceſſio ſtipendij fieret, ſed & honore conſiliarij eiuſdẽ, præfectíq; libellorum ornaretur: in eo officio, quoad vixit, perſtitit. Ante verò quàm Lutetia rurſus Bituriges migraret, cõmentationes ſuas de iure Pontificio, quas de ſacris Eccleſiæ miniſteriis ac beneficiis inſcripſit, ad eandẽ Principem miſerat, & in eius nomine diuulgauerat. Reuerſus ad ſcholã, quę viuo ſe excuſa ſunt, perpoliuit, & in lucẽ emiſit, veluti Scæuolam, cõmentarios in tit. Soluto matrimonio, & de verb. obligat. ſecundum librum Anniuerſariarũ diſputationum, de iure accreſcendi libros duos, orationes item & epiſtolas aliquot. Atque hæc tantum ipſe abſoluit. Ex his verò,

quibus

quibus ipſe extremam manũ morte præuentus imponere non potuit, Martinus Treherius cõmentarium de iureiurando ex ſententia & voluntate Duareni, quã paucis ante obitũ ſuum diebus declarauerat: deinde prælectiones ad leg. Falcid. Leotius Briauius, tum in conſuetudines Feudorum Ioannes Hauichorſtius typis excudi curarũt. Etſi verò Treherius narrat Duarenum Hugoni Donello collegæ ſuo, tantum illum de iureiurando Cõmentarium à ſe emendatum edẽdum commẽdaſſe: tamen nõ idcirco noluit reliqua à ſe ſcripta nõ exire in manus hominũ, ſed iudicium adhiberi: vt quę nomine ſuo digna non ſint, & auctoritatẽ minuere poſſint, eorum editio omittatur. Noui enim ipſimet Duareno animum fuiſſe, ex his quædã quæ nunc demum pręlo ſubiecta ſunt, in lucẽ proferre, ſi reuidere ac recognoſcere potuiſſet. Ac cum hi, qui poſt Duareni obitum, præter illum de iureiurando, alios quos ſuprà cõmemoraui Cõmentarios excudi curarunt, gratiã à iuris ſtudioſis inierunt, in bonam quoque partem eos accepturos ſpero, quæ illis nõ ſunt inferiora, nec vtilitate cedunt. Eiuſmodi eſſe cẽſeo Cõmentarios ad ff. lib. 4. 28. 29 30. Ad tit. 1. lib. 21. de rebus credit ad tit. 2. libri 41. de acquir. poſſeſ. ad tit 1. lib. 42 de re iudic. & ad lib. 4. Cod. Quare licet tractatus hi poſthumi ſint, nec tantum vitium acceperint, ac qui æditi ſunt ſuperſtite parente, tamẽ cum repræſentent, & forma, & animo parentẽ, lucis eis vſurã concedendam, dignóſque eſſe qui educẽtur, & curentur, exiſtimaui: ac cum & præceptori bene de me merito, grati diſcipuli officium pręſtare, & iuri operã dantiũ ſtudia adiuuare voluerim, etiamſi iis, qui & maiori iuris cognitione inſtructi ſunt, & de interpretationibus huiuſmodi Iuriſcõſultorum rectius iudicare poſſunt, aliud de his Duareni libris emittẽdis, quàm mihi viſum fuerit, nõ tamen idcirco mihi vitio daturos ſpero, quòd bono animo hæc eius opera diuulgarim. Nã mihi perſuaſum habeo, me ex ſcholis & pręlectionibus Duareni, ex quibus ab eo, magnam horum Cõmentariorum partẽ excepi, multum in hoc ſtudiorum genere profeciſſe. Quare ita mihi cum Duareni prælectiones, tum in his antinomiarum diſſolutiones placuerunt, vt nõ modo eas, quibus interfui, diligenter exceptas cuſtodiuerim, ſed & alias quas vel ante meum aduentũ, vel poſt diſceſſum noſtrates auditores annotatas, & in volumina redactis habebant, diligenter cõquiſiuerim, & nulla ſumptuum ratione habita, deſcribẽdas curarim. Ac cum quædam ex iis nõnullis amicis cõmunicaſſem, & ad Typographorũ notitiam perueniſſet, mihi & plura & emẽdatiora quã aliis eſſe, multos iam annos à me cõtenderunt, vt ſibi ea typis imprimenda darẽ. Quibus hactenus negaui, propterea quod hãc operam & laborẽ eos ſuſcepturos ſperarẽ, quibus à Duareno id commiſſum audiueram. Quod enim ſcirem id illos omniũ optime pręſtare poſſe, turpe viſum fuit, eos hac in re anteuertere. Pòſtquã verò ab iis multos iam annos nihil editum eſt, & quidam in vicinia, qui vix dimidiam partẽ eorum, quæ iam retuli, habebat, eáq; ipſa vitioſa & manca, de iis ipſis imprimendis cum typographo quodã egiſſet, cui & ante tradiderat remiſſiones quaſdam imprimendas, quæ in lucem ſunt diuulgatæ, ſatius eſſe & exiſtimationi Duareni, & ſtudioſis melius cõſultum ſum arbitratus, ſi potiora & integriora exirẽt, maximè quod alioquin in manibus multorum verſarentur. Itaq; cum pręter alios etiam Rouillius me, vt quæ mihi eſſent ex Duareni operibus ſibi cõmunicarẽ rogaſſet, & multa ſe ante cõquiſiuiſſe mihi ſignificaſſet, eiúſq; opera ipſemet Duarenus in excudẽdis ſuis pręcæteris vſus eſſet, eáq; omnia ferè, quæ Duarenus ipſe à ſe perpolita edidit ab ipſomet accepta, accuratè, emẽdatè, & eleganter impreſſerit, vt omnibus iis, qui ea habent, notũ eſt, nemini potius quæ habui, quàm huic cõmittere debui. Etſi vero, quæ ex Duareni ſcriptis luce digna nõ putarẽ, ei-

dem Rouillio in Indice quē miſi,notaui,idque ex ſuperiorū expoſitione intelligi poſſit:tamē cum quæcunq; in indicē illum retuleram, & à me ex Duareni ore excepta,& à librario quodā Bituricenſi Iuris ſtudioſo deſcripta, vt ſibi mitterē, à me petiiſſet:voluntati eius deeſſe nolui.Itaq; omnia omnino,imo nonnullorum quorundā etiam Cōmentariorum bina aut plura exēpla ad eum perferri curaui. Et cū ex literis eius animaduerterē, eum in his operibus publicandis doctorum quorundā,& in iure peritorū operam adhibere,quibus Duareni memoria & nomine nihil eſſet antiquius,eorum fidei & iudicio,omnē hanc poſthumā Duareni ſobolē credidi. In iiſdē autem literis ſpē mihi fecit Rouillius,horum induſtria ſe eodē cultu atque habitu hāc,quo priorē illam prolē curaturum ac ornaturū. Ad vos verò Ioannes Matthæe Stamlere,& Cōrade Pie Peutingere quod attinet,cū eodē tempore vos vnà mecū cum aliis præſtantiſſimis Doctoribus,tum Frāciſco Duareno Ius ciuile interpretanti in Biturigū auditorio operā dederitis, nec modo magni eorū in docendo viam & rationē feceritis, plurimúmque Duareni lectionibus incubueritis: ſed ſub iis quoq; magnos in Iuris cognitione progreſſus feceritis, in veſtro nomine hęc quę antehac excuſa nō fuerunt apparere volui,tū vt nō ſecus atq; meę,ſic veſtræ quoque erga illum ſit animi inductionis,& ſtudij documentum,tum vt mei erga vos amoris argumentū.Quæ enim tum inter nos cōtracta eſt amicitia,cū ſtudiorum cauſa Biturig. viximus, licet poſtea locorū & regionum diſtantia diſiungeremur,nō tamē idcirco elanguit:ſed cū ego Peutingere,à te Lutetiā diſceſſiſſem,deinde ad Andes profectus eſſem, literis inter nos quibus de variis iuris quæſtionibus diſputauimus, culta fuit, nec veſtro in patriā reditu honorum incremētis & dignitatis acceſſione, quæ inter nos fuit animorū cōiunctio,imminuta eſt,ſed firma conſtánſq; ſemper permāſit. Itaque cum vos ampliſſimus prudentiſſimúſque ſenatus veſter,propter inſignes ingenij dotes,& pręſtātes animi virtutes nomine ſuo legatos ad comitia à Cęſare & Imperij ordinibus ab hinc quinquēnium hic habita,miſiſſet,poſt tot annorū interuallum humaniſſime me amiciſſiméq; cōplexi eſtis. Ac tametſi alij quoque clari & excellētes viri,quibus cū mihi in Gallia vſus & conſuetudo fuit,legationis munere functi,veteris amicitię nō fuerunt immemores,tamē ſumma veſtra erga me fuit beneuolētia.Quare hęc egregia in me voluntatis propēſio tātum ad illum priſtinū meū in vos animū affectionis adiecit, vt qui amore me erga vos vincat, nulli ſim cōceſſurus. Neq; enim ſatis vobis fuit me in ære veſtro eſſe,ſed magnis & pręſtātibus viris ita me cōmēdaſtis,vt ob iudicij veſtri de me teſtimonium,omnē mihi ſuā beneuolentiā detulerint. Ac tu quidē Stamlere hęc tua in me beneficia nouis ſubinde meritis cumulaſti.Cum enim pręſtātiſſimæ reipublicę tuę cauſa,propter perſpicuā fidē,exploratam prudētiam,ſpectatā virtutē, multiplicē rerum vſum, excellētē authoritatē, interea aliquoties huc miſſus fueris in ſummis occupationibus tuis nunquā prętermiſiſti,quin non modo amantiſſime me cōpellares, ſed aditum quoq; ad aliorum virorū excellentium amicitiā pro ſingulari tua humanitate patefeceris, in quibus eſt Georgius Tradelius vir & Iuriſprudentiæ & eloquentiæ laude celebris.Itaq; iādudum cōſtitui,oblata aliquando occaſione,grati animi erga vos mei voluntatē officio aliquo teſtificari.Hāc mihi nunc opportunitatem dari exiſtimaui, ſi quæ vnà mecum ex Duareni lectionibus excepiſtis ea (typis excuſa) veſtrum nomen circumferrent: Quod ſi igitur hac opera conſecutus fuero,vt quę mea erga vos affectio,qui amor ſit intelligatur,aliquam me vobis gratiam ſi non retribuiſſe , at habuiſſe arbitrabor. Valete. Spiræ Calend. Aprilis. M. D. LXXVIII.

EPISTO-

EPISTOLAE QVAEDAM FRANCISCI DVARENI IVRECONS. QVAS QVIBVSDAM COMMENTARIIS SVIS PRÆPOSVIT.

DE IN LITEM IVRANDO.

AMPLISS. VIRO FRANCISCO CRISPINO, DVCIS AVRELIANENSIS CANCELLArio, Franc. Duarenus, S.

NON minus verè, meo iudicio, quam ſcitè ſcripſit quidam, Fælices eſſe eos quibus aut facere ſcribenda, aut ſcribere legenda, fauore numinis datum eſt. Sic enim ſtatuo, aut nihil vſquam beatum aut beatiſsimos certe eos eſſe, qui præclaris, atque eruditis literarum monumentis, communem hominum ſocietatem ſic iuuant, vt indè gloriam ſibi comparent immortalem. Quæ licet bonis viris per ſe expetenda non ſit, tamen rectè factorum comes eſt, & virtutem, tanquam vmbra corpus, vltro ſequitur. Contra miſeram ſemper, ac miſerandam eorum conditionem iudicaui, qui cum vix mediocriter in ſtudio bonarum diſciplinarum verſati ſint, continuo ſcriptitandis libris ingenij famam occupari ſolent. Hos ſiquidem iſtius inconſideratæ, temerariæque ambitionis ſuæ, eam mercedem crebro ferre videmus, vt ſapientum hominum, & cordatorum iudicio non modò pro doctis, ſed vix etiam pro ſanis habeantur. Porrò hunc animi morbum cum ἐκ τῆς φιλαυτίας, atque ex nimia quadam impudentia naſci certiſsimum ſit, næ onus mihi graue impoſitum video, mei apud te, ſummum iudicem ingeniorum, tuique ſimiles, purgandi, quod huius libelli editione nunc ſim auſus naſutiſsimo huius orbis theatro meipſum exponere. Non enim adeo mei amans aut potius amens ſum, vt non cogitem, quam multa in hoc opuſculo grauiſsimi quique noſtri ordinis homines ſint deſideraturi: vt imperitum vulgus, & calumniatores mittam, aduerſus quorum venenum (vt Ariſtophanes ait) nullum poteſt ἀντίδοτον excogitari. Accedit etiam ad confidentiæ huius meæ exaggerationem, quod parum exploratis adhuc viribus argumentum id tractandum ſuſceperim, cuius obſcuritas ea eſt, vt interpretum in hoc genere diligentiſsimi, nobiliſsimique deſperauerint ſeſe aliquam ei lucem adferre poſſe, idque editis libris ingenue teſtatum reliquerint. Quorum diligentiā ſuperare hoc velut noſtræ artis tyrocinio niti, quid aliud eſt, quam ἐν πίθῳ τὴν κεραμείαν μανθάνειν, vt eſt in vetere Græcorum prouerbio? Neque enim ætas mea, vel vſus vel eruditio ea eſt, vt receptæ auctoritatis ſcriptorum in iure ciuili cenſura magnopere mihi inueniat: quàm ſane, qui in ſtudiis doctrinæ ætatem omnem exegerunt, ſibi non audent arrogare. Præclarè etenim Plato, Felicem eſſe dicebat eum, cui vel in ſenectute contigerit, vt veras opiniones aſſequi poſsit: ſiquidem rarum eſt, vt quiſquam mortalium, etiam confecto vitæ curriculo, tam excellentis boni compos fiat. Sed quando hoc noſtrum qualecunque opus, non inani oſtentatione ductus, neque captandæ auræ popularis gratia publicandum duxi, ſed vt iuuenum ſtudia labore meo vtcunque promouerem, idque de ſententia doctiſsimorum hominum, & grauiſsimorum à me factum eſt, magna mihi ſpes oſtenditur, honeſtam voluntatem, & conatum meum à viris bonis boni conſultum iri. Poſteaquam enim, te auctore, Legum interpretandarum cauſa in hoc Gymnaſium publicè accitus ſum, memini, cum iuris vtriuſque profeſſoribus viſum eſſet, in collegium me ſuum cooptare, eámque ob cauſam ſolenni inſtituto publicè de iure reſpondendi impoſita mihi eſſet neceſsitas celeberrimum illum Mart. locum, ex lib. 4. Reg. qui ſub tit. De in litem iurando in Pandectis extat, eiuſdem ordinis decreto mihi propoſitum fuiſſe. In eo igitur enarrando, cum omnes ingenij neruos intenderem, commentariorum ſyluam quandam in manus ſumpſi, iam tum à me collectam, cùm Lutetiæ Pariſiorum Gul. Budæi liberis libros Pandectarum interpretarer. In ijs Paradoxa quædam erant in tractatum Iudiciorum bonæ fidei, & Arbitrariorum ſtrictim annotata, quæ ego diffuſius explicare in animum induxi, cùm vt rei ipſius nouitate, & ſubtilitate Iure ſtudioſos ad diſputandum elicerem, tum vel maximè, vt alieno magis, quàm meo iudicio confiſus pictoris Apellis exemplo, quæ in opere meo vitia notarentur, auſcultans, tandem ea, ſi videretur, emendarem. Quid multa? eam, me Hercule, non ſolum attentionem, verum etiam aſſenſionem noſtra hæc ἐπίδειξις mihi tum mereri viſa eſt, vt ſpem meam, expectationémque vicerit. Quo nomine quanquam non mediocri gaudio efferebar, commentationéſque meas tantii vi-

ris probari triumphabam (aderat enim Iureconſultorum inſignium copioſus ſane numerus) eas tamen vt exire ſinerem, adhuc exorari non potui: ac famæ meæ fortaßis conſultius fuiſſet, etiamnum in eadem ſententia permanere. Creſcentibus enim annis, confirmatóque aßidua ac varia lectione iudicio, non dubito, permulta in ſcriptis meis eſſe, quæ expoliturus olim ſi liceat, atque adeo iure immutaturus ſim. Siquidem δεύτεραι φροντίδες (vt aiunt) ſapientiores ſolent eſſe. Et hanc quidem ob cauſam editionem huius commentarij in tempus aliud non inuitus distuliſſem, ſi amicorum efflagitatio eam non expreßiſſet. Quia enim illi profuturam ſtudioſæ legum iuuentuti non confirmabant modo, ſed præſtabant etiam, ac fide ſua eſſe iubebant: ea re factum eſt, vt me, quod cupiebant, non nolle ſignificarem. Nam & horum omnium præter eximium in cenſendis huiuſmodi ſcriptis iudicium, fides certè & candor animi ſic mihi perſpectus erat, vt neq; eos omnino falli opinione, neq. ab eis me eludi facilè mihi perſuaderem. Illud quoque ad dubitationem meam, cunctationémque tollendam magnum attulit momentum, quod ſi ſtudiorum noſtrorum (quorum tu fautor, adiutórque maximus ſemper fuiſti) fructus aliqui iam exiſterent, ſi non vberes, atque maturi, ac certè quales fert adoleſcentia, eos tibi iure optimo deberi intelligebam: optabámq. identidem genus aliquod ſcriptorum meorũ, vel cum aliqua exiſtimationis meæ iactura, inter manus hominũ verſari quod ſummæ meæ erga te pietatis & obſeruantiæ argumentum, teſtimoniúmque velut publicis perſcriptum tabulis eſſet. Etſi autem me non lateat ſcriptiunculas haſce noſtras amplitudine tua parum dignas eſſe, apud quẽ parietes ipſi, vt ita dicam, φιλολογώτερα loqui poſſe videantur, animos tamen mihi addidit ſingularis illa, quam tibi inſitam eſſe animaduerti, humanitas, vt nunc eas tibi offerre nihil verear, & qualecunque id eſt, quod ex animo grato, beneuolóque proficiſcitur, tibi non ingratum fore confidam. Porro autem huic libello criminatores non defuturos, animo, cogitationéque ſatis proſpicio. Itaque eum ad te hoc etiam conſilio potißimum mittere ſtatui, vt quaſi in fidem, atque clientelam tuam ſe conferat: ſicq; patrocinio tua & authoritate, quam tu maximam meritißimo partam habes, defendatur. Cauſam igitur tibi delatam vt recipias, te etiam atque etiam rogo: cui ſi es adfuturus, minore negotio (vt equidem ſpero) vim aduerſariorum frangere, calumniiſque eorum obſiſtere poterimus. Sin minus, qui tantam quæſtionem ſuſtinere ſolus potero? quandoquidem ea contra nos allaturi ſunt aduerſarij, quæ inficiari omnino vix poſſumus, quæque in iudicio literatorum hominum criminoſa fortaßis habebuntur, duntaxat ſi ἀνε[illegible] ſeſe in hac cauſa præſtiterint. Apud æquiores verò iudices, maiore cum fiducia cauſam dicturus ſum, te patrono, in cuius præſidia tantam ſpem collocaui, vt ne commentarium quidem noſtru δικαιολογίας vllum tibi mittam. Quæ enim ad criminis ſiue remotionem, ſiue tranſlationem faciant quis melius, aut ſubtilius te homine in dirimendis, atque iudicandis controuerſiis exercitatißimo, excogitauerit? cum præſertim mei conſilij ſumma iam à me tibi expoſita ſit. Vnum magnopere vereor, vt lectores paulo delicatiores probaturi ſint, quod bonam huius commentarioli partem in egreßionibus aliquot, quæ aut ſine incommodo omitti, aut breuius perſtringi poterant, conſumpſerimus. Quare faciendum mihi putaui, vt te admoneam aliquam huius facti rationem mihi conſtare. Quanquam enim mea ſit ratio, eſt, vt in enarrando Iure ciuili prolixis, verboſiſque commentariis, quales omnium ferè interpretum adhuc ſunt, dilucidam breuitatem anteponam: tamen quia publicus, aut inueteratus mos id flagitabat, inuitus primum hanc vulgarem docendi viam ingreſſus ſum: deinde cum in progreſſu multa occurrerent ab interpretibus tractata, in quibus ipſorum diligentiam, & iudicium (vt dicam parcißimè) deſiderarem, in eorum confutandis erroribus, tenebriſque diſcutiendis libenter expatiatus ſum, maximè cupiens id, quod grauißimè Iſocrates monet: οὐκ ἐμμένειν τοῖς κατεγνωσμένοις, ἀλλὰ ἐπανορθοῦν, καὶ τολμᾶν ἀεί τι κινεῖν τῶν μὴ καλῶς ἐχόντων. Hinc facta ſunt τὰ πάρεργα πλείω τοῦ ἔργου, vt dicitur. Mihi autem eo minus id vitio verti debet quod vtilia literis mandare conatus ſum, & non paucos Iuris ciuilis locos illuſtrare, qui adhuc vulgo malè intellecti, magnam eis offuderunt caliginem. Id an aſſecutus ſim, quia meum non eſt iudicare, tuo, aliorúmque iudicio, in quorum manus hæc peruentura ſunt, æſtimandum relinquo. Illud certè ſedulò à me vitatum eſſe cognoſces, ne in corrogandis vndique, ac ambitioſius commemorandis auctorum ſententiis, conſiliis, deciſionibus, eiſque, vt fit, interpolandis nimius eſſem. Nam etſi hac ratione commentarius noſter altero tanto auctior fieri poterat, & fortè maiorem à vulgo gratiam conciliare: id tamen vt facerem, adduci non potui, quod huiuſmodi inutiles Rhapſodias (à quibus ſemper abhorrui) quibuſcunque ſanis hominibus diſplicere intelligam. Vale. Biturigibus Gallorum, quarto Calendas Apriles, 1542.

EPISTO-

EPISTOLA,

QVAM COMMENT. IN TIT. SOLVTO MATRIMONIO PRÆPOSVIT.

ILLVSTRISS. PRINCIPI MARGARITÆ, HENRICI FRANCORVM REGIS SORORI, DVCI BITVRIGVM, FRANC. DVARENVS, CONSILIARIVS eiuſdem & libellorum Præfectus S. D.

VEREOR equidem, Hera, ne pudorem in me deſiderent aliqui, cum has commentationes meas à me diuulgari; idque in auguſtiſſimo nomine tuo intellexerint, qui ex eadem officina alias quaſdam ad re haud ita pridem de iure pontificio miſerim. Quam reprehenſionem omnino effugere, ſi ſummo iure mecum agatur, mihi perdifficile eſt. Verum ſpero me ſi minus liberationem culpę, at errati certè veniam apud æquos iudices impetratutum eſſe. Nam etſi non inuitus fateor, hæc ſeripta mea adhuc rudia, & ἀδιόρθωτα eſſe, nec ſatis digna hominum eruditorum lectione, tamen res eſt huiuſmodi, vt ſine meo dedecore, & eius, cui præeſſe me voluiſti, ſcholæ incommodo, differri editio vix diutius, aut ne vix quidem potuerit. Non enim ſtudioſis iuuenibus, qui nobis operam dant, interpretantibus ius ciuile, viua ſufficit vox præceptoris, & ἔπεα, vt Homerus ait, πτερόεντα, niſi deſcripta quoque habeant memoriæ cauſa, quæ à nobis ex ſuggeſto quotidie recitantur, & aures iplorum præteruolare ſolent. Quamobrem, vt eorum volunrati morem gererem, aliquando ſcribentibus dictaui, donec ad extremum ſenſi, quàm corrupta & mendoſa paſſim dictata mea circumferrentur. Qua ex re nō multo aliter affectus animo ſum, ac Poëta ille, qui cum audiſſet, ſuos verſus à quibuſdam latetariis opificibus malè recitari, lateres ipſorum comminuit dicens: Vos mea corrumpitis, ego veſtra. Itaque ex eo tempore dictandi conſilium prorſus abieci, ſperans fore, vt ita nomini meo, & exiſtimationi melius conſuleretur. Quod tamen ipſum ne hac quidem via conſequi porui: ſed quaſi fumum virans, vt dicirur, in flammam incidiſſe mihi videor. Exrirerunt enim ex ſtudioſorum numero ταχυγράφοι quidam, omnia, quæ ex ore noſtro exciderent, ſine delectu velociter excipere ſoliti, qui ea deinde in volumina, quaſi à nobis ſcripra eſſent, referebant. Cæretis, ſiue ſtudioſis, ſiue librariis, ea mox deſcribenda tradebanrur, vt in omnium manus tandem facile peruenirent, & ea exſctiprio, communicatióque à typographica editione non multum differret. Quare malui in eam peccare partem, vr lucubrationes meas vtcunque recognitas ederem, quam vt quidquid palam recitantibus nobis ac docentibus à quouis forte oſcitante, aur alias res agenre exceprum fuerit, verſari in manibus hominum pro ſcriptis noſtris ac monumenris ſinerem. Itaque pictoris illius nobilis ratio & conſilium, qui diu ſe pingere dicebat, quod pingeret æternitati, cum meo nihil commune habet, qui hæc diſcipulis auditoribúſque meis præcipuè ſcribo, nec ea tam laborioſè, lentè, faſtidioſè probo, examino, expolio, quàm quæ ad ſempiternam poſteritatis memoriam conſcribuntur. Ac ſi nulla res alia vrgeret: tamen in apparatu, ornatúque exquiſito, quem hæ commenrationes ad docendum accommodatæ vix admittunt, multum operæ, remporíſque conſumere nolim. Mihi enim ad vtilitatem ſtudioſorum magis, quam ad ingenij oſtentationem ſpectanri, & curriculum conficere, in quod ingreſſus ſum, maturè cupiéri, placet veterum agricolarum exemplum, qui nihil minus expedire dictitabanr, quàm agrum optime colere. Ac fortaſſis hęc ſimplicitas noſtra ſine fuco, & nimia cura, arque arre, hominibus non ineptis grarior futura eſt: non aliter ac M. Varro, ea bellaria maximè mellita eſſe iudicauit, quę mellita non eſſent. Deniq;

paulo neglectius ſcribendo fit, vt ab huius temporis conſuetudine minus longè recedatur, cui aut ſeruiendum, aut indulgendum eſt. Sed hæc qualiacunque ſunt, ſtudioſis profutura confidimus. Etenim pleroſque locos, diſpulſa erroris grauiſſimi nebula, in lucem proferre, eorúmque ſenſum adhuc latentem aperire, ac patefacere conati ſumus: qui maximis erant tenebris circumfuſi & infuſcati ab Accurſianis Doctoribus, exercitatis quidẽ illis, & verſatis in diſſerendo, ſed iis artibus, ac literis parum inſtructis, atque politis, propter quas eruditi homines appellantur. Quæ verò in eorum commentariis horridiora, ſqualidioráque ſunt, alioqui forte non peſſima, dedimus operam, vt oratione noſtra, paulum niteſcerent, vtque enodatius aliquanto, & luculentius explicarentur. Atque vtinam id ſimus aſſecuti, quod profecto de me affirmare nec auſim, nec velim. Sed alia de his alias. Iam verò iis occurrendum eſt, qui audacius à me factum dicent, quam aut humilitati meæ, aut amplitudini tuæ conueniat, quod hæc ad te ſcribere veritus non ſim. Nam ſi irriſus eſt à Siculis Hermodorus, neſcio quis, quod Platonis libros ſolitus eſſet eis venditare, quaſi pro mercibus verba importaret, ineptus ſane, ac ridiculus videri poſſum, qui nõ Siculis, aut imperitæ alicui multitudini, ſed tibi fœminarum omnium præſtantiſſimæ, ac præter tot egregia ornamenta etiam omni doctrina eruditæ, & excultæ, non Platonicos libros, id eſt, plane aureos, ac diuinos, ſed quales ab homine, vt exigui admodum ingenii, ita cupiditate incenſi veritatis indagandæ proficiſcuntur, nunc legendos offerre, ac in tuo nomine eos in conſpectum hominum proferre audeam. Verum facilitas, & humanitas illa tua admirabilis, in eos maxime, qui ſtudia, & bonas artes colunt, faciet, vt quod audacter agere videor, id non temere agam. Cui accedit peculiaris quidam tuus in me, nec vulgaris affectus: de quo me Neſtor ille tuus, id eſt, prudentiſſimus & eloquentiſſimus cõſiliarius M. Hoſpitalis, ſæpe numero certiorem fecit. Huius enim ſtudij, animíque in me tui multa indicia, ſignáque certiſſima habeo. Cuius generis eſt frequens tua de ſtudiis noſtris in clariſſimorum hominum cœtu oratio, & prædicatio, qua nihil poteſt honorificentius aut glorioſius mihi accidere. Præterea recens, nec ea mediocris, acceſſio pecuniæ in ſingulos annos mihi attributæ, in magnis ærarij anguſtiis & difficultatibus, quantam vim iudicij de me tui habeat, ſatis perſpicio. Equidem hac inſigni liberalitate tua magnopere lætor, non tam quod ea ſubleuerit tenuitas noſtra, quam quod talis principis iudicium dè me cum ſingulari quadam laude coniunctum mihi videatur. Celebratur multorum literis ac libris, principum quorundam benignitas in viros literatos, vt Dionyſij in Platonem, Philippi in Theopompum, Alexandri in Ariſtotelem, Seueri in Oppianum, quorũ hic pro ſingulis verſibus aureo donatus eſt à Seuero, ita vt carmina eiuſdem aurea vulgo appellarentur. Ac tanto ſplendidior eſt tua in nos beneficentia, quanto iis, qui talia beneficia contulerunt, ſuperior eſt, & omnibus eximiis dotibus ornatior, ego iis, qui acceperunt, rebus prope omnibus inferior. Hæc autem verboſius ad te ſcripſi, primum, vt oſtenderem, quod noſtrum de huius libri editione conſilium fuerit, méque à temeritatis crimine vindicarem. Deinde etiam libenter feci, vt propenſam tuam in bonos doctóſque homines voluntatem, iis, qui hęc aliquando lecturi ſunt, ſignificarem, ac declararem. Cum enim tibi ſim cordi, ob virtutum veluti quędam ſimulacra vmbráſque ſubobſcuras magis, quam virtutes, facile eſt iudicare, quid de te ſperandum ſit ab iis, in quibus ſumma ſunt ea, quæ vix in nobis mediocria conſpiciuntur. Nec verò vlla eſt ex tot, ac tantis, quæ in te lucent virtutibus maior, illuſtrior, ac diuinior, quam hoc perpetuum de probis, erudităſque hominibus bene merendi ſtudium: nulla, quæ dignitatem & amplitudinem tuam magis ornet, atque augeat. Hinc delectus ille, & iudicium ſingulare tuum in Magiſtratibus, & honoribus imperii ditioniſque tuæ mandandis, tanto commendabilius apud bonos & præclarius, quanto rarius eſt, ac prope inauditum hoc ſeculo: in quo nimis verum eſſe illud experimur, ἐν δ' ἰῇ τιμῇ ἠμὲν κακὸς, ἠδὲ καὶ ἐσθλός. Hinc hominum
commoditates incredibiles velut ex fonte quodam profluunt, de quibus,
vt plura dicam, locus non patitur. Finem igitur faciens, Hera am-
pliſſima, atque optima, Deum precor, vt te nobis, ac
Reipub. ſaluam diu, & incolumem con-
ſeruet. Vale. Auarici Bitu-
rigum pridie Ca-
len. Iul. 1553.

EPISTO-

F

EPISTOLA,
QVAM COMMENT. IN TIT. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS PRÆPOSVIT.

Clariſsimis viris, Magiſtratibus, Ecdicis, & Vniuerſo conuentui Scholaſtico, ciuitatis Valentinæ, Franciſcus Duarenus S. D.

QVo tempore cœpit me Typographus hortari, & vrgere, poſt abſolutam impreſſionem huius libri, vt epiſtolam ad ſe mitterem, qua recens opus, more temporibus noſtris vſitato, alicui dicaretur: commodum huc aduenit legatus veſter M. Comebus, acris iudicij, nec minoris doctrinæ Iuriſconſultus, qui mihi cunctanti & hæſitanti, omnem ſcrupulum exemit, ac ſuſtulit. Cum enim penderem animi, ac incertus eſſem, cui potiſſimum id inſcriberem, in tanto hominum bene meritorũ de me, & mihi amiciſſimorum numero: ſubiicit ilico mentem honoris officiſque minime vulgaris, quod mihi per legationem veſtram detuliſtis, cogitatio. Nec dubitaui ex eo tempore, quin lucubrationem meam auſpiciis veſtris in lucem producerem, & hac ſaltem ratione, ſi forte alia non liceret, gratum & memorem erga vos animum teſtari deberem. Præclarum ſane, ac ſplendidum eſt, in nobiliſſima Galliæ ciuitate Valentia Ius ciuile profiteri, hoc eſt, in ipſo Iuriſprudentiæ domicilio Iuriſprudentiam docere, & in Iuriſconſultorum maxime illuſtrium huius memoriæ, Decij, Alexandri, Æmilij, aliorúmve, quorum nunc viuentium nominibus parco, locũ ſuccedere. Ad id munus ſolicitari me exigui tum ingenij, tum eruditionis hominem, iis pręmiis, & conditionibus, quas ſuperbum, inſoléńſque fortaſſis videatur, homini quálibet excellenti doctrina prædito repudiare, quale quantúmque ſit, facilè quiuis iudicare poteſt. Ac tametſi cõmendari ſoleat regis Ageſilai regalis ſententia, non locum viris, ſed viros loco dignitatem conciliare, tamen locus à viris celebribus nobilitatus, auctoritatem, & ornamentum obſcurioribus, ac mei ſimilibus, nonnunquam adfert. Tantum igitur honorem mihi habitum ſimplicitatis meæ non eſt aut diſſimulare, aut extenuare velle, ac eo nomine tanto magis obſtrictum me vobis eſſe fateor, quanto id quod mihi decreuiſtis, amplius eſſe meritis meis agnoſco. Itaque dum enitor, elaboro, contendo, vt vobis morem geram cum bona heræ meæ Principis illuſtriſſ. & veræ heroicæ, diuinæque venia, cui & communi literatorum nomine, & meo etiam plurimum debeo: interim vobis hunc quaſi arrhabonem quendam propenſi mei in vos animi ac voluntatis mitto. Valete. Auarici Biturig. menſe Iulio, 1554.

AD LECTOREM.

NON ignorabam, Lector ſtudioſe, cùm meam de verborum obligationibus commentationem literis mandarem, & poſt tot alios ſcriptores magni nominis ac celebritatis, in manus hominum egredi ſinerem, fore multos, qui grauiter hoc inſtitutum meum damnarent, ac reprehenderent. Quibus reprehenſoribus magna ex parte reſponſum à nobis eſt in aliis, quos iam edidimus, libris, ac in eo primis, quem ad illuſtriſſimam Principem Margaritam nuper miſimus, De repetitione dotis, ſoluto matrimonio. Nam ſcripta noſtra, quamuis inchoata & rudia, primo quoque tempore foras dari, quantum ad ſcholæ nobis creditæ commoditatem interſit, plenius ac fuſius in eo loco oſtendimus, quam vt hic repeti eadem & inculcari neceſſe ſit. Quod igitur ſemel cautum, exceptúmque quaſi tabulis obſignatis volui, ne mihi fraudi ſit accelerata nimis commentationum mearum editio (vt more Iuriſconſultorum loquar) idem ego nunc omnibus, ad quos fortè ea res pertinebit teſtificor & denuncio. Huc accedit, quod cum nullus ſit liber Iuris ciuilis dignior, qui ſtudioſorum manibus legendo conteratur, tamen ingenti commentariorum (penè dixerim commentorum) mole obrutus verius, quam explanatus eſt: de quibus non inſcitè illud dici poteſt Callimachi Poetæ,

Ἀσσυρίου ποταμοῖο μέγας ῥόος, ἀλλὰ τὰ πολλὰ
Λύματα γῆς, καὶ πολλὸν ἐφ' ὕδατι συρφετὸν ἕλκει.

Nam plerique affectatione ſubtilitatis, & copiæ feruntur ὑπὲρ τὰ ἐσκαμμένα, & in ſententia aliorum referenda, aut refellenda, magis quam in demonſtranda ſua occupantur. Ac in tanto ſcriptitantium numero tum veterum, tum recentiorum paucos reperias, qui non aut difficultate rerum, & quaſi ſalebris impediti ac retardati, aut labore defatigati, fractique in medio ſpatio reſtiterint, nec inſtitutam abſoluerint interpretationem. Itaq. is mihi præclare operā poſuiſſe videbitur hoc tempore, qui de his rebus Latinè, dilucidè, & enucleatè diſſeruerit, nec morem eorum, & ſcribendi genus imitari in animū induxerit, quorū loquacitas aliquid habet argutiarū ſed ieiunam, horridā, atque ineptam afferunt orationē, qua dedocentur, iuuenes liberaliter eruditi, magis quā docētur, & à lectione ſtudióq; debilitati, plerunq; voluntatē diſcendi ſimul cum ſpe perdiſcendi, atque intelligendi abiiciunt. Vetus eſt illud, ἄλις δρυός eorū, qui inuentis frugibus ſatis diu cibum à quercu petitū eſſe ſignificant. Sed multo verius id à nobis nunc poſſe dici facilè intelliget, quiſquis craſſam ſuperiorum temporum caliginem ac barbariem, quæ nulla in parte Iuris ciuilis, quam in hac, cōſpicitur euidentius, cum luce iam nobis oborta, magno humani generis bono contulerit. Sunt enim ea, quæ hic vulgo diſputantur, ab iſtis Iuriſprudētia Magiſtris, & Doctoribus, vt maximis concertationibus agitata, & extuſſa, ſic ſuperuacanea ferè, & inania, ac odioſa neſcio cuius, peruerſaque diligentiæ pleniſſima. Quorum exēplum, ſi ſequi voluiſſem in hoc opere, & non tantū quid mihi probaretur, ſed etiā quid à ſingulis ſcriptoribus, qui propè innumerabiles ſunt, diceretur, vulgari more proſequi, obturaſſem os fortè minutis quibuſdam leguleis, qui ſimplicitatem noſtræ interpretationis deſpicientes, eam rei quam tractamus, dignitati & amplitudini nō cōuenire dicent, & in tale opus, quo nullum eſt illuſtrius, ac nobilius in Iure ciuili, quiddam ſcilicet magnificentius, & apparatus ſplendidioris, deſiderabunt. Nec verò mihi admodum difficile erat, qui viginti annos ipſos in Iure ciuili docendo interpretandóque non paucos in iuriſdictione & forenſibus aduocationibus conſumpſi, omnes, quos vnquam legi, in hanc partem iuris interpretes, copia, & varietate rerum, ex aliorum ſcriptis, in quibus diu multúmque volutatus ſum, ad pompam, vt fit, oſtentationémque collectarum ſuperare. Adderem & acumine ſubtilitatéque in prauis opinionibus refellendis plerunque neceſſaria, niſi tarditas ingenij mei nota mihi eſſet, de qua ex ſcriptis noſtris facilè erit aliis iudicium facere. Sed multis, grauiſſimiſque rationibus adductus ſum, vt ea ingrederer via, qua facilius poſſint iuris ſtudioſi, quos inſtituendos ſuſcepi, ex fluctibus quæſtionum ac diſputationum emergere, & ad veritatem, quaſi in portum quendam pleno contendentes curſu, peruenire. Circūciſa enim, & amputata opinionum ſylua illa, de qua iam dixi, omnia ferè ſtudui purè, ſimpliciter, & perſpicuè explicare: quanquam de flore, & ornatu orationis ſolicitus non fui, quod res ſint eiuſmodi, vt non facilè paſſint ac ne debeant quidem fortaſſis ἀνθηρογραφεῖσθαι. Placuit mihi ſemper in hoc genere illud Euripideū σοφὸν τὸ σαφές: & aliud Ariſtophanis ἀμαθέστερόν πως εἰπὲ, καὶ σαφέστερον. Quid aſſecutus ſim, alij vel me nolente iudicabunt, ſed vix credituri, quantis difficultatibus illa quæ hæc legens fruetur, mihi conſtiterit facilitas. Non enim modici laboris aut induſtriæ eſt locorum tot obſcurorum, & maxime difficilium ad explicandum, cuiuſmodi hic paſſim reperiuntur, propter limatam quandam rerum & verborum tenuitatem, breuis & perſpicua declaratio, quæ non modo ad ſenſum auctoris intelligendum, ſed etiam ad effugiendas Sophiſtarum

calum-

calũnias homini mediocris iudicij, & exercitationis ſufficiat. Ac tametſi nõ adeo φιλαυτὸς ſũ, ut me ſtudioſis cumulatè hic ſatis feciſſe exiſtimem, in tanto præſertim opere, in quo fas eſt obrepere ſomnum, ut Horatius ait: in eam tamen rationem, quæ mihi videtur optima, non leuiter me incubuiſſe, rerum æſtimator non iniquus, ut ſpero, iudicabit. Nec ideo hæc dico, ut iactitem induſtriam meam, ſed ut mihi æquiores ſint Lectores, nec ſuſpicentur, ut difficillima quæque, & maximè implicata (ut quidam faciunt, egregia ſcilicet arte, facilitatem, ac breuitatem quam minimo pretio ſibi comparantes) tranſiliiſſe. Quædam prætermiſi fateor, ab aliis non omnino inutiliter diſputata: non quod ea prorſus contemnenda eſſe ducerem, ſed quod alieno loco de iis diſſerere, nec prudentis hominis, nec rectè iudicio præditi, eſſe arbitrarer. Non enim omni in loco omnia dicenda cenſemus, etſi alioqui bona atque utilia videantur. Ac verè quidem, & rectè Anaxarchus, multam variámque eruditionem non ſolum prodeſſe, ſed etiam plerumque obeſſe exiſtimat. Πολυμαθίη, inquit, κάρτα μὲν ὠφελεῖ, κάρτα δὲ βλάπτει τὸν ἔχοντα. ὠφελέει μὲν τὸν δ᾽ ἄξιον ὄντα, βλάπτει δὲ τὸν ῥηιδίως φωνέοντα πᾶν ἔπος, κ᾽ ἐν παντὶ δήμῳ. Sed hæc ſatis ſupérque, ad pertinaciores quoſdam, qui τὸν ἀρχαϊσμὸν ſuum mordicus adhuc retinent, Gryllo non diſſimiles illi, cui nulla ratione perſuaderi poteſt, ut è ſue rurſus homo fieri velit. Nam ne pluribus cum hoc genere hominum agam, poſt multas, quæ tam vulgatæ ſunt, diſputationes de eadem re noſtras, monet me in primis τῶν πολλῶν, κ᾽ ἀγαθῶν approbatio inſtituti noſtri, eáque tam clara & illuſtris, ut nobis accurata defenſio contra iſtam barbarorum nationem vix neceſſaria videatur. Nec tam de adoleſcentium plauſu loquor lectiſſimorum & honeſtiſſimorum huius temporis: quorum admirabilis eſt in ſcholam noſtram concurſus, ſed de ornatiſſimis hominibus omnium ordinum, quos cauſa noſtræ ſtudentes non obſcurè, fauentéſque ſæpenumero experti ſumus. Sed nullorum hominum pluris apud nos auctoritas eſt ac iudicium, quam qui literis elegantioribus, ac ciuili ſcientia inſtructi & exculti, tum forenſem, tum aulicam vitam egerunt noſtro tempore, ut credibile ſit eos, qui ad uſum hominum conferat, longè melius & certius, quam in umbra otióque ſcolaſtico deliteſcentes, percepiſſe. In his numero Micha. Hoſpitalem, & Franciſcum Conanum: ac de ceteris tacens, utrumque honoris cauſa nominatim appello, quod hic fato functus, præclaris ingenij monumentis ſententiam de hac re ſuam poſteris teſtatam reliquerit: alterius non viuentis modo, ſed etiam vigentis ac florentis in republica, eruditiſſimæ lucubrationes ſumma apud omnes ſint in expectatione, quos abſoluta perfectáque ſcientia Iuris ciuilis cum eloquentia pari conſociata delectat. Itaque minus mihi nunc laborandum eſt, ut Iureconſultis politioribus, quales ij ſunt, quos nominaui, conſilium meum conatúmque in re tam honeſta probem. Etſi neſcius non ſum, in his ſcriptis poſſe multa reperiri, in quibus aut limatius ſubtiliúſque iudicium, aut doctrina exquiſitior, aut cura diligentiáque impenſior ab eis deſiderabitur. Nam ſi mihi rem tantam experiundi voluntate magis, quam perficiendi ſpe aggreſſo, ignoſcent, ut ſpero, & opto, fauebúntque cordati & docti homines, inchoatum à nobis opus fortaſſis aliquando perpolituri, & abſoluturi: equidem haud infæliciter operam me ſtudiúmque hic nauaſſe iudicabo. Atque utinam prodeat tandem aliquando in lucem Andreæ Alciati plenus, ut coniicio, ac iuſtus commentarius, cuius exemplum manu deſcriptum, mihi ſuperiori anno Baſilienſium librariorum bibliothecas celeriter obeunti cum Bonifacio Amerbachio eximiæ virtutis & literaturæ Iuriſconſulto, oſtenſum fuiſſe recordor, quamuis ne caput quidem unum ex eo legere, ſed quaſi per tranſennam ſtrictim id aſpicere tantum nobis licuerit. De aliis idem mihi in optatis eſt, ſi qui ſint, qui ad cognitionem, uſúmque Iuris ciuilis, adiunxerint literarum ſcientiam, cum loquendi elegantia & nitore: qui diſtinctè, definitè, & explicatè dicere de quaque re didicerint: in quorum oratione nihil perturbatum ſit, aut tortuoſum, aut ſordidum, aut ineptum: in quibus ea ſit facultas, ut vel una vocula clarius & uberius, quam barbari ſuperiorum ſeculorum infinitis libris & commentationibus, doceant. Quod cum in uniuerſo Iure ciuili expetendum, tum in hac parte, iudicio meo, maximè neceſſarium eſt. Nam ſi ipſius materiæ, cuius tractationem, & expolitionem requirimus, ducatur ratio, utilitas ſanè fructúſque eius diffunditur tam late, ut ceteris omnibus omnium conſenſu, præſtare & antecellere meritò dicatur. Argumento illud ſit, quod hodie nullius contractus formula abſque ſtipulatione concipitur. Idémque priſcis temporibus fieri ſolitum fuiſſe, auctor eſt M. Varro, in libris de re Ruſtica. In quam ſententiam plura grauiſſimè dicta mihi eſſe olim memini, à primo curæ Pariſienſis Præſide, Aegidio Magiſtro, cum nos vir ampliſſimus, & omni laude cumulatus hortaretur, ut ſine ulla intermiſſione temporis, aureolum hunc de ſtipulationibus librum, in publico auditorio interpretaremur. Sed quid hinc commodi & utilitatis percipi poſſit, longè melius profectò, & efficacius, quam ego ulla oratione, ac commendatione mea, homini impigro, & ſtudioſo ipſa tandem res oſtendet: ad quam nunc poſt longiuſculam præfationem accedimus.

AMPLIS-

AMPLISSIMO VIRO MICHAELI HOSPITALI, CONSILIARIO REGIO IN CVRIA PARISIENSI,

Franciſcus Duarenus S. D.

MVLTIS de cauſis à me factum eſt ampliſſime, & doctiſſime Hoſpitalis, vt commentariolum quędam noſtrum ad Scæuolam tibi nunc mitterem, ac legendum offerrem. Sed hæc pręcipua fuit, quod partim ex literis ad me tuis, partim ex aliorum ſermone intellexi, te vehementer deſideraſſe, cum hic nuper eſſes, me Ius ciuile docentem publicè, ac interpretantem audire. Id quod profecto nobis exoptandum magis, quam tibi fuit. Verum neſcio quis Deus te citius hinc abripuit, quam vellem, & hanc nobis fœlicitatem inuidit. Nam etſi adeo impudens non ſum, vt iudicium tuum non reformidem: ac veluti ſpectante Roſcio quodam in ſcena geſtum agere non verear: non tamen id mihi tam metuendum, opinor, fuit, quam optabilis, expetendúſque mihi videtur fructus, quem ex iudicio illo tuo acerrimo percepturum me confidebam, ſi tum adeſſe tibi licuiſſet, cum in eo ipſo publicæ profeſſionis initio Scæuolæ reſponſum ita interpretatus ſum. Ita námque oblatum mihi argumentum tractaui, vt receptis opinionibus valere iuſſis, noua pleraque nec in vulgus forte ſatis adhuc intellecta, huc attulerim. Sed quia in re lubrica præſertim, & periculi plena, falli, & errare poſſum: nec ego is ſum, qui in nouis iſtis commentationibus meis valde mihi confidam: nihil ſanè commodius præſentia tua mihi tum contingere potuiſſe iudico: vtpote cuius doctrina, conſilio, monitis adiutus, & edoctus, errata mea peruidere, ac emendare facilius potuerim. Cum igitur congreſſu tuo mihi neceſſario carendum eſſe viderem, & tam in hac re mihi conſulere, quam tuo deſiderio quoquo modo poſſem obſequi in animo haberem, de commentatiuncula mea ad te abſentem mittenda, ſtatim cogitare cœpi. Sed forte fortuna accidit, vt ὑπομνήματα noſtra, in quibus aliquid ea de re ad memoriæ ſubſidium conſcripſeramus, inter chartas noſtras minimè reperirentur. Ac fortaſſe in itinere, & migratione noſtra (quod facile factu fuit) vel ſubrepta à quopiam ſunt, vel caſu aliquo interciderunt. Quod cum moleſtè ferrem, & meam lucubrationem periiſſe dolerem, ecce tibi ex ſtudioſis iuuenibus nonnulli ſcripta quædam ſua opportunè admodum proferunt, in quibus tam accuratè, & fideliter excepta comperimus, quæ à nobis recitata fuerunt omnia: vt nec Cornuto veſtro, nec priſcorum temporum Notariis cedere viderentur. Ea igitur legens diligenter, & excutiens, paucis quibuſdã immutatis, atque correctis, hunc, quem ad te mitto, libellum, breui tẽpore contexui. Quod ideo adſcripſi, quia parũ preſſum, ac nimis redũdans forte genus oratio-

orationis, quo hîc contra morem noſtrum vſi ſumus, te admiraturum ſuſpicabar. Fateor multa hîc reſecari ſine vllo incommodo potuiſſe, quæ in ſuggeſto mihi iuuentutem docenti exciderunt: ſed vt nos quaſi in diſcipulorum noſtrorum cœtu diſſerentes, ac verba funditantes quodam modo audire poſſis: quod tibi in optatis eſſe aliquando ſignificaſti, hæc ad te paulò verboſius, ac rudius deſcripta mittere voluimus. Etſi autem oneris aliquid tanto viro imponere nec auſim, nec debeam, tamen diſſimulare non poſſum, me nihil magis cupere, quam vt à te noſtra hæc lucubratio lecta, atque expenſa, tandem doctrina, iudicióque tuo limatior exeat. Auctores enim quidam hic nobis ſunt, vt eam edi in lucem patiamur, quo iuris ſtudioſi iuuenes (quorum in manus peruentura eſt) de ſcholæ huius ſtatu, ad quam me nuper inuitum penè, & reluctantem reuocaſti, facilius admoneantur. Quo tamen niſi te approbante permiſſuri nunquam profectò ſumus. Ea ſiquidem eſt mea de tua excellenti eruditione, iudicio, prudentiáque opinio, vt nihil vnquam neque præclarius, neque felicius mihi accidere poſſe arbitrer, quam ſi te conſiliorum omnium moderatore vti Dei opt. max. benignitate concedatur. Nec dubito quin pro tua ſingulari in nos, ſcholaſticúmque noſtrum conuentum voluntate, & ſtudio quicquid nobis vſui poterit eſſe, ac ornamento, id libenter & cupidè curaturus ſis. Ac, vt de me taceam, quanti ſcholam ipſam facias, & quantopere eam complectaris, tu non ita pridem haud obſcurè declaraſti, cum ad eam conſtituendam Illuſtriſſ. D. Margaretæ Franciæ auſpiciis, omnem operam induſtriámque tuam vnà cum Albaſpineis fratribus viris ornatiſſimis hic conferres. Nec eo ſanè contentus, quo teſtatior eſſet honeſtiſſima tua voluntas, & affectus, ſæpe conuentibus publicis tum docentium profeſſorum, tum iuuenum inter ſe diſſerentium, & altercantium interfuiſti. Qua in re ſummorum, ampliſſimorúmque hominum exemplum ſecutus es, qui hunc honorem ſtudiis olim habuiſſe leguntur. Cicero cùm prætura fungeretur, Antonij Gniphonis, qui Grammaticam profitebatur, domum frequentauit. Pompeius confecto Mithridatico bello, intraturus Poſidonij domum, fores à lictore percuti de more vetuit, & faſces, vt quidam ait, lictorios ianuæ ſubmiſit is, cui ſe oriens, occidénſque ſubmiſerat. M. Antonius Imp. ad Apollonij philoſophi ædes diſcendi cauſa non rarò ſe contulit. Ceteros commemorare ab vltima antiquitate repetitos, non eſt neceſſe, cum præſertim ad te ſcribam, quo nullus hoc tempore antiquarum rerum peritior habetur. Spero autem fore, vt ſicut eos, quorum modo fecimus mentionem, æmulari hac in re pulchrum duxiſti: ita hoc tuum exemplum, vt clariſſimi ſua tempeſtate viri, celebret aliquando, & ſibi ad imitandum proponat poſteritas. Quamobrem in hoc noſtro conuentu nomen tuum velut hominis eximiè de literis noſtris ciuilibus meriti, in maiore, quam vnquam ante hac fuit gratia & gloria nunc eſſe ſcito. Multa quidem in his locis antea de tua præſtanti doctrina, & virtute iactata fuerant: non enim ſplendor virtutum tuarum occultari ſe patitur. Sed magis ferè nos mouent, atque afficiunt, quæ perſpicimus ipſi, & experimur, quam quæ ex ſermone tantum alieno, & fama cognoſcimus. Noli igitur exiſtimare eos, qui ſtudia hic ciuilia colunt, mediocri perfuſos lætitia fuiſſe, cum Hoſpitali creditam eſſe ſcholam ſuam intellexerunt, cum illum ipſum Hoſpitalem præſentem oculis ſuis contemplati ſunt: quem vt veræ, germanæque Iuriſprudentiæ Antiſtitem quendam ab omnibus prædicari, & extolli non ignorabant, & à quo Ius ciuile generatim deſcriptum, & in antiquam dignitatem, maieſtatémque ſuam reſtitutum fuiſſe crebrò ante illud tempus inter ipſos auditum

fuerat. Parúmne gratum, quæſo, ac iucundum ipſis fuiſſe putas iudicium illud tuum de Iuris docendi ratione, quæ hic primum inſtituta eſt, & in hanc vſque diem non infœliciter perſeuerat? Actum enim iam eſſe de Sophiſtarum, Barbarorúmque hominũ natione (cum qua diu nobis hîc certamẽ fuit) eo ſibi perſuadent, quòd Dux tam ſtrenuus tandem nobiſcum ſuas copias coniunxiſſe videatur. Nam hoc pręclaro, illuſtríque teſtimonio ſcholam noſtram dignatus, vt nuſquam gentium tanta cum dignitate Iuriſprudentiam tractari diceres, ac libere profiteris. Nec verò vllis ſumptibus parcendum eſſe ſtatuiſti, vt idonei profeſſores huc accerſantur, qui extrema cum primis cõtexere poſſint, nec ab ea, quam hic iam ingreſſi ſumus, via deflectant. Quare hoc veluti ſigno quodam nobis omnibus ad bene ſperandum de ſtudiis ciuilibus ſublato effeciſti, vt omnium oculi iam in te conie cti ſint: nec quicquam adeo rarum eximiúmque ſit in hoc genere, quod nunc à te non expectetur. Quo nomine ordo noſter primum, deinde ſtudioſa iuuentus, qua vix vſquam moderatiorem, & ad recta ſtudia propenſiorem meo iudicio reperias, gratias tibi immortales agit. Quid dicam amplius? Parietes mehercule gymnaſij ipſius gratias tibi agere geſtiunt, quod præſentia tua tantopere exornaſti, & in quo Ciuilis ſapientiæ officinam illam, quæ non multos ante annos exædificata hic fuerat, ſed fato neſcio quo propemodum collapſa, fulciendam ac reſtituendam curaſti. De me autem ſic habeto, cum multos vbique habeas amicos, auctoritate, gratia, opibus multò, quam ego ſim, ſuperiores, & beneficiorum magnitudine coniunctiores, tamen nemini me conceſſurum homini, qui aut ardentius te diligat, aut maiore cultu, veneratione, obſeruantia proſequatur. Vale. Biturig. Idib. Decemb. anno 1550.

INDEX

INDEX
TITVLORVM DIGESTORVM
SEV PANDECTARVM, ET CODICIS, QVI HOC PRIMO VOLVMINE EXPLICANTVR.

DE iuſtitia & iure pag.1
De origine iuris 5.a
De legibus, Senstuſconſultis, & longa conſuetudine ibid.b
De conſtitutionibus principum 10.a
De ſtatu hominum 11.a
De iis qui ſunt ſui vel alienr iuris 13.a
De adoptionibus & emancipationibus, aliiſque modis, quibus patria poteſtas ſoluitur 14.b
De rerum diuiſione & qualitate 17.b
De ſenatoribus] 18.a
De officio conſulis 20.a
De officio præfecti prætorio ibid. a
De officio pręfecti vrbi ibid.b
De officio quæſtoris 21.a
De officio prætoria ib.b
De officio præfecti vigilum ib.b
De officio proconſulis & legati 22.a
De officio præfecti auguſtalis ibid.b
De officio præſidis ibid.b
De efficio procuratoris Cæſaris vel rationalis 23 a
De officio iuridici Alexandriæ ibid.b
De officio aſſeſſorum ibid. ibid.b
De iuriſdictione 24.a
Quod quiſque iuris in alterum ſtatuerit, vt ipſe eodem iure vtatur 35.a
Si quis ius ducenti non obtemperauerit 36.a
De in ius vocando 37.a
Ne quis eum, qot in ius vocatus eſt, vi eximat 39.a
Qui ſatiſdare cogantur, &c. ibid.b
Si ex noxali cauſa agatur 40.a
De eo per quem factum erit quo mious qois in iudicio ſiſtat 41.b
Si quis cautionibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperauerit ibid.a
De feriis & dilstionibus 42.a
De dilationibus ibid.b
De edendo ibid.
De pactis 44.a
De traoſactionibos 71.a
De poſtulando 76.b
De his qui notantur iofamia 77.b
De procuratoribus & defenſoribus 78.b
Quod cuiuſque vniuerſitatis nomine, &c 83.a
De negotiis geſtis ibid b
De calumoiatoribus 84.b
De in integrum reſtitutionibus 85 a
De eo quod metus cauſa geſtum erit 87.b
De dolo malo 91.a
De minoribus vigintiquinque annis 95.a
De filiofamilias minore 103.a
De fideiuſſoribus minoruin 104.a
Si tutor vel curator interuenerit 105 a
Si in communi eadémque cauſa in integrum reſtitutio poſtuletur 106.b
Si aduerſus rem iudicatam reſtitutio poſtuletur 107.b
Si aduerſus venditionem 109.b
Si aduerſus vendirionem pignoris 111 a
Si aduerſus donationem 113.a
Si aduerſus libertatem ibid.b
Si aduerſus tranſactionem vel diuiſionem in integrum minor reſtitui velit 115.b
Si aduerſus ſolutiuoem à tutore, vel à ſe factsm 117.a
Si aduerſus dotem 118.a
Si aduerſus delictum ſuom 119.a
Si aduerſus vſucapionem 121.a
Si aduerſus viſcum 122.a
Si sduerſus creditorem 123.
Si minor ab hæreditate ſe sbſtineat 125.a
Si vt omiſſam hæreditatem, vel booorum poſſeſſionem vel quid aliud acquirat 126.a
In quibus cauſis io iotegium reſtitutio neceſſaria non eſt 127.a
Qoi & aduerſus quos in integrum reſtitui noo poſſunt 130.a
Si mioor ſe maiorem dixerit 131.b
Si ſæpius in integrum reſtitutio poſtuletur 132.b
De his qui veoiam ætatis impetrauerunt 133.a
Si maior factus ratum habuerit 134.b
Vbi & apud quem cognitiu in integrum reſtitutionis agitanda ſit 136.b
De reputationibus, quæ fiunt ro iudicio in integrum reſtitutionis 138.a
Etiam per procuratorem cauſam in integrum reſtitutionis agi poſſe ibid.b
In integrum reſtitutione póſtulata oe quid noui fiat 139.b
De capite minutis 140.a
Ex quibus cauſis maiores vigintiquinque annis in integrum reſtituuotur 143.a
De vxoribus militum 145.
De reſtitutione militum, & eorum, qui reipublicæ cauſa abſunt 146.b
De temporibus io integrum reſtitutionis tam minorum quàm aliarum perſonarum quæ reſtitui poſſunt, quàm etiam hæredum eorum 153.b
De alienatione iudicij mutandi cauſa facta 156.a
De receptis, qui arbitrium receperunt vt ſententiam dicant 158.b
Nautæ, caupones, ſtabularij, vt recepta reſtituaot 173.a
De iudicijs, & vbi quis agere vel conueniri debeat 176.a
De inofficioſo teſtamento 196.b
De ſeruitutibus 215.b
De ſeruituribus vrbanorum prædiorum 220.b
De ſeruitutibus prædiorum ruſticorum 225.b
Communia prædiotum, tam vrbaocrum quàm ru-

ſticorum 228.a
Si ſeruitus vindicetur, vel ad alios pertinere negetur 230.a
Quemadmodum ſeruitutes emittantur 233.b
De iureiurando 255.a
De in litem iurendo 246.b
De probationibus 260.e
De fide inſtrumentorum, & amiſſione eorum 272.a
Plus valere quod agitur, quam quod ſimulatè concipitur 274.a
De teſtibus, tam ex Pandectis, quam ex Iuſtinianeo Codice ibidem,a
Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur 278.a & 293.e
De nuptiis 279.e
De dotibus &dotium iure 287.b
De donatione propter nuptias 289.b
De ſponſelitia donatione 290.b
De pactis dotalibus ibid.
De dotali ſundo 291.a
De donatione inter virum & vxorem ibid.b
De diuortiis 292.b
De tutelis 340.a
De teſtamentarie tutela 341.a
De confirmando tutore 342.b
De legitimis tutoribus 343.a
De tutoribus & curatoribus datis ab his qui ius habent,&c. 344.a
Qui petant tutores vel curatores, & vbi petantur 345.a
De adminiſtratione & periculo tutorum & curatorum 346.b
De authoritate tutorum 349.b
Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere poſſint 350.b
De ſuſpectis tutoribus 351.b
De excuſationibus tutorum 352.a
Si tutor vel curator 354.a
Vbi pupillus educari vel morari debeat ibid.
De tutelis & rationibus diſtrahendis ibid.b
De contraria tutelæ,&c. 355.b
De eo qui pro tutore próve curat.negot. 356.a
Quod falſo tutore autore ibid.b
De fideiuſſoribus & nominatoribus tutorum ibid.b
De magiſtratibus conueniendis 357.e
De rebus eorum qui ſub tutela,&c. ibid.b
Si maior factus alien.fact.&c. 358.b
De curatoribus furioſo, prodigo,& aliis,&c. 375.a
Qui teſtamenta facere poſſunt 376.a
De hæredibus inſtituendis 386.b
De liberis & poſthumis hæredibus inſtituendis 393.b
De iniuſto, rupto,& irrito facto teſtamento 421.b
De vulgari & pupillari ſubſtitutione 429.a
De conditionibus inſtitutionum 474.b
De iure deliberandi 488.a
De militari teſtamento 489.a
De acquirenda vel amittende hæreditate 501 b
Quemadmodum teſtamenta aperiantur, inſpiciantur,& deſcribantur 541.a
Si quis omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato, vel alio modo poſſideat hæreditatem 544.a
De ſenatuſconſulto Sillaniano & Claudiano, quorum teſtamenta ne aperiantur 547.a
Si quis aliquem teſtari prohibuerit vel coegerit 550.a
De iure codicillorum 552.a
De legatis & fideicommiſſis 553 e
Ad legem Falcidiam 640.a
De bonorum poſſeſſione 668.a
Quando non petentium partes petentibus accreſcant 670.a
De bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas ibid.b
De bonorum poſſeſſione contra tabulas 671.b
De legatis præſtandis, contra tabul.bonor.poſſ.petita 672.
De bonorum poſſeſſione contra tabulas liberti teſtamenti ibid.a
De coniungendis cum emancipato liberis ibid.b
De ventre in poſſeſſionem mitiendo 673.e
Si à parente quis manumiſſus ſit ibid.
Vnde liberi ibid.
Vnde legitimi ibid.b
Vnde cognati 972.e
De ſucceſſorio edicto ibid.a
De Carboniano edicto 675.e
Vnde vir & vxor ibid.b
De collationibus ibid.
De operis noui nuntiatione 677.e
Prælectiones Franc. Duareni in eundem titulum do noui operis nuntiat. 683.b
De damno infecto 700.a
De aqua pluuia arcenda 703.e
De publicanis & vectigalibus & commiſſis 705.a
De donationibus 707.a
De donatione cauſa mortis, & quæ ſit mortis cauſa, donatio,& mortis cauſa capio 709.a
De acquirendo rerum dominio 710.a
De acquirenda vel emittenda poſſeſſione 716.a
Alter commentarius Franc. Duareni in eundem tit. de acquiren.&c. 764.b
De vſurpationibus & vſucapionibus 762.e
In eundem tit. alter commentarius Franc. Duareni 764.b
De re iudicata
Pro emptore 775.a
Pro hærede 772.b
Pro donato ibid.b
Pro derelicto 773.a
Pro legato ibid.b
Pro dote ibid.
Pro ſuo ibid.
Pro ſoluto 774.a
De re iudicata ibid.b.
Eiuſdem in eundem tit. methodica partitio 775.e
De confeſſis 817.b
De ceſſione bonorum 819.b
Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur 820.b
De rebus authoritate iudicis poſſidendis, ſeu vendendis 821.e
De priuilegiis creditorum ibid.b
De ſeparationibus ibid.
De interdictis ſeu extraordinariis actionib. quæ pro his competunt 822.b
Quorum bonorum 822.a
Quod legatorum ibid.b
Ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus erit 824.a
De tabulis exhibendis ibid.b
Ne quid in loco ſacro fiat ibid.
De locis & itineribus publicis ibid.
Ne quid in loco publico vel itinere fiat 825.a
De loco publico fruendo ibid.a
De via publica, & ſi quid in ea factum eſſe dicatur,& de via publica & itinere publico reficiendo ibid.b
De fluminibus, ne quid in flumine publ. ripáve eius fiat, quo peius nauigetur. Et ne quid in flumine public. fiat, quo aliter aqua fluat atque vti priore æſtate

æſtate fluxit ibid.
De vi & vi armata 826 a
Vti poſſidetis ibid.b
De ſuperficiebus 827.a
De aqua quotidiana & æſtiua 828.a
De riuis ibid.
De fonte ibid.b
De cloacis ibid.
Quod vi aut clam ibid.
De remiſſionibus 829.a
De precario ibid.
De arboribus cædendis 830.a
De glande legenda ibid.
De libero homine exhibendo ibid.b
De liberis exhibendis, item dicendis ibid.
Vtrubi 831.a
De migrando ibid.
de saluiano interdicto ibid.b
De exceptionibus, præſcriptionibus,& præiudiciis 832.a
De exceptione rei iudicatæ ibid.b
De diuerſis temporalibus præſcriptionibus, & acceſſionibus poſſeſſionum 833.b.
De litigioſis 834.a
De obligationibus & actiunibus ibid.b
de verborum obligationibus 842.a
Duareni libellus qui inſcribitur scæuola, interpretationem continens cuiuſdam Ceruidij scæuolæ reſponſi,cap.122.tit.ſuperioris 929.a
Eiuſdem in eondem tit. de verborum obligationibus.partitio methodica 934.a
de ſtipulationibus ſeruorum 938.a
De duobus rais conſtituendis 949.a
De fideiuſſoribus & mandatoribus 950.a
De nouationibus & de legationibus 951.b
De ſolutionibus & liberationibus 953.b
De acceptilationibus 955.b
De prætoriis ſtipulationibus 956.b
Rem pupilli vel adoleſcentis ſaluam fore 957.a
Iudicatum ſolui ibid.
Rem ratam haberi & de ratihabitione ibid.b
De priuatis delictis 958.a
De furtis ibid.b
De tigno iniuncto. 960a
si quis teſtamento liber eſſe iuſſus fuerit ibid.b
Furti aduerſus nautas ibid.
si familia furtum feciſſe dicatur 960.b
Arborum furtim cæſarum 961.a
Vi bonorum raptorum,& de turba ibid.
De incendio, ruina, naufragio, rate naue expugnata 961.a
De iniuriis & famoſis libellis ibid.
De extraordinariis criminibus 964.b
De ſepulchro violato 965.a
De concuſſione ibid.
De abigeis ibid.
De præuaricatoribus ibid.
De receptatoribus 966.a
De furibus balneariis ibid.
De effractoribus & expilatoribus ibid.b
De crimine expilatæ hæreditatis ibid.
De crimine ſtellionatus 967.a
De termino moto ibid.b
De collegiis & corporibus ibid.
De popularibus actionibus 968.a
De publicis iudiciis ibid.
De accuſat.& inſcriptionibus 969.a
De cuſtodia & exhibitione reorum 970.b
Ad legem Iuliam maieſtatis 971.b
Ad legem Iuliam de adulteriis 972.b
Ad legem Iuliani de vi publica & priuata 974.b
Ad legem Corneliam de ſicariis 975.b
Ad legem Pompeiam de parricidiis 977.a
Ad legem Corneliam de falſis,& dè senatuſconſulto Liboniano 977.a
Ad legem Iuliam repetundarum 979.a
Ad legem Iuliam de annona ibid.b
Ad legem Iuliam peculatus, & de ſacrilegis, & de reſiduis 980.a
Ad legem Iuliam de ambitu 981.a
Ad legem Fabiam de plagiariis. ibid.a
Ad Senatuſconſulrum Turpillisnum, & de abolitionibus criminum ibid.b
De requirendis reis 983.a
De quæſtionibus ibid.b
De pœnis 984.b
De pœnis damnatorum 986.a
De bonis eorum qui ante ſententiam mortem ſibi conſciuerunt,aut accuſatorem corruperunt 987.a
De interdictis,relegatis,& deportatis ibid.
De ſententiam paſſis & reſtitutis ibid.b
Da cadaueribus punitorum 988.b
De appellationibus & relationibus ibid.a
Quis à quo appelletnt 989.a
Intra quod tempus appellandum ſit ibid.b
De iure fiſci 990.b

Digitized by Google

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI

IN PRIMAM PARTEM PANDECTARVM, SIVE DIGESTORVM, METHODICA ENARRATIO.

DE VARIIS IMPERATORIS NOMINIBVS.

CAPVT PRIMVM.

Varia nomina imperatoris Iuſtiniano & illorum cauſa.

HVIVS operis auctor eſt Iuſtinianus, vt ex inſcriptione apparet, in qua varia eiuſdem nomina, ac tituli leguntur. In primis dicitur Imperator, quo nomine ſignificatur ſummus orbis terrarum principatus: etſi quondam duces belli parta victoria à militibus ita appellarentur, vt ſcribit Dion in Auguſto. Deinde Cæſar dicitur, vnde Cæſares dicti ſunt omnes Imperatores à Iulio Cæſare, à quo imperium cœpit, non ab Octauio, auctore Dione. Spartianus tamen in Vero ait, Cæſarem dici eum qui deſignatus eſt Imperator, ac ſucceſſor imperij: quo ſenſu in libris noſtris aliquando accipitur, vt in l. 6. §. vlt. D. de iure fiſci. & l. etſi excepta. C. de milesi. Dicitur Alamannicus, Gotthicus, Anticus, &c. Quæ à deuictis gentibus nomina ſumpta ſunt. Auguſtus, quaſi ſacroſanctus & veneratione dignus vocatur, vt ſcribunt Dion, & Suetonius in Auguſto: σεβαστὸς à Græcis dici ſolet. Iiſdem nominibus ornatur in præfatione Inſtitutionum.

CAP. II.

De inſcriptione Pandectarum, ſeu Digeſtorum.

INſcribuntur hi libri Pandectæ, quòd omnem iuris doctrinam contineant, vt Iuſtinianus ait in tertia conſtitutione de confirmatione Digeſtorum. Quod genus inſcriptionis magnificum, & ambitioſum olim à quibuſdam habitum fuit, vt ſcire licet ex Plinio in præfat. nat. hiſto. Gellius lib. 13. cap. 9. & lib. vlt. ad fin. Atque ita ex noſtris Vlpianus, ac Modeſtinus libros quoſdam ſuos inſcripſerunt. Quorum exemplum non immeritò hic ſecutus eſt Iuſtinia. cùm reuera hoc σύνταγμα, omnis æquitatis, iuſtitiæ, doctrinæ, eruditionis receptaculum, ac veluti quidam theſaurus ſit. Ac ſicut Cicero in lib. de Orat. librum duodecim tabularum anteponit omnibus philoſophorum bibliothecis, ita ego affirmare non dubitauerim, nullum hodie librum cuiuſcunque artis ac diſciplinæ, ſiue Græcum, ſiue Latinum extare, qui tantam rerum bonarum & vtilium copiam complectatur. Itaque iure mihi videntur in epigrammate Græco libri hi comparati eſſe clypeo Herculis, cuius meminit Heſiod. in libro, cui titulus eſt ἀσπὶς τοῦ Ἡρακλέους. Vt enim in clypeo Herculis magna erat varietas rerum inſignium depictarum: ita in his libris ingens rerum cognitu dignarum copia & varietas deſcripta reperitur. Digeſta etiam hi libri inſcribuntur, quia Iuſtinianus (cùm ei diſpliceret veterum librorum multitudo & confuſio) ex eis hoc opus concinnauit, & in certos libros, tractatúſque digeſſit ac diſpoſuit, vt eſt in prima Codicis conſtitutione. §. cùmque in præfat. Inſtit. Quod & Iulius Cæſar longo ante Iuſtinianum tempore facere ſtatuerat, vt auctor eſt Suetonius. Alciatus in Parergis dicit Iuſtinianum id præſtitiſſe his libris, quod Cicero facere aliquando conſtituerat, id eſt, ius ciuile in artem redegiſſe. Quod equidem affirmare, ac defendere nolim. Cicero quidem rationem docet Ius ciuile in artem redigendi, lib. 1. de Oratore. Et citatur à Gellio liber eiuſdem de iure ciuili in artem redigendo, lib. 1. cap. 22. Eſtque hæc eius ſententia, vt primùm in certa genera ius digeratur: deinde vt ea genera in certas ſpecies, ac veluti membra diuidantur: poſtremò, vt propria cuiuſque vis definitione explicetur. Ac genera quidem ipſa non malè videtur notaſſe Iuſtinianus: ſed ſub ſingulis titulis rhapſodia quædam eſt carens arte, quæ artificis, ingenioſi ac periti operam induſtriámque deſiderat: quo in genere quoſdam ex noſtris æqualibus operam multam ponere accepimus. Verùm propter nonnullorum impudentiam ac ſtultitiam odioſa iam cœpit eſſe Artis appellatio in iure ciuili, non minus quàm Methodicorum tempore Galeni. Quidam enim phantaſtici prorſus homines extiterunt hoc tépore, qui cum ſint ἀμαθέστατοι, & adeò ignari bonarum artium, vt quid ſit ars interrogati, vix habeant quod reſponſori ſint: tamen iuris artem magnificè nobis polliceri audent. Præterea ius enucleatum vocatur hoc opus ab auctore, in prima ſui Codicis conſtitutione ad finem, quòd quemadmodum nucleus ex putamine educitur, ita quicquid vtile, ac fructuoſum erat in veterum ſcriptis, collectum, & in hos libros redactum ſit, & optima ratione & methodo diſpoſitum & traditum.

Pandectarum noſtris præſtantia.

Cur libri noſtri Digeſta vocentur.

Iuſtinianus non videtur male in certis libris ordine digeſſiſſe.

CAP. III.

Ad conſtitutiones Iuſtiniani Pandectis propoſitas προλεγόμενα.

IN Pandectis Florentinis tres hic extant præfationis loco conſtitutiones Iuſtiniani, quarum prima & ter-

ria etiam in Codice eiuſdem habentur ſub tit. de veteri iure enucl. Prima conſtitutione mandat Triboniano vt ex veteris iuris auctorum libris has Pandectas componat. Tertia ad Senatum ſcripta eſt poſt confectionem Pandectarum, quæ totius operis diuiſionem, ac diſpoſitionem cum quibuſdam aliis complectitur. Secunda, quę ad doctores iuris, ſiue (vt Iuſtinianus ipſe loquitur) antecesſores ſcripta eſt, rationem docendi iuris præſcribit. Ex duabus primis conſtitutionibus obſeruanda eſt hiſtoria iuris, quod à Iuſtiniano compoſitum eſt: eſt enim vtilis ad cognoſcendum diſcrimen veteris ac noui iuris. Codex igitur Iuſtiniani ex veterum principum reſcriptis, & conſtitutionibus primùm à Iuſtiniano editus eſt, anno Chriſti 529. imperij eiuſdem ſecundo, Decio conſule ſolo. Anno autem tertio, Iuſtinianus mandauit componi Digeſta & Inſtitutiones, Lampadio & Oreſte Coſſ. quæ ſeptimo anno, Iuſtiniano ipſo tertiùm Conſule, in lucem exierunt. Octauo anno, id eſt Iuſtiniano, & Paulino Coſſ. (vt docet Funcclius in ſua Chronologia, quæ nonnihil tamen ab Holoandro diſſentire videtur) Codex, qui antè editus fuerat, renouatus eſt, atque emendatus. Et conſtitutiones, quæ poſt primam editionem interim factæ erant, id eſt, ab anno ſecundo imperij Iuſtiniani vſque ad octauum, eidem Codici inſertæ ſunt, vt apparet ex titulo Codicis de emend. Iuſtin. Cod. Nouellæ conſtitutiones longo poſt tempore editæ ſunt, veteri iuri derogantes, quæ tenendæ & obſeruandæ ſunt. Ex ſecunda conſtitutione notanda eſt diſpoſitio, ac diuiſio totius operis, quæ eſt in ſeptem partes, & quinquaginta libros. Et quod obiter Iuſtinianus ait ſe ad artem numerorum reſpexiſſe in ſeptem partes ius vniuerſum diuidendo, id ex veterum ſuperſtitione ortum videtur, qui credebant diuinitatem aliquam ac religionem ineſſe numero ſeptenario: de quo apud Macrobium in ſomnium Scipionis, & Gellium lib. 2. c. 10. Nec diſſimile eſt, quod idem Iuſtinianus ſcribit in Nouella conſtitutione 105. de ſeptem proceſſionibus Conſulum. Mirum autem videtur plerisque, quòd Iuſtinianus hic numerum verſuum exprimat, ex quibus conſtant libri Pandectarum. Sed hic mos veterum fuit, quod vel ex Diogene Laertio cognoſci poteſt in vita Ariſtotelis, Theophraſti, & aliorũ philoſophorum, & ex Plinio lib. 30. c. 1. & Galeno de nat. huma. & de anato. adminiſt. Verſus hic accipe, membra orationis integra, vel periodos, quæ Hieronymus in Ruffinum, verſuum cola vocat: quod etiam animaduertimus lib. 2. Diſp. c. 6. Annotandum eſt præterea, compoſitores harum Pandectarum tametſi nomina iuriſconſultorum ſingulis capitibus præpoſuerint, vt intelligeretur quid ex quoque ſumptum eſſet, tamen multa eorum ſcriptis adiecisſe, atque detraxiſſe: vt hodie, quæ fuerit veterum ſententia, ex his libris certò cognoſcere non posſimus. Illud præcipua animaduerſione dignum eſt, quod Iuſtinianus ſcribit, nihil contrarium in hoc Pandectarum volumine reperiri, ſi quis ſubtili animo diuerſitatis rationem excutiat, ſed eſſe aliquod nouum inuentum, vel occulte poſitum, quod diſſonantiæ querelam diſſoluit, & aliam naturam induit diſcordiæ fines effugientem. Idque mandauerat curari à compoſitoribus ipſarum Pandectarum prima conſtitutione, his verbis: *Nulla in omnibus prædicti Codicis membris antinomia aliquem ſibi vindicet locum: ſed ſit vna concordia, vna conſequentia, aduerſario nemine conſtituto.* Sed de libris Digeſtorum vtroque in loco Iuſtinianus loquitur, in quibus nullam ait antinomiam reperiri: tametſi veterum Iuriſconſultorum contrariæ, & pugnantes interdum eſſent ſententiæ, ex quorum libris confecta ſunt hæc Digeſta. His autem, qui non ſatis triti ſunt in horum centonum, ex quibus Pandectæ compoſitæ ſunt, lectione, non mirum eſt pleraque videri contraria, & pugnantia eſſe, cum eruditorum aliud ſit iudicium. Nam in gemellis idem accidere videmus, quos diſcernare non poteſt quiſquam, niſi cum eis aſſiduè moratus ſit: adeò mira eſt plerunque ſimilitudo. Dubitandum autem non eſt, quin Nouellæ conſtitutiones contrariæ interdum huic iuri ac derogantes reperiantur: idémque de iis eſt dicendum, quæ à ſecundo anno imperij Iuſtiniani poſt primam Codicis editionem factæ, & anno octauo Codici renouato inſertæ ſunt, vt antè diximus. Cognoſcuntur autem ex eo quòd ſubſcriptæ ſunt Lampadio & Oreſte Coſſ. vel poſt Conſulatum Lampadij, & Oreſtis. Et quia eædem conſtitutiones inſertæ ſunt libris Inſtitutionum, conſequens eſt, & eos quoque libros iuri in Pandectas relato derogare. Id enim oſtendit Iuſtinianus his verbis: *Admonemus autem eos, vt memores etiam noſtrarum fiant conſtitutionum, quas pro emendatione iuris promulgauimus, & in confectione Inſtitutionum, eandem emendationem ponere non morentur.* In Pandectis verò componendis non adeo ſolliciti fuerunt de eiuſmodi nouis conſtitutionibus, vt nihil ex eis omittere vellent: quoniam id non fuerat eis diſertè mandatum. Cum enim Inſtitutiones conficiendæ eſſent ex vniuerſo iure, par erat & earum conſtitutionum rationem haberi, quæ recens à Iuſtiniano factæ fuerant. At Pandectas componi præceperat Iuſtinianus ex Iuriſconſultorum tantùm libris: tametſi permitteret eis aliquid addere, vel detrahere pro ipſorum arbitrio: quod & factum ab eis nonnullis in locis fuit, vt antè admonuimus. Itaque mirum non eſt, ſi pleraque in Pandectis reperiantur nouis iſtis conſtitutionibus contraria, ac repugnantia: cùm in mandatis non haberent (vt diximus) vt per omnia eas conſtitutiones ſequerentur. Et conſultius exiſtimabant, ſtudioſos ad earum Conſtitutionum lectionem remittere, ex qua cognoſcerent, quid abrogatum eſſet, quàm ſcrupuloſius ſingula excutere in libros Digeſtorum redacta, & ea ad nouas conſtitutiones accommodare, quod ſanè operoſum, ac difficile eis futurum erat. Poſtremò notandum eſt, non licere his Pandectis vllos commentarios applicare: idémque & ſuperiore conſtitutione vetitum eſt. Nam etſi abſque interpretatione non posſit ius conſiſtere. l. 2. infrà de origine iuris, tamen vtilius viſum eſt, nullam interpretationem in literas referre, ne varietas opinionum tandem confuſionem ac perturbationem magnam afferat. Non igitur interpretatio, ſed ſcriptio tantùm, quæ Pandectis adhiberetur, hic prohibita eſt. Tertia conſtitutio, quæ formam rationémque docendi iuris & præterea alia quædam ſingularia continet, non difficilem habet explicationem.

Quo tempore Codex Iuſtiniani editus eſt.

Quo tempore compoſita ſunt, ac edita Inſtitutiones & Pandectæ iuris.

Codex Iuſtiniani renouatus & emendatus.

Septenarius numerus ab antiquis & ab ipſo Iuſtiniano obſeruatus.

Cur Iuſtinianus numerũ verſuum exprimat quibus cõſtant libri Pandectarum.

Nihil contrarium in Pandectis reperitur.

Eorũdem ſimilitudo à gemellis ducta.

Vetat Iuſtinianus commentarios Pandectis applicare.

Ius abſque interpretatione conſiſtere non poteſt.

IN DIGESTORVM, SEV PANDECTARVM LIB. I.

TIT. DE IVSTITIA ET IVRE.

CAP. I.

IN hoc initio traduntur veluti quædam Inſtitutiones iuris. Eſtque Philoſophica planè hæc diſputatio. Nam etſi Iuriſconſulti ſoleant τὸ ὅτι inquirere magis, quàm τὸ διότι: tamen hîc cauſæ & fontes aperiuntur, ac docentur: & explicantur res, quarum cognitio ei, qui daturus eſt iuri operam, ſummè neceſſaria eſt, videlicet quid ſit ius, quid ius naturale, gentium, ciuile, prætorium: quæ fortaſſis leuia admodum ac tenuia quibuſdam videri posſunt, ſed reuera hæc ſunt elementa iuris, & fundamenta maximarum, grauiſſimarúmque diſputationum ſicut in Geometria punctum, linea, ſuperficies, &c.

CAP. II.

Quid ſit ius, iuſtitia & iuriſprudentia.

HVius verbi ſignificatio varia eſt. Interdum enim ſignificat quicquid iuſtum eſt, ſiue natura ſit inſitum ſiue

Varia vocabuli iuris ſignificatio.

ſiue conſtitutione aliqua propter communem hominum vtilitatem introductum: interdum pro loco accipitur, in quo ius redditur: vt cum dicimus in ius vocare. Sunt & aliæ ſignificationes, quæ variis ex locis colligi poſſunt, vt l. pen. & vlt. hic l. 1. infrà de rer. diuiſ. & Inſt. de reb. corp. Cum autem dicimus iuri operam dare, aut ius profiteri, artem boni & æqui intelligimus: id eſt, collectionem quandam præceptionum ad bonum

Quomodo ius hic accipiatur, & quomodo definiatur. & æquum pertinentium. Et hæc collectio ius dicitur, à iuſtitia: quia bonum & æquum tractare, ſiue exercere, eſt iuſtitiam colere, quæ conſtans eſt, ac perpetua voluntas ius ſuum vnicuique tribuendi. l. 1. l. iuſtitia, hic. Iuriſprudentia verò eſt, huius artis cognitio, quam ideo Vlpian. in d. l. iuſtitia. hic. ait iuſti, atque iniuſti ſcietiam eſſe. Quod autem ſcribit idem eodem loco, iuriſprudentiam deſcribens, eam eſſe diuinarum atque humanarum rerum ſcientiam, eò pertinet, vt intelligamus nullam eſſe rem, ſiue diuinam, ſiue humanam, quam Iuriſconſultus non tractet, quæque ad ciuilem ſcientiam

Iurisprudentiæ definitio. non pertineat. Ideo meritò Ariſtoteles ἀρχιτεκτονικὴν. Alij aliter intelligunt, ſed mihi videtur Vlpianus ad materiam quam tractamus, hic reſpexiſſe. Vt autem clarius explicetur definitio iuris, animaduertendum eſt, bonum, & æquum hic accipi pro benigniore & humaniore interpretatione iuris, quæ ſcripto comprehenſa non eſt: quam ipſe Ariſtoteles ἐπιείκειαν vocat lib. 5. Ethico. Cùm enim nulla lex ita ſcribi poſſit, vt omnia quæ quandoque inciderint, complectatur (quod contingit non ex legis, aut legiſlatoris vitio, ſed ex ipſius rei natura, vt idem Ariſtoteles ait) neceſſaria eſt ars, quę nos doceat, quemadmodum hoc vitium emendare poſſimus,

Lex omnis ſcripta ad bonum & æquum redigenda. & ad bonum, & æquum legem quamcunque ſcriptam redigere. Quo pertinet poetæ vulgò noti diſtichum:

> *Iudicis auxilium ſub iniqua lege rogato:*
> *Ipſa etiam leges cupiunt vt iure regantur.*

Nec mirandum eſt poetam his verbis vſum fuiſſe, cum Ariſtoteles ipſe ſcribat ἐπιείκειαν eſſe ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου, id eſt, emendationem iuris. Non enim credendum eſt cuiuſuis id eſſe, ſed artificis tantùm periti ac eruditi, id eſt, iuriſconſulti. Hinc Cicero laudat Seruium Sulpitium, quòd ea, quæ proficiſcebantur à iure ciuili, ſemper ad æquitatem referret, Philip. 9. & Caium Aquilium, quòd iuris ciuilis rationem nunquam ab æquitate ſeiungeret, in oratione pro Cæcinna. Hinc Conſtantinus reſcripſit, in omnibus rebus præcipuam eſſe iuſtitię, quàm ſtricti iuris rationem. l. placuit. C. de iudic. Sic enim legitur in vetuſtis, emendatiſque codicibus, nec in eis vlla æquitatis ſcriptæ eſt mentio: quod non expendentes plerique, in magnos errores inciderunt. Hinc etiam Celſus adoleſcens dicebat, in quæſtione, quæ de bono & æquo oritur, plerunque ſub auctoritate iuris ſcientiæ pernicioſè errari ſolere, vt eſt in l. ſi ſeruum. §. ſequitur. infrà de verb. obligat. Hinc enim boni & æqui tractatio propria eſt iuris ſcientiæ, & eorum qui ius

Quis iuriſconſultus habendus. profitentur. Nec iuriſcōſultus is habendus eſt, qui leges aut principis alicuius, vel reipublicæ conſtitutiones in memoria habet (quod facile factu eſt) ſed qui earum legum vim ac poteſtatem tenet. l. ſcire leges. infrà de legib. id eſt, qui hac arte inſtructus ac edoctus, legem quācunque ex bono & æquo interpretari poteſt. Itaque iis etiam, apud quos Romanum ius receptum non eſt, ſed qui legibus patriis reguntur, neceſſaria eſt huius artis cognitio, vt melius poſſint de legibus ſuis iudicare. Certum eſt autem, hanc artem, qua nulla præſtantior, digniórque eſt, his Pandectarum libris contineri, & facilè ex eiſdem à quouis homine, qui iudicio præditus ſit, colligi, atque ediſci poſſe: etſi inficias non eo, iuſtam abſolutámque methodum tractandique rationem meritò hic deſiderari.

Cap. III.

Quæ ſint iuris præcepta.

VLpianus tria iuris præcepta tradit: honeſtè viuere: alterum non lędere: ius ſuum cuique tribuere, in l. iuſtitia hic. Idémque ſcriptum eſt in Inſtit. Iuſtiniani. Quorum præceptorum duo poſtrema iuſtitiæ propria ſunt, primum verò ad omnes alias virtutes pertinere videtur. Hoc autem non ita accipere debemus, quaſi omnia honeſtatis officia legibus, & iure ciuili præcipiantur, vt ad ea homines inuiti per magiſtratum cogi poſſint. Latius enim patet officiorum, quam iuris regula, vt ait Seneca. His igitur verbis ſignificauit (opinor) Vlpianus, quicquid iure ciuili cautum præſcriptúmque reperitur, ad vnum aliquod horum trium præceptorū, quaſi ad ſcopum quendam, referri. Nam etſi hæc ars pręcipue ad iuſtitiam, & ęquitatem referatur, ideóque dicatur ars boni & æqui eſſe, vt antè dixi: tamen & aliarū virtutum legiſlatores plerunque rationem habent: velut cum vetant, ne frater fratrem capitis accuſet, ne filius patrem in ius vocet, ne à marito ſolidum exigatur, & cætera eiuſmodi.

Cap. IV.

De iure publico & priuato.

SIcut in reliquis diſciplinis theſes quædam ſunt, ſiue poſitiones, vt Vlpianus loquitur: ita & in hoc ſtudio, ſiue arte iuris. Vna theſis eſt, ius aliquando ad ſtatum Reipublicæ ſpectare: quod publicum dicitur. Altera eſt, ius quoddam pertinere ad ſingulorum vtilitatem: quod priuatum appellatur. Vnde oritur diuiſio iuris in publi- *Quid ſit ius publicum, quid ius priuatum.* cum, & priuatum, in l. 1. §. huius ſtudij. hic. & in Inſtitut. eo. ti. Animaduertendū igitur eſt, vtilitatem publicam, ac priuatam, quamuis cognatæ ſint atque coniunctæ, tamen inter ſe differre, non aliter, ac res ſingulorum à rebus vniuerſitatis diſtinguuntur, infrà de rer. diuiſ. & munus publicum ab officio cuiuſque patriſfamiliâs. Ius ergo publicum, quod ad vtilitatē publicam potiſſimum reſpicit, differt à iure priuato, id eſt, quod ad priuatorū hominum commodum pertinet. Quæ enim de ſacris ſacerdotibus & magiſtratibus conſtituta ſunt, de quibus in hoc primo libro multi ſunt tractatus, & in primo lib. Codicis Iuſtiniani, dubiū non eſt, quin ea ad tuendum ſtatum publicum maximè ſpectent. Priuati iuris exem- *Ex priuato iure innumeræ lites oriuntur.* pla innumerabilia reperiuntur, de cōtractibus omnibus, de conuentionibus, & aliis eiuſdem generis, de quibus lites plures exiſtunt, quàm de publicis. Cùm enim permittit lex emere, vēdere, locare, conducere, item ex his contractibus agere, ac perſequi, quod ſibi debetur, ad ſingulorum hominū vtilitatem haud dubiè reſpicit, & hæc omnia relinquit in cuiuſque voluntate & arbitrio. Sæpe tamen accidit, vt cum in priuatis negotiis aliquid deprehenditur publicæ vtilitati nocere, ius conſtituatur, quo huic incommodo occurri poſſit: idque publicū ius tunc dicitur, non priuatum: vt (exempli gratiâ) cùm ea, quæ ad victum pertinent, iuſto pretio pręberi iubentur. l. 1 §. cura carnis. infrà de offic. præfect. vrb. ſic pactum, quo dotis conditio fit deterior, improbatum eſt. l. de die l. Atilicinus. infrà de pact. dot. ſic donatio inter coniuges. l. 1. infrà de donat. inter vir. ſic tranſactio de alimentis. l. cùm hi. infrà de tranſact. ſic hæreditatis futuræ repudiatio. l. pactum dotali. C. de collat. ſic rerum pupillarium alienatio l. 1. infrà de rebus eorum qui ſub tutel. eodémque modo lex commiſſoria in pignoribus, & alia huiuſmodi, de quibus aliis in locis tractaturi ſumus.

Cap. V.

De iure naturali gentium, & ciuili.

POſteaquam diuiſit Vlpianus publicum ius à priuato iure omiſſa diſputatione de publico, ſtatim ad priuatum tranſit. Nā tota ferè Iuſtiniani legiſlatio conſumitur in iure priuato: quòd de rebus priuatis frequentiores eſſent lites ac controuerſiæ, quàm de publicis. Ait igitur, priuatum ius, id eſt, collectionem præceptorum ad ius priuatum pertinentium, quæ his libris continetur,

conſtare ex naturalibus præceptis gentium, & ciuilibus & hæc ſingula quam vim habeant, definitione explicat in l.1 §.priuatum,& deinceps hic. Ius naturale, inquit, eſt,quod natura omnia animalia docuit. Nullo enim certiore argumento demonſtrari poteſt,aliquid naturale eſſe homini, quàm quod animantibus quoque brutis innatum ſit, quæ ſolo naturæ inſtinctu mouentur.Hinc Cicero lib.2.de Finib.ait,Beſtias ſpecula eſſe naturæ.Et lib.3.de Finib. Atque etiam,inquit,in beſtiis vis naturæ inſpici poteſt: quarũ in fœtu, & in educatione laborem cum cernimus,ipſam naturæ vocem videmur audire.Exempla hic ſatis perſpicua ſunt, de maris & fœminæ coniunctione,& cæteris ſimilibus. Nam omne animal natura duce ad conſeruandum ſe, & ſpeciem ſuam impellitur,vt Ariſtoteles ait lib.1,Politic. Quod autem ait Vlpianus, feras quoque beſtias iſtius iuris peritia cenſeri:ſic accipe, ob iſtius iuris peritiam in pretio, & admiratione eſſe.Cornelius Tacitus in dialogo de Orato, Huiuſmodi libri eorum extant,vt ipſi quoque qui egerunt,non aliis magis orationibus cenſeantur. Seneca epiſt.77.Id in quoque optimum eſt,cui naſcitur, quo cẽſetur.Plinius lib.33. cap.12. Hæc ars ita exoleuit, vt ſola iam vetuſtate cenſeatur. Idem lib.37.cap.1. muſicæ artis oſtentatione cenſeri dixit Ius gentium vocat Vlpianus, quo non omnia animantia, ſed omnes homines vtũtur. Ius humanum à quibuſdam aliis dicitur, vt Liuio 1.dec. lib.5.Seneca lib.3.de benefic.c.18. Seruo,inquit,qui negat beneficium dare poſſe,ignarus eſt iuris humani.poteſt enim iure humano,non ciuili dare beneficium.Huius iuris eſt,religio,& pietas in Deum.Nulla enim gens eſt tam fera, nemo omnium tam immanis, quem non imbuerit deorum opinio,vt inquit Cicero lib.1.Tuſcul. quæſt.Sed an hoc ius innatum ſit homini,quæritur. Et certum eſt,bellum,ſeruitutem,contractus, vſu exigente & humanis neceſſitatibus, homines communi quodam conſenſu cõſtituiſſe.§.ius autem, Inſtit.de iure nat.gen. & ciuil.cùm experientia videlicet edocti animaduerterent,ſe aliter non poſſe ſocietatem communem tueri, & conſeruare. Alia cauſa videtur eſſe religionis erga Deum,pietatis in parentes, & patriam, & aliorum huiuſmodi,quæ non minus natura inſita creduntur homini,quàm maris & fœminæ coniunctio. Sed hæc omnia Vlpianus,vt credibile eſt, exæquauit, & ad viuum,ſimplexque ius gentium retulit,quòd naturæ vis paulò obſcurius hic cerneretur quàm in maris & fœminæ coniunctione, & cæteris rebus, quæ communes nobis ſunt cum brutis. Etſi enim argumentis non leuibus admoneamur, religionem erga Deum cauſam in natura poſitam habere,tamen non tam certa eſt eius rei demõſtratio,quàm coniunctionis,de qua diximus. Hinc Cicero lib.2.de Inuent.Conſuetudine,inquit,ius eſt,quod leuiter à natura tractum,aluit,& maius fecit vſus,vt religionem,& cætera.Itaque Vlpianus vnum,atque ſimplex ius gentium conſtituit,quo videlicet omnes homines naturalem ſequentes rationem vtuntur: ſiue id quædam innata vis inſeruit,vt religionem, ſiue cõſenſu hominum tacito propter vtilitatem communem receptum, ac cõprobatum eſt,vt bellum, contractus, & quæ ſunt huiuſmodi.Dicitur autem hoc ius ciuili vetuſtius,& cum humano genere proditum eſſe, in l.1. infrà de acquir.rer. domin.§.ſingulorum.Inſt.de rer.diuiſ. quòd humanum genus poſtquam à Deo creatum eſt, diu hoc iure non caruit,vt initium eius atque origo cognoſci nequeat.Idque oſtendunt Sophoclis verſus, quos in eam rem citat Ariſtoteles lib.1.Rhet.

Οὐ γάρ τι νῦν τι κἀχθὲς, ἀλλ' ἀεί ποτε
Ζῇ τοῦτο, κοὐδεὶς οἶδεν ἐξ ὅτου φάνη.

Et hoc quidẽ ius, quòd à naturali hic diſtinguit Vlpianus,dicitur aliquando naturale,à iuris auctoribus,vt dicto §.ſingulorum.quia vetuſtas eius iuris, & communis hominum vſus, comprobatióque indicio eſt , à natura profectum eſſe:etſi leuiter ab ea fortaſſis tractum ſit,vt Cicero loquitur. Omni in re,inquit idem lib.1. Tuſcul. quæſt.conſenſio omnium gentium lex naturæ putanda eſt Huius ſanè iuris gentium diſtinctionem ab Iſidoro & aliis proditam, in Decret.1.diſtinct. non improbo, cùm huius iuris duo genera faciunt,primarium & ſecũdarium,primario aſcribentes religionem, veritatem, & cætera : ſecundario bellum, ſeruitutem, & contractus. Credibile enim eſt pietatem in Deum, parentes, & patriam,item veritatem,ac fidem,aliáque id genus homines,cùm primùm creati ſunt, naturam docuiſſe, non etiam bellum, ſeruitutem, & ſimilia, quæ neceſſitas hominum introduxiſſe dicitur. Nec ea diſtinctio diſcrepat ab Vlpiani diuiſione. ſed eam magis illuſtrat. Illud omittendum hic non eſt,apud Caium,cum diſtinguit ius ciuile à iure gentium, l.omnes populi. hic latius accipi ius gentium,quàm in diffinitione Vlpiani,pro eo nempe, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit,& quo omnes gentes vtuntur. Quo ſenſu maris & fœminæ coniunctio rectè dicetur ius gentium eſſe:quoniam apud omnes gentes recepta eſt. Sed ne quid ea res nos conturbet,nulla hic diuerſitas reperitur ſententiarum : quæ ſi qua eſt,non in rebus eſt, ſed in tractandi tantum ratione.Nec quicquam facilius eſt,quàm has omnes diuiſiones coniungere, hoc modo : Ius quoddam eſt commune omnium gentium:aliud eſt proprium cuiuſque ciuitatis.d.l.omnes pop.hic. cui ſimilis eſt diuiſio Ariſtotelis libr.1.Rheto. λέγω δὲ νόμον, τὸν μὲν ἴδιον, τὸν δὲ κοινόν,&c. Quod commune eſt omnium gentium,partim eſt nobis commune cũ beſtiis,partim eſt proprium generis humani.Proprium generis humani partim homini innatum eſt, partim communi hominum conſenſu propter neceſſitatem, vtilitatémque probatum.Ius ciuile,eſt ius proprium cuiuſque ciuitatis, non omnium gentium commune.d.l.omnes.l.pen.hic.non quòd à naturali iure,aut gentium omnino recedat, ſed quòd aliquid ei addat, detraháтve . propter vtilitatem ciuium, nec per omnia ei ſeruiat. Cum enim ius naturale ſemper bonum & æquum ſit,l.pen.hic. mutari ſanè omnino non poteſt , ideo ἀκίνητον vocat Ariſtoteles, & Cic. legem æternam, vt inde ſequatur naturæ corruptio : ſic enim accipio,quod eſt in § ſed naturalia. in Inſtit.de iure nat.cui congruentia ſcripſit ipſe Ariſtoteles lib.5.Ethicorum,in quo eſt locus de ea re inſignis. Sed hominum vitia cogunt legiſlatorem interdum ab eo iure nõnihil deflectere,& ex legibus,præceptionibúſque naturalibus ſupremam amplecti, quæ vult ſocietatis humanæ conſeruationi ſtudendum eſſe : cùm tanta ſit hominum corruptio,vt ad omnium obſeruationem compelli nequeant.Etſi namque leges naturæ repugnantes ſuapte natura non ſint , tamen κτ' ἀκίσιον configunt nonnunquam & pugnant inter ſe,vt dicemus infrà ſub titulo de legibus.Idcirco neceſſe eſt plerunque ita ius ciuile conſtitui, vt vna lex alteri cedat, nempe ſuperior inferiori.Etſi autem ius ciuile generaliter accipitur (vt diximus)& continet prætorium : tamen aliquando opponitur prætorio,veluti apud Papinianum cum ait,ius ciuile eſſe, quod ex legibus , plebiſcitis , & quæ ſequuntur: prætorium quod prætores introduxerint.l.7.hic. Sed de iure prætorio dicemus alibi. Hinc obligatio diuiditur modo in naturalem,& ciuilem, vt ea quoque ciuilis ſit, quæ ex prætorio iure naſcitur.§.1.Inſtit.de oblig. modo tres fiunt ſpecies,ſcilicet naturalis, ciuilis,honoraria,vt in l.1.infrà de nouat.

Verbum Cenſeri quomodo hic accipiatur.

IN TIT.

IN TIT. II.
DE ORIGINE IVRIS.
CAP. I.

IVs ſcriptum dicitur conſtare ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, principum placitis, magiſtratuum edictis, & reſponſis prudentum, in §. conſtat in Inſtit. de iure nat. gent. & ciui. & l. ius autem. ſuprà proximo titulo. Quæ partitio non ſatis rectè poteſt intelligi, niſi prius cognita iuris origine, quam hic deſcribit Pomponius: eamque repetit ab vrbe condita. Nos ſummam rerum breuiter, & numero proponere hoc loco contenti erimus. Deſcribit igitur in hanc ſententiam, atque hoc ordine: In primis populus Romanus nullo certo iure vtebatur, ſed omnia manu regis gubernabantur: pluſque apud eos valebant boni mores, quàm vllæ leges ſcriptæ, quod & aliis ferè gentibus initio accidit. Seneca epiſt. 9. ad Lucil. Cum enim, inquit, regum pertæſum eſſet, leges ſcribi cœperunt, quæ rudibus hominum animis ſimplicibúſque graues & acerbæ erant, vt Tacitus ait lib. 3. Nobis inquit ille Romulus, vt ei libitum fuerat, imperabat. Ioſephus quoque lib. 2. aduerſus Appionem ſcribit, apud veteres Græcos nomen legis cognitum non fuiſſe, vt nec apud Homerum quidem reperiatur. *Romulus quondam pro libidine imperauit.*

II. Leges quædam à Romulo, & aliis ſequentibus regibus latæ ſunt: quæ poſtea à Papirio collectæ, & in vnum librum redactæ, dictæ fuerunt Curiatæ & regiæ. l. 2. §. poſtea aucta ad aliquem modum ciuitate. hic.

III. Exactis regibus, cùm lege Tribunitia omnes leges exoleuiſſent, populus conſuetudine magis, quàm vllo iure certo vſus eſt, ferè viginti annis, quod ex hiſtoria Liuij colligere licet.

IIII. Conſtituti ſunt Decemuiri, à quibus leges editæ ſunt, quæ duodecim Tabularum dicuntur. Has leges ait Liuius fontem omnis iuris & publici, & priuati eſſe. & Cicero omnibus philoſophorum bibliothecis anteponit.

V. Has ipſas leges interpretati ſunt prudentes, quorum interpretatio, diſputatióque vſque adeo probata receptáque eſt, vt pars iuris ciuilis haberetur, nec immeritò: nulla ſiquidem lex ita perſpicuè ſcribi poteſt, vt non requirat interpretationem: vnde meritò dicit Pomponius, ius non poſſe ſine iuriſperito conſtare. in §. poſt originem. huius l. & qui legum interpretationem tolleret, naturæ leges & ipſam ἐπιείκειαν auferret. Et ius ciuile dictum eſt communi nomine, quia proprium nomen ac ſpeciale deficiebat, quo appellari poſſet. §. his legibus latis. hic.

VI. Compoſitæ ſunt formulæ actionum ad eas leges accommodatæ, quas ſequerentur litigatores agendo, vt non liceret eis ab earum præſcripto recedere. §. deinde ex his. hic. eaſque vocarunt legis actiones, & vt iuriſconſultus ipſe interpretatur, legitimas actiones.

VII. Poſt ſedatam plebis diſcordiam cum patribus, auctoritas tributa eſt eadem plebiſcitis, quæ legibus. §. Deinde cùm eſſet. hic.

VIII. Cum nec plebs, nec populus facilè conuenire poſſet, Reipub. cura ad ſenatum deducta eſt, vt quicquid decreuiſſet, obſeruaretur: ídque ius, ſenatuſconſultum eſt appellatum. §. Deinde.

IX. Magiſtratus, puta prætores, & ædiles, qui iuriſdictioni præerant, edicta proponebant, vt intelligerent ciues quod ius de quaque re quiſque dicturus eſſet, ſeque præmunirent, ac præpararent. Quæ edicta iuris auctoritatem habuerunt, & propter honorem magiſtratus, ius honorarium cœperunt appellari. Ex quibus edictis manauit ferè totum ius quod nobis Iuſtinianus reliquit, de quibus edictis iuſtum ſcripſit volumen Saluius Iulianus, ad cuius perpetuum edictum ſcripſerunt Paulus, & Vlpianus.

X. Poteſtas populi in principem tranſlata eſt, datúmque eſt ei, vt quicquid conſtitueret, pro lege ſeruaretur. §. Nouiſſimè. hic.

XI. Reſponſa prudentum pars quoque iuris habentur: ſed ideo horum non meminit Pomponius in hac deſcriptione, quoniam prudentes, quorum reſponſis tributa eſt iuris auctoritas, ante Pomponium non vixerunt. Pomponius enim ſucceſſionem prudentum enarrans, incipit à Papirio, nec vltra Saluium Iulianum progreditur. Verùm poſt illud tempus Papiniani, Vlpiani, & quorundam aliorum ſcriptis tributa eſt auctoritas legis, conſtitutione Theodoſij, quæ extat ſub titulo, de reſponſis prudentum, in Codice Theodoſiano. Cuius conſtitutionis Iuſtinianus lib. 1. Inſtit. tit. de iu. nat. de reſponſis prudentum, quæ eſt altera huius legis pars, diſſerens, mentionem facit. De origine magiſtratuum hic multa ſcribit Pomponius, de quibus paulò infrà dicturi ſumus, in tractatu de ſingulorum magiſtratuum officiis. Tertia autem & poſtrema huius legis pars, quæ eſt de iuriſprudentũ ſucceſſione à Papirio ad Saluium Iulianum vſque, nullam habet difficultatem, vt dictum eſt.

IN TIT. III.
DE LEGIBVS, SENATVSCONſultis, & longa conſuetudine.
CAP. I.

IVRIS partes ſuprà leuiter propoſitæ ſunt, earúmq; origo: ſed quod valeat ad eas tantùm, quæ olim latæ ſunt, cognoſcendas: ad ſcientiam autem iuris conſtituendi, & vim conſtituti non multum pertineat. Neque enim intelligitur, ſi quid conſtituatur deinceps vtrum id tale ſit, quòd pro lege haberi debeat, aut non debeat. Igitur quòd pertinet in vniuerſum ad auctoritatem, vimque omnis iuris conſtituti, itémque ſententiam cognoſcendam, & explicandam, de eo hoc titulo, & ſequenti hæc tractantur: Quid ſit lex: quid conſuetudo: quis legem condere poſſit, & ius facere: quæ ſint legis propria, vt eùm interuenerint, lex ſit, cùm non interuenerint, non ſit lex: deinde re conſtituta, quæ ſit vis legis, ſeu quos teneat. Poſtremò de iuris interpretatione, vt ſi quando de ſententia eius dubitabitur, ſciatur quid in eius interpretatione ſequi debeamus.

CAP. II.
Quid ſit lex.

LEx (vt eſt in §. lex eſt. Inſti. de iure natur.) eſt ius, quod populus ſenatorio magiſtratu interrogante conſtituit. Et ea differt à plebiſcito, quòd plebiſcitum non à populo fit, ſed à plebe, vt eſt in Inſtit. eodem tit. Reuera tamen legis verbum generale eſt, quo non tantùm plebiſcitum ſignificatur, vt cum legem Aquiliam dicimus. l. 1. ad leg. Aquil. ſed etiam appellantur conſtitutiones principum, & alię iuris partes. l. 1. infrà de conſtit. princ. in qua ſignificatione definitur lex ſub hoc tit. à Papiniano in l. 1. quæ pulchrè conſentit cum Demoſthenica, quæ traditur in oratione contra Ariſtogitonem, & habetur in l. 2. eo. Et cùm ait Papinianus, legem eſſe communem Reipublicæ ſponſionem, id videtur exprimere, quod apud eundem Demoſthenem eſt, *νόμος ἐστὶ συνθήκη κοινὴ τῆς πόλεως*. Conſtat autem legum condendarum poteſtatem penes populum olim fuiſſe: quæ triumuiro proponebantur ante promulgationem, vt cogitaret interim, deliberarétque populus, num aliquid immutandum eſſet. Cic. pro Flacco, & pro domo ſua. deinde in æs inciſæ ad ærarium deferebantur, vt refert Suetonius in Cæſ. Tempore verò Iuſtiniani condebantur in templo cum ſacris vaſis, & inſculpe- *Lex quid.* *Solemnitas legum condendarum apud antiquos.*

bantur lapidibus, vt apparet ex nouella conſtitutione 8.tit. vt iudic.ſiue quoquo ſuffrag.

Cap. III.

Quis poſſit legem condere, & ius facere.

PRincipem nulla dubitatio eſt legem condere poſſe: cùm poteſtas populi in eum tranſlata ſit.l. 1. de conſtit.princ. Sed de populo quæri poteſt an legis conſtituendæ poteſtatem habeat. Et Iulianus ſatis apertè oſtendit in l. de quibus, hîc. tempore ſuo populum legem condere potuiſſe. Ac ſcribit Dion. Auguſtum leges ad populum ferre ſolitum, poſtquam vrbis imperium ei delatum eſt. Sed & Suetonius de Caligula loquens, Tentauit, inquit, & comitiorum more reuocato ſuffragia populo reddere. Senatus quoque ius facere poteſt, vt traditur in l. non ambigitur. hîc. & certum eſt plerunque principe interueniente S.C. facta eſſe. l. 1. de rebus eorum qui ſub tut. vel cur. ſunt ſi de non. alien. quæ etiam orationes dicuntur, quia orante principe fiebant, & propter honorem ſenatus qui quidem directò ius non poteſt facere. vnde ex his S.C. vtiles, non directæ dantur actiones. Poteſt & præfectus prætorio ius facere, modò nihil cootrarium legibus publicis ſtatuat, quod intelligimus ex l. 2. C. de offic. præfe. prætorio. Prætori idem fortaſſis non licuit tempore Iuſtiniani, multum ſcilicet imminuta eius auctoritate, argu. l. ſi apud. C. de appel. Iuſtinianus tamen in l. vlti. C. de legib. diſertè ſcribit, leges condere ſoli Imperatori conceſſum eſſe. Quæ conſtitutio haud dubiè facta eſt poſt primam Codicis editionem, & compoſitis iam Pandectis Codicis inſerta. Quare non malè dici poſſet, ea ius, de quo iam diximus, abrogari, niſi mauis id ius ad conſtitutionem trahere, quaſi ius faciat princeps, cuius auctoritate ſenatus, magiſtratúſve conſtituit, & cæter.

Cap. IV.

Quid ſit legis proprium.

QVanquam ex definitionibus Papiniani l. 1. hîc, & Demoſthenis l. 2. hîc, licet intelligere, quid legis proprium ſit: tamen hic locus fuſiorem explicationem deſiderat. Legis virtus, inquit Modeſtinus l. legis virtus. hic. eſt, imperare, vetare, permittere, punire. Nam exhortatio, aut monitio propriè lex non dicitur, cùm parendi neceſſitatem non imponat, tametſi legis ſit perſuadere aliquid, vt Cicero libro de legib. ait. Leges, inquit Seneca epiſt. 95. ſunt minis mixta præcepta. Et ibidem: Legem breuem eſſe oportet, quò facilius ab imperitis teneatur, velut emiſſa diuinitus vox ſit. Iubeat non diſputet. Nihil videtur mihi frigidius, nihil ineptius, quàm lex cum prologo. Primum igitur legis eſt, imperare honeſta, & prohibere contraria: & permittere, vt lex Iulia quæ permittit patri filiam in adulterio deprehenſam occidere: neque &c. neque id modò, ſed etiam punire. Sanciuntur enim leges pœna, vt eſt apud Iuſtin. in §. ſanctæ Iuſtit. de rer. diuiſio. & l. ſanctio legum. ff. de pœnis. Et infirma lex eſt, auctore Demoſthene, quæ neruos non habet aduerſus facinoroſos. Punit autem lex, atque emendat peccata, etiam ea interdum, quæ non ſponte admittuntur, ſed culpa aliqua, atque ignorantia. l. 1. & 2. hic, vt lex Aquilia culpam in damno dato etiam leuiſſimam. l. ſi putator. 31. l. 44. infrà ad leg. Aquil. Ex quo illa verba in Papiniani definitione; itémque Demoſthenis, delictorum, quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, diligenter ſunt tenenda & obſeruanda. Igitur cùm legis proprium ſit præſcribere hominibus, quid ſequendum, quídque fugiendum ſit. l. leges. 9. C. eo. conſequens eſt, vt leges in futurum concipi debeant. Itaque dicuntur futuris negotiis formã dare, non ad facta præterita reuocari, in l. leges. 7. C. eod. Et extat Iuſtin. conſtitutio Nouel. 66. quæ vult, non ſtatim nos obligari legi, cùm promulgata eſt, ſed cùm duo menſes effluxerunt. Inde Cicero inuehitur in Verrem act. 4. quòd in præteritum tempus edictum quoddam ſuum concepiſſet. Quis, inquit, vnquam propoſuit edicto, quod neque poſt edictum, neque ante edictum, præuideri potuit? Cui ſimilis eſt ſententia Iuſtiniani, cum ait: Quid enim antiquitas peccauit, quæ præſentis legis inſcia, priſtinam ſecuta eſt obſeruationem? l. iubemus. ſub fi. C. de teſta. Futura negotia hîc accipe, non futuras lites de negotio aliquo, ſed futurum negotium, ex quo lis oriatur: puta contractum, teſtamentum, delictum, & ſimiles cauſas. Tempus enim contracti negotij, non litis motæ inſpici debet: niſi fortè lex lata ſit, quæ ad formam ordinémque iudiciorum pertineat: cùm ea res nulli captioſa eſſe poſſit. arg. l. 2. C. de iureiur. propt. cal. Sanè poteſt legiſlator, ſi id iuſtum, vtiléque ei videbitur, de præterito tempore, ſed adhuc pendentibus negotiis, cauere. d. l. leges. 7. C. eod. Sed & ſi lex noua interpretetur veterem, retrotrahetur ea declaratio ad tempus veteris legis. Nouel 19. de fil. ant. dot. inſtr. nat. Quamuis antea lex præſcribat nobis quandam vitæ regulam in futurum, vt antè diximus: tamen non omnibus vitiis, atque incommodis medetur: ſed ad ea aptatur, quæ frequentiora ſunt. l. 3. & ſeq. hîc. l. ea quæ rarò. infrà de reg. iur. in l. antiqui. infrà ſi pars hæred. pet. Nouel. 94. vt ſine prohibitio. mat. Vnde fit vt legitimus partus non habeatur poſt decimum menſem iure conſtituto. l. inteſtato. §. vlt. infrà de ſuis & legiti. hæred. tametſi ex philoſophorum ſententia poſt duodecimum quoque naſci poſſit. Ea enim quæ ſemel, aut bis, id eſt perrarò accidunt, contemnunt legiſlatores, vt Theophraſtus ait l. 6. hic. Prætetea & illud legis proprium eſt, vt quicquid conſtituitur, non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituatur. l. iura. hic. Vnde commune præceptum dicitur à Papiniano in definitione d. l. 1. hic. Nam licet priuilegia quæ centuriatis tantùm comitiis olim irrogabantur, vt ait Cicero lib. 3. de Legib. Gellius lib. 10. cap. 20. leges ſint, quantum ad eas perſonas attinet de quibus fiunt: tamen nos aliter legem hic accipimus, quæ propriè ita dicatur. Ea eſt autem ſola vera lex, quæ generalis, communis, & vniuerſalis eſt.

Nihil frigidius, nihil ineptius quàm lex cum prologo.

Mira philoſophorum ſententia poſt duodecimũ menſem naſci partum legitimum.

Cap. V.

Qui teneantur legibus.

TAnta eſt legum auctoritas, vt omnes eis ſubiiciantur, nec earum ignoratio quemquam excuſet. l. leges. 9. C. de legib. l. conſtitutiones. C. de iuris & facti ignor. l. 1 & 2. hic. Excipitur princeps, qui legibus ſolutus eſt lege, & ſenatuſconſultis: cuius rei meminit Dion in Auguſto. Sed is ſponte ſua legibus ſeſe ſubiicit, & ſecundum leges profitetur ſe velle viuere. l. digna vox. C. de legi. l. 3. C. de teſt. l. ex imperfecto. infrà de leg. 3. §. vlt. Inſtit. quib. mod. teſt. infir. Auguſtæ eadem priuilegia tribuuntur quæ ipſi principi. l. 6. §. vlt. infrà de iure fiſc. id eſt, immunitates, vacationes, protopraxiæ, & cætera ſimilia. Non enim par ius eſt vſquequaque principis, & Auguſtæ. l. quod principi. 58. infrà de leg. 2. alioquin legẽ cõdere ea quoq; poſſet: quod eſt perabſurdũ.

De interpretatione legis. Cap. VI.

OMne ius aut certum, aut dubium eſt, vt Fabius ait lib. 12. c. 3 Certi iuris nulla interpretatio deſideratur, niſi apud imperitos, apud quos omnia ſunt incerta. ſed illud omnino ſequẽdũ eſt iudicãdo, licet fortè ratio nobis cognita non ſit. Non enim omniũ, quæ à maioribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt: & rationes inquirere eius iuris, quod certum eſt. l. non omnium. & l. ſeq. hîc. l. proſpexit. qui & à quib. man. Tunc enim ratio inquirenda eſt, cum de iuris dubij interpretatione agitur: ne aduerſus veterum præcepta peccemus, qui in Repu. illud maximè improbant, ζητεῖν, τῶν νόμων, σοφώτερον εἶ[illegible]).

Certum quid.

περὶ τῶ. vt inquit Ariſt. lib.1. Rhet.cap.17.& Thucyd. lib.3.in concione Cleonis. Certum vero id rectè dicitur, cuius ſenſus conſuetudine receptus, probatúſque eſt: et ſi verba fortaſſis obſcura, vel ambigua ſint. l.minimè. l. ſi de interpretatione. hic. l. cum de nouo. C. eod. Dubium ius coniectura voluntatis, & ęquitatis regula examinandum eſt. Qua in re perpetuò meminiſſe debemus illud Celſi. Inciuile eſſe, niſi tota lege perſpecta, de vna aliqua particula eius propoſita iudicare, vel reſpondere. l. inciuile hîc. Vix enim aliter ſenſus, ac mens legiſlatoris percipi poteſt. Ac meritò Æſchinem Demoſthenes accuſat, quòd truncatas leges citaſſet. Omnis autem huiuſmodi quæſtio ad quatuor locos rhetoricos referri poſſe mihi videtur. Primus eſt, ex ambiguo: ſecundus, ex ſcripto & ſententia: tertius, ratiocinatio dicitur: quartus, ex contrariis legibus, de quibus hîc ordine dicemus.

Cap. VII.

De ambiguo.

Quæſtio oritur ex ambiguo, cùm id quod in lege aliqua ſcriptum eſt, duas pluréſve res ſignificat, & vterque ex litigatoribus ſcriptum tuetur, quaſi cauſam ſuam iuuet, ideo ſic dictum, quòd in ambas partes agi poſſit: vt cum lex pœnam capitalem ſtatuit, & quæritur, capitalem quam vocemus, vt in l.2. infrà de pœnis. l.transfigere. C. de tranſactio. Exemplum apud Rhetores hoc peruulgatum eſt: Meretrix coronam auream ne habeto, ſi habuerit, publica eſto. Vbi quæritur, an corona, an meretrix potius publicanda ſit. Alia adduci poſſent exempla, ſi id res expoſceret. Notandum igitur eſt, in huius ambiguitatis explicatione ſuperiorem, inferiorémque ſcripturam maximè ſpectandam eſſe, vt ait Cicero, & nos antè documus: item cætera huiuſmodi, ex quibus voluntas colligi poteſt: ſed ad extremum accipienda ſemper erit ea interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. hic.

Cap. VIII.

De ſcripto & ſententia.

Ex ſcripto, & ſententia naſcitur quæſtio, cum aliud ſenſiſſe videtur legiſlator, quàm ſcripſit. Et certum eſt τὸ ῥητὸν διανοίᾳ temperandum eſſe, vt voluntas ſcriptoris ſeruetur. l. placuit. C. de iudic. Non enim omnia ſcriptis, vt ait Cicero, ſed quædam, quæ perſpicua ſunt, tacitis exceptionibus cauentur. Et nulla res neque legibus, neq; ſcriptura vlla comprehendi, deniq; ne in ſermone quidem quotidiano atque imperiis domeſticis rectè poteſt adminiſtrari, ſi vnuſquiſque velit verba ſpectare, & non voluntatem eius, qui verba habuerit, attendere. Cic. lib.2. de inuen. Si verò non appareat voluntas legiſlatoris, verborum ſignificationi erit ſtandum. l.1. infrà, de exer. act. l. proſpexit. infrà qui & à quibus. Notandæ ſunt igitur circa locum hunc certæ quædam veluti regulæ, quibus ad ſententiam defendendam æquitate ſuadente contra τὸ ῥητὸν vti poſſimus. Ius ciuile captari non oportere. l. pen. infrà ad exhib. Legem in ſententiis, non in verbis conſiſtere. l. nominis verbum. infrà, de verbo. ſignific. Scire leges non hoc eſſe, verba earum tenere: ſed vim, ac poteſtatem. l. ſcire. hîc. Non licere ſaluis verbis legis, ſententiam eius circumuenire. l. contra. & ſeq. hic. l. non dubium. C. eod. Benignius accipiendas leges, quò volūtas earum conſeruetur. l. benignius. hic. Æquitatem, iuſtitiámque ſtricto iure potiorem eſſe. l. placuit. C. de iudi. Quæ ſalubriter pro hominum vtilitate introducuntur, duriore interpretatione contra ipſorum commodum producenda non eſſe ad ſeueritatem. l. nulla. hic. l. quod fauore. C. eod. Exemplum vulgare hoc eſt, ſi lege cautum ſit ſimpliciter, vt qui muros tranſcenderit, capite puniatur: & contigerit aliquem propulſandorum hoſtium cauſa muros aſcendere. Sed infinita alia paſſim legentibus occurrunt. l. quamuis. infrà de in ius vocan & ſimi. Ad hunc locum pertinere videtur quibuſdam ſtatus, qui finitiuus dicitur: vt ſi accuſetur aliquis ſacrilegij, qui non rem ſacram, ſed in æde ſacra depoſitam furatus eſt. l. Diui. infrà ad leg. Iuliam pecul. Quæritur enim, an ſacrilegus iudicandus ſit ſecundum propriam verborum ſignificationem, & an de eo ſenſerit legiſlator? Quare hic dici poteſt controuerſia ῥητοῦ καὶ διανοίας eſſe. Aliis videtur, hos ſtatus diſtinguendos eſſe: propterea quòd in ſtatu finitiuo vterque ſcriptum tuetur: cum in hoc ſtatu ſententia verbis opponatur quod ſatis probabile eſt. Sed hæc diſputatio non magni eſt vſus: & alioqui certum eſt, inter hos ſtatus magnam eſſe affinitatem.

Cap. IX.

De ratiocinatione.

Ratiocinatio eſt, inquit Cicero, cùm ex eo, quod vſpiam eſt, ad id quod nuſquam ſcriptum eſt, peruenitur ratiocinando: nos vulgò legis extenſionem dicimus. Alij collectionem vocant: quoniam ex ſcripto colligitur ratiocinando id, quod ſcriptum non eſt. Hac de re ſingulare eſt exemplum & facinus inſigne apud Corn. Tacitum in vita Tyberij: lex lata erat ne virgo laqueo ſtrangularetur. Tyberius iuſſit virginem, quam volebat ſtrangulari, prius vitiari, deinde ſtrangulari. Proinde qui defendit hîc ſententiam, non contra ſcriptum dicit, ſed ſuper ſcriptum, vt Fabius ait. Ex quo apparet, quid inter hunc locum, & ſuperiorem interſit. Eſtque hoc genus ratiocinationis, ſiue collectionis maximè neceſſarium in iuris interpretatione. Nam, vt Iulianus ait, non poſſunt ita leges ſcribi, vt omnes caſus, qui quandoque inciderint, comprehendantur: ſed ſufficit, ea quę plerunque accidunt, contineri: & cùm in aliqua cauſa ſententia earum manifeſta eſt, is qui iuriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita ius dicere debet. l. neque leges. & ſeq. hic. Huc etiam pertinet quod Vlpianus ait: Quoties, inquit, lege aliquid vnum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt, cætera, quæ tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione, vel certè iuriſdictione ſuppleri. l.13. hic. Et Papinianus: Quod legibus omiſſum eſt, non omittetur religione iudicantium. l. quæſitum. infrà de teſtib. Sed hunc locum diffuſiſſimè tractat Ariſtot. lib.5. Et hic. & lib.1. Rhet. cap. 15. cuius diſputatio hîc inſerta magnopere rem omnem illuſtrabit. In hoc igitur maximè verſatur Iuriſconſulti munus, qui artem boni & æqui profitetur, vt non tam verba legis ſectetur, quam mentem eius, ac ſententiam. d. l. ſcire. hic. & legem omnem ſcriptam ad ἐπιείκειαν illam, & communem legem, quę ſcripto non eſt comprehenſa, reuocet interpretando. Id enim iudicandum eſt ex lege eſſe, quod etſi non ſcriptum, nec fortè cogitatum eſt à legiſlatore: veriſimile tamen eſt eum, ſi conſuleretur, dicturum eſſe. Inſtit. de legit. pat. tut. Quemadmodum autem id fiat, facile non eſt in vniuerſum definire: ſed exempla varia, quę legentib. paſſim obuia ſunt in Pandectis, vice præceptionum homini non hebeti eſſe poſſunt: qualia occurrunt in his locis. l. cum lex. hic. l. 2. §. quid ſi curatores. infrà, ad Tertul. l. ſi quis id quod infrà de iuriſd. omn. iudic. l. oratio. infrà de ſponſ. l. ex ſententia. infrà de teſt. tute. §.1. Inſtit. de legit. pat. tut. Et huc pertinent etiam ea, quæ in fraudem legis admittuntur. l. contra legem. hic. l. non dubium. C. eo. vt ſi quis non pecuniam crediderit filiofamiliâs, ſed rem aliam fraudandi ſenatuſconſulti gratia. de quo vide in l. ſed Iulianus. §. mutui. infrà ad Macedon. Illud animaduertendum eſt, genus hoc ratiocinationis ſiue collectionis non recipi in eo, quod contra rationem iuris propter aliquam vtilitatem conſtitutum eſt: quod ius ſingulare dicitur. l. quod verò. l. in iis. l. ius ſingulare. l. quod non ratione. hic. l. infrà rer. amot. l.2. ſolut. matrim.

Præclara Ariſtotelis de iuriſconſulti munere ſententia.

Cap. X.

De antinomia, ſiue contrariis legibus.

ANtinomia hic dupliciter accipitur. Inprimis dicitur conflictus duorum, aut plurium ſcriptorum, vel vnius ſcripti in plura diuiſi, quæ ſcripta non natura pugnant, ſed circumſtantia. Sic enim interpretamur Hermogenis verba lib. 1. περὶ στάσεων, ἀντινομία δέ ἐστι δυοῖν, ἢ καὶ πλειόνων ῥητῶν, ἢ καὶ ἑνὸς διαιρουμένου εἰς δύο, ἐναντίων, κατὰ περίστασιν ἡ μάχη. Huc pertinet, quod Fab. ait, legem legi contrariam non eſſe ipſo iure, ſed caſu collidi, & euentu. Exempla hæc ſunt vulgo prodita: Abdicatus bonorum paternorum expers eſto. Hæc eſt prior lex: altera autem ſubſequitur. Qui remanſerit, in naue periclitante, eius nauis dominus eſto. Duplex hic eſt antinomiæ genus, vnum τὸ κατὰ περίστασιν, conflictio ſ. duorum caſuum, qui pugnant natura, ſed euentu colliduntur. Nam idem ſi abdicatus fuiſſe proponatur, & in naue patris manſiſſe: Quæritur, an nauem ſibi vindicare poſſit? Ac certum eſt, has leges ſua natura contrarias non eſſe, ſed in hac hypotheſi colliduntur, & confligunt, vt neceſſe ſit vnam alteri cedere. Aliud exemplum: Tyrannicidæ imago in gymnaſio ponatur. Mulieris imago in gymnaſio ne ponatur. Mulier tyrannum occidit. Aliud: Tyrannicida quicquid volet, optato. Tyranni filios magiſtratus necato. Tyrannus ab vxore ſua interfectus eſt. Ea liberos ſuos petit. Aliud: Pacta ſeruanda ſunt, l. 1. infrà de pact. Pactum contra legem irritum eſt. l. non dubium. C. de legib. Quidam pactus eſt contra legem. Sexcenta alia exempla obſeruari poſſunt in lectione Pandectarum. Nullum enim ius tam accurate ac circumſpecte conſtitui poteſt, vt non crebro incurrat in ſingulas hypotheſes talis antinomia. Ac ne ius quidem naturæ, ac gentium hoc antinomiæ genere caret. Vnde videmus ſeruitutem introductam eſſe contra legem vnam naturæ, quæ vetat imbecilliores à robuſtiorib. & valentiorib. opprimi. Verum ea legi alteri conſentanea eſt, quæ iubet nos ſocietatis humanæ conſeruationi ſtudere. Cum enim ea eſſet naturę humanæ corruptio, ea hominũ vitia, vt ambas leges omnino ſeruare inter homines non liceret: inferior lex ceſſit ſuperiori, & communi hominum conſenſu inductum eſt, vt bellum gereretur, & victi in victorum poteſtatem redigerẽtur. Quoties autem incidit huiuſmodi antinomia κατὰ περίστασιν, vtra lex potior eſſe debeat, docet Cicero lib. 2. de inuent. his verbis: (libet enim aſcribere, quæ mire ad hunc locum explicandum faciunt.) Primum leges oportet contendere, conſiderando vtra lex ad maiores, hoc eſt, ad vtiliores, ad honeſtiores, ac magis neceſſarias res pertineat. Ex quo conficitur, vt ſi leges duæ, aut plures, aut quotquot erunt, conſeruari non poſſint, quia diſcrepent inter ſe, ea maxime conſeruanda putetur, quæ ad maximas res pertinere videatur. Deinde, vtra lex poſterius lata ſit: nam poſtrema quæque grauiſſima eſt. Deinde, vtra lex iubeat aliquid, vtra permittat: nam id quod imperatur, neceſſarium: illud quod permittitur, voluntarium eſt. Deinde, in vtra lege, ſi non obtemperatum ſit, pœna infligatur, aut in vtra maior pœna ſtatuatur. nam maxime conſeruanda eſt ea, quæ diligentiſſime ſancita eſt. Deinde, vtra lex iubeat, vtra vetet. nam ſæpe ea quæ vetat, quaſi exceptione quadam corrigere videtur illam, quæ iubet. Deinde, vtra lex de genere omni, vtra de parte quadam, vtra communiter in plures, vtra in aliquam rem certam ſcripta videatur, nam quæ in partem aliquam, & quæ in certam quandam rem ſcripta eſt, propius ad cauſam accedere videtur, & ad iudicium magis pertinere. Deinde, ex lege vtrum ſtatim fieri neceſſe ſit, vtrum habeat aliquam moram, & ſuſtentationem: nam id, quod ſtatim faciendum ſit, perfici prius oportet: deinde operã dare, vt ſua lex ipſo ſcripto videatur niti: contraria autem aut per ambiguum, aut per ratiocinationem, aut per definitionem induci: quod ſanctius, & firmius id videatur eſſe, quod apertius deſcriptum ſit. Deinde ſuæ legis adſcriptum ipſam ſententiam quoque adiungere: contrariam legem item ad aliam ſententiam traducere, vt, ſi fieri poterit, ne diſcrepare quidem videantur inter ſe. Poſtremo facere, ſi cauſa dabit facultatem, vt noſtra ratione vtraque lex conſeruari videatur, & aduerſariorum ratione altera ſit neceſſario negligenda. Hactenus Cicero. Ex quibus Ciceronis verbis apparet diligenter aſpiciendum eſſe de quo lata ſit lex, cum certiſſimi ſit iuris publicam vtilitatem priuatæ anteponendam, & æquitatem rigori, ſeu ſtricto iuri, & generi per ſpeciem derogari. deinde conſiderandum eſſe an lex iubeat, an permittat, aut vetet. Nam quæ permittit, cedere debet ei quæ vetat. l. Sanctio legum. ff. de pœnis. Antinomia interdum ſignificat leges contrarias, ipſo iure & natura pugnantes inter ſe, non ſolum circumſtantia: vt apud Iuſtinianum in epiſtola ad Tribonianum, quam ante explicauimus: cum ait. Nulla itaque in omnib. prędicti Codicis membris ἀντινομία (ſic. n. à vetuſtate Græco vocabulo nuncupatur) aliquem ſibi vindicet locum, ſed ſi vna concordia, vna conſequentia, aduerſario nemine conſtituto. Loquitur autem Iuſtinian. de Libris Pandectarum, ſicut & in ſequente epiſtola ad Senatum his verbis vtẽs: Contrarium autem aliquid in hoc Codice poſitum nullum ſibi locum vindicabit, nec inuenitur, ſi quis ſubtili animo diuerſitatis rationes excutiat: ſed eſt aliquid nouum inuentum, vel occulte poſitum, quod diſſonantiæ querelam diſſoluit, & aliam naturam inducit diſcordiæ fines effugientem. Si igitur verum eſt hoc Iuſtinia. dictum, vt credimus, nullę in Pandectis noſtris contrariæ, pugnantéſve ſententiæ extant. Sed plerumque accidit, vt homines nõ ſatis exercitati, ac triti in hac ciuili ſcientia, rationes diuerſitatis non facile perſpiciant, quamuis alioqui nec iudicio careant, & doctrina, literiſque ſint inſtructiſſimi. Nos autem qui iuris ſcientiam profitemur, etſi his omnib. rebus lõge fortaſſis inferiores: propter aſſiduam tamen lectionem, ſtudium, meditationem, contentionem hoc aſſequimur interdum vt diuerſitatem, ac diſſimilitudinem rerum, quæ ſimiles videntur aliis, facilius percipiamus, & obſeruemus, & vix quicquam ſit tam occultum, aut tam abditum, quod à nobis tandem non eruatur, & in lucem educatur. Nam & in rebus quotidianis idem accidere ſolet, vt Galeni exemplum (quo iam ſuprà vſi ſumus) ſatis oſtendit, de gemellis, qui propter ſummam, quæ inter eos eſt, ſimilitudinem, non poſſunt à quamlibet oculatis hominib. diſcerni: ſed qui cum eis aſſidue morantur, ac viuunt, diſſimilitudinem eorum cognitam, & perfectam habent. Exempla quoque peti poſſunt ex libris differentiarum Modeſtini. De ceteris Iuſtiniani libris, quorum alij prius, alij poſterius editi ſunt, ſequendum eſt, quod Paulus & Tertyllianus docent, Priores leges ad poſteriores trahi: & contra, poſteriores ad priores, niſi contrariæ ſint. l. non eſt nouũ. & duab. ſeq. hic. Nam prior lex poſteriore contraria tollitur, & abrogatur. l. vlt. infrà de conſti. princ. Idque ſuprà à nobis tractatum eſt in epiſt. Iuſtini. ad Senatum. quò. n. poſteriores leges, eò potiores, vt diximus. Si verò contrariæ non ſint, quod in vna deeſſe videtur, id interpretando ſupplendum eſt ex altera, vt quaſi vna ex duab. lex fiat. Quare conſtitutio Iuſtiniani, qua cautum eſt, vt ex pacto donationis cauſa facto detur actio. l. ſi quis argentum, C. de donat. nõ abrogat ius antiquum, de actione ex pacto nõ danda: quia contraria nõ eſt. excipiũtur. n. iure antiquo pacta legitima. l. legitima. infrà de pact. Sæpe. n. accidit vt poſterior lex addat, interpretetur & deroget magis quã abroget. Ac tametſi pactũ donationis cauſa factum, inter legitima olim

In omni fere iure antinomia reperitur.

Quod ſignificet hæc dictio Antinomia.

Quantum profecit in iuriſprudẽtia exercitatio.

ma olim nõ numeraretur, ſed pactũ de iniuria, & quędã alia. tamen antiquiores leges ad poſteriores trahuntur, vt Tertyllianus ait: & ſemper quaſi hoc legibus ineſſe credi oportet, vt ad eas quoque perſonas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque ſimiles erunt. l. ideo. hic. His locis continentur omnes fere quæſtiones, quæ ad boni, & æqui artem pertinẽt. Ex quib. cognoſci poteſt; interpretationem iuris non principis tantũ eſſe, ſed etiã eius, qui iudicat, aut de iure reſpõdet in ſingulis negotiis. l. placuit. C. de iudic. Nec temere dictũ eſt à Poeta:

Iudicis auxilium, ſub iniqua lege rogato:

Et Ariſtot. lib. 1. Rhet. c. 37. ait iudicẽ meſulatio ſimilem eſſe oportere: propterea quod verum, & iuſtũ à falſo, & adulterino diſcernat. verba eius hæc ſunt: ὥσπερ ἀργυρογνώμων ὁ κριτὴς ἐστιν, ὅπως διακρίνῃ τὸ κίβδηλον δίκαιον, καὶ τὸ ἀληθές. Solius tamen principis eſt, ius perpetuum conſtituere interpretando: item cum certa non eſt legis ſententia, nec poteſt ex ſcripto colligi id, quod ſcriptum non eſt ceſſãt iudicis partes, & princeps aditur. l. 1. l. 9. l. cum de nouo. l. vlt. C. eo. l. 2. C. de vete. iu. enucl. Princeps. n. nõ tãtũ hic permittit iudicibus, quãtũ ab Athenieſib. olim cõceſſum fuit. Nã Athenis iudices antequã cauſas audirent, iurabant ſe de quibus rebus leges ſtatuiſſent, de his ex legibus ſententiam laturos: de quibus nullæ leges forent, mente, ſententiáque æquiſſima iudicaturos. Auctor Pollux lib. 8. Onomaſticon. Idem facere debet bonus princeps, & potiſſimum iudici præcipere, vt ſtricto iuri æquitatem præferat. In hanc rem vide titu Inſtitut. de offic. iudic. Cum autem ſolum principem dico, non ita ſane volo accipi, vt non excipiatur Senatus, aliique magiſtratus, quib. auctoritas ius faciendi tributa eſt. l. non ambigitur. l. & ideo. hic. l. 2. C. de offic. præfe. præt. orient.

Cap. XI. *De conſuetudine.*

Conſuetudo, ius eſt non ſcriptum, quod in morem vetuſtas vulgi approbatione perduxit. Hæc diffinitio fere ſumpta eſt ex Cicerone lib. 2. de inuent. Dicitur ius, quod inter genera iuris connumeretur, & auctoritatem legi parem habeat. l. diuturna. l. ſed & ea. & ſeq. hic. Idem Cic. lib. 2. de inuent. Dicitur non ſcriptũ: vt diſcernatur à lege, & aliis partibus iuris, quæ ſcripto cõtinetur. l. ius ciuile. ſupra de iuſt. & iur. § cõſtat. Inſti. de iure natu. gen. Dicitur quod in morem vetuſtas, &c. quia vſus, & tacita quędã approbatio populi neceſſaria eſt ad inducendam conſuetudinẽ. Dicitur vetuſtas: quia nõ ſufficit vſus populi, niſi longus, & inueteratus ſit. l. de quib. & aliis ſeq. hic. quod de annis 10. vulgo intelligitur. Verũ quia nullibi hoc tẽpus definitũ reperitur, arbitror tũc diuturnũ vſum iudicãdũ eſſe, cũ apparet homines iam aſſueuiſſe illi inſtituto, & rationi viuẽdi, idque arbitrio iudicis relinquendũ eſſe. arg. l. 1. infrà de iure delib. nã iuris noſtri auctores modo inueteratã conſuetudinem requirũt, modo lõgã, ſiue diuturnã, modo plurimorũ annorũ. d. l. de quibus. & aliis ſeq. Nec mihi videtur inueteratũ, aut vetuſtũ recte dici, quod decẽ annorũ tantũ eſt: etſi præſcriptio longi tẽporis, interdum dicatur, decem, aut viginti annorũ, vt in tit. C. de præſcrip. longi temp. Conſuetudo enim non priuati eſt hominis, ſed populi vſus. Itaq; ius publicũ ex conſuetudine, ius hominis priuati ex præſcriptione naſcitur. Ac mihi ſane magis probatur opinio eorum, & his verbis magis conuenit, qui putant tẽporis vſum requiri, quod hominũ memoriã excedat. Sed melius eſt, quæ lege definita no ſunt, iudicis arbitrio relinquere, vt Ariſtoteles monet lib. 1. Rhet. Cũ igitur difficilis ſit probatio conſuetudinis, vtile eſt, iudiciũ aliquod cõtradictũ proferre, quo ea cõfirmata ſit. l. cũ de cõſuetudine. hic. Cõtradictũ iudiciũ vocamus, cũ altero ex litigatorib. cõtradicẽte, & talẽ non eſſe conſuetudinẽ cõtendẽte, iudicatum tãdẽ eſt pro cõſuetudine. Ex iã dictis facile intelligi poteſt, ſi varius fuerit vſus populi, aut variẽ iudicatum, nõ eſſe cõſuetudinẽ: quoniã approbatione populi opus eſt. arg. l. nã Imperator. hic. Itaq; Athenieſes, cũ Apollo eis reſpondiſſet, vt eas potiſſimũ religiones tenerent, quæ eſſent in more maiorum, in magna dubitatione fuerunt: propterea quod variũ circa religiones maiorum morem deprehenderant, vt ſcribit Cicero lib. 2. de leg.

Contra dictum iudicium quid.

Reſponſum Athenienſibus datũ ab Apolline.

Cap. XII. *Quæ ſit vis, & poteſtas conſuetudinis.*

Conſuetudo primum vim legis habet in his, de quibus nulla lex ſcripta eſt. l. de quibus. l. diuturna. & ſeq. hic. l. 1. & 3. C. quæ ſit longa conſue. Hinc verſus ille Publiani,

Grauiſſimum eſt imperium conſuetudinis.

I. Exemplum primum eſt in controuerſiis plerîſque, quæ de beneficiis militaribus aut (vt vulgo loquimur) feudis mouentur.

II. Id etiam pro lege habetur, quod ex iure moribus recepto deducitur per interpretationem. d. l. de quibus. Quare cum deficit certa cõſuetudo in cõtrouerſiis, quæ ad beneficia militaria pertinẽt, id ſequimur, quod conſuetudini receptę proximũ & cõſequens eſt. d. l. de quibus. Quod ſi quæſtio oriatur de ciuitatis alicuius conſuetudine, ad conſuetudinem Metropoleos vrbis recurrendum erit. Si quid tamen non ratione introductum, ſed errore primum ſit, deinde obtentum, ad ſimilia producendum non erit. l. quod non ratione, hic. Nam (vt ante diximus) de legis interpretatione, quod contra rationem iuris receptum eſt, non producitur ad conſequentias. l. quod vero. hic.

III. Si quid obſcurius in l. reperiatur, eam interpretationem ſequi debemus, quæ conſuetudine recepta eſt. Eſt enim optima legũ interpres conſuetudo. l. ſi de interpretatione. hic. & minime mutanda ſunt, quæ certam interpretationẽ ſemper habuerunt. l. minime. hic.

IV. Deſuetudine, id eſt, contraria conſuetudine leges abrogantur, vt Iulianus ait d. l. de quibus. hic. Quod ſi de populo Romano intelligas, qui legis condendæ poteſtatem habebat, idq́ue Iuliani etiam tempore, vt credibile eſt, nihil certius dici poteſt. Poſtquam verò deſiit populus leges condere, quæritur, an poſſit conſuetudo ius à principe conſtitutum tollere? Et exiſtimo, ſi Princeps ab initio non coegerit inobedientes ad parendum legi, ſed diſſimulauerit longo tempore, adeo vt conſuetudo inoleuerit paulatim legi contraria, ea conſuetudine legem abrogari. euentus enim docet eam legem moribus populi non conuenientem, atque ideo contemnendam eſſe. can. erit autem, 4 diſt. Inde illud Auguſtini celebratum eſt, Leges firmantur, cum moribus vtentium approbantur. can. in iuſtis. 4. diſt. Hinc Solon interrogatus, quas leges optimas condidiſſet Athenienſibus? reſpondit: Eas ſe iudicare optimas, quibus populus vteretur. Huc pertinet, quod Ariſto. ait lib. 2. Politic. ca. 7. ὁ γὰρ νόμος, inquit, ἰσχὺν οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι, πλὴν παρὰ τὸ ἔθος, τοῦτο δὲ οὐ γίνεται, εἰ μὴ διὰ χρόνου πλῆθος. Et Iuſtinianus noſter Nouel. 39. Legem quandã ſuam tempore & vſu forenſi fuiſſe receptam teſtatur, quaſi ad vim robúrque legis id maxime pertineat: καὶ ὁ νόμος, inquit, ἰσχύων καὶ χρόνιος ἦν, καὶ ἐν τοῖς δικαστηρίοις ἐδόκιμον ἐδείκνυτο. Verum obiicitur nobis reſcriptum Conſtantini. l. 2. C. quæ ſit longa cõſuetu. cuius hæc verba ſunt: Cõſuetudinis, vſuſq; lõgæui nõ vilis auctoritas eſt: verũ non vſq; adeo ſui valitura momẽto, vt aut rationem vincat, aut legẽ. Ex quo cõſequi videtur, legem conſuetudine abrogari non poſſe. Sed alius mihi videtur eorum verborũ ſenſus, quã vulgo credatur. nõ enim his verbis ſignificat Cõſtãtinus, ſi conſuetudo legi omnino cõtraria ſit, nõ poſſe legẽ ea abrogari, ſed conſuetudinem maioris auctoritatis nõ eſſe, quã legẽ imitatur enim legem & vim legis habet, vt ante diximus. l. vlt. C. quæ ſit longa conſuet. Id exemplo dilucidius,

Praeclarum Solonis reſponſum de legib. Athenienſium.

fiet, ſi ponamus conſuetudinem proferri non contrariam legi ſua natura, ſed cum lege pugnantem in aliqua hypotheſi. non enim ſemper neceſſe erit legem conſuetudini cedere, quaſi conſuetudinis maior ſit auctoritas, quam legis: ſed ea conſideranda erunt, de quibus diximus in diſputatione de contrariis legib. Rurſus obiiciuntur nobis quæ Vlpianus ſcribit, edictum Adriani interpretans, de his, qui in ciuitate ſepeliunt, in l.3 §. Diuus. infra de ſepul. viol. Sed nihil ad rem pertinent, cum præſertim de lege municipali, non de conſuetudine Vlpianus loquatur. Nam Adrianus edicto ſuo pœnam ſtatuit quadraginta aureorum in eos, qui in ciuitate ſepeliunt, nec eam exceptionem addidit, quam plerunque adſcribi animaduertimus, niſi lex municipalis id permiſerit. Itaque Vlpianus ait, quia generalia ſunt reſcripta, & ſine vlla exceptione, ea in omni loco valere: etſi forte lex municipij alicuius permittat in ciuitate ſepeliri, ab ea lege poſt principalia reſcripta receſſum eſſe. Hic mihi videtur planus verborum Vlpiani ſenſus eſſe: quibus ſic intellectis, nihil eſt quod noſtræ aduerſetur ſententiæ: Vult enim Vlpianus, principem conſtitutionibus ſuis quamcunque legem municipalem tollere poſſe. Idémque videtur de conſuetudine dicendum eſſe, ſi princeps expreſſim derogauerit conſuetudini, non ſi conſuetudinis ignarus conſtitutionem ei contrariam ediderit. cap. 1. de conſtit. in ſexto.

IN TIT. IV. DE CONSTITVTIONIBVS PRINCIPVM.

Cap. I.

De poteſtate principis.

INTER genera ſcripti iuris conſtitutiones principum numerantur. l. 2. ſupra de orig. iur. Inſtit. de iur. nat. gen. & ci. Nam ius quod princeps conſtituit, vim legis habet, etſi non interuenerit populi conſenſus, ſed ſola principis voluntas. Sic enim accipiendum eſt, quod hic dicitur ab Vlpiano in l. 1. Quod principi placuit, legis habet vigorem, ne aliàs inde aliqua abſurditas conſequatur. Quis enim edictum Claudij pro lege habendum putet, quo admouebat populum, nihil æque facere ad viperæ morſum, quam taxi arboris ſuccum? vt ait Sue. In Claudio. Cæſar quidem dixiſſe aliquando fertur, homines debere pro legibus habere, quæ diceret. Sed hæc inuidioſa oratio, ac principe indigna exitium ei haud dubie attulit. Superiora igitur verba intelligere debemus, de voluntate principis ius conſtituere volentis, quæ voluntas legis vim habet, & conſtitutio dicitur. Nam lege regia, quæ de regno, ſeu imperio lata eſt poteſtas omnis collata eſt principi, non tantum in prouinciales & ſubiectos populo Romano, ſed in ipſum etiam populum Romanum. Seneca epiſt. 14. Interdum populus eſt, inquit, quem timere debeamus: interdum, ſi ea ciuitatis diſciplina eſt, vt plurima per Senatum tranſigantur, gratioſi timeantur etiam in eo viri: interdum ſinguli, quibus poteſtas populi, & in populum data eſt. Quamuis autem iuris conſtituendi poteſtas fuerit principi conceſſa à populo: tamen credibile eſt, populum eam poteſtatem magis cum principe quodammodo communicaſſe, quam à ſe omnino abdicaſſe, quod & Iulianus oſtendit, paulo ante diſputans diſputans de conſuetudine. d. l. de quibus. ſupra prox. tit. Ac certum eſt, Auguſtum leges ad populum ferre ſolitum fuiſſe: quod Dion ſcribit. Illud præcipua animaduerſione dignum eſt, quod hic in l. 2. Vlpi. ait, in nouis rebus conſtituendis euidentem eſſe vtilitatem debere, vt recedatur ab eo iure, quod diu æquum viſum eſt. Nam, vt Ariſt. ait lib. 2. Pol. errata quædam toleranda ſunt & legum latorum & magiſtratuum: quoniam non tantum prodeſt legum, quamuis malarum mutatio, quantum nocet conſuetudo magiſtratibus, & principibus non parendi. Denique non minus eſt periculi in malis legibus condendis, quam in nouis conſtituendis. Adde, quod ſicut victus ratio mutata nocet valetudini, ita legum mutatione publicus ſtatus perturbatur. Quid immanius, aut magis barbarum Bactrorum ſiue lege, ſiue inſtituto & conſuetudine, qui canibus ad hoc ipſum nutritis obiiciebant ſenes? Tamen cum Alexandri præfectus Nicanor id emendare voluiſſet, tantus inde motus, tantáque perturbatio exorta eſt, vt pene amiſerit prouinciam. auctor eſt Hiero. lib. 2. in Iouin. In omni igitur Rep. ſemper retinenda eſt hæc aurea ſententia Vlpiani, In nouis rebus conſtituendis, &c. quæ ad omnes leges & conſtitutiones pertinet. Ei ſententiæ conſentaneum eſt illud Thucydidis lib. 3. *χείροσι νόμοις ἀκινήτοις χρωμένη πόλις κρείσσων ἐστὶν, ἢ καλῶς ἔχουσιν ἀκύροις, ἀμαθία τε μετὰ σωφροσύνης ὠφελιμώτερον, ἢ δεξιότης μετὰ ἀκολασίας.* Tum & illud Plautinum, *Nota res mala optima eſt.* Quod ſi veterum exempla requiramus, memorabilis eſt Locrorum lex, cuius meminit Demoſthenes in oratione contra Timocratem, qua cauebatur ne quis nouam legem ad populum ferret, niſi inſerto prius in collum laqueo eam populo exponeret: Quod ſi lex populo placeret, ei pareret, ſi vero ei lex diſpliceret, ſtatim ſtrangularetur. Inſignis eſt & hiſtoria, quam refert Liuius de Pacuuio Calauio lib. 2. & 3. in prin. in hæc verba deſinens: Notiſſimum quodque malum maxime tolerabile eſſe.

Pulchra ſimilitudo de victus mutatione & legum mutatione.

Cap. II.

De conſtitutionibus.

CONſtitutio nomen generale eſt, ſignificans ius omne quod à principe ſtatuitur: habétque has ſub ſe ſpecies, epiſtolam, reſcriptum, mandatum, decretum, edictum. Quæ verba Theophilus explicat in Inſtit. *Conſtitutio quid.* Omnis igitur ſententia, ſiue interlocutio principis, pro lege habetur, in quibuſcunque cauſis: tametſi princeps in certa cauſſa, & inter certas perſonas pronuntiauerit. l. 1. hic. hoc enim eſt quod inter ceteras ſpecies decretum nominauimus. Quod ſuperius tamen difficultate non caret, propter conſtitutiones Theodoſij, & Iuſtiniani, quæ inter ſe pugnantes eſſe videntur. l. 2. 3. & vlti. C. eo. Sed exiſtimo conſtitutione Iuſtiniani tanquam poſtrema, id eſt, d. l. vlti. C eo. ceteras abrogari. Fuit enim ea conſtitutio inſerta Codici poſt primam eius editionem: cum ea conſtitutio facta ſit Decio coſ 6. Calend. Nouembr. Codex vero editus fuerat eodem anno 16. Calend. Maij. tit. Cod. de Iuſtin. Cod. confir.

Cap. III.

De interpretatione conſtitutionis.

PErſonales conſtitutiones ad exemplum non trahuntur, cum apparet principem gratia perſonæ motum aliquid ſtatuiſſe. l. 1. hic. §. ſed & quod. Inſtit. de iure nat. gent. & ciui. Beneficium tamen principis, quod neminem lædit, ſed ex mera eius liberalitate proficiſcitur, quam pleniſſime interpretamur in gratiam eius, cui conceſſum eſt, tametſi perſonale ſit, nec perſonam egrediatur. l. 3. hic l. 2 §. merito, infrà ne quid in loco publ. l. ſi quando. C. de bon. vac. At ſi quæ reperiantur conſtitutiones inuicem pugnantes, & contrariæ, poſtrema quæque grauiſſima eſt. l. vlti. hic. Cetera ex his repetenda ſunt, quæ ſupra diximus de legum interpretatione, ſub tit. de legibus.

Cap. IV.

De reſcriptis.

REſcriptum ſpecies eſt conſtitutionis, vt ſupra diximus, quare tractatus varij de reſcriptis, qui extant in Codice Iuſtiniani, ad hunc locum pertinent: de his igitur hæc ſunt tradita: Reſcripto parendũ eſſe ſine recuſatione: & quia ſacroſancta poteſtas eſt principis,

eum

eum ſacrilegum quodammodo haberi, qui principis reſcripto non obtemperat, & ei parere recuſat, niſi fuerit contra ius aut vtilitatem publicam. Non enim creditur id princeps velle, id eſt, contra ius vel vtilitatem publicam facere & ſtatuere. l. ſacrilegij. C. de diuer. reſcr. Sed reſcripta intelligimus, in quibus ſeruata eſt forma legib. præſcripta. l. 3. 4 & pen. C. de diuer. reſcrip. Quæ res multas cautiones habet, vt ſæpe accidit, vt reſcripto parendum non ſit: idque variis ex cauſſis, propter quas hodie in iudiciis reſcripta impugnari ſolent. Primum, quod reſcriptum iuri contrarium ſit, aut contra vtilitatem publicam. l. nec damnoſa. l. reſcripta. C. de precib. imper. offer. l. vlt. C. ſi contra ius vel vtil. public. Quo in genere poni debet reſcriptum, quo ius alienum tollitur. l. quoties, l. vniuerſa. C. de precib. imper. offer. Vnde intelligitur reſcripta impetrari ſolum poſſe à principe de iis, quæ nemini damnum inferunt. l. nec auus. C. de emanc. liber. veluti de ſtatuis & imaginibus. tit. C. de ſtat. & ima. Quæritur de eo, qui aduerſus ſententiam reſcriptum impetrauit? Et certum eſt, ſi res ita iudicata ſit, vt nullus ſuperſit locus appellationi, aut ſupplicationi, reſcriptum eius retractandæ cauſa impetratum nullius eſſe momenti. Eadémque eſt cauſa reſcripti quod lite pendente impetratur. tit. C. vt lit. pend. Nouel. 13. tit. in med. lit. non ſi. ſac. iuſ. Quod ſi præfectus prætorio iudicauerit, ſupplicare aduerſus ſententiam eius licet intra tempus legitimum: quo tempore elapſo, id non permittitur, l. ſi quis aduerſus. C. de precib. imper. offe. Nouel. 119. vt ſpon. lar. Præterea aduerſus reſcriptum obiicitur, quod per mendacium, & obreptionem impetratum ſit, toto tit. C. ſi contra ius vel vtil. pub. l. vlt. C. de diuer. reſcrip. vt, ſi quis impetrauerit indulgentiam & reſtitutionem prætextu meritorum, quæ nulla ſint. Nec nos mouere debet, quod cum quis expoſuit principi rem velut geſtam, vt oſtenderet ſibi cum alio controuerſiam eſſe, in qua iudicem ſibi dari poſtularet, cognoſcit iudex datus de eo negotio ſecundum ius, tametſi aduerſarius arguat mendacij impetrantem. l. 1. & 2. C. ſi contra ius. Cum enim princeps iudicem alicui dat petenti, & negotium exponenti, non idcirco id indulget ei princeps, vt ei narrationi fidem habeat: alioqui nec iudex quidem dandus, ſed negotium potius finiendum eſſet: verum ideo iudicem dat, quod ex ea narratione intelligat controuerſiam certe aliquam de ea re eſſe quam finiri, ac dirimi oporteat. Item obiicitur contra reſcriptum, quod tempus lapſum ſit, intra quod impetrans eo vti debuit, ſi forte tempus aliquod reſcripto expreſſum ſit: alias enim perennia ſunt reſcripta. l. 2. C. de diuer. reſcript. cap. plerunque. de reſcriptis: vt & gratiæ Pontificum. c. ſi ſuper gratia. de offic. delegat. dummodo ex Zenonis mandato inſeratur clauſula. ſi veritate preces nitantur. Nullum enim reſcriptum ſine hac legitima & æquitate plena Zenonis ſententia concipi debet nec poteſt, aliter nullius ponderis & momenti eſt reſcriptum. Item, quod actio perierit tempore, cuius gratia reſcriptum impetratum eſt. Sed notandum eſt libellum principi datum vim habere litis conteſtationis, ad perpetuandam actionem alioqui temporariam, vt patet ex titu. C. quando lib. prin. da. Denique, ei qui impetrauit reſcriptum obiicitur, quod propter ſtatum, & conditionem perſonæ, eo vti in iudicio non poſſit. multum enim refert, qualis ſit is, qui reſcripto vti vult in iudicio: quamuis parum referat, à quo ſit impetratum. l. 2. l. vniuerſis. C. de precib. imper. offer. In communi ſane cauſa reſcriptum ab vno impetratum, ceteris prodeſt. l. 1. C. de diuer. reſcript.

Quæ concurrere debeant in principis reſcripto.

IN TIT. V. LIB. I. PANDECT.

DE STATV HOMINVM.

QVIA omne ius vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones, & nulla fere incidit quæſtio, quæ ad hos locos non referatur, vt alibi fuſius docuimus: in hac prima Digeſtorum parte aliquid de his tractandum. Ac primum de perſonis, earúmque ſtatu, quod perſonarum cauſa ius omne ſit conſtitutum. l. 1. & 2. hic.

Diuiſio hominum in liberos & ſeruos.

Circa ſtatum perſonarum ſumma, primáque diuiſio hęc eſt. Quidam homines ſunt liberi, alij ſunt ſerui. libertas autem eſt naturalis facultas eius quod cuique facere libet, niſi quod vi aut iure prohibetur. Seruitus eſt conſtitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubiicitur. l. 4. hic. ex quo apparet in ſeruitute inducenda à iure naturali receſſum eſſe. Nam quamuis à natura alienum ſit vt imbecillior valentiori ac potentiori ſubiiciatur, ac ſeruiat, tamen id iudicatum eſt humano generi conducibile, cum ea eſſent hominum vitia, vt aliter non poſſet ſocietas humana conſeruari, quam bellum gerendo; & captiuos in victorum poteſtatem redigendo. Hinc Ariſtoteles lib. 1. Polit. de ſeruitute diſſerens ita ſcribit, *ὁ γὰρ νόμος ὁμολογία τίς ἐστιν ἐν ᾧ τὰ κατὰ τὸν πόλεμον κρατούμενα, τῶν κρατούντων εἶναί φασι.* Hæc autem verba in definitione, niſi quod vi aut iure prohibetur, adiecta ſunt, vt intelligamus, tametſi vi prohibeatur aliquis, aut iure & legibus quicquam facere, non ideo minus liberum dicendum eſſe. Nam iure prohibita dicuntur, quæ hominibus in vniuerſum prohibita ſunt, veluti hominem interficere. Atque huc pertinent verſus Perſij Saty. 5.

Cur mihi non liceat iuſſit quodcunque voluntas,
Excepto ſi quid Maſuri rubrica notauit.

Eſt genus colonorum, qui ſerui dicuntur, quod agro addicti mancipatíque ſint, vt ipſis recedere ab eo non liceat. C. de agric. & cenſit. l. 1. C. de colo. Thracenſ. Et hi apud nos homines manus mortuæ dicuntur. Sed alia eſt ſeruitus, de qua hic loquimur. Et conſtat hoc verbum variæ ſignificationis eſſe. titu. de ſeruitut. lib. 8. infra.

Altera diuiſio ſeruorum & liberorum.

Seruorum vna conditio eſt, nec inter ſeruos vnus alio magis ſeruus eſt. Sunt tamen ſeruorum aliquę differentiæ: vt exempli gratia, alij ordinarij ſunt, alij vicarij: vnde illud Ariſtotelis, *δοῦλος πρὸ δούλου, δεσπότης πρὸ δεσπότου.* Itē ſerui variis modis in dominiū poteſtatémq; noſtrā rediguntur, nempe iure ciuili, & iure gentium, vt hic Martianus docet in l. 5. Liberorū hominum varius eſt ſtatus variáque conditio. Nam alij ſunt ingenui, alij libertini. Ingenui ſunt qui nati ſunt liberi. libertini qui ex iuſta ſeruitute manumiſſi ſunt. l. 5. & 6. hic. libertinorum differentias tradunt Iuſtinianus & Theophilus in Inſtit. Ex his definitionibus & diuiſionibus variæ quæſtiones oriuntur, circa quas hæc notanda ſunt quæ ſequuntur.

Primò ſtatum liberorum non lædi ob tenorem inſtrumenti male concepti. l. Imperator, 8. hic. vt ſi forte erratum ſit in profeſſione. l. cum de ætate. l. etiam. & l. pen. hic.

Secundò ſeruus non ideo conſequitur libertatem quod in cauſa capitali à domino ſuo defenſus non ſit. l. ſeruus. 13. hic. & l. ille. qui & à quib. man. & l. ſciendum. de pub. iud.

Tertio, natus ex matre libera liber eſt. l. 5. hic. Exemplū eſt apud Triphoniū, de quo olim quæſtio fuit. Areſcuſa ſi tres peperit, libera eſto. Et Triphoninus ait, ſi-

Digitized by Google

mulátque peperit tres, liberam eſſe, atque ideo quartum qui ex ea naſcitur liberum naſci. Nec refert an diuerſi partus fuerint, an primo, an vero ſecundo tres pepererit, aut primo partu duos, totidem ſecundo. l. Areſcuſa. hic. l. ter enixa. ff. de verbo. ſignific. Non ergo dubitatur quin quilibet natus non ſit liber, quod ex matre naſcatur libera, & quod tot ſint partus quot infantes in iure nulla eſt difficultas, ſed facti quæſtio eſt, quod ſit omnino naſcentium, ordo incertus. Eadē ſolet agitari quęſtio de iure primogenituræ moribus noſtris: ſed videtur mihi in re dubia fauendum ipſi libertati, & principem conſulendum. Aliud exemplum eſt, ſi donata ſit ancilla ea lege, vt manumitteretur, & empta eſt eo tempore quo ſecundum legem donationis manumiſſa eſſe debuit, quo tempore natus eſt illi filius. Quæritur an ſit liber? I.C. ait fauore libertatis, liberum eſſe, & id à Diuo Marco inductum eſſe. l. 1. & 2. ſi mancip. ita fuerit alien. vt man. l. Herennius. 22. hic.

Quartò ſi libera mulier prægnans vltimo ſupplicio damnata ſit. partus qui ex ea naſcitur liber eſt, quamuis ea in ſeruitium redacta ſit hac damnatione. Erat enim libera tempore conceptionis, quod ſufficit. l. Imperator. hic. l. quod ad ſtatum. & l. qui vltimo. de pœnis. Nec ei matris calamitas debet nocere qui in vtero eſt.

Quintò homo liber qui ſe vendidit, aut ſe venundari paſſus eſt, manumiſſus, non efficitur ingenuus, ſed libertinæ conditionis. l. homo liber. 2. hic. Nam etſi liber natus ſit, tamen verum eſt eum ex iuſta ſeruitute manumiſſum.

Sextò ingenuus eſſe intelligitur is, de cuius Ingenuitate ſententia lata eſt l. ingeouum. hic. l. res iudicata. de regulis iur. modo adfuerit legitimus contradictor. l. Diui fratres. de lib. cauſa.

Septimò patronus adoptando libertum, minime eum ingenuum facit. l. vlti. hic. Tamen quantum ad familiam patroni attinet, ingenuitatis iura conſequitur. l. ſciendum. de ritu nupt. Hactenus de ſeruis & liberis hominibus. Nunc alia tractanda ſunt, quæ circa ſtatum perſonarum verſantur.

An quis ſit mas, an fœmina, an vtriuſque ſexus particeps.

Non ſine cauſa quæritur, an quis ſit mas, an verò fœmina, propterea quod in pleriſque iuris articulis deterior eſt fœminarum conditio l. in multis. hic. & l. fœminæ. de regulis iuris. Eſt enim mas natura præſtantior fœmina, vt Ariſtoteles ait lib. 1. Polit. cap. 3. Sed & principatu dignior eſt natura, vt idem ait eodem lib. cap. vi. Τὸ ἀρχ φύσει ἡγεμονικώτερον τοῦ ἄρρενος τῆς γυναικός.
Hermaphroditi autem, qui & Androgyni dicuntur, eius ſexus æſtimandi ſunt, qui in eis præualet. l. quæritur. hic. Alius locus huius tituli eſt, in quo quæritur circa ſtatum perſonarum.

An quis ſit filius necne.

In hac quæſtione notandum eſt eum, qui ex iuſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt. iuſtum filium eſſe. l. ſeptimo menſe hic. Idem dicendum eſt de eo, qui decimo menſe naſcitur. l. inteſtato. §. vltim. infra de ſuis & legiti. hæredi. Item non ſunt liberi partus monſtroſi, quos nec alere quidem permiſſum erat legibus veteribus, auctore Dionyſio lib. 2. huc pertinet l. non ſunt. hic. Itaque talis partus natiuitate non rumpitur teſtamentum. l. 2. & 3. C. de poſthu. hær. inſti. Receptum tamen eſt benigniore quadam legis interpretatione, vt hic partus matri proſit ad ius trium liberorum conſequendum, quia nihil poteſt ei imputari, quæ quoquo modo potuit legi obtemperauit. l. Quæret aliquis. de

Partus monſtroſi proſunt matri ad ius trium liberorum. Inſtimans prudentia in iure reformando.

verborum ſignificat. Et quamuis Paulus lib. 4. Sentent. tit. de ab inteſt. ſucceſſ. vnde ſumpta ſunt quæ in d. l. non ſunt, ſcripta extant, aliter ſeotiat. Nos hic ſequimur, quod Iuſtinianus nobis ſcriptum reliquit, quem veriſimile eſt verba Pauli immutaſſe, ne Vlpiani dicto aduerſaretur. d. l. Quæret aliquis. Præterea qui in vtero eſt, pro iam nato habetur, cum de commodo ipſius partus quæritur, veluti de reſtituenda hæreditate, &c. l. 7. & penult. hic alius locus huius tituli ſequitur qui etiam ad ſtatum perſonarum pertinet.

An quis iuſtus & legitimus ſit filius, an ſpurius & vulgo conceptus.

Iuſtum legitimumque filium eum eſſe dicimus, qui ex iuſtis nuptiis natus eſt: ſpurium vero & vulgo conceptum, qui patrem demonſtrare non poteſt. l. vulgo concepti. hic. & §. ſi aduerſus. Inſtit. de nup. Si igitur filia nupſerit inuito aut inſcio patre, quoniam ea coniunctio legitima non eſt, non poteſt filius qui ex ea naſcitur, legitimus eſſe. l. Paulus reſpondit. 11. hic.

An quis ſit ciuis, an peregrinus.

Certum eſt omnes qui in orbe ditioneque Romana ſunt, ciues Romanos eſſe ex conſtitutione Imper. Antonini. l. in orbe. hic. Cuius conſtitutionis meminit Iuſtinianus in Nouella 78. titul. vt liber. de cæter. Itaque Roma dicitur communis eorum patria, qui ſubſunt Imperio Romano. l. Roma. ad municipal. Sed ante eam conſtitutionem oportebat eum qui Roma ortus non eſſet, ciuitate donari, vt ciuis eſſet. l. ciues. de incolis. l. 1. ad municip. Extant quædam exempla ciuitatum eo iure donatarum. l. 1. infra de cenſibus. Vtilitas autem huius iuris conſiſtit in iis, quæ ſunt iuris Romani magis quam gentium, & quæ ſunt propria ciuium Romanorum. Nam & Boetius in Topic. Cicer. inquit, iure ciuili nihil agi, niſi inter ciues poſſe. Huius generis eſt patria poteſtas. inſtitu. de pat. poteſt. & l. in ſuis. de liber. & poſthu. Connubium. Inſti. de nupt. Cum extraneis enim & peregrinis connubium non eſt. Vlpianus titu. de iis qui ſunt in poteſta. videte Senec. libro 4. de benefic. Item teſtamenta & hæreditates. l. 1. ad l. Falcid. & l. 1. C. de hęred. inſtitu. Item honores, ſuffragia & cętera, quæ inter ciues tantum aguntur. Adde ſupradictis commercium emendi vendendiq́; facultatem authore Vlpiano in Inſtit. tit. 18. de domi. & acquiſ. rer. Cum autem quæritur an ciuis ſit aliquis, & an origo paterna an materna ſpectari debeat, animaduertendum eſt, ſi legitimæ nuptiæ cōtractæ ſint, liberos patrē ſequi. l. cū legitima hic. Cū autē legitimæ nō ſunt nuptiæ, ſequūtur matrē, atque ideo natus ex ciue Romano, & latina, latinus naſcitur, nō ciuis, vt ait Vlpian. in Inſti. tit. de his qui in poteſt. Quod intellige niſi lex ſpecialis aliud inducat, id eſt, niſi lege ſpecialiter exceptū ſit. Legē autē ſpecialem vocant priuilegium, aut legem municipalem. Vulgo autem conceptus omnino matrem ſequitur. d. l. cum legitimæ. l. lex naturæ, hic. l. 2. & l. eius qui. ad municip. Alius locus huius tituli eſt, in quo circa ſtatum perſonarum quæritur, quantum ad ordinem & dignitatem cuiuſque pertinet.

An quis ſit in ordine & dignitate.

De ordine & dignitate alicuius, quantum ad ſtatum perſonarum pertinet, quæritur hic. l. qui furere. hoc tit. in qua Iuriſconſultus vtitur ſimilitudine hac non ineleganti: vt non amittit dominium, qui furere incipit, ita nec qui magiſtratum, aut dignitatem habet, ſed ad nouos honores prouehi non poteſt, vt arguitur ex l. 1. §. quamuis. de poſtulan.

IN TIT.

IN TIT. VI. LIB. I. PANDECT.

De iis qui ſunt ſui vel alieni iuris.

CAP. I.

AD ſtatum perſonarum quoque pertinet locus de iis qui ſunt ſui vel alieni iuris. Supradictis igitur diuiſionibus hæc audienda eſt. Quidam ſunt ſui iuris, alij ſunt alieno iuri ſubiecti l. 1. hic. Videamus primum de iis qui alieno iuri ſubiecti ſunt.

Alieno iuri ſubiecti ſunt ſerui, qui ſunt in dominorum poteſtate iure gentium. l. 1. hic. Quæ poteſtas olim fuit vitæ & necis, ſed diminuta & temperata eſt conſtitutionibus principum propter nimiam quorundam dominorum ſæuitiam, & crudelitatem in ſuos ſeruos, qualis fuit Vedius Pollio, qui ſeruos ſuos inhumaniter in viuarium coniiciebat murenas ſaginaturus. Seneca libro 1. de Clementia cap. 18. Qualis etiam fuit Iulius Sabinus, aut Vmbricia matrona, quorum meminit Vlpianus in l. 2. huius tit. Hic Iulius Sabinus, quoniam immaniter in ſeruos ſæuiebat, dedit occaſionem huic tam ſanctæ cõſtitutioni. Extat & Adriani alia quædam conſtitutio, de qua meminit Spartianus. Olim ædes ſacræ erant quoddam quaſi aſylum ſeruis: & vt Euripides ait, ſicut ſaxa & luſtra ferarum ſunt & cubilia & perfugia, ita aræ deorum & ſtatuæ Principum ſeruorum erant perfugia. Hactenus de ſeruis.

Alieno quoque iuri ſubiecti ſunt filiifamilias, id eſt, liberi ex iuſtis nuptiis procreati. l. tert. & quart. huc. & Inſtitut. de pat. poteſt. Nam filius iure Romano in patria poteſtate eſt, eſtque hoc ius proprium ciuium Romanorum in liberos. Inſtit. de patr. poteſt. dicta l. 3. non quod apud cæteras gentes liberis parentes non imperẽt & præſint, ſed quod talem poteſtatem non habeant, qualem Romani in liberos. Inſtitut. de patria poteſt. Nam naturale eſt, & commune omnium gentium, vt liberi parentibus obtemperent. l. veluti. ſupra de iuſtitia & iur. Imperat enim paterfamilias in domo familiáque ſua, ſeruis δεσποτικῶς, filiis βασιλικῶς, vxori πολιτικῶς, vt Ariſtoteles ait libro 2. Politic. qui hæc tria Imperij genera eleganter deſcribit. Hinc Plinius in Panegyrico: Lex, inquit, naturæ ſemper in ditione parentum liberos eſſe iuſſit. Sed huic iuri naturæ Romani multa adiecerunt, quo magis allicerent ciues ſuos ad liberorum procreationem. Parentum, inquit Seneca, conditionem ſacrauimus, quia expediebat liberos tolli, & liberis ciuibus ciuitates repleri, libro ſecundo, de beneficiis, capite 11. Et quamuis dubitet Dionyſius libro ſecundo, an moribus receptum fuerit ab initio hoc ius, an lege aliqua potius introductum vſque ad hoc tempus firmum permãſerit, tamen hic Vlpianus diſerte ait, moribus receptum fuiſſe. in l. patre. hic. Ex his quæ diximus conſequi videtur, & hæc fuit quorundam opinio, Gallos non habere filios in poteſtate: quod quidem accipi poteſt, vt non eam poteſtatem habeant in filios quam Romani, ſed certam quandam & propriam, quæ moribus eorum recepta ſit. Certe Iulius Cæſar, libro ſexto Commentariorum de bello Gallico ſcribit, eos vitæ, & necis poteſtatem in liberos & vxores habuiſſe, his verbis: Viri in vxores ſicuti in liberos, vitæ neciſque poteſtatem habent. Et id quidem exiſtimo verum fuiſſe eo tempore, ſed ex quo lumen Chriſtianæ fidei inductum eſt in Galliam, immutatum fuit. Quod diximus de filiis, ad nepotes, pronepotes & alios deinceps pertinet. Auus enim paternus nepotes in poteſtate habet non minus quam filios. d. l. 4. hic. Nepotes ſane mortuo auo recidunt in poteſtatem patris, niſi pater ab auo emancipatus fuerit. l. 5. hic. & §. 1. quibus modis ius patr. poteſta. ſol. Item nepos quem pater gradu præcedit, mortuo patre efficitur ſuus hæres

Gallorum mos de poteſtate in liberos.

ipſi auo, inque locum patris ſuccedit. Idem eſt etſi pater libertatem, aut ciuitatem amiſerit. l. ſi qua pœna 7. D. de his qui ſui vel alie. iur. ſunt. Nec vero quicquam refert an filius miles ſit necne, vt in poteſtate patris eſſe dicatur. l. ſi maritus. C. de pat. poteſta. §. filiusfamilias. Inſtit. quibus modis ius patr. poteſta. ſol. nam remanet in poteſtate patris aut aui habetur tamen nonnunquam filiusfamilias miles pro patrefamilias.

In quo cõſiſtat effectus patriæ poteſtatis.

Quæritur de eo cuius pater captus eſt ab hoſtibus, & verius eſt, cum pendeat ius liberorum, propter ius poſtliminij, interim filium ſui iuris eſſe, quem pater in ſua poteſtate habere non poteſt. §. ſi ab hoſtib. Inſtit. quib. mod. ius patr. pot. ſol. l. vlti. C. de ſenten. paſſis. Abſurdum quippe eſſet eodem tempore eum nec ſui iuris, nec in poteſtate patris eſſe. His ita explicatis, animaduertẽdum eſt, cum quæritur an quis ſit filiusfamilias, duo ſpectanda eſſe. Primum an filius, ſecundum, an ſit in poteſtate. An autem quis ſit filius alicuius necne, facti quæſtio eſt, & omnino ex probatione pendet. Et filium alicuius definimus eum, qui ex vxore eius naſcitur. l. filiũ. hic Pater enim is eſt quem demonſtrant nuptiæ. l. quia ſemper. de in ius vocan. Et tamen opus eſt coniecturis, vt docet Vlpianus, veluti ſi maritus abſens fuerit, vel morbo diuturno impeditus. Qua de re vide nobile exemplum apud Xenophontem lib. 3. Rerum Græcar. de Ægide, & Ageſilao. Prodeſt & ad fidem faciendam ſententia, qua pronuntiatum eſſet filiũ eſſe. argumento l. ingenuum ſupra de ſtatu hom. Sententia tamen de alimentis præiudicium non facit ipſi veritati. l. pen. hic. & l. ſi quis à liberis. §. ſi vel parens. de libe. agnoſcend. An quis ſit in poteſtate patris, in facto etiam plerunque conſiſtit. l. 1. C. de pat. poteſt. & d. l. ingenuum, ſupra de ſtatu hom. Et ſemper in poteſtate præſens eſſe quis intelligitur, niſi conſtiterit eum liberatum eſſe his modis quibus iura patriæ poteſtatis ſoluitur. l. ſi filius. infrà de probatio. & Inſtit. quib. modis ius pat. poteſt. ſol. Quare probatio incumbit filio, vt ſe emancipatum probet. d. l. ſi filius.

Quæritur an patre furioſo liberi in eius poteſtate maneant: & Vlpianus ait manere. l. patre furioſo. hic. In publicis autem cauſis filiusfam. loco patrisfamilias, quãuis re vera in patris poteſtate ſit. l. filiusfamilias. hic. l. ille à quo. §. vltimo. & l. ſequent. ad Trebellia. l. in priuatis. de iudic. Quæritur etiam ſi filiusfamilias magiſtratũ gerat, an in patris remaneat poteſtate? Pomponius ait eum in publicis haberi cauſis tanquam patremfamilias. Exemplum extat Phauorini philoſophi, vt eſt apud Gellium lib. 2. cap. 2.

Quis ſit effectus patriæ poteſtatis.

Effectus patriæ poteſtatis, in his quæ ſequuntur præcipuè conſiſtit, de quibus ordine dicemus. In primis quidquid acquirit filiusfamilias, id acquirit patri ſuo. Huc pertinet titul. Cod. de bon. quæ liber. & Inſtit. per quas perſonas nob. acquir. l. prim. ſi à parente quis fuerit manumiſſ. Et patri etiam ſtipulatur: quãuis aliàs homo liber alteri non ſtipuletur: Sed quod agit filius, pater quodammodo agere videtur, vt Hierocles ſimilitudine non ineleganti oſtendit. Quemadmodum enim, ait, ſi Phidiæ opus aliud opus faceret, non diceretur Phidiæ opus, ita & factum filij patri tribuitur.

Secundo pater caſtigat, atque emendat filium ſuum. l. 3. C. de pat. poteſt. & l. ſerui. de furt. Olim occidere filiũ patri licebat, vt auctor eſt Dionyſius Halicarnaſſæus, libro 2. Huc pertinet. l. vltima Cod. eodem tit. Hinc Seneca parentes eſſe ait quaſi domeſticos magiſtratus. lib. 2. de benef. cap. 11. & domum puſillam rempub. Et legimus apud eundem, Tacitum quondam exilio mulctaſſe filium ſuum, accito in domum ſuam Auguſto, conſilij cauſa, libro primo de Clement. cap. 15. Sed hæc animaduerſio iam tum odioſa cœpit eſſe, ac tandem immutata

Animaduerſio parentum in filios temperata. Notandum exemplum.

Digitized by Google

eſt, ac temperata propter immodicam parentum quorundam in filios acerbitatem. Refertque idem Seneca equitem Romanum in foro graphiis à populo confoſſum fuiſſe, quia filium flagellis occiderat. lib.de Clement.cap.14. Hodie igitur modica tantum caſtigatio cōceditur patri. Quod ſi opus videatur maiori animaduerſione, officium patris eſt filium offerre magiſtratui puniendum, ita vt magiſtratus paterni deſiderij in pœna infligenda rationem habeant.l.3 C.de pat.poteſt. Qua in re humanum erit Diui Pij exemplum ſequi, cuius meminit Macer in l.Milites agrum.§.vltimo. de re milit.Is deſertorem,qui à patre oblatus fuerat, in deteriorem militiam dari iuſſit, ne videretur pater ad ſupplicium filium obtuliſſe.

Tertio, pater filium vendere poteſt propter famem & neceſſitatem,hucque pertinet tit.C.de patr.qui filios ſuos diſtra. Quod tamen indiſtincte olim permiſſum erat ex quacunque cauſa,vt ſcribit Dionyſius lib 2. Abdicatio autem Romano iure,vt ait Dioclet.non probatur.l.abdicatio.C.de patr.poteſt.Eſt autem abdicare negare filium eſſe, & de domo abiicere, quamuis filius ſit. Exhæredatio autem aliud eſt, quia qui exhæredat non vult hæredem eſſe, ſed filium. Quidam reprehendunt hoc Diocletiani reſcriptum, & aiunt etiam vſitatā fuiſſe ex Valerio libro quinto. Sed hoc non vult Diocletianus, non fuiſſe aliquando hanc abdicationem à Romanis vſurpatam,ſed an non fuiſſe comprobatam. Legibus autem Græcorum rata fuit,non Romanorum. Itaque nulla fit mentio eius abdicationis in libris noſtris.

Abdicare quid.

Quarto,pater filium vendicat, non ſimpliciter, ſed adiecta cauſa, nempe propter poteſtatem quam habet in eum iure Romano, aliſque præterea actionibus vtitur pater filij nomine,de quibus alibi. l.1.de rei vendic. Quod ſi filius ſe filium non eſſe dicat, non ſufficiet rei vendicatio, ſed opus erit,inquit I.C.præiudiciis. Sunt autem præiudicia, veluti cum quæritur in iudicio an quis ſit libertus an non, an ſit filius,an non. § præiudiciales.de act.dicitur autem actio præiudicialis, & iudicium præiudiciale,quia aliud iudicium antecedit. Et de hac cauſa prætor extra ordinem cognoſcebat, vt patet ex tit.de variis & extraord cognit.

Quinto,obligatio ciuilis inter patrem & filium, qui eſt in poteſtate,non conſiſtit §.item inutilis. Inſtit.de inuti.ſtipul. tametſi naturalis obligatio contrahatur. l. frater à fratre.infra de condict.indeb. Non obligantur autem ciuiliter propter patriam poteſtatem, quæ iuris ciuilis eſt.

Sexto, lis nulla inter patrem & filium eſſe poteſt. l. lis nulla. de iudic.Cum emancipato licet lis eſſe poſſit, tamē is patrem in ius vocare non poteſt abſque prætoris permiſſu,vt dicemus infra ſub tit.de in ius vocan.

Septimo, donare cauſa mortis non poteſt filiusfam. abſque conſenſu patris,& nec conſentiente quidem patre teſtamentum facere poteſt.l.qui in poteſtate, de teſtam.l.iam is.de donat.cauſ.mort.Ratio quidem obſcura non eſt,quia teſtamenti factio iuris publici eſt: quare aliquis non poteſt facere teſtamentum priuata perſona volente & conſentiente,veluti ſeruus domino,vel filius patre conſentiente, & permittente teſtamentum facere non poteſt propter publicam vtilitatem ſeu publicum intereſſe,quæ ratio ceſſat in donatione cauſa mortis.

Octauo, matrimonium ſine conſenſu patris contrahere non poteſt.§.1.Inſtit.de nupt.

Nono, ex mutuo non obligatur filiusfamil.quamuis ex aliis contractibus obligetur. Huc pertinet titulus ad S.C. Macedonianum, quo iuuatur & excipit, ſi quis in eum agat.

Decimo, non agit in iudicio niſi certis ex cauſſis.l.filiusfam.infra de oblig.& actio. Sed poteſt aliquando agere filiusfam. actione in factum vtilitatis cauſa. l.cum filiusfamilias.de reb.cred.vbi reſpondet Scæuola,extraordinario iudicio illi ſubueniri, idque beneficio prætoris,qui extra ordinem vtilitatis cauſa filiofamilias dat aliquando actionem.

Vndecimo,reuerentiam,obſequium,alimenta,ſiue v. Imper.ait,ſubſidium vitæ debet patri.l.5. & pen.C.eod. tit.Sed hæc ab emancipato quoque præſtantur. vide T. T.de lib agnoſc. & de obſeq.à liber. vel libert. par.vel patr.præſt.

IN TIT. VII LIB. I. PANDECT.

DE ADOPTIONIBVS ET EMANcipationibus,aliiſq; modis quibus patria poteſtas ſoluitur.

Cap. I.

Quid ſit adoptio.

Coniunctvs eſt hic titulus cum titulo ſuperiore,de iis qui ſunt ſui vel alieni iuris, & ex eo pendet. Nam filiusfam.non ſolum natura fit, ſed etiam adoptione. Vnde quidam liberi dicuntur naturales, alij legitimi. l.1. hic. Eſt autem adoptio, vt Theophilus ait, actus legitimus naturam imitans, ad eorum qui liberos non habent,ſolatium inuentus: vel,vt Caius definit,eſt naturæ quædam ſimilitudo, vt aliquis filium habere poſſit quem non genuerit. Sciēdum ergo eſt eum, qui filios non habet,ex aliena ſibi adſciſcere familia.Euripides tamen hoc improbauit: alij contra exiſtimarunt melius eſſe habere filios adoptiuos , quàm naturales, quia adoptiuos eligimus , naturales vero caſu habemus. At Iuriſconſulti noſtri ſapientius iudicarunt,qui ſolatij cuiuſdam cauſa indulſerunt hoc genus ſibi liberos adſciſcendi,nec præferunt adoptiuos liberos naturalibus, nec eos omnino improbant.

Cap. II.

Quæ ſint ſpecies adoptionis.

Species adoptionis duæ ſunt. Nam aut adoptamus eum,qui ſui iuris eſt auctoritate principis, aut eum qui filiusfamilias eſt magiſtratus imperio. Prior ſpecies dicitur arrogatio, poſterior vero adoptio, quia ei aliud ſpecialius nomen inditum non eſt. l.1.& 2.hic.de his duabus ſpeciebus ordine dicemus & ſeparatim confuſionis euitandæ gratia.

Cap. III.

De arrogatione.

Principis auctoritate, inquit Caius, adoptamus eos qui ſui iuris ſunt,quæ ſpecies adoptionis dicitur arrogatio,quia & is qui adoptat, rogatur an id fieri patiatur.l.2 hic.quam etymologiam Caius, vt tempori ſuo conuenientem ſecutus eſt:quo tempore poteſtas omnis in principem tranſlata erat:Niſi Pandectarum compoſitorib.hoc potius adſcribendum eſſe dicamus, quod hic ſub Caij I.C.nomine & titulo legitur. Gellius tamen non per principem ait hanc arrogationem fieri, ſed per populum in comitiis,& Romæ tantum lib.5.c.19. Atque idem ſcribit Vlpianus in Inſtit. tit.de adopt.& addit Romæ tantum fieri arrogationem. Nec id mirum,quia in comitiis tantum per populum fiebat : itaque arrogatio dicta eſt, quia hoc genus in alienam familiam tranſitus per populi rogationē fit his verbis: *Velitis,iubeatis vti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure legéq; filius ſibi ſit,quamſi ex patre matréque familias eius natus eſſet,vtiq; ei vitæ neciſq; poteſtas in eum ſiet,vti patriendo filio eſt, hoc ita vt dixi, ita vos (Quirites) rogo duius,veluti & iubeatis.* Hodie autem

Solemnia verba & forma arrogationis.

autem, vt dixi, quia vnius principis arbitrio omnia reguntur, fit arrogatio eorum, qui ſui iuris ſunt authoritate ipſius principis, & perinde valet, vt Diocletianus ait, ac ſi per populum iure antiquo facta eſſet. l. 2. C. eod. Sed quare æquo valet arrogatio facta à principe, ac ſi veteri comitiorum iure facta eſſet? Quia tempore Imperatorum comitia prorſus exoleuerant.

Cap. IV.

Quæ neceſſaria ſint ad arrogationem.

Neceſſaria ad arrogationem. EX ſupradictis ſatis apparet ad hanc arrogationem quædam neceſſaria eſſe, de quibus dicemus. In primis reſcriptum Principis neceſſarium eſt. l. arrogationem. C. eod. Secundo conſenſus arrogati requiritur & omnium eorum inter quos agitur. l. 5. & l. neque hic. Tertio oportet eum qui arrogatur ſui iuris eſſe. d. l. 1. & 2. hic. Quare filius emancipatus rectè à patre arrogatur, & hæc eſt non ſolum honeſta, verum & legitima cauſa redeundi in poteſtatem patris, ſi filius arrogetur alioqui emancipatus. l. 5. l. ſi paterfamilias. 15. §. hic, aut filius in ſeruitute quæſitus. l. vlt. hic.

Quarto cauſæ cognitio neceſſaria eſt, vt Vlpianus hic diffuſè tradit: in qua cognitione cauſæ hoc potiſſimum verſatur, an potius procreationi liberorum paterfamilias incumbere debeat quàm ſibi ex aliena familia arrogare. Quo oſtenditur quod ſupra diximus, merito legiſlatores naturales prætuliſſe liberos ipſis legitimis. De hac quoque cauſæ cognitione agitur apud Ciceronem in Orat. pro domo ſua, vbi de Claudij adoptione diſſerit. Hinc cognitionem olim fuiſſe pontificum non ſolum Cicero, ſed etiam Gellius oſtendit. In hac cauſæ cognitione multa conſiderantur, de quibus videre eſt in dict. l. ſi paterfamilias. Et ſcribit Gellius lib. 5. cap. 19. non poſſe quẽ arrogari niſi veſticeps ſit, id eſt pube conſperſus, prorſus adultus, vt Feſtus interpretatur. Sed Iuſtinianus in Inſtit. ait, pupillos qui antea non poterant arrogari, nunc poſſe ex conſtitutione Diui Antonini. § cum autem. Inſtit. eod. tit. Item in hac cauſæ cognitione interuenire debet authoritas curatoris. l. 8. hic. l. vlt. C. de author. præſt.

Quinto cauere debet & ſatiſdare perſonæ publicæ arrogator, bona quæ ab arrogato conſecutus fuerit, ſe reſtituturum iis ad quos ea res pertinet, ſi arrogatus impubes deceſſerit. l. nec ei. §. vltim. & l. ſeq. hic. Qua ſatiſdatione proſpicitur non modo ſubſtitutis, ſed etiam legitimis hæredibus his verbis. hic l. cauſa cognita, de vulg. & pupill. debet autem fieri hæc cautio à ſeruis publicis. l. generalis. D. de tabul. & logograph. Idque ex conſtitutione Arcadij. Sed cur ait l. C. cauendum eſſe ſi impubes deceſſerit? quia forte fieret iniuria pupillariter ſubſtitutis. Nam arrogatione ipſa capite minuitur impubes, & ea capitis diminutione irritum fit teſtamentum, ergo & ſubſtitutio. Itaque hac cautione proſpicitur ſubſtitutis & legitimis hæredibus inſtitutis. dict. l. cauſa cognita. §

Cap. V.

De effectu arrogationis.

EFfectus præcipuus arrogationis eſt, quod arrogatus tranſit in familiam, poteſtatémque arrogatoris vna cum filiis, ſi quos habeat. l. 2. ſi paterfamilias. 15. & l. arrogato. 40. hic §. pen. Inſtit. eod. l. qui ex liberis. §. teſtamenti. de bo. poſſ. ſec. tab. Itaque cum Auguſtus adoptaſſet Tiberium, non ſolum Tiberius ipſe tranſiit in poteſtatem Auguſti, ſed etiam Germanicus, quem Tiberius ante adoptauerat, vt Iuſtinianus ait Inſtitut. de qua adoptione loquens Suetonius in Tiberio: Nec quicquam (inquit) poſtea pro patrefamilias egit, aut ius quod adoptione amiſerat, vlla ex parte retinuit. Nam neque donauit, neque manumiſit, nec hæreditatem aut legata percepit vllaaliter quam vt peculio referret accepta. Hinc nomen aſſumebant adoptati eius in cuius familiam aſciſcebantur, vt Dio ait in Auguſto. Inde etiam fiebat, vt quia capite erant minuti, ſubſtitutio pupillaris irrita fieret. d. l. nec ei hic. Præterea ex cautione, de qua iam diximus, hæredes filij arrogati poſt eius mortem poſſunt aduerſus arrogatorem & eius hæredes experiri, vt bona arrogati reſtituat. l. ſi arrogator. Et datur actio directa, vel vtilis: directa ex cautione ſine ſtipulatione, vtilis ex eo quod fingitur cautionem interueniſſe: ſed ita demum agitur hac actione, ſi impubes deceſſerit, quod fuit cautum, vt ſubſtitutis ſubueniatur. ſed maior eſt dubitatio de legitimis hæredibus, quibus hac proſpectum eſt cautione. Cur enim non agitur, etiamſi deceſſerit pubes? Ratio eſt quia ante pubertatem legitimi hæredes certam ſpem habent conſequendæ hæreditatis, quia impubes non poteſt facere teſtamentum. Nec ſolum ea bona ad arrogatum pertinent, ſed etiam quarta pars bonorum arrogatoris, ſi decedens pater eum exhæredauerit, vel viuus ſine iuſta cauſa emancipauerit. d. l. ſi arrogator. §. cum autem. Inſtit. eo. Et hæc quarta pars ex conſtitutione Diui Pij debetur arrogato, cuius ſæpe fit mentio aliis in locis, l. 1. §. ſi impuberi. de collat. bono. l. Papinianus. §. ſi quis impubes. de in offic. teſtam. l. vltim. ſi quid in fraud. patr. Quæritur an arrogator poſſit filio arrogato ſubſtituere, ſi impubes deceſſerit? Et certum eſt non admitti ſubſtitutionem in bonis arrogati, quoniam ea reſtituere cogitur, vt iam diximus: in bonis vero quæ dederit ei arrogator, aut quæ beneficio arrogationis acquiſiuerit, valet ſubſtitutio. Idem dicendum eſt de quarta debita ex conſtitutione Diui Pij. Non poteſt tamen fidei eius committere, vt hanc quartam reſtituat alteri, quia non iudicio eius ad eum peruenit, ſed principali prudentia. d. l. ſi arrogator. l. qui liberis. §. in arrogato. de vulga. & pupilla. ſubſtit. Hactenus de arrogatione.

Cap. VI.

De ſpeciali adoptione.

Quis magiſtratus dicatur. ADoptio ſpecialis fit imperio magiſtratus, vt Caius ait. d. 2. hic magiſtratum autem hic accepimus, apud quem legis actio eſt l. 4. hic. & l. 1. C. eod. id eſt apud quem ritus & ſolennitas legibus introducta peragi poteſt. Caius in Inſtit. Boetius in Topic. Cicer. Paul. lib. 2. ſentent. Titul. Quemadmod. filij. l. 3. de offic. Proconſ. l. Barbarius. de offic. præt. l. 1. de offic. iuridici l. nemo. 166. de reg. iur. Item apud Vopiſcum in Aureliano, vbi ipſe Aurelianus adoptabatur à viro conſulari, & hæc verba adiiciuntur, Iube vt lege agatur, id eſt vt ſolennis legis ritus ſeruetur. Nec refert an ia magiſtratus ſit qui in adoptionem dat, vel in adoptionem datur. l. 3. quia actus voluntariæ cuiuſdam iuriſdictionis eſt, non controuerſæ l. 2. de offic. Proconſ. Olim hæc adoptio per æs & libram fiebat, vt Suetonius in Tiberio oſtendit, vel per tertiam mancipationem, vt ait Gellius: ſed hæc ritus ſolennitas eſt ſublata. l. vltim. C. eod. titul. Hodie aditur magiſtratus, ſine quo non poteſt fieri adoptio. l. 4. Cod. eod. Et coram magiſtratu conſentire debet tam is qui in adoptionem dat quàm is qui in adoptionem datur. l. 5. hic. Item cum nepos adoptatur, quaſi ex filio natus, conſenſus filij exigitur. leg. 6. conſentire autem filius intelligitur, qui non contradicit, velut infans, d. l. 5. l. etiam, & l. 42. hoc titul. Pro quo facit illud Euripidis, qui in Menalippe ait, ſilentium eſſe ſermonis obſcurum interpretem. Et hoc procedit, quia pater in hoc actu videtur filio conſulere & proſpicere. *Pulchra Euripidis ſententia de ſilentio.* Item pater naturalis, tametſi loqui debeat, tamen ſi loqui non poſſit, perinde confirmatur adoptio, ac ſi iure facta eſſet. l. ſi pater 29. hic. Hinc conſequens eſt abſque tribus perſonis adoptionem fieri non poſſe, vna quæ adoptat, altera quæ adoptatur, tertia quæ det in adoptio- *In adoptione ſpeciali tres perſonæ requiruntur.*

intra vrbem admittuntur, ad præfectum vrbi pertinet. l.1.hic. Hinc Iuuenalis Saty.13.

Hæc quota pars ſcelerum, quæ cuſtos gallicus vrbis
Vſque a lucifero, donec lux occidat, audit
Humani generis mores tibi noſſe volenti
Sufficit vna domus.

Curaque annonæ ad huius officium ſpectat. l.1.§ cura carnis hic. l.1.C.eo. Nam ſub huius diſpoſitione eſt præfectus annonæ; & tribunus fori ſuarij, apud auctorem notitiæ Romani Imperij. Item quies popularium, diſciplina ſpectaculorum; & cetera id genus, de quibus in l.1.§.quies.hic. Cauſarum ciuilium, & pecuniarum nulla ei cognitio hic attribuitur, præter quàm, ſi adeatur ab argentariis. l.penu.hic. aut contra ab aliquo, conquerente de fraude ab argentario commiſſa. At verò variis pœnis vtitur animaduertendo in facinoroſos. Et mentio hic fit relegationis, ac deportationis in inſulam, fuſtigationis, damnationis in metallum, interdictionis, &c. Eſtq; hoc præcipuum in eo, quod deportat in inſulam; quod præſidib. non permittitur. l.1. infra de leg. Verum hæc poteſtas, vrbis fines, aut certe centeſimum milliare nõ excedit, l.1.§ cum vrbem. l.vlt. hic. l.4.C.eo. Quare non poteſt ex prouinciis homines euocare. l.2. C. eo. Extra vrbem tamen poteſt iubere iudicare, ſi vera eſt apud Vlpi. lectio in l.vlt.hic. Præterea præfectus vrbi ex appellatione cognoſcit. leg. ſi apud. l.cum appell. Caſſiod. Tu ex deſignatis lege prouinciis ab appellatione cognoſcis.

Pœnarum genera quibus in facinoroſos vtebatur.

IN TIT. XIII. DE OFFICIO QVAESTORIS.

VARIA ſunt Quæſtorum genera, quorum mentio eſt in iure ciuili. Quidam præſunt ærario, & à quærenda, conſeruandáque pecunia publica nomen habent, vt auctores ſunt Pomponius in l.2. de orig. iu. Taci. li.11. Vlp. hic. Suetonius in Clau. c.24. Collegia quæſtorum proſtratura viarum gladiatorum munus iniunxit, detractáque Hoſtienſi, & Gallica prouincia, curam ærarij Saturni reddidit, quam medio tempore prætores, aut vtique tunc prætura functi ſuſtinuerant. Hæc quæſtura initium eſt honorum gerendorum, vt hic Vlp. ait, & Cicero in Verrinis. Itaque quos olim principes ad honores prouehere cupiebant, curabant, vt Quæſtores crearentur: & hi proprio munere. Quæſturæ non fungebantur, ſed libris, epiſtolis, ſiue orationib. principum legendis vacabant. Sueto. in Nero. & Lampri. in Ale. Sed & de quibuſdam reb. orationes ad Senatum miſſas, præterito Quæſtoris officio, per Conſules plerunque recitabant. Candidatos principis ex ſua prouincia iuſſit munera populo dare, ſed vt poſt quæſturam acciperent præturam, & inde prouinciam regerent. Spartianus in Adriano: Quæſturam geſſit, in qua cum orationem Imperatoris in Senatu agreſtius pronuncians riſus eſſet, Latinis operam dedit literis Sueto. in Clau. Alij erant Quæſtores, qui quæſtiones, iudiciáque publica exercebant: quorum meminit Pomponius ſupra de ori. iu. Eſt & Quæſtor ſacri palatij, ſummus, ampliſſimúſque magiſtratus: quo functus eſt Tribonianus noſter. C. de vet. iure enucl. Huius officium verſatur circa leges dictandas, & preces, ac reſponſa principum ſubnotanda, vt eſt apud auctorem Notitiæ Romani Imperij. vide l.vlt. C. de diuer. reſcrip. & Nouel. 114. vt diui. iuſſi. ſubſcr. hab. Videturque non diſſimilis Cancellario Franciæ: quod vel Caſſiodori formula oſtendit. Itaque inter illuſtres hic recenſetur. l.2.C. de offici. quæſt. l. præcipimus. C. de appell. Hic iudicat cauſſas appellationum ſimul cum Præfecto prætorio. d.l. præcipimus. & Nouel. 23. de appella. Sub huius diſpoſitione ſunt militantes in ſcriniis. l.1.2.3.C.eo. Alius eſt Quæſtor inuentus, & inſtitutus à Iuſtiniano, ad vagos homines, peregrinos, & inertes inquirendos de quo conſtitutio Nouel. 80. titu. de quæſtio.

Quæſtor alius à Iuſtiniano inſtitutus.

IN TIT. XIIII. DE OFFICIO PRAETORIS.

PRAETOR iuris dicendi cauſa primum creatus eſt Romæ. l.2. inf. de orig. iur. quid autem ſit ius dicere, & iuriſdic. dicemus infra ſub ti. de iuriſdictione. Proponebat etiam edicta, vt admoneret ciues, de quibus rebus ius dicturus eſſet: quæ edicta pro iure certo, perpetuóque recepta ſunt, d.l.2. de orig. iur. l. ius autem. ſupr. de iuſt. & iure. Ex quo apparet maximam olim fuiſſe huius magiſtratus auctoritatem ac maieſtatem. No. 13. & apud Cic. lib. 10. epiſt. ad Plancum. Sed ea paulatim decreuit, tandemque in ordinem redacta eſt. Nam tempore Iuſtiniani nec dabat iudicia, nec edicta proponebat: nullaque huius magiſtratus formula apud Caſſiodorum reperitur. Et videtur recenſeri inter clariſſimos tantum. l.1. inf. de reb. eor. l.3. C. de proc. tametſi magis placeat aliis eum ſpectabilem eſſe Nou. 23. Huius poteſtas deſcribitur à Conſtantino in l.1.C.eo.ti. Et de ea quædam alia colligi poſſunt ex iis, quæ Vlpi. ac Paulus hic. tradiderunt in l.1.2. & vlt. Ab huius ſententia Præfectus vrbi appellatur. l. ſi apud. C. de appel. Hic tractatur q. de errore publico, ân ius faciat. Et ius facere dicitur l.3. Barbarius. hoc titu. Hæc ſiquidem lex ſcripta eſt Sabinum, qui ante monarchiam vixit. In hac igitur l. arg. ducto à minore vſus eſt Vlpia. quó probat quod ſi ſeruus fuerit prætor, qui ab omnib. habebatur liber, quæ ab eo geſta erunt, rata habenda eſſe. Nam olim quo tempore populus Romanus in comitiis centuriales prætores creabat, Barbarius Philippus prætor creatus fuit, qui ſeruus erat, ſed ab omnib. liber. putabatur, & humaniore ratione receptum eſt. nihil eorum, quæ in prætura ſtatuit, reprobari. Atque venia dignus eſt maiori vnius Imperatoris error, quam populi totius propter [Greek].

Poteſtas prætoris qualis.

IN TIT. XV. DE OFFICIO PRAEFECTI VIGILVM.

SCRIBIT Suetonius, Auguſtum aduerſus incendia excubias nocturnas, vigileſque commentum fuiſſe: quod maxime conuenit his: quæ à Paulo noſtro, & Vlpiano ſcribuntur in l.1.2. & 3. hic. Conſtituit Paulus, inquit l.3. hic oportunis locis Tribunos, vel (vt Dion ait) [Greek], quibus præeſſet Præfectus vigilum. Hic tamen ab initio magiſtratus non erat, ſed extra ordinem conſtituebatur. l.2. ſupra de origine iu. Eius poteſtas, & iuriſdictio copioſe ſatis hic deſcribitur in l.3. & 4. item l.1. C.eo. Medij hic ordinis eſt & ſpectabilis. l.3. hic. Multa autem de his vigilib. innouauit Iuſtinianus noua conſtitutione ſua 13. [Greek]. Notandum eſt autem quod hodie qui excubiis præeſt nocturnis, nullam habet iuriſdictionem, ſed prehenſionem tantum, qualis eſt eques, qui nocturnis excubiis & vigilib. præeſt. Ludo. 12. Conſtitutione Capitanei & domini ciuitatum excubias curant, & certa vectigalia eo exigunt nomine: de prehenſis verò & in carcerem coniectis præfecti vrbium, ceteríque magiſtratus pro ſua cognoſcunt iuriſdictione, regiis legibus illis attributa.

b

Digitized by Google

IN TIT. XVI. DE OFFICIO PROCONSVLIS ET LEGATI.

CAP. I.

MAGISTRATVVM, qui prouincias regunt, nomina olim fuerunt varia, proconſ. prætor. vicarius, præfectus, magiſter militum, dux, comes, conſularis, corrector, præſes: quæ omnia ab auctore Notitię populi Romani enumerantur & fuſius explicantur, ſicut apud nos alij dicuntur ſeneſchalli, alij balliui. Et horum quidam erant ciuiles, alij vero militares. C. vt omn. iud. Conſonantea his eſt prouinciarum diuiſio apud Strabonem in extremo lib. 17. & apud Capitolinum in Marco Antonino. Præſidales autem prouinciæ inferiores erant ceteris, vt oſtendit Vopiſcus in Probo, his verbis: Permiſit ſenatui vt ius prætorium Præſidibus daret. Huc pertinet, quod Iuſtinianus pleraſque prouincias ex pręſidalib. prętorias, aut proconſulares effecit: & militarem poteſtatem cum ciuili coniūxit. Nouel. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. Erat enim proconſulis maior dignatio, & auctoritas, vt apparet ex eiuſdem Iuſtiniani No. 30. de proconſule Cappadociæ. Quamobrem ius proconſulare accipiebant ſæpe Imperatores ipſi, vt auctores ſunt Capitolinus in Pertinace, & in Marco, Lampridius in Alexand. Hodie medij ſunt, & ſpectabiles. l. pręcipimus. C. de appel. l. eos. C. de mo. mal. Proconſul autem dictus eſt quod conſularē habeat poteſtatem, & pro Conſule prouinciam adminiſtret.

Quanta proconſulis dignitas.

CAP. II.

Quod ſit officium Proconſulis, & quæ eius poteſtas.

ANte ingreſſum prouinciæ vti poteſt inſignibus proconſularibus: nempe faſcibus, vehiculo argenteo & ceteris id genus. l. 1. & vlt. hic Nou. 30 ſed iuriſdictionem non exercet, niſi voluntariam. l. 1. 2. 3. Edictum mittere debet de ſuo aduentu, ante quam ingrediatur, atque interdum mandare iuriſdictionem ſuam. l. 4. & 5. hic. Prudenter hoc dictum eſt ab Vlpiano. ex his enim quæ recepta ſunt, nihil eſt facile mutandum l. in nonis. de Conſtit. prin. In ingreſſu ipſo veterem morem, ac conſuetudinem ingrediendi ſeruare debet. leg. 4. hic. Poſt ingreſſum recipitur hoſpitio, ſed ita, ne oneret prouinciam: deinde mandat iuriſdictionem legato ſuo d. l. 4. tametſi eam mandare non cogatur. l. ſolet. hic. Exercet iuriſdic. ſimul cum legato, cui eam mandauit. Nec iuriſdictionem tantum, aut imperium mixtum cum iuriſdictione, ſed etiam merum imperium, id eſt, poteſtatem gladij: quam tamen poteſtatem non mandat legato ſuo, niſi extra ordinem, cum videlicet neceſſitas aliqua id exigit. d. leg. ſolet. hic l. nemo poteſt. infra de regul. iur. In ſumma omnium Romæ magiſtratuum partibus fungitur. l. ſi in aliquam. §. vlt. & l. ſeq. hic. Ac de officio eius in cognitione multa ſcribit Vlpia. in l. nec quicquam. hic, quæ lectionem tantum deſiderant. Circa extra iudicialia verſatur aliquando eius officium: nam & operum publicorum curam habet. d. l. ſi in aliquam. & rei militaris. l. obſeruare. d. l. ſi in aliquam. hic. A muneribus autem abſtinere debet: quamuis xenia ei accipere liceat. l. ſolet. hic. l. 6. & 7. infra ad l. Iul. repet. C. de contra. iud. Ceterum inferiorib. magiſtratibus & præſertim iudicibus qui publica habent ſalaria, non licet à priuatis munuſcula accipere, nec eſculenta quidem aut potulenta. §. pe. vt iud. ſine quoquo ſuffra. vnde Cic. in Verrem ait: Omnium rerum turpiſſimum maximéque nefarium eſt, ob rem iudicatam pecuniam accipere, pretio habere addictam fidem ac religionem. Ac ſi vxor cum eo proficiſcatur in prouinciam, eius factum præſtare debet. l. obſeruare. hic. vt Senatuſconſulto cautum eſt, cuius meminit Taci. lib. 3. & 4. Quæ præſidum omnium cōmunia ſunt, ab his debent obſeruari. l. nec quicquam. §. vlt. hic. Si quis plura videre cupiat de huius magiſtratus officio, & poteſtate videat Cicero. in epiſt. ad Q. fratr. & Iuſtiniani Nouel. 17. de manda. prin. poteſtas huius magiſtratus finitur aduentu ſucceſſoris in prouinciā. l. meminiſſe. l. vlt. hic.

Officium proconſulis circa extraiudicialia.

CAP. III.

De officio legati.

LEgati Proconſulis nihil habent proprium, ſed mandatam ſibi iuriſdictionem exercent leg. legati. 13. hic. leg. 1. §. qui mandatam. infra de offic. eius. Mandata ſibi iuriſdictione, iudices dandi ius habent. l. legatus. hic. nam iuriſdictio conſiſtit in iudicis dandi licentia. l. imperium, infra de iuriſdict. Tutoris etiam dandi ius habent. l. pen. hic. quia hoc ſpecialiter eis conceſſum eſt. l. 1. infra de tut. & cur. Apud eos fiunt manumiſſiones. l. apud proconſulem. infra de man. vind. licet ante ingreſſum prouinciæ id eis permiſſum non ſit. l. 2. hic. Sic conciliari poteſt antinomia quæ tacite in textum irrepſit, quando dicitur à Iureconſulto apud legatum proconſulis neminem manumittere poſſe. Cuſtodias audiunt, &, ſi res grauiorem animaduerſionem requirat, ad proconſulem remittunt. l. ſi quid erit. hic. l. 1. C. e. quoties de iure ambigunt. Proconſulem, non principem, conſulunt. l. ſolet. hic. Proconſul autem principem ipſum conſulere debet. Hinc tot reſcripta imperatorum ad proconſules promanarunt, quibus Imperatores ipſis proconſulibus eos ſuper aliqua iuris dubitatione conſulentibus reſpondent. Cetera cognoſci poterunt ex tit. de offi. eius cui mand. eſt iuriſdictio.

IN TIT. XVII. DE OFFICIO PRÆFECTI AVGVSTALIS.

POST Actiacum bellum victis Antonio & Cleopatra, Auguſtus Præfectum conſtituit in Ægypto, qui ideo Auguſtalis dictus eſt, vt ait Strabo lib. 17. quia is primum Ægyptum in prouinciam redegit, & à ceteris prouinciis ſeparauit, propriámque ſibi ſeruauit. Conſtituendi eius cauſam commemorat Tac. lib. 1. qui ait, vates quoſdam prædixiſſe tunc demum liberam fore Ægyptum, cum faſces Romanorum in eam deferrentur. qua ſuperſtitione moti noluerunt eam prouinciam proconſularem facere. Quamuis autem hic inter Præfectos prætorio numeraretur: tamen minoris auctoritatis, ac dignationis eſt, quam ceteri. l. 1. & 2. C. e. & ſpectabilis tantum dicitur. l. 1. C. de priua. car. l. quinque ſummates. C. de decu. Hic ex appellatione cognoſcit. Nouell. 23. eique ſubſunt hæ prouinciæ, Libya ſuperior, Libya inferior, Thebais, Ægyptus, Arcadia, Auguſtanica. Deponit imperium aduentu ſucceſſoris in metropolim Ægypti Alexandriam, vt hic dicitur.

IN TIT. XVIII. DE OFFICIO PRÆSIDIS.

PRÆSIDIS appellatio generalis eſt, & ſpecialis, l. 1. hic. Nam appellatione Præſidis generaliter continentur, proconſul, legatus Cæſaris, corrector, conſularis, & omnes alij, qui prouincias regunt. C. vt omnes iud. tam ciui. quam crimi. Specialiter autem præſides dicuntur, qui cum præſidatus titulo in prouincias mittuntur: qui titulus ceteris inferior erat, vt ante diximus. Proconſulis maior dignitas, auctoritatéſque erat, cum ad prouincias proconſulares regendas ſenatores tantum, ac cōſulares mitterētur. l. 1. hic. Nā proconſul ſpectabilis eſt, ceteri fere prouinciarū rectores clariſſimi ſunt, excepto præſide Dalmatiæ, qui perfectiſſimus dicitur. Præſes autē prouinciæ maius imperiū omnib. habet in prouincia poſt principem. l. 4. hic. Ceterum

equites, quamuis nullo functi ſint magiſtratu, vt à plebeis ſeparentur. Tametſi autem hi tituli magiſtratuum fere acceſſiones erant: non inficior tamen principes his dignitatibus, quos vellent, arbitrio ſuo ornaſſe. Ammianus Marce. lib. 12. Nec ſub eo quiſquam cum clariſſimatu prouectus eſt: erant enim perfectiſſimi. Nam & plerique illuſtratum vacantem, id eſt, ſine adminiſtratione, & quaſdam huiuſmodi alias dignitates à principe conſequebantur, quo honoratiores eſſent, vt ſcire licet ex formulis Caſſiodori, & l. 2. C. vt dign. ord. ſer. Quæri ſolet, an ſupra illuſtrem dignitatem aliqua reperiatur? Et exiſtimo nullum fuiſſe magiſtratum, cui amplior titulus adiiceretur ornamenti cauſſa, quam illuſtris. Conſulibus tamen, & patriciis, propter ſummam eorum dignitatem, nullus huiuſmodi titulus attribuebatur, qualem ceteris magiſtratibus attribui dicimus: vt apparet ex leg. 1. & l. 3. C. de conſ. Atque ideo ſupra illuſtres eſſe dicuntur in §. in ſumma. Inſtit. de iniur. l. eos. C. de vſur. l. ſi quando. C. de appel. Digniores enim & ampliores erant, quam vt hæc ad ſcititia ornamenta deſiderarent. Sed cur conſularem dignitatem clariſſimatum interpretantur iuris noſtri auctores. l. 2. C. de domeſt. l. 1. C. de præp. ſab. cum (vt diximus) conſul nullum talem habuerit titulum? Et arbitror non de conſule hoc accipiendum eſſe, ſed de conſulari potius, qui inter moderatores prouinciarum erat: vt conſularis Palæſtinæ, de quo ante diximus. C. vt omnes iud. tam ciu. quam mili. Nam & huius conſularitatis formula apud Caſſiodorum legitur lib. 6. His ita explicatis, haud quaquam difficile eſt intelligere, quo ſenſu illud accipiendum ſit, Senatores eſſe, qui à patriciis, & Conſulibus vſque ad omnes illuſtres viros deſcendunt in l. vltim. hic. Quæ verba videntur non Vlpiani eſſe, ſed eorum, qui Pandectas compoſuerunt, vt Haloander credidit. Eſt igitur eorum verborum ſenſus: Senatores non tantum eos accipiendos eſſe, qui in Senatum lecti ſunt, ſed etiã Patricios, & conſules: item præfectos prætorio, & alios, qui inter illuſtres habentur. Nam illuſtres depoſita adminiſtratione ius ſententiæ dicendæ in Senatu habebant, & idcirco dicebantur ſenatorij ordinis eſſe. l. 4. C. vbi ſena. vel cla. l. vlt. C. de præp. ſac. cub. Quinimo & vacantes, id eſt, qui honoribus imaginariis & magiſtratibus functi erant, & ſine vlla functione à principe creati, idem ius plerunque habuerunt vt intelligitur ex Nouel. 69. tit. de decurionibus.

Cap. II.

Quæ Senatorum propria ſunt.

I. Dignatio & amplitudo huius ordinis iam ſatis nota eſt ex iam dictis. Vnde non immerito dicitur ordo Senatorum ampliſſimus paſſim in iure. l. 2. infra ad Velleian. Et princeps ipſe teſtatur ſe ordinis ſenatorij eſſe. l. ius ſenatorum. C. de dig. l. quiſquis. C. ad l. Iuliam mai. Non omnes tamen eiuſdem gradus, dignitatiſque ſunt qui in ſenatorium ordinem aſcribuntur. Sunt enim conſulares, præfectorij, & ſimiles. l. ſpadonem. infra de exc. tuto. Quare mirum videri non debet, quod ſenatores plerunque illuſtres eſſe dicantur. l. vlti. C. de tut. ill. perſ. l. 3. C. de ſilen. quamuis clariſſimi tantum ſint, qui nihil aliud quam ſenatores ſunt.

Senatorū poteſtas. II. Poteſtas ſenatorum late patet, non tantum propter iudicia, quæ exercent, l. 1. à quib. appel. infr. ſed etiã quia reſtituunt famæ. l. 1. §. 8. infra. de poſtulan. & ius faciunt: l. non ambigitur. ſupra de legibus. & eam iudicandi poteſtatem habent, vt ab iis appellari non poſſit, & omnes prouocationes à quocunque iudice à ſenatu recipiuntur.

III. Immunitatem habent maximam, & priuilegia, de quib. pleraque extant ſub tit. C. de digni.

IV. Dignitas eorum pertinet ad fœminas. l. 1. l. fœminæ, l. mixtæ, hic, l. 1. iuncta l. mulier. C. de dignit. Animaduertendum eſt quod hoc caput ſumptum eſt ex tit. de cenſib. in quo I. C. tractat plerasq; quæſtiones, maxime de immunitatibus. Hinc quæſtio hæc naſcitur de fœmina conſulari, quæ conſulari nupſit. Cum quæritur de prælatione in dignitate eadem, vir & mulier pares ſunt, ſed in virili ſexu maior eſt dignitas. Quod ſi maior in muliere dignitas fuerit, reſpondet I. C. nihil officere: & hoc prodeſt quando dicitur habendam eſſe rationem eius qui maioris eſt dignitatis. vide leg. reſcriptum. & leg. iuriſgentium. § vlt. de pactis. Sciendum eſt maiorem eſſe in ſexu virili dignitatẽ. Quæ quidem omnia tractata ſunt ab Vlpiano ſub illo exemplo, vbi differit, de iis quæ in fraudem creditorũ ſunt alienata.

V. Dignitas ſenatorum ad filios eorum, liberoſque pertinet d. l. fœminæ, hic. Ac prohibentur filij ſenatorũ non minus quam ſenatores ipſi libertinas vxores ducere. l. lege. infra de ritu nup. Atque hinc multæ naſcuntur quæſtiones de ſenatorum filiis l. 5. 6. 7. 9. 10. ſpecieſque multæ proponuntur, in quibus quæritur, qui ſenatorum filij habẽdi ſint. Vnam hic tractare nobis viſum eſt, cæteris omiſſis, quæ non adeo difficilem explicationẽ habẽt. Quæſtio eſt, an filius ſenatoris dicatur, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatẽ. l. 5. hic. Oritur autẽ quæſtio ex ambiguo, quoties lege illud expreſſum non eſt, quod tamen aliquando accidit. vt l. cum aduocatio. C. de aduoca. diuer. iud. l. vltim. C. de dec. l. vltim. C. de his qui ſpon. mu. pu. Et exiſtimo benigniorem interpretationem accipiendam eſſe, vt filius ſenatoris etiam is dicatur, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatem. l. moris. §. ſed verum. infra de pœnis. l. 2. §. ii. filius. infra de dec. Sic filia honeſtæ mulieris, nõ ſcenicæ, habetur, quæ tempore natiuitatis ſcenicam matrem habuit, ſi mater poſt natiuitatem filiæ ſcenica eſſe deſierit. l. imperialis. §. his illud. C. de nupt. Obiicitur nobis Conſtantini reſcriptũ, cuius hæc verba ſunt ſub titu. de digni. l. ſi ſenator, ſubobſcura propter hyperbatũ: Si ſenator vel alius clariſſimus priuatos habeat filios, quippe editos antequã ſuſciperet dignitatẽ (quod non ſolũ circa maſculos dignoſcitur cõſtitutũ, verum etiã circa filias ſimili conditione ſeruandũ (cũ autem paternos honores inuidere filius non oporteat) à ſenatore, vel ſolo clariſſimo ſuſceptum, in clariſſimatus ſciendum eſt dignitate manſurum. Verum hoc reſcriptũ, ſi recte intelligatur, maxime conſentaneum eſt noſtræ ſentẽtiæ. Vult enim Conſtãtinus, ſi ſenator priuatos ſuſceperit filios, nẽpe editos ante ſenatoriam dignitatẽ, quamuis nõ videatur clariſſimi eſſe, tamẽ quia durum eſt paternos honores filiis inuidere, benigniore interpretatione inter clariſſimos referri. Parentheſis autẽ oſtẽdit hoc ius non ad maſculos tantum, ſed etiam ad filias pertinere. Qui aliter interpretati ſunt hoc reſcriptum, non animaduerterunt conſtructionem, & formam orationis cœptæ nonnunquam immutari poſt parentheſin. Quod frequentiſſimum eſt apud auctores tum Græcos, tum Latinos, vt annotauit Budæus noſter in commen. Græcæ linguæ. Hic occurrit difficilis antinomia. à D. Marco conſtitutum eſt, ne liberi eminentiſſimorum quæſtioni ſubiicerentur. Hoc tamen priuilegio vtitur nepos ſi filius nulla fuerit aſperſus infamia, nam tunc filius impedit ne priuilegium tranſeat ad nepotem. Contra tamen hic ſit Vlpia. dignitatem potius prodeſſe debere nepoti, quam caſum patris debere ei nocere: ſed eſt diuerſa ratio, ergo diuerſum ius eſt ſtatuendum. Non enim homines facile quæſtioni ſunt ſubiiciendi propter violati pudoris maculam, turpẽmque labem, quam Fulgoſius infamiam interpretatur.

VI. Senatores perpetui ſunt, & ἀδιάδοχοι, non vt magiſtratus temporarij. Mouentur tamẽ ordine, ſi iuſta id cauſa ſuadeat. l. 2. 3. 4 hic. Nec ideo capite minuuntur, quia dignitas motatur, nõ ſtatus. §. quibus. Inſt. de cap.

mi.Nec prohibentur in vrbe morari: quamuis militibus ignominia miſſis id prohibitum ſit. l.2.§. miles.infra de his qui not.infra l.ſed & milites.§.ignominia.infra de excuſat.tuto.

VII. Domicilium non mutat ſenator,ſi forte in municipio aliquo domicilium habeat. l. penul. hic. nam domicilium re & facto transfertur.l.domicilium.infra ad municipalem An autem municeps eſſe deſinat,alterius loci eſt quæſt.l.filij.l.municeps.inf.ad municip

VIII. Inter priuilegia ſenatorum vnum habendum eſt ex leg. ſed & ſi ſuſcepit.inf.de iudi. iuncta l. fœminæ.hic.vide l.patronus.infra de legat.3.

IN TIT. X. DE OFFICIO CONSVLIS.

SCRIBIT Pomponius in l. 2. ſup. de orig. iu. exactis regib. Conſules duos conſtitutos fuiſſe, penes quos ſummum ius erat. Ac de his loquens Cicero in legibus ſuis, Regio, inquit,imperio duo ſunto Fuit ergo ſummus magiſtratus quondam Romę. Ac tẽpore etiam Iuſtiniani ſummæ dignationis fuit: quamuis poteſtas eius multum imminuta eſſet. Dignationem, & magnificentiam oſtendunt proceſſus, & inſignia, quæ deſcribuntur à Iuſtiniano Nouel 105.ti.de Conſ. præterea quæ leguntur apud Caſſiodorum lib. 6. Var. Officium eius ita hic deſcribitur,quaſi in ſeruorum manumiſſione tãtum conſiſtat. Sed ex aliis locis quædam alia colliguntur ad ius officium pertinentia. Nam imperium habere dicitur à iuris noſtri auctoribus. l. apud. inf.de manumiſ.vind.l. 3 & 4.inf.de arbitr.l 2.inf.de in ius vocan ſicut & olim habuit.leg 2.ſupra de orig.iur. Præterea ius dicere cum obſeruauimus. l. quidam conſulebant infra de re iudi. Et expreſſim alicubi eſt, cum de fideicommiſſis cognouiſſe. vt l. Celſus. infra de lega. 2.l.3 infra de alim. lega.§.1. Inſti. tit.de fideicom. Fab. lib.3.c.7.Item & de quibuſdam aliis cauſis,vt hi loci indicant. l. tutores. de admin. tut. l. 1. infra de appel. l.ſi cui libertas. infra de cond.& demon.Circa ſeruorum manumiſſionem quędam hic tractãtur non valde obſcura excepto eo, quod de Conſule minore viginti annis dicitur. Id enim cum alio eiuſdem Vlpiani loco pugnare videtur in l. ſi rogatus,infra de manumiſ.vindi. Verum id ita accipiendum eſt, Conſulem ,qui minor eſt viginti annis, ita demum apud ſe manumittere poſſe.ſi cauſa apud collegam probata ſit. Nam eum manumittere nõ poſſit propter ætatis infirmitatem, vt ab eo facta manumiſſio valeat, requiritur cauſæ cognitio apud collegam.

IN TIT. XI. DE OFFICIO PRAEFECTI PRAETORIO.

CAP. I.

Prætoria quid.

PRAETORIA olim dicebantur loca, in quib.habitabant,aut ius reddebant Prętores. Nouel.24.de præſ. Piſid. Hic autem prætorium pro domo principis, & aula accipi videtur: & præfectus prætorio dici, qui cohortib. aulæ præeſt.vide Sueton.in Cali ἔπαρχος τῶν δορυφόρων dicitur à Dione: ab aliis ἔπαρχος αὐλῆς. Huius magiſtratus originem docet Arcadius noſter,hic,& Pomponius ſupra de orig.iur. Sed paulatim creuit eius auctoritas, & dignatio,adeo vt inter illuſtres nunc habeatur. Et poteſtate nulla dignitas huic æqualis eſt,auctore Caſſioduro.

CAP. II.

Varia Præfectorum prætorio genera.

PRæfectus prætorio vnus fuit in aula, & comitatu principis.l.præcipimus.C. de appel. Fuit & præfectus prætorio per Orientem, cuius eius etiam meminit auctor notitiæ Romani Imperij. C. de officio præfecti prætorio. Hic diœceſes quinque habebat, Orientem, Ægyptum, Aſianam, Ponticam, Thraciam:& harum diœceſeon quælibet certas habebat ſub ſe prouincias. Nam Orientis prouinciæ quindecim numerabantur, Ægypti ſex, Aſianæ decem, Ponticæ decem, Thraciæ ſex.Fit etiam mentio præfecti prætorio per Illyricum. C.eod.titul.& tit de offi.præf.præt Afric.Huius diœceſes fuerunt duæ,Macedonia, & Dacia. Sub Macedonia quinque prouinciæ numerantur. Sub Dacia ſex.Meminit quoque Iuſtinianus præfecti prætorio Africæ C.de offic.præf. præt Afri. quem conſtituit poſt deuictam Africam,& à VVandalis ereptam,vt ipſe teſtatur. Africam hic accipimus, non tertiam partem orbis terrarum,ſed minorem Africam,cuius caput erat Carthago, vt ex conſtitutione Iuſtiniani,quæ de officio huius præfecti eſt,apparet. Apud eundem auctorem notitiæ Romani imperij commemorantur & alij præfecti in imperio occidentali: velut præf. præt. Italiæ. præfectus prætorio Galliæ.

CAP. III.

De poteſtate Præfectorum.

NVlla dignitas poteſtati huic ęqualis eſt,vt iã diximus.Nã ſupremi iudices ſunt,& de appellationibus cognoſcũt.d l.præcipimus. C.de appellatio.nec ab eorũ ſententia appellatur,vt hic dicitur.Admittitur tamẽ aduerſus ſentẽtiã eorũ ſupplicatio, C.de ſent.pręf. præt.l.ſi quis C.de precib.imp. offer. No.119. vt ſpon. larg. quæ in Gallia dicitur *requeſte ciuile*, & ſæpe in foro locum habet,vt & nõnũquam aliud remediũ quod noſtrates Galli vocant *propoſition d'erreur*. Reſtituitur etiã minor aduerſus ſententiam præfectorũ pętorio: ſed ab ipſis tãtũ,nõ etiã ab aliis magiſtratib.vt hic & l.præfecti.infr.de min.Pręterea publicæ diſciplinæ emendatio ipſis cõmittitur,vt hic Arcadius ait.Itaque in iudices etiã inferiores animaduertunt.l.3.C.eod. Deniq; pręfectus prætorio ius cõſtituit perpetuũ, modo nihil legib. contrariũ ſtatuat.l.2.C.eo. Quare poteſtatẽ principi proximam,& propè æqualẽ habet.Libellus tamen ei datus litis cõteſtationẽ nõ facit.l.1. C.eod.ſicut libellus principi datus.l.1.C.quando li.pr.da.lit.cõteſt.fac.Solet autẽ quæri,cui noſtrorũ magiſtratuũ cõparari poſſit. & puto nullum eſſe ſimilem, faciléque aſſentior dicentib.reges ſimiles eſſe pręfectis pretorio,qui ſe Imperatori ſubditos fatebantur.Hi autem præfecti pretorio ſuos vicarios in prouinciis habebant,qui illorum vice fungerentur.

IN TIT. XII. DE OFFICIO PRAEFECTI VRBI.

OLIM cum in Republica non erant magiſtratus, ſed proficiſcebantur militiam forte, aut in prouincias earum regendarum cauſa, conſtituebatur Præfectus vrbi, qui ius diceret in vrbe, vt auctores ſunt Pomponius l. 2. § 17. de orig. iur.& Taci.l.3.Suetonius ſcribit Iulium Cæſarem Præfectos pro Prætoribus cõſtituiſſe, qui præſente ſe res vrbanas adminiſtrarent.Hinc cuſtos vrbis à quibuſdam dicitur, veluti à Iuuenale Satyr. 13. & Seneca epiſt. lib. 12.epiſt. 84.vbi L.Piſonem vocat vrbis cuſtodem,& eodẽ in loco,Officiũ inquit, quo tutela vrbis cõtinebatur,diligẽtiſſimè adminiſtrauit. Nã & de huius Piſonis præfectura meminit Tacit. li.5.inter illuſtres autem numeratur præfectus vrbi.l.quicquid. C. de aduo. diuer. iud & dignitate par dicitur eſſe Præf pręt.l.1.C.de pręf.pręt.lib. 12.& magiſtratuũ vrbis maximus.l.3.C.eo.tit.Eſt.n.prętore maior, quãuis olim inferior eſſet,vt videre eſt ex Gellij lib.14.ca.7. Sed & criminũ omniũ cognitio,quæ intra

Quæ ſit dignitas præfecti vrbi.

Poteſtas eius & imperium.

cunque loco emancipari filius poſſe dicitur l. emancipari. hic. §. ſerui. Inſtit. de libertat. l. apud proconſulem. 17. infra de manum. vindi. & leg. 2 de offic. proconſ. & quia Comes Palatinus poteſt filios legitimare, an & ſuos filios naturales poſſit legitimare quæritur? Quod poſſe videtur, cum ſimilis ſpecies ſit, eademque ratio vtilitatis id ſuadeat. Alia quæſtio eſt de tabellione qui conficit inſtrumenta de re ſua, cùm ratio longe alia, longéque diuerſa videatur, itaque inſtrumenta de re ſua conficere non poteſt, quia tabellio eſt veluti teſtis loco, at nemo idoneus eſt in ſua cauſa teſtis. l. omnibus. l. nulla. de teſtib. Præterea conſenſus neceſſarius eſt, & præſentia tam patris quàm filij. l. iubemus. Cod. eod. Huc pertinet Nouella. 74. titu. quib. mod. nat. effic. ſui. §. generaliter. quod ſi forte abſens ſit filius, non aliter quàm reſcripto principis emancipari poteſt, quo caſu conſentire quidem filium oportet, ſed quocunque tempore, & apud quemcunque iudicem poterit conſentire. dict. l. iubemus. & §. præterea. Inſtit. quibus mod. ius pat. pot. ſol. nulla cauſæ cognitio neceſſaria eſt, ſed conſenſus parentis ac filij ſufficit. leg. 3. C. eod. ſcriptura hic non tam conſideratur quam veritas. l. 2. C. eod. Antiqua ſolennitas ſublata eſt l. vlt. C. eod. tit. quam deſcribunt Caius & Theophilus in Inſtit. lib. 2. tit. quib. mod. lib. exeant de pot. par. eiúſque ſolennitatis ratio & origo ex legib. 12. tab. ex Vlpiano in Inſtit. tit. tit. 10. qui in poteſtate mancipióve ſunt. & ex Dionyſio lib. 2. cognoſci poteſt, ex quo apparet cur emancipatio inter legis actiones ſeu legitimos actus referatur. Nouell. 81. conſtit. quæ de dignit. l. actus legitimi. infra de reg. iur. ex iam dictis conſequitur liberum eſſe patri emancipare filium, nec ad id cogi poſſe l. liberum. & l. non poteſt. hic. l. nec auus. C. eo & §. vlt. Inſt. eo. præterquam incertis caſibus exceptis, qui extant in l. nonnunquam. hic. l. 3. §. ſi quis minor. de minoribus. l. ſi cui legatum. 3. de condit. & demon. l. vlt. ſi à pat. quis manum. fuerit. l. ſi leones. C. de epiſc. audient.

Cap. XIIII.

De effectu emancipationis.

PRæcipuus emancipationis effectus is eſt, quod ſui iuris efficitur filius emancipatus, cum liberatur patris poteſtate. §. 1. Inſtit. quib. mod. ius pat. pot. ſol. & l. 1. ſi à par. quis man. fuer. Quod adeo verum eſt, vt filius poſtea inuitus redigi nequeat in patris poteſtatem. l. vlt. de iis qui ſunt ſui vel alien. iuris. Adde quod ſi pater emãcipauerit filium non iure nec ſolenniter, tamen aduerſus factum ſuum controuerſiam mouere prohibetur. l. Poſt mortem, hic. Tametſi alius talem emancipationem impugnare poſſit. l. Ab ea parte. de probat. Verum ob ingratitudinem filius emancipatus in poteſtatem patris reuocatur. Huc pertinet tit. C. de ingra lib. Hæc de prima & ſecunda parte huius tituli dicta ſufficiant: reſtat vt quædam de tertio parte rubricæ dicamus.

Pœna ingratitudinis.

Cap. XV.

De aliis modis quibus patria poteſtas ſoluitur.

SVnt & alij modi quibus patria poteſtas ſoluitur, veluti mors patris aut aui. §. 1. Inſtit. quib. mod. ius pat. pot. ſol. Item ſi filius patritiatus dignitatem ab Imperatore conſecutus ſit. §. filiusfa. eo. tit. nepos tamen recidit in poteſtatem patris mortuo auo, ſi pater ſuperuixerit, & in aui familia manſerit. Si vero pater fuerit emancipatus ab auo, nepos non reuertitur in poteſtatem patris, quamuis poſtea forte adoptatus pater ſit ab auo, quia per adoptionem, quaſi quiuis extraneus poteſtati adoptantis ſubiicitur. d. §. 1. quib. mod. ius pat. pot. ſol. l. Si pater filiũ. hîc. cetera hic omittimus, quia in Inſtitutionibus Iuſtiniani extant, nec vllam requirunt explicationem, cum per ſe ſatis ſint & perſpicua & facilia.

IN TIT. VIII. LIB. I. PANDECT.

Cap. I.

De rerum diuiſione & qualitate.

OMNE ius pertinet vel ad perſonas, vel ad res vel ad actiones, vt ſupra dictum eſt l. 1. de ſtat. hom. itaque poſt tractationem de perſonis ſubiiciuntur diuiſiones quædam rerum.

Prima diuiſio.

Quædam res ſunt diuini iuris, aliæ ſunt iuris humani. l. 1. Hæc diuiſio comprehendetur ſub diuiſione ſecunda, vbi explicabitur.

Secunda diuiſio.

Quædam res communes ſunt, aliæ ſunt publicæ, aliæ vniuerſitatis, aliæ nullius, aliæ ſingulorum. l. 2 hic, & Inſtit. de rer. diuiſ. Communia ſunt omniũ iure naturali, aer, aqua perfluens, mare &c. d. l. 2. & 3. diſtinctis enim rerum dominiis hæ res manſerunt in cõmunione, partim quia non poterant diuidi, partim quia non expediebat. Mare igitur natura omnibus patet. l. venditor. commun. præd. Proinde piſcari cuiuis licet in mari. l. 4. & 5. adeo vt prohibens piſcari, actione iniuriarum teneatur. l. iniuriarum. inf. de iniuriis. Itẽ ædificare quoque in mari permittitur. l. pen. hic. l. 1 §. quod ſi quis. de no. ope. nuntiat. litorum quoque maris vſus communis eſt, proprius vero nullius. d. l. 2. hic. §. litorum. Inſtitut. de rer. diuiſ. & l. litora. de contrah. empt. Quod ergo in litore ædificamus, noſtrum eſt. l. quod in litore. l. quamuis, de acquiren. rer. dom. quod autem dicitur litora eſſe communia, non publica, ſic accipiendum non eſt, quaſi de iis ſtatuere non poſſit populus quod è republica eſſe videtur. Nam & Prętoris edictum adhibendum eſſe interdum dicitur. d. l. quamuis hic. Quare litora in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani eſſe nõ male dicimus. Sed animaduertendum eſt, cũ dicimus, neminem prohiberi in litore ędificare, non id eò pertinere, vt is qui ædificauit, dominus eius loci in perpetuum ſit, vt dominium eius loci in perpetuũ ſibi acquirere poſſit, ſed tantum quamdiu ædificium manet: leg. in tantum, in princ. hic. nam diruto ædificio locus priſtinæ reſtituitur libertati. Publica quædam ſunt, id eſt, populi Romani. leg. bona ciuitatis. de verborum ſignificatio. veluti flumina, portus &c. l. 4. hic. & Inſt. eo. tit. §. flumina. Riparum vſus publicus eſt, ſed proprietas eorum eſt quorum prædiis adhærent. l. 5. & §. Riparum. Inſtit. eod. flumina igitur & ripæ fluminum non ſunt occupantium, ſicut mare & litora maris. dicuntur tamẽ alibi flumina publica iuris gentium eſſe. l. adeo. de acquiren. rer. dom. aut populi Romani, aut alterius gentis, per cuius terram & regionem decurrunt. Sed an hic vſucapio locum habeat, & an res publicæ vſucapi poſſint, quæſtio eſt alterius loci: pertinet enim ad titulum de vſucapio. & l. ſi quiſquam. de diuerſ. & tempor. præſcript. Vniuerſitatis ſunt res cuiuſque ciuitatis, municipij, collegij, corporis: d. l. in tãtũ. & §. vniuerſitatis. Inſtit. eod. tit. quæ n. ciuitatis ſunt, nõ recte dicuntur ſingulorum ciuiũ eſſe, nec earum rerũ nomine tanquam communium iudicium datur communi diuiduodo.

Nullius autẽ ſunt res ſacræ, religioſæ, ſanctæ, quia in nullius ſunt patrimonio, ſunt cõmercio hominũ exemptæ, d. l. in tantum, & §. nullius, Inſtit. eod. tit. ſic enim accipitur in hoc loco, tametſi res publicæ dicantur alibi in nullius bonis eſſe, quòd in ſingulorũ bonis nõ ſint ſed vniuerſitatis. l. 2. hic &c. Item res quæ iure naturali communes ſunt, occupanti conceduntur. l. 2. de acquiren. rer. dom. res ſacræ dicuntur quæ publicè conſecratę vel dedicatæ ſunt. l. in tantum. §. ſacræ. l. ſancimus. C. de ſacro. ſan. eccleſ. & Inſtit. de rer. diuiſio. §. ſacræ. Verum

terum hic obiter & per tranſennam notandum eſt tradi præcepta quædam, quæ ſeruare debet præſes in prouincia regenda: veluti ne prouinciales in vlteriorem familiaritatem admittat, & cetera id genus. Officium eius in his verſatur: In primis in iure reddendo, quod, quemadmodum facere debeat, Calliſtratus docet in l. obſeruandum. hic. Sed ius reddit tantum in homines prouinciæ ſuæ. l. 3. hic. Item ius non reddit ſuis. l. ſenatuſconſulto, hic. ſed in ſuos poteſt. l. 4. C. de offi. rect. prouin. Iuriſdictionem exercet voluntariam, & contentioſam. l. 2. hic. Dat iudicem, ſi ita ei viſum fuerit. l. ſæpe. & l. ſeq. hic. & l. placet. C. de pedan. iud. In facinoroſos animaduertit gladio, pœna metalli, & aliis huiuſmodi pœnis l. illicitas. §. qui vniuerſas. hic. In vincula conijcit non tantum nocentes, ſed etiam furioſos, qui aliter contineri non poſſunt. l. congruit. & l. diuus. hic. Non deportat in inſulam. l. 1. infra de leg. 3. l. inter pœnas. infr. de interd. & releg. In pœnis infligendis ſeuerius animaduertit, propter circumſtantiam aliquam: qua in re plerunque damni dati rationem habet. l. vlt. hic. Vltro conquirit facinoroſos interdum, vt quieta ſit, pacatáque prouincia. leg. congruit hic. Curare debet, vt omnis fraus, ſimulatio, iniuria, & vis prohibeatur. l. illicitas. hic. Ædificiorum refectio ad ipſius curam pertinet. l. 7. hic. Mulctã dicit, eámq; remittit interdum propter inopiam. l. illicitas. §. vlt. hic. l. eos. C. de mod. mul. l. aliud. inf. de verb. ſign. Omnium igitur magiſtratuum, qui Romæ ſunt, partibus fungitur leg. ex omnibus. & l. ſeq. hic. Nec recuſari poteſt, cum nemo audeat tanto inijcere ſuſpicionem magiſtratui. Donum non capit. l. plebiſcito. hic. Fines prouinciæ non excedit. l. illud. hic. Finitur poteſtas eius aduẽtu ſucceſſoris. l. ſi forte hic. Abdicatione non amittit imperium. l. pen. hic. Finita poteſtate manet in prouincia quinquaginta dies. C. vt omnes iud. & Nou. 8. vt iud. ſine quoquo ſuffrag.

IN TIT. XIX. DE OFFICIO PROCVRATORIS CÆSARIS, vel Rationalis.

Procurat. Cæſar. nomina. PROCVRATOR Cæſaris dicitur, qui rerum principis priuatarum procurationem habet: quam procurationem primum ſub Seuero conſtitutam fuiſſe auctor eſt Spartianus. Idem & Rationalis dicitur in inſcriptione, ſicut & apud Capitol. & Lampridium in Alexandro, & in l. 2. C. de mo. mulct. noſtri autem Conſulti qui caſtius locuti ſunt, eum qui publicum fiſcum curaret, procuratorem Cæſaris, non rationalem dixerunt. Dicitur etiam curator Cæſaris. l. vlt. hic. & procurator priuatæ rationis. l. procurator. C. de eden. & rationalis rei priuatæ l. vlt. C. de aduo. fiſ. l. 4. C. de fund. rei pri. & præfectus fiſci. l. 2. infr. ne quid in loco pub. & [illegible] in Ægypto apud Strabonem lib. 17. Differt à comite rerum priuatarum, de quo extat titulus in C. nam ſub hoc comite erant rationales rerum priuata. baſtagmata priuata: nam βασταγμα fuit ferculum rebus fiſcalibus deportandis accommodatum. præpoſiti gregum & ſtabulorum procuratores ſaltuum. atque etiam ſub diſpoſitione illius Comitis erant ſacræ largitiones, apud auctorem notitiæ Romani imperij. Sed alia poteſtas acceſſit huic comiti, vt conſtat ex formula Caſſiodori lib. 6. Var. De hoc comite ſcribit Theodoricus lib. 3. Eccl. hiſt. c. 12. Eſt & alius comes, qui dicitur ſacrarũ largitionum, qui donis præſidet principis, & remunerationibus, auctore Caſſiodoro. l. palatinos C. de pal. ſac. lar. Sed aucta eſt eius poteſtas, & quædam alia ei attributa ſunt, vt Caſſiodorus o- *Eius offi- cium.* ſtendit. Hic autem rem gerit Cæſaris, ſicut alius quiuis procurator, tametſi quædam præcipua, ſpecialiáque habeat. l. 1. & 2. hic. Nempe quod Cæſaris nomine hæreditatem poſſit adire & colligere principis pecuniam ſiue ex hæreditate, ſiue ex delicto, ſiue aliunde debitam: iuriſdictionem nullam olim habuit, vt aperte oſtendit Dion. in Tiberio. Primus omnium Diuus Claudius iuriſdictionem ei dedit. Tacit. lib. 12. Eodem anno ſæpius audita vox principis, parem vim habendam rerum à procuratorib. ſuis iudicatarum, ac ſi ipſe ſtatuiſſet. Ac ne fortuito prolapſus videretur, Senatus quoque conſulto cautum plenius quam antea, & vberius fuit. Sueton. in Clau. Vt rata eſſent, quæ procuratores ſui in iudicando ſtatuerent, precario exegit. Rationales tam cito mutabat, vt nemo niſi annum compleret, eóſq; malum neceſſarium vocabat. Hodie iuriſdictionem habet inter fiſcum, & priuatos. l. nec quicquã. ſupra proxi. tit. l. 1. C. de iuriſd. l. procurator. C. de eden & tit. C. vbi cauſa fiſc. Pœnæ tamen conſtituendæ ius non habet. l. vlt. hic.

IN TIT. XX. DE OFFICIO IVRIDICI ALEXANDRIÆ.

STRABO lib. 17. ſcribit ſub præfecto Augustali, qui vicem principis obtinebat, fuiſſe [illegible], quem hic iuridicum dicimus, & penes hunc fuiſſe iuris dicendi poteſtatem. Spartianus in Seuero: Alexandrinis ius Buleutarum, id eſt, creandorum decurionum dedit qui ſine publico conſilio, ita vt ſub regibus, ante viuebant, vno iudice contenti, quem Cæſar dediſſet. Eius officium verſatur in iuriſdictione. itaq; poſſunt adoptiones apud eum fieri, quaſi legis actionem habeat. l. 1. hic. Tacitus lib. 12. Diuus Auguſtus apud equeſtres, qui Ægypto præſiderent, lege agi, decretáque eorum perinde haberi iuſſerat, ac ſi magiſtratus Romani conſtituiſſent. Datio tutoris ſpecialiter quoque huic permiſſa eſt. l. 2. hic. Item donationum inſinuatio, publicatióque apud hunc magiſtratum fit. l. 1. eo. tit. Et hunc Auguſtus præfecto Ægypti quaſi ſpeculatorẽ appoſuit. Erant præter ſupradictos magiſtratus Romę & in prouinciis alij magiſtratus, vt Duũuiri, ciuitatũ defenſores, ſicut Tribuni plebis Romæ. Et ita hi ſunt diſtinguendi magiſtratus. Tacitus lib. 12.

IN TIT. XXI. DE OFFICIO EIVS, CVI MANDATA eſt iuriſdictio.

De hoc dicemus infrà ſub titulo de iuriſdictione omnium iudicum.

IN TIT. XXII. DE OFFICIO ASSESSORVM.

SOLEBANT olim magiſtratus aſſeſſores quoſdam, & conſiliarios aſſumere, quorum in conſilio in reddendo iure vterentur. l. 1. C. eo. Quo munere functi ſunt aliquando Paulus, atque Vlpi. apud Papinianum Præfectum prætorio, vt auctor eſt Lampridius in Alexandro. Vide l. metum. §. ſed quod prætor infrà de eo quod met. cauſ. Verum ita demum magiſtratibus licet hos deligere, ſi idonei ſint. Eligi enim debent viri ſpectatæ probitatis, innocentiæ, & integritatis, & præſtantes ſcientia iuris. Infames aſſidere prohibentur. l. licet. 2. hic. Libertos aſſidere poſſe Martianus ait, d. l. 2. quanquam lege Viſellia ab honoribus repelluntur. C. ad leg. Viſel. Hinc *Quales aſſeſſores.* Sueton. in Nerone: In curiam libertinorum filios diu non admiſit, admiſſiſque à prioribus Princip. honores denegauit. Item non poſſunt in prouincia ſua aſſidere vltra quatuor menſes l. in cõſiliarus. Cod. eod l. hi qui. l. ſi cui. inſ. ex quib. cauſ. maio. Spartianus in Nigro: Huius illud fuit, vt nemo aſſideret in ſua prouincia, qui

locus ſatis indicat Nigrum imperatorem huius iuris auctorem fuiſſe. Sed quid dicemus, ſi eadem prouincia ſub duobus Præſidibus conſtituta eſt, vt Germania, aut Myſia? Martianus ait, eum, qui ex altera prouincia ortus eſt, in altera aſſidere poſſe. l. 3. hic. Hinc etiam exiſtit quæſtio, an in conſilio curatoris Reip. ſiue ciuitatis alicuius, vir eiuſdem ciuitatis aſſidere poſſit: videtur enim eadem ratio, aut etiam maior, quam in præſide prouinciæ. Sed quia publico ſalario non fruitur, id ei permiſſum eſt. Quis enim abſque ſalario in aliena ciuitate iret? l. vlt. hic. Curatorum autem huiuſmodi mentio eſt alibi, vt in l. Imperatores. inf. de pact. l. 3. inf. quod vi aut clam. l. ad curatoris. inf. de dam. inf. l. Imperatores. inf. de admi. rer. ad ciui. perti. Capitolinus in Antonino: Curatores multis ciuitatibus, quo latius ſenatorias tenderet dignitates, à ſenatu dedit. Ac de officio huius curatoris librum ſingularem ſcripſit Vlp. ex quo ſumptum eſt ca. 4. inf. de decr. ab ord. fac. cap. 5. inf. de ope. pub. ca. 33. inf. de vſur. Officium autem aſſeſſorum verſatur in conſilio dando circa ea, in quibus de iure quæritur, cuiuſmodi ſunt cognitiones, poſtulationes, belli, edicta, decreta, epiſtulæ. d. l. 1. hic. Itaque iuris ſtudioſis, id eſt, iuriſperitis hoc munus deferri ſolet (ſic enim accipiendum eſt hoc verbũ in l. moris. inf. de pœ l. 4. infrà de extraor. co. & apud Sueto. in Nern.) ſed & antiquitus magiſtratus cogebant Iuriſperitos ſibi aſſidere, quaſi hoc munus non poſſet detrectari, ſicut nec munus iudicandi ſi aſſeſſoris conſilium prauum & iniquum fuerit, erit conſultori ipſi peſſimum. Non enim modo doli, ſed imperitiæ quoque nomine propter temere ſibi arrogatã iuris profeſſionem aſſeſſores imperiti tenentur. Eo autem tempore quo aſſident, negotia tractare in ſuo auditorio non poſſunt. l. pe. hic. ac ne in alieno quidem aduocationis officio vti. l. vlt. C. eo. Salarium habent publicum, quod ipſis præbetur à Præſidibus. l. 1. C. eo. Nouel. 17. de mand prin. Spartianus in Nigro: Addidit conſiliariis ſalaria, ne eos grauarent quibus aſſiderent, dicens iudicem nec dare debere, nec accipere. Lampridius in Alexandro: Aſſeſſoribus ſalaria inſtituit: quamuis dixerit eos eſſe promouendos, qui per ſe Remp. gerere poſſent, non per aſſeſſores. Inde nata eſt quæſtio apud Papin. tractata in l. diem functo. hic. l. ſed addes. § vlt. inf. loca. Legatus Cæſaris, ſiue præſes prouinciæ aſſeſſoribus ſalarium annum præſtituit. Finita eſt eius adminiſtratio ante annum an reſidui etiam temporis ſalarium ipſis præſtari debeat, quæritur? Videtur enim ſatis eſſe, ſi pro portione temporis, quo aſſederunt, ipſis ſoluatur, arg. l. fructus. infra ſolu. matr. Sed Papinianus contra reſpondit. Non enim, inquit, per eos ſtetit, quominus operam ſuam præſtarent, ſed per mortem legati. d. l. ſed addes. §. vlt. infra loca. Diuerſum ius in eo ſeruatur, qui ante tempus ſucceſſorem accepit, quamuis ne hoc quidem caſu per aſſeſſores ſteterit. d. l. diem functo. hic. quia videtur hoc inter eos actum ab initio, vt tamdiu ſalario annuo fruerentur, donec ſucceſſor à Principe datus eſſet. Solebant enim principes arbitrio ſuo magiſtratibus ſucceſſores dare. Capitolinus in Antonino: Succeſſorem bono iudici viuenti nulli dedit, niſi Orphito Præfecto vrbi, ſed petenti. Lampridius in Alexandro: Si vnquam alicui præſentium ſucceſſorem dedit, ſemper illud addidit; gratias tibi agit Reſp. eúmque muneratus eſt ita, vt priuatus pro loco ſuo poſſet honeſte viuere.

Aſſeſſorũ officium.

De eorum ſalario.

Iudex nec dare debet, nec accipere.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI

IN LIB. SECVNDVM DIGEST. SEV PANDECT. METHODICA ENARRATIO.

TIT. I. DE IVRISDICTIONE.

CAPVT PRIMVM.

Quid ſit iuriſdictio, & de homonymia huius verbi, ex qua plerique errores naſci ſolent.

De hac nobiliſſima parte iuris ciuilis quid ſentiam poſt tot alios, & veteres, & nouitios ſcriptores, iam ſæpe alibi teſtatus ſum, ac præſertim in lib. 1. Diſput. & in libello quem inſcripſi, de Iuriſdictione & imperio. Sed inſtituti noſtri ratio non ſinit nos rem tantam nunc tranſilire, de qua vix vnquam ita dictum fuerit, vt ſatis explicata videatur. Ac eo breuior futura hic eſt noſtra diſputatio, quod ex eiſdem ſcriptis noſtris, quæ iam edita ſunt, poterit lector ſtudioſus aſſumere quæ hic à nobis omiſſa fuerint. Vt igitur ad rem veniamus, Iuriſdictio nomen generis eſt, ac ſpeciei, ſicut adoptio. l. 1. de ado. Generaliter accipitur pro omni cognitione, pronuntiatione, decreto in quacunque cauſa, ſiue ea ſit ciuilis, ſiue criminalis. Quo ſenſu non diſtinguitur ab imperio: quinimo imperio vtens magiſtratus, iuriſdictionem exercere dicitur. l. 1. ſupra de off. eius. Nec vero diſtinguitur à cognitione; nam cognoſcens etiam Prætor dicitur ius dicere, aut iuriſdictionem exercere. l. ſi idem, hic. Pompon. in l. 2. de orig. iur. Decem, inquit, & octo Prætores in ciuitate ius dicunt. Et Vlpi. in l. 1. inf. de extraor. cog. ait, Præſidem ius dicere præceptorib. liberalium artium, & aliis huiuſmodi perſonis, cum extra ordinem cognoſcit de mercede, & honorario, quod eis debetur. Sed & Suet. in Clau. cognitionem extraordinariam de fideicommiſſis, iuriſdictionem vocat: cum tamen prætor fideicommiſſarius iudices non daret, vt poſtea dicemus. Quoties igitur quis auctoritate publica aliquid ſtatuit, quod ad ius, & iuſtitiam pertineat, ius dicit. Nec refert iuſte, an ſecus. quandoquidem hæc conſuetudo loquendi ad id refertur,

Iuriſdictio quid.

refertur, quod magiſtratum facere conuenit. l. pe. de iuſt. & iur. Hinc actus legitimi, manumiſſio, emancipatio, adoptio, ad iuriſdictionem pertinere dicuntur. l. 2. de off. procons. & leg. Altera ſignificatio huius verbi ſpecialis eſt, ſecundum quam iuriſdictio diſtinguitur ab imperio. l. imperium. l. iubere. Nam poteſtas animaduertendi in facinoroſos homines, imperium dicitur, non iuriſdictio. d. l. imperium. Ex quo apparet iuriſdictionem in cauſis tantum priuatis, & pecuniariis verſari: id quod etiam vulgo receptum eſt.

Cap. II.

Cur apud Vlpianum iuriſdictio dicatur eſſe iudicis dandi licentia, & cur aliter inſcribatur titulus, de iuriſdictione in Digeſtis, quàm in Codice Iuſtiniani.

Mirantur plerique, nec ſatis aſſequi poſſunt, propter ignorationem antiquitatis, quod Vlp. ait iuriſdictionem eſſe iudicis dandi licentiam. l. imperium. hic. adeo vt paulo audaciores nonnulli contendant legendum eſſe apud Vlp. non *iudicis dandi*, ſed *iuris dicendi*: contra fidem omnium exemplarium. Verum hi animaduertere debuerunt, ad morem priſcum, & ſui temporis reſpexiſſe Vlpianum: quo tempore Prætores & alij ſimiles magiſtratus iudicia & iudices dare in cauſis priuatis, & pecuniariis, magis quam iudicare ſolebant. Qua ratione idem Vlp. docere volens quam late pateat ius dicentis officium, ait, eum poſſe iudices litigantib. dare, nec vllam cognitionis, aut iudicationis mentionem facit. leg. 1. hic. Hinc iuriſdictio à cognitione ſeparatur apud Suet. in Nero. & apud noſtros quoque auctores. Iudices enim dati à Prætore cognitionem habent, iuriſdictionem non habent. l. ait prætor. inf. de re iud. l. notionem. inf. de verb. ſig. Cætera argumenta, quæ huius rei confirmandæ gratia alibi adduximus in l. iuriſgentium, de pact. in diſp. Anni. in Apol. de iuriſd. quia ſuperuacaneum eſſet ea repetere, nunc omittimus. Non inficiamur tamen prætorem aliquando cognouiſſe in cauſis priuatis: ſed extraordinaria huiuſmodi cognitio dicitur à Iuriſconſultis, quod contra ſolitum morem id fieret: vt exempli gratia, cum profeſſores liberalium ſtudiorum mercedem petunt. l. 1. infra de extraor. cogn. cum pater filium, quem habet in poteſtate ſua petit. l. 1. infra de rei vin. id enim cauſæ ac perſonæ fauor exigit. In abſentes quoque, cum quib. acceptum non erat iudicium, propter abſentiam pronuntiabat Prætor ipſe, poſtquam edictis propoſitis eos vocauerat. l. ſi prætor. 75. l. ad peremptorium. 68. infra de iudi. Præterea in reſtitutione in integrum cognitionem aliquam adhibebat. l. quod ſi minor. §. vl. infra de minor. Item in decretali bonorum poſſeſſione, & aliis ſimilibus, quæ mixti imperij eſſe dicuntur. l. 4. hic. Item prætor fideicommiſſarius ipſe cognoſcebat de fideicommiſſis, nec formulam, aut iudices dabat, vt diſerte ſcribit Vlpianus in reliquis Inſtit. tit. de fideic. Quare fideicommiſſorum perſecutiones dicuntur extraordinariæ. l. pecuniæ verbum. §. actionis. infra de verb. ſign. Ac de his accipiendi ſunt plerique iuris auctorum loci, in quibus legimus Prætorem cognouiſſe, ac iudicaſſe. l. Titiæ. infra de auro & arg. leg. l. iudicatæ. infra de exc. rei iud. l. ſi cui legatum. infra de condit. & demon. l. 3. C. de procur. cum ſimi. Adde, quod poſteriorum Imperatorum temporibus, nempe à Diocletiano vſq; ad Iuſtinianum, cognouerunt magiſtratus, ac dandorum iudicum mos fere obſoleuit. Primum enim conſtituit Diocletianus, Præſides poſſe cognoſcere, de quibus cauſis ante iudices dabant, & vetabantur ipſi cognoſcere. l. placet. C. de dan. iud. Deinde Theodoſius ſtatuit neceſſariam non eſſe actionis impetrationem, vt coram magiſtratu aliquis conueniatur. l. 2. C. de for. & impe. id quod non ſatis à Diocletiano expreſſum fuiſſe videbatur. Conſtitutione autem Conſtantini, de iuris formulis amputandis, quæ Theodoſij conſtitutionem anteceſſerat. l. 1. C. de for. vetus dandorum iudiciorum mos non fuerat immutatus, ſed aucupationib. verborum, captionibúſque fuerat ita per eum proſpectum, vt formulæ actibus inſidiantes ex eo tempore amputarentur. Nam & ante illud tempus Claudius actiones reſtituere iis ſolitus fuit, qui apud priuatos iudices plus petendo formula excidiſſent, vt auctor eſt Suetonius in Claudio. Ex his perſpicuum eſt, ſi ad tempora Vlpiani reſpiciamus, recte dici iuriſdictionem eſſe, iudicis dandi licentiam: ſi verò poſteriorum temporum habeatur ratio, non male definiemus iuriſdictionem, cognoſcendi, iudicandique facultatem in cauſis priuatis, ac pecuniariis, pro quibus actiones ciuiles proditæ ſunt. *Duplex Iuriſdictionis definitio.* Hinc etiam cognoſci poteſt, cur inſcribatur hic tractatus in Digeſtis, De iuriſdictione, in Codice vero Iuſtiniani, De iuriſdictione omnium iudicum. Cum enim tempore Iuſtiniani: & quorundam aliorum Imperatorum, iudicarent magiſtratus, & iudices dicerentur, extentque in eo Codice pleræque ea de re conſtitutiones, viſum fuit compoſitoribus Codicis, tit. ponere de iuriſdictione omnium iudicum. At Digeſta ex veterum Iuteconſultorum ſcriptis compoſita ſunt, quorum tempore magiſtratus non iudicabant, niſi extra ordinem in quibuſdam cauſis, ſed iudices dabant: ideoque iudices dici non ſolent ab eiſdem auctoribus, niſi perraro. Quamobrem hic tractatus, de officio magiſtratuum, quod in iuriſdictione verſatur, non aliter inſcribendus fuit, quàm de iuriſdictione: poſt tractatum ſcilicet, de officio ſingulorum magiſtratuum, de quibus diſputatum fuit libro ſuperiore.

Cap. III.

Quid ſit imperium tam merum, quàm mixtum: & quid à iuriſdictione vtrumque differat.

Imperium generaliter accipitur, & ſpecialiter, ſicut iuriſdictio. *Imperium generaliter & ſpecialiter ſumitur.* Generaliter acceptum non diſtinguitur à iuriſdictione, ſed quæ iuriſdictionis ſunt, imperio dicuntur expediri. l. cum prætor. infra de iud. l. etſi prætor. ſupra de off. eius. l. 2. ſupra de adopr. Quoties enim magiſtratus pro poteſtate aliquid facit ius reddendo, imperio vti recte dicitur. Specialiter acceptum diſtinguitur à iuriſdictione. l. imperium. l. iubere. hic l. ea quæ. infra ad municip. l. 1. § vlt. & l. vlt. ſupra de off. eius. nam præter iudicis dandi, aut etiam cognoſcendi, ac iudicandi facultatem in cauſis priuatis, in qua iuriſdictio conſiſtit, magiſtratus pro poteſtate quędam alia faciunt, quæ imperij eſſe dicuntur. *Imperium duplex.* Eſt autem imperium duplex, merum, & mixtum: quorum hoc cohæret iuriſdictioni, alterum ab ea ſeparatum eſt. l. imperium. hic. l. prima. ſupra de offi. eius. idque vis ipſa verborum ſatis indicat. *Merum imperium quid.* Merum namque id dicimus, quod purum, ſolum, nec cum alio mixtum eſt. l. 5. de verb. obl. l. bona fides. infra depo. l. cum ſeruus. infra de con. & demon. ac magiſtratus, qui iuriſdictioni præeſt, iure Magiſtratus ſui modice coercere poteſt, bonorum poſſeſſionem dare, in poſſeſſionem mittere, in integrum reſtituere, & cetera, id genus facere, quæ ideo mixti imperij eſſe dicũtur, quia quodammodo accedunt iuriſdictioni. dict. leg. imperium. l. iubere. hic. l. ea quæ. infra ad municip. Poteſtatem verò gladij ad animaduertendum in facinoroſos non habet magiſtratus, niſi lege ſpecialiter delatam: ideoque hoc imperium dicitur merum, quia cum iuriſdictione mixtum non eſt, nec cum ea quicquam

commune habet, dict. leg. imperium. hic leg. 1. §. qui mandatam, ſupra de offic. eius. tametſi idem magiſtratus plerunque & iuriſdictionem, & merum imperium habeat. Cum enim primum Romæ creati ſunt magiſtratus iuris reddendi cauſa, poteſtas animaduertendi eis conceſſa non eſt, vt docet Pomponius ſupra, de orig. iuris. ſed poſt multum temporis lege ſpecialiter delata eſt Prætoribus, ac Præſidibus, cum perpetuæ quæſtiones factæ eſſent, quæ ante in ſingula crimina à populo mandabantur, vt diximus lib. 1. Diſput. ca. 53.

Cap. IV.

Locus Vlpiani de mixto imperio, & iuriſdictione, declaratus ex Pandectis Florentinis.

Ex his facile colligi poteſt interpretatio l. 3. ſub hoc titulo, Quæ Vlpiani eſt, ex lib. 2. de offic. Quæſtoris, vbi Haloander ita legit ad finem. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, vt iuriſdictio iudicis dandi licentia. Sed in Florentinis Pandectis, & aliis exemplaribus, quæ ante editionem Haloandri à typographis impreſſa ſunt ita legitur: Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia. Et hæc varietas lectionis fecit, vt huius temporis quidam eruditi à nobis diſſentirent, cum nos Haloandri lectionem ſequeremur, quæ tum Florẽtina eſſe credebatur, illi vulgarem ac receptam magis probarent. Verum mihi paulo diligentius hæc expendenti, videtur idem & Noricæ & Florentinæ lectionis ſenſus eſſe. Cũ enim dixiſſet Vlpianus, mixtum, imperium eſſe, cui etiam iuriſdictio ineſt, & in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere, ſubiecit hæc verba: Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia: vt oſtenderet, eum qui imperium tale habet, poſſe non modo bonorum poſſeſſionẽ dare, quod eſt imperij: ſed etiam iudicem dare, quod eſt iuriſdictionis. Ceteri hanc particulam, ETIAM, aliò referunt, quam nos, non animaduertentes, Vlpian. loqui non generaliter de iuriſdictione, ſed de ea tantum, quæ ineſt imperio: quia diſputatio apud Vlpian. eſt de imperio magis, quàm de iuriſdictione. Alioqui nihil opus erat, eam voculam addere, ſed ita diffinire oportebat; Iuriſdictio eſt, iudicis dandi licentia: vt à nobis factum eſt ſuperius. Si quis verò obiiciat, magiſtratibus municipalibus ea, quæ imperij mixti ſunt, non competere quamuis iuriſdictionem habeant, l. ea quæ. infra ad municip. atque ideo mixtum imperium non ſemper iuriſdictionem ſequi: reſpondendum eſt, totam hanc noſtram diſputationem de imperij ac iuriſdictionis diffinitione & diſtinctione, ad magiſtratus populi Romani, non ad municipales pertinere. Ea enim, quę ſunt imperij magis quam iuriſdictionis, non poteſt facere magiſtratus municipalis: pręterquam in cauſa damni infecti, quæ celeritatem deſiderat. l. 1 l. 4 §. duas. infra de damno infec. Et animaduertendum eſt, tam ea, quæ dicuntur de mixto imperio, quàm quæ alibi de magiſtratibus municipalibus, & damno infecti. d. l. ea quæ ad municip. d. l. 4. §. duas. de damno inſe. ſcripta fuiſſe eodem in loco, nempe li. 1. ad Edictum. vt inſcriptiones legum indicant. Nam cum Vlpian. docuiſſet mixtum imperium conſiſtere in danda bonorum poſſeſſione: item iubere cauere prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, imperij magis eſſe, quam iuriſdictionis, & quædam alia eiuſmodi: mox (vt credibile eſt) adiecit quæ ſequũtur: Cum res damni infecti celeritatem deſiderat, & periculoſa dilatio prætori videtur, ſi ex hac cauſa iuriſdictionem ſibi reſeruaret, ideo magiſtratibus municipalibus delegandum hoc recte putauit. Pauli autem illa ſunt eodem in libro: Ea quæ magis imperij ſunt, quam iuriſdictionis, magiſtratus municipalis facere non poteſt. d. l. ea quæ ad municip.

Cap. V.

An quæ ſpecialiter lege deferuntur alicui magiſtratui, imperij eſſe dicantur.

Illud quæſitum eſt, an quæ ſpecialiter ac nominatim lege deferuntur alicui magiſtratui, imperij eſſe recte dicantur: vt datio tutoris, poteſtas decernendi de alienandis minorum prædiis, aut de tranſactione alimentorum. Hæc enim non competunt iure magiſtratus, & more maiorum. l. 2. ſupra de offi. eius. l. 1. infra de reb. eor. l. cũ hi. §. ſed nec mãdare. infra de trãſact. Et ſane poſſũt dici neq; imperij neque iuriſdictionis eſſe: vt de tutoris datione expreſſum eſt in l. muto. § tutoris datio. infra de tute. Nam non ideo cõpetunt alicui, quod imperium, iuriſdictionémve habeat, ſed quod ſpecialiter lege deferantur. Conſiſtunt tamen hæc omnia in aliquo imperio, & poteſtate. Ac videtur magiſtratus cùm tutorem dat, aliquo imperio vti. Et quia hoc imperium lex fere defert iis, qui iuriſdictionem habent, puta prætori, vel præſidi, non male dicentur mixti imperij eſſe: de tutoris tamen datione illud dici non poteſt, quia hæc competit etiam iis, qui nullam iuriſdictionem habent. l. vbi abſunt. de tuto. & cur. dat. ab his. Vt igitur omnia paucis complectamur, quæ ad poteſtatem magiſtratuum ſpectant, & omnem λογομαχίαν omittamus, tripartita diuiſione hic vtemur. Nam magiſtratus quædam facere poſſunt propter iuriſdictionem, quam habent, cuiuſmodi hæc ſunt, iudices dare, cognoſcere de cauſis priuatis, & c. d. l. imperium. hic. quædam faciũt non propter iuriſdictionem, quam habent, ſed propter imperium, quod iuriſdictioni cohæret: cuiuſmodi ſunt, coercere, bonorum poſſeſſionem dare, & cetera id genus, quæ magiſtratibus municipalibus non competere dicuntur. d. l. imperium. l. iubere. hic. l. ea quæ. infra ad municip. Alia competunt eis non propter imperium, iuriſdictionémve, quam habeant, ſed quia ſpecialiter ipſis deferantur. Huius generis eſt, poteſtas gladij: quæ ideo poteſt dici neque imperij neque iuriſdictionis eſſe, quamuis aliquod imperium in ea verſetur. Non enim ideo quis gladij poteſtatem habet, quod imperium iuriſdictionémve habeat. Eius rei argumentum eſt, quod conſul hac poteſtate olim caruerit: quem tamen imperium habuiſſe nemo negauerit. l. 2 §. exactis. de orig. iu. Eadem ratio dationis tutoris, & aliorum huiuſmodi, de quibus ante diximus. Sed & legitimi actus. l. actus legitimi. de reg. iu. ſiue (vt Iuſtinian vocat. Nouel. 81.) legis actiones ſpecialiter quoque deferuntur certis magiſtratibus, l. 2. ſupra de offic. proconſ. Erant enim actus quidam ſolennes legibus introducti, vt Caius Iurecõnſ. oſtendit, & Boethius in Topica Cic. ex quibus ritibus ſi quid mutatum eſſet, ſiue aliis verbis vtendo, ſiue perſonam vnam loco alterius ſubſtituendo, à forma & ſolennitate receſſum videbatur. Facultatem iudicis dandi, ſunt qui in hunc numerum referant: ſed hi falluntur, meo iudicio. Nam etſi lege lata Proconſuli hoc ius conceſſum ſit. l. cum prætor. infra de iudic. non tamen ſpecialiter id ei conceſſit lex: ſed vt, quæ magiſtratibus vrbis Romæ competebant, iure magiſtratus ſui, in ipſum transferrentur. Nec dubitandum eſt, quin pleraque competant iure magiſtratus, quæ lege aliqua attribuuntur magiſtratui. l. & quia. hic. Cuius rei exemplum eſt apud Cornelium Tacitum lib. 12. cum ait, Diuum Auguſtum apud eos, qui Ægypto præſiderent, permiſiſſe lege agi.

Tripartita diuiſio de magiſtratuum poteſtate & iuriſdictione.

Cap. VI.

De magiſtratus officio, quod conſiſtit in iure reddendo.

Magiſtratus officium in iure reddendo, quod hic deſcribitur à iuris auctoribus, in his conſiſtit.

I. Magiſtratus extra territorium, prouinciámve ſuam, iuriſdictionem non exercent. l. vlt. hic l. 1. §. cum vrbem.

ſupr. de

tandi eſt: quia non videtur cauſa eſſe priuata, ſed quædam accuſatio: Præterea videtur ſpecialiter tribui. l. 1. §. damus. de ſuſp. tut. Attamē aliud reſcriptum fuit à principibus propter pupillorum vtilitatem, ſine hoc reſcripto non auſi fuiſſent Iuriſcōſulti ita reſpondere. Viſum eſt tamen imperatoribus, latius iuriſdictionis ſignificationem extendere. Cum enim latiſſimam ſignificationem habeat, vtilitas ſuaſit vt late interpretarentur. Nunc verba leg. noſtræ interpretemur. *More maiorum.* Ratio enim nulla eſt inſignis, ſed ita more inductum eſt. *Data eſt*, dare iuriſdictionem hoc proprium eſt magiſtratus, vt diximus. Aduerſus ſupradictam ſententiam obiicitur, lex cum prætori. de iudiciis. Sed multum intereſt inter iuriſdictionem & notionem, quòd non intelligunt ij, qui hoc caput opponunt. leg. an prætor. de re iudicata. Iudices, qui cognoſcunt & iudicant, nullam habent poteſtatem. At is cui mandata eſt iuriſdictio habet poteſtatem, cum vice fungatur magiſtratus. l. à Diuo Pio. de re iud. Itaque iudex datus non poteſt exequi ſententiam à ſe dictam, quod ſecus eſt in iis, quibus iuriſd. mandata eſt. Sunt & alię differentię minime obſcurę: veluti, quod dicitur iudicem datum non poſſe iudicem dare. l. à iudice. C. de iud. Alia eſt differentia l. 1. quis à quo appel. quod à iudice dato appellatur is, qui iudicem dedit, an non appellatur ab eo cui mandata eſt iuriſd. ad eum qui mandauit. Ratio eſt, quia locum tenet eius qui mandauit, ita vt vna perſona appellari videretur. Exemplo id oſtendam. Balliui & Seneſcales olim ſibi conſtituebant locum tenentes & mandabant ipſis iuriſdict. ſuam. Pone nunc locum tenentem pronuntiaſſe ſententiam à qua appelletur, an ad Balliuum appellabitur minime? Minime, ſed potius ad curiam parlamenti appellabitur. videretur enim vna & eadem perſona appellari. Ait lex 6. *Mandatum ſoluı:* his verbis oſtendit ſimile eſſe hoc mandatum aliis mandatis. ſoluitur enim morte, ſi ſuſceptum non ſit mandatum ante mortem. Secus eſt, ſi cœperit iuriſd. exercere, quę ſibi mandata eſt, veluti ſi iudicem dederit vel in ius litigātes vocauerit. Nec obſtat etiam, ſi iudicium dicatur incipere à litis conteſtatione. nam etiam res incipit geri vocatione in ius. hoc Pontifices ſequuntur. c. licet. de offic. deleg. Sed apud Acc. duplex antinomia reperitur, vna eſt l. venditor. §. iudices. de iudic. Sed ego poſſum reſpondere differre iudices datos ab iis, quibus mandatur iuriſdict. poteſt & ſic intelligi: durant iudices dati, donec alius ſucceſſerit, vt diximus de proconſule. Hoc receptum eſt vtilitatis cauſa, contra ſubtilitatem iuris. vtcunque ſit; hęc omnino diſſimilia ſunt. Altera antinomia eſt l. ſi quis mancipiis. § ſi impubes. de inſtitor. act. vbi dicitur ſi contractum ſit cum inſtitore, poſt mortem domini datur actio inſtitoria, quod ita conſtitutum eſt propter vtilitatem promiſcui vſus. hic locus multos torſit. Sed ego exiſtimo inſtitorem multum differre à mandatario: nam inſtitor eſt tanquam mercator & negotiator, idque dicitur multis locis. l. eum. & Inſtit. §. ceterum: quod cum eo. Eſt ergo diſſimilitudo inter hęc duo capita, vnum de inſtitore, alterum de procuratore, ſiue mandatario. Occurrunt & alię antinomię, & vna eſt ex nouella, vt nulli iudicum. §. hoc vero iubemus. quam ego non puto ita difficilé, vt alij exiſtimant. Nec enim huc pertinet ea conſtitutio. loquitur enim de iudice, qui iuſſu principis, alij iudici mortuo ſuccedit: quæritur an iuſſu principis, qui iuſſus ad deceſſorem non ſucceſſorem dirigebatur parere debeat ſucceſſor? Hæc igitur quæſtio nihil ad rem pertinet: itaque Iuſt. cogi parere iuſſui principis. De eo qui à principe delegatus eſt, alia quæſtio eſt, quæ pendet ex coniecturis, quid princeps ſenſerit. Mihi videtur recta eſſe diſtinctio Pon. c. quoniam abbas. de offic. deleg. ſi nomen ſit expreſſum eius, ad quem reſcribit princeps: verius eſſe, vt ſucceſſor parere non cogatur, aut debeat iuſſui principis.

Mandatū iuriſdictionis ſimile aliis.

Ad l. ſi quis id quod. 7.

HOc capite continetur interpretatio edicti, quod ad iuriſd. maxime pertinet. Eſtque primum edictum quod in Pandectis occurrit, quamuis in Saluij Iul. edicto, quædam alia præceſſerint, vt ex inſcriptionibus apparet. Hoc edicto actio datur in eos, qui corrumpunt edicta prætorum propoſita iuriſdictionis perpetuę cauſa. Duo igitur genera edictorum ſunt, vt lib. 1. capit. 48. diſp. ego oſtendi. quædam erant, quæ proponebantur, vt ſe præmunirent ciues. l. 2. de or. iur. Ea dicebantur perpetua, vt magiſtratus perpetuo iis vterentur, quamdiu magiſtratu fungerentur, idque lege Cornelia cautum fuit: non autem intelligi debet de edicto perpetuo Iuliani, quod non habuit locum, ante Adriani tempora. Sic & Cor. Sylla perpetuas quæſtiones fecit. Alia erant edicta, quæ proponebantur in ſingulas cauſas, prout res incipiebat: exemplum in l. ad peremptorium de iudiciis. Aduerte autem parentheſin hic eſſe expungendam: datur igitur ex hoc edicto actio ad 500. aureos, ſic legitur in Floren. Quod populare eſt. l. 1. de popul. acti. hæc actio conceditur cuique ex populo. Ius enim publicum læditur, quod in magiſtratibus etiam conſiſtit. Quæri ſolet an hæc pœna ſit adiudicanda actori, an Reipub. Difficultas naſcitur ex eo quod plenum & integrum nō eſt edictum, nam id edicto ſolebat prætor exprimere. Exemplum l. 3. de ſep. viol. Ego igitur non dubito, quin & in hoc edicto expreſſum fuerit. Extat lex quædam Manilia qua cautum eſt, vt pœna, quam ex eo, quod terminos mouit quis conſequitur, diuidatur inter actorem & remp. in dubio igitur quid dicemus in quæſtione noſtra: Mihi videtur ſequendum, quod edicto de ſepulchro violato cauetur; vt pœna tota adiudicetur ei, ad quem res pertinet. quod ſi non pertineat ad aliquem certum, pœna inter actorem & Rem. diuidatur exemplo legis Maniliæ. *Quod ſi.* hic Vlpiani exemplum ponit, quod ſequi debemus in legum interpretatione, nec enim ſatis eſt, vt in numeratu certa præcepta habeamus. hic igitur Vlpi. modo proprietatem verborum ſequitur, modo ſententiam. Ex eo quod prætor ait, ſi quis corruperit, Vlp. ſeruos & filiosfam. his verbis contineri & ſignificari ait: nec enim vlla ratio ſuaſit, vt contrà interpretaretur: idem ad fœminas ea verba extendit. Hinc ſumpta eſt reg. iuris l. 1. de verb. ſign. Idque à proprietate verborum ſumptum eſt, vt ego exiſtimo.

Duo genera edictorum.

Lex Manilia.

Vulgares interpretes prolixe hunc locum de maſculis & fœminis tractant. quæ quæſtio non eſt huius legis propria, ſed pertinet ad l. 1. de verb. ſign. Sequitur *Si quis id quod propoſitum eſt corruperit.* Hæc verba ſignificant eum teneri hac pœna edicti, qui edictum corrumpit dum propoſitum eſt. Quæritur, quid ſi corruperit dum proponitur, vel ante propoſitionem, an is tenebitur? Is ex verbis non tenetur. ſed extenſione ſententiæ tenebitur. Eſt enim genus interpretationis, de quo diximus ſub tit. de ll. cum ex eo quod ſcriptum eſt colligimus, quod ſcriptum non eſt. Ex eo quod dictum eſt hoc verbo: *Si quis ſeruos contineri*, obiiciet aliquis, Pecuniaria eſt pœna huius edicti: at ſerui non tenentur ex pecuniaria pœna. l. hos accuſare. §. omnibus. de accuſ. Huic obiectioni reſpondet I. C. his verbis: *In ſeruos*, id eſt, ſi ſerui non defendantur à dominis, puniendi ſunt in corpore, iuxta illud vulgare, *Qui non habet in ære, luat in corpore.* Locus eſt communis de pœnis. l. 1. de pœnis. l. vlt. infra de in ius voc. l. quicunque. de ſeru. fugit. C. Sequitur *Dolo malo.* Hinc colligere poſſumus, non eſſe ſatis corrupiſſe, ſed oportere id fieri dolo malo. Ex his verbis: *ſi per imperitiam*, &c. obiter notāda eſt ratio purgandi doli, pro cuius rei explicatione vide l. igitur. de liberali cauſa. l. non videntur. §. qui iuſſu. de regulis iu-

ris 128 Sequitur: *Qui tollit & mandat*, hic etiam ceſſant verba edicti. ſed producuntur ad eum, qui tollit & mãdat. Hic eſt locus communis de mandato. l. non ideo minus. C. de accuſ. l. non ſolum. §. qui mandato. de iniur. Obiicitur apud Acc. lex ſi is, qui rem. 68. §. ſi tu Titium. de furt. Ego tibi commendaui Titium, quaſi idoneum hominem, cui tu crederes pecuniam: qui tamen tibi ignotus erat. deinde loco Titij tibi addixi nebulonem, qui abs te pecuniam accepit, quæritur an ego tenear furti? Ait I.C. ſi Titius in dolo non fuerit, me non teneri actione furti. Antinomia eſt difficilis, ſed magna eſt tamen diſſimilitudo. Nam in ſpecie de albo corrupto ego mandaui, vt corrumperes edictum, tu imprudens corrupiſti, quare non teneberis: at ego qui mandaui, dolo malo teneor, quia verum eſt, album dolo meo corruptum eſſe. At in ſpecie leg. ſi quis rem. idem dici non poteſt. is enim, qui pro Titio nebulonem adduxit, non tenetur furti, quia furtum nullum eſt factũ, vt dict. l. ſi is qui rem, dicitur. Quod ſi furtum factum eſſet, teneretur, quia opem & conſilium attuliſſet. §. interdum quoque. de oblig. quæ ex del. quæſtio autem eſt de duabus perſonis, quæritur de vna an furtum fecerit, de altera an opem tulerit. Ex his puto diſſimilitudinem notam eſſe. Ex his etiam obſeruandum eſt admitti extenſionem legis etiam pœnalis, contra receptam opinionem, vt dixi ſub titul. de l. Simile eſt exemplum l. liberto. §. 2. leg. S.C. de ritu nuptiarum. Quod enim dicitur de filio, protrahitur ad nepotem. l. 2. §. 2. quid ſi curatores, ad Tertullian. Alius eſt locus notatu digniſſimus l. 3. ad l. Pompe. de parri. Nec obſtat l. interpretatione. de pœn. dixi enim eam regulam eſſe accipiendam, cum quæritur de genere pœnæ. Exemplum eſt in l. ſi præſes. de pœn. Ex verbis edicti alia quæſtio naſcitur, quid ſi plures corruperint, an diuidetur pœna inter eos, an vero tenebuntur in ſolidum? Et ait hic I.C. eos teneri in ſolidum. Exemplum eſt l. item Mela. §. ſi plures ad l. Aquil. Pœna enim vnius alterum non liberat. Aliod dicitur in eo quod intereſt. Exemplum eſt l. 1. §. ſi plures. de eo per quem fact. eſt. illud etiam locum non habet cum agitur de quaſi delicto: Exemplum eſt l. 3. de iis, qui deiece. vel effu. Sunt tamen aliqui caſus, in quibus etſi ex maleficio agatur, hoc tamen non obſeruatur. Exemplum eſt l. ſi multi. de publ. & vect. l. aufertur. §. in nullis. de iure fiſci. hæc eſt interpretatio Vlpi. ad edictum prætoris. Alij multa hic addunt ſine iudicio, vt Bart. qui ait id producendum eſſe quod hic dicitur de albo ad monumenta, quæ in archiuo publico ſunt. Ego tamen non auſim hanc productionem admittere, propterea quod non ſit eadem ratio. Atque ineptum eſt quod dicit ille has ſcripturas perpetuas eſſe. Ex his cognoſci poteſt quibus ex cauſis detur hæc actio. Sed animaduertendum eſt proditam eſſe huius admiſſi nomine, non ſolum ciuilem, ſed & criminalem actionem. l. prætor. §. ſi dicatur. de iniuriis. & ti. C. quando ciuil. act. crimin. præiud. Sed quæritur an vtraque experiri liceat? Qua in re puto ſequendum quod dicitur ſupra, idémque hic dicemus quod de accuſatione iniuriarum: iniuria enim facta eſt prætori, vt dicitur l. ſequenti.

Nota de albo corrupto actionem ciuilem & criminalem competere.

Ad l. ſi familia. 9.

EX edicto prætoris naſcitur quæſtio, quid ſi familia alicuius corruperit album? Et agitur aduerſus dominum noxaliter, vt ſoluat pœnam ſingulorum nomine, vel vt eos noxæ dedat: quot enim ſerui ſunt, tot pœnis plectuntur. *Maieſtas prætoris*. Hæc verba obſcura ſunt. pro quorum explicatione notanda eſt ratio diuerſitatis in furto, & in albo corrupto. Hoc edicto vindicatur iniuria facta prætori, & habetur ratio perſonarum, quæ iniuriam fecerunt, atque eo grauior eſt iniuria, quo à pluribus infertur. Non idem dici poteſt de furto: non enim punimus ratione perſonarum, ſed ratione rei ſurreptæ. hæc ratio ſumpta ex l. ſi plures. de iniur.

Quæritur nunc quid de damno iniuria dato dicendum ſit? hæc quæſtio tractatur l. illud ad l. Aquil. l. 1. §. ſi plures ſi fam. furt. Idem reſpondetur quod de furto. Et ſane ratio diuerſa non eſt damni dati, & furti. Sed ille locus pugnat aduerſus Pauli verba hic loquitur enim indiſtincte de iis, qui iniuriã fecerunt & damnum dederunt. Ego puto Paulum his verbis: *Iniuriam fecerunt vel damnum dederunt*: afferre tantum exemplum actionis iniuriarum, non Aquiliæ. Certum eſt enim dari actionem iniuriarum aliquando ob damnum datum, veluti quando datum eſt, vt contumelia fieret. l. damnum. C. de iniur. l. prætor. §. ſi dicatur. de iniur. Porro lex, illud. ad legem Aqui. non loquitur ſimpliciter de damno dato, ſed de damno iniuria dato. l. autem. ſi plures. de iniur. loquitur de damno dato culpa, quæ diſſimilitudo oſtendit Paulum hic noluiſſe loqui de actione l. Aquil. ſed de actione iniuriarum, qua agimus ob damnum datum. Nam ſi de lege Aquil. loqui voluiſſet, ita dixiſſet, vel damnum iniuria datum. Noſtra autem ſententia confirmatur. Sed obiiciet aliquis, non poſſe admitti interpretationem noſtram propter particulam Vel. ſed exiſtimo expoſitiue accipiendam. Sic enim accipitur hic locis 2. l. quemadmodum. §. hac actione. ad leg. Aquil.

Ad l. qui iuriſdictioni. 10.

HOc caput pertinet ad officium magiſtratus, qui ius reddit, vt & ſuperiora capita. Illud eſt, vt magiſtratus ſibi, aut ſuis ius non dicat. Nos primum de eo qui ſibi, deinde de eo, qui ſuis ius dicit. dicemus. Quod ad primum attinet, nemo poteſt ſibi ius dicere. tit. C. ne quis in ſua cauſa iud. Hoc enim tantum pertinet ad principem. Exemplum eſt l. & hoc tamen verius. de hær. inſtit. At magiſtratibus non permittitur, quia videtur quod ſibi nimium faueret: deinde abſurdum eſt, vt quis ſibi imperet. l. pen. de arb. idque ad arbitros protrahitur. Nec obſtat l. ſi libertus. de oper. lib. Nam arbitrium patroni refertur ad arbitrium boni viri hic vero loquimur de arbitro, qui iudicis partes ſuſcipit. At patronus, qui ſtatuit operas, non videtur iudicare. Huc pertinet l. ſi ſocietatem. pro ſocio. Ad alterum veniamus. Magiſtratus ius dicere ſuis non poteſt, quia verendum eſt ne gratia & fauore ius dicat. inter ſuos autem numerantur perſonæ de quibus in l. lex Cornelia. de iniur. Sed nimirum videtur, quod prohibeatur huiuſmodi perſonis ius dicere ſimpliciter: æquius enim videbatur, vt ſi litigator haberet ſuſpectum magiſtratum, magiſtratus abſtineat à iure dicendo, fierique poteſt, vt litigatores non conquerantur. Ego iam attigi ſupra hanc difficultatem, dixique rationem recuſandi iudicis non habuiſſe locum in iure Romano, præterquam in pedaneis iudicibus: atg. Nou. vt nulli iud. l. ſi contigerit. l. apertiſſimi. C. de iudic. Et leges quæ de recuſatione loquuntur, de iudice dato intelligi debent. Ratio eſt, quia turpe videbatur recuſari magiſtratum, tam amplum & à populo Roma. probatum. Porro magis conſultum eſt hac ratione litigatoribus, vt magiſtratus ſuis omnino ius dicere prohibeatur. Exceptiones quædam ab alijs propter æquitatem adduntur. Veluti, quod dixi locum non habere in iuriſdictione voluntaria, exemplum eſt in leg. apud filium. de manumiſſ. vindicta. Et hoc rationem habet, quia ceſſat ratio, quam diximus. Idem dicitur l. 2. de offic. proc. Excipitur & alius caſus. l. S.C. de offic. præſid. Addunt & alij, cum pari neceſſitudine litigatores coniuncti ſunt magiſtratui, quia omnis ſuſpicio debet abeſſe. l. non ſolum. §. de vno. de rit. nupt. Additur & alia capit. 1. de pœnis. in fin. Hic tractant quæſtionem, an ſacerdos poſſit concubinam ſuam abſoluere? Hanc quæſtionem ego remitto ad pontificios doctores. Ve-

l. ſi ſic legatum. de leg. 1. vbi mera voluntas dicitur, quæ ſola eſt. Aliud exemplum l. bona fid. ſ. depoſ. vbi merum ius gentium vocat, in quo non habetur ratio iuris ciuilis aut prætorij. Aliud eſt l. cum ſeruus. de cond. & demonſt. vbi mera conditio opponitur mixtæ. Porro non inficior, merum aliquando ſignificare id quod excellit, ſed hic mihi non videtur ſic eſſe accipiendum. Mouet me quod merum imperium mixto opponitur. Hoc igitur imperium, quod merum dicitur, ſeparatum eſt à iuriſdictione. Verum quidem eſt aliquos magiſtratus vtrumque habuiſſe, vt præſes in prouincia, præfectus vrbi, ſed cum animaduertit non facit vt magiſtratus, ſed quia lege ſpecialiter illi delatum eſt. Sunt alij loci vbi hæc duo, merum imperium & iuriſdictio aperte diſtinguuntur: eſt & locus Cic. lib. 4. in Verrem, vbi loquitur de hæredibus Auli Trebonij proſcripti, quos adegit iurare ſe reſtituturos hæreditatẽ. Verrenei qui non iurauit dedit bon. poſſeſſ. Eum qui iurauit, puniuit, ſed ius dicendo. quod reprehendit Cicero. Quæri ſolet, quibus competat hoc merum imperium? Reſpondendum, iis quibus lege ſpecialiter delatum eſt. Quidã exiſtimant ſoli principi competere. ſed exercitionem competere magiſtratibus; id eſt, ſi ius ſpectemus, ad principem pertinet, ſi exercitionem quæ eſt facti pertinet ad magiſtratus. Similis eſt extrauagans Bonifacij, qui omnia regna ſibi vendicat, ſed exercitionem regibus permittit. Hæc quæſtio inter Azonem & Lotharium, olim celebres interpretes, agitata eſt. Ego puto Azonis ſententiam eſſe veriorem. Ego enim pondero, quòd hic ait Vlpian. Certum eſt eum loqui de magiſtratibus. ſumptum enim eſt hoc caput ex lib. 1. de offi. quæſtorum. Cum enim diſerte dicat eos habere imperium, nõ autem exercitionem tantum, non eſt dubitandum de hac ſententia. Similes ſunt loci. l. 2. de in ius voc. l. 4. de offic. procõſ. l. etſi prætor. de off. eius cui mandat. Non ignoro habendi verbum variè accipi, vt patet ex l. habere. de verb. ſignif. ſed accipienda eſt interpretatio, quæ vitio caret. Obijcitur l. 1. de offic. eius cui man. eſt iur. Sed ineptum eſt hoc argumentum: nam publici iudicij exercitationem pro mero imperio vſurpat, ſicut & ſubinde iuriſdictionis nomen. Addendum autem eſt his verbis Vlpianum noluiſſe poteſtatem principis coarctare, quæ infinita eſt, ſed loquitur de imperio magiſtratuum. Putóque errare Barto. & alios qui poteſtatem legis ferendæ meri imperij eſſe dicant, atque ideo hoc ad principem pertinere. Eſt potius infinitæ cuiuſdam poteſtatis principis, vt ſupra diximus. Sequitur de mixto imperio. *Hoc imperium ideo mixtum dicitur*: quia accedit iuriſdictioni & eam ſequitur. hæc ſententia confirmatur duobus locis. l. 1. l. vlt. de offic. eius cui man. eſt iuriſd. vbi Paulus notat Papini. loqui de imperio mero non mixto, mixtum enim transferri mandata iuriſdictione poteſt. Exempla huius imperij in l. noſtra. de honor. poſſeſſione. Aliud eſt iubere cauere & in poſſ. mittere. l. 4. hic. Aliud in *reſtitutione in integrum*. l. ea quæ. ad munic. Aliud modica coercitio. l. vlt. de offic. eius cui mand. Ego addo edicta proponere: non enim eſt legem condere. Nam non perpetuæ iuriſdictionis cauſa edicta proponebantur. Sed noſtræ ſententiæ opponitur dicta l. ea quæ. ad municip. magiſtratus municipalis habet iuriſdictionem. at non habet imperium mixtum, ergo falſum eſt, imperium mixtum iuriſdictioni cohærere. Reſpondendum, hanc noſtram diſputationem pertinere ad magiſtratus pop. Roma. non ad municipales. Argumento eſt quod dicitur infra, ſi quis ius dic. non obt. *omnibus magiſtratibus, non tamen duumuiris*. Volebat oſtendere Vlpian. ſe non loqui de municipalibus magiſtratibus, ſed de pop. Romæ. Ceterum nos excipimus cauſam damni infecti, quia celeritatem deſiderat. l. 2. de damno infect. Porro animaduertendum eſt, ex eodem loco has leges eſſe ſumptas, nempe hanc l. 4. l. 6. l. 9. ex lib. 1. ad edictum Vlpian. Tertium eſt de iuriſdictione. hæc verſatur in iudice dando. Nihil potuit verius dici, nec accommodatius ad tempora Vlpian. vt ſupra docuimus. Qui à nobis diſſentiunt, obiiciunt, non eſſe definitionem iuriſdictionis, propter particulam etiam. olim Noric. ſequebar, à qua abeſt hæc particula. Sed ego deprehendi eundem eſſe ſenſum. Nam non hic principaliter definit quid ſit iuriſdictio, ſed eã cui mixtum imperium cohæret, quaſi dicat: Qui iuriſdictionem habet, poteſt ea quæ ſunt mixti imperij, ſed etiam dare iudicem poteſt. Itaque cum præcipue loquimur de iuriſdictione, amouenda eſt particula, etiam. Sunt qui exiſtiment imperij mixti eſſe iudicis dandi facultatem, quod verum non eſt, niſi latius imperij nomen accipiamus, vt plerumque iuriſcon. loquuntur. l. cum prætor. de iudic. l. etſi prætor. de offi. eius cui man. l. 2. de adopt. homonymia igitur diſtinguenda eſt.

Quibus cõpetat merũ imperium.

Habendi verbũ variè accipitur.

Meri imperij diſputatio ad principem non pertinet. Imperium mixtum cur dicatur.

In quo verſetur iuriſdictio.

Definitionis Vlpiani expoſitio germana.

Hic quæſtiones aliquot ab aliis ſolent agitari, veluti, an conceſſa à principe aliqua arce, videatur conceſſum eſſe imperium. Illud enim ſolet ſæpe accidere. Alia ſimilis eſt, an conceſſa iuriſdict. à principe, videatur conceſſum imperium merum. Nam & iuriſdictionis lata ſignificatione continetur. Hæ quæſtiones facti ſunt, in quibus quæritur de voluntate principis, quæ ſane colligitur ex coniecturis: diſputatio autem coniecturarũ ad hunc locum non pertinet. Venio ad aliam quæſtionem magis propriam huius loci. De his quæ ſpecialiter alicui magiſtratui deferuntur, an ſint imperij, an iuriſdictionis? Veluti tutoris datio. l. 1. de reb. eor. qui ſub tut. ſunt. titu. de Att. tut. Inſt. l. 2. de offic. eius cui mand. eſt iuriſdic. Item poteſtas tranſigendi de alimentis. l. cum hi. §. ſed nil mandare. de tranſact. quæritur igitur an ſint imperij? difficultas naſcitur ex homonymia. Imperij enim eſſe, aut non eſſe, variè accipitur, & vtruoque recte, & vere dicitur diuerſa ſignificatione. Primum poteſt dici neque imperij neque iuriſdictionis. l. mutuo. §. tutoris datio. de tut. quia certis magiſtratibus hoc competit, nec iure magiſtratus competit. Idem de ceteris, quæ ſpecialiter lege deferuntur, dici poteſt, quod de tutoris datione. Poſſunt etiam dici imperij cuiuſdam eſſe. nam ſimilia ſunt imperij veluti dationi bon. poſſeſ. nec vlla diſſimilitudo apparet, quod ad rationem decernendi attinet, imperat enim ac iubet prætor cauſa cognita. Dicuntur etiam ea iuriſdictionis eſſe l. cum hi. §. ſed nil mandare. de tranſact. nam iuriſdictionem appellat iuriſcon. facultatem permittendi tranſigere de alimentis. Quæritur autem an meri an mixti imperij hæc ſint? Meri non ſunt, quia non ſunt gladij: an igitur dices mixti eſſe? Et ſane imperij cuiuſdam extraordinarij ſpeciem habent. Nec puto incommode dici mixti imperij: Porro lex hoc defert ei, qui iuriſdictionem habet, atque ideo poteſt dici quodam modo iuriſdictioni coniungi, quamuis id non faciat iure magiſtratus. Scio permitti etiam iis, qui non habent iuriſdict. vt decurionibus, ſed nos ſequimur id quod frequentius eſt. Nec mouere nos debet quod dicitur, ea quæ mixti ſunt, transferri mandata iuriſdict. at hoc non transferri. Reſpondendum enim eſt, quoddam imperium cohærens eſſe iuriſdictioni, quod non transfertur. Exemplum vnum eſt l. de ſuſp. tut. Itaque ſic poteſt reſponderi, tutoris datione m, &c. mixti eſſe imperij. Quandoque in verbis magna eſt diuerſitas, ſed in re nulla: vt in illa quæſtione an merum mixtum ſit principis, an magiſtratus. Dixi eſſe magiſtratuum, non quod non pendeat ex principe, & ius reſideat apud eum: magiſtratus autem tanquam procuratores eſſe: ſed tamen puto latius dici magiſtratus habere merum imperium. Omiſſa logomachia videamus, quid in re ſit. Officium itaque magiſtratuum ſic poteſt diſtingui: Magiſtratus quædam fa-

Quæſtio inſignis.

Officium magiſtratus in quibus verſetur.

mulátque peperit tres, liberam eſſe, atque ideo quartum qui ex ea naſcitur liberum naſci. Nec refert an diuerſi partus fuerint, an primo, an vero ſecundo tres pepererit, aut primo partu duos, totidem ſecundo. l. Areſcuſ'ca. hic. l. ter enixa. ff. de verbo. ſignific. Non ergo dubitatur quin quilibet natus non ſit liber, quod ex matre naſcatur libera, & quod tot ſint partus quot infantes in iure nulla eſt difficultas, ſed facti quæſtio eſt, quod ſit omnino naſcentium, ordo incertus. Eadē ſolet agitari quęſtio de iure primogenituræ moribus noſtris: ſed videtur mihi in re dubia fauendum ipſi libertati, & principem conſulendum. Aliud exemplum eſt, ſi donata ſit ancilla ea lege, vt manumitteretur, & empta eſt eo tempore quo ſecundum legem donationis manumiſſa eſſe debuit, quo tempore natus eſt illi filius. Quæritur an ſit liber? I.C. ait fauore libertatis, liberum eſſe, & id à Diuo Marco inductum eſſe. l. 1. & 2. ſi mancip. ita fuerit alien. vt man. l. Herennius, 22. hic.

Quartò ſi libera mulier prægnans vltimo ſupplicio damnata ſit. partus qui ex ea naſcitur liber eſt, quamuis ea in ſeruitium redacta ſit hac damnatione. Erat enim libera tempore conceptionis, quod ſufficit. l. Imperator. hic. l. quod ad ſtatum. & l. qui vltimo. de pœnis. Nec ei matris calamitas debet nocere qui in vtero eſt.

Quintò homo liber qui ſe vendidit, aut ſe venundari paſſus eſt, manumiſſus, non efficitur ingenuus, ſed libertinæ conditionis. l. homo liber. 2. hic. Nam etſi liber natus ſit, tamen verum eſt eum ex iuſta ſeruitute manumiſſum.

Sextò ingenuus eſſe intelligitur is, de cuius Ingenuitate ſententia lata eſt l. ingenuum. hic. l. res iudicata. de regulis iur. modo adfuerit legitimus contradictor. l. Diui fratres. de lib. cauſa.

Septimò patronus adoptando libertum, minime eum ingenuum facit. l. vlti. hic. Tamen quantum ad familiam patroni attinet, ingenuitatis iura conſequitur. l. ſciendum. de ritu nupt. Hactenus de ſeruis & liberis hominibus. Nunc alia tractanda ſunt, quæ circa ſtatum perſonarum verſantur.

An quis ſit mas, an fœmina, an vtriuſque ſexus particeps.

Non ſine cauſa quæritur, an quis ſit mas, an verò fœmina, propterea quod in pleriſque iuris articulis deterior eſt fœminarum conditio l. in multis. hic. & l. fœminæ. de regulis iuris. Eſt enim mas natura præſtantior fœmina, vt Ariſtoteles ait lib. 1. Polit. cap. 3. Sed & principatu dignior eſt natura, vt idem ait eodem lib. cap. vi. Τὸ ἄρρεν φύσει ἡγεμονικώτερον τοῦ θήλεος τῆς γυναικός. Hermaphroditi autem, qui & Androgyni dicuntur, eius ſexus æſtimandi ſunt, qui in eis præualet. l. quæritur. hic. Alius locus huius tituli eſt, in quo quæritur circa ſtatum perſonarum.

An quis ſit filius necne.

In hac quæſtione notandum eſt eum, qui ex iuſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt. iuſtum filium eſſe. l. ſeptimo menſe hic. Idem dicendum eſt de eo, qui decimo menſe naſcitur. l. inteſtato. §. vltim. infra de ſuis & legiti. hæredi. Item non ſunt liberi partus monſtroſi, quos nec alere quidem permiſſum erat legibus veteribus, auctore Dionyſio lib. 2. huc pertinet l. non ſunt. hic. Itaque talis partus natiuitate non rumpitur teſtamentum. l. 2. & 3. C. de poſthu. hær. inſti. Receptum tamen eſt benigniore quadam legis interpretatione, vt hic partus matri proſit ad ius trium liberorum conſequendum, quia nihil poteſt ei imputari, quæ quoquo modo potuit legi obtemperauit. l. Quæret aliquis. de verborum ſignificat. Et quamuis Paulus lib. 4. Sentent. tit. de ab inteſt. ſucceſſ. vnde ſumpta ſunt quæ in d. l. non ſunt, ſcripta extant, aliter ſentiat. Nos hic ſequimur, quod Iuſtinianus nobis ſcriptum reliquit, quem veriſimile eſt verba Pauli immutaſſe, ne Vlpiani dicto aduerſarentur. d. l. Quæret aliquis. Præterea qui in vtero eſt, pro iam nato habetur, cum de commodo ipſius partus quæritur, veluti de reſtituenda hæreditate, &c. l. 7. & penult. hic alius locus huius tituli ſequitur qui etiam ad ſtatum perſonarum pertinet.

Partus monſtroſi proſunt matri ad ius trium liberorum. Iuſtiniani prudentia in iure reformando.

An quis iuſtus & legitimus ſit filius, an ſpurius & vulgo conceptus.

Iuſtum legitimumque filium eum eſſe dicimus, qui ex iuſtis nuptiis natus eſt: ſpurium vero & vulgo conceptum, qui patrem demonſtrare non poteſt. l. vulgo concepti. hic. & §. ſi aduerſus. Inſtit. de nup. Si igitur filia nupſerit inuito aut inſcio patre, quoniam ea coniunctio legitima non eſt, non poteſt filius qui ex ea naſcitur, legitimus eſſe. l. Paulus reſpondit: 11. hic.

An quis ſit ciuis, an peregrinus.

Certum eſt omnes qui in orbe ditionéque Romana ſunt, ciues Romanos eſſe ex conſtitutione Imper. Antonini. l. in orbe. hic. Cuius conſtitutionis meminit Iuſtinianus in Nouella 78. titul. vt liber. de cæter. Itaque Roma dicitur communis eorum patria, qui ſubſunt Imperio Romano. l. Roma. ad municipal. Sed ante eam conſtitutionem oportebat eum qui Roma ortus non eſſet, ciuitate donari, vt ciuis eſſet. l. ciues. de incolis. l. 1. ad municip. Extant quædam exempla ciuitatum eo iure donatarum. l. 1. infra de cenſibus. Vtilitas autem huius iuris conſiſtit in iis, quæ ſunt iuris Romani magis quam gentium, & quæ ſunt propria ciuium Romanorum. Nam & Boetius in Topic. Cicer. inquit, iure ciuili nihil agi, niſi inter ciues poſſe. Huius generis eſt patria poteſtas. inſtitu. de pat. poteſt. & l. in ſuis. de liber. & poſthu. Connubium. Inſti. de nupt. Cum extraneis enim & peregrinis connubium non eſt. Vlpianus titu. de iis qui ſunt in poteſta. videte Senec. libro 4. de benefic. Item teſtamenta & hæreditates. l. 1. ad l. Falcid. & l. 1. C. de hęred. inſtitu. Item honores, ſuffragia & cętera, quæ inter ciues tantum aguntur. Adde ſupradictis commercium emendi vendendiq; facultatem authore Vlpiano in Inſtit. tit. 18. de domi. & acquiſ. rer. Cum autem quæritur an ciuis ſit aliquis, & an origo paterna an materna ſpectari debeat, animaduertendum eſt, ſi legitimæ nuptiæ cōtractæ ſint, liberos patrē ſequi. l. cū legitima hic. Cū autē legitimæ nō ſunt nuptiæ, ſequūtur matrē, atque ideo natus ex ciue Romano, & latina, latinus naſcitur, nō ciuis, vt ait Vlpian. in Inſti. tit. de his qui in poteſt. Quod intellige niſi lex ſpecialis aliud inducat, id eſt, niſi lege ſpecialiter exceptū ſit. Legē autē ſpecialem vocant priuilegium, aut legem municipalem. Vulgo autem conceptus omnino matrem ſequitur. d. l. cum legitimæ. l. lex naturæ, hic. l. 2. & l. eius qui. ad municip. Alius locus huius tituli eſt, in quo circa ſtatum perſonarum quæritur, quantum ad ordinem & dignitatem cuiúſque pertinet.

An quis ſit in ordine & dignitate.

De ordine & dignitate alicuius, quantum ad ſtatum perſonarum pertinet, quæritur hic. l. qui furere. hoc tit. in qua Iuriſconſultus vtitur ſimilitudine hac non ineleganti: vt non amittit dominium, qui furere incipit, ita nec qui magiſtratum, aut dignitatem habet, ſed ad nouos honores prouehi non poteſt, vt arguitur ex l. 1. §. quamuis. de poſtulan.

IN TIT.

IN TIT. VI. LIB. I. PANDECT.

De iis qui ſunt ſui vel alieni iuris.

CAP. I.

AD ſtatum perſonarum quoque pertinet locus de iis qui ſunt ſui vel alieni iuris. Supradictis igitur diuiſionibus hæc audienda eſt. Quidam ſunt ſui iuris, alij ſunt alieno iuri ſubiecti l. 1. hic. Videamus primum de iis qui alieno iuri ſubiecti ſunt.

Alieno iuri ſubiecti ſunt ſerui, qui ſunt in dominorum poteſtate iure gentium. l. 1. hic. Quæ poteſtas olim fuit vitæ & necis, ſed diminuta & temperata eſt conſtitutionibus principum propter nimiam quorundam dominorum ſæuitiam, & crudelitatem in ſuos ſeruos, qualis fuit Vedius Pollio, qui ſeruos ſuos immaniter in viuarium conijciebat murenas ſaginaturus. Seneca libro 2. de Clementia cap. 18. Qualis etiam fuit Iulius Sabinus, aut Vmbricia matrona, quorum meminit Vlpianus in l. 2. huius tit. Hic Iulius Sabinus, quoniam immaniter in ſeruos ſæuiebat, dedit occaſionem huic tam ſanctæ cõſtitutioni. Extat & Adriani alia quædam conſtitutio, de qua meminit Spartianus. Olim ædes ſacræ erant quoddam quaſi aſylum ſeruis: & vt Euripides ait, ſicut ſaxa & luſtra ferarum ſunt & cubilia & perfugia, ita arx deorum & ſtatuæ Principum ſeruorum erant perfugia. Hactenus de ſeruis.

Alieno quoque iuri ſubiecti ſunt filiifamilias, id eſt, liberi ex iuſtis nuptiis procreati. l. tert. & quart. hic, & Inſtitut. de pat. poteſt. Nam filius iure Romano in patria poteſtate eſt, éſtque hoc ius proprium ciuium Romanorum in liberos. Inſtit. de patr. poteſt. dicta l. 3. non quod apud cæteras gentes liberis parentes non imperẽt & præſint, ſed quod talem poteſtatem non habeant, qualem Romani in liberos. Inſtitut. de patria poteſt. Nam naturale eſt, & commune omnium gentium, vt liberi parentibus obtemperent. l. veluti. ſupra de iuſtitia & iur. Imperat enim paterfamilias in domo familiáque ſua, ſeruis δεσποτικῶς, filiis βασιλικῶς, vxori πολιτικῶς, vt Ariſtoteles ait libro 2. Politic. qui hæc tria Imperij genera eleganter deſcribit. Hinc Plinius in Panegyrico: Lex, inquit, naturæ ſemper in ditione parentum liberos eſſe iuſſit. Sed huic iuri naturæ Romani multa adiecerunt, quo magis allicerent ciues ſuos ad liberorum procreationem. Parentum, inquit Seneca, conditionem ſacrauimus, quia expediebat liberos tolli, & liberis ciuibus ciuitates repleri, libro ſecundo, de beneficiis. capite 11. Et quamuis dubitet Dionyſius libro ſecundo, an moribus receptum fuerit ab initio hoc ius, an lege aliqua potius introductum vſque ad hoc tempus firmum permãſerit, tamen hic Vlpianus diſerte ait, moribus receptum fuiſſe. in l. patre. hic. Ex his quæ diximus conſequi videtur, & hæc fuit quorundam opinio, Gallos non habere filios in poteſtate: quod quidem accipi poteſt, vt non eam poteſtatem habeant in filios quam Romani, ſed certam quandam & propriam, quæ moribus eorum recepta ſit. Certe Iulius Cæſar, libro ſexto Commentariorum de bello Gallico ſcribit, eos vitæ, & necis poteſtatem in liberos & vxores habuiſſe, his verbis: Viri in vxores ſicuti in liberos, vitæ neciſque poteſtatem habent. Et id quidem exiſtimo verum fuiſſe eo tempore, ſed ex quo lumen Chriſtianæ fidei inductum eſt in Galliam, immutatum fuit. Quod diximus de filiis, ad nepotes, pronepotes & alios deinceps pertinet. Auus enim paternus nepotes in poteſtate habet non minus quam filios. d. l. 4. hic. Nepotes ſane mortuo auo recidunt in poteſtatem patris, niſi pater ab auo emancipatus fuerit. l. 5. hic. & §. 1. quibus modis ius patr. poteſta. ſol. Item nepos quem pater gradu præcedit, mortuo patre efficitur ſuus hæres ipſi auo, inque locum patris ſuccedit. Idem eſt etſi pater libertatem, aut ciuitatem amiſerit. l. ſi qua pœna 7. D. de his qui ſui vel alie. iur. ſunt. Nec vero quicquam refert an filius miles ſit necne, vt in poteſtate patris eſſe dicatur. l. ſi maritus. C. de pat. poteſta. §. filiusfamilias. Inſtit. quibus modis ius patr. poteſta. ſol. nam remanet in poteſtate patris aut aui habetur tamen nonnunquam filiusfamilias miles pro patrefamilias.

Gallorum mos de poteſtate in liberos.

Quæritur de eo cuius pater captus eſt ab hoſtibus, & verius eſt, cum pendeat ius liberorum, propter ius poſtliminij, interim filium ſui iuris eſſe, quem pater in ſua poteſtate habere non poteſt. §. ſi ab hoſtib. Inſtit. quib. mod. ius patr. pot. ſol. l. vlti. C. de ſenten. paſſis. Abſurdum quippe eſſet eodem tempore eum nec ſui iuris, nec in poteſtate patris eſſe. His ita explicatis, animaduertẽdum eſt, cum quæritur an quis ſit filiusfamilias, duo ſpectanda eſſe. Primum an filius, ſecundum, an ſit in poteſtate. An autem quis ſit filius alicuius necne, facti quæſtio eſt, & omnino ex probatione pendet. Et filium alicuius definimus eum, qui ex vxore eius naſcitur. l. filiũ. hic. Pater enim is eſt quem demonſtrant nuptiæ. l. quia ſemper. de in ius vocan. Et tamen opus eſt coniecturis, vt docet Vlpianus, veluti ſi maritus abſens fuerit, vel morbo diuturno impeditus. Qua de re vide nobile exemplum apud Xenophontem lib. 3. Rerum Græcar. de Ægide, & Ageſilao. Prodeſt & ad fidem faciendam ſententia, qua pronuntiatum eſſet filiũ eſſe. argumento l. ingenuum ſupra de ſtatu hom. Sententia tamen de alimentis præiudicium non facit ipſi veritati. l. pen. hic. & l. ſi quis à liberis. §. ſi vel parens. de libe. agnoſcend. An quis ſit in poteſtate patris, in facto etiam plerunque conſiſtit. l. 1. C. de pat. poteſt. & d. l. ingenuum. ſupra de ſtatu hom. Et ſemper in poteſtate præſens eſſe quis intelligitur, niſi conſtiterit cum liberatum eſſe his modis quibus ius patriæ poteſtatis ſoluitur. l. ſi filius. infrà de probatio. & Inſtit. quib. modis ius pat. poteſt. ſol. Quare probatio incumbit filio, vt ſe emancipatum probet. d. l. ſi filius.

In quo cõſiſtat eſſe filium patriæ poteſtatis.

Quæritur an patre furioſo liberi in eius poteſtate maneant: & Vlpianus ait manere. l. patre furioſo. hic. In publicis autem cauſis filiusfam. loco patrisfamilias, quãuis re vera in patris poteſtate ſit. l. filiusfamilias. hic. l. ille à quo. §. vltimo. & l. ſequent. ad Trebellia. l. in priuatis. de iudic. Quæritur etiam ſi filiusfamilias magiſtratũ gerat, an in patris remaneat poteſtate? Pomponius ait eum in publicis haberi cauſis tanquam patremfamilias. Exemplum extat Phauorini philoſophi, vt eſt apud Gellium lib. 2. cap. 2.

Quis ſit effectus patriæ poteſtatis.

Effectus patriæ poteſtatis, in his quæ ſequuntur præcipuè conſiſtit, de quibus ordine dicemus. In primis quidquid acquirit filiusfamilias, id acquirit patri ſuo. Huc pertinet titul. Cod. de bon. quæ liber. & Inſtit. per quas perſonas nob. acquir. l. prim. ſi à parente quis fuerit manumiſſ. Et patri etiam ſtipulatur: quãuis alias homo liber alteri non ſtipuletur: Sed quod agit filius, pater quodammodo agere videtur, vt Hierocles ſimilitudine non ineleganti oſtendit. Quemadmodum enim, ait, ſi Phidiæ opus aliud opus faceret, non diceretur Phidiæ opus, ita & factum filij patri tribuitur.

Secundo pater caſtigat, atque emendat filium ſuum. l. 3. C. de pat. poteſt. & l. ſerui. de furt. Olim occidere filiũ patri licebat, vt auctor eſt Dionyſius Halicarnaſſæus, libro 2. Huc pertinet. l. vltima Cod. eodem tit. Hinc Seneca parentes eſſe ait quaſi domeſticos magiſtratus. lib. 2. de benef. cap. 11. & domum puſillam rempub. Et legimus apud eundem, Tacitum quondam exilio mulctaſſe filium ſuum, accito in domum ſuam Auguſto, conſilij cauſa, libro primo de Clement. cap. 15. Sed hæc animaduerſio iam tum odioſa cœpit eſſe, ac tandem immutata

Animaduerſio parentum in filios temperata. Nota tandem exemplum.

Digitized by Google

eſt, ac temperata propter immodicam parentum quorundam in filios acerbitatem. Refertque idem Seneca equitem Romanum in foro graphiis à populo confoſſum fuiſſe, quia filium flagellis occiderat. lib.de Clement.cap.14. Hodie igitur modica tantum caſtigatio cõceditur patri. Quod ſi opus videatur maiori animaduerſione, officium patris eſt filium offerre magiſtratui puniendum, ita vt magiſtratus paterni deſiderij in pœna infligẽda rationem habeant. l.3.C.de pat.poteſt. Qua in re humanum erit Diui Pij exemplum ſequi, cuius meminit Macer in l.Milites agrum.§.vltimo. de re milit. Is deſertorem, qui à patre oblatus fuerat, in deteriorem militiam dari iuſſit, ne videretur pater ad ſupplicium filium obtuliſſe.

Tertio, pater filium vendere poteſt propter famem & neceſſitatem, hucque pertinet tit.C.de patr.qui filios ſuos diſtra. Quod tamen indiſtincte olim permiſſum erat ex quacunque cauſa, vt ſcribit Dionyſius lib.2. Abdicatio autem Romano iure, vt ait Dioclet. non probatur. l.abdicatio.C.de patr.poteſt. Eſt autem abdicare negare filium eſſe, & de domo abiicere, quamuis filius ſit. *Abdicare quid.* Exhæredatio autem aliud eſt, quia qui exhæredat non vult hæredem eſſe, ſed filium. Quidam reprehendunt hoc Diocletiani reſcriptum, & aiunt etiam vſitatã fuiſſe ex Valerio libro quinto. Sed hoc non vult Diocletianus, non fuiſſe aliquando hanc abdicationem à Romanis vſurpatam, ſed ait non fuiſſe comprobatam. Legibus autem Græcorum rata fuit, non Romanorum. Itaque nulla fit mentio eius abdicationis in libris noſtris.

Quarto, pater filium vendicat, non ſimpliciter, ſed adiecta cauſa, nempe propter poteſtatem quam habet in eum iure Romano, aliiſque præterea actionibus vtitur pater filij nomine, de quibus alibi. l.1. de rei vendic. Quod ſi filius ſe filium non eſſe dicat, non ſufficiet rei vendicatio, ſed opus erit, inquit I.C. præiudiciis. Sunt autem præiudicia, veluti cum quæritur in iudicio an quis ſit libertus an non, an ſit filius, an non. § præiudiciales. de act. dicitur autem actio præiudicialis, & iudicium præiudiciale, quia aliud iudicium antecedit. Et de hac cauſa prætor extra ordinem cognoſcebat, vt patet ex tit.de variis & extraord.cognit.

Quinto, obligatio ciuilis inter patrem & filium, qui eſt in poteſtate, non conſiſtit §.item inutilis. Inſtit.de inuti.ſtipul. tametſi naturalis obligatio contrahatur. l.frater à fratre. infra de condict.indeb. Non obligantur autem ciuiliter propter patriam poteſtatem, quæ iuris ciuilis eſt.

Sexto, lis nulla inter patrem & filium eſſe poteſt. l. lis nulla. de iudic. Cum emancipato licet lis eſſe poſſit, tamẽ is patrem in ius vocare non poteſt abſque prætoris permiſſu, vt dicemus infra ſub tit. de in ius vocan.

Septimo, donare cauſa mortis non poteſt filiusfam. abſque conſenſu patris, & nec conſentiente quidem patre teſtamentum facere poteſt. l. qui in poteſtate, de teſtam. l. iam is. de donat.cauſ mort. Ratio quidem obſcura non eſt, quia teſtamenti factio iuris publici eſt: quare aliquis non poteſt facere teſtamentum priuata perſona volente & conſentiente, veluti ſeruus domino, vel filius patre conſentiente, & permittente teſtamentum facere non poteſt propter publicam vtilitatem ſeu publicum intereſſe, quæ ratio ceſſat in donatione cauſa mortis.

Octauo, matrimonium ſine conſenſu patris contrahere non poteſt.§.1.Inſtit.de nupt.

Nono, ex mutuo non obligatur filiusfamil. quamuis ex aliis contractibus obligetur. Huc pertinet titulus ad S.C. Macedonianum, quo iuuatur & excipit, ſi quis in eum agat.

Decimo, non agit in iudicio niſi certis ex cauſſis. l. filiusfam. infra de oblig. & actio. Sed poteſt aliquando agere filiusfam. actione in factum vtilitatis cauſa. l. cum filiusfamilias. de reb.cred. vbi reſpondet Scæuola, extraordinario iudicio illi ſubueniri, idque beneficio prætoris, qui extra ordinem vtilitatis cauſa filiofamilias dat aliquando actionem.

Vndecimo, reuerentiam, obſequium, alimenta, ſiue v. Imper. ait, ſubſidium vitæ debet patri. l.5. & pen.C.eod. tit. Sed hæc ab emancipato quoque præſtantur. vide T.T. de lib.agnoſc. & de obſeq. à liber. vel libert. par. vel patr.præſt.

IN TIT. VII LIB. I. PANDECT.

DE ADOPTIONIBVS ET EMANcipationibus, aliiſq; modis quibus patria poteſtas ſoluitur.

CAP. I.

Quid ſit adoptio.

CONIVNCTVS eſt hic titulus cum titulo ſuperiore, de iis qui ſunt ſui vel alieni iuris, & ex eo pendet. Nam filiusfam. non ſolum natura fit, ſed etiam adoptione. Vnde quidam liberi dicuntur naturales, alij legitimi. l.1. hic. Eſt autem adoptio, vt Theophilus ait, actus legitimus naturam imitans, ad eorum qui liberos non habent, ſolatium inuentus: vel, vt Caius definit, eſt naturæ quædam ſimilitudo, vt aliquis filium habere poſſit quem non genuerit. Sciẽdum ergo eſt eum, qui filios non habet, ex aliena ſibi adſciſcere familia. Euripides tamen hoc improbauit: alij contra exiſtimarunt melius eſſe habere filios adoptiuos, quàm naturales, quia adoptiuos eligimus, naturales vero caſu habemus. At Iuriſconſulti noſtri ſapientius iudicarunt, qui ſolatij cuiuſdam cauſa indulſerunt hoc genus ſibi liberos adſciſcendi, nec præferunt adoptiuos liberos naturalibus, nec eos omnino improbant.

CAP. II.

Quæ ſint ſpecies adoptionis.

SPecies adoptionis duæ ſunt. Nam aut adoptamus eum, qui ſui iuris eſt auctoritate principis, aut eum qui filiusfamilias eſt magiſtratus imperio. Prior ſpecies dicitur arrogatio, poſterior vero adoptio, quia ei aliud ſpecialius nomen inditum non eſt. l.1.& 2.hic. de his duabus ſpeciebus ordine dicemus & ſeparatim confuſionis euitandæ gratia.

CAP. III.

De arrogatione.

PRincipis auctoritate, inquit Caius, adoptamus eos qui ſui iuris ſunt, quæ ſpecies adoptionis dicitur arrogatio, quia & is qui adoptat, rogatur an id fieri patiatur. l.2 hic. quam etymologiam Caius, vt tempori ſuo conuenientem ſecutus eſt: quo tempore poteſtas omnis in principem tranſlata erat: Niſi Pandectarum compoſitorib. hoc potius adſcribendum eſſe dicamus, quod hic ſolius Caij I.C. nomine & titulo legitur. Gellius tamen non per principem ait hanc arrogationem fieri, ſed per populum in comitiis, & Romæ tantum lib.5.c.19. Atque idem ſcribit Vlpianus in Inſtit. tit. de adopt. & addit Romæ tantum fieri arrogationem. Nec id mirum, quia in comitiis tantum per populum fiebat: itaque arrogatio dicta eſt, quia hoc genus in alienam familiam tranſitus per populi rogationẽ fit his verbis: *Velitis, iubeatis vti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure legeq; filius ſibi ſit, quam ſi ex patre matreque familias eius natus eſſet, vtiq; ei vitæ necisq; poteſtas in eum ſiet, vti patriendo filio eſt, hoc ita vt dixi, ita vos (Quirites) rogo du. xiu, velitis & iubeatis.* Hodie *Solemnia verba, & in forma arrogationis.*

autem

autem, vt dixi, quia vnius principis arbitrio omnia reguntur, ſit arrogatio eorum, qui ſui iuris ſunt authoritate ipſius principis, & perinde valet, vt Diocletianus ait, ac ſi per populum iure antiquo facta eſſet. l. 2. C. eod. Sed quare æquo valet arrogatio facta à principe, ac ſi veteri comitiorum iure facta eſſet? Quia tempore Imperatorum comitia prorſus exoleuerant.

Cap. IV.

Quæ neceſſaria ſint ad arrogationem.

Neceſſaria ad arrogationem.

EX ſupradictis ſatis apparet ad hanc arrogationem quædam neceſſaria eſſe, de quibus dicemus. In primis reſcriptum Principis neceſſarium eſt. l. arrogationem. C. eod. Secundo conſenſus arrogati requiritur & omnium eorum inter quos agitur. l. 5. & l. neque hic. Tertio oportet eum qui arrogatur ſui iuris eſſe. d. l. 1. & 2. hic. Quare filius emancipatus rectè à patre arrogatur, & hæc eſt non ſolum honeſta, verum & legitima cauſa redeundi in poteſtatem patris, ſi filius arrogetur alioqui emancipatus. l. 5. l. ſi paterfamilias. 1. §. hic, aut filius in ſeruitute quæſitus. l. vlt. hic.

Quarto cauſæ cognitio neceſſaria eſt, vt Vlpianus hic diffuſè tradit: in qua cognitione cauſæ hoc potiſſimum verſatur, an potius procreationi liberorum paterfamilias incumbere debeat quàm ſibi ex aliena familia arrogare. Quo oſtenditur quod ſupra diximus, merito legiſlatores naturales prætuliſſe liberos ipſis legitimis. De hac quoque cauſæ cognitione agitur apud Ciceronem in Orat. pro domo ſua, vbi de Claudij adoptione diſſerit. Hanc cognitionem olim fuiſſe pontificum non ſolum Cicero, ſed etiam Gellius oſtendit. In hac cauſæ cognitione multa conſiderantur, de quibus videre eſt in dict. l. ſi paterfamilias. Et ſcribit Gellius lib. 5. cap. 19. non poſſe quē arrogari niſi veſticeps ſit, id eſt pube conſperſus, prorſus adultus, vt Feſtus interpretatur. Sed Iuſtinianus in Inſtit. ait, pupillos qui antea non poterant arrogari, nunc poſſe ex conſtitutione Diui Antonini. § cum autem. Inſtit. eod. tit. Item in hac cauſæ cognitione interuenire debet authoritas curatoris. l. 8. hic. l. vlt. C. de author. præſt.

Quinto cauere debet & ſatiſdare perſonæ publicæ arrogator, bona quæ ab arrogato conſecutus fuerit, ſe reſtituturum iis ad quos ea res pertinet, ſi arrogatus impubes deceſſerit. l. nec ei. §. vltim. & l. ſeq. hic. Qua ſatiſdatione proſpicitur non modo ſubſtitutis, ſed etiam legitimis hæredibus. l. his verbis. hic. l. cauſa cognita. de vulg. & pupill. debet autem fieri hæc cautio a ſeruis publicis. l. generalis. D. de tabul. & logograph. Idque ex conſtitutione Arcadij. Sed cur ait I. C. cauendum eſſe ſi impubes deceſſerit? quia forte fieret iniuria pupillariter ſubſtitutis. Nam arrogatione ipſa capite minuitur impubes, & ea capitis diminutione irritum fit teſtamentum, ergo & ſubſtitutio. Itaque hac cautione proſpicitur ſubſtitutis & legitimis hæredibus inſtitutis. dict. l. cauſa cognita.

Cap. V.

De effectu arrogationis.

EFfectus præcipuus arrogationis eſt, quod arrogatus tranſit in familiam, poteſtatémque arrogatoris vna cum filiis, ſi quos habeat. l. 2. ſi paterfamilias. 15. & l. arrogato. 40. hic §. pen. Inſtit. eod. l. qui ex liberis. §. teſtamenti. de bo. poſſ. ſec. tab. Itaque cum Auguſtus adoptaſſet Tiberium, non ſolum Tiberius ipſe tranſiit in poteſtatem Auguſti, ſed etiam Germanicus, quem Tiberius ante adoptauerat, vt Iuſtinianus ait Inſtitut. de qua adoptione loquens Suetonius in Tiberio: Nec quicquam (inquit) poſtea pro patrefamilias egit, aut ius quod adoptione amiſerat, vlla ex parte retinuit. Nam neque donauit, neque manumiſit, nec hæreditatem aut legata percepit vlla, aliter quam vt peculio referret accepta. Hinc nomen aſſumebant adoptati eius in cuius familiam aſciſcebantur, vt Dio ait in Auguſto. Inde etiam fiebat, vt quia capite erant minuti, ſubſtitutio pupillaris irrita fieret. d. l. nec ei hic. Præterea ex cautione, de qua iam diximus, hæredes filij arrogati poſt eius mortem poſſunt aduerſus arrogatorem & eius hæredes experiri, vt bona arrogati reſtituat. l. ſi arrogator. Et datur actio directa, vel vtilis: directa ex cautione ſine ſtipulatione, vtilis ex eo quod fingitur cautionem interueniſſe: ſed ita demum agitur hac actione, ſi impubes deceſſerit, quod fuit cautum, vt ſubſtitutis ſubueniatur, ſed maior eſt dubitatio de legitimis hæredibus, quibus hac proſpectum eſt cautione. Cur enim non agitur, etiamſi deceſſerit pubes? Ratio eſt quia ante pubertatem legitimi hæredes certam ſpem habent conſequendæ hæreditatis, quia impubes non poteſt facere teſtamentum. Nec ſolum ea bona ad arrogatum pertinent, ſed etiam quarta pars bonorum arrogatoris, ſi decedens pater eum exhæredauerit, vel viuus ſine iuſta cauſa emancipauerit. d. l. ſi arrogator. §. cum autem. Inſtit. eo. Et hæc quarta pars ex conſtitutione Diui Pij debetur arrogato, cuius ſæpe fit mentio aliis in locis, l. 1. §. ſi impuberi. de collat. bono. l. Papinianus. §. ſi quis impubes. de inoffic. teſtam. l. vltim. ſi quid in fraud. patr. Quæritur an arrogator poſſit filio arrogato ſubſtituere, ſi impubes deceſſerit? Et certum eſt non admitti ſubſtitutionem in bonis arrogati, quoniam ea reſtituere cogitur, vt iam diximus: in bonis vero quæ dederit ei arrogator, aut quæ beneficio arrogatoris acquiſiuerit, valet ſubſtitutio. Idem dicendum eſt de quarta debita ex conſtitutione Diui Pij. Non poteſt tamen fidei eius committere, vt hanc quartam reſtituat alteri, quia non iudicio eius ad eum peruenit, ſed principali prudentia. d. l. ſi arrogator. l. qui liberis. §. in arrogato. de vulga. & pupilla. ſubſtit. Hactenus de arrogatione.

Cap. VI.

De ſpeciali adoptione.

Quis magiſtratus dicatur.

ADoptio ſpecialis fit imperio magiſtratus, vt Caius ait. l. 2. hic. magiſtratum autem hic accepimus, apud quem legis actio eſt l. 4 hic. & l. 1. C. eod. id eſt apud quem ritus & ſolennitas legibus introducta peragi poteſt. Caius in Inſtit. Boetius in Topic. Cicer. Paul. lib. 2. ſentent. Titul. Quemadmod. filij. l. 3. de offic. Proconſ. l. Barbarius. de offic. præt. l. 1. de offic. iuridici l. nemo. 166. de reg. iur. Item apud Vopiſcum in Aureliano, vbi ipſe Aurelianus adoptabatur à viro conſulari, & hæc verba adiiciuntur, Iube vt lege agatur, id eſt vt ſolennis legis ritus ſeruetur. Nec refert an is magiſtratus ſit qui in adoptionem dat, vel in adoptionem datur. l. 3. quia actus voluntariæ cuiuſdam iuriſdictionis eſt, non controuerſæ. l. 2. de offic. Proconſ. Olim hæc adoptio per æs & libram fiebat, vt Suetonius in Tiberio oſtendit, vel per tertiam mancipationem, vt ait Gellius: ſed hæc ritus ſolennitas eſt ſublata. l. vltim. C. eod. titul. Hodie aditur magiſtratus, ſine quo non poteſt fieri adoptio. l. 4. Cod. eod. Et coram magiſtratu conſentire debet tam is qui in adoptionem dat quàm is qui in adoptionem datur. l. 5. hîc. Item cum nepos adoptatur, quaſi ex filio natus, conſenſus filij exigitur. leg. 6. conſentire autem filius intelligitur, qui non contradicit, velut infans, d. d. 5 l. etiam, & l. 42. hoc titul. Pro quo facit illud Euripidis, qui in Menalippe ait, ſilentium eſſe ſermonis obſcurum interpretem. Et hoc procedit, quia pater in hoc actu videtur filio conſulere & proſpicere. Item pater naturalis, tametſi loqui debeat, tamen ſi loqui non poſſit, perinde confirmatur adoptio, ac ſi iure facta eſſet. l. ſi pater 29. hîc. Hinc conſequens eſt abſque tribus perſonis adoptionem fieri non poſſe, vna quæ adoptat, altera quæ adoptatur, tertia quæ det in adoptio-

Pulchra Euripidis ſententia de ſilentio.

In adoptione ſpeciali tres perſonæ requiruntur.

intra vrbem admittuntur, ad præfectum vrbi pertinet. l.1.hic. Hinc Iuuenalis Saty.13.

Hæc quota pars ſcelerum, quæ custos gallicus vrbis
Vſque à lucifero, donec lux occidat, audit
Humani generis mores tibi noſſe volenti
Sufficit vna domus.

Curaque annonæ ad huius officium ſpectat. l.1.§ cura carnis hic. l.1.C.eo. Nam ſub huius diſpoſitione eſt præfectus annonæ; & tribunus fori ſuarij, apud auctorem notitiæ Romani Imperij. Item quies popularium, diſciplina ſpectaculorum; & cetera id genus, de quibus in l.1.§.quies.hic. Cauſarum ciuilium, & pecuniarum nulla ei cognitio hic attribuitur, præter quã, ſi adeatur ab argentariis.l.penu.hic.aut contra ab aliquo, conquerente de fraude ab argentario commiſſa. At verò variis pœnis vtitur animaduertendo in facinoroſos. Et mentio hic fit relegationis, ac deportationis in inſulam, fuſtigationis, damnationis in metallum, interdictionis. &c. Eſtq; hoc præcipuum in eo, quod deportat in inſulam; quod præſidib. non permittitur. l.1. infra de l.3. Verum hæc poteſtas, vrbis fines, aut certe centeſimum milliare nõ excedit, l.1.§ cum vrbem. l.vlt. hic. l.4.C.eo. Quare non poteſt ex prouinciis homines euocare. l.2. C. eo. Extra vrbem tamen poteſt iubere iudicare, ſi vera eſt apud Vlpi. lectio in l.vlt.hic. Prætereà præfectus vrbi ex appellatione cognoſcit. leg. ſi apud. l.cum appell. Caſſiod. Tu ex deſignatis lege prouinciis ab appellatione cognoſcis.

Pœnarum genera quibus in facinoroſis vtebatur.

IN TIT. XIII. DE OFFICIO QVÆSTORIS.

VARIA ſunt Quæſtorum genera, quorum mentio eſt in iure ciuili. Quidam præſunt ærario, & à quærenda, conſeruandáque pecunia publica nomen habent, vt auctores ſunt Pomponius in l.2. de orig. iu. Taci. li.11. Vlp. hic. Suetonius in Clau. c.24. Collegia quæſtorum proſtratura viarum gladiatorum munus iniunxit, detractáque Hoſtienſi, & Gallica prouincia, curam ærarij Saturni reddidit, quam medio tempore prætores, aut vtique tunc prætura functi ſuſtinuerant. Hæc quæſtura initium eſt honorum gerendorum, vt hic Vlp. ait, & Cicero in Verrinis. Itaque quos olim principes ad honores prouehere cupiebant, curabant, vt Quæſtores crearentur: & hi proprio munere. Quæſturæ non fungebantur, ſed libris, epiſtolis, ſiue orationib. principium legendis vacabant. Sueto. in Nero. & Lampri. in Ale. Sed & de quibuſdam reb. orationes ad Senatum miſſas, præterito Quæſtoris officio, per Conſules plerunque recitabant. Candidatos principis ex ſua prouincia iuſſu munera populo dare, ſed vt poſt quæſturam acciperent præturam, & inde prouinciam regerent. Spartianus in Adriano: Quæſturam geſſit, in qua cum orationem Imperatoris in Senatu agreſtius pronuncians riſus eſſet, Latinis operam dedit literis Sueto. in Clau. Alij erant Quæſtores, qui quæſtiones, iudiciáque publica exercebant: quorum meminit Pomponius ſupra de ori. iu. Eſt & Quæſtor ſacri palatij, ſummus, ampliſſimúſque magiſtratus: quo functus eſt Tribonianus noſter. C. de vet. iure enucl. Huius officium verſatur circa leges dictandas, & preces, ac reſponſa principum ſubnotanda, vt eſt apud auctorem Notitiæ Romani Imperij. vide l.vlt.C. de diuer. reſcrip. & Nouel. 114. vt diui. iuſſi. ſubſcr. hab. Videturque non diſſimilis Cancellario Franciæ: quod vel Caſſiodori formula oſtendit. Itaque inter illuſtres hic recenſetur. l.2.C. de offici. quæſt. l. præcipimus. C. de appell. Hic iudicat cauſſas appellationum ſimul cum Præfecto prætorio. d.l. præcipimus. & Nouel. 23. de appella. Sub huius diſpoſitione ſunt militantes in ſcriniis. l.1.2.3.C.eo. Alius eſt Quæſtor inuentus, & inſtitutus à Iuſtiniano, ad vagos homines, peregrinos, & inertes inquirendos: de quo conſtitutio Nouel. 80. titu. de quæſtio.

Quæſtor à Iuſtiniano inſtitutus.

IN TIT. XIIII. DE OFFICIO PRÆTORIS.

PRAETOR iuris dicendi cauſa primum creatus eſt Romæ, l.2. inf. de orig. iur. quid autem ſit ius dicere, & iuriſdic. dicemus infra ſub ti. de iuriſdictione. Proponebat etiam edicta, vt admoneret ciues, de quibus rebus ius dicturus eſſet: quæ edicta pro iure certo, perpetuóque recepta ſunt. d.l.2. de orig. iur. l. ius autem. ſupr. de iuſt. & iure. Ex quo apparet maximam olim fuiſſe huius magiſtratus auctoritatem ac maieſtatem. No. 13. & apud Cic. lib. 10. epiſt. ad Plancum. Sed ea paulatim decreuit, tandemque in ordinem redacta eſt. Nam tempore Iuſtiniani nec dabat iudicia, nec edicta proponebat: nullaque huius magiſtratus formula apud Caſſiodorum reperitur. Et videtur recenſeri inter clariſſimos tantum. l.1. inf. de reb. eor. l.3. C. de proc. tametſi magis placeat aliis eum ſpectabilem eſſe Nou. 23. Huius poteſtas deſcribitur à Conſtantino in l.1.C.eo.ti. Et de ea quædam alia colligi poſſunt ex iis, quæ Vlpi. ac Paulus hic. tradiderunt in l.12. & vlt. Ab huius ſententia Præfectus vrbi appellatur. l.ſi apud. C. de appel. Hic tractatur q. de errore publico, ân ius faciat. Et ius facere dicitur l.3. Barbarius. hoc titu. Hæc ſiquidem lex ſcripta eſt Sabinum, qui ante monarchiam vixit. In hac igitur l. arg. ducto à minore vſus eſt Vlpia. quó probat quod ſi ſeruus fuerit prætor, qui ab omnib. habebatur liber, quæ ab eo geſta erunt, rata habenda eſſe. Nam olim quo tempore populus Romanus in comitiis centuriales prætores creabat, Barbarius Philippus prætor creatus fuit, qui ſeruus erat, ſed ab omnib. liber. putabatur, & humaniore ratione receptum eſt. nihil eorum, quæ in prætura ſtatuit, reprobari. Atque venia dignus eſt maiori vnius Imperatoris error, quam populi totius propter ἀγνοίας.

Poteſtas prætoris qualis.

IN TIT. XV. DE OFFICIO PRÆFECTI VIGILVM.

SCRIBIT Suetonius, Auguſtum aduerſus incendia excubias nocturnas, vigileſque commentum fuiſſe: quod maxime conuenit his: quæ à Paulo noſtro, & Vlpiano ſcribuntur in l.1.2.& 3. hic. Conſtituit Paulus, inquit l.3. hic oportunis locis Tribunos, vel (vt Dion ait) νυκτεπάρχους, quibus præeſſet Præfectus vigilum. Hic tamen ab initio magiſtratus non erat, ſed extra ordinem conſtituebatur. l.2. ſupra de origine iu. Eius poteſtas, & iuriſdictio copioſe ſatis hic deſcribitur in l.3. & 4. item l.1. C. eo. Medij hic ordinis eſt & ſpectabilis. l.3. hic. Multa autem de his vigilib. innouauit Iuſtinianus noua conſtitutione ſua 13. περὶ ἐπάρχου τῶν δήμων. Notandum eſt autem quod hodie qui excubiis præeſt nocturnis, nullam habet iuriſdictionem, ſed prehenſionem tantum, qualis eſt eques, qui nocturnis excubiis & vigilib. præeſt. Ludo. 12. Conſtitutione Capitanei & domini ciuitatum excubias curant, & certa vectigalia eo exigunt nomine: de prehenſis verò & in carcerem conjectis præfecti vrbium, ceterique magiſtratus pro ſua cognoſcunt iuriſdictione, regiis legibus illis attributa.

b

Digitized by Google

IN TIT. XVI. DE OFFICIO PROCONSVLIS ET LEGATI.

Cap. I.

MAGISTRATVVM, qui prouincias regunt, nomina olim fuerunt varia, proconſ. prætor. vicarius, præfectus, magiſtar militum, dux, comes, conſularis, corrector, præſes: quæ omnia ab auctore Notitię populi Romani enumerantur & fuſius explicantur, ſicut apud nos alij dicuntur ſeneſchalli, alij balliui. Et horum quidam erant ciuiles, alij vero militares. C. vt omn. iud. Conſonantia his eſt prouinciarum diuiſio apud Strabonem in extremo lib. 17. & apud Capitolinum in Marco Antonino. Præſidales autem prouinciæ inferiores erant ceteris, vt oſtendit Vopiſcus in Probo, his verbis: Permiſit ſenatui vt ius prætorium Præſidibus daret. Huc pertinet, quod Iuſtinianus pleraſque prouincias ex pręſidalib. prętorias, aut proconſulares effecit: & militarem poteſtatem cum ciuili coniūxit. Nouel. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. Erat enim proconſulis maior dignatio, & auctoritas, vt apparet ex eiuſdem Iuſtiniani No. 30. de proconſule Cappadociæ. Quamobrem ius proconſulare accipiebant ſæpe Imperatores ipſi, vt auctores ſunt Capitolinus in Pertinace, & in Marco, Lampridius in Alexand. Hodie medij ſunt, & ſpectabiles. l. pręcipimus. C. de appel. l. eos. C. de mo. mul. Proconſul autem dictus eſt quod conſularē habeat poteſtatem, & pro Conſule prouinciam adminiſtret.

Magna proconſulis dignitas.

Cap. II.

Quod ſit officium Proconſulis, & quæ eius poteſtas.

ANte ingreſſum prouinciæ vti poteſt inſignibus proconſularibus: nempe faſcibus, vehiculo argenteo & ceteris id genus. l. 1. & vlt. hic. Nou. 30 ſed iuriſdictionem non exercet, niſi voluntariam. l. 1. 2. 3. Edictum mittere debet de ſuo aduentu, ante quam ingrediatur, atque interdum mandare iuriſdictionem ſuam. l. 4. & 5. hic. Prudenter hoc dictum aſt ab Vlpiano. ex his enim quæ recepta ſunt, nihil eſt facile mutandum l. in nonis. de Conſtit. prin. In ingreſſu ipſo veterem morem, ac conſuetudinem ingrediendi ſeruare debet. leg. 4. hic. Poſt ingreſſum recipitur hoſpitio, ſed ita, ne oneret prouinciam: deinde mandat iuriſdictionem legato ſuo d. l. 4. tametſi eam mandare non cogatur. l. ſolet. hic. Exercet iuriſdic. ſimul cum legato, cui eam mandauit. Nec iuriſdictionem tantum, aut imperium mixtum cum iuriſdictione, ſed etiam merum imperium, id eſt, poteſtatem gladij: quam tamen poteſtatem non mandat legato ſuo, niſi extra ordinem, cum videlicet neceſſitas aliqua id exigit. d. leg. ſolet. hic l. nemo poteſt. infra de regul. iur. In ſumma omnium Romæ magiſtratuum partibus fungitur. l. ſi in aliquam. §. vlt. & l. ſeq. hic. Ac de officio eius in cognitione multa ſcribit Vlpia. in l. nec quicquam. hic, quæ lectionem tantum deſiderant. Circa extra iudicialia verſatur aliquando eius officium: nam & operum publicorum curam habet. d. l. ſi in aliquam. & rei militaris. l. obſeruare. d. l. ſi in aliquam. hic. A muneribus autem abſtinere debet: quamuis xenia ei accipere liceat. l. ſolet. hic. l. 6. & 7. infra ad l. Iul. repet. C. de contra. iud. Ceterum inferiorib. magiſtratibus & præſertim iudicibus qui publica habent ſalaria, non licet à priuatis munuſcula accipere, nec eſculenta quidem aut potulenta. §. pe. vt iud. ſine quoquo ſuffra. vnde Cic. in Verrem ait: Omnium rerum turpiſſimum maximéque nefarium eſt, ob rem iudicatam pecuniam accipere, pretio habere addictam fidem ac religionem. Ac ſi vxor cum eo proficiſcatur in prouinciam, eius factum præſtare debet. l. obſeruare. hic. vt Senatuſconſulto cautum eſt, cuius meminit Taci. lib. 3. & 4. Quæ præſidum omnium cōmunia ſunt, ab his debent obſeruari. l. nec quicquam §. vlt. hic. Si quis plura videre cupiat de huius magiſtratus officio, & poteſtate videat Ciceronem in epiſt. ad Q. fratr. & Iuſtiniani Nouel. 17. de manda. prin. poteſtas huius magiſtratus finitur aduentu ſucceſſoris in prouinciā. l. meminiſſe. l. vlt. hic.

Officium proconſulis circa extraiudicialia.

Cap. III.

De officio legati.

LEgati Proconſulis nihil habent proprium, ſed mandatam ſibi iuriſdictionem exercent leg. legati. 13. hic. leg. 1. §. qui mandatam. infra de offic. eius. Mandata ſibi iuriſdictione, iudicis dandi ius habent. l. legatus. hic. nam iuriſdictio conſiſtit in iudicis dandi licentia. l. imperium, infra dā iuriſdict. Tutoris etiam dandi ius habent. l. pen. hic. quia hoc ſpecialiter eis conceſſum eſt. l. 1. infra de tut. & cur. Apud eos fiunt manumiſſiones. l. apud proconſulem. infra de man. vind. licet ante ingreſſum prouinciæ id eis permiſſum non ſit. l. 2. hic. Sic conciliari poteſt antinomia quæ tacite in textum irrepſit, quando dicitur à Iureconſulto apud legatum proconſulis neminem manumittere poſſe. Cuſtodias audiunt, &, ſi res grauiorem animaduerſionem requirat, ad proconſulem remittunt. l. ſi quid erit. hic. l. 1. C. e. quoties de iure ambigunt. Proconſulem, non principem, conſulunt. l. ſolet. hic. Proconſul autem principem ipſum conſulere debet. Hinc tot reſcripta imperatorum ad proconſules promanarunt, quibus Imperatores ipſis proconſulibus eos ſuper aliqua iuris dubitatione conſulentibus reſpondent. Cetera cognoſci poterunt ex tit. de offi. eius cui mand. eſt iuriſdictio.

IN TIT. XVII. DE OFFICIO PRÆFECTI AVGVSTALIS.

POST Actiacum bellum victis Antonio & Cleopatra Auguſtus Præfectum conſtituit in Ægypto, qui ideó Auguſtalis dictus eſt, vt ait Strabo lib. 17. quia is primum Ægyptum in prouinciam redegit, & à ceteris prouinciis ſeparauit, propriámque ſibi ſeruauit. Conſtituendi eius cauſam commemorat Tac. lib. 1. qui ait, vates quoſdam prædixiſſe tunc demum liberam fore Ægyptum, cum faſces Romanorum in eam deferrentur. qua ſuperſtitione moti noluerunt eam prouinciam proconſularem facere. Quamuis autem hic inter Præfectos prætorio numeraratur: tamen minoris auctoritatis ac dignationis eſt, quam ceteri. l. 1. & 2. C. e. & ſpectabilis tantum dicitur. l. 1. C. de priva. car. l. quinque ſuminares. C. de decu. Hic ex appellatione cognoſcit. Nouell. 23. eique ſubſunt hæ prouinciæ, Libya ſuperior, Libya inferior, Thebais, Ægyptus, Arcadia, Auguſtanica. Deponit imperium aduentu ſucceſſoris in metropolim Ægypti Alexandriam, vt hic dicitur.

IN TIT. XVIII. DE OFFICIO PRÆSIDIS.

PRÆSIDIS appellatio generalis eſt, & ſpecialis, l. 1. hic. Nam appellatione Præſidis generaliter continentur, proconſul, legatus Cæſaris, corrector, conſularis, & omnes alij, qui prouincias regunt. C. vt omnes iud. tam ciui. quam crimi. Specialiter autem præſides dicuntur, qui cum præſidatus titulo in prouincias mittuntur: qui titulus ceteris inferior erat, vt ante diximus. Proconſulis maior dignitas, auctoritatéſque erat, cum ad prouincias proconſulares regendas ſenatores tantum, ac cōſulares mitterētur. l. 1. hic. Nā proconſul ſpectabilis eſt, ceteri fere prouinciarū rectores clariſſimi ſunt, excepto præſide Dalmatiæ, qui perfectiſſimus dicitur. Præſes autē prouinciæ maius imperiū omnib. habet in prouincia poſt principem. l. 4. hic. Cæterum

equites, quamuis nullo functi ſint magiſtratu, vt à plebeis ſeparentur. Tametſi autem hi tituli magiſtratuum fere acceſſiones erant: non inficior tamen principes his dignitatibus, quos vellent, arbitrio ſuo ornaſſe. Ammianus Marce. lib. 12. Nec ſub eo quiſquam cum clariſſimatu prouectus eſt. erant enim perfectiſſimi. Nam & pleriique illuſtratum vacantem, id eſt, ſine adminiſtratione, & quaſdam huiuſmodi alias dignitates à principe conſequebantur, quò honoratiores eſſent, vt ſcire licet ex formulis Caſſiodori, & l. 2. C. vt dign. ord. ſer. Quæri ſolet, an ſupra illuſtrem dignitatem aliqua reperiatur? Et exiſtimo nullum fuiſſe magiſtratum, cui amplior titulus adiiceretur ornamenti cauſſa, quam illuſtris. Conſulibus tamen, & patriciis, propter ſummam eorum dignitatem, nullus huiuſmodi titulus attribuebatur, qualem ceteris magiſtratibus attribui dicimus: vt apparet ea leg. 1. & l. 3. C. de conſ. Atque ideo ſupra illuſtres eſſe dicuntur in §. in ſumma. Inſtit. de iniur. l. eos. C. de vſur. l. ſi quando. C. de appel. Digniores enim & ampliores erant, quam vt hæc ad ſcititia ornamenta deſiderarent. Sed cur conſularem dignitatem clariſſimatum interpretantur iuris noſtri auctores. l. 2. C. de domeſt. l. 1. C. de præp. lab. cum (vt diximus) conſul nullum talem habuerit titulum? Et arbitror non de conſule hoc accipiendum eſſe, ſed de conſulari potius, qui inter moderatores prouinciarum erat: vt conſularis Palæſtinæ, de quo ante diximus. C. vt omnes iud. tam ciu. quam mili. Nam & huius conſularitatis formula apud Caſſiodorum legitur lib. 6. His ita explicatis, haud quaquam difficile eſt intelligere, quo ſenſu illud accipiendum ſit, Senatores eſſe, qui à patriciis, & Conſulibus vſque ad omnes illuſtres viros deſcendunt in l. vltim. hic. Quæ verba videntur non Vlpiani eſſe, ſed eorum, qui Pandectas compoſuerunt, vt Haloander credidit. Eſt igitur eorum verborum ſenſus: Senatores non tantum eos accipiendos eſſe, qui in Senatum lecti ſunt, ſed etiã Patricios, & conſules: item præfectos prætorio, & alios, qui inter illuſtres habentur. Nam illuſtres depoſita adminiſtratione ius ſententiæ dicendæ in Senatu habebant, & idcirco dicebantur ſenatorij ordinis eſſe. l. 4. C. vbi ſena. vel cla. l. vlt. C. de præp. ſac. cub. Quinimo & vacantes, id eſt, qui honoribus imaginariis & magiſtratibus functi erant, & ſine vlla functione à principe creati, idem ius plerunque habuerunt vt intelligitur ex Nouel. 69. tit. de decurionibus.

Cap. II.

Quæ Senatorum propria ſunt.

I. Dignatio & amplitudo huius ordinis iam ſatis nota eſt ex iam dictis. Vnde non immerito dicitur ordo Senatorum ampliſſimus paſſim in iure. l. 2. infra ad Velleian. & princeps ipſe teſtatur ſe ordinis ſenatorij eſſe. l. ius ſenatorum. C. de dig. l. quiſquis. C. ad l. Iuliam mai. Non omnes tamen eiuſdem gradus, dignitatiſque ſunt qui in ſenatorium ordinem aſcribuntur. Sunt enim conſulares, præfectorij, & ſimiles. l. ſpadonem. infra de exc. tuto. Quare mirum videri non debet, quod ſenatores plerunque illuſtres eſſe dicantur. l. vlti. C. de tut. ill. perſ. l. 3. C. de ſilen. quamuis clariſſimi tantum ſint, qui nihil aliud quam ſenatores ſunt.

Senatorũ poteſtas. II. Poteſtas ſenatorum late patet, non tantum propter iudicia, quæ exercent, l. 1. à quib. appel. infr. ſed etiã quia reſtituunt famæ. l. 1. §. 8. infra. de poſtulan. & ius faciunt: l. non ambigitur. ſupra de legibus. & eam iudicandi poteſtatem habent, vt ab iis appellari non poſſit, & omnes prouocationes à quocunque iudice à ſenatu recipiuntur.

III. Immunitatem habent maximam, & priuilegia, de quib. pleraque extant ſub tit. C. de digni.

IV. Dignitas eorum pertinet ad fœminas. l. 1. l. fœminæ, l. mixtæ, hic, l. 1. iuncta l. mulier. C. de dignit. Animaduertendum eſt quod hoc caput ſumptum eſt ex tit. de cenſib. in quo I.C. tractat plerasq; quæſtiones, maxime de immunitatibus. Hinc quæſtio hæc naſcitur de fœmina conſulari, quæ conſulari nupſit. Cum quæritur de prælatione in dignitate eadem, vir & mulier pares ſunt, ſed in virili ſexu maior eſt dignitas. Quod ſi maior in muliere dignitas fuerit, reſpondet I.C. nihil officere: & hoc prodeſt quando dicitur habendam eſſe rationem eius qui maioris eſt dignitatis. vide leg. reſcriptum. & leg. iuriſgentium. § vlt. de pactis. Sciendum eſt maiorem eſſe in ſexu virili dignitatẽ. Quæ quidem omnia tractata ſunt ab Vlpiano ſub illo exemplo, vbi differit, de iis quæ in fraudem creditorũ ſunt alienata.

V. Dignitas ſenatorum ad filios eorum, liberoſque pertinet d. l. fœminæ, hic. Ac prohibentur filij ſenatorũ non minus quam ſenatores ipſi libertinas vxores ducere. l. lege. infra de ritu nup. Atque hinc multæ naſcuntur quæſtiones de ſenatorum filiis l. 5. 6. 7. 9. 10. ſpecieſque multæ proponuntur, in quibus quæritur, qui ſenatorum filij habẽdi ſint. Vnam hic tractare nobis viſum eſt, cæteris omiſſis, quæ non adeo difficilem explicationẽ habẽt. Quæſtio eſt, an filius ſenatoris dicatur, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatẽ. l. 5. hic. Oritur autẽ quæſtio ex ambiguo, quoties lege illud expreſſum non eſt, quod tamen aliquando accidit, vt l. cum aduocatio. C. de aduoca. diuer. iud. l. vltim. C. de dec. l. vltim. C. de his qui ſpon. mu. pu. Et exiſtimo benigniorem interpretationem accipiendam eſſe, vt filius ſenatoris etiam is dicatur, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatem. l. moris. §. ſed verum. infra de pœnis. l. 2. §. in filiis infra de dec. Sic filia honeſtæ mulieris, nõ ſcenicæ, habetur, quæ tempore natiuitatis ſcenicam matrem habuit, ſi mater poſt natiuitatem filiæ ſcenica eſſe deſierit. l. imperialis. §. his illud. C. de nupt. Obiicitur nobis Conſtantini reſcriptũ, cuius hęc verba ſunt ſub titu. de digni. l. ſi ſenator, ſubobſcura propter hyperbatũ: Si ſenator vel alius clariſſimus priuatos habeat filios, quippe editos antequã ſuſciperet dignitatẽ (quod non ſolũ circa maſculos dignoſcitur cõſtitutũ, verum etiã circa filias ſimili conditione ſeruandũ (cũ autem paternos honores inuidere filius non oporteat, à ſenatore, vel ſolo clariſſimo ſuſceptum, in clariſſimatus ſciendum eſt dignitate manſurum. Verum hoc reſcriptũ, ſi recte intelligatur, maxime conſentaneum eſt noſtræ ſentẽtiæ. Vult enim Conſtãtinus, ſi ſenator priuatos ſuſceperit filios, nẽpe editos ante ſenatoriam dignitatẽ, quamuis nõ videãtur clariſſimi eſſe, tamẽ quia durum eſt paternos honores filiis inuidere, benigniore interpretatione inter clariſſimos referri. Parentheſis autẽ oſtẽdit hoc ius non ad maſculos tantum, ſed etiam ad filias pertinere. Qui aliter interpretati ſunt hoc reſcriptum, non animaduerterunt conſtructionem, & formam orationis cœptæ nonnunquam immutari poſt parentheſin. Quod frequentiſſimum eſt apud auctores tum Græcos, tum Latinos, vt annotauit Budæus noſter in commen. Græcæ linguæ. Hic occurrit difficilis antinomia. à D. Marco conſtitutum eſt, ne liberi eminentiſſimorum quæſtioni ſubiicerentur. Hoc tamen priuilegio vtitur nepos ſi filius nulla fuerit aſperſus infamia, nam tunc filius impedit ne priuilegium tranſeat ad nepotem. Contra tamen hic ait Vlpia. dignitatem potius prodeſſe debere nepoti, quam caſum patris debere ei nocere: ſed eſt diuerſa ratio, ergo diuerſum ius eſt ſtatuendum. Non enim homines facile quæſtioni ſunt ſubiiciendi propter violati pudoris maculam, turpẽmque labem, quam Fulgoſius infamiam interpretatur.

VI. Senatores perpetui ſunt, & ἀδιάδοχοι, non vt magiſtratus temporarij. Mouentur tamẽ ordine, ſi iuſta id cauſa ſuadeat. l. 2. 3. 4 hic. Nec ideo capite minuuntur, quia dignitas mutatur, nõ ſtatus. §. quibus. Inſt. de cap.

mi. Nec prohibentur in vrbe morari: quamuis militibus ignominia miſſis id prohibitum ſit. l. 2. §. miles. infra de his qui not. infra l. ſed & milites. §. ignominia. infra de excuſat. toto.

VII. Domicilium non mutat ſenator, ſi forte in municipio aliquo domicilium habeat. l. penul. hic. nam domicilium re & facto transfertur. l. domicilium. infra ad municipalem An autem municeps eſſe deſinat, alterius loci eſt quæſt. l. filii. l. municeps. inf. ad municip.

VIII. Inter priuilegia ſenatorum vnum habendum eſt ex leg. ſed & ſi ſuſcepit. inf. de iudi. iuncta l. fœminæ. hic. vide l. patronus. infra de legat. 3.

IN TIT. X. DE OFFICIO CONSVLIS.

SCRIBIT Pomponius in l. 2. ſup. de orig. iu. exactis regib. Conſules duos conſtitutos fuiſſe, penes quos ſummum ius erat. Ac de his loquens Cicero in legibus ſuis, Regio, inquit, imperio duo ſunto. Fuit ergo ſummus magiſtratus quondam Romę. Ac tēpore etiam Iuſtiniani ſummæ dignationis fuit: quamuis poteſtas eius multum imminuta eſſet. Dignationem, & magnificentiam oſtendunt proceſſus, & inſignia, quæ deſcribuntur à Iuſtiniano Nouel. 105. ti. de Conſ. præterea quæ leguntur apud Caſſiodorum lib. 6. Var. Officium eius ita hic deſcribitur, quaſi in ſeruorum manumiſſione tātum conſiſtat. Sed ex aliis locis quædam alia colliguntur ad ius officium pertinentia. Nam imperium habere dicitur à iuris noſtri auctoribus. l. apud. inf. de manumiſ. vind. l. 3 & 4. inf. de arbitr. l. 2. inf. de in ius vocan. ſicut & olim habuit. leg. 2. ſupra de orig. iur. Præterea ius dicere eum obſeruauimus. l. quidam conſulebant. infra de re iudi. Et expreſſum alicubi eſt, cum de fideicommiſſis cognouiſſe. vt l. Celſus. infra de lega. 2. l. 3. infra de alim. lega. §. 1. Inſti. tit. de fideicom. Fab. lib. 3. c. 7. Item & de quibuſdam aliis cauſis, vt hi loci indicant. l. tutores. de admin. tut. l. 1. infra de appel. l. ſi cui libertas. infra de cond. & demon. Circa ſeruorum manumiſſionem quędam hic tractātur non valde obſcura: excepto eo, quod de Conſule minore viginti annis dicitur. Id enim cum alio eiuſdem Vlpiani loco pugnare videtur in l. ſi rogatus, infra de manumiſ. vindi. Verum id ita accipiendum eſt, Conſulem, qui minor eſt viginti annis, ita demum apud ſe manumittere poſſe, ſi cauſa apud collegam probata ſit. Nam cum manumittere nō poſſit propter ætatis infirmitatem, vt ab eo facta manumiſſio valeat, requiritur cauſæ cognitio apud collegam.

IN TIT. XI. DE OFFICIO PRAEFECTI PRAETORIO.

Cap. I.

Prætoria quid. PRAETORIA olim dicebantur loca, in quib. habitabant, aut ius reddebant Prętores. Nouel. 24. de præſ. Piſid. Hic autem prætorium pro domo principis, & aula accipi videtur: & præfectus prætorio dici, qui cohortib. aulæ præeſt. vide Sueton. in Cali. ἔπαρχος τῶν δορυφόρων dicitur à Dione: ab aliis ἔπαρχος αὐλῆς. Huius magiſtratus originem docet Arcadius noſter, hic, & Pomponius ſupra de orig. iur. Sed paulatim creuit eius auctoritas, & dignatio, adeo vt inter illuſtres nunc habeatur. Et poteſtate nulla dignitas huic æqualis eſt, auctore Caſſiodoro.

Cap. II.

Varia Præfectorum prætorio genera.

PRæfectus prætorio vnus fuit in aula, & comitatu principis. l. præcipimus. C. de appel. Fuit & præfectus prætorio per Orientem, cuius eius etiam meminit auctor notitiæ Romani Imperij. C. de offici. præfecti prætorio. Hic diœceſes quinque habebat, Orientem, Ægyptum, Aſianam, Ponticam, Thraciam. & harum diœceſeon quælibet certas habebat ſub ſe prouincias. Nam Orientis prouinciæ quindecim numerabantur, Ægypti ſex, Aſianæ decem, Ponticæ decem. Thraciæ ſex. Fit etiam mentio præfecti prætorio per Illyricum. C. eod. titul. & tit. de offi. præf. præt. Afric. Huius diœceſes fuerunt duæ, Macedonia, & Dacia. Sub Macedonia quinque prouinciæ numerantur. Sub Dacia ſex. Meminit quoque Iuſtinianus præfecti prætorio Africæ C. de offic. præf. præt. Afri. quem conſtituit poſt deuictam Africam, & à VVandalis ereptam, vt ipſe teſtatur. Africam hic accipimus, non tertiam partem orbis terrarum, ſed minorem Africam, cuius caput erat Carthago, vt ex conſtitutione Iuſtiniani, quæ de officio huius præfecti eſt, apparet. Apud eundem auctorem notitiæ Romani imperij commemorantur & alij præfecti in imperio occidentali: velut præſ. præt. Italiæ. præfectus prætorio Galliæ.

Cap. III.

De poteſtate Præfectorum.

NVlla dignitas poteſtati huic ęqualis eſt, vt iā diximus. Nā ſupremi iudices ſunt. & de appellationibus cognoſcūt. d. l. præcipimus. C. de appellatio. nec ab eorū ſententia appellatur, vt hic dicitur. Admittitur tamē aduerſus ſentētiā eorū ſupplicatio, C. de ſent. pręf. præt. l. ſi quis C. de precib. imp. offer. No. 119. vt ſpon. largi. quæ in Gallia dicitur *requeſte ciuile*, & ſæpe in foro locum habet, vt & nōnūquam aliud remediū quod noſtrates Galli vocant *propoſition d'erreur*. Reſtituitur etiā minor aduerſus ſententiam præfectorū pętorio: ſed ab ipſis tātū, nō etiā ab aliis magiſtratib. vt hic & l. præfecti. inſt. de min. Prętere a publicæ diſciplinæ emendatio ipſis cōmittitur, vt hic Arcadius ait. Itaque in iudices etiā inferiores animaduertunt. l. 3. C. eod. Deniq; pręfectus prætorio ius cōſtituit perpetuū, modo nihil legib. contrariā ſtatuat. l. 2. C. eo. Quare poteſtatē principi proximam, & propè æqualē habet. Libellus tamen ei datus litis cōteſtationē nō facit. l. 1. C. eod. ſicut libellus principi datus. l. 1. C. quando li. pr. da. lit. cōteſt. fac. Solet autē quæri, cui noſtrorū magiſtratuū cōparari poſſit. & puto nullum eſſe ſimilem, faciléque aſſentior dicentib. reges ſimiles eſſe pręfectis pętorio, qui ſe Imperatori ſubditos fatebantur. Hi autem præfecti pętorio ſuos vicarios in prouinciis habebant, qui illorum vice fungerentur.

IN TIT. XII. DE OFFICIO PRAEFECTI VRBI.

OLIM cum in Republica non erant magiſtratus, ſed proficiſcebantur militiam forte, aut in prouincias earum regendarum cauſa, conſtituebatur Præfectus vrbi, qui ius diceret in vrbe, vt auctores ſunt Pomponius l. 2. § 17. de orig. iur. & Taci. l. 3. Suetonius ſcribit Iulium Cæſarem Præfectos pro Prætoribus cōſtituiſſe, qui præſente ſe res vrbanas adminiſtrarent. Hinc cuſtos vrbis à quibuſdam dicitur, veluti à Iuuenale Satyr. 13. & Seneca epiſt. lib. 12. epiſt. 84. vbi L. Piſonem vocat vrbis cuſtodem, & eodē in loco, Officiū inquit, quo tutela vrbis cōtinebatur, diligētiſſimè adminiſtrauit. Nā & de huius Piſonis præfectura meminit Tacit. li. 5. inter illuſtres autem numeratur præfectus vrbi. l. quicquid. C. de aduo. diuer. iud. & dignitate par dicitur eſſe Præf. pręt. l. 1. C. de pręf. pręt. lib. 12. & magiſtratuū vrbis maximus. l. 3. C. eo. tit. Eſt. n. prętore maior, quāuis olim inferior eſſet, vt videre eſt ex Gellij lib. 14. ca. 7. Sed & criminū omniū cognitio, quæ intra

Quæ ſit dignitas Præfecti vrbis.

Poteſtas eius & imperium.

cunque loco emancipari filius poſſe dicitur l. emancipari. hic. §. ſerui. Inſtit. de libertat. l. apud proconſulem. 17. infra de manum. vindi. & leg. 2 de offic. proconſ. & quia Comes Palatinus poteſt filios legitimare, an & ſuos filios naturales poſſit legitimare quæritur? Quod poſſe videtur, cum ſimilis ſpecies ſit, eademque ratio vtilitatis id ſuadeat. Alia quæſtio eſt de tabellione qui conficit inſtrumenta de re ſua, cùm ratio longe alia, longéque diuerſa videatur, itaque inſtrumenta de re ſua conficere non poteſt, quia tabellio eſt veluti teſtis loco, at nemo idoneus eſt in ſua cauſa teſtis. l. omnibus. l. nulla. de teſtib. Præterea conſenſus neceſſarius eſt, & præſentia tam patris quàm filij. l. iubemus. Cod. eod. Huc pertinet Nouella. 74. titu. quib. mod. nat. effic. ſui. §. generaliter. quod ſi forte abſens ſit filius, non aliter quàm reſcripto principis emancipari poteſt, quo caſu conſentire quidem filium oportet, ſed quocunque tempore, & apud quemcunque iudicem poterit conſentire. dict. l. iubemus. & §. præterea. Inſtit. quibus mod. ius pat. pot. ſol. nulla cauſæ cognitio neceſſaria eſt, ſed conſenſus parentis ac filij ſufficit. leg 3. C. eod. ſcriptura hic non tam conſideratur quam veritas. l. 2. C. eod. Antiqua ſolennitas ſublata eſt l. vlt. C. eod. tit. quam deſcribunt Caius & Theophilus in Inſtit. lib. 2. tit. quib. mod. lib. exeant de pot. par. eiúſque ſolennitatis ratio & origo ex legib. 12. tab. ex Vlpiano in Inſtit. tit. tit. 10. qui in poteſtate mancipióve ſunt. & ex Dionyſio lib. 2. cognoſci poteſt, ex quo apparet cur emancipatio inter legis actiones ſeu legitimos actus referatur. Nouell. 81. conſtit. quæ de dignit. l. actus legitimi. infra de reg. iur. ex iam dictis conſequitur liberum eſſe patri emancipare filium, nec ad id cogi poſſe l. liberum. & l. non poteſt. hic. l. nec auus. C. eo & §. vlt. Inſt. eo. præterquam incertis caſibus exceptis, qui extant in l. nonnunquam. hic. l. 3. §. ſi quis minor. de minoribus. l. ſi cui legatum. 3. de condit. & demon. l. vlt. ſi à par. quis manum. fuerit. l. ſi lenones. C. de epiſc. audient.

Cap. XIIII.

De effectu emancipationis.

PRæcipuus emancipationis effectus is eſt, quod ſui iuris efficitur filius emancipatus, cum liberatur patris poteſtate. §. 1. Inſtit. quib. mod. ius pat. pot. ſol. & l. 1. ſi à par. quis man. fuer. Quod adeo verum eſt, vt filius poſtea inuitus redigi nequeat in patris poteſtatem. l. vlt. de tis qui ſunt ſui vel alien. iuris. Adde quod ſi pater emancipauerit filium non iure nec ſolenniter, tamen aduerſus factum ſuum controuerſiam mouere prohibetur. l. Poſt mortem, hic. Tametſi alius talem emancipationem impugnare poſſit. l. Ab ea parte. de probat. Verum ob ingratitudinem filius emancipatus in poteſtatem patris reuocatur. Huc pertinet tit. C. de ingra lib. Hæc de prima & ſecunda parte huius tituli dicta ſufficiant: reſtat vt quædam de tertio parte rubricæ dicamus.

Pœna ingratitudinis.

Cap. XV.

De alijs modis quibus patria poteſtas ſoluitur.

SVnt & alij modi quibus patria poteſtas ſoluitur, veluti mors patris aut aui. §. 1. Inſtit. quib. mod. ius pat. pot. ſol. Item ſi filios patritiatus dignitatem ab Imperatore conſecutus ſit. §. filiusfa. eo. tit. nepos tamen recidit in poteſtatem patris mortuo auo, ſi pater ſuperuixerit, & in aui familia manſerit. Si vero pater fuerit emancipatus ab auo, nepos non reuertitur in poteſtatem patris, quamuis poſtea forte adoptatus pater ſit ab auo, quia per adoptionem, quaſi quiuis extraneus poteſtati adoptantis ſubiicitur. d. §. 1. quib. mod. ius pat. pot. ſol. l. Si pater filiũ. hîc. cetera hîc omittimus, quia in Inſtitutionibus Iuſtiniani extant, nec vllam requirunt explicationem, cum per ſe ſatis ſint & perſpicua & facilia.

IN TIT. VIII. LIB. I. PANDECT.

Cap. I.

De rerum diuiſione & qualitate.

OMNE ius pertinet vel ad perſonas, vel ad res vel ad actiones, vt ſupra dictum eſt l. 1. de ſtat. hom. itaque poſt tractationem de perſonis ſubiiciuntur diuiſiones quædam rerum.

Prima diuiſio.

Quædam res ſunt diuini iuris, aliæ ſunt iuris humani. l. 1. Hæc diuiſio comprehendetur ſub diuiſione ſecunda, vbi explicabitur.

Secunda diuiſio.

Quædam res communes ſunt, aliæ ſunt publicæ, aliæ vniuerſitatis, aliæ nullius, aliæ ſingulorum l. 2. hic, & Inſtit. de rer. diuiſ. Communia ſunt omniũ iure naturali, aer, aqua perfluens, mare &c. d. l. 2. & 3. diſtinctis enim rerum dominiis hæ res manſerunt in cõmunione, partim quia non poterant diuidi, partim quia non expediebat. Mare igitur natura omnibus patet. l. venditor. commun. præd. Proinde piſcari cuiuis licet in mari. l. 4. & 5. adeo vt prohibens piſcari, actione iniuriarum teneatur. l. iniuriarum. inf. de iniuriis. Itẽ ædificare quoque in mari permittitur. l. pen. hic. l. 1. § quod ſi quis. de no. ope nuntiat. litorum quoque maris vſus communis eſt, proprius vero nullius. d. l. 2. hic. §. litorum. Inſtitut. de rer. diuiſ. & l. litora. de contrah. empt. Quod ergo in litore ædificamus, noſtrum eſt. l. quod in litore. l. quamuis, de acquiren. rer. dom. quod autem dicitur litora eſſe communia, non publica, ſic accipiendum non eſt, quaſi de iis ſtatuere non poſſit populus quod è republica eſſe videtur. Nam & Prętoris edictum adhibendum eſſe interdum dicitur. d. l. quamuis hic. Quare litora in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani eſſe nõ male dicimus. Sed animaduertendum eſt, cũ dicimus, neminem prohiberi in litore ędificare, non id eò pertinere, vt is qui ædificauit, dominus eius loci in perpetuum ſit, vt dominium eius loci in perpetuũ ſibi acquirere poſſit, ſed tantum quamdiu ædificium manet: leg. in tantum, in princ. hic. nam diruto ædificio locus priſtinæ reſtituitur libertati. Publica quædam ſunt, id eſt, populi Romani. leg. bona ciuitatis. de verborum ſignificatio. veluti flumina, portus &c. l. 4. hic. & Inſt. eo. tit. §. flumina. Riparum vſus publicus eſt, ſed proprietas eorum eſt quorum prædiis adhærent. l. 5. & §. Riparum. Inſtit. eod. flumina igitur & ripæ fluminum non ſunt occupantium, ſicut mare & litora maris. dicuntur tamẽ alibi flumina publica iuris gentium eſſe. l. adeo. de acquiren. rer. dom. aut populi Romani, aut alterius gentis, per cuius terram & regionem decurrunt. Sed an hic vſucapio locum habeat, & an res publicæ vſucapi poſſint, quæſtio eſt alterius loci: pertinet enim ad titulum de vſucapio. & l. ſi quiſquam. de diuerſ. & tempor. præſcript. Vniuerſitatis ſunt res cuiuſque ciuitatis, municipij, collegij, corporis. d. l. in tãtũ. & §. vniuerſitatis. Inſtit. eod. tit. quæ n. ciuitatis ſunt, nõ recte dicuntur ſingulorum ciuiũ eſſe, nec earum rerũ nomine tanquam communium iudicium datur communi diuidundo.

Nullius autẽ ſunt res ſacræ, religioſæ, ſanctæ, quia in nullius ſunt patrimonio, ſunt cõmercio hominũ exemptæ, d. l. in tantum, & §. nullius, Inſtit. eod. tit. ſic enim accipitur in hoc loco, tametſi res publicæ dicantur alibi in nullius bonis eſſe, quòd in ſingulorũ bonis nõ ſint ſed vniuerſitatis. l. 2. hic &c. Item res quæ iure naturali communes ſunt, occupanti conceduntur. l. 2. de acquiren. rer. dom. res ſacræ dicuntur quæ publicè conſecratę vel dedicatæ ſunt. l. in tantum. §. ſacræ. l. ſancimus. C. de ſacro. ſan eccleſ. & Inſtit. de rer. diuiſio. §. ſacræ. Verum

verum hic obiter & per tranſennam notandum eſt tradi præcepta quædam, quæ ſeruare debet præſes in prouincia regenda: veluti ne prouinciales in vlteriorem familiaritatem admittat, & cetera id genus. Officium eius in his verſatur: In primis in iure reddendo, quod, quemadmodum facere debeat, Calliſtratus docet in l. obſeruandum. hic. Sed ius reddit tantum in homines prouinciæ ſuæ. l. 3. hic. Item ius non reddit ſuis. l. ſenatuſconſulto, hic. ſed in ſuos poteſt. l. 4. C. de offi. rect. prouin. Iuriſdictionem exercet voluntariam, & contentioſam. l. 2. hic. Dat iudicem, ſi ita ei viſum fuerit. l. ſæpe. & l. ſeq. hic. & l. placet. C. de pedan. iud. In facinoroſos animaduertit gladio, pœna metalli, & aliis huiuſmodi pœnis l. illicitas. §. qui vniuerſas. hic. In vincula conficit non tantum nocentes, ſed etiam furioſos, qui aliter contineri non poſſunt. l. congruit. & l. diuus. hic. Non deportat in inſulam. l. 1. infra de leg. 3. l. inter pœnas. infr. de interd. & releg. In pœnis infligendis ſeuerius animaduertit, propter circumſtantiam aliquam: quia in re plerumque damni dati rationem habet. l. vlt. hic. Vltro conquirit facinoroſos interdum, vt quieta ſit, pacatáque prouincia. leg. congruit hic. Curare debet, vt omnis fraus, ſimulatio, iniuria, & vis prohibeatur. l. illicitas. hic. Ædificiorum refectio ad ipſius curam pertinet. l. 7. hic. Mulctã dicit, eámq; remittit interdum propter inopiam. l. illicitas. §. vlt. hic. l. eos. C. de mo. mul. l. aliud. inf. de verb. ſign. Omnium igitur magiſtratuum, qui Romæ ſunt, partibus fungitur leg. ex omnibus. & l. ſeq. hic. Nec recuſari poteſt, cum nemo audeat tanto iniicere ſuſpicionem magiſtratui. Donum non capit. l. plebiſcito. hic. Fines prouinciæ non excedit. l. illud. hic. Finitur poteſtas eius aduentu ſucceſſoris. l. ſi forte hic. Abdicatione non amittit imperium. l. pen. hic. Finita poteſtate manet in prouincia quinquaginta dies. C. vt omnes iud. & Nou. 8. vt iud. ſine quoquo ſuffrag.

IN TIT. XIX. DE OFFICIO PROCVRATORIS CÆSARIS, vel Rationalis.

Procurat. Cæſar. nomine. PROCVRATOR Cæſaris dicitur, qui rerum principis priuatarum procurationem habet: quam procurationem primum ſub Seuero conſtitutam fuiſſe auctor eſt Spartianus. Idem & Rationalis dicitur in inſcriptione, ſicut & apud Capitol. & Lampridium in Alexandro, & in l. 2. C. de mo. mulct. noſtri autem Conſulti qui caſtius locuti ſunt, eum qui publicum fiſcum curaret, procuratorem Cæſaris, non rationalem dixerunt. Dicitur etiam curator Cæſaris. l. vlt. hic. & procurator priuatæ rationis. l. procurator. C. de eden. & rationalis rei priuatæ l. vlt. C. de aduo. fiſ. l. 4. C. de fund. rei pri. & præfectus fiſci. l. 2. infr. ne quid in loco pub. & ἰδιόλογος in Ægypto apud Strabonem lib. 17. Differt à comite rerum priuatarum, de quo extat titulus in C. nam ſub hoc comite erant rationales rerum priuata. baſtagmata priuata: nam βάσταγμα fuit ferculum rebus fiſcalibus deportandis accommodatum. præpoſiti gregum & ſtabulorum procuratores ſaltuum. atque etiam ſub diſpoſitione illius Comitis erant ſacræ largitiones, apud auctorem notitiæ Romani imperij. Sed alia poteſtas acceſſit huic comiti, vt conſtat ex formula Caſſiodori lib. 6. Var. De huc comite ſcribit Theodoricus lib. 3. Eccl. hiſt. c. 12. Eſt & alius comes, qui dicitur ſacrarũ largitionum, qui donis præſidet principis, & remunerationibus, auctore Caſſiodoro. l. palatinos C. de pal. ſac. lar. Sed aucta eſt eius poteſtas, & quædam alia ei attributa ſunt, vt Caſſiodorus oſtendit. *Eius officium.* Hic autem rem gerit Cæſaris, ſicut alius quiuis procurator, tametſi quædam præcipua, ſpecialiáque habeat. l. 1. & 2. hic. Nempe quod Cæſaris nomine hæreditatem poſſit adire & colligere principis pecuniam ſiue ex hæreditate, ſiue ex delicto, ſiue aliunde debitam: iuriſdictionem nullam olim habuit, vt aperte oſtendit Dion. in Tiberio. Primus omnium Diuus Claudius iuriſdictionem ei dedit. Tacit. lib. 12. Eodem anno ſæpius audita vox principis, parem vim habendam rerum à procuratoribus ſuis iudicatarum, ac ſi ipſe ſtatuiſſet. Ac ne fortuito prolapſus videretur. Senatus quoque conſulto cautum plenius quam antea, & vberius fuit. Sueton. in Clau. Vt rata eſſent, quæ procuratores ſui in iudicando ſtatuerent, precario exegit. Rationales tam cito mutabat, vt nemo niſi annum compleret, eóſq; malum neceſſarium vocabat. Hodie iuriſdictionem habet inter fiſcum, & priuatos. l. nec quicquã. ſupra proxi. tit. l. 1. C. de iuriſd. l. procurator. C. de eden. & tit. C. vbi cauſa fiſc. Pœnæ tamen conſtituendæ ius non habet. l. vlt. hic.

IN TIT. XX. DE OFFICIO IVRIDICI ALEXANDRIÆ.

STRABO lib. 17. ſcribit ſub præfecto Auguſtali, qui vicem principis obtinebat, fuiſſe δικαιοδότην, quem hic iuridicum dicimus, & penes hunc fuiſſe iuris dicendi poteſtatem. Spartianus in Seuero: Alexandrinis ius Buleutarum, id eſt, creandorum decurionum dedit qui ſine publico conſilio, ita vt ſub regibus, ante viuebant, vno iudice contenti, quem Cæſar dediſſet. Eius officium verſatur in iuriſdictione. itaq; poſſunt adoptiones apud eum fieri, quaſi legis actionem habeat. l. 1. hic. Tacitus lib. 12. Diuus Auguſtus apud equeſtres, qui Ægypto præſiderent, lege agi, decretáque eorum perinde haberi iuſſerat, ac ſi magiſtratus Romani conſtituiſſent. Dario tutoris ſpecialiter quoque huic permiſſa eſt. l. 2. hic. Item donationum inſinuatio, publicatióque apud hunc magiſtratum fit. l. 1. eo. tit. Et huic Auguſtus præfecto Ægypti quaſi ſpeculatorẽ appoſuit. Erant præter ſupradictos magiſtratus Romę & in prouinciis alij magiſtratus, vt Duumuiri, ciuitatũ defenſores, ſicut Tribuni plebis Romæ. Et ita hi ſunt diſtinguendi magiſtratus. Tacitus lib. 12.

IN TIT. XXI. DE OFFICIO EIVS, CVI MANDATA eſt iuriſdictio.

De hoc dicemus infrà ſub titulo de iuriſdictione omnium iudicum.

IN TIT. XXII. DE OFFICIO ASSESSORVM.

SOLEBANT olim magiſtratus aſſeſſores quoſdam, & conſiliarios aſſumere, quorum in conſilio in reddendo iure vterentur. l. 1. C. eo. Quo munere functi ſunt aliquando Paulus, atque Vlpi. apud Papinianum Præfectum prætorio, vt auctor eſt Lampridius in Alexandro. Vide l. metum. §. ſed quod prætor infrà de eo quod met. cauſ. Verum ita demum magiſtratibus licet hos deligere, ſi idonei ſint. Eligi enim debent viri ſpectatæ probitatis, innocentiæ, & integritatis, & præſtantes ſcientia iuris. Infames aſſidere prohibentur. l. licet. 2. hic. Libertos aſſidere poſſe Martianus ait, d. l. 2. quanquam lege Viſellia ab honoribus repelluntur. C. ad leg. Viſel. *Quales aſſeſſores.* Hinc Sueton. in Nerone: In curiam libertinorum filios diu non admiſit, admiſſiſque à prioribus Princip. honores denegauit. Item non poſſunt in prouincia ſua aſſidere vltra quatuor menſes l. in cõſiliariis. Cod. eod l. hi qui. l. ſi cui. inf. ex quib. cauſ. maio. Spartianus in Nigro: Huius illud fuit, vt nemo aſſideret in ſua prouincia, qui

locus ſatis indicat Nigrum imperatorem huius iuris auctorem fuiſſe. Sed quid dicemus, ſi eadem prouincia ſub duobus Præſidibus conſtituta eſt, vt Germania, aut Myſia? Martianus ait, eum, qui ex altera prouincia ortus eſt, in altera aſſidere poſſe. l. 3. hic. Hinc etiam exiſtit quæſtio, an in conſilio curatoris Reip. ſiue ciuitatis alicuius, vir eiuſdem ciuitatis aſſidere poſſit: videtur enim eadem ratio, aut etiam maior, quam in præſide prouinciæ. Sed quia publico ſalario non fruitur, id ei permiſſum eſt. Quis enim abſque ſalario in alienam ciuitatem iret? l. vlt. hic. Curatorum autem huiuſmodi mentio eſt alibi, vt in l. Imperatores. inf. de pact. l. 3. inf. quod vi aut clam. l. ad curatoris. inf. de dam. inf. l. Imperatores. inf. de admi. rer. ad ciui. perti. Capitolinus in Antonino: Curatores multis ciuitatibus, quo latius ſenatorias tenderet dignitates, à ſenatu dedit. Ac de officio huius curatoris librum ſingularem ſcripſit Vlp. ex quo ſumptum eſt ca. 4. inf. de decr. ab ord. fac. cap. 5. inf. de ope. pub. ca. 33. inf. de vſur. Officium autem aſſeſſorum verſatur in conſilio dando circa ea, in quibus de iure quæritur, cuiuſmodi ſunt cognitiones, poſtulationes, belli, edicta, decreta, epiſtolæ. d. l. 1. hic. Itaque iuris ſtudioſis, id eſt, iuriſperitis hoc munus deferri ſolet (ſic enim accipiendum eſt hoc verbũ in l. moris. inf. de pœ. l. 4. infrà de extraor. co. & apud Sueto. in Nero.) ſed & antiquitus magiſtratus cogebant Iuriſperitos ſibi aſſidere, quaſi hoc munus non poſſet detrectari, ſicut nec munus iudicandi ſi aſſeſſoris conſilium prauum & iniquum fuerit, erit conſultori ipſi peſſimum. Non enim modo doli, ſed imperitiæ quoque nomine propter temere ſibi arrogatã iuris profeſſionem aſſeſſores imperiti tenentur. Eo autem tempore quo aſſident, negotia tractare in ſuo auditorio non poſſunt. l. pe. hic, ac ne in alieno quidem aduocationis officio vti. l. vlt. C. eo. Salarium habent publicum, quod ipſis præbetur à Præſidibus. l. 1. C. eo. Nouel. 17. de mand pr in. Spartianus in Nigro: Addidit conſiliariis ſalaria, ne eos grauarent quibus aſſiderent, dicens iudicem nec dare debere, nec accipere. Lampridius in Alexandro: Aſſeſſoribus ſalaria inſtituit: quamuis dixerit eos eſſe promouendos, qui per ſe Remp. gerere poſſent, non per aſſeſſores. Inde nata eſt quæſtio apud Papin. tractata in l. diem functo. hic. l. ſed addes. § vlt. inf. loca. Legatus Cæſaris, ſiue præſes prouinciæ aſſeſſoribus ſalarium annum præſtituit. Finita eſt eius adminiſtratio ante annum: an reſidui etiam temporis ſalarium ipſis præſtari debeat, quæritur? Videtur enim ſatis eſſe, ſi pro portione temporis, quo aſſederunt, ipſis ſoluatur, arg. l. fructus. infra ſolu. matr. Sed Papinianus contra reſpondit. Non enim, inquit, per eos ſtetit, quominus operam ſuam præſtarent, ſed per mortem legati. d. l. ſed addes. §. vlt. infra loca. Diuerſum ius in eo ſeruatur, qui ante tempus ſucceſſorem accepit, quamuis ne hoc quidem caſu per aſſeſſores ſteterit. d. l. diem functo. hic. quia videtur hoc inter eos actum ab initio, vt tamdiu ſalario annuo fruerentur, donec ſucceſſor à Principe datus eſſet. Solebant enim principes arbitrio ſuo magiſtratibus ſucceſſores dare. Capitolinus in Antonino: Succeſſorem bono iudici viuenti nulli dedit, niſi Orphito Præfecto vrbi, ſed petenti. Lampridius in Alexandro: Si vnquam alicui præſentium ſucceſſorem dedit, ſemper illud addidit; gratias tibi agit Reſp. eúmque muneratus eſt ita, vt priuatus pro loco ſuo poſſet honeſte viuere.

Aſſeſſorũ officium.

De eorum ſalario.

Iudex nec dare debet, nec accipere.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI

IN LIB. SECVNDVM DIGEST. SEV PANDECT. METHODICA ENARRATIO.

TIT. I. DE IVRISDICTIONE.

CAPVT PRIMVM.

Quid ſit iuriſdictio, & de homonymia huius verbi, ex qua plerique errores naſci ſolent.

De hac nobiliſſima parte iuris ciuilis quid ſentiam poſt tot alios, & veteres, & nouitios ſcriptores, iam ſæpe alibi teſtatus ſum, ac præſertim in lib. 1. Diſput. & in libello quem inſcripſi, de Iuriſdictione & imperio. Sed inſtituti noſtri ratio non ſinit nos rem tantam nunc tranſilire, de qua vix vnquam ita dictum fuerit, vt ſatis explicata videatur. Ac eo breuior futura hic eſt noſtra diſputatio, quod ex eiſdem ſcriptis noſtris, quæ iam edita ſunt, poterit lector ſtudioſus aſſumere quæ hic à nobis omiſſa fuerint. Vt igitur ad rem veniamus, Iuriſdictio nomen generis eſt, ac ſpeciei, ſicut adoptio. l. 1. de ado. Generaliter accipitur pro omni cognitione, pronuntiatione, decreto in quacunque cauſa, ſiue ea ſit ciuilis, ſiue criminalis. Quo ſenſu non diſtinguitur ab imperio: quinimo imperio vtens magiſtratus, iuriſdictionem exercere dicitur. l. 1. ſupra de off. eius. Nec vero diſtinguitur à cognitione: nam cognoſcens etiam Prætor dicitur ius dicere, aut iuriſdictionem exercere. l. ſi idem, hic. Pompon. in l. 2. de orig. iur. Decem, inquit, & octo Prætores in ciuitate ius dicunt. Et Vlpi. in l. 1. inf. de extraor cog. ait, Præſidem ius dicere præceptorib. liberalium artium, & aliis huiuſmodi perſonis, cum extra ordinem cognoſcit de mercede, & honorario, quod eis debetur. Sed & Suet. in Clau. cognitionem extraordinariam de fideicommiſſis, iuriſdictionem vocat: cum tamen prætor fideicommiſſarius iudices non daret, vt poſtea dicemus. Quoties igitur quis auctoritate publica aliquid ſtatuit, quod ad ius, & iuſtitiam pertineat, ius dicit. Nec refert iuſte, an ſecus. quandoquidem hæc conſuetudo loquendi ad id refertur,

Iuriſdictio quid.

Digitized by Google

refertur, quod magiſtratum facere conuenit. l. pe. de iuſt.& iur. Hinc actus legitimi, manumiſſio, emancipatio, adoptio, ad iuriſdictionem pertinere dicuntur. l. 2. de off. proconſ. & leg. Altera ſignificatio huius verbi ſpecialis eſt, ſecundum quam iuriſdictio diſtinguitur ab imperio. l. imperium. l. iubere. Nam poteſtas animaduertendi in facinoroſos homines, imperium dicitur, non iuriſdictio. d. l. imperium. Ex quo apparet iuriſdictionem in cauſis tantum priuatis, & pecuniariis verſari: id quod etiam vulgo receptum eſt.

Cap. II.

Cur apud Vlpianum iuriſdictio dicatur eſſe iudicis dandi licentia, & cur aliter inſcribatur titulus, de iuriſdictione in Digeſtis, quàm in Codice Iuſtiniani.

Mirantur plerique, nec ſatis aſſequi poſſunt, propter ignorationem antiquitatis, quod Vlp. ait iuriſdictionem eſſe iudicis dandi licentiam. l. imperium. hic. adeo vt paulo audaciores nonnulli contendant legendum eſſe apud Vlp. non *iudicis dandi*, ſed *iuris dicendi*: contra fidem omnium exemplarium. Verum hi animaduertere debuerunt, ad morem priſcum, & ſui temporis reſpexiſſe Vlpianum: quo tempore Prætores & alij ſimiles magiſtratus iudicia & iudices dare in cauſis priuatis, & pecuniariis, magis quam iudicare ſolebant. Qua ratione idem Vlp. docere volens quam late pateat ius dicentis officium, ait, eum poſſe iudices litigantib. dare, nec vllam cognitionis, aut iudicationis mentionem facit. leg. 1. hic. Hinc iuriſdictio à cognitione ſeparatur apud Suet. in Nero. & apud noſtros quoque auctores. Iudices enim dati à Prætore cognitionem habent, iuriſdictionem non habent. l. ait prætor. inf. de re iud. l. notionem. inf. de verb. ſig. Cætera argumenta, quæ huius rei confirmandæ gratia alibi adduximus in l. iuriſgentium, de pact. in diſp. Anni. in Apol. de iuriſd. quia ſuperuacaneum eſſet ea repetere, nunc omittimus. Non inficiamur tamen prætorem aliquando cognouiſſe in cauſis priuatis: ſed extraordinaria huiuſmodi cognitio dicitur à Iuriſconſultis, quod contra ſolitum morem id fieret: vt exempli gratia, cum profeſſores liberalium ſtudiorum mercedem petunt. l. 1. infra de extraor. cogn. cum pater filium, quem haber in poteſtate ſua petit. l. 1. infra de rei vin. id enim cauſæ ac perſonæ fauor exigit. In abſentes quoque, cum quib. acceptum non erat iudicium, propter abſentiam pronuntiabat Prætor ipſe, poſtquam edictis propoſitis eos vocauerat. l. ſi prætor. 75. l. ad peremptorium. 68. infra de iudi. Præterea in reſtitutione in integrum cognitionem aliquam adhibebat. l. quod ſi minor. §. vl. infra de minor. Item in decretali bonorum poſſeſſione, & aliis ſimilibus, quæ mixti imperij eſſe dicuntur. l. 4. hic. Item prætor fideicommiſſarius ipſe cognoſcebat de fideicommiſſis, nec formulam, aut iudices dabat, vt diſerte ſcribit Vlpianus in reliquis Inſtit. tit. de fideic. Quare fideicommiſſorum perſecutiones dicuntur extraordinariæ. l. pecuniæ verbum. §. actionis. infra de verb. ſign. Ac de his accipiendi ſunt plerique iuris auctorum loci, in quibus legimus Prætorem cognouiſſe, ac iudicaſſe. l. Titiæ. infra de auro & arg. leg. l. iudicatæ. infra de exc. rei iud. l. ſi cui legatum. infra de condit. & demon. l. 3. C. de procur. cum ſimi. Adde, quod poſteriorum Imperatorum temporibus, nempe à Diocletiano vſq; ad Iuſtinianum, cognouerunt magiſtratus, ac dandorum iudicum mos fere obſoleuit. Primum enim conſtituit Diocletianus, Præſides poſſe cognoſcere, de quibus cauſis ante iudices dabant, & vetabantur ipſi cognoſcere. l. placet. C. de dan. iud. Deinde Theodoſius ſtatuit neceſſariam non eſſe actionis impetrationem, vt coram magiſtratu aliquis conueniatur. l. 2. C. de for. & impe. id quod non ſatis à Diocletiano expreſſum fuiſſe videbatur. Conſtitutione autem Conſtantini, de iuris formulis amputandis, quæ Theodoſij conſtitutionem anteceſſerat. l. 1. C. de for. vetus dandorum iudiciorum mos non fuerat immutatus, ſed aucupationib. verborum, captionibúſque fuerat ita per eum proſpectum, vt formulæ actibus inſidiantes ex eo tempore amputarentur. Nam & ante illud tempus Claudius actiones reſtituere iis ſolitus fuit, qui apud priuatos iudices plus petendo formula excidiſſent, vt auctor eſt Suetonius in Claudio. Ex his perſpicuum eſt, ſi ad tempora Vlpiani reſpiciamus, recte dici iuriſdictionem eſſe, iudicis dandi licentiam: ſi verò poſteriorum temporum habeatur ratio, non male definiemus iuriſdictionem, cognoſcendi, iudicandique facultatem in cauſis priuatis, ac pecuniariis, pro quibus actiones ciuiles proditæ ſunt.

Duplex iuriſdictionis definitio.

Hinc etiam cognoſci poteſt, cur inſcribatur hic tractatus in Digeſtis, De iuriſdictione, in Codice vero Iuſtiniani, De iuriſdictione omnium iudicum. Cum enim tempore Iuſtiniani: & quorundam aliorum Imperatorum, iudicarent magiſtratus, & iudices dicerentur, extentque in eo Codice pleræque ea de re conſtitutiones, viſum fuit compoſitoribus Codicis, tit. ponere de iuriſdictione omnium iudicum. At Digeſta ex veterum Iureconſultorum ſcriptis compoſita ſunt, quorum tempore magiſtratus non iudicabant, niſi extra ordinem in quibuſdam cauſis, ſed iudices dabant: ideoque iudices dici non ſolent ab eiſdem auctoribus, niſi perraro. Quamobrem hic tractatus, de officio magiſtratuum, quod in iuriſdictione verſatur, non aliter inſcribendus fuit, quàm de iuriſdictione: poſt tractatum ſcilicet, de officio ſingulorum magiſtratuum, de quibus diſputatum fuit libro ſuperiore.

Cap. III.

Quid ſit imperium tam merum, quàm mixtum: & quid à iuriſdictione vtrumque differat.

Imperium generaliter & ſpecialiter ſumitur.

Imperium generaliter accipitur, & ſpecialiter, ſicut iuriſdictio. Generaliter acceptum non diſtinguitur à iuriſdictione, ſed quæ iuriſdictionis ſunt, imperio dicuntur expediri. l. cum prætor. infra de iud. l. etſi prætor. ſupra de off. eius l. 2. ſupra de adopr. Quoties enim magiſtratus pro poteſtate aliquid facit ius reddendo, imperio vti recte dicitur. Specialiter acceptum diſtinguitur à iuriſdictione. l. imperium. l. iubere. hic l. ea quæ. infra ad municip l. 1. § vlt. & l. vlt. ſupra de off. eius. nam præter iudicis dandi, aut etiam cognoſcendi, ac iudicandi facultatem in cauſis priuatis, in qua iuriſdictio conſiſtit, magiſtratus pro poteſtate quędam alia faciunt, quæ imperij eſſe dicuntur. Eſt autem imperium duplex, merum, & mixtum: quorum hoc cohæret iuriſdictioni, alterum ab ea ſeparatum eſt. l. imperium. hic. l. prima. ſupra de offi. eius. idque vis ipſa verborum ſatis indicat.

Imperium duplex.

Merum namque id dicimus, quod purum, ſolum, nec cum alio mixtum eſt. l. 5. de verb. obl. l. bona fides. infra depo. l. cum ſeruus. infra de con & demon. ac magiſtratus, qui iuriſdictioni præeſt, iure Magiſtratus ſui modice coercere poteſt, bonorum poſſeſſionem dare, in poſſeſſionem mittere, in integrum reſtituere, & cetera, id genus facere, quæ ideo mixti imperij eſſe dicũtur, quia quodammodo accedunt iuriſdictioni. dict. leg. imperium. l. iubere. hic. l. ea quæ. infra ad municip. Poteſtatem verò gladij ad animaduertendum in facinoroſos non habet magiſtratus, niſi lege ſpecialiter delatam: ideoque hoc imperium dicitur merum, quia cum iuriſdictione mixtum non eſt, nec cum ea quicquam

Merum imperium quid.

Digitized by Google

tandi eſt: quia non videtur cauſa eſſe priuata, ſed qoædam accuſatio: Præterea videtur ſpacialiter tribui. l. 1. §. damus. de ſuſp. tut. Attamē aliud reſcriptum fuit à principibus propter pupillorum vtilitatem, ſine hoc reſcripto non auſi fuiſſent Iuriſcoſulti ita reſpondere. Viſum eſt tamen imperatoribus, latius iuriſdictionis ſignificationem extendere. Cum enim latiſſimam ſignificationem habeat, vtilitas ſuaſit vt late interpretarentur. Nunc verba leg. noſtræ interpretemur. *More maiorum.* Ratio enim nulla aſt inſignis, ſed ita more inductum eſt. *Data eſt*, dare iuriſdictionem hoc propium eſt magiſtratus, vt diximus. Aduerſus ſupradictam ſententiam obiicitur, lex cum prætori. de iudiciis. Sed multum intereſt inter iuriſdictionem & notionem, quod non intelligunt ij, qui hoc caput opponunt. leg. an prætor. de re iudicata. Iudices, qui cognoſcunt & iudicant, nullam habent poteſtatem. At is cui mandata eſt iuriſdictio habet poteſtatem, cum vice fungatur magiſtratus. l. à Diuo Pio. de re iud. Itaque iudex datus non poteſt exequi ſententiam à ſe dictam, quod ſecus eſt in iis, quibus iuriſd. mandata eſt. Sunt & aliç differentię minime obſcurę: veluti, quod dicitur iudicem datum non poſſe iudicem dare. l. à iudice. C. de iud. Alia eſt differentia l. 1. quis à quo appel. quod à iudica dato appellatur is, qui iudicem dedit, an non appellatur ab eo cui mandata eſt iuriſd. ad eum qui mandauit. Ratio eſt, quia locum tenet eius qui mandauit, ita vt vna perſona appellari videretur. Exemplo id oſtendam. Balliui & Seneſcales olim ſibi conſtituebant locum tenentes & mandabant ipſis iuriſdict. ſuam. Pone nunc locum tenentem pronuntiaſſe ſententiam à qua appelletur, an ad Balliuum appellabitur minime? Minime, ſed potius ad curiam parlamenti appellabitur. videretur enim vna & eadem perſona appellari. Ait lex 6. *Mandatum ſolui*: his verbis oſtendit ſimile eſſe hoc mandatum aliis mandatis. ſoluitur enim morte, ſi ſuſceptum non ſit mandatum ante mortem. Secus aſt, ſi cœperit iuriſd. exercere, quę ſibi mandata eſt, veluti ſi iudicem dederit vel in ius litigãtes vocauerit. Nec obſtat etiam, ſi iudicium dicatur incipere à litis conteſtatione. nam etiam res incipit geri vocatione in ius. hoc Pontifices ſequuntur. c. licet. de offic. daleg. Sed apud Acc. duplex antinomia reperitur, vna eſt l. venditor. §. iudices. de iudic. Sed ego poſſum reſpondare differre iudices datos ab iis, quibus mandatur iuriſdict. poteſt & ſic intelligi: durant iudices dati, donec alius ſucceſſerit, vt diximus de proconſule. Hoc receptum eſt vtilitatis cauſa, contra ſubtilitatem iuris, vtcunque ſit; hęc omnino diſſimilia ſunt. Altera antinomia aſt l. ſi quis mancipiis. §. ſi impubes. de inſtitor. act. vbi dicitur ſi contractum ſit cum inſtitora, poſt mortem domini datur actio inſtitoria; quod ita conſtitutum aſt propter vtilitatem promiſcui vſus hic locus multos torſit. Sed ego exiſtimo inſtitorem multum differre à mandatario: nam inſtitor eſt tanquam mercator & negotiator, idque dicitur multis locis. l. com & Inſtit. §. ceterum: quod cum eo. Eſt ergo diſſimilitudo inter hęc duo capita, vnum de inſtitore, alterum de procuratore, ſiue mandatario. Occurrunt & alię antinomię, & vna eſt ex nouella, vt nulli iudicum. §. hoc vero iubemus. quam ego non puto ita difficilé, vt alij exiſtimant. Nec enim huc pertinet ea conſtitutio. loquitur enim de iudice, qui iuſſu principis, alij iudici mortuo ſuccedit: quæritur an iuſſu principis, qui iuſſus ad deceſſorem non ſucceſſorem dirigebatur parere debeat ſucceſſor? Hæc igitur quæſtio nihil ad rem pertinet: itaque Iuſt. cogi parere iuſſui principis. De eo qui à principe delegatus eſt, alia quæſtio eſt, quæ pendet ex coniecturis, quid princeps ſenſerit. Mihi videtur recta eſſe diſtinctio Pon. c. quoniam abbas. de offic. daleg. ſi nomen ſit expreſſum eius, ad quem reſcribit princeps: verius eſſe, vt ſucceſſor parere non cogatur, aut debeat iuſſui principis.

Mandatū iuriſdictionis ſimile aliis.

Ad l. ſi quis id quod. 7.

HOc capite continetur interpretatio edicti, quod ad iuriſd. maxime pertinet. Eſtque primum edictum quod in Pandectis occurrit, quamuis in Saluij Iul. edicto, quædam alia præceſſerint, vt ex inſcriptionibus apparet. Hoc edicto actio datur in eos, qui corrumpunt edicta prętorum propoſita iuriſdictionis perpetuę cauſa. Duo igitur genera edictorum ſunt, vt lib. 1. capit. 48. diſp. ego oſtendi. quædam erant, quæ proponebantur, vt ſe præmunirent ciues. l. 2. de or. iur. Ea dicebantur perpetua, vt magiſtratus perpetuo iis vterentur, quamdiu magiſtratu fungerentur, idque lege Cornelia cautum fuit: non autem intelligi debet de edicto perpetuo Iuliani, quod non habuit locum, ante Adriani tempora. Sic & Cor. Sylla perpetuas quæſtiones fecit. Alia erant edicta, quæ proponebantur in ſingulas cauſas, prout res incipiebat: exemplum in l. ad peremptorium. de iudiciis. Aduerte autem parentheſin hic eſſe expungendam: datur igitur ex hoc edicto actio ad 500. aureos, ſic legitur in Floren. Quod populara eſt. l. 1. de popul. acti. hæc actio conceditur cuique ex populo. Ius enim publicum læditur, quod in magiſtratibus atiam conſiſtit. Quæri ſolet an hæc pœna ſit adiudicanda actori, an Reipub. Difficultas naſcitur ex eo quod plenum & integrum nō eſt edictum, nam id edicto ſolebat prætor exprimere. Exemplum l. 3. de ſep. viol. Ego igitur non dubito, quin & in hoc edicto expreſſum fuerit. Extat lex quædam Manilia qua cautum eſt, vt pœna, quam ex eo, quod terminos mouit quis conſequitur, diuidatur inter actorem & remp. in dubio igitur quid dicemus in quæſtione noſtra: Mihi videtur ſequendum, quod edicto de ſepulchro violato cauetur; vt pœna tota adiudicetur ei, ad quem res pertinet. quod ſi non pertineat ad aliquam certum, pœna inter actorem & Rem. diuidatur axemplo legis Maniliæ. *Quod ſi.* hic Vlpiani exemplum ponit, quod ſequi debemus in legum interpretationa, nec enim ſatis eſt, vt in numeratu certa præcepta habeamus. hic igitur Vlpi. modo proprietatem verborum ſequitur, modo ſentantiam. Ex eo quod prætor ait, ſi quis corruperit, Vlp. ſeruos & filiosfam. his verbis contineri & ſignificari ait: nec enim vlla ratio ſuaſit, vt contrà interpretaretur: idem ad fœminas ea verba extendit. Hinc ſumpta eſt reg. iuris l. 1 de varb. ſign. Idque à proprietate verborum ſumptum eſt, vt ego exiſtimo.

Duo genera edictorum.

Lex Manilia.

Vulgares intarpretes prolixe hunc locum de maſculis & fœminis tractant. quæ quæſtio non eſt huius legis propria, ſed pertinet ad l. t. de verb. ſign. Sequitur *Si quis id quod propoſitum eſt corruperit.* Hæc verba ſignificant eum teneri hac pœna edicti, qui edictum corrumpit dum propoſitum eſt. Quæritur, quid ſi corruperit dum proponitur, vel ante propoſitionem, an is tenebitur? Is ex verbis non tenetur, ſed extenſione ſententiæ tenebitur. Eſt enim genus interpretatioois, de quo diximua ſub tit. de ll. cum ex eo quod ſcriptum eſt colligimus, quod ſcriptum non eſt. Ex eo quod dictum eſt hoc verbo: *Si quis ſeruos contineri*, obiiciet aliquis, Pecuniaria eſt pœna huius edicti: at ſerui non tenentur ex pecuniaria pœna. l. hos accuſare. §. omnibus. de accuſ. Huic obiectioni reſpondet I. C. his verbis: *In ſeruos*, id eſt, ſi ſerui non defendantur à dominis, puniendi ſunt in corpore, iuxta illud vulgare, *Qui non habet in ære, luat in corpore.* Locus eſt communis de pœnis. l. 1. de pœnis. l. vlt. infra de in ius voc. l. quicunque. de ſeru. fugit. C. Sequitur *Dolo malo.* Hinc colligere poſſumus, non aſſe ſatis corrupiſſe, ſed oportere id fieri dolo malo. Ex his verbis: *ſi per imperitiam*, &c. obiter notãda aſt ratio purgandi doli, pro cuius rei explicationa vide l. igitur. de liberali cauſa. l. oon videntur. §. qui iuſſu. de regulis iu-

ris 128 Sequitur: *Qui tollit & mandat*, hic etiam ceſſant verba edicti. ſed producuntur ad eum, qui tollit & mãdat. Hic eſt locus communis de mandato. l. non ideo minus. C. de accuſ. l. non ſolum. §. qui mandato. de iniur. Obiicitur apud Acc. lex ſi is, qui rem. 68. §. ſi tu Titium. de furt. Ego tibi commendaui Titium, quaſi idoneum hominem, cui tu crederes pecuniam: qui tamen tibi ignotus erat. deinde loco Titij tibi adduxi nebulonem, qui abs te pecuniam accepit, quæritur an ego tenear furti? Ait I.C. ſi Titius in dolo non fuerit, me non teneri actione furti. Antinomia eſt difficilis, ſed magna eſt tamen diſſimilitudo. Nam in ſpecie de albo corrupto ego mandaui, vt corrumperes edictum, tu imprudens corrupiſti, quare non teneberis: at ego qui mandaui, dolo malo teneor, quia verum eſt, album dolo meo corruptum eſſe. At in ſpecie leg. ſi quis rem. idem dici non poteſt. is enim, qui pro Titio nebulonem adduxit, non tenetur furti, quia furtum nullum eſt factũ, vt dict. l. ſi is qui rem, dicitur. Quod ſi furtum factum eſſet, teneretur, quia opem & conſilium attuliſſet. §. interdum quoque. de oblig. quæ ex del. quæſtio autem eſt de duabus perſonis, quæritur de vna an furtum fecerit, de altera an opem tulerit. Ex his puto diſſimilitudinem notam eſſe. Ex his etiam obſeruandum eſt admitti extenſionem legis etiam pœnalis, contra receptam opinionem, vt dixi ſub titul. de I. Simile eſt exemplum l. liberto. §. 2. leg. S.C. de ritu nuptiarum. Quod enim dicitur de filio, protrahitur ad nepotem. l. 2. §. 2. quid ſi curatores, ad Tertullian. Alius eſt locus notatu digniſſimus l. 3. ad l. Pompe. de parri. Nec obſtat l. interpretatione. de pœn. dixi enim eam regulam eſſe accipiendam, cum quæritur de genere pœnæ. Exemplum eſt in l. ſi præſes. de pœn. Ex verbis edicti alia quæſtio naſcitur, quid ſi plures corruperint, an diuidetur pœna inter eos, an vero tenebuntur in ſolidum? Et ait hic I.C. eos teneri in ſolidum. Exemplum eſt l. item Mela. §. ſi plures ad l. Aquil. Pœna enim vnius alterum non liberat. Aliud dicitur in eo quod intereſt. Exemplum eſt l. 1. §. ſi plures. de eo per quem fact. eſt. illud etiam locum non habet cum agitur de quaſi delicto: Exemplum eſt l. 3. de his, qui deiece. vel effu. Sunt tamen aliqui caſus, in quibus etſi ex maleficio agatur, hoc tamen non obſeruatur. Exemplum eſt l. ſi multi. de publ. & vect. l. aufertur. §. in nullis. de iure fiſci. hæc eſt interpretatio Vlpi. ad edictum prætoris. Alij multa hic addunt ſine iudicio, vt Bart. qui ait id producendum eſſe quod hic dicitur de albo ad monumenta, quæ in archiuo publico ſunt. Ego tamen non auſim hanc productionem admittere, propterea quod non ſit eadem ratio. Atque ineptum eſt quod dicit ille has ſcripturas perpetuas eſſe. Ex his cognoſci poteſt quibus ex cauſis detur hæc actio. Sed animaduertendum eſt proditam eſſe huius admiſſi nomine, non ſolum ciuilem, ſed & criminalem actionem. l. prætor. §. ſi dicatur. de iniuriis. & ti. C. quando ciuil. act. crimin. præiud. Sed quæritur an vtraque experiri liceat? Qua in re puto ſequendum quod dicitur ſupra, idémque hic dicemus quod de accuſatione iniuriarum: iniuria enim facta eſt prætori, vt dicitur l. ſequenti.

Nota de albo corrupto actionem ciuilem & criminalem competere.

Ad l. ſi familia. 9.

EX edicto prætoris naſcitur quæſtio, quid ſi familia alicuius corruperit album? Et agitur aduerſus dominum noxaliter, vt ſoluat pœnam ſingulorum nomine, vel vt eos noxæ dedat: quot enim ſerui ſunt, tot pœnis plectuntur. *Maieſtas prætoris*. Hæc verba obſcura ſunt. pro quorum explicatione notanda eſt ratio diuerſitatis in furto, & in albo corrupto. Hoc edicto vindicatur iniuria facta prætori, & habetur ratio perſonarum, quæ iniuriam fecerunt, atque eo grauior eſt iniuria, quo à pluribus infertur. Non idem dici poteſt de furto: non enim punimus ratione perſonarum, ſed ratione rei ſurreptæ. hæc ratio ſumpta ex l. ſi plures. de iniur.

Quæritur nunc quid de damno iniuria dato dicendum ſit? hæc quæſtio tractatur l. illud ad l. Aquil. l. 1. §. ſi plures ſi fam. furt. Idem reſpondetur quod de furto. Et ſane ratio diuerſa non eſt damni dati, & furti. Sed ille locus pugnat aduerſus Pauli verba hic loquitur enim indiſtincte de iis, qui iniuriã fecerunt & damnum dederunt. Ego puto Paulum his verbis: *Iniuriam fecerunt vel damnum dederunt*: afferre tantum exemplum actionis iniuriarum, non Aquiliæ. Certum eſt enim dari actionem iniuriarum aliquando ob damnum datum, veluti quando datum eſt, vt contumelia fieret. l. damnum. C. de iniur. l. prætor. §. ſi dicatur. de iniur. Porro lex, illud. ad legem Aqui. non loquitur ſimpliciter de damno dato, ſed de damno iniuria dato. l. autem. ſi plures. de iniur. loquitur de damno dato culpa, quæ diſſimilitudo oſtendit Paulum hic noluiſſe loqui de actione l. Aquil. ſed de actione iniuriarum, qua agimus ob damnum datum. Nam ſi de lege Aquil. loqui voluiſſet, ita dixiſſet, vel damnum iniuria datum. Noſtra autem ſententia confirmatur. Sed obiiciet aliquis, non poſſe admitti interpretationem noſtram propter particulam Vel. ſed exiſtimo expoſitiue accipiendam. Sic enim accipitur hic locis 2. l. quemadmodum. §. hac actione. ad leg. Aquil.

Ad l. qui iuriſdictioni. 10.

HOc caput pertinet ad officium magiſtratus, qui ius reddit, vt & ſuperiora capita. Illud eſt, vt magiſtratus ſibi, aut ſuis ius non dicat. Nos primum de eo qui ſibi, deinde de eo, qui ſuis ius dicit. dicemus. Quod ad primum attinet, nemo poteſt ſibi ius dicere. tit. C. ne quis in ſua cauſa iud. Hoc enim tantum pertinet ad principem. Exemplum eſt l. & hoc tamen verius. de hær. inſtit. At magiſtratibus non permittitur, quia videtur quod ſibi nimium faueret: deinde abſurdum eſt, vt quis ſibi imperet. l. pen. de arb. idque ad arbitros protrahitur. Nec obſtat l. ſi libertus. de oper. lib. Nam arbitrium patroni refertur ad arbitrium boni viri hic vero loquimur de arbitro, qui iudicis partes ſuſcipit. At patronus, qui ſtatuit operas, non videtur iudicare. Huc pertinet l. ſi ſocietatem. pro ſocio. Ad alterum veniamus. Magiſtratus ius dicere ſuis non poteſt, quia verendum eſt ne gratia & fauore ius dicat. inter ſuos autem numerantur perſonæ de quibus in l. lex Cornelia. de iniur. Sed nimium videtur, quod prohibeatur huiuſmodi perſonis ius dicere ſimpliciter: æquius enim videbatur, vt ſi litigator haberet ſuſpectum magiſtratum, magiſtratus abſtineat à iure dicendo, fierique poteſt, vt litigatores non conquerantur. Ego iam attigi ſupra hanc difficultatem, dixique rationem recuſandi iudicis non habuiſſe locum in iure Romano, præterquam in pedaneis iudicibus: arg. Nou. vt nulli iud. l. ſi contigerit. l. apertiſſimi. C. de iudic. Et leges quæ de recuſatione loquuntur, de iudice dato intelligi debent. Ratio eſt, quia turpe videbatur recuſari magiſtratum, tam amplum & à populo Roma. probatum. Porro magis conſultum eſt hac ratione litigatoribus, vt magiſtratus ſuis omnino ius dicere prohibeatur. Exceptiones quædam ab alijs propter æquitatem adduntur. Veluti, quod dixi locum non habere in iuriſdictione voluntaria, exemplum eſt in leg. apud filium. de manumiſſ. vindicta. Et hoc rationem habet, quia ceſſat ratio, quam diximus. Idem dicitur l. 2. de offic. proc. Excipitur & alius caſus. l. S.C. de offic. præſid. Addunt & alij, cum pari neceſſitudine litigatores coniuncti ſunt magiſtratui, quia omnis ſuſpicio debet abeſſe. l. non ſolum. §. de vno. de rit. nupt. Additur & alia capit. 1. de pœnis. in fin. Hic tractant quæſtionem, an ſacerdos poſſit concubinam ſuam abſoluere? Hanc quæſtionem ego remitto ad pontificios doctores. Ve-

l. ſi ſic legatum. de leg. 1. vbi mera voluntas dicitur, quæ ſola eſt. Aliud exemplum l. bona fides. depoſ. vbi merum ius gentium vocat, in quo non habetur ratio iuris ciuilis aut prætorij. Aliud eſt l. cum ſeruus. de cond. & demonſt. vbi mera conditio opponitur mixtæ. Porro non inficior, merum aliquando ſignificare id quod excellit, ſed hic mihi non videtur ſic eſſe accipiendum. Mouet me quod merum imperium mixto opponitur. Hoc igitur imperium, quod merum dicitur, ſeparatum eſt à iuriſdictione. Verum quidem eſt aliquos magiſtratus vtrunque habuiſſe, vt præſes in prouincia, præfectus vrbi, ſed cum animaduertit non facit vt magiſtratus, ſed quia lege ſpecialiter illi delatum eſt. Sunt alij loci vbi hæc duo, merum imperium & iuriſdictio aperte diſtinguuntur: eſt & locus Cic. lib. 3. in Verrem, vbi loquitur de hæredibus Auli Trebonij proſcripti, quos adegit iurare ſe reſtituturos hæreditatē. Vetres ei qui non iurauit dedit bon. poſſeſſ. Eum qui iurauit, puniuit, ſed ius dicendo. quod reprehendit Cicero. Quæri ſolet, quibus competat hoc merum imperium? Reſpondendum, iis quibus lege ſpecialiter delatum eſt. Quidā exiſtimant ſoli principi competere. ſed exercitionem competere magiſtratibus; id eſt, ſi ius ſpectemus, ad principem pertinet, ſi exercitionem quæ eſt facti pertinet ad magiſtratus. Similis eſt extrauagans Bonifacij, qui omnia regna ſibi vendicat, ſed exercitionem regibus permittit. Hæc quæſtio inter Azonem & Lotharium, olim celebres interpretes, agitata eſt. Ego puto Azonis ſententiam eſſe veriorem. Ego enim pondero, quod hic ait Vlpian. Certum eſt eum loqui de magiſtratibus, ſumptum enim eſt hoc caput ex lib. 1. de offi. quæſtorum. Cum enim diſerte dicat eos habere imperium, nō autem exercitionem tantum, non eſt dubitandum de hac ſententia. Similes ſunt loci l. 2. de in ius voc. l. 4. de offic. proconſ. l. etſi prætor. de off. eius cui mandat. Non ignoro habendi verbum varie accipi, vt patet ex l. habere. de verb. ſignif. ſed accipienda eſt interpretatio, quę vitio caret. Obiicitur l. 1. de offic. eius cui man. eſt iur. Sed ineptum eſt hoc argumentum: nam publici iudicij exercitationem pro mero imperio vſurpat, ſicut & ſubinde iuriſdictionis nomen. Addendum autem eſt his verbis Vlpianum noluiſſe poteſtatem principis coarctare, quæ infinita eſt, ſed loquitur de imperio magiſtratuum. Putó que errare Barto. & alios qui poteſtatem legis ferendæ meri imperij eſſe dicant, atque ideo hoc ad principem pertinere. Eſt potius infinitæ cuiuſdam poteſtatis principis, vt ſupra diximus. Sequitur de mixto imperio. *Hoc imperium ideo mixtum dicunt* quia accedit iuriſdictioni & eam ſequitur. hæc ſententia confirmatur duobus locis. l. 1. l. vlt. de offic. eius cui man eſt iuriſd. vbi Paulus notat Papini. loqui de imperio mero non mixto, mixtum enim transferri mandata iuriſdictione poteſt. Exempla huius imperij in l. noſtra. de bonor. poſſeſſione. Aliud eſt iubere cauere & in poſſ. mittere. l. 4. hic. Aliud in *reſtitutione in integrum*. l. ea quæ. ad munic. Aliud modica coercitio. l. vlt. de offic. eius cui mand. Ego addo edicta proponere: non enim eſt legem condere. Nam non perpetuæ iuriſdictionis cauſa edicta proponebantur. Sed noſtrę ſententię opponitur dicta l. ea quę. ad municip. magiſtratus municipalis habet iuriſdictionem. at non habet imperium mixtum, ergo falſum eſt, imperium mixtum iuriſdictioni cohęrere. Reſpondendum, hanc noſtram diſputationem pertinere ad magiſtratus pop. Roma. non ad municipales. Argumento eſt quod dicitur infra, ſi quis ius dic. non obt. *omnibus magiſtratibus, non tamen duumuiris*. Volebat oſtendere Vlpian. ſe non loqui de municipalibus magiſtratibus, ſed de pop. Roma. Ceterum nos excipimus cauſam damni infecti, quia celeritatem deſiderat. l. 2. de damno infect. Porro animaduertendum eſt, ex eodem loco has leges eſſe ſumptas: nempe hanc l. 4. l. 6. l. 9. ex lib. 1. ad edictum Vlpian. Tertium eſt de iuriſdictione. hæc verſatur in iudice dando. Nihil potuit verius dici, nec accommodatius ad tempora Vlpian. vt ſupra docuimus. Qui à nobis diſſentiunt, obiiciunt, non eſſe definitionem iuriſdictionis, propter particulam etiam. olim Noric. ſequebar, à qua abeſt hæc particula. Sed ego deprehendi eundem eſſe ſenſum. Nam non hic principaliter definit quid ſit iuriſdictio, ſed eā cui mixtum imperium cohæret, quaſi dicat: Qui iuriſdictionem habet, poteſt ea quæ ſunt mixti imperij, ſed etiam dare iudicem poteſt. Itaque cum præcipue loquimur de iuriſdictione, amouenda eſt particula, etiam. Sunt qui exiſtiment imperij mixti eſſe iudicis dandi facultatem, quod verum non eſt, niſi latius imperij nomen accipiamus, vt plerunque Iuriſcon. loquuntur. l. cum prætor. de iudic. l. etſi prætor. de offi. eius cui man. l. 2. de adopt. homonymia igitur diſtinguenda eſt.

Quibus cōpetat merū imperium.

Habendi verbū variè accipitur.

Mero imperij diſputatio ad principem non pertinet. Imperium mixtum cur dicatur.

In quo verſatur iuriſdictio.

Definitionis Vlpiani expoſitio germana.

Hic quæſtiones aliquot ab aliis ſolent agitari, veluti, an conceſſa à principe aliqua arce, videatur conceſſum eſſe imperium. Illud enim ſolet ſępe accidere. Alia ſimilis eſt, an conceſſa iuriſdict. à principe, videatur conceſſum imperium merum. Nam & iuriſdictionis lata ſignificatione continetur. Hæ quæſtiones facti ſunt, in quibus quæritur de voluntate principis, quæ ſane colligitur ex coniecturis: diſputatio autem coniecturarū ad hunc locum non pertinet. Venio ad aliam quęſtionem magis propriam huius loci. De his quę ſpecialiter alicui magiſtratui deferuntur, an ſint imperij, an iuriſdictionis? Veluti tutoris datio. l. 1. de reb. eor. qui ſub tut. ſunt. titu. de Atil. tut. Inſt. l. 2. de offic. eius cui mand. eſt iuriſdic. Item poteſtas tranſigendi de alimentis. l. cum hi. §. ſed nil mandare. de tranſact. quæritur igitur an ſint imperij? difficultas naſcitur ex homonymia. Imperij enim eſſe, aut non eſſe, varie accipitur, & vtrunque recte, & vere dicitur diuerſa ſignificatione. Primum poteſt dici neque imperij neque iuriſdictionis. l. mutuo. §. tutoris datio. de tut. quia certis magiſtratibus hoc competit, nec iure magiſtratus competit. Idem de ceteris, quæ ſpecialiter lege deferuntur, dici poteſt, quod de tutoris datione. Poſſunt etiam dici imperij cuiuſdam eſſe. nam ſimilia ſunt imperij veluti dationi bon. poſſeſ. nec vlla diſſimilitudo apparet, quod ad rationem decernendi attinet, imperat enim ac iubet prætor cauſa cognita. Dicuntur etiam ea iuriſdictionis eſſe l. cum hi. §. ſed nil mandare. de tranſact. nam iuriſdictionem appellat Iuris con. facultatem permittendi tranſigere de alimentis. Quæritur autem an meri an mixti imperij hæc ſint? Meri non ſunt, quia non ſunt gladij: an igitur dices mixti eſſe? Et ſane imperij cuiuſdam extraordinarij ſpeciem habent. Nec puto incommode dici mixti imperij: Porro lex hoc defert ei, qui iuriſdictionem habet, atque ideo poteſt dici quodammodo iuriſdictioni coniungi, quamuis id non faciat iure magiſtratus. Scio permitti etiam iis, qui non habent iuriſdict. vt decurionibus, ſed nos ſequimur id quod frequentius eſt. Nec mouere nos debet quod dicitur, ea quæ mixti ſunt, transferri mandata iuriſdict. at hoc non transferri. Reſpondendum enim eſt, quoddam imperium cohærens eſſe iuriſdictioni, quod non transfertur. Exemplum vnum eſt l. de ſuſp. tut. Itaque ſic poteſt reſponderi, tutoris dationem, &c. mixti eſſe imperij. Quandoque in verbis magna eſt diuerſitas, ſed in re nulla: vt in illa quæſtione an merum mixtum ſit principis, an magiſtratus. Dixi eſſe magiſtratuum, non quod non pendeat ex principe, & ius reſideat apud eum: magiſtratus autem tanquam procuratores eſſe: ſed tamen puto latius dici magiſtratus habere merum imperium. Omiſſa logomachia videamus, quid in re ſit. Officium itaque magiſtratuum ſic poteſt diſtingui: Magiſtratus quędam fa-

Quæſtio inſignis.

Officium magiſtratuum in quibus verſatur.

ciunt propter iuriſdictionem ſuam, vt eſt iudicem dare, quædam propter imperium, vt eſt bon. poſſ. dare, quædam propter imperium, quod lege ſpecialiter defertur, vt animaduertere in facinoroſos gladio. Sed an hæc ſint imperij, hæc quæſtio eſt de verbis. Itaque homonymia hic aduertenda eſt. Nam potero dicere poteſtatem gladij non habuiſſe, qui tamen imperium habuerunt, vt Conſul Romæ. Vnde dici poſſe imperij eſſe, & non eſſe. Sed quæritur an facultas iudicis dandi ſit imperij? ex ſupradictis certum eſt eſſe iuriſdictionis quod iuriſdictionis non eſſe quidam putent. arg. l. cum prætor, de iud. vbi dicitur lege conceſſum eſſe iudicem dare. Ergo non transferri mandata iuriſdictione. Sed expendendum eſt, quod eodem loco dicitur lege, vel conſtitutione, vel Senatuſconſulto, & cæt. Itaque reſponderi poteſt verum eſſe lege conceſſum eſſe procõſuli, ſed non ait, ſpecialiter, quod magnam diuerſitatem parit. Lata enim fuit lex qua magiſtratibus plurima conceſſa ſunt, vt iudicum dandorum poteſtas, & alia quæ habent magiſtratus Romæ. Sed ea non dicuntur ex numero eorum, quæ ſpecialiter lege transferuntur.

Ad l. Iubere. 4.

EXempla hic traduntur eius imperij, quod mixtum eſſe diximus. Prætoria ſtipulatio dicitur, quæ ex mero prętoris officio proficiſcitur. l. 5. de verb. oblig. ſicut iudicialis, quæ ex mero iudicis officio. Officium enim prætoris non in iudicando verſatur, ſed in iudice dando. danda bon. poſſeſ. & ceteris quæ ſunt imperij. Stipulationes, quę ex hoc prętoris officio dicuntur, vocantur ſtipulationes prætoriæ vt ſtip. damni infecti. Iudiciales, quę iuſſu iudicis fiunt, dum cognoſcit, vt de dolo. De hoc genere ſtip. prętorię intelligendum eſt hoc exemplum, vt ſit mixti imperij. Quid de iudiciali dicemus? qui hanc quęſtionem mouerunt, non intellexerunt differentiam iudicialis & prętorię ſtipulationis. Nec enim ſunt vel imperij vel iuriſd. nam iudices cognitionem tantum habent, non iuriſdictionem, vt poſtea docebimus. Alterum exemplum eſt in bon. poſſ. mittere: hoc pertinet ad officium prætoris, vt patet ex tit. quibus ex cauſ. in bon. poſſeſ. eatur. Nulla alia eſt difficultas huius loci, quem tamen Acc. ignorauit: vnde Fulg. merito vocat gloſſam huius loci venenoſam. Ignorauit enim Acc. imperium mixtum mandata iuriſd. transferri. *Magis imperij quam iuriſd.* hoc non loquitur l. ea quę ad municip. vulgo dicunt: hoc ideo dici, quia particeps eſt vtriuſque. Ego tamen puto omnia eſſe mixti imperij, vt dicitur in l. ea quæ ad municip. Ego autem puto ideo ſic locutum Vlpian. qui videbat variam ſignificationem eſſe imperij, & iuriſdictionis, vt ſupra expoſuimus. itaque dicendi cauſa, putauit retinendam proprietatem eſſe: quaſi dicat, vel vt commodius loquamur, dicuntur hæc eſſe imperij, quanquam

Antinomia facile ſoluta ex homonymia perceptione. alias dicantur iuriſdictionis. l. prima. de damno infec. Et eo loco iuriſdictionis nomen lata ſignificatione accipitur. Percepta igitur hac homonymia, facile tollitur omnis illa antinomia.

Ad l. More. 5.

HOc caput pertinet ad mandatam iuriſdictionem, qui locus præcipuus eſt huius diſputationis. Itaque paulo altius quædam ſunt repetenda, & hic de offic. eius cui mandata eſt iuriſd. exponemus. Videamus ergo de mandata iuriſdictione. Mandari iuriſdictio dicitur, ſicut alia quæuis negotia mandari dicuntur, ſicut ego procuratori mando, vt aliquid meo nomine agat, ita & magiſtratus mandat, vt iuriſdictionem aliquis ſuo nomine exerceat. Itaque id liberum eſt magiſtratui vel mandare vel per ſe exercere, leg. ſolet. hic. ſicut mihi liberum eſt, per me vel per procuratorem aliquid gerere. hanc ſimilitudinem Iuriſcon. oſtendit capit. ſeq. Itaque is cui mandata eſt iuriſdictio, vice alterius, id eſt, magiſtratus fungitur. l. ſolet. hic. l. etſi prætor. de off. eius cui mand. ſicut procurator vice domini. hinc etiam comparatum eſt, vt dicatur alieno beneficio iuriſdictionem habere non ſuo. Hinc etiam conſequitur, vt quædam transferantur in eum cui mandata eſt iuriſdictio, quædam etiam nõ transferantur. Id enim ſimile eſt in procuratoribus exemplum. l. mandati. de procur. de ſingulis videamus. vt intelligamus tit. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd. hic notanda eſt reg. Pap. l. 1. de off. eius. quæ iure magiſtratus competunt, mandari non poſſunt: quæ vero ſpecialiter & cæt. iure magiſtratus competere intelliguntur ea, quæ vi magiſtratus competunt, veluti iuriſdictio prætori vrbano. Solet obiici ex l. cum prætor. de iudic. ſed ego iam reſpondi ſupra, & oſtendi differre hæc duo *concedi & ſpecialiter concedi.* nam hæc vox *ſpecialiter.* habet emphaſin. Item mandata iuriſd. modica coercitio transfertur. *Iuriſdictionem datam,* id eſt, mandatam. ſic accipitur in l. cognitio. Modica autem coercitio non poteſt in vniuerſum definiri, ſed boni iudicis officio iudicandum relinquitur, argumento l. ſi quid erit. de offic. proconſ. Idem dicendum eſt de aliis omnibus, quæ ſunt mixti imperij. Non autem mixtum imperium modica coercitio eſt, nam differũt ſicut ius & ſpecies: & ſic interpretor. l. vlt. de offic. eius. Ex his ſatis perſpicuum eſt. ea quæ ſunt mixti imperij mandari. Exiſtimant autem omnes interpretes excepto Fulgoſio, iuriſdictione mandata imperium mixtum non transferri. Sed Fulgoſij ſententia vera eſt, idque ex duobus locis colligitur. l. 1. inf. de offic. eius cui mand. l. vlt. hic. Ratio *Error interpretum.* autem obſcura non eſt ex reg Papin. Quæcunque iure magiſtratus competunt, mandata iuriſdictione transeunt. Obiicitur vnicum argumentum l. ea quæ. ad Munic. à magiſtratu municipali ad eum cui mandata eſt iuriſdictio dictum. Sed magna eſt diſſimilitudo inter vtrumque. nam maior eſt poteſtas eius cui mandata eſt iuriſdictio. quam magiſtratus municipalis. Vnde Vlpianus omnibus magiſtratibus non tamen duumuiris, & cæt. argumentum igitur non procedit. Exempla huius mixti imperij multa ſunt paſſim, veluti, bonor. poſſeſ. dare in bon. poſſeſ. mittere. Hęc exempla cum ſint mixti imperij, quod cum Iurecon. dicat mandari, quæ dementia eſt dicere imperium mixti non transferri? Dicunt hæc exepla intelligenda de iuſſ. vt cognitio mandari poſſit, poteſtas iubendi non poſſit. leg. 1. ſi quis ius. gin. vlt. leg. cognitio § vlt. de offic. eius. Sed verba ipſorum Iurecon. apertiſſime huic diſtinctioni refragantur. hæc exempla igitur notanda ſunt aduerſus eos qui putant ſolam modicam coercitionem ad imperium mixtum pertinere. Hic ſolet obiici l. vlt C. vbi & apud quẽ. Sed in ea conſtitutione ἀκυρολογία eſt, quæ parit difficultatem. Exiſtimo autem de iudice pedaneo intelligendum. Aliud ex reg. Pap. obſeruandum eſt, quæ ſpecialiter tribuuntur magiſtratui, non transferri mandata iuriſdictione. *Specialiter,* id eſt. cum legiſlatoris apparet fuiſſe hanc voluntatem, vt certus magiſtratus ea de re cognoſceret. itaque proprium nihil habet, nihil ſpeciale ia cui mandata eſt iuriſdictio. Sic enim plerunque proprij verbum pro ſpeciali accipitur. leg. 2. de vac. mu. leg. 2. de mi. teſt. Porro vt ſic vſurpemus, verba ſequentia indicant. Sic etiam intelligi debet tex l. legati. de off. proc. ſed eius qui eam mandauit iuriſdictione vtitur. Ceterum altera acceptio nihil habet incommodi, vtraque enim ſignificatio iure defendi poteſt. Exempla huius regulæ multa ſunt. Aliud exemplum eſt in tutoris datione. leg. nec mendati. de tut. vel cu. datis. Aliud item exemplum eſt, leg. 2. de off. eius. Conſilium exercere quid ſit, Theo. exponit, ſimile eſt aſſiſſis vt dicimus. Aliud exemplum l. cum hi. §. ſed nec mandare. de tranſact. Sed dubitatum fuit à veteribus de cognitione tutoris ſuſpecti. leg. cognitio. de offic. eius. Ratio dubitandi

ſupr.de offi.præf.vrb. Quod de contentioſa iuriſdictione, non de voluntaria accipiendum eſt. l. emancipari. ſupr.de adop. l.2 ſupra de offi. procon. Cum tamen quis ex aliena iuriſdictione vocatur, venire debet, vt cognoſcat magiſtratus, & æſtimet, an ius dicere in eum debeat, an potius ad iudicem ſuum remittere. l. 2. infra ſi quis in ius voc. l. ſi quis ex aliena. infra de iudic. Verum poſt ſuſceptam cognitionem ſera nimis eſt poſtulatio eius, qui ſe mitti ad proprium iudicem deſiderat. l. cum quædam puella. hic. l. vbi cœptum. infra de iudic.

II. Magiſtratus in territorio, & ditione ſua edicta proponunt, aut prout res incidit, aut perpetuæ iuriſdictionis gratia: in quorum poſteriorum edictorum corruptores datur actio, de qua Vlpi. plenè diſſerit in l. ſi quis id quod. & Paulus in l. ſi familia hic. & nos aliquid attigimus in libr. 1. Diſput. Anniuer.

III. Præcipuum magiſtratus officium conſiſtit in iudiciis, iudicibuſque dandis. l. 1. l. imperium. hic. Adde & in cognoſcendo quoque verſari, tametſi priſcis temporibus raro magiſtratus cognoſcerent, vt ante diximus. Magiſtratus autem, qui iudicis dandi ius habet, iudicare etiam iubet, cogitque iudicem à ſe datum. l. eum qui. hic. l. vlt. §. iudicandi. infra de mune. & honor.

IV. Animaduertunt magiſtratus in facinoroſos homines: nempe hi, qui merum imperium habent, de quo ſupra diximus. l. imperium. hic.

V. Videndum eſt magiſtratui, qui præeſt iuriſdictioni, ne ſibi, aut ſuis ius dicat: id eſt, vxori, liberis, &c. leg. qui iuriſdictioni. hic. An autem poſſit patrem filio, aut filium patri iudicem dare, olim quæſitum fuit? Et videbatur non poſſe: quoniam in cauſa propria non poteſt quiſquam iudex eſſe. l. pen. infra de arb. videturque cauſa eadem patris & filij eſſe: quia pro vna & eadem perſona habentur. l. vltim. C. de impub. & aliis ſubſt. Sed tamen obtinuit, iudicem dari poſſe. l. in priuatis. infra de iudi. eademque cauſa eſt arbitrij compromiſſarij. l. quinetiam. 6. infra de arbit. Nam etſi negotium priuatum ſit, in quo iudex datur, tamen iudicare munus publicum eſt. dict. l. in priuatis ac muneribus publicis non ſequitur filius ius poteſtatis. l. nam quod. ad Trebel. Et quamuis nulla ratio iuris impediat, ne pater filio, aut filius patri iudex detur: tamen ſi aduerſarius eum ſibi ſuſpectum contendat, eum reiicere ac recuſare poterit. Id enim Romano iure conſtitutum eſt de iudice dato, in l. apertiſſimi. C. de iudi. De magiſtratibus nihil expreſſum reperio, nec arbitror antiquitus ob ſuſpicionem reiici ſolere, quamuis in cauſa liberorum ſuorum, & aliorum, quos ſecum habent, ius dicere prohibeantur. dict. l. qui iuriſdictioni. hic. Et extat Iuſtiniani Nouella 86. qua cautum eſt, ſuſpicionis diluendæ cauſa ſocium magiſtratum adiungendum eſſe. auth. ſi vero contigerit. Cod. de iudic.

VI. Magiſtratus ius non dicit in eum, qui maior vel æqualis ſit, niſi ſe illius ſubiecerit iuriſdictioni. l. eſt receptum. hic. l. 4. infra de arb. l. ille à quo. infra ad Trebel.

VII. Magiſtratus ſupra iuriſdictionem ſuam non poteſt ius dicere. l. vltim. hic. Quod variis exemplis oſtendi poteſt, vt puta, cum definita, circumſcriptaque eſt eius poteſtas, vt de certis rebus ius dicat: cuiuſmodi erant Romæ prætor tutelaris, prætor fideicommiſſarius, item prætor vrbanus, qui præerat iuriſdictioni. & is, qui capitalia iudicia exercebat. Sancitum enim fuit his verbis: *Supra hanc iuriſdictionem hi ius non dixerint.* Quod eſt accipiendum, niſi ſponte ſua eum adierint litigatores, & ſe ſubiecerint eius iuriſdictioni. l. 1. infra de iudi. idque ſine errore, qui conſenſum excludit. l. ſi per errorem. hic. l. 2. infra de iudi. Quid ſi conuenerit inter litigatores, vt prætorem aliquem adeant, & priuſquam adeatur, mutata voluntas fuerit? Africanus ſcribit, neminem compelli eiuſmodi conuentioni ſtare. l. ſi conuenerit. hic. Sed cum Iuſtinianus animaduerteret, hoc pactum nec legibus nec bonis moribus eſſe contrarium, conſtitutionem edidit, qua cautum eſt, huiuſmodi pacta ſeruanda eſſe. Ea eſt l. pen Cod. de pact. quæ conſtitutio poſt priorem Codicis editionē facta eſt, & compoſitis iam Pandectis Codici inſerta: vt dubium non ſit, quin ea ius antiquum emendari potuerit.

Aliud exemplum eſt, cum ad certam ſummam reſtricta eſt iuriſdictio magiſtratus: cuiuſmodi erat olim magiſtratuum municipalium, vt Paulus docet lib. 5. Sent. tit. de eſſe. ſent. Nam ſupra eam ſummam non poteſt ius dicere. Sed cum de ea quæritur, non quantum petatur, ſpectandum eſt, ſed quantum debeatur, quod ſcriptum eſt ab Vlpiano in l. cum quędam. §. vltim. hic. ſumptum ex eiuſdem lib. 6. fideicom. Et exemplum de fideicōmiſſo eſt apud Quintil. lib. 3. cap. 8. Atque hinc variæ quæſtiones naſcuntur, quas apud Caium tractatas videre licet in l. ſi idem. hic. Aliud exemplum eſt, cum is, qui coercitionem tantum habet, grauiore animaduerſione vtitur, cuiuſmodi ſunt magiſtratus municipales. l. magiſtratibus. hic.

VIII. Magiſtratus vel ipſi iuriſdictionem exercent, vel aliis mandant aut totam, aut ſpeciem vnam. l. ſolet. l. prætor. hic. Mandare tamen non coguntur, ſed ex eorum arbitrio hoc pendet. l. ſolet. ſupra de officio procónſ. Itaque de officio eius, cui mandata eſt iuriſdictio, nunc vidēdum eſt, de quo titulus extat proprius, ac ſpecialis lib. 1. ſed eam diſputationem conſulto in hunc locum reiecimus, quoniam à diffinitione iuriſdictionis & imperij, quæ huius tit. propria eſt, nobis initium faciendum videbatur. Veteribus verò, quibus ignota non erant hæc vocabula, id neceſſarium non erat.

Cap. VII.

De officio eius, cui mandata eſt iuriſdictio.

IN primis igitur is, cui mandata eſt iuriſdictio, fungitur vice eius, qui mandauit, ac veluti locum eius tenet. l. ſolet. hic. l. etſi prætor, ſupra de offi. eius. Proinde is nihil proprium habere à Papiniano dicitur in l. 1. §. qui mandatam. ſupra de offi. eius. Eſt enim ſimilis procuratori, cui dominus negotia gerenda mandauit. Sed quemadmodum mandata generaliter adminiſtratione negotiorum, non omnia transferuntur, in procuratorem quæcunque poteſt dominus. l. mandata generali. infra de procur. & quædam ſunt, quæ nec ſpecialiter quidem mandari poſſunt. l. pen. §. ad crimen. infra de pub. iud. ita dicendum eſt in mandata iuriſdictione. Quædam enim transferuntur mandata generali iuriſdictione: quędam ne ſpecialiter quidem mandari poſſunt. Exempli cauſa: quæ competunt iure magiſtratus, id eſt, propter vim, & naturam magiſtratus, quo quis fungitur, ea tranſeunt mandata iuriſdictione. l. 1. ſupra de offic. eius. veluti, ſi prætor vrbanus mandet ſuam iuriſdictionem, transfertur iuriſdictio, quæ dicitur conſiſtere in iudicis dandi licentia. l. imperium. hic. Idemque dicendum eſt de Proconſule in prouincia, quoniam lege cautum eſt, vt poteſtatem iuris dicendi, & iudicis dandi habeat, quæ competit vrbis Romæ magiſtratibus, nec ſpecialiter ei conceſſa eſt. l. cum prætor. infra de iudic. Is tamen cui mandata eſt iuriſdictio, mandare iuriſdictionem non poteſt: quia eam non ſuo iure, ſed alieno beneficio habet. l. more. hic. l. vlt. ſupra de offi. eius. At iudicem dare poteſt, ſed aliud eſt iudicem dare, quàm mandare iuriſdictionem, vt poſtea dicturi ſumus. Idem modica coercitio tranſit in eum, cui mandatur iuriſdictio: quoniam aliàs iuriſdictionem tueri, & exercere non poteſt. l. 2. hic. l. 1. §. vlt. & l. vlt. ſupra de offic. eius. Ac (vt ſummatim dicam) omnia, quæ ſunt mixti imperij, transferuntur mandata iuriſdictione, quia competunt iure magiſtratus. Idque duo Pauli loci o-

res. Venio ad antinomiam difficilem l. in priuatis.de iudic.vbi dicitur filium patrem poſſe habere iudicem. hæc videntur pugnantia eſſe. Hinc variæ opiniones tractantur, de qua quid ſentiam expoſui lib. 1. diſp. c.51. quæ opinio mea placuit viris doctis, vt Antonio Vaccæ. Dixi igitur ſolere prætorem à iudice diſtingui. l. 5. de ver. obl. quaſi prætor iudex non ſit. non enim ſolebant prætores iudicare: itaque cum lex in priuatis de iudice dato. hæc vero lex noſtra de ius dicente loquatur, diuerſæ omnino ſunt ſpecies contrariæ nequaquam: quæſtio autem de iudice dato ex eo oritur. quod hic dicitur de magiſtratu, an ſaltem non poſſit iudex dari in cauſa liberorum ſuorum? Cauſa dubitationis hæc eſt, quia in cauſa ſua nemo poteſt iudicare. Nec etiam ſi omnis ſuſpicio abſit. l. pen de arb Idemque dicendum videbatur in cauſa ſuorum. Sed tamen receptum eſt, patrem iudicem dari poſſe in cauſa liberorum, & econtra: quod ad arbitros producitur. l. quin etiam. 6. de arbit. Nam quod ad iudicis munus attinet, filius non habetur pro eo, qui in poteſtate eſt. l. nam quod. ad S.C. Tre. l. vl. §. iudicandi neceſſitas. de muner. & ho. Nulla igitur ratio impedit quin filius in patris cauſa detur, aut econtra. Sed an poſſit recuſari, alia quæſtio eſt, nec dubito iuſtam cauſam eſſe recuſationis. l. apertiſſimi. C. de iudic. Duplex igitur hæc quæſtio eſt, vna an iudex dari poſſit, altera an litigatore inuito poſſit iudex dari, qui ita non diſtinguunt, calumnias comminiſcuntur iu eus qui recte ſentiunt.

Ad l. Si idem. 11.

HOc capite aliud præceptum continetur de offic. magiſtratus in iure reddendo, ne magiſtratus ſupra iuriſdictionem ſuam ius dicant. Exemplum huius rei quæritur ex iure Romano, nouis conſtit. vulgatum exemplum eſt §. iudicare. N. de def. ciuit. Sed exemplum antiquius reperi apud Paulum in libris ſententiarum: tit. de eff. ſent. lib. ſent. p. Eſt & alius locus in Pandectis. l. inter conuenientes. ad munici. qui ſumptus eſt ex hac parte iuris. Inſcriptio enim eſt ex lib. 1. ad edictum Pauli. Hinc variæ quæſtiones oriuntur, quas percurremus. Pone magiſtratum municipalem cognouiſſe vſque ad ſummam 100. aureorum. quidam eadem formula & intentione petit. 50. ex venditione, & 60. ex alia cauſa, an magiſtratus municipalis ius dicere poterit? Quæſtio in eo vertitur an ratio habebitur ſummarum coniunctim, an vero diſiunctim, quaſi plures ſummæ ſint? I.C. ait placuiſſe ſingularem ſummarum rationem habendam eſſe. Et ſane certi iuris non fuit, ſed probabilis ratio id ſuaſit. Eſt autem notandum, quod ait I. C. *pluribus actionibus*, ſecus enim eſt, ſi eadem actione. Hic etiam obiter notandum eſt iuriſdictionem pro notione accipi. Occurrunt hic antinomiæ, ſed leues, veluti l. ſi plures. ff. de pactis. Hoc opponitur quaſi Caius generaliter dicat coaceruationem fieri non debere ſummarum. Sed hæc falſa eſt Regula, itáque non eſt mirum, ſi quædam pugnantia reperiantur. Cur ſpectetur cumulus debiti in l. ſi plures. ff. de pact. ratio clara eſt, quia æquum eſt eum præferri cui maior ſumma debetur. Hic alia ratio eſt, cur contra conſtitutum ſit. Obiicitur alia. l. ſi qui ſeparatim. §. 1. de appell. quæ magis ad rem pertinet. Ibi loquitur I. C. de pluribus ſummis quæ petuntur vna actione, hic autem luquimur de pluribus actionibus. *Sed etſi mutua*. Huius generis poteſt varie fingi hypotheſis. Fingi autem ſic poteſt. Peto à te 100. coram proconſule, tu 50. à me coram duumuiris. Ego excipio, an poſſum forum duumuirale declinare? *Dicitur quod poſſum*. Graue enim eſſet in diuerſis iudiciis experiri, vbi locus eſt compenſationi. Hic notandum eſt reconuentionem eſſe, atque ideo ſi 50. petat à me coram proconſule, non poſſum cauſari cognitionem ad duumuiros pertinere, & fori incompetentiam obiicere. l. pen. de ſent. & inter. om. iud. N. de exec. 96. §. ſi o. l. 1. de ord. iud. *Si vna actio*, quæſtio eſt an ſpectabitur tota res, an pars ſi vna actio ſit communis plurium? I.C. ait totius rei rationem haberi. Sed cur potius quam in prima ſpecie, vna enim tantum hic actio eſt: in prima illa ſpecie plures ſunt actiones. Nec obſtat, etſi vnuſquiſque petat partem. Nam poteſt tota res vni adiudicari, vt dicitur §. pen. & vlt. de offic. iud. Barbari hinc notant inſpiciendum eſſe id quod euenire poteſt. Aduerſus hanc regulam multa obiiciunt. Sed nugatoria ſunt.

Ad l. Magiſtratus. 12.

HOc capite continetur aliud officium magiſtratus in iure reddendo. An igitur magiſtratus municipalis habeat imperium ad animaduertendum in facinoroſos homines? Ait Vlpia. non poſſe anim. aduertere in ſeruum, poſſe tamen modice caſtigare. Vulgus interpretum putat hos magiſtratus eſſe defenſores ciuitatum, ſed multum differunt, idque ex diuerſitate titulorum apparet. Inter magiſtratus municipales præcipui ſunt duumuiri. l. 1. de alb. ſcrib. nã hi ſimiles ſunt Conſulibus. Non igitur omnis magiſtratus municipalis eſt duumuir, ſed differunt, vt genus & ſpecies, arg. dict. leg. 1. bi magiſtratus, vt dixi ſupra, habebant iuriſdictionem. l. 1. de mag. municipa. At imperium non habebant, ne mixtum quidem, niſi cauſa damni infecti. l. ea, quæ ad municip quia periculum alioqui eſſet expectare imperium ſuperiorum magiſtratuum. l. 1. & l. 4. de dam. inf. Igitur coercitionem habent tantum modicam, idque in ſeruos, magiſtratus municipales. Ius autem modicæ coercitionis in liberos non habent, arg. l. 5. ſi quis ius dic. non obt. Itaque ſi ſeruum atrociter punierit, lege Aq. tenebitur. l. quemadmodum. §. magiſtratus. ad l. Aquil. Hoc autem caput quod interpretamur ex eodem I.C. loco ſumptum eſt, nempe ex lib. 18. ad edictum. ita coniungenda ſunt hæc duo capita. Sed quæritur an prehenſio ſaltem ipſis permiſſa ſit, id eſt, an poſſint cuſtodire & in vincula mittere? de defenſoribus ciuitatum nulla dubitatio eſt ex noua Iuſtiniani conſtitutione de def. ciuit. §. audient. De duumuiris nihil ſcriptũ reperi, præterquam de ſeruis fugitiuis. l. pen. de fugitiuis. Eſtq; totus ille tractatus de fugitiuis ſeruis ſumptus ex hac prima parte Pandectarum, vt inſcriptiones indicant.

Ad l. Eum qui. 13.

EST alius locus pertinens ad of. magiſtratus in iure reddendo. Poteſt magiſtratus iudicem dare. Sed quid ſi nolit iudicare, an legatus proconſulis, forte qui eum dedit, poſſit cogere? Ait I. C. magiſtratus cogere, idque confirmatur l. vlt. §. iudicandi. de muner. & hono. Ex eo quæſtio naſcitur. Cum inſtaret finis anni, quo quis magiſtratu fungebatur, is dedit iudicem: is cum ſe vellet excuſare ab hoc munere, iuſſit eum iudicare ſub certa pœna eo die quo non erat functurus magiſtratu an iuſſus valeat? I. C. ait non valere, ſi ſucceſſor aduenerit. quia tum finitur magiſtratus vtilitatis cauſa. Hic occurrit antinomia apud Acc. ex l. venditor. §. vlti. de iudic. vbi dicitur, iudices datos cogi pronuntiare in tempus ſucceſſorum. Itaque videtur, quod non male iubet iudici, vt iudicet eo tempore quo priuatus futurus eſt. Ego illam l. rite interpretor in tempus ſucceſſorum, id eſt, donec ſucceſſor aduenerit. Iuuat l. meminiſſe, de offic. proc. Ego præterea contendo eam l. nihil omnino ad rem pertinere, in qua tamen Acc. multum ſe torſit. In noſtra ſpecie magiſtratus iubet iudici iudicare certa die, quæritur an iudex poſſit recuſari? & ait Vlpian. poſſe, quia nihil intereſt an iuſſus ſit hominis priuati, an vero magiſtratus, in idque tempus collatus quo priuatus futurus eſt. Exéplũ eſt in l. vlt. de pœnis. alia longe quæſtio eſt, eſtq; ſpecies facti recte attendenda, quia l. illa ſumpta eſt ex lib. 4. reſp.

Pauli.non quæritur igitur an iuſſerit recte præſes iudicare:& forte detrectare poterat iuſſum. Sed quæritur an finita ſit eius poteſtas iudicandi aduentu ſucceſſoris? & ait I.C.non eſſe finitam,ſed cogi poſſe iudicare,quia munus eſt,quod detrectari non poteſt,nec amplius integrum eſt recuſare. ſupra dict. l.1. Ergo ex his apparet magnam ineſſe diſſimilitudinem.

Ad l. eſt receptum.14.

EſT alius locus ſimilis ſuperioribus. magiſtratus ius non dicit ſupra iuriſdictionem ſuam. Id autem fieri poteſt variis modis. vnus hic exponitur, quando ius dicit in parem. idem dicitur vt hic. l. ille à quo.§.vlt.& l.ſeq. ad Treb.& l. 3.de arb.in fi.& l. 4.Hoc eſt intelligendum niſi ſe ſponte ſua ſubiiciat.Eſt locus communis de ſubiectione, quam nos vocamus prorogationem iuriſdictionis, contra morem veterum.qui dicunt tantum prorogari tempus. l. priustorum. C. de iuriſd.Hic locus etiam tractatur l.1 & l.2.de iud. nam ex hac parte ff.ſumptum aſt c. illud.quanquam iſtud quod interpretamur ſumptum ſit ex tit.de bon. poſſ.

Ad l. Si per errorem. 15.

EſT locus affinis ſuperiori de ſubiectione. Exceptio aſt regulæ ſuperioris. Si quis ſe alicui ſubiecerit, recte illi ius dicetur,niſi ſe ſubiecerit errore.nam error excludit conſenſum. fieri enim poteſt, vt vnus prætor pro alio adeatur.Similis locus eſt l.2. de iudiciis.Dubitatur an hoc, quod hic dicitur, debeat intelligi de errore facti, an iuris? quidã putant de errore iuris intelligi propter verbum *Imperitiam*.& ſic etiam interpretantur dict.l.2. de iudiciis Attamẽ etſi ſententia hæc receptior ſit,puto temere à regula non eſſe recedendum. l.regula. de iur.& fact. ignor.Mouet me,quod its verba I.C.poſſunt interpretsri.item quo I.C.ſolent errorem ſimpliciter ſemper appellare eum, qui eſt facti,iuris vero errorem,ſtultitiam. Argumento etiam eſt .quod dicitur in l.non fatetur.de confeſſ.non intelligi aliquem fateri, niſi ius ignorauit. Notandum autem eſt ex hoc loco ſumptam eſſe regulam de errore. Nemo errans,&c.

Ad l.Solet prætor. 16. & 17.

LOcus eſt de mandsta iuriſdictione iam à nobis tractatus aliis locis. Itaque breuiter hic attingam. Prætor non tantum poteſt iuriſdictionem ſuam per ſe exercere,ſed & alij eam mandare,nec alienum id videri debet, quaſi alium quodammodo faciat magiſtratum. Nam non deſinit magiſtratus eſſe, & is cui mandatur iuriſdictio,eius nomine eam exercet, quod intelligi debet etiamſi prætor ſit, cui mandsta eſt.l.etſi prætor.de off.eius cui man. Itaque faciet is ea tantum,quæ ſunt iuriſdictionis,non imperij Deinde hic dicitur magiſtratum, cum mandat, iuriſdictionem vel totam,vel partem mandare.Poteſt enim certarum cauſarum iuriſdictionam mandare, veluti vt cognoſcat,& ius dicat quis de teſtamentis, vel de fideicommiſſis. Nec dicendum eſt hunc iudicem dari iudicem, vt nonnulli putant. Verum eſt cum cognitio mandatur, dicitur iudex dari, ſed cum iuriſdictio mandatur in certa cauſa, aliud eſt quam iudicem dari. Exemplis oſtẽdam Si prætor mandauerit in certs cauſa iuriſdictionem, poterit is,cui mandatur,dare iudicem.l.imperium.ſupra. at iudex datus iudicem alium delegare non poteſt. l. à iudice. C. de iud. Porro iudex datus non poteſt ſententiam ſuã exequi. l. à Diuo Pio.l.ait prætor de re iud. At aliud dicendum eſt de eo cui mandata eſt iuriſdictio, quia iuriſdictioni coniunctum eſt merum imperium , quo ſententiam exequi poteſt. Obiter hic notandum eſt, quod hic ait ſolere mandari inter certas perſonas, non ait cogi aut deberi : quæ ſententia prodeſt ad id, quod diximus iure Rom. non licuiſſe magiſtratus recuſare, ſed iudices datos poſſe. Hodie hic locus de ſuſpicione poteſt vſui nobis eſſe:quis hodie vſitata eſt tam propter ius pontificium,quam interpretum ſententiam,& conſtitutiones regias.ſimilis locus l.vlt.ad fin.C.de aſſeſſ.

Ad l. Si conuenerit. 18.

HIc locus ſimilis eſt ſuperioribus. Magiſtratus ius dicit iis, qui ſe ſubiiciunt. Subiiciunt autem ij, non, qui conſentiunt tantum, ſed qui ipſum adeunt. nam de aditione fere I.C. loquuntur.exemplum l.ſi per errorem.hic. Et ſic leg 1.& l.2 de iud.intelligi debent. Non eſt enim viſum vtile vt conuentionem huiuſmodi ſeruare neceſſe ſit.Hic incidit difficilis antinomia ex l.ſi quis in conſcribendo. C.de pact.Milites,ſacerdotes, habent iudices ſuos. conuenit inter quoſdam ex iis, vt alius iudex cognoſcat.Ait Iuſtin.pactionem valere.Hęc antinomia peperit magnam diſſenſionem. Sunt qui exiſtiment hic agi de pacto conuento tantum, propter verbum , *conuenerit* : probant id ex l. lecta.§.conuenit. Dicuntque non valere ex parte actoris ex ſententiã I. C. hic,ex parte rei valere ex Iuſtiniani ſententia, id eſt, actori non valere ad agendum,ſed reo ad excipiendum prodeſſe,ſi velit. Sed ei non ſatis conſiderant difficultatem verſari non circa formam,id eſt,an pactum nudum ſit,an vero aliquid accedat pacto propter quod valeat, ſed verſari circa iuriſdictionem. Præterea pactum adiectum eſt contractui. l. iuriſgentium. § pacta.de pact. Satis itaque apparet non de forma apud Iuſtin. dubitatum fuiſſe,ſed de re. Vultque pactum ſeruari,quia non eſt contrarium legibus, nec bonis moribus, nec quærit an nudum fuerit, necne. Aliorum opinio eſt, mutatam fuiſſe voluntatem vtriuſque in ſpecie Africani,cum ait, *mutata voluntas fuerit.* Nec exprimit, an vtriuſque an vero vnius. Sed in contrarium me vocat, quod Iuſti.ait veteres dubitaſſe,nec puto dubitaſſe, moti fuiſſent aliqua ratione. Itaque credibile eſt Africanum inter illos veteres fuiſſe.Alia eſt opinio,quæ mihi & probabilior & æquior videtur eſſe. Si duo paciſcantur, vt litigent coram non ſuo iudice, vt nemo cogatur conuentioni ſtare,ſed oportere ipſum adiri, is enim iudex competens non eſt, hic intelligunt Afric. ſententiam,Conſtit. vero Iuſtinian.intelligũt cum paciſcuntur coram iudice quidem ſuo,ſed quem liceat recuſare propter aliquod priuilegium, veluti ſi conueniat mihi, vt coram ordinario iudice litigemus,non potero à conuentione recedere, quamuis alioqui, quia ſcolaſticus ſum,poſſim forum declinare.Hæc opinio receptior eſt, & æquitatem habet. Exiſtimo ſane hac conſtitut. Iuſtiniani derogari veteri iuri, vt ſubſcriptio oſtẽdit.fuit.n. inſerta Codici poſt primã editionẽ. Ratio enim aliqua probabilis mouit veteres, alia ratio mouit Iuſtinianũ.

Ad l. Cum quædam. & l. vlt.

HAnc l. nos ſimul cum l. vltima interpretabimur, ſed ὕστερον πρότερον Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Exemplum l.1.§ cũ vrbem.de offic.præf.vrb. Punitur variis pœnis, qui ius dicenti non obtemperat, ſed id verũ eſt cum ius dicitur in territorio,non extra territorium. Ceterum hoc intelligitur de contentioſa iuriſdictione,nõ volũtaria. l.mancipari.de adopt.l.2.de offic.proc.Sed obiicitur l.2.ſi quis in ius.l. ſi quis ex alien.de iudic.quod ait I.C. debere venire vocatum in ius,licet ſit extra territorium. ſed hæc diuerſa ſunt,non contraria Cum quis vocatur ad prætorem, debet accedere & oſtendere ſe non eſſe eius iuriſdictionis,ſed ſi pergat prætor ius in eum dicere,poterit is,qui vocatus venit,impune non parere,nec coercebitur edicto,ſi quis ius dicenti. Hinc quæritur in hac l.quædam puella damnata eſt in ſuo territorio, deinde nupſit viro alterius territorij, actor vult exequi ſententiam,illa petit ſe remitti ad forum viri, quia mulier forum viri ſequitur leg.mulieres C.de dig.Ait Vlpian.in hac quæſtione priorẽ iudicẽ poſſe exequi ſentẽtiã, quia ſentẽtia lata eſt ante mutationem iudicij. Amplius ait,idem obſeruari

ſeruari, etſi ſententia non eſſet lata, ſed tantum cognitio ſuſcepta. l. ſi quis poſteaquam. de iudic. l. vbi cœptum eſt, eod. cap. propoſuiſti de foro competen. Idem eſt ſi iudex ſupra iuriſdictionem ſuam velit ius dicere, vt ſcilicet impune illi non pareatur, vt hic Paulus ait. l. vltim. hic. Hoc adeo verum eſt, vt iudicatum ne in partem quidem valeat, quanquam aliqui aliter ſentiant. Sed mouet me, quod Paulus ſimpliciter ait impune nõ pareri: mouet me præterea l. in hoc iudicio. fam. erciſ. Adducunt regulas vulgares, vtile per inutile non vitiari, in maiori ſumma minor ineſt, ſed vtilitas cõtra ſuadet. Quæſtio eſt ex iam dictis. Petuntur coram defenſore ciuitatis. 300. aurei, cum maior ſumma debeatur. Poteſt poni exemplum de fideic. nam hoc cap. ſumptum eſt ex lib. Vlp. de fideic. l. cum quædam. §. vlt. Quæritur igitur, an rationem habere debeat iudex eius quod re vera debetur, an eius quod petitur? Ait Vlp. eius quod petitur. Et ratio id poſtular, quia non poteſt intelligi quantum debeatur, niſi cauſa cognita, præpoſterúmque eſſet de cauſa cognoſcere, deinde de iuriſdictione pronunciare. Hic ſolet annotari, eum cui debentur 100. poſſe petere 50. vel contra. Ego puto cum maior vel minor ſumma petitur, quam debeatur, poſſe aduerſarium petere, vt totum petat, aut teſtetur ſe reliquum non petiturum, quia intereſt ſua, ne pluribus iudiciis vexetur. Pro hac ſententia facit l. in commodato. §. duabus. commod. Alia quædam capita ſunt ſub tit. C. de iuriſd. ſed ea magis pertinent ad tit. de iudiciis, de quibus ibi dicemus.

Quomodo quis plus petere.

IN TIT. II. LIB. II. PANDECTAR.

Quod quiſque iuris in alterum ſtatuerit, vt ipſe eodem iure vtatur.

Cap. I.

AD interpretationem huius edicti quædam ſcripſimus in diſputationibus noſtris capit. 49. Edictum hoc quod ſub hoc titulo proponitur ad iuriſdictionẽ maxime pertinet, ad coercẽdos ſcilicet magiſtratus, qui ius nouum & iniquum contra morem maiorum dicunt. Ambitioſi ſiquidem magiſtratus pleraque ſtatuebant noua, quo nomine Verres à Cicerone accuſatur. Huic ambitioni hoc edicto proſpectum eſt. Prætores enim Romæ, & proconſules, ac præſides in prouinciis ſummam poteſtatem habebant, vt ſupra docuimus, edicta proponebant, formulas dabant quibus continebatur ius, quod ſequerentur iudices à ſe dati, qui pedanei ob id dicebantur. l. 2. de orig. iur. & l. cum ſponſus. ioſ. de public. in rem actio. l. 1. inſ. Ex quib. cau. maio.

Prætorum Proconſulũ & præſidũ ſumma poteſtas.

Et quamuis nihil contra leges, nec contra morem veterum ſtatuere, aut decernere poſſent, tamen quia aliquando quidam abuterentur ſua poteſtate in perniciem tam ciuium Romanorum, quàm prouincialium, propoſitum fuit (vt diximus) hoc edictum, cuius duo ſunt pręcipua capita, quorum alterum pertinet ad eiuſmodi magiſtratus, qui ius nouum, & iniquum ſtatuunt. l. 1. hic. §. qui magiſtratum. Quamuis ius, quod ſtatuebant perpetuum non eſſet, ſed tamdiu ſolum duraret, quamdiu officium eorum: tamen quantum ad eos, qui ius iniquum ſtatuerant, perpetuum erat, quia ſi quando agerent aut conuenirentur poſt finitam adminiſtrationem & officium, eodem iure vti tenebantur, quod ſtatuerant & propoſuerant durante ſuo magiſtratu. Alterum caput coercet eos, qui ius nouum, & iniquum, ſententiam aliquam, aliquódve decretum, contra ius obtinuerunt aduerſus alios. Vt ſi quis, exempli gratia, impetrauerit reſcriptum, ne debitor ſuus exceptione aliqua peremptoria vteretur. d. l. 1. verſ. *Si quis apud eum qui.* Sequitur prioris capitis edicti verborum breuis explicatio.

Cap. II.

Explicatio verborum noui iuris.

AIt Prætor, Noui iuris ſtatuerit: addendum eſt. & nocuerit: non enim ſufficit nouum ius, aut iniquum ſtatuiſſe Prætorem, aut Præſidem, niſi illud ius nocuerit alicui, quia verba cum effectu accipi debent. Quamuis enim ſola voluntas & conatus aliquando puniatur, veluti in l. 1. de extraord. cog. & l. ſi quis non dicam rapere. C. de epiſc. & cler. Hic tamen propter verba quibus vſus eſt Prætor in edicto, hoc non obſeruatur. Ait, ſtatuerit. futurum eſt exactum præteritum, & futurum ſignificans. Hinc notandus eſt locus communis de conatu. Quid enim obeſt conatus, cũ nullum effectum habuerit iniuria? Ex iam dictis naſcitur quæſtio tractata in l. 2. hic. Si magiſtratus aſſeſſorum opera vtens, aliquid noui iuris ſtatuerit, an pœna huius edicti puniendus ſit magiſtratus, an vero eius aſſeſſores? Et reſponſum eſt ab Vlpiano, aſſeſſores potius quam magiſtratum ipſum puniendos eſſe: quod diligenter notandum eſt, pro magiſtratibus noſtri temporis, qui opera & prudentia conſiliariorum vtuntur.

Cap. III.

Edicti poſterioris capitis breuis explicatio.

HOc poſterius caput edicti interpretatur Vlpia. in l. 3. hic. Impetrauerit, id eſt, poſtulauerit, etſi vſus eo non fuerit. Sufficit, vt priuatus hoc edicti capite puniatur, quod ius nouum impetrauerit, vt eo vteretur, quamuis eo non fuerit vſus iure, vnde apparet differentia prioris, & huius capitis edicti. Ex iam dicti naſcuntur quædam quæſtiones, quæ tamen nec obſcuræ, nec arduę, aut difficiles ſunt, ſi quę in iis agitantur ſuo pondere metiantur. Prima eſt de procuratore. quæritur ſi procurator ius nouũ impetrauerit, an is teneatur pœna huius edicti, an vero ipſius procuratoris dominus? I.C. Vlpianus prudentiſſime diſtinguit in l. 3. §. ſi procurator. hic. an procurator ſpeciale mandatum habuerit an non habuerit, vt ſi ſpeciale mandatum habuerit, vel ratum habuerit dominus, ipſe dominus teneatur, altero caſu teneatur procurator: deterior tamen hac in re eſt conditio tutoris, curatoris, & ſimilium huiuſmodi perſonarum quam procuratoris, quia ſine diſtinctione hoc tenentur edicto. Quod propter vtilitatem pupillorũ eſt ſtatutum. Alia quæſtio tractatur in dict. leg. 3. § hæc pœna. hic. quæ ad primam explicationẽ huius edicti maxime pertinet, an ſcilicet is, qui ius nouũ impetrauit aduerſus aliquem, eo vti debeat iure etiã aduerſus alios? Et iuriſconſultus ait eum, qui ius iniquum impetrauerit, eo vti debere aduerſus quoſcunque alios, qui quandoque contra eũ agent. Exemplum noui iuris continetur in dict. leg. 3. §. ſi is pro quo. Iudicium aliquando purum, id eſt, ſine conditione & exceptione à magiſtratu dabatur, & tunc iudex datus nullam admittebat exceptionem. Alia quæſtio tractatus in leg 3. §. ſi filius. de filiofamilias. Si filiusfamilias aliquid contra morem maiorum, cum eſſet in magiſtratu decreuerit, aut impetrauerit, an pater eius eo vti cogendus ſit iure? Et videbatur cogendus pater ipſe, quia per filium acquiritur patri. tit. per quas perſ. nob. acquir. l. placet. 79. de acquir. hæreditate. Sed quia hoc edictũ proponitur aduerſus eum, qui decreuit, aut impetrauit, & quia pater nihil aduerſus edictũ fecit. Iuriſcõſ. reſpõdit filiũ ſolũ eo iure vti debere, nõ patrẽ, ne æquitas huius edicti, quæ ab eodem Vlpiano ſumpta eſſe dicitur, in perniciẽ eorũ, qui nihil commiſerũt, & ſic in iniquitatem retorqueatur. Alia quæſtio tractatur de hæredibus, an hæc pœna

Caſus in quo conditio tutoris & curatorum, eſt deterior quã procuratoris.

tranſeat ad hæredes? & Iuriſconſultus in §. quod autem. hic ait non tantum hoc edicto puniri eum qui impetrauit, ſed etiam eius hæredes. Præterea quæritur, de quibus hoc edictum intelligendum ſit actionibus, an de iis tantum, quæ competebant tempore impetrationis noui iuris, an de his etiam quas poſt impetrationem acquiſierunt? Vlpianus id §. illud quoque, non tantum de iis, quæ competebant, cum incidit in hoc edictum, verum etiam de poſtea quæſitis, hoc edictum intelligendum eſſe ait. Alia quæſtio tractatur in §. vl. d. l. 3. Ex hac cauſa quæritur, an is qui ſoluit creditori, qui ius nouum forte impetrauerat, & ob id actio ei denegari poterat, repetere poſſit tanquam indebite ſolutum? Et Iuriſconſultus Iulianus ait non poſſe. Supereſt enim naturalis obligatio, naturaliſque cauſa, quam hoc edictum tollere non potuit, quæ repetitionem ipſam impedit, quod patet ex titul. de cond. indebiti. At quoad id quod dictum eſt, hoc edicto magiſtratum puniri, qui aliquid noui iuris ſtatuit, vt eo iure vti cogatur, intelligendum eſt cum exceptione, quæ extat in l. 4. hic. niſi videlicet, vt puniat eum, qui ius nouum aliquando impetrauerat, aliquid contra morem veterum ſtatuat, hoc enim caſu eo non tenetur iure. Nam valde iniquum eſſet magiſtratum, dum ſtudet edictum defendere, vel litigatorem, dum vult huius edicti beneficio vti, in pœnam huius incidere edicti.

IN TIT. III. SI QVIS IVS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

Cap. I.

Mulcta quid.

MVlta, variaque genera coercitionum excogitata ſunt à veteribus iuris auctoribus aduerſus contumaces, qui magiſtratibus non parerent. Et meminit Dionyſ. lib. 10. cuiuſdam antiquiſſimæ legis, de ratione mulctę dicendę à magiſtratibus, de qua & Gellius quoque aliquid ſcripſit lib. 11. cap. 1. Nam mulcta, pœna pecuniaria eſt, qua magiſtratus pro modo iuriſdictionis ſuæ contumaces, & inobedientes coercent. l. ſi qua pœna. l. aliud eſt fraus. infra de ver. ſig. l. 2. §. vlt. infra ſi quis in ius voc. non ierit. l. 2. C. de ep. aud. Ex quo apparet mulctam à pœna differre, vt ſpeciem à genere: cum pœna ſit omnium delictorum coercitio. d. l. aliud eſt fraus. Sed & illud quoque intereſt, quod mulcta omnis arbitraria eſt, quamuis arbitrando modum lege præſcriptum excedere non liceat. l. eos. C. de mo. mulct. pœnæ autem fere legibus definitæ ſunt. Aliud genus coercitionis eſt, de quo hic loquitur Vlpian. ſumme neceſſarium ad tuendam magiſtratuum iuriſdictionem: nempe actio in factum, competens actori aduerſus reum contumacem, qua damnatur reus ad eam pecuniam, de qua controuerſia eſt, quamuis forte non debeatur. De hac igitur actione nunc tractandum eſt.

Quomodo mulcta & pœna inter ſe differant.

Cap. II.

Cauſa huius actionis.

HVius actionis cauſa eſt contumacia non obtemperantis ius dicenti, vt ipſa inſcriptio indicat. Ius dicentem hic accipimus magiſtratum, cuius proprium eſt ius dicere, vt diximus ſub tit. de iuriſdictione: non autem iudicem datum, qui & pedaneus dicitur. Præterea hic excipiuntur duumuiri, qui magiſtratus municipales ſunt. l. 4. infr. de damno infe. vt ad magiſtratus tantum pop. Ro. hoc edictum pertineat non ad municipales. Idque ita demum, ſi intra territorium ſuum ius dicant. l. vlt. ſupra de iuriſd. Quod autem hic dicitur, hoc edicto puniri eum, qui magiſtratui non obtemperauit, ſic accipiendum eſt, ſi vſque adeo perſeuerauerit in contumacia ſua vt quod extremum eſt in iuriſdictione non fecerit. Nam ſi is à quo res mobilis vindicabatur, iudicium accipere iuſſu prætoris noluerit, ſed cum prætor eam rem duci, vel ferri iuberet, tandem ei paruerit, humanius eſt aduerſus eum hanc actionem non competere: quia licet primo præcepto non paruerit ius dicentis, tamen ſequenti præcepto obtemperauit. Idemque dicendum eſt, etſi pluribus præceptis gradatim vſus ſit magiſtratus, extremóque tantum præcepto paruerit reus. nam quod extremum eſt in iuriſdictione, ab eo factum eſſe ſufficit, vt hanc pœnam effugiat. Cum enim ſecundum verba edicti, Si quis ius dicenti non obtemperauerit, dubium poſſit eſſe, an hic inciderit in pœnam edicti, quia & paruiſſe eum, & non paruiſſe verum eſt: benignius eſt ita edictum interpretari, vt hic pœna non afficiatur. l. vnica, verſi. 1. hic. de ſchemate autem anantapodoto, quo hic vſus eſt Vlpian. edita eſt iamdudum noſtra diſputatio, quæ extat lib. 1. Diſp. ca. 50.

Ius dicens, quis dicatur.

Cap. III.

Cui, & contra quem detur hæc actio.

SVnt qui popularem eſſe hanc actionem dicãt, quibus non aſſentior. Mihi enim videtur competere actori contra eum contumacem, exemplo actionis propoſitæ aduerſus eum, qui in ius vocatum vi exemit. l. pen. infra, ne quis eum qui in ius voc. eſt. Ad actorem igitur contumacem non pertinent verba huius edicti, nec ratio agendi, de qua hic loquimur, contra actorem, locum habere poteſt. Labeo tamen exiſtimauit petitorem quoque hoc edicto teneri, quod eadem ſit petitoris, & eius, vnde petitur, ratio. Id autem commodiſſime fiet non dando actionem aduerſus petitorem, ſed potius denegando ei iuriſdictionem, & non admittendo eum ad agendum. Quæ ſententia Labeoni quoque aſcribitur ab Vlpiano alibi. l. ſed etſi per prætorem. §. ſed ſi dum decreto. infra ex quibus cauſ. maio. Quid igitur dicemus, ſi procurator, tutor, vel curator ius dicenti non obtemperauerit? Et Vlpia. ait ipſos hoc edicto puniendos eſſe, non dominum, vel pupillum. Non enim dominus, qui procuratorem dat, videtur ei mandare, vt ius dicenti non obtemperet.

Cap. IV.

Quid veniat in hoc iudicium.

HOc iudicium meram pœnam continet: quia non petit actor, quod ſua intereſt, quamuis forte eius interſit: ſed quanti ea res eſt ab ipſo æſtimata, de qua controuerſia eſt. arg. l. pen. inf. ne quis eum qui in ius voc. eſt. Nam etſi calumniator fuerit, nihilominus hanc pœnam ei perſequi licet, vt ſcilicet contempta prætoris maieſtas vindicetur. argu. l. ſi familia. ſupr. de iuriſdict. Pœna igitur huius edicti nihil aliud eſt, quam perditio litis (vt vulgo loquimur) tam ex parte actoris, quam rei. Quod genus pœnæ hodie apud nos frequentiſſimum eſt. Hinc illud Hermogeniani lib. 1. ἐπιτομῶν. Contumacia (inquit) eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur. l. contumacia. infra de re iudi. Ac facile mihi perſuadeo, ea Hermogeniani verba ad interpretationem huius edicti ſcripta eſſe: quamuis Tribonianus ea in tractatum de re iudicata tranſtulerit. Sumpta ſunt enim ex d. lib. 1. Epito. Hermog. quod inſcriptio indicat: & conſtat Hermogenianum, veterum iuris auctorum ſcripta ad edictum perpetuum in epitomen redegiſſe, in eáque epitome ordinem edicti perpetui eum ſecutum eſſe. Id quod ipſe teſtatur cap. 2. ſupra de ſtatu hom. vt credibile ſit eum in lib. 1. res ad iuriſdictionem pertinentes tractaſſe. Non potuit autem breuius, aut preſſius comprehendere, quicquid continetur hoc edicto, quam ſuperioribus illis verbis, Contumacia eorum, &c.

IN TIT.

IN TIT. IV. LIB. II. PANDECT.

CAP. I.

De in ius vocando.

CVm omnium actionum inſtituendarum principium ſit in ius vocatio, merito in hac parte prima Digeſt. quæ τὰ πρῶτα dicitur, procœmiáque continet iudiciorum ſitus eſt hic ti. de in ius voc. §. omnium. Inſtit. de pœnis teme. litig. Non enim aduerſus eum, qui vocatus non eſt, redditur iudicium, niſi forte præſens ſe defendere poſſit. l. etiamſi patre. §. vlt. infra. de minor. 25. ann. & l. de vnoquoque. infr. de re iudic. Primus huius tituli locus eſt: in quo quæritur.

CAP. II.

Quid ſit in ius vocare.

IN ius vocare quid ſit, multis modis definitur, ſed omnes definitiones, ſi bene intelligantur, in idem recidunt. Eſt igitur in ius vocare, vt Paulus definit, iuris experiundi cauſa vocare. l. 1. hic. Tribonianus ait eſſe ad eum vocare, qui ius ſit dicturus. d. §. omnium. vel, (vt alij volunt) ad eum locum vocare, in quo ius dicitur. l. pe. §. fin. ſupra de iuſt. & iur. Donatus idem in Phormione Terentij ait. Quæ omnes definitiones in idem recidunt. Sed notandum eſt ius in hoc loco ad Prætorem & magiſtratum duntaxat, non ad iudicem datum (qui pedaneus dicitur) referri: vt ex Vlpiano in l. 2. hic. in l. voluit. §. fin. & l. pe. infr. de interrog. actio. & ex Cicer. lib. 2. Rhet. & ex Plauto in Men. act. 4. apparet. Et hæc quidem vocatio olim ſine vllo apparitore, ac iudicis præcepto fiebat, idque à quouis priuato homine, qui videlicet ipſi denuntiabat aduerſario, vt in ius iret, & propria authoritate eum ducebat, vt ſuo loco poſtea docebimus. Proinde reus qui pro tribunali magiſtratum interpellat, aut is qui libellum Principi vel Præſidi aduerſus alium dat, in ius vocare non dicitur. l. libertus à patrono, cum l. ſeq. hoc titul. Hodie vero iudicis authoritas neceſſaria eſt, vt aliquis in ius vocetur. l. neminem. C. de exhibend. reis. Sunt qui putant citationem nihil aliud, quam in ius vocationem eſſe. Et ſane in quibuſdam Imperatorum, & Pontificum reſcriptis promiſcuus eſt horum verborum vſus. l. conſentaneum. C. quomodo & quando iudex. cum ſimilibus. ſed apud veteres Iuriſcon. quorum eſt longe purior dictio citari dicitur reus, cum ipſa die cognitionis, quæ ante ei dicta fuit, in foro & tribunali per præconem euocatur, vt præſens ſit, ne nec appareat: cuius rei ignoratione, pleraque loca Pandectarum ab interpretibus heu male intellecta atque perperam hactenus explicata reperioſere. l. diuus. infra de in integ. reſtit. l. & poſt edictum. de iudic. l. inter accuſatorem, de pub. iudiciis. Idque probatiſſimorum ſcriptorum authoritate confirmari poteſt. Tranquillus in Tiberio. Citatum pro Tribunali voce Præconis comicialorem capi iuſſit inque carcerem detrudi. Fabius libr. 6. cap. 5. in publicis certe iudiciis vox illa Præconis, præter patronos, ipſum qui egerit citat. Vide Gel. li. 11. c. 1. Aſconius Pedianus 3. actione in Verrem: apud veteres & iudices, & rei, & accuſatores citabantur à præcone prætorio. Ita enim locus ille, in omnibus impreſſis codicibus emendatis, eſſe mihi videtur. Liuius libr. 5. deca. 3. Alius locus huius tituli ſequitur in quo quæritur.

CAP. III.

De perſonis quæ in ius vocari non poſſunt.

IN primis magiſtratus quandiu magiſtratu fungitur in ius vocari non poteſt. l. pars literarum. de iudi. niſi ob crimen, puta furti, aut repetundarum. l. iubemus. C. ad l. Iul. repetundarum. quod de maioribus magiſtratibus imperium & poteſtatem habentibus, qui videlicet coercere, & prehendere poſſunt, accipiendum erit. l. 2. hic. minores enim, qui ſine imperio ſunt, & neque vocationem habent, neque prehenſionem, vt ait Bar. à priuato in ius vocari non prohibentur. l. nec magiſtratibus. infr. de iniuriis. Huc que pertinet, quod ait Gellius lib. 13. cap. 12. cum ſequ. Quod autem hic dicitur de maioribus magiſtratibus, ratio non patitur de his intelligi, qui moribus noſtris, & legibus regiis perpetui ſunt, non, vt apud Romanos, temporarij. arg. l. Præſidis. ſi cert. pet. l. 2. C. vbi Senato. vel clariſſ. Alias quaſdam perſonas recenſent Iureconſulti, quas in ius vocare non licet. l. 2. 3. & 4. & l. neque. hic. veluti, quæ propter loci religionem, inde ſe mouere non poſſunt, quod de monachis & monialibus accipiendum puto. de quibus extat conſtitutio Nouella Iuſtiniani, auth. apud quos oport. collat. 6. Hæc verba quæ Vlpiano homini minime Chriſtiano adſcripta ſunt, Triboniani potius ſuſpicor. Nam Veſtales virgines, more veteri Romanorum in forum cum opus erat producebantur, vt author eſt Tacitus annalium libr. 2. Item in ius non vocatur is, qui equo publico in cauſa publica tranſuehitur. Quæ verba de tranſuectione, & probatione equitum ſolenniter recenſeri, & recognoſci ſolitorum, intelligenda eſſe arbitror. *Quand les hommes d'armes ſont leurs monſtres.* Huius tranſuectionis Liuius, Tranquillus & Valerius meminerunt, idque à Budæo noſtro annotatum eſt. Cætera prætermitto, quæ lectionem tantum, nec vllam interpretationem deſiderant. Alius locus huius tit. eſt.

Nota ſingularia de tranſuectione, equitúmve probatione.

CAP. IV.

De perſonis quæ permiſſu tantum Prætoris, in ius vocantur.

EDictum Prætoris, quantum ad eas perſonas attinet, ita conceptum eſt, parentem, patronum, liberos parentis, patroni, patronæve in ius, ſine permiſſu meo ne quis vocet. in quo edicto parentis appellatio latiſſima eſt, & omnes in infinitum ſuperioris ordinis cognatos, cuiuſcunque ſint ſexus complectitur. l. 4. hic. & l. appellatione. de verb. ſignif. Sed & naturalis tantum pater, cui non minor quam legitimo debetur reuerentia, his quoque verbis continetur. l. parentes. hic. Idémque de adoptiuo dicendum eſt, ob eandem rationem. l. adoptiuum. hic. licet alioqui hoc verbum eam non admittat interpretationem. l. Si ita quis. de legat. 2. & l. fideicommiſſum, infra de condit. & demonſtrat. Patris autem adoptiui parentes, qui nec ipſi patri, vt pote emancipato agnati ſunt, ſed tantum cognati, impune à filio adoptiuo in ius vocabuntur. Nullos enim cognatos, propter adoptionem, habet, niſi quibus agnaſcitur. leg. patris. hic. leg. qui in adoptionem. ſupra de adoptio. leg. non facile. penul. de gradibus. Theophil. in tit. de adopt. in Inſtit. Quæ de filio dicta ſunt, tam de naturali & legitimo, quam adoptiuo tantum, & de emancipato etiam intelliguntur. Nam is qui in poteſtate eſt, ne permiſſu quidem Prætoris aduerſus parentem experiri poteſt, præterquam in certis caſibus. leg. adoptiuum. hic. & leg. vlt. C. eo. titul. Deinde quod ait Prætor, patronum, ſic accipiendum eſt, quocunque modo patronus quis fuerit effectus, puta manumiſſione, ſerui detecta colluſione, ſententia iureiurando, quamuis ſolus patronus non ſit. quæ omnia diligenter & dilucide edicti interpres perſequitur. dict. leg. Adoptiui. l. ſed ſi hac. §. communis. hic. Quod ſequitur in edicto, liberos &c. non magnam difficultatem habet, & ab eodem diligenter explicatum eſt Vlpiano. dict. l. ſed ſi hac. §. liberos. Vnum ex Alexandri Cordianique reſcripto addendum eſt, vxori ipſius patroni, & hæredibus etiam extraneis tribui hunc honorem. l. 1. & 2. C. eod. tit. An autem in præceptore, & in aliis huiuſmodi perſonis, quibus paternam reuerentiam de-

bemu, edictum iſtud locum habeat, quæri poteſt, cum dicat Modeſtinus, generaliter eas perſonas quibus reuerentia præſtanda eſt, ſine iuſſu Prætoris, in ius vocandas non eſſe. l. generaliter. hic. ſed non puto Prætoris edictum ad hos porrigi, & verba iuriſconſult. Modeſtini accipienda eſſe de his quibus neceſſitate legis reuerentia præſtitur, quales ſunt parens & patronus. ti. de obſequiis. Nam etſi præceptori, aut ſeni naturalis quędam ratio, & honeſtas ſuadeat reuerentiam præſtari, nulla tamen lege id fieri præcipitur, nec quiſquam ad id inuitus cogi poteſt. Et hæc eſt ſimplex germanáque huius loci ſententia, quam ab interpretibus minime perſpectam video. Deinde ait prætor in edicto, ſine permiſſu meo, &c. quibus verbis oſtendit ſe permiſſurum, ſi iuſta cauſa id ſuadeat. l. ſed in hac lege. §. pen. Edictum vero hic voco, primum edicti caput, quod integrum extat. Nam altero capite, quod hic deſideratur, pœna quinquaginta ſolidorum, ſiue aureorum, contra vocantem ſtatuta eſt, eóque nomine aduerſus eum actio propoſita, quæ ne filio quidem patroni, in poteſtate conſtituto, abſente patre, denegatur, & cum ſit pœnalis, nec hęredi, nec in hæredem, nec vltra annum competit. §. vlt. Inſtit. de pœna temere litigant.

Nota quomodo quo, & quando ad reuerentiam non cogatur præſtandam: quod tamen ex æquo & bono intelligendum eſt.

Cap. V.

In quibus caſibus hæc ceſſet actio.

PRimus caſus eſt, ſi pœniteat vocantem, actionémque remittat. Secundus caſus eſt, ſi is qui vocatus eſt in ius, non compareat. Tertius caſus eſt, ſi non inuitus vocatus ſit. Quartus & poſtremus caſus eſt, ſi tutor pupilli, nomine pupilli non ſuo vocauerit, tametſi nihil referat, an proprio nomine quis an alieno vocetur. d. l. Sed etſi. § vlt. & l. quamuis. §. quæſitum. hic. Cuius diuerſitatis rationem vltro ſe ignorare fatentur interpretes. Verum arbitror hoc ideo tam varie conſtitutum fuiſſe, quia cum quis in ius ducitur inuitus, quod fieri ſolere iam admonuimus, non ideo minus irreuerenter tractari videtur, quod alieno nomine ducatur. At cum libertus pupilli nomine id facit, à pupillo ipſo factum intelligitur, qui ad nullam reuerentiam vocato exhibendam obſtrictus eſt. Extra hos caſus exigitur etiam aliqua edicti pœna adeo vt ruſticitati ipſi, & ſimplicitati vocantis, nulla detur venia leg. 2 C. e. d. tit. Sed etſi quis inops proponatur eſſe, non continuo pœna eruſ, ſed cædi & caſtigari potius debet. leg. vlt. hic. Alius locus ſequitur huius tituli in quo quæritur.

Cap. VI.

Quis ſit effectus in ius vocationis.

VEteri iure Romano vocatus in ius confeſtim ire, & vocantem ſequi debet, alioqui inuitus ducitur, vt ex Caio facile colligi poteſt. l. ſi vero. §. vlt. inſ. qui ſatiſdar. & hoc lege conſtitutum fuiſſe teſtis eſt Cicero lib. 2. de legib. & lib. 2. Rhetor. huius rei etiam argumentum eſt. quod actio aduerſus eos qui in ius vocatos vi eripiunt, id eſt è manibus vocantis ſeu ducentis auferunt, à Prætore proponitur. l. 1. & 4. infra ne quis eum qui in ius vocabitur. Pleraque item ex veteribus authoribus loca, & pene innumerabilia, quæ huius rei fidem faciunt, proferre poſſem, ſed breuitatis ſtudio pauca è multis ſelegi, quæ certiora mihi eſſe viſa ſunt. Horatius Satyra 9. lib. 1. Caſu venit obuius illi aduerſarius, & quo tu turpiſſime? magna exclamat voce & licet anteſtari. Ego verò oppono auriculam, rapit in ius, clamor vtrinque, vndique concurſus. Et ex Terentio in Phormione act. 5. Scena. 8. In ius ambula, & paulo poſt, In ius eamus. cui ſimile quiddam legitur apud Plautum in Perſa, in Penulo, & Curculione. Cicero pro Quintio: debere tibi dicis Quintium, procurator negat: vadari vis, promittit: in ius vocat, ſequitur iudicium poſtulat non recuſat. Plinius in Panegyrico: dicitur actori atque etiam procuratori ſuo, in ius veni, ſequere ad tribunal. Valerius Maxim. lib. 2. inſtit. antiq. de S. P. Carbilio loquens, qui primus omnium Romanorum vxorem ſuam repudiauit in ius vocanti matronam, (inquit) corpus eius attingere non permiſerunt. Cæcilius quoque iureconſultus, apud Gellium lib. 2. de lege 12. tabul. diſputat, quæ in ius vocato, ſi morbo impeditus ambulare nequiret, iumentum dare præcipiebat. Quod cum ita ſit, mirum profecto videri non debet, ſi filius in ius patrem vocare prohibeatur, abſque permiſſu Prætoris, vt ante diximus. Sunt tamen aliqui caſus in quibus dimitti iubetur vocatus, nec inuitus ducitur. Exempli gratia: Si quis eius perſonam defendat, vel ſi eundo in ius de re controuerſa fuerit legitime tranſactum. l. neque. hic.

Secundus caſus eſt, ſi quis intra domum ſuam, ſeu aſylum quoddam ſe receperit, ex ea enim inuitus extrahi non debet, quamuis ſi è publico conſpiciatur, diem ei dicere liceat. leg. plerique, cum ſequent. l. nemo. de regul. iur. Qua de re Cicero in oratione pro domo ſua: Quid eſt ſanctius (inquit) quid omni religione munitius, quam domus cuiuſque ciuium? hic aræ ſunt, hic foci, hic dij penates, hic ſacra, religiones, ceremoniæ continentur. hoc perfugium ita eſt ſanctum omnibus vt inde abripi neminem fas ſit. Vide eundem in oratione in Vatinium.

Præclara Cicer. de confugio ad domum ſententia.

Tertius caſus eſt, ſi quis iudicio ſiſtendi cauſa ſatiſdederit, aut cauerit vocanti. Satiſdans enim ex eorum numero eſt, de quibus in quadam epigraphe loquitur ipſe Caius, qui videlicet neque ſequuntur, neque ducuntur. leg. ſolutum. infra de verb. ſig. vt obiter Caij locum, à ceteris male intellectum explicemus, id eſt, qui tametſi vocantem non ſequantur, inuiti tamen in ius duci non poſſunt. hucque pertinet ſequens titulus, In ius vocati vt eant &c. Quando autem ſatiſdatio ſit neceſſaria, vel ſufficiat ſimplex cautio, latius poſtea diſſeremus ſub titulo: Qui ſatiſdare cogantur. Interim animaduertendum eſt quibus caſibus exigitur ſatiſdatio, fideiuſſorem idoneum & locupletem dandum eſſe, exceptis neceſſariis perſonis, à quibus qualemcunque accipi Prætor iubet. l. 1. & 2. infra, in ius vocati vt eant. Item neceſſe eſt eum iuriſdictioni illius ſuppoſitum eſſe, ad quem reus vocatus eſt, niſi ſuo priuilegio renunciauerit. l. 1. infra, Si quis in ius vocat. nam huiuſmodi fideiuſſor, qui vas dicebatur à veteribus, vnde & vadimonium venit, in iudicium ſiſtere & exhibere cogitur. leg. eum pro quo. hic nec liberatur, ſi cùm duos homines ſiſti promiſerit. alterum tantummodo exhibeat. l. vlt. in ius voc. vt eant.

Quartus caſus videbatur addendus eſſe, videlicet, ſi iuſta cauſa vocandi non fuerit: ſed Paulus nihil referre ait, qua ex cauſa quis vocetur. l. 2. inſt. ſi quis in ius vocatus &c. Nec obſtat huic ſententiæ, quod extra territorium aut ſupra iuriſdictionem ſuam, ius dicenti impune non pareatur. l. vlt. ſupra de iuriſd. & l. contumacia. §. vlt. de re iudic. Nam vocatus in ius quamuis ex aliena ſit iuriſdictione, venire debet, vt Prætor æſtimet an ſua ſit iuriſdictio necne. Verum vbi venerit, & ſi nõ eſſe ſubiectum ei iuriſdictioni aperte docuerit, ſi quid aduerſus eum decreuerit magiſtratus, impune ei non parebitur. Hactenus de primo in ius vocationis effectu, de ceteris breuiter nunc eſt dicendum.

Secundus effectus igitur in ius vocationis erit, ſi quis in ius vocatus non venerit, à competenti mulctetur iudice, præterquam ſi ex iuſta cauſa pœnam ei ipſe voluerit remittere iudex.

Tertius effectus & poſtremus eſt aduerſus eum qui iudicio ſiſti promiſit, ex ſtipulatu ad pœnam, ſi promiſſa ſit, alioqui ad id quod intereſt agitur. leg. 2. & vlt. infra ſi quis in ius vocatus. agetur que incerti condictione, quia petit incertum, nẽpe id quod intereſt. nihil enim

incertius

incertius cum in facto conſiſtat. l. vlt. de prætoriis ſtipul. l. quatenus. de reg. iur.

IN TIT. VII. LIB. II. PANDECT.

Cap. I.

Ne quis eum qui in ius voc.

QVia nonnunquam contingebat, vt propinqui & amici in ius vocatorum, eos è manibus vocantium eriperent, atque eximerent, dubitatum olim fuit, reo ob hanc cauſam in ius non producto, quemadmodum ipſi ſuccurrendum eſſet actori. Nam inciuile durumque videbatur, reum nulli culpę affinem, neque ſceleris conſcium alicuius plecti, itaque propoſuit prætor edictum huiuſmodi: Ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat, néve dolo malo faciat quominus eximatur. Si quis aduerſus ea fecerit, quanti ea res erit ab actore æſtimata, de qua controuerſia eſt, aduerſus eum actionem dabo. De hac igitur actione quæ certum nomen non habet, & in factum concipitur, eſt tractandum per locos communes more noſtro. Primus locus eſt, in quo quæritur.

Cap. II.

Quæ ſit cauſa huius actionis.

CAuſa huius actionis, vt ex ipſo edicto apparet, eſt exemplio eius qui in ius vocatus eſt l. 2. hic, id eſt, ad prætorem vocatus, non ad pedaneum iudicem, vt ante diximus leg. 3. §. 1. hic. Eximere autem non tantum eſt, è manibus ducentis eripere, ſed etiam quoquo modo auferre. l. 4. Sufficit autem vi exemptum eſſe, quamuis ſine dolo malo. d. leg 3 § vlt. Sed exemptum accipimus cum effectu, ita vt in ius prodire non potuerit. l. penult. §. docere Ceſſat ſane hæc actio, ſi actor ius vocandi non habuerit. Qua de re multa hic exempla leguntur l. t. a. & 3. hic.

Cap. III.

Cui & contra quem detur hæc actio.

HÆc actio ei datur, qui in ius vocauit, aduerſus eum qui exemit. l. penul. § 1. Item aduerſus eum cuius dolo malo exemptus eſt ab alio. l. 4. §. vlt. & §. pœnales. Inſtit. de actio. hic autem dolus neceſſarius eſt, quamuis in eximente culpa ſufficiat. d. l. 3. §. vlt. Quod ſi ſeruus exemerit, aduerſus dominum eius intentari actio debebit. l. 1. §. hic. Præterea hæc actio hæredi datur, ſi eius interſit, ſed in hæredem nunquam dari poteſt, cum ex parte rei ſemper pœnalis ſit, vt mox dicemus. l. pen. §. vlt. hic. Sed tamen datur hæredi quia ex eius parte non dicitur pœnalis: ſed rei perſecutoria: oportebit autem docere intereſſe: non datur porro poſt annum. Eſt enim omnino pœnalis hæc actio, vnde fit vt non liberetur reus ſoluendo, quia pœnam ſuam ſoluit.

Cap. IV.

Quid veniat in hanc actionem.

HAc actione petitur non quod in veritate eſt, ſed quanti res ab actore qui in ius vocabat æſtimata eſt. l. pen. §. in eum. hic. Itaque hæc actio pœnalis dicitur, non rei perſecutoria. l. 1. d. l. penul. §. in eum. & §. pœnales. Inſtit. de act. Atque hinc fit, vt ſi plures aliquem vi exemerint, à ſingolis ſolida exigatur pœna. l. pen. §. vlt. Eadem ratione ſolutio facta ab eo qui exemit reum, qui in ius vocabatur, non liberat.

IN TIT. VIII. LIB. PANDECTAR. II.

Cap. I.

Qui ſatiſdare cogantur, &c.

TAmetſi de ſatiſdatione iudicio ſiſti ſupra aliquid attigimus, quia tamen res latè diffuſa eſt, pleniorem diſputationem, tractatúmque ſpecialem requirere videtur. Videamus igitur primum ſatiſdatio quid ſit. hæc autem nihil aliud eſt, quam fideiuſſoris datio. leg. 1. hic. Cautio vero ad nudam etiam promiſſionem, ſtipulationémque refertur. l. ſancimus. de verb. ſig quæritur deinde quæ perſonæ ſatiſdent. Ab his omnibus qui in ius vocantur regulariter exigitur hæc ſatiſdatio. Nouella 53 §. ſancimus. Authent. de exhibend. reis, coll. 5. §. ſed hodie. Inſti. de ſatiſdat. Cogitúrque reus ſatiſdare, vbi conuentus eſt, non alibi: licet in ſatiſdatione neceſſaria aliud ſit conſtitutum. l. fideiuſſor. §. ſi neceſſaria. l. de die. §. tutor. hic. fideiuſſorem autem dari locupletem ac idoneũ oportet. niſi parens conueniatur, aut patronus aliáve ex his perſonis quæ prætoris edicto exprimuntur. l. 2. in princip. & §. prætor. hic. Proinde mulier, miles, minor vigintiquinque annis, niſi in rem ſuam ad ſatiſdandum non recte adhibentur. leg. de die. §. 1. hic. Item nec is qui fori præſcriptionem habet, niſi iuri ſuo renuntiare paratus ſit. leg. ſi fideiuſſor. in princip. Verum ſi oriatur controuerſia, an ſit idoneus fideiuſſor, nec ne, probandi eius gratia datur arbiter, à cuius arbitrio, ſi forte iniquum eſſe videbitur, appellare licet. Nam alioqui pro idoneo & locuplete fideiuſſor habendus eſt l. arbitrio. cum ſequent. hic. Occurrit Pauli locus qui librariorum typographorumque errore iniuriaque corruptus, negotium interpretibus faceſſere ſolet. Qui ex cauſa improbat, ab arbitro probatos, aliàs improbatos probat leg. ſi ab arbitro, §. 1. hic, id eſt, (vt ego interpretor) qui apud iudicem competentem, ex cauſa aliqua fideiuſſoris arbitrio probatos improbat. ſi ea cauſa, aut vera, aut idonea non ſit, his contentus eſſe debet, etiam ſi ex alia cauſa improbari forte queant, quos Paulus improbatos, id eſt, improbabiles. quaſi iam lege improbati ſint, vocat. Ceterum ſi quis opprobatum fideiuſſorem ſeu euidentiſſime locupletem, non acceperit, iniuriarum actione tenetur. Quandoquidem eum qui ſatiſdat, in ius duci, vt inquit Caius, non quælibet, id eſt, non vulgaris iniuria eſt. l. ſi vero. §. 1. hic. ſatiſdatio autem fit per ſtipulationem auctoritate tamen prætoris interueniente, ac idcirco prætoria dicitur. leg 1. infra de prætor. ſtipulation. Solétque dies adiici, qua die ſiſtatur reus vel conſenſu litigantium, vel iudicis interuentu. l. de die. hic. Adde quod ſatiſdare non cogitur in eo loco, vbi conuenitur, quia ſatiſdatio neceſſaria eſt: & non poteſt facile reus ibi eam præſtare, vbi conuenitur. leg. ſi fideiuſſor. §. ſi neceſſaria. l. de die. §. tutor. Poteſt enim ſatiſdare in alio municipio, eiuſdem tamen prouinciæ. Quod ſi vitioſe ſatiſdatum ſit, non videtur ſatiſdatum. Ideóque ex integro ſatiſdandum eſt: ſicut & cum ſatiſdatio inutilis ex poſtfacto redditur. l. quotiens. d. l. de die §. ſi fideiuſſor. l. ſi ab arbitro, in fi. hic. ex integro ergo poteſt exigi cautio.

Cap. II.

De obligatione & actione qua tenetur fideiuſſor.

FIdeiuſſor iudicio ſiſti reum exhibere & ſiſtere cogitur, alioqui ad id quod re vera intereſt non habita ratione quantitatis petitæ, ſicut in ſuperiori edicto conueniri poteſt. leg. 2. hic. & l. 7. quod falſo tutor. autor. l. inter hæc. de verborum ſig. quod accipiendum eſt, niſi reus ante motum deceſſerit quo caſu liberatur huiuſmodi fideiuſſor, licet is qui pro condemnato fideiuſſit, pecuniæ nomine quæ ex ſententia ſolui debebat eo mortuo non liberetur l. 2. §. vlt. l. 3. 4. & 5. hic. Sequitur alius locus huius tituli in quo tractatur de his qui non ſatiſdant.

CAP. III.

De his qui non coguntur ſatiſdare.

IN primis inter eos qui non coguntur ſatiſdare numeratur immobiliũ poſſeſſor. poſſeſſor autẽ immobiliũ quis ſit, dilucide docet Macer in leg. ſciendũ. hic. deinde quibuſdã perſonis hoc ſatiſdationis onus remittitur, ab iiſque vel iuratoria exigitur cautio, vel ſimplex promiſſio, de quibus tractatur alibi l. omnes. Cod. de epiſcop. & cleric. & in Authentic. de litig. collatio. 8. illud prætermittendum non eſt, eum qui iurato promiſit, ſi ex cauſa ſeſe non ſtiterit, peieraſſe non videri, l. vlt. hic. & l. 2. ſi quis caut. Ad hæc de ſatiſdatione iudicatum ſolui, aliiſque ſatiſdationum generibus quædam ſub hoc titulo non pœnitenda leguntur, ſed à propoſito alieniora, quare de his ſuperſedendum eſſe duximus: cũ præſertim tituli ſpeciales extent in digeſtis. Vnum tamẽ hic notandum eſt, ſatiſdati- nem aliquando eligi de re ſiſtenda, ſeu exhibenda. l. Senatuſconſulto. de offic. Præſidis quod ſi non ſatiſdetur eo nomine, & perſona ſuſpecta ſit, res apud officium deponitur, & ſequeſtratur. l. fideiuſſor. §. vult. hic.

IN TIT. IX. LIB. II.

PANDECT.

CAP. I.

Si ex noxali cauſa agatur.

HIc titulus pendet ex ſuperiore, qui ſatiſdare cogantur, & de eadem ſatiſdatione tractamr, ſed de ea, quæ præſtatur in noxalibus actionibus. Hæc enim quędam ſpecialia habent. Hic duo loci ſunt conſiderandi. Vnus pertinet ad prætoria edictum, cuius eſt mentio hic. Vult prætor, cum agitur noxali actione aduerſum dominum ſerui, & cautio exigitur, vt ſiſtatur ſeruus, in qua cauſa tunc eſt, cum ſatiſdatio poſtulatur, donec iudicium accipiatur, id eſt lis conteſtetur, quanquam Accurſius de ſententia intelligat. Hoc ideo expreſſum eſt, quia reus, qui definit poſſidere ſeruum ante liten conteſta, non amplius tenetur actione noxali. l. noxali. infra de nox. actio. Poſt autem ſi deſierit, æquum eſt eum teneri, quia eſt actio perſonalis. Et hoc intereſt inter actiones perſonales, & eas quæ in rem ſunt. Idem diximus de actione ad exhibendum, ſub tit. de reb. cre. Quid ſit in eadem cauſa ſiſtere docet Vlpi. Hoc etſi de ſeruia dicatur, ad alios tamen in vniuerſum pertinet: Cum ſit ius actoris, deterius dicitur in eadem cauſa non ſiſti. Quærit I. C. dominus ſeruum vẽdidit, aut noxæ dedidit, an videri poſſit in eadẽ cauſa ſiſtere? Et in hac cauſa veteres vidẽtur diſſentiſſe. vnde l. 1. videtur repugnare. Sed in leg. 1. referuntur tantũ opiniones, & ex l. 2. colligi debet mẽs Iuſtiniani. Si igitur venditus ſit ſeruus, ſiſti videtur: tamen in eadem cauſa, niſi alienatio facta mutandi iudicij cauſa efficiat ius actoris deterius. Ex his quæſtio exiſtit l. penultim. An videatur in eadem cauſa ſiſti qua liber ſiſtitur. Hic diſtingui oportet an ſit controuerſia de ſeruo in capitali iudicio, & tunc non videtur ſiſti in eadem cauſa. Ratio eſt, quia aliter de ſeruo ſupplicium accipitur, aliter de homine libero. l. in ſeruorum. de pœnis. Quod ad alias cauſas attinet, videtur melior cauſa fieri actoris, nam actio quæ erat vtilis, facta eſt directa. Hic occurrit antinomia difficilis. l. 1. de pœnis. Vbi dicitur pœnam inſtigi habita ratione temporis delicti, & nominatim ponit exemplum I. C. de ſeruis. at Vlpianus videtur hic contrarium ſentire, cum ait, aliter puniri liberum, aliter ſeruum. Sed non eſt credendum hæc pugnantia eſſe, quæ eiuſdem authoris ſunt. Vulgo diſtinguunt pœnam certam, & ordinariam ab arbitraria. Cum certa eſt, ſpectatur tempus delicti, & ſic intelligunt leg. 1. de pœnis. Cum arbitraria, ſpectatur tempus rei iudicatæ. Ratio diuerſitatis, quia iudex in certis pœnis non poteſt pœnam, quæ legibus ſtatim poſt delictum, defertur, immutare, quæ ratio ſpecioſa eſt. Sed certe ex Vlpi. non poteſt vllo modo talis diſtinctio colligi. Ne igitur diutius morer, dicam breuiter quod ſentio. Exiſtimo hæc verba huius loci, *aliter de ſeruo, aliter de lib. &c.* referenda eſſe non ad genus, pœnæ, ſed ad ordinem cognoſcendi, quaſi dicat, alia eſt forma proceſſus in pœnis inſligendis liberis hominibus & ſeruis. Mouet me quod antea dictum ſit non oportere deterius fieri ius actoris: at genus pœnæ nihil pertinet ad commoditatem actoris. At forma proceſſus maxime. Itaque l. 1. de pœn. eſt intelligenda de genere pœnæ, hæc de proceſſu. facilior autem eſt forma proceſſus in ſeruum, nam de his facilius quæſtio habetur, & ſupplicio afficiuntur. Quod autem addit Vlpian. de pecuniaria pœna, hæc pertinet generaliter, cum ſerui vel alibi rei ſiunt. Alia quæſtio ex iiſdem verbis naſcitur: Si quis promiſerit ſiſtere ſtatu liberum, ſi ſiſtatur liber factus, an in eadem cauſa ſiſtitur? Et ait I. C. vlt. ſiſti, ergo id quod diximus in initio eſt intelligendum cum hac exceptione, niſi ſtatu liber ſit. Hic quæſtio eſt difficilis an eodem genere pœnæ ſtatuliber ſit puniendus quo ſerui? Et I. C. dicunt vt liberum eſſe puniendum. l. modis. §. vltim. de pœn. l. ſtatuliber de quæſtionibus. Sed Pomponius contra oſtendit his verbis, *Ideo in publicis iudicus eaſdem pœnas patiuntur, quas alij ſerui.* Hic Accurſiani multa comminiſcuntur. Sed ego exiſtimo ante reſcriptum D. Pij non id certi iuris fuiſſe. Sed Vlpia D. Pij reſcriptum ſequitur. l. modis. §. vlti. de pœ. at in l. ſtatuliberi 19. de ſtatulib. aperte contradicitur. Verum ea verba mihi videntur eſſe Q. Mutij. nam inſcriptio eſt, Pōp. lib. 18. ad Q. Mutium. Solent autem I. C. ponere verba eorum ad quos ſcribunt. is autem Mutius ante Diuum Pium vixit. Veteres autem volebant ſtatuliberum puniri vt ſeruum, quia ſeruus revera eſt. l. ſtatuliberum. de ſtatulib. At reſcripto D. Pius ſecutus eſt fauorem libertatis, & nos quoque ſequi debemus. Alter locus eſt.

Quid cauendum ſit in noxali cauſa.

HIc locus exponitur l. 2. ſi abſens. hic. Hinc quæſtio tractatur de vſufructuario l. 3. hic. Et dicitur denegari ei vſusfructus perſecutionem propter contumaciam. idem dicitur l. aut amplius. §. vl. de dam. in-e l. ſi finita. §. ſi quando. Alia quæſtio tractatur l. 4. Et dicitur, ſine incommodo non admitti diuiſionem huius ſatiſdationis. Nam fieri poſſet vt vnus partem ſerui noxæ dederet, alter litis æſtimationem præſtaret. l. in executione. de verb. oblig.

IN TIT. X. LIB. II.

DIGESTORVM. DE EO PER QVEM FACTVM ERIT, QVO minus quis in iudicio ſiſtat.

HOc tit. proponitur actio aduerſus eum, cuius dolo malo factũ eſt ne quis in iu. ſtat. Verba hæc videntur fuiſſe. *Si dolo malo cuius factum fuerit quominus quis ſupra ſiſtat, aduerſus eum in id quod intereſt actionem dabo.* Hic differemus per locos communes. Primus locus eſt de cauſa. Cauſa eſt dolus, vt oſtendit Vlpian. leg. 1. dolus igitur hic tantum coercetur. Doli verbum interpretatur Vlpianus. *Dolum autem malum ſic accipimus &c. Qui credulus fuerit.* Nerui enim & artus ſapientiæ ſunt non temere credere, l. 3. de in rem verſo. Non ideo tamen dolus impunitus eſſet debet. *Quominus quis.* an hæc verba de reo, an de actore accipienda? Et ego exiſtimo de vtroque accipi debere. Hinc quæſtiones naſcuntur.

naſcuntur. l. 3. §. ſed ſi. & ſequ. Si autem vnus alium impedierit, dolus dolum compenſat. *ſe iudicio ſiſtat*. non dicit in iure. Et hæc eſt differentia huius edicti cum ſuperiore edicto. Et hoc edictum pertinet ad eum qui vocatur ad iudicem pedaneum. Alter locus eſt.

Cui & aduerſus quem actio detur.

DAtur hæc actio ei cuius intereſt vel ſe, vel alium in iudicio non ſtitiſſe, forte actoris intereſt, ne impediatur reus iudicio ſiſti: vt ſi actio ſit peritura tempore, poteſt. Item rei intereſſe. l. prim. §. ſi reus.

IN TIT. XI. LIB. II. PANDECT.

Cap. I.

De eo per quem factum erit, quominus, &c.

NOnnunquam contingit, vt is qui ſe iudicio ſiſtere dicitur, dolo alicuius impediatur, quominus ſe ſiſtat, cuius rei gratia aduerſus impedientem à prætore proponitur actio in hæc verba: Si cuius dolo malo factum fuerit, quominus quis ſe iudicio ſiſtat, aduerſus eum, ei ad quem ea res pertinebit, quanti interfuerit, actionem dabo. Ait Prætor: Si cuius. quod tam generaliter accipe, etiamſi fuerit ſeruus, nam hæc actio noxalis eſt. l. 1. §. ſerui. & l. 2. hoc tamen verbum ad actorem non pertinet, aduerſus quem ſufficit exceptio, ſi ex ſtipulatu agat. l. 1. §. ſi ſeruus. & l. 2. deinde ait prætor, dolo malo. huius doli exemplum adfert Vlpianus, videlicet ſi venienti ad iudicium aliquis renuntiauerit triſte, &c. Nam etſi viri ſapientis non ſit, authore Epicarmo, temere credere, nõ ideo tamen dolus aduerſarij impunitus eſſe debet. l. 1. § dolum. Ait præterea, quominus quis &c. ſiue is fuerit actor, ſiue reus. Nam vtrique ſuccurritur à Prætore, niſi vtriuſque dolus mutuus arguatur. l. 3. §. 1. & 2. Deinde dicitur, Ei ad quem res, id eſt, non tantum reo, ſed etiam actori, cum vtriuſque interſit. l. 2. §. ſi reus. & l. 3. in principio. Ait deinde prætor, quanti interfuerit. da vni igitur ob eam cauſam accepti habenda eſt ratio, quamuis fideiuſſor ſummam promiſerit. l. 3. in princ. & ſi. Cæterum ex his verbis annotandum eſt, vno ex pluribus delinquentibus ſoluente, ceteros liberari, quia nihil amplius intereſt. l. 1. §. ſi plures. Nã quod intereſt petitur hac actione: differt autem hæc actio ab ea, quæ contra eximentem datur, quia ibi non id quod intereſt, ſed quod petitur præſtatur. Reſtitutoriam autem vocat actionem, quæ reſtituitur, ſemper igitur eſt expendendum quidnam interſit. Hinc quæritur, ſi fideiuſſor obligetur ad vnum quid tantum, cum pluris mea interſit, an hac petere potero actione? & dicitur nihil intereſſe ad quid fideiuſſor obligatus fuerit. Deinde ait, actionem dabo. hæc actio in factum concipitur, quia ex parte actoris eſt rei perſecutoria, & datur hæredi: ex parte vero rei pœnalis eſt: ideo nec vltra annum, nec aduerſus hæredem, niſi forte quatenus ex ea re fuerit factus locupletior, datur. l. 1. §. vltim. & l. 3. in princip.

Authoritas Epicarmi.

Quid veniat in hoc iudicium.

IN TIT. XII. LIB. II. PANDECT.

Cap. I.

Si quis cautionibus in iudicio ſiſtendi, &c.

HIc totus tractatus in duo capita non incommode diuidi poteſt, quorum vnum varias exceptionum cauſas complectitur, quibus ſe tueri poſſit is, qui poſt ſtipulationem interpoſitam, ad iudicium non adfuit. Alterum miſcellanea quædam de commiſſa ſtipulatione iudicio ſiſti, eiuſque effectu obtinebit. Videamus igitur primum de cauſis exceptionum.

Prima exceptionis cauſa eſt tranſactio poſt diem exhibitionis facta. l. 2. in princip. hic.

Secunda eſt impedimentum néceſſarium, ex munere publico, valetudine, funere domeſtico, tempeſtate, alióve non à ſimili caſu, citra promiſſoris culpam contingente. d. l. 2. §. ſi quis. cum §. ſequenti. leg. 4. §. 1. l. ſi quis cum fideiuſſorem. hic. Cæterum impeditus ab homine priuato exceptione non iuuatur, cum id quod ſua intereſt ab eo ſeruare queat. d. l. 2. §. vltim. & l. 3. hic. Quod ita accipiendum eſt, niſi ab actore ipſo impeditus ſit reus, vt ſupra annotauimus. Et ſi ex duobus reis ſtipulandi vnus impedierit, aduerſus alterum exceptio ita demum proderit, ſi ſocij ſint. l. ſi ſocij ſint. l. ſi duo, in principio. hic. Porro ad hanc cauſam pertinet rei capitalis damnatus. leg. ſed & ſi quis. §. 1. hic damnatum vero capitis, etiam exulem, id eſt, relegatum intelligimus, qui ciuitatem retinere poteſt, vt ait Cicero in oratione pro Cecinna. huc pertinet l. exilium. infra de interd. & relegatis. Itaque mirum videri non debet, ſi damnato ipſi, nedum fideiuſſori, hæc exceptio competere dicatur. Quod tamen hic dicitur exceptionem fideiuſſori competere, ſi deportatus ſit reus, non ita accipiendum eſt, vt reo propter hanc ſtatus mutationem competat exceptio, ſed propter impedimentum quod ex ea conſequitur. l. 1. C. de fideiuſſo. l. fideiuſſores. de except. C. Non enim dicet fideiuſſor, ad vitandam condemnationem, reum deſiiſſe eſſe ciuem, ideoque extinctam eſſe obligationem. l. ſi fideiuſſori. infra de fideiuſſor. ſed ita impeditum eſſe, vt ſiſti non poſſit.

Tertia cauſa exceptionis eſt, ſi poſt modicum tempus, quam ſtipulatio commiſſa eſt, ſe ſtiterit reus, nec ius ipſius actoris ex mora rei deterius factum ſit. l. ſed & ſi poſt tres. hoc titulo.

Quarta cauſa eſt ſi pupilli nomine tutor promiſerit iudicio ſiſti, & interim tutela finita ſit. l. vltim. hic.

Quinta eſt, ſi ex duobus reis promittendi vnus ad iudicium non venerit, & actor ab altero rem petat, nam petens pœnam exceptione ſubmouebitur. l. ſi duo. § 1.

Sexta cauſa eſt, ſi is qui plures ſeruos iudicio ſiſti promiſerit, non omnes ſtiterit, quo caſu except. reus ſe tueri poteſt, ne integram pœnam cogatur exoluere. leg. ſi ſeruus §. 1. hic.

Septima cauſa eſt, ſi dies exhibitionis nondum venerit, tunc enim nec reo datur exceptio, & ſi homo, quem ſiſti promiſerit, dolo ipſius ante diem perierit. l. ſi eum. §. 1. Quod vtique expeditum eſt, cum de die certa conuenit inter litigantes. l. de die. qui ſatiſda. cogantur. Alias in dies ſingulos vicena millia paſſuum ſunt dinumeranda. l. 1. hic. l. 3. infra de verb. ſignifi. Ex his fere cauſis hæc ſolet competere exceptio, non tantum reo principali, ſed etiam fideiuſſori, quamuis pro eo, qui in aliena poteſtate eſt fideiuſſerit. l. ſi quis cum fideiuſſorem. & l. ſi quis ſeruum. Nec refert an ſatiſdare coactus fuerit, necne reus, qui ſatiſdare non debebat, quantum ad obligationem fideiuſſoris attinet, niſi per errorem id factum proponatur. l. ſed & ſi quis. §. item quæritur. hic. Quod ſupra diximus ita intelligendum eſt, niſi nominatim conuenerit, vt deſerta promiſſione, nulla obiiciatur exceptio. Nam talis conuentio, cauſis exceptionum ſpecialiter expreſſis, valet. l. ſed & ſi quis. §. quæſitum. hic. Hactenus de priori loco huius tituli. Alter ſequitur.

Cap. II.

De commiſſa ſtipulatione.

HOmo liber qui aliquem iudicio ſiſti promiſit, eo non in eadem cauſa ſtato, ex ſtipulatu conueniri poteſt, etiam ſi reus forte iam tempore liberatus eſſe dicatur, cum id obſcurum, incertúmque ſit, & rei veritatem inquiri oporteat. l. ſi ſeruus. in princip. & l. ſi eū.

in princip.l.ſi quis quempiam.& l. quoties. hoc titul. Datur autem actio ſi pœna adiecta non ſit, ad id quod intereſt, cuius æſtimatio ad tempus, quo ſiſti debuit reus,non quo agitur,referenda eſt. leg.ſi quis ante.§.illud.vnde quæſitum eſt, an ſtipulatio procuratori facta, alicuius ſit momenti,quod nihil ipſius interſit.Sed Neratius reſpondit vtilitatem domini litis ſpectandam eſſe,vt quantum eius intereſſit,debeatur.l.ſi procurator. Poſtremo hæc actio datur hæredi, atque in hæredem, niſi propter aliquam aliam actionem interpoſita ſit ſtipolatio quæ ad hæredem non tranſeat, qualis eſt actio iniuriarum.l.ſi eum.§.qui iniuriarum.hoc tit.

IN TIT. XIII. LIB. II. PANDECTAR.

Cap. I.

De feriis & dilationibus.

DVbitari poterat, an diebus feriatis ſiſtere ſe quis iudicio cogatur?itaque poſt titulum de in ius vocando,& ſuperiores alios titulos hic titulus collocatur. Quamobrem primum dicendum nobis videtur quotuplices ſint feriæ. Feriæ partim ſunt humanæ, partim ſunt diuinæ: humanæ ad vtilitatem hominum, vel honorem. diuinæ vero ad honorem Dei inſtituuntur & celebrantur.Rurſus feriæ aliæ ſunt ſunt ſolennes & anniuerſariæ,vt meſſium,& vindemiarum, quas pro conſuetudine cuiuſque loci ſtatuere præſides ſolent, & ſimiles.l.Præſides.l.pridie.hic.& l.2. C.eod. titul. Aliæ ſunt indictiuę & extraordinarię, vt quæ ob res proſpere geſtas,vel in honorem Principis indicuntur, l. ſed & ſi.§.ſed & feriæ.ex quibus cauſis maior. Meſſium vindemiarúmque tẽpore iudicia non exercentur,niſi conſenſu litigantium,in quorum gratiam huiuſcemodi feriæ inſtitutæ ſunt.l.1.& l.ſi feriatis.hic Excipiuntur certæ cauſæ,quas neceſſitas aliáve iuſta cauſa primo quoque tempore tractandas eſſe ſuadet, de quibus fuſe diſſerit Vlpianus in leg.1.2.& 3.& l. diuus. hic.l. Publicas. C.eodem tit. Sed admonendi ſumus, præter eas quæ ſolẽnes ſunt, quæque ob ſupraſcriptas cauſas, extra ordinem iudicij ſolent concedi, nemini licere,niſi Principi vllas ferias inſtituere. l. à nullo. C. eodem tit. Addendum quoque illud eſt, ex reſcripto Conſtantini, quod licet ſententia nulla ſit, quæ feriato die lata ſit, tamen in temporibus appellationum feriati dies computantur.l.1.C.eod.tit.Item ſi ob ferias extraordinarias damnu quis affectus ſit, ex bono & æquo in integrum reſtituitur,ob ſolẽnes vero quib.[illegible] ſpicere potuit, nõ item. dict.l. ſed & ſi §. ſed & feriæ.etc. Dies Solis quẽ dominicũ appellamus,*le dimenche*,& alij qui Principũ, Pontificumque reſcriptis expreſſi ſunt,feriati in honorem Dei eſſe dicuntur.l.4.quadraginta.l. omnes dies.l. actus.& l.vltim.C. eo.& cap.conqueſtus, eodem tit. in antiq. Proinde lites & forenſes controuerſiæ his diebus ceſſare debent, nec vlla iuriſdictio niſi voluntaria exerceri poteſt.l.2.& l. quadraginta.l. actus.C.eod.hinc.illa lex Ciceronis:Feriis iurgia amouento.lib. 2.de legibus. quod adeo verum eſt, vt quicquid contra hanc prohibitionem geritur,nullum ſit,quamuis litigatores conſenſerint. dicto capit.conqueſtus.Sed & à negotiis ceteris, atque operibus eo tempore abſtinendum eſt, excepta agricultura,& aliis huiuſmodi,quæ celeritatem deſiderant, neque alias æque commode perfici poſſunt. l. 3. eod. & capi.licet.in antiquis. eodem, & hæc fuit diui Scæuolæ iureconſulti ſententia, vt ſcribit Macrobius lib.1. Satyr.c.16.conſulti quidnam feriis agi liceret, qui reſpondiſſe fertur, quod præter miſſum noceret. Qua ratione paſchali quidem die differendam quæſtionem

Nota placitū Scæuolæ Iuriſconſulti vt ſponſum. Nulla de morte hominum cunctatio longa eſſe poteſt, ex mẽte poetæ Satyrographi.

aduerſus latrones eſſe, Honorius reſcripſit. l. pronuntiatum.C.eod.titu.Nam & ſi vere dixerit ſatyricus Poeta, nullam de morte hominis cunctationem longam eſſe,tamen præueniendum periculi cauſa, nõnunquam acceleratio neceſſaria eſt.l.ſi quis filio. §. ſi autem.infra de iniuſto rupto.hactenus de prima parte rubr.diximus: ſequitur altera.

DE DILATIONIBVS.

Cap. II.

Quid ſit dilatio,pars altera rubricæ.

DIlatio, vt ait Donatus, eſt diei prolatio,quæ tam actori quam reo variis ex cauſis conceditur. l.interdum,infra de iudiciis. & l. 1. C. eodem.Reo quidem conceditur ad deliberandum an cedere,an contendere debeat nam hæc actori denegatur. leg.2 C.eod.vtrique vero ad producendos teſtes,vel proferenda inſtrumenta,aut ad quærendum aduocatum, aliúdve quicquam quod ratio commoditatis exigat.l.oratione.hic.l.1.& 2. l.inter priuatos. C. eo.l.ait Prætor. §. vltim. ex quibus cauſis maio l.notionem.§. inſtrumentorum. de verborum ſignifi.Datur autem dilatio ſemel tantum in pecuniariis cauſis, niſi forte aliquid inopinatum emergat, quo caſu iterum cauſa cognita indulgeri ſolet:in capitalibus autem cauſis reo tres dilationes,quæ accuſatori, cauſa cognita conceduntur. dicta leg. oratione, & l.vltim.hic.Nec fiſcales cauſę à cauſis priuatorum hac in re diſtinguendæ ſunt.l.inter priuatos.C.eod.titu.Cum igitur cauſæ cognitio neceſſaria ſit in danda dilatione,merito dicitur à procedente iudice poſtulandam non eſſe. l.4.C.eod. titu. Sed cum de aliquo negótio quod ante deciſum eſt,refertur ad Principem, vt is quid fieri placeat reſcribat, nulla tribuitur dilatio. l. cùm à nobis.C. eodem tit.Et quia cauſæ cognitionem requirit,ea conceſſio à iudice tantum pro tribunali ſedente impetrari poteſt.l.à procedente.C.eod. Ceterum dilatio omnis, modo longior,modo breuior, pro locorum interuallo danda eſt.dict.l.oratione.l.1.& vltim.C eod.tit. Quod quidem in tempore ferias computandas eſſe conſtat.l. ſiue pars.C. eod.tit. hinc appatet dilationes arbitrarias eſſe, quamuis ſit conſtitutum ſpatium temporis,quod iudici excedere non liceat, in dilatione concedenda & moderanda,l.2.C.eod. Cui ſimile eſt, quod de mulctã alibi diximus,licet enim iudicibus arbitrio ſuo mulctã dicere,modo quantitatem lege definitam non egrediãtur.l.eos.C de modo mulctandi.l. Aliud eſt fraus.& l.ſi qua pœna,de verbo. ſignifi. Ex iam dictis liquet quas ob cauſas,quoties,quibus perſonis, in quibus negotiis, quomodo,ad quod tempus detur dilatio. De effectu eiuſdem in præſentiarum hoc obſeruare ſufficiet, quod iudicis officium donec finita fuerit dilatio, conquieſcit.l.ſiue pars. C. eo. quod accipiendum eſt, quantum ad ea, quæ præiudicare poſſunt iis, pro quibus dilatio conceſſa eſt.l generaliter.§.pe.de iureiur Poſtremo annotandum eſt,diem more Romanorum à media nocte incipere,& ſequentis noctis media parte finiri, qui dies ciuilis appellatur. l. more Romano. hic. Sed hic locus pertinet ad tertiam inſcriptionis partem, de diuerſis ſcilicet temporibus earum, & tam ad ferias quam ad dilationes referri debet.

IN TIT. XIII. LIB. II. PANDECT.

Cap. I.

De edendo.

SVb hoc titulo de triplici tractatur editione actionis, videlicet, rationum & inſtrumentorum: de

omnibus

omnibus ordine videbimus; & in primis de actionis editiona. Actionis editio neceſſaria eſt, quæ ſpeciem futuræ litis demonſtret aduerſario, vt is intelligere poſſit an ſibi cedendum ſit, an potius litigandum. leg. 1. hic & l. edita. C. eod. titu. Actionem autem edere is dicitur, vel qui copiam deſcribendi facit, vel qui eam libello deſcriptam dat, vel qui dictat excipiendam & deſcribendam aduerſario. dict. leg. 1. hic. ſed quod ait Labeo, eum quoque edere qui producit aduerſarium ſuum ad album &c. quomodo accipiendum ſit videamus. Quidam exiſtimauerũt, aduerſaria, hic legendum eſſe, i. rationes tumultuarie collectas. Alciat. lib. 2. diſputatio. cap. vltim. Idem lib. παρέργων 8. cap. 7. quod mihi non probatur, quia rationum editio cum actionis editiona nihil habet commune, vt mittam, quod ſalua proprietate ſermonis Latini, cuius retinentiſſimos fuiſſe veteres conſultos teſtatur Fab. hæc lectio defendi non poteſt. Non enim vt producere teſtes, ita etiam producere literas, inſtrumenta, rationes, aduerſaria, ſed proferra potius Latine dicimus. Quamobrem veterum lectionem minime immutandam, & aduerſarium hic, pro reo accipiendum cenſeo: quem qui ducit ad album Prętoris, in quo ſcilicet actionum deſcriptæ ſunt formulæ, eique demonſtrat quam actionem dictaturus ſit, edera etiam intelligitur. Huic tamen iuri nouiſſima Iuſtiniani conſtitutio derogauit, qua cautum eſt vt actor libellum offerat reo, cum ad iudicium vocatur. Nouel. 53 de exhib. reis. Authen. Offeratur. C. de litis con. qui libellus dicitur conuentionalis. §. Tripli. Inſtitut. de actionib. hæc editio olim fiebat antequam reus in ius, id eſt, apud Prætorem vocaretur, iudicij conſtituendi cauſa, atque fiebat vt poſtquam in aciem ventum erat, aliquid emẽdare, vel mutare actor poſſet, modo id citra captionem aduerſarij fieret, atque totum ius teddẽtis arbitrio committebatur. dict. leg. edita. Poſt formulam vero à Prætore datam, & litem conteſtatam, nihil mutare licebat, niſi adito Prætore, à quo data erat formula. Verum ſublatis formulis cum magiſtratus ipſi cognoſcere cœperunt, permiſerunt mutationem atque emendationem, cum id æquitas poſtulabat. §. ſi minus. Inſtitut. de actionibus. Adhęc ſciendum eſt formulam actionis ita edendam, & omnia ſpecialiter exprimenda eſſe, vt nihil obſcuritatis inſit, quod aduerſarij deliberationem impediat. Nam alioqui ſpeciem litis futuræ non demonſtraret. Verum hoc eo pertinet, vt intelligamus cogi poſſe actorem à reo vt det, & dilucide intentionem ſuam proponat: reo ſiquidem id non poſtulante, intentio, quamuis obſcura, tenet. leg. vltim. C. de annali exceptio. Item editam actionem actor vel emendare vel mutare poteſt, quod tamen vt ſine captione aduerſarij fiat oportet. dicta leg. edita. Rationum autem editionem hoc ordine ſumus tractaturi. In prima videbimus, quis edere eas debeat. Secundo, cui dendæ ſint. Tertio, quomodo facienda ſit editio. Quarto, ſi non edantur, quæ actio competat. Videamus igitur primum quiſnam eas edere debeat. Prætoris edicto argentarij rationes ſuas edere coguntur, ſiue cum ipſis ſit controuerſia, ſiue non ſit. leg. Prætor. & l. argentarius, in principio. hic. Erant autem argentarij veluti proxenetæ quidam, qui pecuniam fœnerari volentibus operam ſuam præſtabant, eamque ob cauſam pecunia apud eos à fœneratoribus deponi ſolebat, quam aliis fœnori darent, eratque hoc officium virile, à quo fœminæ remouebantur. l. fœminæ. hic. l. filiæ. de ſolut. Atque ideo præ ceteris rationes edere tenentur, vt ait Caius, quia officium eorum publicam habet cauſam: & hęc principalis eorum opera eſt, vt actus ſui rationes diligenter conficiant. dicta leg. argentarius. Idemque de nummulariis eſt dicendum. l. Quædam. §. nummularios. hoc titulo. Sed & quod ait Prætor de argentariis, ad filiumfamilias, patrem ſucceſſoremque argentarij pertinet, modo iuris ſit ſucceſſor. dicta leg. Prætor. l. ſi quis §. cogentur. l. Quædam. §. nihil intereſt. hic. Et tam etſi procurator, tutor, ſocius edere debeant, huius tamen edicti verbis non continentur, quia mandati actio, tutelæ, pro ſocio ſufficit, nec opus fuit de his hic edicere perſonis. l. quædam. in princip. hic. Porro actor reo ſuas edere compellitur rationes, licet reus actori non æque, niſi ex cauſa quam iudex æquam arbitratus fuerit. l. 1. & l. qui accuſare. & l. non eſt nouum. l. iuſtum. l. vltim. C. eodem l. nimis graue. C. de teſtibus. Quod autem dicitur non eſſe eorum editionem neceſſariam, quibus quis vſurus non eſt. leg. prim. §. edenda de editione accipiendum eſt, quæ fit deliberationis, non probationis cauſa. Secundo, ratio ei editur ad quem pertinet, & cuius mandatu confecta eſt, ſi iurauerit ſe non calumniæ cauſa poſtulare. l. ſi quis. §. exigitur. & §. ex hoc edicto. l. quædam. §. vltim. ipſi vero argentario, qui inſtructus eſſe poteſt inſtrumento ſuæ profeſſionis, vel ei qui iterum edi poſtulauerit, non editur, niſi ex iuſta cauſa, & graui, ratio edẽda ſit. l. ſi quis. §. Prætor. & §. veluti. hoc titulo. Ipſæ autem rationes cũ die & conſule edi debent, quoniam alias vltro citroque data & accepta, in quibus vere conſiſtit ratio, apparere non poſſunt. leg. 1. §. rationes. leg. Prætor. in principio. leg. ſi quis. §. rationem. hic. Quod ſi dies & conſul tantum initio tabularum adſcriptus ſit, communis totius rationis eſſe intelligitur. leg. ſi quis. §. ſi initium. Item ratio à capite edi debet, ea pars videlicet quæ ad inſtruendum aliquem pertinet. leg. argentarius. §. edi. hic. Præterea, in quo loco quis argentariam exercuit, in eo cogitur edere non alibi, niſi actor deſcriptum ſibi dari ſuis ſumptibus poſtulet, vbi de ea re agitur. leg. Prætor. § vltim cum ſequ. Aduerſus argentarium non edentem, poſtquam Prætor decreuit rationem edendam eſſe, in id quod intereſt agitur. l. ſi quis §. hoc edicto. hic. Quod ita accipiendum eſt, ſi dolo malo non edat: culpam enim non præſtat. niſi diſſ dolo malo proximam. leg. vbi hic. Vnde ſi quis in iudicio ſuccubuerit, quod rationibus careret, ex quibus cauſam ſuam poſſet tueri, merito damnatur hoc iudicio argentarius. Probare autem debebit iudici, ſe illo iudicio, quo victus eſt, ſuperiorem euadere potuiſſe, vel ipſis rationibus quas poſtea nactus fuerit, vel aliis inſtrumentis aut teſtibus quibus illo tẽpore aliqua ex cauſa vti nõ potuit. l. argentarius. §. cum autem. Ceterum hæc actio, quæ ex parte rei pœnalis eſt, in hæredem ipſius non dabitur, at hęredi actori dabitur, quoniam ex parte eius eſt rei perſecutoria. l. vltim. hic. Pro regula certa tenendum eſt: Inſtrumentorum omnium quibus quis vſurus eſt, exempla aduerſario ante iudicium edenda eſſe, idque ſine die & cõſule, ne quid excogitetur fraudis. l. 1. hic. Quæ quidem editio non probationis, ſed deliberationis tãtum gratia fit, & ideo ne ſubſcriptionem quidem edentis deſiderat. l. exempla. hic. Sed animaduertendum eſt, cum legatarius ab hærede legatum petit, ante iudicium non cogi teſtamentum edere, quia hæredem eo non carere veriſimile eſt. l. 2. hic. licet dubium non ſit, quin probationis gratia accepto iudicio proferre debeat. l. poſtquam. §. ſi dies, vt l. nom. cauea. Ceterum nemo cogitur alteri inſtrumentum edere, quo aduerſus eum vti non vult, niſi in certis caſibus, veluti ſi inſtrumentum ſibi commune cum alio cuſtodiat. l. procurator. C. eod. Item ſi fiſco delatus ſit. Nam delator inſtrumenta, quæ ad cauſam pertinent, edere compellitur. l. Senatus. hic. Acta quoque publica tam ciuilia, quàm criminalia iuſſu iudicis ab actuario inſpicienda exhibentur. l. 2. C. eo.

IN TIT. XIV. DE PACTIS.

CAP. I.

Quid ſit pactum.

Digitized by Google

DE pactis tractaturi, videamus quid Pactum ſit. Hæc enim eſt in omni artificioſa diſputatione princeps quæſtio. Quod vt commodius intelligatur, rem omnem altius repetere, & à genere ipſo, quod eſt conuentio, initium ducere neceſſe eſt. *Conuentio verbum generale.* Eſt autem conuentio verbum generale, commercium omne, ac negotium quodcunque inter homines contrahitur, ſuo ambitu complectens. leg. prim. § conuentionis. hic. Cum igitur duo, pluresque in idem negotium conſentiunt, ſiue inter abſentes, ſiue præſentes, ſiue ex publica cauſa, ſiue priuata id fiat, conuenire dicuntur. le. Labeo. l. conuentionum. hic. Nec refert, an verbis eorum exprimatur ſententia, an re ipſa, & facto aliquo ſignificetur: vt in exemplis à Paulo adductis videre eſt. l. item quia. hic. *Conuentionum diuiſio.* Conuentio autem omnis aut legitima eſſe dicitur, aut iuriſgentium. leg. conuentionum. hic. Quæ verba aliter apud Paulum haud dubie accipiuntur, quam apud Vlpianum, tametſi Tribonianus vtriuſque diuiſionem coniungere voluerit. Legitimas conuentiones vocat Paulus leg. legitima. quæ lege aliqua confirmantur, id eſt, quæ conſenſu gentiũ non ita probantur, vt ad obligandum valeant, ſed tamen iure ciuitatis Romanæ obligationem pariunt. *Stipulatio eſt mere ciuilis.* Cuiuſmodi eſt ſtipulatio, quę ne aliis quidem gentibus cognita fuit: item pactum donationis cauſa factum, quo quidem pacto ceteras quoque gentes vſas fuiſſe credibile eſt, ideoque iuriſgentium non male diceretur, ſed alio ſenſu. Nam moribus gentium hoc pactum ad obligationem efficax habitum non eſt, vt nec ceteræ conuentiones, quæ in proprium nomen non tranſeunt. Conuentiones iuriſgentium vocat Vlpian. l. iuriſgentium. quæ aliis quoque gentibus, non ſolum Romanis fuerunt cognitæ, quales ſunt fere omnes pręter ſtipulationem, non quas aliæ gẽtes idoneas ad obligandum iudicauerunt. Et harum quædam nomen proprium habent, & iure ciuili proſunt ad obligandum, vt emptio, venditio, locatio, conductio: aliis nullum eſt proprium nomen inditum, nec ad obligandum vtiles ſunt, niſi forte earum aliqua, aut lege aut ſenatuſcõſulto confirmata ſit, vt poſtea dicemus. Itaque eædem conuentiones, & legitimæ, & iuriſgẽtium dici poſſunt, nec ea res homonymia intellecta, multũ habet obſcuritatis. *Omne ius gentium ciuile eſt, nõ contra.* Nam idem & ciuile ius, & gentium eſſe nihil prohibet. Quinimo (ſi Cicer. lib. 3. Offic. credimus) omne ius gentium idem ciuile eſt, tametſi, quod ciuile eſt, non continuo gentium ſit. Eæ autem conuentiones, quibus proprium nomen ac ſpeciale datum non eſt, vocabulo ſatis lato & generali pacta appellantur. Eadem & pacta cõuenta vocari crediderim, quod nulli legibus Romanis confirmentur, paucis quibuſdam exceptis, ſed ex conuentu tantum ipſo valeant, per tuitionem Prætoris: itaque factum in eis, non ius ciuile verſari dicitur, vt infra dicemus. Hinc perſpicuum eſt quid pactum ſit. Quod ſi quis *ἐτυμολογίαν* quoque huius verbi requirat, *Etymologia pacti.* ex Vlpiano diſcenda eſt, qui pactum à pactione, i. duntũ cõſenſu dictum eſſe ait l. 1. in pric. hic. Quod autem vulgo tradiderunt interpretes, omnem conſenſum duntum pactum eſſe: tantum abeſt, vt recte id inde colligant, vt vel vnus ille locus, iudicio meo, ad infirmandam eorum ſententiam ſufficiat. Nam ſi nihil aliud ſit pactio quam pactum, quæſo quid illis Vlpiani verbis ineptius?

Cap. II.

Diuiſiones pactorum.

PRima diuiſio: Pactorum quoddam nudum eſt, aliud non nudum. Cum enim pacto nihil extrinſecus accedit, pręter conuentionem ipſam, & conſenſum, id nudum, quaſi ſolum, ſimplex, & merum appellatur. Interdum aliquid aliud præter pactum ſubeſt, puta datio, vel ſtipulatio, quo caſu nudum, aut ſimplex, ſeu merum pactum dici non poteſt. l. diuiſionis. hic. l. legem. C. eod. vt verba ipſa per ſe clara, & aperta ſignificant: quæ homines bonarum artium rudes ſophiſticis quibuſdam & inanibus argutiis mirum in modum obſcurauere. Secunda diuiſio: Pacta quædam in rem ſunt, alia in perſonam. In rem, cum quis generaliter paciſcitur, ne rem petat, nec certam perſonam exprimit. In perſonam, cum quis à certa perſona ſe non petiturum promittit. l. iuriſgentium. §. pactorum. Tertia diuiſio: Pactum aliud iuſtum eſt, aliud iniuſtum. Iuſtum intelligimus, quod legitimum eſt, & iuri, boniſque moribus conſentaneum. l. tale l. epiſtola. hic. l. cum emptor. infra de reſcind. vend. l. Stichum. §. naturalis. infra de ſol. quamuis plerique alij nodum quęrentes in ſcirpo longe diuerſam adferant interpretationem, vt Alciat. in l. pacta nouiſſima. C. e. l. lege obuenire. infra de verb. ſign. Iniuſtum quid ſit, inde cognoſci nullo negotio poteſt. Quarta diuiſio: Pacta quædam de republica fiunt, alia vero de re cuiuſque familiari & priuata. l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. Hæc ſatis nota eſt, nec vllam interpretationem deſiderat. Quinta diuiſio: Pactum aliud expreſſum eſt, cum verbis declaratur paciſcentium voluntas. Aliud tacitum, cum voluntas eorum verbis non expreſſa ex coniecturis tantum colligitur: vt, Si quis debitori ſuo cautionem reddiderit, vel inutiliter ei acceptum fecerit. Nam vtroque caſu pactus cum eo videtur, ne petat. Is quoque, qui in futurum à debitore vſuras accipit, ne intra id tempus petat, tacite cum eo pactus eſſe præſumitur. l. Labeo. l. ſi vnus. §. vlt. l. qui in futurum. in prin. Addi poſſent & aliæ diuiſiones: ſed hæ nobis ſufficere ad eorum quæ ſequuntur, explicationem viſæ ſunt.

Cap. III.

De perſonis, quæ paciſci poſſunt, quæque non poſſunt.

I. PActum à ſeruo, aut filiofamil. factum ne petatur (quia in rem conceptum eſt) domino, aut patri interdum nocet. ſi videlicet de re peculiari, cuius liberam habeant adminiſtrationem, non donationis cauſa, ſed tranſactionis, aliave ſimili, fines adminiſtrationis non excedente, factum ſit. Quinimo de re dominica aliquando vtile erit pactum, vt ſi ſeruus dominicam credens pecuniam, pactus ſit, ne ante certum tempus ea petatur. l. contra. §. ſi filius. cum ſeq. it. Pactum à ſeruo, aut filiofamil. factum, ne petat, inutile eſt d. §. ſi filius. cum enim regulariter petere, ſeu agere non poſſint, pactum de non petendo fruſtra in eorum perſonam concipitur. l. filiusfam. infra de act. & obl. l. ſeruus. C. de iud. Et hæc vt plurimum ita ſe habent, præterquam in certis caſibus, quorum primus eſt: Cum paciſcitur filius, ne iniuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ iure ſingulari filiofamil. competunt. l. filiusfam. idque verbis Caij ſatis expreſſum eſſe puto, cum ait: *In perſona filij videndum, ne aliquando etſi pactus ſit ne ageret, valet pacto: quia aliquando filiusfamilias habet actionem veluti iniuriarum.* l. in perſona. hic. Solent enim plerunque talibus verbis ſententiam ſuam exprimere Iureconſul. l. videamus. inf. de ædil. edict. l. habere licere. inf. de euict. l. poſtquam. inf. de pet. hære. l. Iulianus. inf. de rei vin. (id quod Accur. latuit) ſicut & Cic. li. 3. Offic. Itaque videndum eſt, ne non ſatis ſit id quod apud Platonem eſt in Philoſophos dictum, &c. Alter caſus eſt, cum pactum à filio confertur in id tempus, quo ſui iuris effectus agere poterit. l. & hæredi. §. filiatii. Pactum filij aut ſerui, ne à patre dominove petatur, vtile eſt: prodeſtque patri aut domino. Per eas enim perſonas, quæ in poteſtate noſtra ſunt, melior conditio noſtra fieri poteſt, deterior non item. Idem dicendum eſt in eo ſeruo, in quo vſumfructum habemus, aut qui bona fide nobis ſeruit. l. ſi tibi. §. vltim. cum l. ſeq. l. ſi debitor. hic. l. 3. l. filius. C. eo. t v. Pactum à filiofamilias factum, ne à ſe petatur, ei prodeſt l. acquirent. hic. Nam

ex omni

ex omni contractu filii ſfamil. conueniri poteſt, ſicut paterfamil.l.ſi quis cum filio.infra de pecu.d.l filiusfa. Ac tametſi pactum iſtud perſonale ſit, patri nihilominus etiam proderit, ſi nomine filij conueniatur, quamdiu ſcilicet viuit filius. Nam eius morte, quia perſonale eſt, extinguitur. v. Pactum à ſeruo factum, ne à ſe petatur, non valet. Ab eo enim peti non poteſt. l.cum ſeruus.de reg.iur. Itaque domino eius acquiretur pacti conuenti exceptio: quæ ſi in rem pactus eſſet ſeruus, acquireretur. Exceptio tamen doli ſubſidiaria hoc caſu dabitur. l. & hæredi.§.t. vi. Pactum à patre factum, ne à filio petatur, non prodeſt filio, etiam ſi poſtea hæres patri extiterit.l.ſi tibi §.ſi pactus ſim. Quod eſt accipiendum, vt pacti exceptione directa vtatur. Nam doli exceptio ei deneganda non eſt.l.& hæred. § nos autem.l.quodcunque.inſt.de ver.oblig. Sed ſi pater filio paciſcatur, vt hæredi futuro: quod dum facere intelligitur, cum ſuper ea obligatione paciſcitur, ex qua non poteſt filius, niſi vt hæres conueniri, exceptio pacti ei danda eſt.l.auus. Hoc autem pactum patri, nomine filij conuento, vtile eſt, ſi in paciſcendo id actum ſit, l.ſi timens filij nomine conueniri, eo animo pactus ſit, vt ſibi ipſe proſpiceret. d. l. & hæredi.§.nos autem v.II. Pactum factum à procuratore meo, ne à me petatur, mihi prodeſt: ſcilicet vt doli tantum, non etiam directa pacti exceptio detur.l.reſcriptum.§ vl. vIII. Pactum à procuratore meo factum, ne ego petam, mihi non nocet, præterquam in trib.caſib.

Procurator cum libera administratione quis ſit.

Primus, ſi mandaui ei, vt paciſceretur. alter, ſi ſit procurator is, qui à Iureconſul. omnium rerum, totorum bonorum, vniuerſorum bonorum dicitur. l. nam & nocere.hic. Quibus verbis dubium non eſt, eum ſignificari compendio ſermonis, cui plena, liberáque rerum adminiſtratio conceſſa eſt. l. procurator, cui generaliter. procurator totorum bonor. 63. inf. de procuratorib. & defenſorib l.iuſiurãdum. §. vl. inf. de iureiu. vt alibi fuſius diſſeremus. De quo M. Tul. in orat. pro Cæcinna, Non alia, ait, ratio iuris in hoc genere duntaxat, vtrum me tuus procurator deiecerit: is, qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius, qui in Italia non ſit, abſitve Reipub. cauſa, quaſi quidam penè dominus, hoc eſt, alieni iuris vicarius. aut tuus colonus, &c. Huius tam ampla eſt poteſtas, vt exigere, nouare, aliud pro alio permutare, eaque omnia facere poſſit, quæcunque ad adminiſtrationem magis, quam profuſionem, diſſipationémque patrimonij pertinent. Nam donationis cauſa paciſci non poteſt, ac ne eas quidem res vendere quas diligens, attentúſque paterfamilias vendere non ſolet, quaſque dominus ipſe veriſimiliter diſtracturus non fuit. l.contra iuris §.1.hic.d.l procurator totorum.l. ſi conſenſit.§. videamus.l.ſicut.§.an paciſci.inf.qui.mo. pig. Tertius caſus eſt, cum quis procurator in rem ſuam conſtituitur, i. cum ei actio mandatur: habetur enim loco domini, vt Paulus ait l.ſed ſi tantum, hic. Sed cur procurator is dicitur, non dominus, cum propria magis, quam aliena negotia adminiſtret? Reſpon. ita ius olim

Prætor olim dabat actionem.

conſtitutum fuiſſe, vt ſolius Prætoris eſſet, actionem alicui dare, non hominis priuati, cui cõpeteret ea actio. Dabatur autem ab eo, directa ſaltem, ex verbis tantum edicti, quo eam propoſuerat, vt exempli cauſa, Edicto ita propoſito, *Quod quis commodaſſe dicetur, iudicium dabo*: Commodatori ſolum actio dabatur, non alij, cuius intereſſet, etiamſi maxime id vellet commodator, ne à verbis edicti recederetur. Itaque ſi quis ius agendi ſibi competens in alium transferre cuperet, imaginaria quadam procuratoris conſtitutione opus erat: vt nomine alieno inſtitui videretur actio. Et licet hodie in extraordinariis iudiciis formularum conceptio non obſeruetur. ideoque ſubtilitas hæc ſuperuacanea ſit. l. actio. de neg geſt. priſcam tamen appellationem adhuc retinemus, procuratorem vocantes eum, qui re vera nihil minus, quam procurator eſt. IX. Pactum tutoris aut curatoris minori prodeſt. l. tutoris. hic. Sed & ſi tranſactionis cauſa non donationis, pactum factum ſit, etiam nocet. l. inter d.em.§. qui tutelam. iuſt. de furt. l. pactum curatoris. C. eo. l. tutor. infra de iureiur. X. Curator ſiue adminiſtrator Reipublicæ, aut ciuitatis paciſcendo non magis ei, quàm tutor pupillo, obeſſe poteſt. l. Imperatores. hic. l. præſes. C. de tranſact. Eadem eſt cauſa eius, qui ſocietatis, vel vniuerſitatis Magiſter dicitur. l. item Magiſtri. hic. l. actor. infra rem rat. ha. adeo vt inter hunc & procuratorem vniuerſorum bonorum, tutorem pupilli, curatorem adulti, Reipublicæ, adminiſtratorem nihil interſit. Et ita accipiendum eſt, quod Vlpianus Magiſtri pactum prodeſſe, & obeſſe ait. Magiſtri autem (inquit Feſtus) non ſolum doctores artium, ſed etiam pagorum ſocietatum, vicorum, collegiorum, equitum dicuntur: quia omnes ij magis ceteris poſſunt. l. quibus præcipua. infra de verb. ſignif. Aſco. Ped. in Piſo. Quicunque ſtipulando aliis acquirunt, iidem & paciſcendo acquirere poſſunt. l. per quos. hic. Perſonæ publicæ de negociis publicis paciſci poſſunt. l. conuentionum. hic.

Cap. IV.

De quibus rebus paciſci poſſumus.

De re tantum priuata & familiari paciſci licet, vt ſi quis paciſcatur, ne iudicati. in conſarum ędium, depoſiti, furti, agat, ne operis noui nuntiationem exequatur. l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. ne vtatur fori præſcriptione. l. pen. C. eod. vt quatenus facere poſſit debitor, eatenus agat. l. ſi quis crediderit vt ab hærede hæreditatem adituro minus petat. l. iuriſgentium. § vltim. ne ab hærede ſatiſdationem nomine legatorum ſibi relictorum exigat. l. pactum inter hæredem. Nam & diuus Marcus conſultiſſimus, ſapientiſſimúſque Princeps, ipſis rerum experimentis ſe cognouiſſe reſcripſit, ad publicam vtilitatem pertinere, vt huiuſmodi ſatiſdationes teſtatorum voluntate remitti poſſint. l. 2. C. vt in poſſ. leg. Ob eandem rationem valet pactum. Ne iumẽti vitioſi, aut morboſi venditor teneatur emptori actione redhibitoria. l. paciſci. hic. Licet enim contra edictũ Ædilitium id pactum fiat, ad rem tamen paciſcentis priuatam & familiarem tantum reſpicit. Item, ſi fideicommiſſi onere inuicem grauari ſint filij, reſcripſit Diocletianus, mutuo conſenſu hæc remitti poſſe, quia iuri ſuo renuntiare nemo prohibetur. l. cum proponas. 1. C. eo. Simile huic exemplum eſt ex reſcripto Seueri, cum fideicommiſſum ab hærede relictum eſt, ſi deceſſerit ſine liberis, eique renuntiat fideicommiſſarius, repræſentata ſibi ab hærede, ante ſuſceptos liberos, pecunia. Nam ne liberis quidem poſtea ſuſceptis, quod ita geſtum eſt, irritum efficitur. l. 1. C. eo. Ex eadem regula illud quoque conſequitur: Si inter emptorem, & venditorem conueniat, vt venditor re euicta non teneatur, pactionem ſeruandam eſſe. l. in empt. hic. l. ex empto. infra de actio. empt.

2 De eo, quod ad Remp. magis quam ad rem familiarem reſpicit, paciſci non poſſumus: vt ſi quis paciſcatur, Ne operis noui nuntiationem, quæ Reipu. cauſa facta eſt, exequatur. d. §. ſi paciſcar. Nam ius publicum priuatorum pactis mutari non poteſt. l. ius publicum. hic. Vnde Vlpian. generaliter ait, *Quoties pactum à iure communi, id eſt, priuato remotum eſt, ſeruari non oportere*. dicto §. ſi paciſcar. l. ſi vnus. §. pacta. Itaque ſi is, cui oppigneratur prædium, paciſcatur cum debitore, vt is onera tributorum agnoſcat hoc pacto ius fiſcale non conuellitur tametſi, quod ad paciſcentes attinet, iuſtum: ideoque ſeruandum ſit. l. inter debitorem. l. epiſtola. §. pactum. hic. l. vlt. C. ſine cen. vel reliq.

3 Pactum de re turpi, & inhoneſta, boniſque moribus, ac legibus contraria, factum, nullius momenti eſt. l.

Digitized by Google

pacta quæ contra C. eo. puta de furto faciendo, vel alio quouis maleficio. Sed & ſi quis paciſcatur cum aliquo, ne ob dolum ſuum, aut furtum teneatur, ſi poſtea admiſſum fuerit, æque reprobatur hoc pactum: cum ſpes impunitatis, illecebræ quædam peccati ſit. l. ſi vnus. §. pacta. Diuerſa cauſa eſt eius pacti, quo conuenit vt ne quod maleficium perpetretur. Nam quod lege cauetur, quæ (vt Demoſthenes ait) conuentio quædam & pactio eſt, l. 2 de legi. cur de eo paciſci hominibus priuatis non licebit? l. non impoſſibile. hic. Si tamen ob eandem cauſam promittatur pecunia, nulla naſcitur obligatio, propter turpitudinem conuentionis. l. iuriſgentium. §. ſi ob maleficium. Inter ea pacta, quę contra bonos mores fiunt, duo præcipuè à Iureconſultis memorentur: vnum eſt, pactum de ſucceſſione futura. Apud priſcos enim Romanos turpe, et impudens habitum eſt de hæreditate viuentis quenquam ſolicitum eſſe. quod & verſus Horatiani indicant, Sermo. lib. 2. Satyr. 5.

Spes impunitatis illecebra peccati.

Pactum de ſucceſſione futura.

Qui teſtamentum tradet tibi cúmque legendum,
Abnuere, & tabulas à te remouere memento:
Sic tamen vt limis rapias, quid prima ſecundo
Cera, velit verſu, ſolus, multis ne cohæres,
Veloci percurre oculo, &c.

Hæredipetæ cur vulturib. ſimiles.

Talis ergo pactio, quæ hæredipetis captandæ mortis alienæ, & more vulturum cadauer (vt aiunt) expectandi occaſionem præbet: vt odioſe, ac periculoſa, merito legibus improbatur, nec libertatem teſtamenti faciendi auferre poteſt. l. pactum dotali. l. vlt. C. eo. l. ſtipulatio hoc modo, infra de ver. oblig. l. ex eo. C. de inuti ſtipulat. l. hæreditas. C. de pact. conuen. l. de fideicom. infra de tranſact. l. quidam. infra de dona. l. 2 §. interdum. infra de vulg. Aliud in teſtamento dicendum eſt, quod cum ſecreto fiat, nemine quid contineat intelligente, ſitque ambulatorium, & reuocabile quandiu ſuperſtes fuerit teſtator, abſque periculo hæreditas ea cuiuis defertur. In militibus ſane ad prælium pergentibus conſtitutum eſt, hoc pactum valere, vt ad ſuperſtitem alterius bona perueniant. Nam voluntas eorum quoquo modo declarata, teſtamenti vim obtinet. l. licet inter priuatos. Alterum pactum eſt, quo Cauſidicus à litigatore litem redimit, conuenitque vt is nomine mercedis certam partem eius pecuniæ, quæ adiudicata fuerit, vel maiorem aliquam ſummam in euentum litis accipiat. l. ſumptus. hic. l. ſalarium. l. ſi remunerandi. §. Maurus. infra mand. Nam hæc pactio Cauſidicis calumnioſe litigandi occaſionem præbet, & iis artibus, ac ſtrophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro, ac litibus triti, vt ait Plinius, vel nolentes ediſcunt. Quoties enim ſpes aliqua vberioris quæſtus certa ipſi oſtenditur,

Pactum à quota parte litis.

Tunc immenſa caui ſpirant mendacia folles, &c.

Quod vt veriſſime, ita parciſſime de eiſdem ſcribit Satyricus Poeta, ſi ex noſtris ſeculi moribus ſuperiorum æſtimatio fiat.

Cauſidicorum auaritia & nequitia.

4 Ius cognationis aut agnationis pacto tolli non poteſt. l. ius autem agnationis. hic. l. iura ſanguinis. infra de reg. iur. vt, Si quis cum alio paciſcatur, ne eius frater ſit. Eſt enim neceſſaria, ac naturalis hæc coniunctio, quæ ex voluntate, arbitrioque noſtro non pendet. Hinc Iſocrates. Amicitiam conſanguinitate potiorem eſſe demonſtrat, quod hæc ἐκ τῆς ἀνάγκης, id eſt, ex neceſſitate, illa ἐκ τῆς προαιρέσεως, i. voluntate proficiſcatur. Eademque eſt ratio ſententiæ, ſi forte iudex adeo vecors ſit, vt agnationem inter duos exiſtentem ratione aliqua motus dirimat: aliter atque ſi nullam inter eos agnationem eſſe pronuntiet: quo caſu merito ius facit ſententie, & pro veritate habetur. l. ſiue contra. infra de lib. agno. Ac ſicut pacto effici non poteſt, vt is agnatus non ſit, qui agnatus eſt, nec contra, ita etiam vt cohæres ſit aliquis, cui neque ex teſtamento, neque ex lege delata eſt hæreditas, fruſtra cauemus, atque paciſcimur. l. epiſtula. in princ. hic.

5 Quodcunque pactum in traditione rei factum fuerit, valet. l. in traditionibus. hic. l. legem. C. eo. l. rebus. C. de rer. permu. Excipitur pactum, quo conuenit, vt ei, qui decem mutua dat, viginti debeantur, ſiue id de pecunia numerata, ſiue aliis rebus in pondere, numero, vel menſura conſiſtentibus intelligamus. Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum ſit. l. ſi tibi decem. in princ. hic. l. rogaſti. §. ſi tibi. infra ſi cer. pet. Imo ne ſtipulatione quidem id fieri poſſe exiſtimo: licet vulgo interpretib. diuerſum videatur. Qui enim ita paciſcitur, aut ſtipulatur, totam ſummam, velut ex mutuo debitam paciſci ac ſtipulari videtur. At ſi quis præter rem, quæ mutuo data eſt, aliquid paciſcatur, vſurarum nomine, vel ſtipuletur, in quibus caſibus ſtipulatio eſt neceſſaria, non re, ſed conuentione cõtrahitur obligatio: nec dubito, quin ea acceſſio peti poſſit. Item excipiuntur pacta de his interpoſita, quæ noſtra non intereſt fieri: veluti ne per fundum tuum eas ne ibi conſiſtas, ne inuito me alienes, ne mortuum in eo ſepelias. l. nemo. hic. l. quoties. infra de ſeruit. Verum vbi intereſt paciſcentis, quod res futura ſit ei vtilis, aut certe vſui eſſe poſſit, ſeruanda erit conuentio. l. vltim. C. de pact. inter empt. l. venditor. infra commu. præd. l. ſi creditor. infra de diſtract. pig. l. ei fundo. infra de ſeruit. Quid enim ſi paciſcar, fundum me inuito non alienari, ne malus mihi contingat vicinus, qui interdum hominib. plurimum incommodi afferre ſolet. dicta leg. vlt. vt enim inquit Heſiodus in libro ἔργα καὶ ἡμέραι inſcripto,

Μηδ' αὖ βοῦς ἀπόλοιτ', εἰ μὴ γείτων κακὸς εἴη.

Cuius dictum non minus, quam Themiſtoclis factum, laudatur, qui fundum venditurus, vicinos bonos eum habere proſcripſit. Ceteras exceptiones prætermittimus, quæ ex iam dictis facile colligi poſſunt.

Cap. V.

Quomodo paciſcendum ſit.

IN primis videndum eſt, ne dolo malo pactum fiat. l. iuriſgentium. §. prætor ait. hic. l. cum poſteaquam. C. eo. Secundo loco, vt à forma legibus præſcripta non recedatur. Itaque pactum de pecunia non petenda, à pupillo factum, ſine tutoris auctoritate ratum non eſt. l. contra. hic. ſicut nec tranſactio de alimentis teſtamento relictis, ſine Prætoris decreto. l. cum hi. infra de tranſact. Præterea cum hæres ante aditam hæreditatem paciſci vult, vt minus quam debitum ſit, eis ſoluatur, alioqui non aditurus hæreditatem, forma Diui Marci reſcripto data, quam Vlpianus, Papinianus. Paulus eleganter declarant, ſeruanda eſt. l. iuriſgentium. §. hodie. l. maiorem l. ſi plures. l. reſcriptum. hic. An autem pactum in ſcripturam redigatur necne, nihil intereſt. l. pactum quod bona fide. C. eod.

Cap. VI.

De effectu, & poteſtate pactorum.

1 PActum non parit actionem. Intellige ſi ſolum, ac nudum ſit. Nam ſi pacto acceſſerit ſtipulatio vel traditio, aliáve iuſta cauſa, actio dabitur. l. iuriſgentium. §. ſed cum nulla. l. diuiſionis. l. ſi intra, hic. l. debitori. l. ſi paſcenda. l. legem. l. petẽs. l. cum proponas. 2 C. eo. Cauſa ceſſante, nulla competit actio, niſi lege confirmatum ſit pactum, vel poſt contractum bonæ fidei ſtatim interpoſitum ſit. l. legitima. l. iuriſgentium. §. quin imo. l. ſi tibi. §. de pignore. hic. l. in bonæ fidei. C. eo. Quod adeo verum eſt, vt ſi certis annis quod nudo pacto conuenerat. datum fuerit, nihilo magis competat actio. l. ſi certis annis. C. eo.

Quod pactum parit actionem.

2 Ex pacto licet actio non naſcatur, naſcitur tamen exceptio. dict. leg. iuriſgentium. §. ſed cum nulla. In cuius locum ſuccedit nonnũquam exceptio doli. l. reſcriptum,

Pactum quod non parit actionem, parit exceptionem.

ptum. §. pleranque leg. ſi cū em tore. hic. & vtramque actionem inutilem atque ineffic cem red it. l. nihil refert. infra de regulis iuris. Proinde eu , qui liti de prædio motæ renuntiauit, cauſam finitam inſtaurare non poſſe, certi iuris eſt, niſi dolo aduerſarij circumuentus fuerit. l. poſtquam liti. l. cum poſtea. C. eod.

3 Quod autem dicitur, pactum exceptionem parere: non de quouis pacto, ſed de eo, quod de non petenda pecunia interponitur, aliòve ſimili accipiendum eſt. Nam ſi pactus ſi tecum, vt fundum meum, quem poſſides, Titio tradas: Proculus reſpondit, vindicantem me eum fundum à te non aliter exceptione conuentionis excludi, quam ſi iam à te traditus ſit, &c. l. ſi cum fundum. hic. Ceterum etſi ex pacto non detur actio, pœna tamen, ſi placitum non ſeruetur, promiſſa per ſtipulationem peti poteſt. ſi quis ita agere, quam agenti exceptionem obiicere maluerit. l. reſcriptum. §. ſi pacto. hic l. ſi pacto. C. eo.

Nudo pacto dominium non transfertur.

4 Nudo pacto dominium rei in alium transferri non poteſt. Ideo ſi quis vendat rem pacto adiecto, vt emptor ſtatim eius rei dominus fiat, id pactum nullius momenti eſt, quantum ad dominij tranſlationem attinet. l. traditionibus. C. eo.

5 Pactum ipſo iure actionem, aut obligationem non tollit. §. præterea. Inſtitut. de except. Nam ipſo iure, id eſt, iure ciuili, ac pop. Romani lege certi obligationum tollendarum modi comparati ſunt, veluti ſolutio, acceptilatio, nouatio. tit. quib. modis tol. oblig. Inſtitut. l. obligationem fere. infra de act. & obligat. In hunc vero numerum non refertur pactum, nec vlla lex de pacto Romæ lata eſt, ſicut de ſtipulatione, vt fuſius ſupra à nobis demonſtratum eſt. Hinc dicitur, in ſtipulationib. ius verſari, cum in pactis nudum tantummodo factum abſque iure ciuili verſetur. l. ſi vnus §. pactus. hic. l. nec ſeruus. infra de pecu. Itaque fieri non poteſt, vt ipſo iure, ſeu iure ciuili obligationem tolli pacto recte dicamus. Quod cum ita ſit, is, qui pactus eſt ne petat, ipſo iure nihilo magis petere, atque agere prohibetur: ſed iure Prætorio (quod ſubſequitur, emendat, & ex bono & æquo interpretatur ius ciuile) inhibetur, vt iniqua eius petitio: idq; fit exceptione data: quia Prætor actionem denegare non auſus, ne aperte legis auctoritatem conuellere videretur, conditionem, ſeu exceptionem addit ex iuriſdictione ſua, extra quam ſi pactus ſit, &c. Ac ſi ad effectum reſpiciamus, huius exceptionis vi, omnino inutilis, & inefficax remanet obligatio: adeo vt ei, qui ita pactus eſt, abſque errore tamen, mora nulla fieri intelligatur. l. ſi cum te. l. ſi pactus ſim. hoc tit. Hinc Cicero pacta ſic iuſta eſſe ait, vt iuri præſtare dicantur. Prætor ſiquidem eum, cui ius ipſum aduerſatur, exceptione pacti conuenti nihilominus tuetur. Excipiuntur aliquot caſus, in quibus non tantum iure Prætorio, ſed ipſo etiam iure, per pactum tollitur obligatio, veluti ſi ſuper ea obligatione interpoſitum ſit, quæ ſolo cōſenſu contrahitur. Contrario enim conſenſu eam diſſolui æquum eſt, modo res adhuc ſit integra, nec tali obligationi acceſſerit ſtipulatio. § vltim. Inſtitut. quibus mod. tol. obligat. l. iuriſgentium. §. adeo. l. emptor. in princip. l. ab emptione. hic. Item actio furti, atque iniuriarum ipſo iure per pactum tolluntur. l. ſi tibi. §. ſi quædam. l. ſi vnus. §. pactus. quoniam id lege veteri, quæ ipſum ius *ἰμφατικῶς* appellatur, diſertè cautum, atque expreſſum fuit.

6 Sed quæritur, pactúſne peteret, poſtea conuenit vt peteret, vtrius pacti maior poteſtas erit? Nam conſtat ex iam dictis, ipſo iure neutrum quicquam virtutis habere: ideoque prius pactum per poſterius ipſo iure non elidi, ſiue tolli. Verùm quia æquitas ſuadet, nouiſſimam conuentionem ſeruari debere: ad Prætoriam iuriſdictionem recurrendum erit, & replicatione poſterioris pacti exceptio prioris elidetur, vt Paulus ait l. ſi vnus. §. pactus. hic. l. pacta nouiſſima C. eo. Eadem eſt ratio fideiuſſoris, ſi quis cum eo (vt dictum eſt) pactus ſit, quæ & rei principalis. d. §. pactus, vertit eadem ratione. Alioqui paciſcente reo ſolo vt petere liceat, vtilitas prioris pacti ſemel quæſita fideiuſſori non aufertur. l. vl. vt hic. Nec mirum eſt, ſi actio ea, quæ pacto extincta non fuit, ſed tantum ab eo impedita, ne vim ſuam exerceret, eliſo pacto, ſummotoque impedimento conualeſcat. Quare in iis pactis, quę actionem ipſo iure tollunt, de quibus ſupra diximus, aliud dicendum eſt id, quod idem Paulus ſubtiliter, & eleganter explicat d. §. pactus.

Pactum generaliter conceptum quid operetur.

7 Pactum generaliter conceptum in omnibus nocet, licet ea ſpecialiter expreſſa non ſint. Vnde pactus ne hæreditatem petat, nullam rem hæreditariam petere poteſt. leg. ſi vnus. § item ſi pactus. Hoc accipiendum eſt niſi veriſimiliter aliud actum eſſe appareat. vt ſi poſt computationem accepti, & expenſi rationem, adſcripta ſit epiſtolæ ſiue cautioni hæc clauſula: *Si quod inſtrumentum à te emiſſum, cuiuſcunque ſummæ, ex quacunque cauſa apud me remanſerit, vanum & pro cancellato habebitur.* quamuis hæc verba generalia ſint, tamen ex coniectura voluntatis paciſcentium ceteræ obligationes manent in ſua cauſa, quæ ad expenſa acceptaque non pertinent. l. emptor. §. Lucius. hic. Præterea inter cohæredes facta diuiſione, & interpoſito inſtrumento, quo cautum eſt, nihil commune remanſiſſe: ſi ab vna ſubtracta ſit, ceteris ignorantibus, pecunia, cuius in inſtrumento nulla ſit facta mentio, generalis pacti conuenti exceptio doli replicatione elidetur. l. tres fratres. hic.

8 Pactū de vna re factū ad aliam non porrigitur. d. l. ſi vnus. §. ante omnia. Proinde ſi conuenerit, ne dominus à colono petat, colonus à domino nihilominus petere poteſt. l. ſi conuenerit. hic. Item ſi cum mihi viginti deberes, pepigerim, ne decem petam, reliqua decem à te petere non prohibeor. l. ſi vnus. §. ſi cum mihi Sed & ſi cum eo, qui mihi hominem debet, paciſcar, ne Stichum petam: alium hominem petenti non nocet exceptio: tametſi in eo, qui ſtipulatus eſt decem, aut Stichum: deinde pactus ne decem petat, aliud reſponſum ſit. dict. leg. ſi vnus. § ſed ſi ſtipulatus. Quod ſi pactus ſim, ne hæreditatem, aut fundum petam: ſingulas res hæreditarias, aut vſumfructum fundi petere non poſſum, quia non aliam rem, ſed eandem petere videor.

Pactū ad tēpus quid operetur.

9 Pactum cum reo factum ad tempus, vltra illud neque reo, neque fideiuſſori prodeſt. l. ſi vnus. §. ſi cum reo.

10 Pactum factum cum vna perſona, ad aliam non extenditur. dict. leg. ſi vnus. §. ante omnia. l. actionem. C. eo. Itaque debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli, nec mutari poteſt, vt Diocletianus reſcripſit l. tale. §. poſt diuiſionem. hic l. debitorum. l. pacto. C. eo. Item ſi vnus ex duobus reis ſtipulandi, vel argentarius ſocius pactus ſit cum debitore de non petenda pecunia, alteri non nocebit. l. ſi vnus. in princip. interdum tamen pactum aliis præter paciſcentes nocet, vt puta, Si maior pars creditorum, ſeruata reſcripti forma, paciſcatur cum hærede de certa parte debiti non petenda, quia alioqui hæreditatem aditurus non erat. Nam hæc conuentio ceteris diſſentientib. obeſt. l. & ſuum. §. vlti. cum leg. ſeq. hic. Cui perquam affine eſt quod Scæuola reſpondit. *Cum res in eo ſtatu eſſet, vt pupillus ab hæreditate patris abſtineret: tutorem, qui cum creditoribus pupilli decidit vt certam portionem acciperent, eadem parte contentum eſſe debere.* l. cum eo. hic. l. cum hæreditas. infra de admi. tut. Sunt & alij caſus, qui ex iam dictis obſeruari poſſunt. ſupra cap. 3. l. ſi cum emptore. cum ſimil. Vt autem commodius tradantur, quæ ad hanc regulam pertinent, pacta in rem, ab his, quæ in perſonam concipiuntur, diſtinguemus. Igitur pacta in rem ad hæredes

Incertus ſemper erit poſſeſſor, an res quam forte ab alio emit, ſua ſit, necne. Et quia verebitur, ne quando verus dominus eam ſibi auferat, rei ſuæ curam abiiciet, eamque tandem perire ſinet. Theoph. in inſtitu. titu. de vſucapio. Cum ergo huic malo facile medeatur vſucapio. leg. prim. infra de vſucap. & ad lites minuendas magno pere pertineat, vltim. pro ſuo (quam ideo Mat. Tullius finem ſolicitudinis vocat, ac periculi litium) conſtat à natura alienam non eſſe, & qui eam primi omnium introduxerunt, regulam illam iuris naturalis non violaſſe, quæ cum alieno detrimento nos locupletari vetat, ſed eam potius ita interpretatos fuiſſe, vt ne ab alia ſuperiore lege diſcederetur. Hanc autem vſucapionis æquitatem ciuilem ponis, quàm naturalẽ dicimus, quia licet naturæ conſentanea ſit, tamen dominiorum incertitudinem vſucapione tolli, eámque publicæ vtilitati aduerſariam eſſe, non cuiuis mortalium natura inſitum eſt, ſed ciuilibus tantum hominibus, prudentibúſque, & eruditis compertum. Suffragatur noſtræ ſententiæ Tryphon. qui lib. 9. Diſputationum. dicta leg. bona fides. demonſtrare volens, in æquitate iudicanda, non merum ius gentium ſine præceptis ciuilibus, & prætoriis ſpectandum eſſe, neque vnius perſonæ, ſed & omnium circumſtantiarum rationem eſſe habendam: appoſitiſſime duobus exemplis vtitur, quorum alterum hic referre opportunum duximus: *Latro ſpolia mihi abſtulit, depoſuitq; apud Seium, inſcium de malitia deponentis: Vtrum latroni, an mihi reſtituere Seius debeat? Si per ſe dantem* (inquit) *accipientemque intueamur: hæc eſt bona fides, vt commiſſam rem recipiat is, qui dedit. ſi totius rei æquitatem, quæ ex omnibus perſonis, quæ negotio iſto continguntur, impletur: mihi reddenda ſunt, quæ facto ſceleratiſſimo adempta ſunt. Et probo hanc eſſe iuſtitiam, quæ ſuum cuique ita tribuit, vt non diſtrahatur ab vllius perſonæ iuſtiore petitione.* Hæc ille. Ex quibus perſpici poteſt, hanc æquitatem ciuilem, naturalis illius æquitatis (quæ generalior eſt) ſpecialem quandam explicationem eſſe. Vnde Vlpianus Ius ciuile. ſupra de iuſtitia & iure. recte ius ciuile à iure naturæ, vel gentium, in totum non recedere ait: æmulatur enim ius naturæ ac veluti nautæ ad cynoſuram reſpiciunt, ad eamque ſuum dirigunt curſum, ita ciuilis omnis conſtitutio naturam ducem ſpectat, atque inſequitur. Sed quia iuri naturæ interpretationem addit ex his, quæ non naturæ ſolo inſtinctu, ſed ingenio, prudentia, vſu, ad communem humani generis vtilitatem pertinere deprehenſa ſunt: ideo non per omnia ſeruire ei dicitur: vt veriſſime, & ſapienter dictum ſit ab Horatio, Naturam ſolam iuſtum ab iniuſto ſecernere non poſſe. Sic cum à natura magiſtra primum didicerint homines, fidei obſeruationem tum per ſe honeſtam eſſe, tum ad ſocietatem inter eos tuendam, ac retinendam, rem omnium maxime neceſſariam: qui tamen in Repub. verſati ſunt homines prudentes, & vſu periti, facile iudicarunt, ſi quam quiſque fidem dederit, eam paſſi, & ſine vllo delectu præſtare cogatur, id maximo eiuſdem humanæ ſocietatis incommodo ceſſurum: infinitis enim pactionibus, ac promiſſionibus mutuis abundat vita ad quas obſeruandas ſi iure publico homines adigerentur (vt ſunt mores) nullus eſſet litium ac controuerſiarum modus. Minuendarum igitur litium cauſa, quæ ſocietatem eam magnopere turbant, iuri naturæ commodam interpretationem quærere neceſſarium fuit. Itaque ſelectæ ſunt certæ conuentiones, quaſi ad vitam præ ceteris neceſſariæ, quas lex ſeruari iuberet, ac renitentem actione data compelleret, l. iuris gentium. in princ. infra eo. Reliquæ iuris ciuilis auxilio deſtitutæ remanſerunt, neque vlla earum nomine prodita eſt iure ciuili actio, ſed ideo proſunt ad exceptionem, & retentionem, quod eas res non adeo legis auxilium requirat, ſoloque naturali, ſeu gentium iure contenta ſit. Huc accedit, quod ſupradicta ratio hic ceſſat; quoniam is qui ab alio conuentus, pacto ſe tuetur ne ſoluat, non cupit contendere cum aduerſario, quinimo lites, & iudicium ſe fugere apertiſſime oſtendit. Eadem vtilitas ſuaſit, vt ne aduerſus ingratum daretur actio: tametſi ad remunerandum naturaliter obſtrictus ſit. Id enim in legem non cadere, cum aliis plerisque rationibus, tum hac maxime comprobat Anneus Seneca: Quod huic vni legi omnia (vt ipſe ait) fora vix ſuffecerint: nullo non conquerente, & ingratitudinis alium accuſante. Sed argumento occurrendum eſt, quod mihi inter diſputandum à quodam noſtri ordinis viro perquam erudito non ſemel obiectum eſſe, memoria repeto. Id autem eſt, inter iuris præcepta hoc nominatim referri ab Vlpiano, *vt honeſte viuatur*. l. iuſtitia. ſupra de iuſti. & iur. Quod verbum latiſſime manat, & omnem prope de ciuilibus moribus Philoſophiam complectitur. Verum ego ea Vlpiani verba non eo pertinere exiſtimo, vt quidquid honeſtum eſt, id iure præcipi: ſed vt quæcunque iure ciuili conſtituta ſunt, ad ea præcepta pertinere, ex eiſque profluxiſſe demonſtret. Et ſane multa leges ipſæ, vt honeſta, ac laudabilia ſuadent, quæ non imperant. l. 1. de peric. & commo. rei vend. tamen nec pœnam non parentibus irrogant. quod perditorum hominum vitiis cogendo non ſemper mederi queant: probos vero ipſa honeſtas ſatis commoueat. Vnde Valeria lex, cum prouocantem cædi vetuiſſet, ſi quis contra feciſſet, nihil vltra, quam improbe factum adiecit. Id (qui tum pudor hominum erat) inquit Liuius, legis vinculum ſatis validum eſſe viſum: nunc vix ſeruo ita quiſquam minetur. Et hæc quidem hactenus ad æquitate naturali, & ciuili, quæ nos *διὰ βραχέων καὶ σαφῶς* exequi voluimus, vt rem obſcure ab aliis tractatam, aliquanto dilucidius explicantes, iuuentuti iuris ſtudioſæ ad grauiſſimas diſputationes, quæ ſine his intelligi nequeunt, viam muniremus. Nec enim vlla pars iuris ciuilis hac æquitatis diſputatione vacat, & in controuerſiis obſcurioribus iudicandis ea ſemper gnomonis vice debet eſſe, ac merito commendatur à Cicerone Sulpitius, quod iuris ciuilis rationem nunquam ab æquitate ſeiunxerit, & ita ſe iuſtum, atque æquum præſtiterit, vt natura magis, quàm diſciplina conſultus videretur.

Hinc recte annotant plerique, ex omni pactione, quamlibet nuda & ſimplici, naturalem naſci obligationem, quæ licet actionem nullam producat, exceptionem tamen parit. l. iuris gentium. §. ſed cum nulla. infra eodem. indebiti repetitionem impedit. l. fideiuſſor obligari. infra de fideiuſ. ad compenſationem quoque, & nouationem prodeſt. l. etiam. infra de compen. leg. 1. infra de nouat. ac multos alios effectus habet, quos ex Barto. & Iaſ. in l. ex hoc iure. de iuſti. & iure. commentariis facile diſces. Nihil enim magis ſecundum naturam eſt, quam fides, id eſt, dictorum conuentorumque (vt ait Cicero lib. 1. offic.) conſtantia & veritas. Et obligationem naturalem, ſola naturali æquitate ſuſtineri, eadémque ceſſante diſſolui, Paulus Iureconſul. auctor eſt. l. Stichum §. naturalis. infra de ſolu. l. ſi noxali, infra de pecul. Nec nos mouere debet, quod apud Iureconſultos, ex pactione nuda nullam conſtitui obligationem, & permutationem ex re tradita initium præbere obligationi legamus. l. iuriſgentium. §. ſed cum nulla. l. 1. infra de rerum permut. Quibus in locis obligatio ad agendum efficax eſt accipienda, ciuilis nempe, quæ iuriſgentium improprie dicitur, non naturalis, quæ infirmior eſt: quæque non proprie obligatio, ſed *καταχρηστικῶς* appellatur. d. l. fideiuſſor. Nam & obligationis definitione à Iuſtiniano prodita, ea demum obligatio contineri videtur, cum videlicet *Iuris vinculum eſſe*, ait, *quo neceſſitate adſtringimur alicuius ſoluendæ rei, &c.* §. 1.

Quæ æquitas vſucapionis.

Ius ciuile æmulatur ius naturæ.

Lites ſocietatem humanam turbant.

Aequitatis ratio in iure præcipua.

Quid operetur nuda & ſimplex pactio.

Quid ſit fides.

Obligatio quid.

d

Digitized by Google

Inſtit. de obliga. Cui conſectaneum eſt, & quod idem tradit, Obligationem omnium ſummam diuiſionem in duo genera diduci, omneſque obligationes aut ciuiles, aut prætorias eſſe. Ciuileſque vocat, quæ aut legibus conſtitutæ, aut certo iure ciuili comprobatæ ſunt. Prætorias, quas Prætor ex ſua iuriſdictione conſtituit. De naturalibus vero obligationibus mirum in eo loco ſilentium, quaſi ne obligationis quidem vocabulo dignæ videantur: quibus non adeo quiſquam obſtringitur, vt inuitus agi, id eſt, duci in iudicium poſſit. Inde enim Actionis appellatio orta eſt. Et, vt Theophil. verbis vtar in tit. de actio. in princ. ὅθεν τὸ ἄγειν τινὰ ἀναγκάζεσθαι εἰς τὸ δικαστήριον. Qui vero à nobis in hac re diſſentiunt, illud ſentire videntur, iure gentium, quod etiam naturale appellatur, pactiones quaſdam certas ex quibus homines obligarentur, ad ſoluendumque cogerentur, introductas eſſe: quod licet omnem pactionem ſeruari natura æquum ſit, quaſdam tamen ad communem hominum ſocietatem tuendam magis neceſſarias eſſe, homines prudentes iudicarint. Nec enim nouum eſt, vt ab eo, quod eſt natura iuſtum, humanis conſtitutionibus & decretis neceſſitatis cuiuſdam, vtilitatiſve cauſa recedatur. Id quod in ſeruitute perſpicimus, quam contra naturalem æquitatem iure gentium introductam eſſe conſtat. Et hoc ſenſu intelligenda eſſe cenſent Iureconſulti verba, *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, &c.* l. cum amplius. infra de reg. iuris. Sed & ex eiuſdem Vlpiani verbis colligunt, in l. iuris gentium. in prin. infra eo. apud omnes gentes, nedum apud Romanos, pactiones, ſeu conuentiones non eiuſdem poteſtatis fuiſſe. Quod etſi probabiliter dicatur, (non enim veriſimile eſt de quacunque promiſſione, temere fortaſſis effutita, iudicium reddi ſolitum: cum ea res plurimum habeat incommodi, & nihil aliud quam litium inter homines, contentionumque ſit ſeminarium) neque tamen id ex verbis Vlpiani recte colligitur: neque vel minimum noſtræ refragatur ſententiæ. Non enim iure gentium conuentiones nudas à ceteris diſtinctas eſſe ait: ſed quæ iure gentium introductæ ſunt, eas Romano iure partim ad actionem, partim ad exceptionem prodeſſe. Cæterum obligationem naturalem non ad ius gentium modo, verum etiam ad naturale illud vetuſtius referendam eſſe credimus. Ac quoties de hac obligatione quæritur, inſpiciendum potius quid naturali rationi, & æquitati (quæ, vt ait Fabius, optimo cuique notiſſima eſt) congruum, quam quid hominum conſenſu, & auctoritate conſtitutum ſit. l. nam hoc natura, de condi. indeb. d. ſi noxali. Vnde ſi id, quod dominus ſeruo debuit, manumiſſo ſoluerit, repetere non poſſe Trypho. ſcribit, quia naturale agnouit debitum. Nec ad rem pertinere, quod obiici poſſet, non modo iure ciuili, ſed etiam gentium ſeruitutem comparatam eſſe, ideoque videri non modo non ciuilem, ſed ne naturalem quidem obligationem inter dominum, & ſeruum poſſe conſiſtere. *Vt enim*, inquit, *libertas naturali iure continetur, & dominatio ex gentium iure introducta eſt: ita debiti, vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda eſt.* l. ſi id quod dominus. de condict. indeb. Neque aliud ſenſiſſe Paulum iureconſultum, cum *natura eum obligatum eſſe*, ait, *quem iure gentium dare oportet*, verba ſequentia ſatis arguunt: *cuius fidem ſecuti ſumus.* quibus (niſi fallor) ſignificat, quiſquis fidem dat alteri, ſeſe aliquid daturum, vel facturum, eum natura obligari. Eodem ſpectat & quod apud Vlpianum legitur, *Vſuras ex pacto naturaliter deberi.* l. in his. §. Imperator. infra de ſolut. Et pleraque item alia, quæ nos, quod in aliorum ſcriptis reperiantur, conſulto prætermittimus.

De quarũ quę promiſſione iudicium nõ redditur.

Admonet hic locus, vt quæſtionem diu, multumque agitatam tractemus. *An fides hoſti ab homine priuato data ſit ſeruanda?* Quæ quidem diſputatio eo mihi difficilior futura eſt, quod ab omnibus fere interpretibus, qui à trecentis annis in ius ciuile commentarios ediderunt, diſſentiendum mihi eſſe video. Quorum celeberrimi quique non modo ſeruandam eſſe negant: verumetiam (quod longe eſt admirabilius) omnino violari debere contendunt: vt Bart. §. ceteri. in l. conuentionum. infra eodem. Zaſius contra Eckium. Neque adeo tantum mihi diſplicet hæc ſententia, quod veterum exemplis inſtitutiſque repugnet, & grauiſſimis philoſophorum opinionibus iam olim erudite ſit confutata: vt refert Cicero lib. 3. Officiorum: & Gellius lib. 7. cap. 10. cum permulta eorum monumentis contineri videamus, quæ licet ratio, honeſtáſque fieri iubeat, legibus tamen & iure ciuili non præcipiuntur. Quam anguſta innocentia eſt (inquit Seneca) ad legem bonum eſſe, quanto latius patet officiorum, quam iuris regula. Quam multas pietas, humanitas, liberalitas, iuſtitia, & fides exigunt. quæ omnia extra publicas tabulas ſunt. &c. Illud vehementius mouet, quod generaliter fidem ſeruandam eſſe noſtri quoque iuris auctores crebro aſſerant, neque hic caſus vlla iuris parte exceptus, quin potius Pontificiis decretis comprobatus eſſe reperiatur. can. noli. 23. q. 1. Sed & communis vtilitatis, aut verius neceſſitatis ratio exemplo ſeruitutis hoc admittendum eſſe ſuadet. Quid enim militi in bello pernicioſius eſſe poteſt, quam ſi ab hoſte captus, fide data: nunquam dimittatur ad ſuos, vt forte pactum pro capite pretium adferat? Quod vtique futurum eſt, niſi ea pactione obſtrictus eſſe intelligatur. Supereſt vt aduerſariorum obiecta (quæ profecto mihi perquam infirma eſſe videntur) diluamus. Et in primis quod ex Vlpiano adſerunt. *Bonum dolum eſſe & pro ſolertia haberi, ſi quis aduerſus hoſtem aliquid machinetur.* l. 1. §. non fuit. infra de dolo. Nos de inſidiis accipiendum eſſe credimus: & his, quæ ſtratagemata dicuntur, quibus in bello aduerſus hoſtem non minus, quam vi aperta, vti permiſſum eſt. Vt enim pugnare aperto marte quandoque iuſtum eſt, ſic etiam aliquando inſidiis, & cuniculis hoſtes oppugnare, & licitum & tutius eſt. *Dolus enim an virtus, quis in hoſte requirat?* Quare optimus Imperator Lyſander dicebat, *Vbi leonina pellis deficit, vulpinam eſſe aſſuendam & aſſumendam.* Nam & Ioſue in ſacris Bibliis ipſo auctore Deo, hoſtibus ſuis inſidias ſtruxiſſe legitur. Ioſue. 8. cap. Vnde Auguſtinus: Cum, inquit, bellum quis ſuſceperit, vtrum aperte pugnet, an ex inſidiis, nihil ad iuſtitiã intereſt. c. Dominus noſter. 23. quæſt. 2. Nec illud quidem noſtræ aduerſatur opinioni, quod Florentinus l. nihil. infra de poſt. aduerſ. nihil intereſſe ait, quomodo captiuus reuerſus eſt, vtrum dimiſſus, an vi, vel fallacia poteſtatem hoſtium euaſerit. Id enim ita accipiendum eſt, cum de iure poſtliminij quæritur: quo caſu licet hoc duntaxat conſiderandum ſit, an ab hoſtibus redierit aliquis, animumque habeat remanendi, non ideo tamen minus fidem hoſti datam liberare tenebitur. Et ideo in Attilio Regulo, quem Carthaginenſes Romam miſerunt, reſponſum eſt, non eſſe eum poſtliminio reuerſum, non ob eam ſolum cauſam quia iurauerat Carthaginem ſe reuerſurum: id enim ad poſtliminium impediendum non ſufficiebat: ſed quia animum non habebat Romæ remanendi. vt Pap. ſcribit l. 5. infra de capti. & poſtl. reuerſis. Reliqua quibus impugnamur. argumenta frigidiora ſunt, atque ineptiora, quàm vt accurate ea refellere operæ pretium ſit. Vt, *Ecce qui captus* (inquiunt) *cum poteſt non redit, pro transfuga habetur*, l. non omnes. §. qui captus. infr. de re milit. *fidem igitur violare etiam debet is, qui hoſti ſeſe non abiturum ſpoponderit.* Breuiter enim reſpondendum eſt, videri eum qui temporibus adductus fidem hoſti dederit, redire non poſſe: quod ſalua honeſtate non poſſit. l. nec

An fides hoſti data à priuato ſit ſeruanda.

ſit l. nepos. inf. de verbo. ſignific. l. filius. inf. de condit. inſtit. Item obiiciunt commercium militibus prohibitum eſſe, adeo vt agrum, in quibus prouinciis militant, comparare eis non liceat. l. milites agrum. infra de re milit. quaſi vero nullum, non contrahendi negotij genus vel contra militarem diſciplinam ipſis per nullum aſſeramus. Illud non minus ridiculum, nugatoriúmque eſt, præcipit lex, vt ne barbaris aurum præbeatur, ſed potius ſi apud eos inuentum fuerit, ſubtili auferatur ingenio: ergo fides hoſti data ſeruari non debet. l. 2. C. de commerc. & mer. Has igitur nugas quas tantum retuliſſe piget, miſſas faciamus. Probabilius forte quis obiecerit, huiuſmodi promiſſionem, quę vi, metúque facta ſit, efficacem non videri: ſed edictum Prætoris, quo per metum geſta in integrum reſtituuntur, ad eum metum, qui iure licito alicui infertur, non pertinet. l. ſi mulier. in princ. inf. de eo quod me. cau.

Pactum autem à pactione dicitur, vnde etiam pacis nomen appellatum eſt.

Pago verbum antiquum, vnde pactum & pax.

Pago verbum eſt iuris antiqui, quod in Legum Decemuiralium fragmentis etiamnum apud Ciceronem lib. 2. Rhetor. ad Heren. Fabiúmque lib. 1. cap. 10. reperitur: vnde pactum atque pacem dici arbitratur Vlpia. Sicut n. nouatio à nouo, à teſtatione teſtamentū, à demptione damnum deriuari dicitur, ſeu à verbo Teſtor, atque Demo. l. 1. infra de nou. l. 2. infrà de dam. infe. ita pactum à pactione, id eſt, à verbo Pago deductum non incommode dici poteſt. Et hæc de verbi ἐτύμῳ breuiter à nobis dicta, his, quæ verboſiſſime à modernis hic, & Alciato in rubr. de pactis traduntur, probabiliora ſunt.

Eſt autem Pactio duorum, pluriumve in idem placitum, & conſenſus.

Quid pactum.

Cum à pactione, pacti, paciſque nomen appellatum eſſe dixerit, quid pactio ipſa ſignificet, iam explicat, dicens, *Duorum eſſe conſenſum*, & cætera. Caue autem putes, pactum conuentum (de quo loquitur in edicto Prętor) hic ab Vlpiano definiri, ſed pactionem: quæ latius aliquanto quam vocabulum inde deriuatum porrigitur. Pactum enim in hoc tractatu, non pro quauis conuentione, ſed pro ea tantum accipitur, quæ pactum conuentum à Prætore & à Iureconſultis dici ſolet. Nam venditionem, locationem, & reliquas huiuſmodi conuentiones nunquam à veteribus Pacta dici animaduertimus. Quod autem Prætor in hoc edicto non de omnibus conuentionibus loquatur, vel illud argumento ſit, *quod non ſe actionem ex pactis daturum*, (vt in ceteris) *ſed ea ſeruaturum ait*. Quæ verba, atque his ſimilia ad ea demum referri ſoleat, quæ non valent ipſo iure, vt in comm. tit. de in lit. iur. oſtendimus. Licet autem contractus ipſo iure, id eſt, lege à populo lata, rati ſint, l. homo liber. infrà de acqui. rer. domi. l. ſiue generalis. infrà de iure dot. §. non autem. Inſtitu. de perp. & temp. act. pacta tamen conuenta per Prætoris tuitionem tantum valere, paulo poſt adſcripti Ciceronis loci ſatis euincunt: quibus accedant & Senecæ verba lib. 5. de beneficiis. Multa legem non habent, nec actionem. Atqui conſuetudo vitæ humanæ, lege omni valentior, dat aditum. Nulla lex iubet, amicorum ſecreta non eloqui. Nulla lex, fidem etiam inimico præſtare. Quæ lex ad id præſtandum nos, quod alicui promiſimus, alligat? nulla. Querar tamen cum eo, qui arcanum ſermonem non continuit: & fidem datam, nec ſeruatam, indignabor. Quamobrem recte, atque ordine feciſſe iudicandus eſt. Tribon. qui hunc de pactis tractatum hic potius collocauerit, quam eo loci, vbi de contractibus diſſeritur. In hanc enim partem, quam ipſe τὰ πρῶτα nominauit, congeſta ſunt ea, quæ iudicium antecedere ſolent, & πρόδρομα iudiciorum dicuntur. Quia igitur ſæpe vſuuenit, vt litigator iudicium ſubire nolit, quod ſecum pepigiſſe dicat aduerſarium, ſiue donationis, ſiue tranſactionis cauſa, non abs re de huiuſmodi pactionibus, quæ quidem proprie pacta, & pacta conuenta appellantur, tractare viſum eſt. Nam vt de omnibus contractibus generaliter diſputetur in hac parte, ratio loci atque ordinis, non patitur. Quod ſi forte quis obiiciat, *Pactum ab Vlpiano dici duorum conſenſum, atque conuentionem: pollicitationem vero ſolius offerentis promiſſum.* l. 3. infrà de pollici. Reſpondeo, plenam, abſolutamque pacti definitionem hanc non eſſe, ſed generi vnam tantummodo differentiam addi, qua videlicet oſtenditur, quantum inter pactum, & pollicitationem interſit. Id enim de pollicitationibus modo diſſerere inſtituenti (opinor) ſufficere viſum eſt. Illud fortaſſis maiorem alicui ſcrupulum iniecerit, quod ſummus non ſolum Orator, ſed etiam Iureconſultus Cicero, non vno in loco pactum id eſſe generaliter definierit, quod inter aliquos conuenit. Quibus verbis pactionem, conuentionemque omnem cōplexus fuiſſe videtur.

Cicero ſummus orator & iureconſultus.

Verum ſi quæ præcedunt, quæque ſequuntur, verba conſiderauerimus, facile apparebit, de ea ſolū conuentione loqui Ciceronem, quæ ex ſolo conſenſu valet, ideoque pactum conuentum appellatur: non de ea, quæ lege aliqua, aut iure ciuili ſancita eſt, & quæ tranſit in proprium nomen contractus: qualis eſt emptio, venditio, ſtipulatio, & ſimiles contractus. Diuiſione enim vtitur, quæ vnà cum exemplis ab eo adductis perſpicue demonſtrat, pactum non eo iure ſeruari quod legitimum eſt, ſed quod ex natura tantum, aut conſuetudine. Verba autem eius hæc ſunt ex libro ſecundo Rhetor. ad Herennium. Ius igitur conſtat ex his partibus, natura, lege, conſuetudine, iudicato, æquo & bono, pacto. Natura ius eſt, quod cognitionis, aut pietatis cauſa obſeruatur. Lege ius eſt id, quod populi iuſſu ſancitum eſt. Conſuetudine ius eſt id, quod ſine lege æque ac ſi legitimum ſit, vſitatum eſt. Iudicatum eſt id, de quo ſententia lata eſt, aut decretum interpoſitum. Ex æquo, & bono ius conſtat quod ad veritatem, & vtilitatem communem videtur pertinere. Ex pacto ius eſt, ſi quid inter ſe pepigerint, ſi quid inter quos conuenit. Pacta ſunt, quæ legibus obſeruanda ſunt hoc modo: Rem vbi pangunt, oratione pangunt. Sunt item pacta, quæ ſine legibus obſeruantur, ex conuentu, quæ iuri præſtare dicuntur. Idem lib. 2 de Inuent. Naturæ ius eſt, quod nobis non opinio, ſed quædam innata vis afferat: vt, religionem, pietatem, gratiam, &c. Conſuetudinis ius eſſe putatur id, quod voluntate omnium ſine lege vetuſtas comprobarit. In ea autem iura ſunt quædam ipſa iam certa, propter vetuſtatem. Quo in genere & alia ſunt multa, & eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere conſueuerunt. Quædam autem genera iuris iam certa conſuetudine facta ſunt. Quod genus, pactum, par, iudicatum dicitur. Pactum eſt, quod inter aliquos conuenit, quod iam ita iuſtum putatur, vt iuri præſtare dicatur: Par, quod in omnes ęquabile eſt: Iudicatum, de quo iam ante ſententia alicuius, aut aliquorum conſtitutum eſt. Iam iura legitima ex legibus cognoſci oportebit &c. Idem eo. l. Conſuetudinis ius eſt, quod aut leuiter à natura tractum, aluit, & maius fecit vſus, vt religionem: aut quod in morem vetuſtas vulgi approbatione perduxit: quod genus pactum, par, iudicatum. Pactum eſt, quod inter aliquos conuenit. Par quod inter omnes æquabile eſt. Iudicatum, de quo alicuius, aut aliquorum ſententiis conſtitutum eſt. Lege ius eſt quod in eo ſcripto, quod populo expoſitum eſt vt obſeruetur, continetur. Sed mirum forte quibuſdam videbitur, quod Iureconſultus de pactis conuentis tractaturus, quid ſit pactum conuentum ante omnia non docuerit, quod in primis neceſſarium ad interpretationem edicti vide-

Sex capita ex quibus omne ius conſtat.

batur. Quibus ſi integra Vlpiani volumina extarent, quæ Iuſtiniani edicto ſublata interciderunt, haberemus ſane quod certius reſpondere poſſemus. Certe in ſexcentis aliis eiuſdem Vlpiani locis, cæterorumque Iureconſultorum, ac in hoc tractatu p[…]tiſſimum pactum conuentum, & ſine adiunctione, pactum, pro ea conuentione, quæ non tranſit in proprium nomen contractus, promiſcue dici obſeruauimus. l. Iuris gentium. §. quinimo. l. per quos. infra, eod. l. pacta conuenta. infra, de contrahen. emp. tot. tit. de pact. dot. cum infinitis ſimilibus. Adde quod Cicero pactum conuentum ſemper à ſtipulatione ita ſeparat, vt dubium non ſit ſpeciem longe diuerſam à pacto eam eſſe: non ſub pacto velut genere contineri, vt in libro de Orat. 2. At vero in foro, tabulæ teſtimonia, pacta conuenta, ſtipulationes, cognationes, affinitates, &c. Idem in Orat. pro Cæcin. Quod teſtamentum, quæ iudicia, aut ſtipulationes, aut pacti conuenti formula non informari, aut conuelli poteſt, ſi ad verba rem deflectere velimus? Idem in Partit. orat. Scriptorum aliud publicum, aliud priuatum. Publicum, lex, ſenatuſconſultum, fœdus. Priuatum, tabulæ, pactum conuentum, ſtipulatio. Et hoc quidem ita eſſe, ne Baldus quidem, Deciuſque negant, cum pleriſque aliis, in rub. C. eo. Contracta aliquando verbi ſignificatione pro ſubiecta materia, idemque in verbo Conuentionis, accidere aiunt, ſed pactum nihilominus pro omni conſenſu duorum generaliter quoque accipi poſſe fatentur. Qui error inde (niſi fallor) manauit, quod pactionem, quæ hic ab Vlp. definitur, & pactum eadem eſſe falſo ſibi perſuaſerunt, vt paulo ante indicauimus. Quod ſi qui ſint, quibus noſtra non vſquequaque ſatiſfaciant argumenta proferant quæſo locum, in quo venditio, aut ſtipulatio, aliáve ſimilis conuentio, pactum appelletur. Id ſi fecerint, vltro nos huic liti, & controuerſiæ ceſſuros profitemur. Sin autem id præſtare non poſſint, mirari non debebunt, ſi veterum auctoritatem (quam præſertim à nobis ſtare, inficiari omnino non auſint) interpretum neſcio quorum opinionibus, & commentis anteponamus. Nam nec verum eſſe puto (quod ab eiſdem dicitur (verbum quoque conuentionis (quod generale eſt) ſimiliter contrahi, pactique verbo, & conuentionis promiſcue vti Iureconſultos, apud quos videlicet nuda conuentio, plerunque pro nudo pacto reperiatur. Quis enim iuris auctor vnquam ita locutus eſt? Ex conuentione non naſcitur actio: cum tamen id de pacto toties inculcatum, ac identidem repetitum ſit. Illud extremæ (vt aiunt) anchoræ loco accedat, quod Vlp. in interpretatione edicti Prætorij, DE PACTIS, explicata prius (vt credibile eſt) verborum ſignificatione, pactorum diuiſionem ſubiicit dicens: *Pacta quædam in rem, alia in perſonam eſſe.* l. iuris gentium. §. pactorum. Quam diuiſionem emptioni, locationi, & id genus conuentionibus non conuenire, quis tam cæcus eſt, vt non videat? Quare dubitandum non eſt, quin pactum & in edicto & in Vlp. ad edictum commentariis, ita, vt iam diximus, accipiandum ſit: quod quidem ipſum aliquando nudum, id eſt, ſolum, & ſimplex eſt: aliquando cauſam aliquam adiunctam habet, l. legem. C. de pact. vt infra dicemus. l. iuris gentium. Æmilius Ferretus in §. præterea. Inſti. de excep. (quem honoris cauſa nomino) pacti generalem appellationem eſſe cum ceteris fatetur, pactum vero conuentum diſtinguit ab eo, quod iuſſu iudicis fiat, dicens conuentiones quaſdam eſſe, quę à iuſſu iudicis initium habeant, non à conſenſu, quamuis conſenſu perficiantur, eaſque ſimpliciter dici pacta: alias eſſe quæ cum à conſenſu, atque conuentione nihil non habeant, pacta conuenta appellentur. Sed hoc quam recte traditum ſit ab eo, ex iam dictis arbitror non valde obſcurum eſſe.

[21] *Duorum conſenſus.* Hinc annotant Interpretes, pactum à pollicitatione differre, quod pactum ſit duorum conſenſus: pollicitatio vero ſolius offerentis promiſſum, vt ſupra dictum eſt. l. 3. infra de pollicitat. Paul. lib. 5. ſenten. tit. de fiſci aduoc. Sed cum is, cui aliquod offertur tacens conſentire præſumatur. l. qui patitur. infra mand. quibuſdam videtur, inter præſentes pactum magis, quam pollicitationem dici, quibus ego minime aſſentior. Non enim continuo is qui tacet offerenti conſentire intelligitur: cum fortaſſis è re ſua id non futurum eſſe credat: aut beneficium accipiendo (vt ait Publianus) libertatem vendere nolit. Hoc adeo in his pollicitationibus perſpici poteſt, quæ ad aliquod publicum opus extruendum olim Reipub. à priuatis hominibus fieri ſolebant: de quibus tractatum de pollicitationibus, qui titulo de Operibus publicis ideo ſubiicitur, accipiendum eſſe non dubito. Fiebant autem fere per epiſtolam cautionémve, vt ſcribit Macr. lib. 2. Saturnal. cap. 4. de Licinio Auguſt. liberto loquens. & patet ex l. Charidemus. l. Septitia. infra de pollicit. l. metum. §. ſed quod Prætor. infra de eo quod me. cauſ. conſenſum duorum non interuenire antequam acceptetur, certiſſimum eſt. l. ex pollicitatione, infra de pollicit. *Pollicitatio apud antiquos quomodo & à quibus fiebat.* Sed & ſi quis apud Rempub. id eſt, Reipub. adminiſtratores, coram ad opus ædificandum pecuniam promiſerit, pollicitatio proprie, non pactum dicetur, conſenſu forte Decurionum ſuſpenſo, deliberantium, an tale opus exædificari publice expediat. d. l. ex pollicitatione. Huc pertinet quod Cæcilius ad Traianum, de quodam Nicenſium theatro loquens ſcribit: *Huic theatro ex priuatorum pollicitationibus multa debentur, vt baſilica circa, vt porticus ſupra caueam, quæ nunc omnia differuntur, ceſſante eo, quod ante peragendum eſt.* Cui Traian. *Tunc*, inquit, *à priuatis exigi opera tibi curæ ſit. cum theatrum propter quod illa promiſſa ſunt, factum erit, &c.*

In idem. Quid ergo, ſi duo Iuriſperiti, de aliqua iuris quæſtione conſulti, idem reſponderint? ne talis conſenſus pactio appellabitur? Quod ex hac definitione dicendum eſſe videtur. Sed verba Iuriſconſulti captanda non ſunt, quem veriſimile eſt, conſenſum intellexiſſe, ex quo conſentientium alter alteri obligetur, ſi minus ciuiliter, ſaltem naturaliter, qui pactionis omnis finis, atque effectus eſt. *Quis finis & effectus pactionis.* Sed & ſi inter duo conuenerit, vt vni ex ipſis, vel vt cuidam tertio, det Titius centum, ne hoc quidem caſu pactionem recte dici vulgo receptum eſt, quod inutiliter factum alienum promittatur. l. ſtipulatio iſta. infra de verb. oblig. & quæ ex noſtro contractu originem trahunt, inania ſunt, niſi ex noſtra perſona initium obligationis ſumant. leg. quæcunque. infra de actio. & oblig. *Inutiliter factum alienum promittitur.* Quæ ſententia vera eſt. Niſi forte pactionem inanem atque inutilem ita pactionem dici cenſeamus, vt teſtamentum falſum, imperfectum vel irritum ʼκαταχρηστικῶς testamentum appellari ſolet. l. 1. infra quemad. teſta. aper. Quod multo magis videtur dicendum, quoties duo, vt vnus ex ipſis det tertio, paciſcuntur; cum quod geritur ex paciſcentium ipſorum perſona, initium ſumat obligationis. Sed quia alteri ſtipulari, paciſcive neminem poſſe traditum eſt, niſi ſua interſit. d. ſtipulatio iſta. §. alteri. merito hæc quoque pactio inutilis, & ſine effectu eſſe dicitur. Intereſſe autem paciſcentis tum intelligatur, cum rem ſuam, aut ſibi debitam, dari alteri, reſtituive paciſcitur. Quo caſu rationibus ſuis eum conſulere, ac perſonam eam velut Procuratoris loco ad recipiendum dari expreſſam videri Bart. ex Proculo annotauit. l. ſi cum Cornelio, infra de ſol. Vnde tractatum eſt, Si paciſcenti, cuius non intererat ab initio, intereſſe ex poſt facto cœperit, conualeſcátne pactio? Et conualeſcere eam [illegible] placuiſſe video, à quibus diſſentiunt nonnulli. Sed hæc alio in loco opportunius diſcutientur. *Alteri ſtipulari ne ſtipulari quis poteſt niſi ſua interſit.*

Con-

Conuentionis verbum generale eſt, ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahendi, tranſigendique cauſa conſentiunt, qui inter ſe agunt. Nam ſicuti conuenire dicuntur, qui ex diuerſis locis in vnum colliguntur, & veniunt: ita qui ex diuerſis animi motibus in vnum conſentiunt, id eſt, in vnam ſententiam decurrunt.

Cum ex Vlpiani libris ad edictum hæc fere à Triboniano decerpta ſint, quin ad edicti interpretationem pertineant dubitandum non eſt. Quia igitur de eo verbo, quod primũ in edicto occurrebat, breuiter ante diſputatum fuit, iam ad alterius enarrationem aggreditur. *Conuentioniſque verbum generale eſſe* ait, *ad omnia pertinens*, &c. Etſi autem late pateat hoc vocabulum, non ideo tamen pactum conuẽtum in edicto Prætoris adeo generaliter accipi ſatendũ eſt. Nam & rei vendicationẽ ſpeciale nomen certę in rem actionis eſſe dicimus, vt licet vindicationis verbo omnis in rem actio contineatur. Itaque Vlpia. hoc loco ſenſiſſe non exiſtimo, pacto conuento omnem contractum, obligationẽmque ſignificari: quod ante aliquot annos vir quidam clariſſimus, & eruditiſſimus me audiente, & ob ſingularem eius doctrinam, atque amplitudinem leuiter tantum refragante confirmabat, deierans etiam (id quod magis mirabar) Prætoris verba ne Vlpianum quidem ipſum intellexiſſe. Quem quidem ego nihilo magis reprehenſione dignum puto, quam ſi de rei vindicatione tractaturus Rei verbum generale eſſe, & Vindicatione omnem in rem actionem ſignificari obiter admoneat. Placuit enim veteribus hæc interpretandi ratio, quæ etiamnum vulgo vſitata eſt, vt paulo altius repetitis principiis rem aggrederentur, & de ſpecie aliqua tractaturi, à genere ipſo initium dicendi facerent.

Tranſigendique. Tranſigendi verbum late hoc in loco, vt & alibi ſæpius, accipi videtur, vt quoquo modo ad finem perducatur aliquod negotium, tranſigi dicatur. l. ſi vno. inſ. loc. l. arbitrio. §. dolo, inſ. de dolo. l. tranſacta de verbo. ſignifi. l. 1. §. vltim. infra ad Tertul. ſpecialius autem tranſigere, eſt controuerſiã decidere, & pecunia accepta ab aduerſario actionem ſibi competentem ei remittere: quod Græci ἀπαλλάττεσθαι dicunt. Ac talis deciſio, diremptioque, litis tranſactio vocitatur. l. 1. & toto tit. infra de tranſact. l. 2. infra de iureiur. Ea neque conuentio, neqoe contractus eſt per ſe, vt de donatione infra dicemus. Ideo qualis ſit conuentio, nominatáne an nomine vacans, fruſtra quæritur: habet tamẽ in ſe conuentionem aliquam, & pactionem, ſicut donatio, quæ vel nominata eſt, vt ſtipulatio: vel carens nomine proprio contractus, vt pactum. l. 2. infra de tranſact. Videamus igitur quid pactum à tranſactione diſter. Et vulgo proditum eſt, pactoin generaliter omnem duorum pluriũmve conuentionem ſignificare, ideoque omnem ſiue contractum, ſiue diſtractum complecti: quæ ſententia iam à nobis refutata eſt: ſpecialiter vero pro conuentione gratuita, quæ contemplatione litis non fiat, accipi: vnde tranſactionem ſpeciem pacto contrariam eſſe aſſerunt, cum ea gratuita non ſit, & tantum ſuper lite fiat, ac diſtinctionem iſtam ex verbis Vlpiani colligunt, l. 1. infra de tranſact. *Qui tranſigit, quaſi de re dubia, & lite incerta tranſigit: qui vero paciſcitur donationis cauſa rem certam, & indubitatam, liberalitate remittit.* Ego vero pacti ſignificationem vnam eſſe, quæ videlicet ſupra à nobis expoſita eſt, conuentionemque omnem, quæ non tranſit in proprium nomen contractus, tametſi gratuita non ſit, & tranſactionis cauſa interponatur, eo verbo contineri aio. argr. l. ſiue apud. C. de tranſact. Verbis autem Vlpia. tenebras offuderunt alij, contra veterum exemplarium fidem, ἀκυρολογίαν dictionis *Paſcitur* addentes, quam poſt dictionem *Cauſa* potius adſcribi oportuit, quaſi dicat pactum de non petendo non tranſactionis ſolum cauſa, ſed etiam donationis fieri poſſe, & eum, qui paciſcitur donationis cauſa, non tranſigere, ſed liberalitate rem certam & indubitatam remittere. Nam alioqui auctorem elegantiſſimum Vlpianum, quis ab ineptiſſimæ ταυτολογίας, & nugationis crimine vindicauerit? hunc igitur potius à conſuetudine loquendi veterum non receſſiſſe, apud quos donationis cauſa paciſci vſitatum eſt, exiſtimare debemus. l. ſed ſi vir, infra de donatio. inter virum & vxor. l. in ædibus. l. ſi in ſtipulatum. infra de donat.

Quam late pateat dictio Pactum.

Adeo autem conuentionis nomen generale eſt, vt eleganter dicat Pedius, nullum eſſe contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in ſe conuentionem: ſiue re, ſiue verbis fiat. Nam & ſtipulatio, quæ verbis fit, niſi habeat conſenſum, nulla eſt.

Quã late pateat Conuentionis verbum, hinc colligit Iureconſultus: quod tãetſi obligationes quædã re ac verbis cõtrahãtur, in his tamẽ omnibus conſenſus aliquis, ac conuentio neceſſaria eſt. Neq; ideo ſtipulatio verbis aut accommodatum ſiue depoſitum re contrahi dicũtur, quod ſine conſenſu nuda res nudaque verba ſufficiant: ſed quia præter conſenſum, re aut verbis opus ſit. Conuentio igitur ad omnem contractum omnẽq; obligationem pertinet, in qua cõtrahẽda duorum pluriũve conſenſus interuenit: quare conuentionem pacto generaliorem eſſe merito dicimus, quod paulo ante à nobis defenſum eſt. Hinc pacti conuentio verbum à iurecõſultis vſurpatũ, vt dixi in leg. iuris gentium, §. adeo infra eo. Itaque cum in ſcriptura aliqua huius verbi mentio reperitur, an de ſtipulatione accipiẽdũ ſit, an de pacto ambiguum eſt: cũ ad vtrunq; referri queat. Verũ in lege ex præcedentium ac ſequentium verborum argumento, aliiſque coniecturis voluntas perpendi poteſt. In inſtrumento autem ſeu cautione, niſi aliud actum appareat, pro pacto accipiendum, & contra agentem interpretationem faciẽdam eſſe arbitror. l. lecta. verſi. cõuenit. infra ſi cer. pet. Quod enim controuerſum, eſt per id, quod certũ exploratũq; eſt, probari debet. arg. l. non hoc. C. vnde legit. Nec conſentaneum eſt, vt fidei, probationiſque gratia quicquam adſeratur, quod ipſum ita incertum, obſcurũmque ſit, vt probationem quoque aliam requirat. Nam & τεχνικὸν vitium vel maximum eſt in diſſerendo: τὸ ἀμφισβητούμενον accipere, ἀντὶ τοῦ ὁμολογουμένου. Proinde qui ſtipulationem factam eſſe allegat, cautionemque modo profert, qua aliquid conueniſſe continetur, is ſane infirmam habet probationem. Non enim recte colligitur, conuentio eſt, ergo ſtipulatio, cum genus ad probãdum ſpeciem minimum valet, plurimum ad refellẽdam. Plane verbũ *Promiſit*, inſtrumẽto adſcriptum, ad ſtipulationem potius, quam ad nudam pactionem referendum eſſe, lex ait. §. ſi ſcriptum infra de inuti. ſtipu. Nam *Promittere* (licet interdũ latius accipiatur) proprie, eſt interroganti daturum aliquid ſe, aut facturum reſpondere: idque Theophilus in Græcis Inſtitutionibus ſatis declarat, à quo nec diſſentiunt Grammatici. Pollicemur etiam ſponte, inquit Donatus, promittimus rogati.

Nam & ſtipulatio. Veluti, ſi per iocũ, vel docendi cauſa dixerit quis, *Spondes?* Et alius reſponderit, *Spondeo.* Quo caſu certum eſt, non naſci obligationem. l. obligationum ſubſtantia. infra de actio. & oblig. Alias ex ſtipulatione obligationem oriri non ciuilem modo, §. de conſtituta. Inſtit. de actio. ſed etiam naturalem, quod adſit conſenſus, crediderim. Idque receptius eſt. Quod ſane ita accipi volumus, niſi forte aliquo caſu æquitas illa ceſſet, quæ naturalis obligationis cauſa eſſe dicitur l. ex diuerſo. §. 1. infra ſolu. matr. l. indebitum. infra de condict. indebit. Nam licet in genere

Æquitas cauſa naturalis obligationis.

conſenſum conuentionemque duorum cuſtodiri æquum ſit, plerunque tamen id ob circumſtantiam aliquam, iniquum eſſe poteſt. Cuius rei gratia Prætoriæ exceptiones comparatæ ſunt. §. 1. Inſtit. de except. vbi Theophil.

Sed conuentionum pleræque in aliud nomen tranſeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus, in ſtipulationem.

Hæc de conuentionibus paulo plenior, vberiorque tractatio, velut παρέκβασις quædam eſt. Etſi nanque præcipuum Iureconſulti inſtitutum ſit de pactis conuentis differere, in locum nihilominus propinquum & finitimum excurrit, vt re altius repetita, pactorum conuentorum natura omnis commodius demonſtrari queat. Ait igitur, pleraſque conuentiones eſſe, quæ in aliud nomen tranſeunt, & cæt. Quorum verborum vis & ſenſus qui ſit, infra docebimus. l. iuris gentium. in princ. Illud interim obſeruatione non indignum, ex ſtipulatione actionem naſci: cum ſit ex earum conuentionum numero, quæ nomen proprium habent. Quapropter ſi permutationi forte, aut cuipiam alij nudæ conuentioni acceſſerit, (vt ſolet) nec locus erit pœnitentiæ, nec actio ei; qui non impleuerit, denegabitur. Obligatio ſiquidem alioqui inualida, ſtipulationis acceſſione corroboratur: non quidem, vt amplius quicquam, aut minus ex ſtipulatione debeatur, quam ex pacto, ſi id expreſſum non fuerit: ſed vt quicquid pacto comprehenſum eſt, qualecunque id ſit, efficacius debeatur, & peti poſſit. l. miles. §. decem. infra de re iudica. Et cum hac exceptione accipiendum puto, quod vulgo dici ſolet, *Stipulationem imitari naturam eius contractus, ſuper quo interponitur*. l. ſi ſtipulatus. infra de vſur. l. 2. infra de priuil. cred. Nam id generaliter intelligendo, quæcunque huiuſmodi ſtipulatio otioſa, atque inutilis futura eſt. Cuius tamen magnum eſſe vſum conſtat, non modo in conuentionibus, quæ proprio nomine carent, verum etiam in bonæ fidei contractibus: qui auctore Varrone, citra ſtipulationem à veteribus non fiebant. Quanquam enim bonæ fidei cõtractus per ſe ſatis efficax eſt ad agendum, tamen qui non cuiuslibet Iudicis eſt videre, quid ex bono æquo præſtare oporteat. & iudicia in pleriſque ſint contraria, vt ait Cicero lib. 3. Offic. magnopere vtile eſt, ea nominatim ſtipulatione caueri, de quibus controuerſia ob incertitudinem aliquando exoriri poteſt.

II. VLPIANVS LIB. III. AD EDICTVM.

LAbeo ait, conuenire poſſe, vel re, vel per epiſtolam, vel per nuntium, inter abſentes quoque. Sed etiam tacito conſenſu conuenire intelligetur. Inde ſi debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos conueniſſe, ne peterem: profuturamque ei conuentionis exceptionem placuit.

Quia conuentio nihil aliud eſt, quam mutuus quidam conſenſus (vt ante diximus) l. 1. §. conuentionis, ideo conuenire dicuntur hi, qui quoquo modo in idem conſenſerint, ſiue inter præſentes, verbis: ſiue inter abſentes, per nuntium, vel epiſtolam, talis conſenſus expreſſus, aut etiam re ipſa, & facto aliquo, ſine expreſſione, ac declaratione, ſignificatus fuerit. l. certum. infra ſi cert. petat. Eiſdem fere verbis vſus Modeſtinus: *Societatem*, inquit, *coire*, *& re & verbis*, *& per nuntium poſſe nos*, *dubium non eſt*. l. 3. infra pro ſoc.

Sed etiam tacito. Quia quod dixerat Paulus, Re conuenire poſſe, paulo obſcurius videbatur: ideo adiecit etiam *Tacito conſenſu*, & cæt. Quibus verbis id verum eſſe demonſtrat, etiam ſi quod re conuenerit, tacito tantum conſenſu, non expreſſo, conuenire intelligatur. Re autem, & tacite conuenire, vt diuerſa ſunt, ita in eo, quod ſequitur, exemplo coniunguntur. Ac haud ſcio, an ſpecies vlla proponi poſſit, in qua alterum ab altero ſeparatum, diſcretumque reperiatur: cuius rei ſubtilior, eademque minime neceſſaria inquiſitio, mirum eſt quantum interpretes quoſdam exercuerit. Sed haſce inutiles ἀκριβολογίας omittamus, quas vel leuiter attigiſſe ſufficit.

Inde ſi debitori meo. Hic de voluntatis coniectura agitur: itaque quod veriſimilius eſt, inſpici oportet. Cum autem nullus cautionis, chirographive redditi vſus ſit, non poteſt videri creditor debitori reddidiſſe, niſi vt ipſum exoneraret. l. huiuſmodi. §. ſi ita. infra de legat. 1. leg. 3. infra de liber. leg. Nam decipere, ludificarique voluiſſe, non præſumemus. Quod vtique accipiendum eſt, niſi ob cauſam aliam redditum fuiſſe appareat. Cauſa enim expreſſa obſcuritatem omnem, incertitudinemque tollit, vt ait Panor. in c. eccleſia. vt lite pen. Ceterum variæ hinc quæſtiones naſcuntur: quæ licet facti ſint, proprieque ad Iureconſultos nihilo magis pertinere videantur, quam ad quoſuis prudentes, & vſu peritos homines, accuratiſſime tamen tractantur à noſtris: quorum exemplo nos quoque dabimus operã, vt diligentia noſtra in ea re nõ deſideretur.

1 Ac in primis illud quæſitum eſt: Tabulas obligationis cuiuſdam Titio reddidi, qua partim Sempronius, partim ipſe mihi tenebatur: an vtrique debitum remiſiſſe videar? Et quis huiuſce redditionis effectus ſit, quæritur? Cenſuit Barto. non ſolum Titio, quod debebat, remiſſum, ſed ei mandatam quoque actionem videri, quæ aduerſus alterum competebat. Verum cum donatio non ita facile præſumatur, niſi quacunque alia deficiamur coniectura, & aliàs actus inutilis, eluſoriusque ſit futurus (quod in hac ſpecie non accidit) non immerito. hæc ſententia ab aliis impugnata eſt. Æquius enim, atque benignius eſt, ita hoc factum interpretari, quaſi Titius exigendi nominis gratia procurator à creditore tantum conſtitutus ſit. Qua tamen in re prudenter admonuit Nicolaus Siculus Abbas d. c. eccleſia. ad argumenta, & coniecturas recurrendum eſſe, quæſtionemq; eſſe huiuſmodi, vt vix vlla certa iuris regula propter varietatem circumſtantiarum poſſit definiri. Quid enim dicemus, ſi is, cui redditæ ſunt tabulæ, forte miles ſit, aut mulier, aut minor, aut ſacris initiatus, aut alias ſimplicitate præditus, & à forenſibus controuerſiis abhorrens? Creditor contra gnauus homo, induſtrius, callidus, quiq; lites ſequi, ac verſari in foro conſueuerit? Quid ſi idem creditor locupletiſſimus ſit, debitor vero inops, eique affinitate aliqua, ac neceſſitudine coniunctus? quique operam ſuam diu ei pleriſque in negotiis præſtiterit? In his certe caſibus, aliiſque non diſſimilibus, facile præſumetur donatio: vt pote cum nihil aliud occurrat, quod inter eos actum eſſe probabilius ſit.

2 Sequens quæſtio eſt, Si pluribus tabulis eodem exẽplo conſcriptis, vnas reddiderit creditor, an exceptio conuentionis proſit reo? Ego non temere cum exceptione iuuandũ crediderim, niſi aliud actum fuiſſe appareat. Cum enim alias eiuſdem exempli domi haberet ſe intelligeret, quibus æque intẽtionem ſuam probare poſſet, hac fiducia videri poteſt eas tabulas debitori ſuo reddidiſſe. Argumentoque eſt, quod Papinianus reſpondit. l. fin. infra de his, quæ in teſta. delen. *Ex pluribus eiuſdem teſtamenti tabulis, ſi quaſdam deleuerit teſtator, non continuò irritum fieri teſtamentum, cum ex cæteris, quæ ſuperſunt, res geſta declaretur*. Nec vero Bartoli argumẽtũ con-

contrà ſententis, tantis apud me eſt, vt me de hac ſententia deducere poſſit. Vnum, inquit, inſtrumentum eſt, licet pluribus exemplis deſcriptum ſit, l. vnum. infrà de teſtam. Verum igitur eſt, inſtrumentum redditum eſſe, quod lex noſtra requirit. Nam non animaduertit Bar. contra ſe hoc telum retorqueri poſſe, argumentumque ex eorum genere eſſe, quæ à Græcis *ἀντιςρέφοντα* appellari ſolent: ſic enim contra ratiocinari poſſumus: Vnum eſt inſtrumentum, atqui à creditore id retentum eſt, non igitur redditum dici debet. Sed nec illud vſquequaque verum eſſe puto quod vnum inſtrumentum, non plura eſſe ait. Sicut enim deſcriptis pluribus exemplis eiuſdem teſtamenti, vnum inſtrumentum dicitur, plura vero exempla, aut plures chartæ, ſiue membranæ: ita in ſpecie propoſita, vnus quidem contractus, aut vna obligatio, ſed cautiones plures, aut plura inſtrumenta rectè nihilominus dici poterunt. Sane accipienda ſunt quæ diximus, cum quis ſimpliciter reddit inſtrumentum, nec id ſe donare, ſeu legare profitetur: qua in ſpecie incertitudo maior, obſcuritáſque verſatur. Nam donatis legatíſve tabulis, quin nomen ipſum, ac debitum donatum legatúmve ſit, dubium non eſt. Eadem eſt ratio venditionis. l. qui chirographum. infrà de lega. 3. l. ſeruum §. eum qui infr. de lega. 1. l. 2. infrà quæ res pign. l. 1. C. de donat. Sicut enim domus pro familia *μετωνυμικῶς*, venter pro partu, taberna pro mercibus, quæ in ea ſunt, calendarium pro nominibus debitorum, teſſera pro iure percipiendi frumentum à noſtris vſurpantur: ita & tabulas pro iure eo, quod tabulis continetur, eadem loquendi forma accipimus. l. 1. infra de Senatuſcon. Sila. l. cum tabernam. infra de pigno. l. qui filium. infra de leg. 3. l. ſed etſi ſuſceperit. infra de iudic. Omnino in hac diſputatione noſtra tria potiſſimum perpendenda, ac ſeparatim examinanda mihi eſſe videntur. Quorum primum, quod proxime expeditum eſt, dubitationem non habet, an qui tabulas donat, nomina, & actiones donare intelligatur? Alterum eſt paulo incertius. Cum de eo videlicet quæritur, qui reddit tantum, nec ſe donare exprimit: ſed præſumptione iuris obſcuritas hæc diſcutitur, vt ſupra annotatum fuit. Tertium iam explicandum reſtat omnium (vt videtur) incertiſſimum. Cum chirographum penes debitorem, idque cancellatum forte reperitur: ſed an ſit donatum, obſcurum eſt adeo vt ne vllo quidem modo redditum ſit, necne, appareat. Et ſane ex his verbis perſpicuum eſt, pactum de non petendo ita demum præſumi, ſi cautionem debirori redditam fuiſſe conſtiterit. Quod rationem habet. Qui enim pacto ſe liberatum eſſe aſſerit, donationem allegat, quæ non facile præſumi debet, niſi cautionem redditam fuiſſe oſtendatur. Alia fortè cauſa eius eſt, qui cum ſe ſoluiſſe contendat, probationis cauſa chirographum profert. Nam licet creditor à ſe redditum, aut cancellatum neget, præſumptione tamen debitorem liberatum videri reſpondit Modeſtinus, niſi adhuc ſibi deberi actor manifeſte docuerit. l. ſi chirographum. infra de probat. Sed & cancellatis tabulis debiti ſolutionem comprobari poſſe, Paulus ſcribit l. fullo. inf. de furt. Nec diſtinguit à quo cancellatæ ſint. Ex quo intelligitur, id generaliter, & indiſtinctè accipiendum eſſe. Quod tamen ita perpetuum non eſt, vt non aliquam interdum exceptionem admittat. Finge perſonam domeſticam eſſe quæ tabulas interuertere potuerit, aut in quam alias veriſimiliter talis ſuſpicio cadat: nonne ſolutionis præſumptio ceſſabit? Quid vtilitatis cauſa receptum eſt, alioqui famulis, domeſticiſque ceteris herilia inſtrumenta ſuffurandi, vt ære alieno ſeipſos exoluant, dabitur occaſio. l. 1. §. ille autem. C. de lat. lib. tol. Proinde conſultius fecerit, & cautius debitor, ſi non modo inſtrumentum ſibi à creditore curauerit reddi, quod vel inuitus facere cogitur: ſed pecuniæ quoque ſolutæ profeſſionem, quam nos apocham dicimus, abſtulerit. l. diſſolutæ. C. de condic. ex leg. l. pecuniæ. C. de ſolutio.

Donatio non facile præſumitur.

III. MODESTINVS LIB. III. REGVLARVM.

POſt pignus vero debitori redditum, ſi pecunia ſoluta non fuerit, debitum poſſe peti dubium non eſt: niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur.

Pignus redditum. puta veſtis, aut liber, vſui eſſe poteſt debitori, l. certe. infra de precar. cum charta, ſeu membrana reddita nullam vtilitatem adferat. Itaque pignus in hoc potius redditum, vt eo vtatur debitor, quam vt ipſe liberetur, lex præſumit. Idemque in inſtrumento reſponſum eſt, quo caſu ex eius redditione debitor citra emiſſionem debiti aliquid commodi conſequeretur. Ac eandem ob cauſam fit, vt reddito pignore, ne ius quidem ipſum pignoris, quod acceſſorium eſt, remiſſum plerique opinentur. Quibus & nos ſubſcribimus tametſi is qui pignus legat debitori, aut inſtrumentum de obligatione pignoris confectum reddit, ius quoque pignoris legare, aut remittere dicatur. l. 1. infra, de lib. lega. l. creditricem. infra de remiſ. pig. c. eccleſia. vt lit. pen. Cuius diuerſitatis ratio non poteſt ex iam dictis manifeſta eſſe.

IV. PAVLVS LIB. III. AD EDICTVM.

ITem quia conuentiones tacitæ valent, placet in vrbanis habirarionibus locandis inuecta illata pignori eſſe locatori, etiam ſi nihil nominatim conuenerit. Secundum hoc & mutus paciſci poteſt. Huius rei argumentum eſt & ſtipulatio dotis cauſa facta. Nam ante nuptias male petitur: quaſi ſi hoc expreſſum ſit, vt nuptiis non ſecutis ipſo iure euaneſcat ſtipulatio. Idem Iuliano placet ex facto eriam conſulto, cum conueniſſet, vt donec vſuræ ſoluerentur, ſors non peteretur, ſtipulatio pure concepta fuiſſet conditionem ineſſe ſtipulationi, atque ſi hoc expreſſum fuiſſet.

Quatuor exempla ex libris Iulij Pauli ad Edictũ hic adſcribuntur, quibus non ſolum explicatur fuſius, quod ſupra dictum fuit conuẽtiones tacitas valere, ſed etiam velut *διὰ τὴν ἐπαγωγήν τινα* cõfirmatur, cõprobatúrque.

In vrbanis habitationibus. Vrbana prædia à Iureconſultis omnia ædificia appellari, licet in vico forte aut villa, non in oppido ſita ſint, nemo eſt qui ignoret. Vrbanum enim prædium non locus, ſed materia facere dicitur. l. 1. infra commu. præd. leg. vrbana prædia. infra de verb. ſign. §. prædiorum. Inſti. de ſeruit. Quod ita interpretantur nonnulli, ſi cauſa habitandi conſtructa ſint. Non enim ea tantum, quæ ædificio, tectóque carent, ruſticis prædiis annumeranda eſſe putant: ſed nonnulla etiam ædificia, veluti tuguria, quæ ad rerum ruſticarum cuſtodiam pertinent. l. tugurij. infra de verb. ſign. ſtabula, quæ ad greges continendos neceſſaria ſunt. l. eo iure. §. 1. infra in quib. cau. pig. non quæ ad hoſpites recipiendos parantur. d. l. vrbana, & ibi Alci. idq; auctore Columella lib. 1. cap. 6. qui partim ex ruſticis ædificiis, partim ex vrbanis villam conſtare ſcribit. Alioqui res in prædium ruſticum illatas in plerisq; legibus,

ac Iureconſul. reſponſis, eas demum eſſe interpretabimur, quæ ſub dio collocatæ, non in domo repoſitę ſunt. Quod ſane per abſurdum eſt. d. l. eo iure. l. ſeruus vrbanus. infr. de lega.3. Nam & Florentinus vrbana ædificia à ruſticis lib.8. Inſtit. eleganter diſtinxit. leg. fund. infra. de verb. ſig. vide l. 1. infra de aqua pluuia arcen. Sed & Pom. tugurij appellatione ſignificari omne ædificium ait, quod ruſticæ rei magis cuſtodiendæ, quam quod vrbanis ædibus conueniat. d. l. tugurij. His illud adiicio, ne ædificium quidem omne, quod habitandi gratia conſtructum ſit, vrbanum appellari: id quod Iureconſultus his verbis non obſcure ſignificat. Eſt enim villa ruſtica, Varroni, & Columellæ, quam villicus, familiaque villatica incolunt. quæ interdum villa ſimpliciter à noſtris dicitur. l. plenum. infra de vſu & habit. Vrbana vero, quæ & Prætorium vocatur, pars eſt ornatior, cultiorq; villæ, quam ſibi ad inhabitandum dominus recepit. l. videamus. infra locati. ſic dicta, quod vrbano vſui, non ruſtico deſtinata ſit. Argumento eſt quod Labeo ait, vt ſeruum vrbanum, & ruſticum, ita penum, ſupellectilémve vrbanam, & ruſticam non loco, ſed genere vſus diſtingui. l. quemadmodum. infra de ſupellect. lega. l. nam, quod. infra de penu lega. idemque à Paulo & Vlpia. de vrbana familia, miniſterioque vrbano ſcriptum extat. l. vrbana familia. infra de verb. ſign. leg. ſeruus vrbanus. infra de legat.3. Sed & Africanus, Seruis vrbanis legatis, agaſonem, & mulionem non contineri legato, reſpondit, ſed eos demum, quos paterfamilias circum ſe ipſe ſui cultus cauſa haberet. l. cum quæreretur. infra de legat.3.

Sed cur in vrbanis tantum habitationibus, non etiam in ruſticis, huic tacitæ hypothecę locus ſit, quæri poteſt? Et quidem Neratius ita obſeruari ſimpliciter reſpōdit. d. l. eo iure. quaſi certa ratio huius diuerſitatis minime appareat, aut eam inueſtigare curioſius, non magnopere interſit. Si enim eorum omnium, quæ conſtituuntur, rationem requiras, multa ex his, quæ certa ſunt, (vt Iulianus ait) ſubuerti neceſſe eſt. l. non omnium. infra de legib. Verum hæc diligentia, ſi modus adhibeatur, quem deſidero in pleriſque, non omnino inutilis meo iudicio futura eſt. Ego itaque in ruſticorum prædiorum locatione hoc vtilitatis cauſa in primis conſtitutum arbitror, vt fructus, qui ibi naſcuntur, tacite intelligantur iure pignoris obligati eſſe domino fundi locati, etiam ſi nihil nominatim conuenerit. l. in prædiis. infra in quib. cau. pig. In locatione vero domus, ſiue vrbani prędij, in quo nulli fructus naſcuntur, cum ea conſtitutio locum habere non poſſit, ratio tandem excogitata eſt, qua domino locatæ domus etiam proſpiciatur: & quia nulli fructus pignoris nexu obligari poſſunt, friuola ſaltem inquilini, ceteraque in domum inuecta, velut ſubſidio teneantur. Proinde licet ſtabula, quæ à ceteris ſeparantur ædificiis, vrbanorum prædiorum non ſint, tamen quod ad cauſam taciti pignoris attinet proxima vrbanis prædiis, ob ſimilitudinem videlicet rationis, atque æquitatis eſſe dicuntur. d. l. eo iure. §. ſtabula. Ceterum hæc coloni, inquilinique differentia, reſcripto Imperatoris Alexandri ſublata eſſe vulgo creditur: niſi quod in inductis per colonum ſcientia neceſſariā eſt, vt eodem reſcripto continetur, cuius verba hæc ſunt: *Certi iuris eſt, ea, quæ voluntate dominorum coloni in fundum cōductum induxerunt, pignoris iure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia domini: nam ea quoque pignoris iure tenentur.* l. certi iuris. C. de loca. Ex quibus verbis interpretes collegerunt, inter colonum, & inquilinū hoc tantum intereſſe, quod res à colono in fundum illatæ ita demum obligentur, ſi eas inferri dominus ſciuerit: inductæ vero ab inquilino in domum locatam, ſiue ſciuerit dominus, ſiue ignorauerit, indiſtincte teneantur. Etſi autem me non lateat, quam lubrica, plenaque diſcriminis res ſit, quæ per tot ſecula tot homines eruditi vno conſenſu probarunt, reiicere velle, rationes tamen eas in medium adducere viſum eſt, quibus adductus hanc interpretationem damnare auſus ſum. Ac primum omnium quod dicitur in reſcripto, *Certi iuris*, ſatis arguit, id lege aliqua ante conſtitutum, aut certe longo vſu in mores perductum fuiſſe. Certum enim ius, auctore Fabio, aut ſcripto, aut moribus conſtat: quod cognitionis eſt, non inuentionis: cum dubium æquitatis regula examinandum ſit. Quod ſi verum eſt, quis iure non miretur, in tot Iureconſultorum monumentis, eorum præſertim, quos in conſilio habuit Alexander, ne tenuiſſimum quidem huius iuris veſtigium extare? Nullam enim conſtitutionem (ſi Lampridio credimus) ſacrauit Alexander ſine viginti Iuriſperitis. & id quidem vt iretur per ſententias ſingulorum, & ſcriberetur, quid quiſque dixiſſet: dato tamen ſpatio ad diſquirendum, cogitandúmque priuſquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus ingentibus.

Nullā conſtitutionem ſacrauit Alexāder Impe. ſine viginti iuriſperitis.

Interque hos præcipuum locum tenuerunt Domitius Vlpianus, & Iulius Paulus: quorum hic de vrbanis tantum habitationibus, hoc ipſo in loco ſic loquitur, quaſi in ruſticis expreſſa requiratur conuentio. Ceteros prætermitto, vel eiuſdem Alexandri σύγχρονους conſiliarioſque, qui quoties de pignore rerū à colono inductarum loquuntur, conuentionis expreſſæ potius, quam tacitæ faciunt mentionem. Mitto etiam illud, quod qui huiuſce diſtinctionis aſſertores ſunt, nulla ſatis firma ratione nituntur, & quæ non facile labefactari queat, vt Iaſ. hic. num. 14. Quid? quod Theophilus Græcus auctor, Inſtitutionúmque Iuris ciuilis paraphraſtes, locum illum explicare, exemploque illuſtrare volens, in quo de Seruiana actione agitur. §. item Seruiana. Inſtit. de actio. eam actionem tunc competere aſſerit, cum colonus in fundum res induxit pacto adiecto, vt locatori mercedis nomine obligarentur: tacitæ vero conuentionis nuſquam meminit: vt longe conſultius mihi videatur, hoc Alexandri reſcriptum ſic interpretari, vt ipſorum Iureconſultorum ſententiis, à quibus id profectum veriſimile eſt, omnino ſit conſentaneum. Erit autem, ſi paulo aliter, quam ceteri, contextum ipſum pūctis diſtinguentes, ita interpretati fuerimus, vt certi iuris ſit, quæ volentibus, paciſcentibúſq; dominis, pignoris iure coloni in fundum conductū induxerint, ea dominis prædiorum teneri. Quod ſi in domum conductā inquilinus res ſuas intulerit, quantum ad taciti pignoris cauſam attinet, tantum abeſt vt expreſſa conuentione opus ſit, vt ne ſcientia quidem domini ſit neceſſaria. Eſt ergo in illis verbis talis figura, qualem in Virgilij locum ad fin. lib. 10. Æneid. annotauit Seruius:

-Iugulóque haud inſcius accepit enſem.

Sed quid ſi verba hæc, *voluntate dominorum*, de conuentione expreſſa intelligamus? vt quoſdam interpretatos fuiſſe accepimus. Sane ea interpretatio nihil incommodi habitura eſt. Verum ea non efficiet, quo minus in eodem (vt aiunt) luto hæreamus. Nam ex eo ſenſu id demum colligi poteſt, ſi nominatim conuenerit, vt res ſuas inferat colonus in fundum conductum, eos iure pignoris obligari, tametſi vt obligentur non conuenerit, niſi forte ea verba κατ᾽ ἀπόδοσιν legamus, vt ad totam orationem referantur, hoc modo: *Certi iuris eſt, ea, quæ coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis prædiorum teneri (voluntate ſcilicet dominorum)* id eſt, ſi domini expreſſe conſenſerint, &c. Quod ſi cui forte durior hæc, aut vtraque potius interpretatio videbitur, is ſi vel emendatiorem proferat codicem, vel cōmodiorem nobis, & ſtudioſis omnibus interpretationem afferat, maximam ei pro tanto in nos, remque literariam, officio gratiam habebimus. At enim fortaſſis

Friuola in quilini.

dubitauerit

dubitauerit quiſpiam, cum actio non detur contra colonum citra conuentionem pignoris expreſſam, cur actionem Seruianam in eo caſu à quaſi Seruiana, ſiue hypothecaria, diſtinxit Iuſtinianus? Cui reſpondeo, olim pro pignore perſequendo, nullam iure ciuili proditam actionem fuiſſe. Quod cum vtile cuidam Prætori non videretur, in prædiorum locatione actionem propoſuit, qua rerum illatarum nomine, ſi conueniſſet vt pignori eſſent, ageretur. Eaque Seruiana ab ipſius forte Prætoris nomine appellata eſt. Alius deinde Prætor, cum vtiliter quidem comparatam eam actionem, ſed non ſatis plenam eſſe animaduerteret, aliam excogitauit multo laxiorem, vberioremque: qua non locatoribus modo, in quorum prædia res inuectæ eſſent, ſed quibuſcunque etiam creditoribus conſuleretur. Quaſi Seruia ideo dicta eſt, quod ad exemplum, & imitationem Seruianæ actionis introducta ſit.

Huius rei argumentum. Cum quid per ſtipulationem dotis cauſa promittitur ſilentio, inter contrahentes hoc conuenire intelligitur, vt nuptiis non ſecutis ipſo iure nulla ſit ſtipulatio. Quſnimo conditionem, quæ à conuentione non parum differt. l. 2. §. Sabinus. infra pro empt. tali ſtipulationi ineſſe certi iuris eſt. l. ſtipulationem. l. plerunque. l. licet. infra de iure dot. Vnde dubitarunt plerique, quo ſenſu accipiendum eſſet, quod hic dicitur, *Male petitur*, &c. Nam apud veteres conſultos (quorum, vt Fabius ait, ſummus circa verborum proprietatem labor eſt) qui ante diem petit, male petere, ſiue male, aut perperam agere dicitur. l. 1. infra quando dies vſus. l. ced. l. 2. §. ſi quis itaque. infra de eo quod certo lo. Licet enim ante diem nata iam ſit obligatio. l. cedere. infra de verbo. ſig. quia tamen præmatura petitio incommodum affert aduerſario, exceptione ſummouetur. Qui vero, quod ſub conditione promiſſum eſt, ea nondum exiſtente petit, is non male petere, ſed petendo nihil agere dicitur, quod ante conditionis euentum rem ſibi non debitam petat. Cuius rei gratia hic locus varie intellectus eſt. Mihi autem placet, vt male peti accipiamus non modo quod in diem, ſed etiam quod ſub conditione debetur. Itaque quiſquis petendo nihil agit, is vtique male, ſed non contra. l. 3. infra de compenſ. Fuere ex veteribus, qui aliter reſponderent, nempe conditionem, quæ extrinſecus inſit, ortum obligationis non impedire. Quæ ſententia ab Accurſio, & cæteris exploſa eſt. ſed nos aliquando latioribus commentariis id, loco magis idoneo, tractabimus.

Veterum Iuriſconſultorum circa verborum proprietatem labor.

Idem Iuliano placet. Plerunque (alibi noſter Paulus ait) *ea, quæ præfationibus conueniſſe concipiuntur, etiam in ſtipulationibus repetita creduntur.* l. Titia. §. idem reſpondet. infra de verb. obligat. Quæ verba Bart. ceterique interpretes ſic intellexerunt, quaſi Iureconſultus velit, ſi quid ante formulam à tabulario conſcriptam inter contrahentes actum ſit, de die pura aut conditione, pactionéve aliqua, quæ contractui accedat, mox formula ipſa pure, & nulla huiuſve rei facta mentione concepta ſit, id in ea repetitum videri perinde ac ſi nominatim expreſſum eſſet. Idemque verbis huius contextus ſignificari aiũt. A quibus omnibus, cum bona ipſorum venia, diſſentio. Verba námq; inſtrumenti ſequenda eſſe magis placet, quam ſermones ante à contrahentibus habitos, à quibus inſtrumentum aliter concipiendo receſſiſſe eos veriſimile eſt, vt ſcribit Panor. in c. dudum. de conuer. coniu. niſi forte plus dictum ac minus ſcriptum per oblinionem, ſeu errorem comprobetur. Ex ſermonibus tamen huiuſmodi, pactionibuſve interdum fraudem atque ſimulationem argui poſſe non negauerim. Sed cum hæc ad ſtatum coniecturalem potius, quam legitimum pertinere videantur, prudẽtis Iudicis magnopere arbitrium deſiderant. Ceterum longè aliam Pauli verborum ſententiam eſſe contendo, quam Bart. cum ſuis ſequacibus exiſtimauerit. Nam quod Paulus ait, *Præfationibus concipiuntur*, ex proprietate verborum ſic accipiendum eſt, quæ ſtipulationis formula exprimuntur. l. quicquid. infra de verb. oblig. cum ſim. non quidem poſteriore parte, quæ ſtipulationem ipſam continere ſolet. l. iuriſgentium. §. quod fere. ſed anteriore, in qua pacta conuẽta, conditiones, & alia id genus deſcribuntur, quæ præfationum vocabulo ſignificari cenſemus, vt quod à veteribus præſcriptio dicitur in Senatuſconſultis, id in pactorum formulis præfatio vocetur. Huius rei appoſitiſſimum exemplum hic habemus, ſi modo id commode interpretemur. l. lecta. infra ſi cer. pet. Finge prolatam in iudicio cautionem huiuſmodi: *Lucius Titius ſcripſi me accepiſſe à P. Mæuio decem, conuenitque inter nos, vt eius ſummæ nomine centeſimas vſuras ſoluam, & donec eas ſoluere vt is ſortem à me non petat: hanc ſummam ſibi recte dari ſtipulatus eſt P. Mæuius, ſpopondi ego Lucius Titius.* Quæro, cum poſt vnum, aut alterum menſem Mæuius à Lucio decem petat, an inuitus ea ſoluere cogatur, ſi vſuras, de quibus conuenerat, præſtare velit? Iulianus ex facto conſultus, cogẽdum non eſſe reſpõdit. Huc enim pactum, quod in ingreſſu contractus factum eſt, ſtipulationi ineſſe dicitur, licet ea purè cõcepta ſit.

V. VLPIANVS LIB. IIII.

AD EDICTVM.

CONuentionum autem tres ſunt ſpecies. Aut enim ex publica cauſa ſunt, aut priuata: Priuata, aut legitima, aut iurisgentium. Publica conuentio eſt, quæ fit per Principem, aut quoties inter ſe duces belli quædam paciſcuntur. *Al. paciſcuntur.*

Hoc tamen, quod alioqui ſatis planum, apertumque eſt, ex eo ſubobſcurum redditur, quod cum Vlpianus tres conſtituat ſpecies conuentionum, nihilominus duas tantum ſubiiciat, quarum vnam partitur in eam, quæ legitima eſt, & quæ Iurisgentium: quo nihil diuiſionum legibus magis aduerſarium eſſe poteſt. Harum etenim vna eſt, vt ſpecies diuiſionis de pluribus dici nequeant, quam ipſum genus quod diuiditur. Quæ lex ab Vlpia. minime obſeruata eſſe videtur. Nam vtraque ſpecie. priuatæ conuentionis, legitima videlicet, & iurisgentium de publica conuentione dicitur, cum genus in eas ſpecies diuiſum, id eſt, conuentio priuata de publica conuentione dici non poſſit. Sed & eodem argumento aliam Vlpiani diuiſionem exagitant dialectici, qua Ius in publicum, ac priuatum diſtributum eſt. l. 1. ſupra de iuſtit. & iur. moxque adiectum, priuatum ius tripertitum eſſe, collectum nempe ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus. Quaſi vero publicum ex nullo horum præceptorum conſtet. Aduerſus quos Alciatus lib. Parerg. 1. cap. 31 Vlpia. cauſam ſatis viriliter defendit, ſed non perinde feliciter, mea quidem ſententia: horum ego exemplo σοφα, vt Euripid. ait, φάρμακα huic quoque malo adhibere poſſem, ſi partium magis ſtudio, quam veritatis tenerer. Idque popularius forte, ac plauſibilius ad huius diſciplinæ ſtudioſos foret. Verum ea ſophiſtice mihi grata non eſt, ac vehementer placet illud Ariſtotelicum, ἀμφοῖν ὄντοιν φίλοιν ὅσιον προτιμᾶν τὴν ἀλήθειαν. cum præſertim Iureconſultorum nomini non multum officere putẽ, quod alias artes non percalluerint. Quantis Cicero laudibus Scæuolam ſui temporis Iureconſultum ornat? quem tamen eam didiciſſe artem negat, quæ (vt ipſius vtar verbis) doceret rem vniuerſam tribuere in partes latentem explicare definiendo, obſcuram explanare interpretan-

do, ambiguam primum videre, deinde diſtinguere, poſtremo habere regulam, qua vera, & falſa iudicarentur, & quæ quibus propoſitis eſſent, quęque non eſſent conſequentia. Quid? quod idem Trebatium Iuris ciuilis vſu & ſcientia pręcellentem, Topica, id eſt, maximam Dialectices partē ignoraſſe teſtatus eſt, in eo maxime libro, quem ad eum honoris cauſa ſcriberet, & ad poſteritatis memoriam peruenire vellet. Id proculdubio nunquam facturus, ſi tātō viro, ſummaque ſibi amicitia, & neceſſitudine coniuncto, aut ingratum id, aut parum honorificum fore intellexiſſet. Quod ſi quis hanc culpā in Tribonianum conferre malit, equidem non tetragabor: cum veriſimile ſit, ab Vlpian. in iis commentariis, ex quibus hæc nobis fragmenta ſuperſunt, longe accuratius, copioſius, diſtinctius, ac denique τεχνικώτερον tractata fuiſſe omnia, quam in hiſce centonibus nunc nobis appareant. De iure tantum priuato conuentioneque priuata, fortaſſis diſſeruerat in illis libris Vlpianus, idemque intelligi volebat de publico iure, ac publica conuentione: quod & ab aliis iuris auctoribus, ne verboſa nimium eſſet diſputatio, alibi factum meminimus. §. 1. Inſt. quod cum eo. Sed verum eſt quod Budæus noſter dictitabat, Tribonianum acciſas nobis Pandectas, & mutilas verius, quam compendioſas tradidiſſe: adeo vt quotidie nobis diuinandum ſit in his, quibus, ſi verum extarent monumenta, nihil erat futurum dilucidius. Neque tamen haſce reliquias, qualeſcunq; ſint, ideo reſpuere, & aduerſari: ſed amplecti potius, & boni conſulere debemus: ſimiamque illam imitari, quam ſcriptores quidam tradunt, cum catulum quendam ſuum pulchellum & carum amiſiſſet, alterum fœdiorem, quem prius inuiſum habuerat, depeririſſe.

Quæ fit per principem. Nemini dubium eſt, quin Princeps, cui populus omne Imperium in ſe & poteſtatem contulit. l. 1. ſupra de cōſtitut. princ. de negotiis ad Rempub. ſpectantibus recte atque vtiliter paciſcatur, ſiue pacem, ſiue aliud quodcūque fœdus cum hoſtibus faciat. Sed quæritur, Pacem faciendo cum hoſtibus, an priuatorum damna, atque iniurias, ob cauſam belli acceptas, remittere poſſit? Et reſponſum eſt, publicæ vtilitatis cauſa, ſi aliter diſcordiæ tam priuatim quam publice ſedari non valeant, poſſe. leg. item ſi verberatum. infra de rei vind. l. Lucius. infra de euict. c. in noſtra. de iniur. not. in l. vltim. C. ſi contra ius. & in c. quæ in eccleſiarum. de conſtit. idque Thraſibuli exemplo, qui cum ciuitatem Athenienſium triginta tyrannorum ſæuitia liberaſſet, Plebiſcitum interpoſuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret. Quæ malorum obliuio ἀμνηστία ab ipſis vocitata, concuſſum, & labentem ciuitatis ſtatum in priſtinum habitum reuocauit. vt ſcribit Valer. tit. de animi mode. Quod & M. Tullius Philip. 1. in princ. aliquando Romæ, publico otio conſulere volens ſequendum eſſe cenſuit. Sed hoc tum maxime neceſſarium eſſe conſtat, vt idem refert lib. 2. Offic. de Arato Sicyonio loquēs, cum occupata per iniuriam bona longo temporis ſpatio poſſeſſa ſunt: quæ ſi à poſſeſſoribus auferantur, reſtituanturque dominis, multa commoueri, perturbarique ſit neceſſe: vt in ſpecie non diſſimili conſultus à Cæcilio Traianus Imperator, prudentiſſime reſcripſit lib. 10. Epi. Sequens quæſtio huic tractatui per quam affinis eſſe viſa eſt, An princeps contrahendo, paciſcendove cum ſi ſibi ſubditis hominib. obligetur? Cum enim legibus ſolutus ſit, l. princeps. de legib. non videtur ad contractus obſeruantiam adſtringi debere. At in contrariam ſententiam ideo itum eſt, quia lege illa naturali, aut diuina potius, quæ fidem ſeruari iubet, neque populi conſenſu, neque Senatus auctoritate ſolui potuit. §. ſed naturalia. Inſtit. de iure natur. Bal. in l. 1. C. de ſerui. & aqua. Hinc reſponſum eſt, Principi non licere prædia nomine ac titulo clientelæ alicui cōceſſa ἐν χειρῶν νομῷ vt dicitur, & citra cauſæ cognitionem adimere. Panor. in c. quæ in eccleſiarum. de cōſtit. Nam inter patronum atque cliente in contrahitur negotium, ex quo alter alteri non ciuili tantum iure, ſed etiam naturali tenetur. tit. de forma fidel. in vſib. feud. In ſumma: Nihil eſt principe diuinius, quam promiſſorum, conuentorumq; conſtantia, vt ait Iaſon in l. 1. in prin. ſupra eo. citans epiſt. inter claras. de ſumma Trinit. à quo omni tempore vitæ ſuæ ita colendam veritatem eſſe ſcribit Iſocrates ad Nicoclem Regem, vt plus momenti ad fidem faciendam eius oratio habeat, quam aliorum iuſiurandum.

Nihil in principe diuinius quam promiſſorum conſtantia.

Quoties inter ſe duces belli. Non tantum igitur principi, qui ſummum imperium, ſummamq; poteſtatem habet, verumetiam Ducibus belli, pacta cum hoſtibus iniire publicæ vtilitatis cauſa permittitur. Nec dubitandum eſt, quin huiuſmodi pacta ſeruari debeant. Quod & in his Magiſtratibus dicendum videtur, qui coniurationem in Rempublicam, aliudve atrox facinus detegentibus impunitatem, aut pręmium aliquod pollicentur. Quibus enim fides publica ob huiuſmodi cauſam datur, eos non decipi, non tantum naturalis, ſed etiam ciuilis quædam ratio ſuadet, ne cæteri poſtea ad ſimilia facinora indicanda fiant tardiores. argum. l. quod ſi minor. §. non ſemper. de mino. Atque ita Senatus, Pop. Q. Ro. de Catilinariæ coniurationis indicibus Cicerone Conſule faciendum decreuit. Quoſdam tamen eſſe Quęſitores accipimus, qui cum ab infelicibus reis impunitatē per ſimulationem promiſſa, delicti confeſſionem expreſſerint, mox ad ſupplicium eos mittunt, Salomonis exemplum ſeſe imitari dictitātes, aliorumque laudatiſſimorum Iudicum, quos hiſtoriæ præſertim ſacræ auctores prodiderunt, nonnunquam in cognitionibus veritatis eliciendæ gratia ſimulatione aſtutiaque vſos fuiſſe. c. afferte. de præſumpt. c. vtilē. 22. q. 6. Verum ego neq; Salomonis conſilium, (qui nulla ſpe vana reū lactauit) cum hac peſſima arte, verſutiaque conferendum eſſe, neque confeſſionem huiuſmodi ad condemnationē ſufficere exiſtimo. Licet omnes tā Pontificii, quam Cæſarei Iuris intepretes, paucis exceptis, diſſentiant. Imo. conſil. 109. Decius in leg. ea eſt. de reg. iur. Alcia. in leg. natura. infra de verb. ſignific. Hippol. de Marſil. ſingul. 177. Credibile enim eſt, (vt cætera argumenta prætermittam) eum, cui capitis creatur periculum, ex vinculis cauſam dicentem, non facinoris conſcientia magis, quā illius promiſſionis fiducia confiteri. Et eo magis quod qui in tanto diſcrimine verſatur, ſæpius cogitare ſolet, quid Iudices poſſint, in quorum mano ipſius vita poſita eſt, quā quid debeāt facere. vt ait Cic. in orat. pro Quintio. Inde illud Alcibiadis, ἔξω φυγεῖν, μὴ ἔχειν δίκην vice prouerbij vulgo iactatū, celebratūque eſt. Non ideo tamē hanc extorquendæ confeſſionis rationem omnino reſpuēdā eſſe cōtendimus, quæ in criminalibus cognitionibus nō mediocriter vtilis eſſe poteſt, ſed cōfitentem à Iudice dānandū eſſe negamus. Non enim ab officio Iudicis alienū videtur, ad explorandam veritatē, reo ſpē aliquā abſolutionis inijcere. d. cap. vtilem. cum ſimil. vt confeſſione velut indicio admonitus, prōptius eum expeditiúſq; conuincat teſtimoniis: adeo vt ne poſtea quidem deiectus de ea ſpe, quod ſemel cōfeſſus ſit, reuocare, ac pernegare ſuſtineat. Quod ſi forte tā atrox ſcelus ſit, vt primo quoque tēpore id vindicari publice expediat, cuiuſq; plurimi participes ſint, veluti cōiuratio in Principē, aut Rempublicā, eū qui fidem publicā ſecutus, fatetur crimen, non modo ſeruandum, ſed pręmio quoq; afficiendum eſſe crediderim. arg. l. 1. cum ibi not. ſupra de iuſti. & iure. Alex. in l. 1. ſupra quod quiſq; iur. Id quod à nobis paulo ante dictū, ac Senatus Romani exemplo confirmatū fuit. Nec id mirum in eo Senatu,

Inſignis titulus Senatus Romani.

Digitized by Google

tu, qui tum orbis terræ conſilium vere dicebatur, cum Gellius lib. 20. c. 1. de Pop. Rom. ſcribat: Omnibus quidem illum virtutum generibus colendis, exercendiſque ſed omnium maxime, atque præcipue, fidem colendo tam publice, quam priuatim, ad tantam amplitudinem perueniſſe. Cuius rei cum permulta extent argumenta, atque teſtimonia, tum illud perquam memorabile, quod inter eos & Porſennam pactis inducijs, cum ludi Circenſes in vrbe celebrarentur, ingreſſi hoſtium Duces curuli certamine contenderint, & victores coronati ſint, vt refert Seruius in lib. 11. Æneid.

Fides obſeruatione Romanos ad ſummam poteſtatem peruenerunt.

Iam vt eo reuertamur, vnde digreſſi ſumus, videndum eſt, an à Ducibus belli, citra Principis, aut populi conſenſum, cuius nomine, & auſpicijs bellum geritur, pax conſtitui poſſit? Bartolus poſſe negat. Quæ ſententia vera eſt, ſi ducendi tantum, regendique exercitus cura eis demandata ſit, non autem plena, liberaque rerum omnium poteſtas conceſſa. arg. l. procurator, cui generaliter. infr. de procur. quam & hi habere creduntur, qui principis vicarij, codicillis ab eo impetratis, creati ſunt. l. vltim. de eo, qui vicem alt. Bart. in leg. 1. §. hi, quibus. infra de leg. 3. & in l. filius. infra de legat. Nam ſi in ciuilibus ac forenſibus negotijs Procurator, qui vel generali mandatu ad actionem conſtituitur, tranſigendi decidendique negotij facultatem non habet. l. mandatu generali. infra de procu. conſequens eſt, eum, cui belligerandi cauſa exercitus committitur regendus, pacem cum hoſtibus faciendo, muneris ſui fines excedere: quod in re militari maximè vitioſum ſemper habitum eſt. l. 3. §. in bello. de re milit. Quam quidem ob cauſam fœdus ab Hoſtilio Mancino cum Numantinis percuſſum Senatus ratum non habuit: ſicut nec Camillus dictator pactionem eam, qua inter Sulpitium quendam Tribunum militum, & Brennum Gallorum Regulum conuenerat, vt Galli acceptis mille pondo auri à Romanis, obſidionem relinquerent. Vnde Saluſtius de pace inter Aulum exercitus Romani Ducem, & Iugurtham Numidarum Regem facta, Senatus (inquit) ita vti par fuerat, decernit, ſuo atque populi iniuſſu nullum potuiſſe fœdus fieri. Celebris eſt & Spurij Poſthumij Cõſulis Romani hiſtoria, ideo hoſtibus dediti, quod turpi, ignominioſáque ſponſione ſe, Populúmque Romanũ cis obſtrinxiſſet, extatque eius apud Liuium lib. 9. Decad. 1. plena grauitatis, altitudiniſque animi oratio, ex qua nos pauca, quæ ad hunc locũ maxime viſa ſunt pertinere, hic ſubiecimus: Neque ego inficias eo, Patres cõſcripti, tam ſponſiones, quam fœdera ſancta eſſe apud eos homines, apud quos iuxta diuinas religiones fides humana colitur, ſed iniuſſu populi nego quicquam ſanciri poſſe quod populum teneat. An ſi eadem ſuperbia, qua ſponſionem iſtam expreſſerunt nobis Samnites, coegiſſent nos verba legitima, dedentium vrbes nuncupare, deditum populum Romanum, vos Tribuni diceretis? & hanc vrbem, templa, delubra, fines, aquas Samnitium eſſe? Omitto deditionem, quoniam de ſponſione agitur. Quid tandem ſi ſpopondiſſemus vrbem hanc relicturum populum Romanum? incenſurum? ſi magiſtratus, ſi ſenatum, ſi leges non habiturum? ſi ſub regibus futurum? Dij meliora, inquis, atqui non indignitas rerum ſpõſionis vinculum leuat. Si quid eſt, in quo obligari populus poſſit, in omnia poteſt: Et ne illud quidem, quod quoſdam forſitan moueat refert, conſul, an dictator, an prætor, ſpoponderit. Et hoc ipſi etiam Samnites iudicauerunt, quibus non fuit ſatis coss. ſpondere, ſed legatos, quæſtores, tribunos militum ſpondere coegerunt. Nec à me nunc quiſquam quæſiuerit, quid ita ſpoponderim, cum id nec conſulis ius eſſet, nec illis ſpondere pacem, quæ mei non erat arbitrij: nec pro vobis, qui nihil mandaueratis, poſſem.

Ceterum ſi de inducijs quæratur, idem quod de pace reſpondendum plerisque placuit. Quam ſententiam vt veriorem, receptioremque probamus, licet Accurſius atque Bartolus contradicant. Nam & hic à præſcripto mandati, ſicut in ſuperiore caſu receditur, cum procuratori, qui liberam poteſtatem non habet, tempus ad ſoluendum dare non minus, quam tranſigere cum aduerſario interdictum ſit. l. qui Romæ. §. Callimachus. infra de verbor. oblig. Itaque cum inter Ægiden Lacedæmoniorum regem, & Thraſilum, Alciphronemque Argiuorum duces pactæ eſſent quatuor menſium induciæ, non ſine ratione factum eſt, auctore Alcibiade, vt eas Argiui ratas non haberent. Idemque à Lacedæmonijs factum. quos eam ob cauſam adeo in regem ſuum indignatos fuiſſe ſcribit Thucydides, vt lege lata, duodecim ei conſiliarios adhibuerint, ſine quorum conſilio, neque inducias, neque quoduis aliud fœdus cum hoſtibus ferire poſſet. Eas tamen inducias, quæ neceſſitatem aliquam habent, excipimus: veluti quæ ſepeliendorum cadauerum gratia, quibus ex tabeſci, corrumpique ſolet, inuicem conceduntur, quas vel humanitatis ratio non denegandas eſſe ſuadet, vt Homeri carmine admonemur, apud quem Idæus Troianorum nomine Agamemnonem Principem Græcorum ſic alloquitur:

Καὶ δὲ τόδ᾽ ἠνώγειν εἰπεῖν ἔπος, αἴ κ᾽ ἐθέλητε — *Il. 7.*
Παύσασθαι πολέμοιο δυσηχέος, εἰς ὅ κε νεκροὺς
Κήομεν· ὕστερον αὖτε μαχησόμεθ᾽, εἰς ὅ κε δαίμων
Ἄμμε διακρίνῃ, δώῃ δ᾽ ἑτέροισί γε νίκην.

Cui humaniſſimè reſpondet Agamemnon.

Ἀμφὶ δὲ νεκροῖσιν κατακαιέμεν οὔ τι μεγαίρω.
Οὐ γάρ τις φειδὼ νεκύων κατατεθνηώτων
Γίγνετ᾽, ἐπεί κε θάνωσι, πυρὸς μειλισσέμεν ὦκα.
Ὅρκια δὲ Ζεὺς ἴστω ἐρίγδουπος, πόσις Ἥρης.

Sed & Homerum imitatus Maro noſter, eius quoque rei gratia pactas inter Æneam & Latinos inducias refert his verſibus:

Iamque oratores aderant ex vrbe Latina, — *Æneid.*
Velati ramis oleæ, veniámque rogantes.
Corpora per campos ferro quæ fuſa iacebant
Redderet, ac tumulo ſineret ſuccedere terræ,
Nullum cum victis certamen, & æthere caſſis.

Et paulo pòſt.

Bis ſenos pepigere dies, & pace ſequeſtra
Per ſyluas Teucri, mixtique impune Latini
Errauere iugis, &c.

VI. PAVLVS LIB. III. AD EDICTVM.

LEGITIMA conuentio eſt, quæ aliqua lege confirmatur: & ideo interdum ex pacto actio naſcitur, vel tollitur, quoties lege vel ſenatusconſulto adiuuatur.

Conuentio lege confirmari bifariam dicitur, vel quia lex certam ei formam dat, qualis eſt ſtipulatio, & contractus emphyteuticus. §. adeo. Inſti. de loca. & conduct. vel quia nullam formam dando, efficacem eam ad agendum eſſe vult, tametſi alioqui conuentio nuda, ſimplexque ſit. l. ſi quis argumentum. C. de donat. Sunt enim pacta quædam, auctore Cicerone in loco ſupra citato, quæ ſine legibus obſeruantur ex conuentu, proſuntque ad exceptionem, ac retentionem. Alia (vt idem ait) lege obſeruanda ſunt, quod nominatim id lege exceptum, cautumque ſit: quæ ideo legitima pacta, vel legitimæ conuentiones recte appellantur. Nam etſi conſenſu gentium non ita probentur, vt ad obligandum valeant, tamen iure ciuili, id eſt, Romano obligationem pariunt. Itaque ſi quis donationis cauſa quicquam ſe mihi daturum promiſerit, quoniam hæc conuentio confirmatur lege, aduerſus eum competet actio;

quod & in aliis caſibus locum obtinet. Ac ſicut conuentio lege confirmata parit actionem, ita eandem ipſo iure tollit, licet nuda conuentione naturalis tantum obligatio tolli dicatur. l. Stichum. §. naturalis, infra de ſolut. Huius generis eſt pactum, quod ſuper actione iniuriarum interponitur. l. ſi tibi. §. quædam. infr. eo. quoniam id legis 12. tab. verbis confirmatur, *è pacto talio eſto*. quæ extant apud Gellium lib. 20. c. 1. Qua de re inferius pluſcula dicemus. §. pactus ne peteret.

VII. VLPIANVS LIB. IV. AD EDICTVM.

IVris gentium conuentiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones. quæ pariunt actiones, in ſuo nomine non ſtant: ſed tranſeunt in proprium nomen contractus: vt emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, commodatum, depoſitum, & cæteri ſimiles contractus.

Supra oſtendimus, veteribus Romanis vtile viſum non fuiſſe paſſim ex quibuſlibet conuentionibus actiones dari, ideoque paucas quaſdam ex multis delegiſſe eos, quas ad agendum vtiles eſſe ducerent: ceteras honeſtæ cuiuſque voluntati, religioni, & fidei reliquiſſe. Quænam autem ſint hæ, non enumerat ſigillatim Vlpianus, ſed certam nobis demonſtrat notam, ac veluti ſymbolum, quo facile internoſci, diſcernique poſſint: eas demum actiones parere dicens, quib. proprium nomen contractus eſt inditum, vt emptionem, venditionem, &c. Alio tamen ſenſu Ange. & Iaſon hunc locum interpretati ſunt, quaſi ſcilicet Vlpian. velit, id de huiuſmodi conuentionibus propterea conſtitutũ fuiſſe, quod ſuo quæque proprio, certoque vocabulo appellaretur, aliis nullam niſi communem generalémque conuentionis appellationem habentibus. Quæ interpretatio, ſi quaio inepta, ac ridicula eſt, tam horum Vlpiani verborum ſenſui conueniret, verbis ſane, non rebus impoſita lex eſſet: quo nihil à legis officio poteſt eſſe alienius. l. vltim. C. de vſur. l. 2. C. commu. de leg. Nulla eſt igitur alia iſtius iuris ratio, quam quæ ſupra à nobis commemorata eſt: ne videlicet litibus immodicis, contentionibuſque abundet ciuitas, quibus minuẽdis potiſſimum ſtudere Legiſlatorem oportet. tit. de nouo Cod. fac. in prin. l. quidam. infra ſi certum pet. Cle. diſpendioſam, de iud. §. 2. Inſtit. de pœna teme. litig. idque auctore Iſocrate, qui leges eas quam optimas eſſe ſcribit, quæ) vt ipſius verbis vtamur) *τὰς μὲν ἀμφισβητήσεις ὡς ἐλαχίστας, τὰς δὲ διαλύσεις ὡς οἷόν τε τάχιστας τοῖς πολίταις ποιοῦσι*. Cum autem ea ratio tantum ciuilis, ac probabilis ſit, non neceſſaria & naturalis (vt diximus) mirum profecto videri non debet, ſi non æque omnes ei aſſentiantur: adeo vt quorundam populorum legibus cautum eſſe acceperimus, ne ex pactione vlla, quãlibet nuda, ac ſimplici, denegetur actio. Veriſſimum enim eſt quod ſummus vir Ariſtoteles ait: *Si quis velit ad leges ferendas eſſe idoneus, ac* (vt ipſe loquitur) *νομοθετικός, aut de legibus tam late iudicium facere: præter ciuilis ſcientiæ cognitionem, experientiam quoque ei neceſſariam eſſe.* Ac merito ſophiſtas neſcio quos perſtringit, nihil facilius eſſe confirmantes, quam multis legibus in vnum locum collatis, optimas eligere, quibus vtinam neque noſtra hæc ætas, neque ſuperiora ſecula ſimiles aliquando tuliſſent. Non enim tam multa præclare, & vtiliter legibus ac Iure ciuili comparata, Pontificum quorundam ſanctionibus abrogata iacerent, & felicius aliquanto, mea ſententia (cum rebus humanis ageretur. Vide not. in ca. 1. de pact. in decret.

Qui idonei ad leges ferendas.

Et cæteri ſimiles contractus. An donatio ex eorum contractuum numero ſit, à pleriſque dubitatum eſt. Et ante omnia ſciendum eſt, cum res donationis cauſa traditur, nullum proprie contractum eſſe videri, cum obligationem non pariat. l. Ariſto. infra de donat. l. Labeo. infra de verbo. ſignific. l. cum donationis. C. de eo, quod met. l. ſi quis emptionis. de præſcript. 30. ann. Quare donationum tractatum inter eos non collocauit Tribonianus, in quibus de contractibus agitur. Conuentionem tamen tali donationi ineſſe non immerito quis dixerit, propterea quod donatarij eam accipientis conſenſus accedit. Nec enim donatio (vt in Topic ait Cicero) ſine acceptione intelligitur. not. in leg. abſenti. infra de dona. Verum an hoc caſu proprium nomen habeat, necne, contendendum non eſt, maniſque *λογομαχία* eſſe mihi videtur. Siue enim nomen proprium habere dixerimus, ſiue contra, conſtat ex donantis voluntate, neque vllam obligationem naſci, neque quod datum eſt, ex pœnitentia reuocari poſſe. d. l. Ariſto. Quod ſi abſque traditione fiat, ex Iuſtiniani conſtitutione idem erit dicendum, per quam effectum eſt, vt conuentio legitima, ideoque ad actionem producendam efficax ſit. d. l. ſi quis argentum. C. de donat. not. in l. legitima. ſupra eod. Sed cur iure veteri ſine ſtipulatione ad actionem non proderat, cum ſpecialem, & propriam habere appellationem videatur? Reſpondeo, Donationis verbo ſi vim ac proprietatem ſpectemus, liberalitatem, & munificentiam, non ſtipulationem, aut contractum, ſeu conuentionem aliquam ſignificari. Sed cum contrahendo, ſiue paciſcendo liberalitas exercetur, talis contractus, vel pactum, non per ſe, ſed *κατὰ συμβεβηκός* donatio dicitur. Cuius rei exemplum eſt in ſtipulatione, ex qua promiſſor obligatur, & ad dandum cogi poteſt. Si vero pactum conuentum ſit, quia vti liberalitate non videtur, qui ita promittit, vt nulla aduerſus eum competat actio, donationis vocabulum ei non conueniet.

An donatio ſit contractus.

An proprium nomen habeat donatio.

Quid donationis verbum proprie ſignificet.

Sed etſi in alium contractum res non tranſeat, ſubſit tamen cauſa, eleganter Ariſto Celſo reſpondit, eſſe obligationem: vt puta, Dedi tibi rem, vt mihi aliam des: Dedi vt aliquid facias, hoc. *συνάλλαγμα* eſſe: & hinc naſci ciuilem actionem.

His verbis docet Iureconſultus, quod ante dictum eſt, ex conuentione, quæ nomen non habet, actionem non naſci: id accipiendum eſſe cum ſimplex eſt, & nuda conuentio. Nam ſi præter conuentionem res quoq; data ſit, qui accepit, ad præſtandum quod promiſerat, iure ciuili tenetur. Itaque aduerſus eum datur ciuilis actio. Cum autem ipſa conuentio nomine careat, nec actio quidem ex ea competens vllo proprio nomine vocabitur, atque ideo non poterit actor ita experiri, vt certam ſe actionem inſtituere dicat, veluti ex empto, ex vendito, ex teſtamento, ex ſtipulatu: ſed verbis præſcriptis res geſta demonſtrabitur ab eo: ac perinde valebit petitio, ac ſi certum, & ſpeciale actionis nomen expreſſum eſſet. l. cum mota C. de tranſact. Hinc facile iudicari poteſt, cur actio ex huiuſmodi contractibus competens, *Præſcriptis verbis*, ac etiam *in factum*, vulgo dicatur. Cum enim actiones fere ſolennes, ac certæ eſſent, nec populus prout vellet, eas inſtitueret, leg. 2. de orig. iur. ac (vt Cicero ait in Orat. pro Roſc. Comœdo) expreſſæ eſſent ex vniuſcuiuſque damno, dolore, incommodo, iniuria, publice à Prætore formulæ, ad quas priuata lis accõmodaretur: neceſſe fuit de quib. negotiis certa agẽdi forma cõſcripta nõ eſſet (nõ. n. aliter fieri poterat, propter eorũ multitudinẽ. l. 4. inf. de præſcriptis verbis.) actionẽ verbis in factũ pſcriptis, & cõceptis, ac (vt Theo philus

philus loquitur) ſυνάλλαγμα inſtitui. §. 1. Inſtitut. de exceptio. l. 4. §. aduerſus. infra de doli except. l. non debet. infra de dolo malo. l. Titius. infra de præſcript. verbis. Eadem ratione incerta quoque actio, ſiue iudicium incertum appellari ſolet, quia videlicet nec certo deſignatur nomine, nec certa, ſolemnique formula concipitur, nec continetur. Et ita paulo poſt legendum opinor, non incerti, vt perperam repoſuit Haloander. l. rebus. C. de rer. permu. l. 3. de ſeruit. ſtipulat. l. legem. l. cum res. C. de donat. quanquam ea quoque lectio defendi poteſt. Ceterum vbi nulla actio iure ciuili prodita eſt, ne incerta quidem, vtilitas tamen ſuadet actionem dari: idque à mente legis non eſt alienum: quæ ſi omnia ſigillatim complecti potuiſſet, hunc caſum non omiſiſſet, tunc prætoris eſt ius ciuile ſubſequi. l. ſi plurium. infra de noxal. l. Seio. infra de teſtib. & actionem ex ſua iuriſdictione comparare. l. ſi quis ſtipulatus. infra ex quib. cauſis maio. quæ modo vtilis dicitur: quod non ex ſummo, directóque iure, ſed vtilitatis cauſa ex bono & æquo intendatur. d. l. quoties. l. quia actionum. infra de præſcript. verbis. modo in factum, à verbis in id, quod factum eſt, conceptis, vt de incerta ciuili iam diximus. leg. quæ religioſis. inf. de rei vend. l. cum res. C. ſi alien. res pign. dat. cum ſimi. Atque hinc ſatis perſpicuum eſt, cur extra ordinarium vocetur iudicium, vel extraordinaria actio, tametſi hoc vocabulum non ſimplicem habeat ſignificationem.

al. Mauriciano.

Et ideo puto recte Iulianum à Martiano reprehenſum in hoc: Dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas. manumiſiſti: euictus eſt Stichus. Iulianus in factum actionem à Prætore dandam: ille ait, ciuilem incertam actionem, id eſt, præſcriptis verbis ſufficere: eſſe enim contractū (quod Ariſtot. dicit) ſυνάλλαγμα, vnde hæc naſcatur actio.

In hac ſpecie Saluius Iulianus nullam iure ciuili actionem competere cenſuit, ſed in factum extraordinaria opus eſſe, quæ ex Prætoris iuriſdictione introducatur. Proinde merito notatus eſt à Martiano, cum actio ciuilis, licet incerta, ex hoc contractu naſcatur. Nam ex omni conuentione, cuius appellatio nulla iure ciuili prodita eſt, datur ciuilis actio, modo nuda non ſit, meráque conuentio: ſed aliquod præterea negotium habeat, id eſt, præter verba, & conſenſum, aliquid ab vno datum, vel factum ſit, ea lege; vt ab altero quicquam aliud detur, aut fiat. l. ſolent. infra de præſcript. verb. l. ſi dominus. eo tit. licet negotium aliquando latius accipiatur. l. ab emptione. infra eo. l. inter ſtipulantem. infra de verb. oblig. Et ſane minore cum incommodo à conuentione recedi conſtat; vbi res adhuc integra eſt, quam ſi iam aliquid datum ab alterutro, factúmve fuerit. Tametſi autem hoc ſimpliciter ab Vlpiano dictum ſit, de ſententia eiuſdem Iuliani à Paulo alibi relata, exceptio addenda eſt: Niſi dolus aliquis ab eo, vnde petitur, admiſſus arguatur, quo caſu de dolo quoque agi poterit. l. naturalis. §. ſi ſcyphos dom. ver. ſed ſi dedi. infra de præſcript. verb. At ceſſante dolo malo, inter Vlpia. & Paulum conuenit, actionem in factum, non Prætoriam, ſed ciuilem competere. Verba Pauli hæc ſunt: *Sed ſi dedi tibi ſeruum, vt ſeruum tuum manumitteres: & manumiſiſti; & is quem dedi, euictus eſt: ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus ſcribit: ſi ignorans, in factum ciuilem.* In quibus illud forte quiſpiam admirabitur, quod in referenda Iuliani opinione non conſentiant: ac Paulus actionem ciuilem dari Iuliano placuiſſe referat, Vlpianus contra. Sed leuis momenti eſt hoc diſſidium, cum de ſumma rei (vt diximus) inter ipſos probe conueniat. Et quidem facile ſuſpicor, Tribonianum cum à Paulo Iuliani ſententiam recitante, actionis in factum mentio tantum facta eſſet, ne ab hoc Vlpiani loco diſcrepare videretur, verbum *Ciuilem* adiecisse, id ſatis eſſe ratum ad ἀντινομίας vitandam, ſi in ſumma propoſitæ quæſtionis nulla reperiretur controuerſia. Etenim dubium non eſt, quin veterum Iureconſultorum reſponſis, tum addendo, tum detrahendo permulta ab eodem immutata ſint: cum & ipſe hoc ſe feciſſe profiteatur. leg. 2. C. de vet. iure enucl. & pleríque iuris ciuilis loci id manifeſtius oſtendant, quam vt quiſquam inficiari auſit. Ex quibus in mentem vnus venit, quem aliquãdo obſeruauimus: cum titulum De legatis primum interpretaremur. In eius ſiquidem tractatus initio vulgo hæc verba, *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis*, Vlpiano attribuuntur: quæ falſa perſuaſio magnarum inter iuriſprudentes altercationum cauſa fuit. Nam ea ex Iuſtiniani conſtitutione à Triboniano in eum locum relata eſſe non animaduerterunt. Ac ne ipſe quidem id mihi plane perſuaſi: donec in Baſilicana bibliotheca ciuitatis Biturigum Digeſtorum volumen manu ſcriptum offendi: in quo non Vlpiani, aut alterius cuiuſpiam Iureconſulti nomen ἐπιγραφὴν loco, ſed dictio IMPERATOR, maiuſculis literis exarata legebatur. Hæc ὡς ἐν παρέργῳ. Nunc ad inſtitutum reuertimur. Faceſſit nobis negotium, quod idem Paulus eodem in loco ſcribit: *Quod ſi faciam vt des, & poſteaquam feci, ceſſes dare: nulla erit ciuilis actio, ſed de dolo dabitur.* Ecce cum facio vt des, veluti, Manumitto Stichum, vt mihi des Pamphilum: nullam actionem ciuilem competere generaliter ait, cum tamen hic ſententia Myrtiani probetur, exiſtimantis, actionem præſcriptis verbis, quæ ciuilis eſt ei, qui manumiſit, aduerſus eum, qui ſeruum poſtea euictum tradidit, ideoque non dediſſe intelligitur, ſufficere. Sed nec Paulus ipſe ſatis ſibi conſtare videtur: quem ex verbis ſuperius à me recitatis euidenter appaiet in hoc caſu ab Vlpiano non diſſenſiſſe. Huius nodi diſſoluendi gratia, quæ Bart. ſcripta reliquit, quando ſatis, ſupérque ab aliis confutata ſunt, in medium adducere ſuperſedebo. Quæ vero Alciatus nouiſſime cenſuit, in rub. C. de pact. l. cum mota. C. de tranſactio. l. Labeo. infra de verbo. ſignifi. vltro reiectis, ac damnatis, quæ prius ipſe aſſeruerat lib. Parad. 5. cap. 1. ea in diſquiſitionem vocare viſum eſt. Non vtique æmulationis alicuius, aut contentionis cum doctiſſimo viro, & de literis ciuilibus eximie merito, (id enim inſaniæ proximum eſſet) ſed veritatis aſſerendæ ſtudio: quæ nulla re commodius quam ſobria, & modeſta diſputatione ex puteo illo educi poteſt, in quo Democritus eam demerſam eſſe aiebat. Sententia igitur Alciati eſt, quantum ex variis ipſius commentariis colligere potuimus. In iiſdemum conuentionibus actioné Præſcriptis verbis locum habere, in quibus præter verba contractus, mutuum quoddam factum vtriuſque contrahentium interuenit: quod ſυνάλλαγμα vocari affirmat. Veluti cum *Do ea lege, vt aliquid des, vel facias*: datio namque citra factum vtriuſque eſſe non poteſt. At cum *Facio vt des*: quia hoc factum à me abſque vllo facto tuo impletur, ſi non dederis, hac actione non agam, ſed de dolo. Et quia huic opinioni quædam obiici poſſe videt, diluere ea nititur, ſed ita vt hominis acumen facile agnoſcas: fucum non probes, exclaméſque identidem illud Horatianum:

Quo teneam vultus mutantem Protea nodo?

In primis enim aduerſatur ei quod ex Diocletiani reſcripto colligitur, leg. cum proponas. C. de dolo. *Cum trado ancillam, vt mihi aliam des: de dolo actionem aduerſus te decernendam, ſi non dederis*: quo tamen caſu ſυνάλλαγμα contractum videtur, cum traditio vtriuſque factum requirat. Item, *Si faciam, vt facias*, datur mi-

Modeſta ſobr. atque diſputatione veritas inquirenda.

Digitized by Google

bi Præſcriptis verbis actio. l. naturalis. §. ſed ſi facio. infra de præſcrip. verb. Quamuis *συνάλλαγμα* hic nullum inſit. Sed ille reſpondet, *Cum facio, vt facias*: ideo *συνάλλαγμα* eſſe, quod præter conuentionem, mandatum quoddam vtrinque interponi videatur. Quaſi vero aliud ſit hoc mandatum, quam contrahentium conſenſus: vt mittam, quod ſi vere mutuum mandatum eſſet, actio mandati vtrinque competeret, nedum præſcriptis verbis. Præterea cum *Trado vt des*: nihil videri eum cui traditur, facere ait: cum traditio merum factum ſit, & nihil iuris in ipſum transferat. Quod ſi verum eſt, cur in ſpecie ab Vlpiano hic commemorata detur actio Præſcriptis verbis, non video: cùm Stichus traditus, non etiam datus fuerit: niſi forte mentem contrahentium magis, quam rei veritatem (vt ille ait) inſpiciendam eſſe dicamus: quorum vterque Stichum recte datum eſſe credidit. Sed hæc quam leuia, Dij boni, ac nugatoria ſunt. Quid? ſi indicauero ſeruum fugitiuum, vt mihi pecuniam des? te ceſſante, an non datur mihi præſcriptis verbis actio? vt ad Sabinum Vlpianus ſcribit, dict. l. ſolent. in ea tamen ſpecie quodnam *συνάλλαγμα*, quæſo potius quam cum alicui traditur res, contrahitur? Nullum ſane, ſi, quemadmodum intellexit Alciatus, id verbum accipiamus, verum longe aliam habere ſignificationem, quam ipſe comminiſcatur, planum facturi ſumus id, quod ad premendum huius cauſæ iugulum apud æquos iudices vel vnum ſatis eſſe poterit. Nec vero auctoritate & graui teſtimonio carebit noſtra explicatio, quod in Alciato deſideramus. Primam enim Labeonem laudamus auctorem. l. Labeo. infra de verbo. ſignifi. qui apud Vlpianum *συνάλλαγμα*, ſiue contractum (nam hæc verba eodem ſenſu accipiuntur) eſſe definit, *Vltro citroque obligationem, veluti emptionem*, inquit, *venditionem, conductionem, ſocietatem*, in quibus omnibus contractibus nihil vtrinque geri præter conſenſum mutuum nemo dubitat: vt mirum ſit, cum locum, ab his præſertim, qui ex profeſſo illum interpretati ſunt, diligentius perpenſum non fuiſſe. Eſt & altera paulo latior ſignificatio iuris noſtri auctoribus, veuſtioribúſque interpretibus vſitata. cum videlicet ita aliquid conuenit, vt vel ex altera tantum parte naſcatur obligatio, vt in ſtipulatione. leg. non ſolum. infra de action. & obligat. §. vlti. Inſtitut. de obligat. Hinc Theophilus, *συνάλλαγμα*, inquit, ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ συνοδος, τε καὶ συναίνεσις, ὥστε τοῦ συνεστῶτος ἐνοχλεῖν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον. Apud Ariſtotelem vero lib. 5. Moral. latiſſima eſt huius verbi ſignificatio, vtpote quæ furtum, cædem, aliaque id genus maleficia complectatur: τῶν συναλλαγμάτων, inquit, τὰ μὲν ἑκούσιά ἐστι, τὰ δὲ ἀκούσια. ἑκούσια μὲν γὰρ τὰ τοιάδε, οἷον πρᾶσις, ὠνή, δανεισμός, ἐγγύη, χρῆσις, παρακαταθήκη, μίσθωσις. ἑκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἑκούσιος γίνεται. τῶν δ' ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπή, μοιχεία, φαρμακεία, προαγωγεία, δουλαπατία, δολοφονία, ψευδομαρτυρία. τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία, δεσμός, θάνατος, ἁρπαγή, πήρωσις, κακηγορία, προπηλακισμός. Cuius appellationis rationem vtcunque probabilem adfert Epheſius Græcus auctor in eiuſdem loci enarratione, ad quem lectores, (ſi qui ſunt harum rerum cognoſcendarum curioſi.) remitto. Non me latet Heſychium *συνάλλαγμα*, interpretari κοινὸν συμβόλαιον vel γάμον forte potius: locum enim corruptum eſſe arbitror. Sed hoc ſi quid ad rem pertinet, noſtram magis, quam contrariam ſententiam iuuat. Itaque cum *Facio vt des*, non minus dicitur contrahi *συνάλλαγμα*, quam cum *Do vt des*, vel *Do vt facias*, vel, *Facio vt facias*. Hinc generaliter colligo, ex omni conuentione, cuius propria appellatio iure ciuili prodita non eſt, ſi cauſa ſubſit, id eſt datio, vel factum, quod alibi negotium ab Vlpian. appellari crediderim, actionem præſcriptis verbis competere. Neque vlla diſtinctio adhibenda eſt, an certa lege det quis, an faciat. cum ſit in omnibus huiuſmodi conuentionibus eadem ratio. Verum nihilominus actionem de dolo, ſi forte dolus interueniſſe proponatur, intendi poſſe exiſtimo, vt ſit electio actoris, vtra actione experiri maluerit. dict. leg. ſolent. Cum enim verba Prætoris, l. 1. infra de dolo. ſi alia actio non erit, de actione tum ciuili, tum honoraria, Vlpiano auctore intelligantur: conſequens eſt, verbum actionis, pro ea tantum, quæ nominatim propoſita eſt, & in certam formulam concluſa, accipi. Nam ſi actionem in factum tam ciuilem, quam honorariam complecteretur, quando locus actioni de dolo eſſe poſſet? Nec diſſimilis eſt (niſi fallor) Pauli verborum ſenſus, cum ait: *Si faciam vt des, nullam fore ciuilem actionem*. Nam licet actio fere ciuilis dicatur, quod oriatur ex iure ciuili, eaque ſignificatio actioni præſcriptis verbis conueniat, tamen ibi accipitur anguſtius, vt & alias ſæpenumero pro ea, quæ certum nomen, certamque formulam iure ciuili proditam habet. le. 2. & l. interdictum. infra de prec. l. is cui. infra de actio. & obligat. l. qui ſeruandarum. & leg. permiſiſti. infra de præſcript. verb. Quod autem liberum ſit in quibus caſibus actio vel exceptio doli prodita eſt, eam omittere, & actione, vel exceptione, in factum concepta experiri, præterquã quod auctoritate legum nõ paucarum id probatur. l. rei, quam. infra de dolo. l. cum reus. de fideiuſſ. cũ aliis ſupra citatis. magna profecto ratio, & æquitas id fieri ſuadet. Finge actorẽ ea probitate & moderatione animi eſſe, vt actione in dolum cõcepta vti nolit, ne fama lædatur aduerſarij, & actionem verbis in factũ temperari cupiat: vt non doli, ſed bonæ fidei potius fiat mentio, quis tam aduerſus à vero eſt, vt eum aut rem ſuam amittere, aut famoſo experiri iudicio cogat? ac non potius ſingularem humanitatem eius amplectatur, ſponte ſua homini forte alieno præſtantis? quod vt liberi tribuunt parentibus, lege eos adigi neceſſe fuit? l. non debet. infr. de dolo. Nam & Cicero in oratione pro Quintio Neuium quendam in odium Iudicũ adducere nititur, quod honeſtiore iudicio conflictari cũ poſſet, caput nihilominus Quintij, & exiſtimationẽ oppugnaret: quaſi id turpe, & inhoneſtum, licet iure conceſſum fuerit. Idem in oratione pro Cæci. huius dedecoris & turpitudinis crimen à ſe amolitur his verbis: At ſi quis mihi hoc Iudex, recuperator ve dicat: Potuiſti enim leniore actione confligere, potuiſti ad tuum ius faciliore, & commodiore iudicio peruenire: quare aut muta actionem, aut noli mihi inſtare vt iudicem: tamen is aut timidior videatur, quàm fortem, aut cupidior, quam ſapientem iudicem eſſe æquum eſt, ſi aut mihi præſcribat, quemadmodum meum ius perſequar, aut ipſe id, quod ad ſe delatum ſit, non audeat iudicare. Etenim ſi prætor is qui iudicia dat, nunquam petitori præſtituit, qua actione illum vti velit: videte quam iniquum ſit, conſtituta iam re, iudicem quid agi potuerit, aut quid poſſit, non quid actum ſit quærere? Veruntamen nimiæ veſtræ benignitati pareremus, ſi alia ratione ius noſtrum recuperare poſſemus. Nunc vero quis eſt, qui aut vim armatis hominibus factam relinqui putet oportere, aut eius rei leniorẽ actionẽ nobis aliquã demõſtrare poſſit? ex quo genere peccati, quẽadmodũ illi clamitãt, vel iniuriarũ, vel capitis iudicia cõſtituta ſunt, in eo poteſtis atrocitatẽ noſtrã reprehẽdere: cũ videatis nihil aliud actũ, niſi poſſeſſionẽ per interdictũ eſſe repetitam? Actio autem, cuius ita temperata formula eſt, vt non in dolũ cõcepta ſit, meo iudicio perpetua eſt, nõ tẽporaria: ideoque actori ita agere nonnunquã expedit. l. huius actionis, inf. quod falſ. tut. Quod & nos haud ita pridem ex facto conſulti reſpondere non dubitauimus. At enim fortaſſis admirabitur quiſpiam quod dixerimus, *Si faciam vt des*, non tantum actione Præſcriptis verbis,

Act. vir probitatis & animi moderatio aduerſarij famæ quandoque parcit.

verbis, ſed etiam de dolo agi poſſe, ſi dolus admiſſus ſit, cum Paulus ſine vlla diſtinctione ſimpliciter actionem de dolo competere dicat, tametſi in præcedenti caſu diſtinctione vſus ſit. Vnde videri poteſt inter eas contractuum ſpecies diſcrimen aliquod conſtituere voluiſſe. Verum ego etſi integrum Pauli contextum non eſſe, ſed ex eo pleraque ſuſtuliſſe Tribonianum compendij & breuitatis affectatione, coniiciam: tamen hæc obiectio parum mouere nos debet, cum Iureconſ. maiorem in eo caſu doli ſuſpicionem, quam in ceteris eſſe fortitan crediderit. At ſi contextum ipſum accurate expendamus, cum aliis quibuſdam locis eiuſdem tractatus, comperiemus Iureconſultos ipſos modo præſcriptis verbis, modo actionem de dolo, ſimpliciter dandam, reſpondere: quod vel ſubeſſe doli ſuſpicio, vel ceſſare videatur. Interdum etiam eos diſtinctionem adiicere, an dolus admiſſus ſit, nec ne: quæ quoties ab eis prætermittitur, interpretatione ſupplenda eſt: vt cum dicitur actionem præſcriptis verbis dandam: accipe, niſi dolus interuenerit, quo caſu etiam de dolo agi poterit. Et ſimiliter vbi tantum reſpondetur de dolo agi, ſubaudiendum eſt, niſi forte dolo careat aduerſarius, tunc enim præſcriptis verbis in factum agendum eſt.

Actionem à prætore dandam. Ex hoc loco annotarunt Bar. & alij non pauci, quaſdam actiones eſſe natiuas, quæ ex contractu aliáve cauſa idonea naſcantur: alias eſſe datiuas, quæ cum naſci non poſſint, deficiente ſcilicet ea cauſa, à Prætore tamen dentur. Ex quo apparet, eos veterem iudiciorum dandorum morem non ſat percepiſſe: quem ne hoc quidem feliciſſimo tempore (quo literarum ſtudia ſic florent, vt nullo vnquam magis) legum profeſſoribus vulgo cognitum eſſe video. Non abs re igitur erit, pauca quædam, quæ nos ex veterum lectione didicimus, hic ſubiungere: & quæ alibi primoribus (vt aiunt) digitis, & leuiter tantum attigimus, ea paulo fuſius, atque enucleatius aperire. Prætoris igitur, ac Præſidis, ante conſtitutionem Diocletiani, officium erat, non iudicare, ſed iudicium dare: quod vel ex edictis ab eo propoſitis apparet, quibus iudicium ſe aut actionem daturum, non autem iudicaturum pollicetur. Huc accedat, quod Vlpianus de officio ius dicentis, id eſt, Prætoris, aut ſimilis Magiſtratus diſſerens, quod ipſe ait latiſſimum eſſe, non iudicandi, ſed iudices tantum litigantibus dandi, poteſtatem ei attribuit. leg prim. ſupra de iuriſdictio. Qua ratione, Prætoris officium ab officio iudicis, & ſtipulatio Prætoria à iudiciali diſtinguitur. leg. 5. infra de verbo. obligatio. & Inſtitut. de diuiſ. ſtipulatio. Hinc Cicero ad Q. Fratrem: Quid? Prætor ſolet iudicare deberi? Aliquando tamen ipſe cognoſcebat Prætor, aut Præſes, certarum cauſarum, aut perſonarum fauore, quæ cognitio ideo extraordinaria dicebatur, quod hunc ſolennem iudiciorum ordinem non ſeruaret. leg. prim. infra de rei vind. l. minor infra de euict. toto tit. infra de extraord. cogni. Extraordinaria tamen actio accipitur non pro illa Prætoria cognitione cuius auxilium ipſo iure alicui competere poteſt, nedum Prætorio: ſed pro actione vtili, & in factum compoſita, quę ciuili deficiente extra ordinem, & ex Prætoris iuriſdictione datur. leg. quę religioſis, infra de rei vindic. leg. cum filiuſfamilias. infra ſi cert. pet. leg. creditor. infra de act. empt. cum ſimi. Iam de iudiciis dandis videamus. Dubium non eſt, quin iudicium dare aliud ſit, quam iudicare: cum Cicero act. 3. in Verrem dicat, omnes omnium pecunias poſitas eſſe in eorum poteſtate, qui iudicia dant, & eorum qui iudicant, &c. Iudicium enim dare, Prætor dicebatur: cum expoſito à litigatoribus negotio formam totius litis, & controuerſiæ ita componebat, vt iudici à ſe dato præſcriberetur, qua de re ipſi iudicandum eſſet, vt ſcribunt Theop. in In. tit. de interd. Victorinus in lib. 2. Cice. de inuent. Id autem non vno modo fiebat. Nam aliquando purũ dabatur iudicium, aliquando ſub exceptione. Purum hoc modo: *Si paret Titium Sempronio ex cauſa mutui centum dare oportere, &c.* Quo exemplo vtitur crebro Iuſtinianus, §. is quinque. Inſtitu. quibus modis re contra. oblig. §. ſic itaque. de acti. §. præterea. Inſtitut. de except. Ac ſimiles apud Ciceronem formulæ paſſim in orationibus leguntur. Vt in 1. de diuinatione, *Si paret eam, ſe & ſua veneris eſſe dixiſſe.* Et lib. 4. *Si paret fundum Capenatem P. Seruilij eſſe.* Et lib. 5. *Si paret iugera fundi eſſe plura, quàm colonus ſit profeſſus.* Et eodem lib. *Si paret aduerſus edictum feciſſe, &c.* In quibus omnibus locis *Paret*, ac *Pareret*, legendum eſſe contendo, tum fide vetuſtorum exemplarium adductus, tum Sexti Pompeij auctoritate, qui verbum *Paret* id eſt) vt ipſe interpretatur) apparebit, in formulis vſitatum fuiſſe oſtendit. Sub exceptione vero iudicium concipiebatur, cum reus non inficiabatur, quod actor intendebat: ſed aliquid opponebat tamen, propter quod videbatur condemnari non debere: tametſi vera eſſet actoris intentio. Vt ſi pecunia certa ex teſtamento petebatur, quam hæres legatam quidem eſſe non negaret, ſed aſſereret pacto conuento, ne à ſe peteretur conueniſſe, in hunc fere modum conſtituebatur iudicium, *Si paret centum teſtamento legata eſſe Titio, ſi is pactus non ſit, ne eam pecuniam ab hærede petat, Caſſius iudex eſto.* Hinc fit vt exceptionem formulæ apud Iureconſultos fere per dictionem SI, aut ſimilem conceptæ reperiantur: Veluti, *Si in ea re de qua agitur, præiudicium hæreditati non fiat.* l. 1. inf. famil. Ercíſ. *Si non voluntate creditoris fundus venit.* l. licet, §. quod ſi infra quib. mod. pig. *Si nõ mihi ante pignoris nomine ſit res obligata.* l. creditor. infra qui pot. in pig. hab. *Extra quã ſi quid ita factum ſit, vti de lege fieri licuit.* l. 1. §. Labeo. inſ. de flumin. *Quod eius ripa muniendæ cauſa nõ fiat.* l. 1. §. ſunt qui. inſ. ne quid in flumin. pub. *Si nõ vi, non clam, nõ precario feceris.* l. ſi vitem. infra quod vi aut clam. *Si nõ in ea cauſa ſint tabulæ teſtamẽti, vt contra eas bonorum poſſeſſio dari poſſit,* l. 2. l. qui in hærede. infra de except. rei iudic. *Si res ea iudicata non ſit inter me, & eum, cui vendidiſti.* l. ſi à te. eodem titu. *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum eſt.* l. 2. infra de doli except. *Si in ea re nihil metus cauſa factum eſt.* l. 4. §. vltim. eodem tit. Et ſexcenta huiuſmodi, quæ inter legendum à quouis ſtudioſo facile obſeruari poſſunt. Huc pertinet, quod Paulus exceptionem definit. *Conditionem, quæ modo reum eximit damnatione, modo minuit damnationem.* l. exceptio infra de excep. Porro huiuſmodi exceptiones, ſeu conditiones, tum interponi ſolitæ videntur, cum ipſo quidem iure actio competeret: ſed propter aliquam circunſtantiam iniqua videretur, cuius rationem iudex datus ob præſcriptum formulæ habere non poſſet, niſi id nominatim excepiſſet, vel ex bona fide addidiſſet Prætor: alioqui poterat quidem addi, ſed neceſſaria non erat. leg. 1. §. Labeo. infra de flum. facit lex qui ſeruum. infra de actio. & oblig. De harum autem formularum conceptione in iure, id eſt, apud Prætorem, magna pleruoque inter litigantes erat contentio: adeo quod huiuſmodi quæſtiones in iudicium raro incidebant, vt teſtatur Cicero lib. 2. de inuent. & in Partitio. orat. & aliis in locis. Nam ante iudicium acceptum nullæ ſunt partes Iudicis, ſed Prætoris tantum. l. filiusfamilias. §. vlt. l. procurator qui pro euictione. l. ſi reus. l. Titius. inf. de procur. Ceterum conſtituto iudicio addebatur iudex ex numero ſelectorum à Prætore, vt videre eſt apud Gellium lib. 14. cap. 2. qui formulam ſecutus ab eo conceptam cognoſceret, ac iudicaret, iſque arbiter, recuperator, χαμαιδικαστὴς, iudex pedaneus, iudex datus, iudex delegatus, iudex priuatus iudex ſpecialis. & ſimpliciter etiam iudex dice-

batur. l. fundus. ff. famil. erciſ. Theoph. titul. de interdict. & titul. quibus ex cauſis manumit. Nouel. conſtit. 60. l. 3. ſupra ne quis eum qui in ius voc. leg. 1. infra de poſtulan. l. vlt. ſupra de officiu Prætor. l. prætor. infra de tut & cur. l. iudex. & l. cum quem. ff. de iudic. leg. à iudi-cc. C. eodem titul. leg. ſed etſi in ſeruum. §. ſi quis iudex. infra de recep. arbit. Theophilus in Græcis Inſtitutionibus ſcribit, cum Romani bellis eſſent fere occupati, nec ſemper iudiciis vacare poſſent, certo tempore anni conuentum celebrare cōſueuiſſe, in quo huiuſmodi iudices, ſeu recuperatores litium dirimendarum gratia cōſtituerentur. Cuius rei quoque Cæcilius lib. 10. Epiſtol. Iuuenalis Satyr. vltim. Trāquillus in Cæſare, & Seruius Honoratus in 2. Æneid. meminerunt. Huius conuentus meminit etiam Iſidorus apud Gratianum 15. diſt. Porro hi iudices priuati erāt, nullamq; iuriſdictionem, ne mādatam quidem habebant, ſed notionem tantum, quæ à iuriſdictione multum differt. Id quod à Budæo noſtro minime animaduerſum eſſe miror. l. ait Prætor. leg. quidam conſulebant. de re iud. vide Budæum in l. vltim. §. iudicādi. de numer. & hon. Præterea his iudicibus à præſcripta ſibi formula recedere non licebat, quamuis id æquum eſſe iudicarent: vt Cicero cum lib 2. de Finibus bonorum & malor. tum in oratione pro Cæcin. & act. 4. in Verr. auctor eſt. Quod & Annei Senecæ teſtimonio confirmatur, qui libro 3. de beneficiis: Melior videtur (inquit) conditio cauſæ bonæ, ſi ad iudicem, quam ad arbitrum mittitur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: huius libera, & nullis adſtricta vinculis religio &c. Sed hęc hactenus de iudiciis, ac iudicibus à Prætore dandis, ex quibus liquet nullam actionem eſſe, quæ dari à Prætore non recte dicatur, ideóque falli eos, qui quaſdam actiones naſci, alias vero à Prætore dari putant. Nam & promiſcue his verbis Iureconſulti de quibuſcunque actionibus loquentes vti ſolent. Dixerit quiſpiam: Si hæc vera ſunt, non videtur Iulianus à Martiano recte notatus eſſe, cum diceret, Actionem in factum à Prætore dandam: quoniam ea verba de actione quoque ciuili, quam ait Martianus competere, intelligi poſſunt. Cui reſpondeo, hæc verba. A Prętore actionem dari, anguſtius, interdū accipi pro re ſubiecta, quam à nobis dictum ſit, vt ſignificent actionem nouam, & quæ ipſo iure prodita non ſit, à Prætore ex iuriſdictione ſua introduci, vt ſit Prętoria, non ciuilis actio. Quo ſenſu non hoc tantum in loco, ſed alibi etiam frequenter accipiuntur. Vnum ex multis locum profero, ita apertum, vt eo lecto neminem mihi non aſſenſurum eſſe exiſtimem: is eſt ſub titul. de perpet. & tempor. actio. lib. Inſt. 4. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipſo iure competunt, aut à Prætore dantur, & in heredem æque competunt, aut dari ſolent.*

Iudicis & arbitri differentia.

aliud, ſi ob maleficium ne fiat.

† Si vt maleficium fiat, promiſſum ſit, nulla eſt obligatio ex hac conuentione.

Hoc adiectum eſt, vt oſtendatur, non omne negotium, quodcunque interuenerit, ſufficere vt ex ea conuentione actio detur, quæ proprio caret nomine: ſed id duntaxat, quod iuri aut bonis moribus non fuerit contrarium.

Sed cum nulla ſubeſt cauſa, præter conuentionem: hic conſtat, non poſſe conſtitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, ſed parit exceptionem.

Docere volens Vlpianus, quibus ex conuentionibus actio competat, hac diuiſione vtitur: Si conuentio nomen proprium habeat, parit actionem: ſi non habeat, & cauſa ſubſit, id eſt, præter mutuum conſenſum aliquid non turpiter, neque inhoneſte datum ab alterutro, vel factum ſit, vt quicquam aliud detur, vel fiat, idem erit dicendum. Si vero nulla ſubſit cauſa, præter conuentionem, id eſt, ſola conuentio ſit, præterea nihil, quam quam hic nudam vocat, nulla naſcetur efficax obligatio. Dicitur etiam nuda conuentio, vt alibi nudus conſenſus, nuda proprietas, nudum præceptum, nuda ratio, nuda voluntas, nuda res, nudus vſus, nuda cogitatio. leg. 1. infra de rerum perm. leg. 2. ff. quibus modis vſuſfruct. dicta leg. filiusfamilias. §. diui. infra de leg. primo. leg. nuda. infra de don. leg. 3. infra de adimen. lega. l. 1. §. hanc actionem. infra depo. leg 1. infra de vſu & hab. leg. præſenti. Codic. de his. qui ad eccleſiam confu. quæ neque in proprium vllum nomen tranſit, neque ei accedit aliqua cauſa: vt ſi quis interrogetur, quid ſit, nihil plane aliud poſſit reſpondere, quam conuentionem, aut pactionem eſſe. Hinc pactum conuentum ita partiri poſſumus, vt quoddam nudum & ſimplex ſit: alterum vero, cui cauſa aliqua extrinſecus accedat. Nec diuiſionem hanc adiecimus, quod admodum neceſſaria nobis videretur, (nulla enim fere res eſt, de qua in iure ciuili diſputetur, cui talis diuiſio non conueniat, nempe vt nuda, ſit aut non nuda) ſed quod à conſuetudine in ſcholis recepta non omnino recedere vellemus. Pactum enim vulgo diuidunt in Nudum. & quod ineptiſſime confictо à barbaris hominibus vocabulo, Veſtitum appellari ſolet. Quam diuiſionem cum nuper quidam in eo ludo edoctus in quo magna cum pompa & oſtentatione etiā num iſta docentur, pertinaciſſime tueretur, nihilque eſſe diceret quod in diuidendo aptius opponatur. Nudo quam Veſtitum: per iocum interrogaui hominem, cur non ſimiliter cogitationem partiretur in nudam, & veſtitam: cum lex cogitationis nudæ mentionem faciens aliam eſſe innuat, quæ non ſit nuda. Qui quanquam loquaciſſimus erat, & ei vitio affinis, quod Græci ἀπεραντολογίαν vocant, obmutuit tamen leui argumento victus fractúſque, qui prius tamen grauioribus à me rationibus à ſententia ſua diuelli non poterat. Tota autem hæc diuiſio Vlpiani de iuriſgentium conuentionibus intelligenda eſt. Ex legitimis enim actionem naſci conſtat. leg legitima. ſupra eo. Proinde ſi appareat cauſa donationis quicquam promiſſum eſſe, ex lege Iuſtiniani, quæ conuentionem eam confirmat, actio dabitur, vt ſicut venditio, ita etiam donatio nudo conſenſu contrahi intelligatur. leg. ſi quis argentum. Codic. de dona. Sunt qui putent, legem municipalem, quæ in cauſis mercatorum æquitatem obſeruari iubet, ſic intelligendam eſſe, vt iam ex nuda pactione inter eos detur actio. Quibus non aſſentior, cum æquum & bonum id non ſit. vt ſupra à nobis diſputatum eſt. Ad hæc varias exceptiones huius regulæ ex aliis iuris noſtri argumentis corrogatas in hunc locum congeſſerunt interpretes, quas conſulto prætermittimus, ſuo quæque loco commodius executuri.

Quinimo interdū format ipſam actionē, vt in bonæ fidei iudiciis. Solemus enim dicere, Pacta conuenta ineſſe bonæ fidei iudiciis. Sed hoc ſic accipiendum eſt, vt ſi quidem ex continenti pacta ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint: ſi ex interuallo, non inerunt, nec valebunt, ſi agatur, ne ex pacto actio naſcatur. Vtputa poſt diuortiū cōuenit, ne tēpore ſtato dilationis, dos reddatur: ſed ſtatim hoc nō valebit, ne ex pacto actio naſcatur. Idem Marcellus ſcribit: Etiam ſi in tutelæ actione cōueniat vt maiores, quā ſtatutæ ſunt vſuræ præſtētur, locum non habebit, ne pacto actio naſcatur. Ea enim pacta inſunt, quæ legē contractui dant, id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt. Item reſpō

ſunt

ſum ſcio à Papiniano, ſi poſt emptionem ex interuallo aliquid extra naturam contractus conueniat, ob hanc cauſam agi ex empto nó poſſe, propter cádẽ regulã, ne pacto actio naſcatur. Quod & in omnib. bonæ fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locũ habebit pactum: quia ſolẽt & ea pacta, quæ poſtea interponuntur, parere exceptiones.

Quia generaliter dixerat, nudam pactionem non parere obligationem [illegible], continuo ſubiicit, imo vero interdum format, id eſt, parit, producit, creat actionem. leg. in bonæ fidei, Codic. eod. nempe in bonæ fidei iudiciis, de quibus quia paucos ante annos ſatis fuſe diſſeruimus, edito nominatim de his iudiciis, arbitrariiſque commentario, illinc aſſumi potuerunt, quæ ad hunc locum pertinere videbuntur. Vnum hic breuiter annotandum eſt, in his iudiciis à Prætore conſtituendis, vſitatam fuiſſe hanc formulam, *Ex fide bona*. qua Iudici latiſſima dabatur poteſtas, neglectis ſtipulationum anguſtiis, quicquid bonum & æquum ſibi videretur iudicandi. Vnde non immerito pacti, dolique exceptiones huiuſmodi iudiciis ineſſe dicuntur. l. huiuſmodi, §. qui ſeruum. infra de lega. 1. l. ſed etſi ideo. infra. ſolu. mat. l. 3. infra de reſcin. vendi. Nam in ceteris, quæ ſtricta anguſtaque ſunt, cum à Prætore cõſtituuntur, tum excipi debet iniquitas actionis, vt ſcribit Cicero in Partit. Orator. & ſub exceptione iudiciũ dari, niſi pactum conuentum, exempli gratia de ea re non petenda, factum fuerit: aut niſi dolus malus interuenerit, vel quid aliud ſimile, quo non excepto, iudicium iniquum redderetur. At in his, quæ bonæ fidei ſunt, formula iam dicta has omnes exceptiones complectitur. leg. plane. l. vltim. infr. de petit. hæred. Huic proximum eſt, quod hic dicitur, Pacta conuenta ineſſe bonæ fidei iudiciis, quod ex parte rei perpetuum, atque indubitatum eſt: ex parte vero actoris ita demum procedit, ſi ſtatim & ex continenti ſecuta ſint. Nam ſi ſtatim, quia pactum pars contractus eſſe intelligitur, cuius contemplatione vilius forte res diſtracta eſt, tunc bonum & æquum eſt, actionem ad id quoque competere. leg. fundi partem. infra de contrah. empt. Alioqui quod pactione comprehenſum eſt, peti non poterit quia ceſſante hac cauſa, vtile nõ eſt, ex pacto actionem naſci, vt ſupra docuimus, idque tribus exemplis Vlpianus hic demõſtrat. Sed quid de ſtrictis iudiciis dicendũ? Et plerique crediderunt, his Vlpian. verbis adducti, in bonæ fidei tantum iudiciis id locum obtinere. Quæ ſententia, Pauli confirmatur auctoritate lib. 1. Quæſtionum, dicentis, Pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe. leg. lecta. infr. ſi cer. pet. ab aliis quibuſdam impugnata eſt, vt merito ius anceps, controuerſumque videri poſſit. Ego in hac quæſtione perpendo, quod ipſe Paulus ſcribit in auditorio Æmilij Papiniani, cum forte quædam cautio lecta eſſet, qua pactum ſtipulationi ſubiectum continebatur: de eius pacti poteſtate inter iuriſprudentes, ortam fuiſſe controuerſiam: cumque id pactum ſtipulationi ineſſe aſſereret, quendam ex his, qui tum Papiniano aſſidebant, contradixiſſe, quem Vlpianum fuiſſe credibile eſt. Nam ſimul ambos Papiniano aſſeſſores extitiſſe conſtat. Vtcunque ſit, Vlpianus hic de bonæ fidei tantum iudiciis ſuam profert opinionem, de ceteris autem apperte nihil definit, ideoque Paulo minime aduerſatur. Qua propter dicendum eſt ex eiuſdem Pauli ſententia, quod ad hanc rem attinet, inter ſtricta ac bonæ fidei iudicia nihil intereſſe, ſed generaliter pacta quæcunque ſtipulationi ſtatim ſubiecta, eidem ineſſe videri. Quod & ex his quæ ſupra à nobis dicta ſunt, confirmari poteſt. leg. item quia. §. vltim. ſupra eod. Iam vero cum conſtet, actionem ex eo, quod in continenti ſecutum eſt, pacto naſci, opus eſt, vt quænam ea ſit videamus, idque eo libentius attingimus, quod cum interpretes in varias diſtrahantur ſententias, vix tamen vllum eſſe putem, qui rem ſeu (quod aiunt) plane tetigerit, vt quod de mulieribus Plautus, idem quoque de eorum opinionibus vere dici poſſit *Optima nulla poteſt eligi, Alia alia peior, frater, eſt.* Nec ſane obſcurum eſt, quænam iſtius erroris cauſa fuerit, ſi quis paulum modo conſideret, quæ ab ipſis de actione Præſcriptis verbis, eiuſque natura & poteſtate dicuntur. *Facete dictum de variis & ſemper plurimorum interpretis opinionibus.* Extraordinariam enim actionem eam arbitrantibus mirum videtur quod veteres iuris auctores, ex huiuſmodi pactis, modo actionem ex cõtractu, modo Præſcriptis verbis interdum hanc, vel illam ſub alternatione dandam eſſe reſpondeant. Hinc fit, vt cum ſeſe extricare conentur diſtinctionum mæandris, rem omnem inuoluant magis, quam explicent. Eſt autem actio præſcriptis verbis ciuilis, & mero iure prodita, non ſubſidiaria, ſiue extraordinaria: competitque ei, quoties conuenit inter omnes, contractum talem eſſe, ex quo iure ciuili detur aliqua actio, ſed quæ nullum, aut incertum nomen habeat. Nam olim ita ius conſtitutum fuit, vt qua quiſque actione agere vellet, eius nomen exprimeret, qui titulus actionis ſæpe dicitur. Quod ſi factum non eſſet, aut vitioſe factum, non teneret intentio. leg. 1. infra ſi menſor fal. mod. dixer. in leg. 1. ff. de eden. leg. vltim. Codic. de interdict. leg. tutor. infra de fideiuſſ. l. 3. C. ad Macedo. Theop. §. 1. & vlt. inſtit. de Interdict. leg ſi pecuniam. infra de pign. act. cum aliis ſimil. Nec citra rationem hæc formula agendi comparata eſt, quæ litigaturis maturandi occaſionem præberet, cogitandique quam infelix eſſe poſſit litis (præſertim ſi temere ſuſcepta ſit, euentus: quod prudentiſſime Heſiodus monet his verſibus: *Omnia litis dubiis, at temere ſuſcepta infeliciſſimum euentum.*

Μηδέ σ' Ἔρις κακόχαρτος ἀπ' ἔργου θυμὸν ἐρύκοι
Νείκε' ὀπιπεύοντ' ἀγορῆς ἐπακουὸν ἐόντα.

Solent enim plerique aut nulla, aut perquam leui de cauſa ad litigandum præcipites ferri: cæco quodam feruore incitati, qui deferueſcit tandem, ac ſubſidit cunctatione. Quod tum maxime contingit, cùm cunctationi ipſi cogitatio plenior, deliberatióque accedit, in qua verſari cogitur is, qui de nomine ac genere inſtituendæ actionis ſollicitus eſt. Adde quod praua conſilia impetu, bona (vt Tacitus ait) mora valeſcunt. Porro id ius ſine incommodo vſquequaque obſeruari non poſſe tandem animaduerſum eſt. Erant enim permulti contractus proprio nomine vacantes, ex quibus actio iure ciuili prodita inſtitui non poterat: quod abſurdum videbatur. Itaque permiſſum eſt hoc caſu ita agere, vt etſi nullum actionis nomen exprimatur, præſcriptis verbis quod factum eſt, demonſtrari ſufficiat. leg. 3. inf. de præſcrip. verb. Deinde aliud quoque incommodum emerſit, quod plerumque fiebat, vt de nomine contractus ambigeretur, aliis venditionem, aliis locationem eſſe, aliis nullum nomẽ habere dictitantibus, eſſetque is cauſæ ſtatus, quem Rhetores finitiuum dicunt. Itaque viſum eſt operæpretium, hanc nominis exprimendi neceſſitatem litigatoribus omnino remittere: vt quiſquis de nomine dubitauerit, eidem quoque præſcriptis in factum verbis agere liceat. leg. 1. infra de æſtim. act. etiam ſi forte nomen, & titulum habeat actio, nec iuſta ſit cauſa dubitationis, vt contra receptam vulgo opinionem arbitramur. Hinc Vlpianus eam actionem cõpetere ait, non modo cum nullum actionis nomẽ proditũ eſt, ſed quoties illud inuenire non poſſumus. leg. 1. infra de præſcript. verb. facit lex qui ſeruandarum. §. vltim. eod. titul. Et paſſim Iureconſulti quoties ambigunt, an ex locato aut védito, aliáve actio competat,

& verentur ne certam actionem inſtituendo in captionem incidat litigator: reſpondent melius, tutius, vtilius, commodius eſſe, vt præſcriptis verbis agatur, quaſi extra omnem aleam is ſit qui ita agit, quicunque contractus initus, aut qualecunque negotium geſtum ſit. leg. naturalis. §. pen. leg. ſi gratuitam. leg. ſi apud. leg. rogaſti. leg. Titius. infra de præſcrip. verb. Et hac ratione adducti contendimus, nulla actione, cui proprium nomen inditum ſit, hanc agendi formam excludi, vt pleriſque iuris noſtri locis apertiſſime probatur, quæ aliter citra cauillationem intelligi non poſſunt. leg. 1 à beo. infra de contrah. emp. leg. ſi conuenerit. infra commu. diuid. leg. ſi cõuenit. infra de reſcin. vend. His vero quæ à nobis tradita ſunt, recte perceptis, adeo nihil negotij eſt aduerſariorum obiecta diluere, vt ſpeciali refutatione nobis vix digna eſſe videantur. Hæc enim fere enthymemata ſunt Alciati libr. Paradox. 5. capit. 1. qui ex ea caterua ceteris acutior videri vult. Actio præſcriptis verbis tantum datur, cum deficit alia actio, non igitur ea ſimul cum actione ex contractu dabitur. Item vulgo traditum eſt, remedium extraordinarium non concurrere cum ordinario: vtraque ergo actione agi non poterit. Rurſus ex pacto, quod fingitur pars eſſe contractus, conſentaneum non eſt, vt duplex competat actio, cum ſi vere pars eiuſdem eſſet, vna tantum naſceretur. Poſtremo ſi ex contractu, qui principalis eſt, vna tantum datur actio, ex eo, quod eſt acceſſorium, duplex non dabitur. Quibus omnibus hoc reſponſum volumus, ex quocunque contractu, aut negotio, quis experiri velit, hanc formam agendi vtilem ei eſſe. Non enim credendum eſt, præſcriptis verbis, nomen proprium actionis eſſe: ſed præſcriptis verbis agere dicimus compendio ſermonis, id eſt, ita agere, vt quod factum eſt, verbis tantum exponatur, vel abſque vllius certæ actionis expreſſione: quo modo & hodie moribus noſtris in foro omnes fere actiones inſtitui ſolent. Hæc igitur actio datur, vel cum deficit nomen actionis. leg. 2. infra de præſcrip. verbis. vel cum quis de nomine dubitans, timet ne ſibi falſa nominis expreſſio fraudi ſit. l. 1. infra de æſti. act. Et quod dictum eſt, *Deficiente actione, vel exceptione, vtiliter agendum*, & cæt. leg. quoties. de præſcrip. verb. id non de hac ciuili, ſed in factum Prætoria accipi debet, quam & ſubſidiariam & extraordinariam recte vocari ſupra admonuimus. Nec nos mouet quod nonnulli obiiciunt, verbum *Informat*, apud Vlpianum in hoc loco, id eſt extendit ſiue in formulam extenſim deducit (vt ipſi interpretantur) actioni tantum ex contractu conuenire. Quod vt verum eſſe fateamur, non ideo tamen conſequens eſt, præſcriptis in factum verbis non poſſe agi, vt ex iam dictis liquido conſtat. Huc accedat, quod in emendatioribus codicibus non *informat*, legitur ſed *format*, potius, quod verbum ab aliis quoque vſurpatum iuris auctoribus. l. Pomponius. infra de neg. geſt. leg. vnica. §. videamus. Codic. de rei vx. act. tam ad præſcriptis verbis actionem, quam ad eam, quæ datur ex contractu, æque referri poteſt. Nec ſane parui refert, vtram nos lectionem ſequamur, cum ex vulgatiore illa innumerabiles oriantur quæſtiones, & controuerſiæ, quæ hac probatiore recepta prorſus euaneſcunt. Vt cum quæritur: An pactum adiectum ſtipulationi, non tantum inſit eidem, ſed actionem etiam ex ea deſcendentem informet? Item, an ſicut pactum informat, ita etiam ſtipulatio contractui adiecta? & aliæ ſimiles: quas qui copioſe tractatas videre, & otio abuti cupiet, aliorum commentarios adeat.

Quid ſit præſcriptis verbis agere.

Vt puta poſt diuortium. Tribus exemplis docet Vlpian. pactum quod ex continenti ſubſecutum non eſt, ex parte actoris non ineſſe, neque ad agendum valere. Primum eſt cùm diuortio iam facto conuenit, vt dos ſtatim reddatur, legitima dilatione non expectata. leg. 1. §. exactio. Codic. de rei vxor. actio. hoc enim pactum, quod in contrahendo matrimonio, & dote cõſtituenda appoſitum valet, & meliorem reddit mulieris conditionem. leg. de dic. infra de pactis dot. hoc caſu ob ſupra ſcriptam rationem inutile eſt. Sed num hæc pactio ſaltem proderit ad replicationem, vt ſi muliere ſtatim petente, excipiendo alleget maritus, ante annum non recte peti, an replicare poſſit mulier, quod pacto ſublata ſit ea dilatio? Quæſtionem facit, quod cum pactus ne peteret, poſtea conuenit vt peteret, Paulus ſcribit, exceptionem prioris pacti, poſterioris replicatione elidendam eſſe. leg. ſi vnus. §. pactus, infra eod. Nec in propoſita ſpecie diſſimilis apparet ratio. Quidam arbitrati ſunt, ante legitimum tempus ipſo iure actionem non competere: ideoque nullam exceptionem eſſe, quam elidat replicatio. De quo ſane non conuenit inter eos, qui hunc locum ante nos interpretati ſunt, & pleniorem diſputationem res exigit quam quæ huic argumento conueniat. Certe oratorem quendam vt imperitum iuris ridet Cicero: qui cum à prætore iudicium poſtularetur, eros pecuniæ nomine, cuius nõdum veniſſet dies, inſtabat vt reo exceptio daretur, cuius pecuniæ dies fuiſſet, & cæt. Verum hoc non ita valde mihi videtur ad rem, de qua nunc agitur, pertinere. Nam ſiue obligationem, atque adeo actionem diuortio facto natam eſſe, nec obligationi, ſed exactioni tantummodo tempus adiici dicamus, ſiue nullam ante legitimum tempus actionem competere, æque inualidum, ac inutile hoc pactum, reperietur, cum obligationem ex lege deſcendentem augeat. Lex enim maritum non niſi elapſo anno obligat, & cogit ad reſtitutionem dotis. Nec mirandum eſt, pactum, cuius ſupra mentionem fecimus, ex parte actoris ineſſe, & ad replicationem valere: cum hoc nullius momenti eſſe dicatur. In pacto enim priore non ius aliquod, ſed pactum verſatur, valetque tantum ex conuentu, non legis confirmatione: quare alterius pacti replicatione, quod licet paris alioqui virtutis, & poteſtatis ſit, tamen quod poſterius eſt, facile tollitur. Pacta igitur conuenta ſi ex interuallo ſubſecuta ſint, nullo modo inſunt: ne ad replicationem quidem, vt maiorem, quam ex lege eſt, obligationem reddant. Quod vtique vires habente pacto, ſaltem effectu, & τῇ δυνάμει futurum eſt. Exceptio enim, quæ mulieri petenti dotem ante tempus obiicitur, legitima eſt, pacti conuenti non item. Alterum exemplum eſt: Conuenit inter tutorem & pupillum, finita forte tutela, vt pro pecunia pupillari, quam ceſſaret reddere, vſuras præſtaret centeſimas: cum ad tam graues vſuras lege non teneatur, niſi pecuniam eam in ſuos vſus conuerterit: Eadem enim ratio, quæ & in ſuperiori caſu, efficit, vt ex ea conuentione non naſcatur actio.

Ea enim pacta inſunt. Ea pacta legem dicere contractui dubium non eſt, quæ tum à nobis interponuntur, cum ad contrahendum ingredimur: idque ſenſit Vlpianus his verbis, meo quidem iudicio, nec video quid incommodi habeat iſta interpretatio: damnat nihilominus eam Alciatus his argumentis: Quia ſi ingreſſum (inquit) pro initio acciperemus, falſum eſſet Iuriſconſulti dictum, cum ea quoque inſint, quæ ex incontinenti poſt contractum fiunt. Item hoc ſenſu non declararet quid ſit, *Legem contractui dare*, quod tamen hic definire videtur: itaque comminiſcitur in ingreſſu contractus facta eſſe, quæ contractui ipſi non repugnant, ſed connexam potius contractui cauſam habent, illúmque reſpiciunt: contenditque apud veteres linguæ Latinæ autores ingreſſum, ſiue ingreſſionem id dici, quod digreſſioni contrarium eſt, quodque ad propoſitam materiam pertinet. Mihi autem curioſius id excogitatum (pace tanti viri dixeſim)

rim) quàm verius dictum videtur. Nec arbitror quenquam hoc tempore, vel mediocris eruditionis literatorem eſſe, cui facile perſuaſurus ſit, ita ingreſſionem accipi in eo Ciceronis loco, quem ſententiæ ſuæ confirmandæ gratia proferr ex Orat. ad Brutum. Adde, quod ſi huiuſmodi interpretatio admittatur, inepta erit atque inſulſa hæc ratio, nec ſatis cum præcedentibus verbis cohærebit Ego igitur craſſiore Minerua potius hæc verba accipienda eſſe exiſtimo, vt ea pacta legem dare contractui intelligantur, quæ iam inde ab initio contractus fiunt. Eademque eſt ratio eorum, quæ ſtatim poſt contractum ſubiiciuntur, nec aliud ſenſiſſe Iureconſultum opinor. Nam particula, *Id eſt*, non definit in hoc loco (vt credidit Alciatus) ſed paradigmatica eſt, & frequentiſſime ſolet exemplis deſeruire: vt cum paulo poſt idem Vlpianus ait: *Pacta in perſonam eſſe, cum paciſcor, ne à perſona*, id eſt, *ne à Lucio petam.* Idemque apud veteres conſultos ſexcentis in locis obſeruare licet. leg. qui liberis. infra de vulg. l. pen. infra de annuis leg tametſi variant exemplaria. leg. 3. §. ſaltus. infra de acq. poſſ. leg. ſi ex cauſa. in prin. infra de mino. leg. 3. infra de except. leg. 2. infra de ſupellect. leg. l. vltim. infra de lib. cau. leg. cum eo. infra ad leg. Iul. pecu. in Codic. Theodoſ. titul. de contrah. emp. l. vltim. Codic. de dona. Perinde ergo intelligenda erunt hæc verba, ac ſi ita ſcriptum eſſet: Ea enim pacta inſunt, quæ legem contractui dant: veluti quæ in ingreſſu contractus facta ſunt. Ceterum quod pacta legem dare dicantur, mirari deſinet, qui Ariſtotelem legerit ad fi. lib. 1 Rhetor. ita loquentem: *ἡ γὰρ συνθήκη νόμος ἐστὶν ἴδιος, καὶ κατὰ μέρος. καὶ αἱ μὲν συνθῆκαι, οὐ ποιοῦσι τὸν νόμον κύριον· οἱ δὲ νόμοι, τὰς κατὰ τὸν νόμον συνθήκας, καὶ ὅλως αὐτὸς ὁ νόμος συνθήκη τίς ἐστιν. ὥστε ὅς τις ἀπιστεῖ, ἢ ἀναιρεῖ συνθήκην, τοὺς νόμους ἀναιρεῖ. ἔτι δὲ πράττεται τὰ πολλὰ τῶν συναλλαγμάτων, καὶ τὰ ἑκούσια κατὰ τὰς συνθήκας. ὥστε ἀκύρων γιγνομένων ἀναιρεῖται ἡ πρὸς ἀλλήλους χρεία τῶν ἀνθρώπων.*

Idem reſponſum ſcio. Tertium exemplum affertur ex Papiniano, cum poſt emptionem perfectam pactus eſt emptor cum venditore, vt Romam eat, vel quicquam aliud huiuſmodi faciat, quod extra naturam contractus ſit. Nam quæ ad naturam, ſiue ſubſtantiam venditionis pertinent, ſi de his aliquid conuenerit, etiā ex interuallo, talis conuentio contractui ineſſe dicitur, eaque ad agēdum efficax eſt. Sed quo dilucidius, ac diſtinctius hæc tradantur, ſciendum eſt, Pacta nonnunquam interponi de his rebus, ex quibus ſubſtantia venditionis cōſiſtit, vt de pretio augendo vel minuendo. Verbo enim *Subſtantiæ* vtitur Papinianus, exprimere volens id ſine quo non poteſt conſiſtere venditio. leg. pacta cōuenta. infra de contrah empt. Vlpian. noſter Græco vocabulo alias vſus, quod eſt *οὐσία*, l. in emptionibus. eod. titul hic Latinè loqui, & naturam, quam ſubſtātiam dicere maluit: Ciceronem videlicet imitatus, apud quem ea vox pro *οὐσία*, non pro *φύσιν* vſurpatur: vt merito notatum eſſe à nonnullis Quintilianū appareat, qui eſſentiam dixerit, aliam dictionē Latinam eſſe negans, quæ illi Græcè reſpondeat. Aliquādo fiūt pacta de his, ex quibus nō conſiſtit ſubſtantia venditionis, vt ſi venditor paciſcatur cum emptore, vt inſulam ædificet, vt proficiſcatur Romam, vel vt certo modo alter alteri obligetur. Hęc Papinianus. Adminicula emptionis, barbari interpretes Accidentalia, & naturalia appellarunt. dicta l. pacta cōuenta. His præcognitis, ita mihi diſtinguendum videtur ex Vlpiani, Papinianique ſententia: vt ſi quidem extra naturam, ſiue ſubſtantiam venditionis aliquid conueniat, idque ſtatim inſit venditioni: talis conuentio, non modo ad exceptionem proſit, ſi detrahat cōtractui, verum etiam ad actionem, ſi adiiciat. Si verò poſt venditionem contractam, referre Papinianus ait, an pactum detrahat aliquid emptioni: vt ſi cōuenerit, ne de dupla caueat venditor, ad quam cautionem in his emptionibus, quæ mancipi ſunt, vt Varro, & Plinius aiunt, vel vt Vlpian. ait l. emptori. infra de euict. in emptione rerū pretioſarum tenetur venditor: an verò adiiciat, vt ſi cōuenerit, ne venditor nuda promiſſione caueat, ſed cum fideiuſſore: priore caſu pactum contineri cōtractu, cum venditor eo non agendo, ſed excipiendo tuetur: pacta enim quandocūque interpoſita ex parte rei inſunt: poſteriore caſu non ineſſe cōtractui ideo Papinianus ſcribit, ne alioqui emptori aduerſus venditorem ex pacto detur actio. Reliquum eſt, vt de his pactis diſpiciamus, quæ ex eodem contractu ſunt (vt Vlpianus loquitur) id eſt, quæ ſuper pretio interponuntur, vel alia re ſimili, ex qua contractus ſubſtantia conſiſtat. Et ſatis liquet, ex hoc loco ea pacta ſemper ineſſe videri, quocūque fiant tempore, & non ad exceptionem modò, ſed etiam ad actionem eſſe vtilia: quod quemadmodum accipiendum ſit, vberius mox tractabimus.

Propter eandem regulam. Hac regula conuincitur, falſum eſſe, quod vulgò receptum eſt, *Pacti vocabulo omnem contractum & conſenſum duorum ſignificari:* nam alioqui falſa eſſet, cum ex venditione, locatione, & aliis huiuſmodi contractibus actionem naſci conſtet. Ceterum quia præceptores quoſdam meos extra rem (vt fit) pleraque de hoc verbo *Regula*, in hunc locum annotaſſe, memini, ea re admonitus ſum, vt noſtram quoque de eo verbo ſententiam hic adſcriberem: quam etſi conſidam auditoribus, ſectatoribusque noſtris probari, quibus abhinc fere quinquennium oſtendi longe lateque à vero abeſſe, quæ ceteri hac de re adhuc memoriæ prodiderant: tamen cum viderem, Alciatum celeberrimum noſtræ tempeſtatis Iuriſconſultum lib. 5. Parer. cap. 1. diuerſam à noſtra ſententiam amplecti, cuius auctoritas forte magis, quam ratio, nonnullos mouere poſſet: ego, qui meus de ea re ſit ſenſus, paulò intempeſtiuius expromere, & cum ſtudioſis communicare malui, quam eius cauſæ, quæ, (niſi fallor) ad communem ſtudioſorum vtilitatem non minimum, ad noſtram exiſtimationem nonnihil pertinet, defenſionem, & patrocinium omittere. Cardo autem quæſtionis totius vertitur in interpretatione Pauli verborum, quæ in initio tractatus de Diuerſis regulis iuris antiqui in vetuſtis, hiſque caſtigatioribus libris ita leguntur: *Per regulam igitur breuis rerum narratio traditur, &*, vt ait Sabinus, *quaſi cauſæ coniectio eſt.* Cum in aliis legatur, Cauſæ coniunctio, nullo ſenſu. Igitur, Cauſæ coniectio, verbum forenſe eſt, quod olim Romæ in iudiciis protritum ac peruulgatum fuit: idcirco Sabinus docere volens Regula breuem quandam narrationem tradi eorum, quæ prius iure conſtituta ſunt, eam ait cauſæ coniectioni ſimilem eſſe. Nihil autem aliud eſt, Cauſam coniicere, quam cauſæ argumentum Iudici, apud quem agenda eſt, breuiter, ac ſummatim exponere: & hæc breuis compendioſaque narratio, Cauſæ coniectio eſt, cui Sabinus regulam comparat. Aſconius Pedianus Act. III. Ciceronis in Verrem: Comperendinatio eſt ab vtriſque litigatoribus inuicem ſibi denunciatio in perendinum diem: namque cum in rem aliquam agerent litigatores, & pœna ſe ſacramenti peterent, poſcebant iudicem, qui dabatur poſt trigeſimum diem: quo dato deinde inter ſe comperendinum diem, vt ad iudicium venirent, denuntiabant: quod cum eſſet ventum, antequam cauſa ageretur, quaſi per indicem rem exponebant, quod ipſum dicebatur Cauſæ coniectio, quaſi cauſæ ſuæ in breue actio. Cicero ad Herennium libro ſecundo verba legis Duodecim tabularum recitans: In comitio, aut in foro ante meridiem cauſam coniicito. Eadem refert Gellius libro decimoſeptimo, cap. 5. Affranius cauſam coniicere ho-

die apud te volo ambone adeſtis? profuturos arbitror. Idem Gellius lib. 5. capit. 10. Et cum ad iudices conijciendæ,conſiſtendæque cauſæ gratia veniſſet, tum Protagoras ſic exorſus eſt,& cæt.

Adeo autem in bonę fidei iudiciis pactiones poſtea factæ, quę ex eodem ſunt contractu,inſunt:vt conſtet in emptione, cæteriſque bonæ fidei iudiciis, re nondum ſecuta poſſe abiri ab emptione. Si igitur in totum poteſt, curnon & pars eius pactione mutari poteſt?Et hęc ita Pomponius lib.6.ad edictum ſcribit.Quod cum ex parte agentis pactio locũ habet, vt & ad actionem proficiat, nõdum re ſecuta, eadem ratione.Nam ſi poteſt tota res tolli, curnõ & reformari,vt quodam modo quaſi renouatus contractus videatur?quod nõ inſubtiliter dici poteſt. Vnde illud æque non reprobo, quod Põponius libris lectionum probat,poſſe in partem pacto recedi ab emptione, quaſi repetita pacti cõuentione. Sed & cũ duo hæredes emptori extiterint, ſi venditor cũ altero pactus eſt, vt ab emptione recederetur,ait Iulianus,valęre pactionem,&diſſolui pro parte emptionem, quoniam & ex alio contractu paciſcẽdo alter ex hæredibus acquirere ſibi exceptionem potuiſſet. Vtrunque itaque placet, & quod Iulianus,& quod Pomponius ait.

De pactis quæ poſt contractam emptionem extra naturam ipſius interponuntur, dictum eſt: iam de his tractare incipit, quæ ex eodem contractu ſont, id eſt, quæ ipſius contractus naturam, ſiue ſubſtantiam reſpiciunt.Et in primis traditur regula. Tales conuentiones contractui ineſſe, nõ modo ex parte rei, vt exceptionẽ: ſed ex parte etiã agẽtis,vt actionẽ partiãt.Hãc regulam adeo veram eſſe ſcribit Vlp. vt cõſter,cõuentione poſt ea facta ab emptione recedi poſſe, puta ſi cõuenerit,vt res ſit inempta.Quæ enim conſenſu contrahũtur, contrario conſenſu diſſoluũtur.§.vlti.quib.mod.tol.oblig. Inſtit. l.prout. infra de ſolut. Hoc accipe,modo res ſit integra,id eſt,neque merx tradita,neque pretium ſolutum ſit.Nam hoc caſu pactum conuentum ad reſoluendam emptionem nõ ſufficeret, niſi integrum reſtitutis iis,per quæ effectũ eſt.vt res integra non eſſet.l.ab emptione.infra,eo.leg.1.C.quando lic.ab emp.diſce.Quæret aliquis, Cum hic Iureconſultus generaliter loquatur de bonæ fidei iudiciis,an quod dictum eſt,in depoſito quoq; & cõmodato locũ habeat, quæ non conſenſu,ſed re contrahuntur? Sed hæc quæſtio inanis,& friuola eſt. Nam neque depoſitum, neque commodatum vllũ dici poteſt,donec res tradita ſit. Fruſtra ergo quæritur, an nuda pactione, re adhuc integra, à depoſito aut commodato recedatur.

Si igitur in totum poteſt. Argumento probat Vlpia. Si poſt emptionem (exempli gratia) conuenerit vt augeatur pactũ,hoc pactum ad actionem proficere. Si.n.pacto conuento totus contractus reſolui poteſt.multo facilius pars eiuſdem,puta pretiũ mutari poteſt.Quod eſt accipiendũ,dũ res adhuc integra ſit.l.pacta cõuenta.infra de contrahen.emp.l.2.infra de reſcin.ven.Et hoc caſu contractus non tolli,ſed renouari,ſeu reformari paſſim dicitur à Iureconſultis.l. ſi vnus. §. quod ſi non totum.infra eo.l.ſi id quod.infra de reſcin.vend.

Quaſi repetita pacti conuentione. Locum hunc valde mendoſum offendimus in omnibus fere exemplaribus, tum vetuſtis, & manuſcriptis: tum iis,qui typographorum opera excuſi ſunt In Norico legitur: *Repetita partu emptione.* Ex quibus verbis vix vllum poſſis rectum & idoneũ ſenſum elicere.In aliis vulgo legitur, Pacti emptione. Vt credibile ſit,ſcriptum fuiſſe ab Vlpiano,Repetita pacto emptione,id eſt,renouata.Alium codicem peruetuſtum vidimus à Germano Colladonio, humaniſſimo viro,& antiquitatis ſtudioſo,nobis oblatum,in quo vno ita legitur: repetita pacti conuentione, quam nos lectionem maxime probamus. Et ſi enim repetita emptio non incommode dicatur,quo verbo etiam alibi Pomponius vſus eſt l.2.infra de reſciod.vend.tamen haud ſcio,an ea lectio aptios huic loco conueniat.Dicitur autem repetita conuentio, quaſi retrorſum petita, vt pretium,de quo poſtea conuenit,eo tempore cõuentũ videatur,quo venditio contracta eſt. Nam & repetita dies non abſimili forma loquendi crebro apud Iuris auctores reperitur,vt Budæus noſter iãdudũ admonuit. Porro pacti conuentio vox inſolens non eſt,ſed iiſdem Iuris auctoribus per quam vſitata.l.ſi neceſſarias inf.de pig.actiu.l.in his.§.Imperator.infra de ſolut.l.3.& C.de vſur.l.debitum.C.de remiſ.pign.cum aliis ſimi.

Prętor ait:Pacta cõuẽta,quę neq;dolo malo,neque aduerſus leges, plebiſcita,ſenatuſcõſulta,edicta, decreta principũ, neque quo fraus cuique eorum fiat,facta erunt,ſeruabo.

Romæ priſcis temporibus ex pactis conuentis nulla dabatur actio, nec vlla lex erat, quæ quenquam ad id, quod promiſerat,præſtandum cogeret: quod ſupra Senecæ,ac Ciceronis auctoritate comprobauimus. Venditio autem, locatio,& ſimiles contractus, legibus non erãt incogniti,ſed iure ciuili eorum obſeruatio erat neceſſaria: nam & ciuilis dicitur, quæ ex illis competit actio. Cæterum quoties actione opus nõ eſſet, ſed exceptio,ac defenſio agenti oppoſita ſufficeret, promiſſor, quã dederat,fidem pręſtare cogebatur: nõ quod legibus id conſtitutum, ſed quod natura, & æquitate ſuadente in mores perductum fuiſſet. Prætor igitur cum actiones ex variis contractibus,ac negotiis partim iure ciuili proditas,partim ex propria ipſius iuriſdictione comparatas daturum ſe proponeret,nullam ex pactis conuentis ſe daturum,ſed tãtum ea ſeruaturum edicit. Ex quibus verbis colligere non poſſumus, Prætorem vim & poteſtatem pactorum augere, & actionem ex eis dare voluiſſe: quomodo perperam intellexerunt ea verba, qui putarunt hoc edictum ad omnes contractus, & cõuentiones pertinere. Cum enim ait, *Seruabo*, illud demum promittere videtur ſe effecturum, vt pacta ſuam vim,qualis videlicet ante fuit, obtineant: non vt maioris ſint, quam prius, auctoritatis. Hæc eſt inſignis illa difficultas,quæ Bartolum vſque eo conturbauit vt fateri non erubuerit, hunc locum à ſe, præ nimia eius obſcuritate,nõ intelligi.Verum obſcuritas (vt Sextus Cæcilius quondam Phauorino reſpondiſſe fertur)non culpæ ſcribentis aſſignanda eſt, ſed inſcitiæ non aſſequentis.Ex his verbis edicti annotandum eſt,pacta, quæ dolo malo fiunt,non continuo etiã cõtra leges fieri. Dolus enim iure ciuili vetuſto nõ niſi certis in cauſis vindicabatur,vt à nobis diſputatũ eſt in eo libro quem De in litem iurando,iudiciiſque bonę fidei& arbitrariis ab hinc fere biennium in lucem emiſimus.Aliorum edicti verborum explanatio per totũ tractatum ſic diffuſa eſt, vt ſi quis omnia huc congere velit ad eius interpretationem facientia, nihil eorum omiſſurus ſit, quæ ſub hoc titulo continetur.

Pactorũ autẽ quædam in rem ſunt, quædã in perſonam. In rẽ ſunt, quoties generaliter paciſcor,ne petam. In perſonã, quoties ne à perſona, id eſt, ne à L. Titio petam. Vtrum

autem

autem in rem, an in perſonam pactum factum ſit, non minus ex verbis quam ex méte conuenientium æſtimandum eſt. Plerunque enim (vt Pedius ait) perſona pacto inſeritur, nõ vt perſonale pactum fiat, ſed vt demonſtretur cum quo pactum factum eſt.

Hæc diuiſio pactorum ſatis perſpicue hic explicata eſt; vt tamen iis ſatisfiat, qui prima iuris ciuilis elementa, ac vocabula artis propria nondum plane norunt, in quorum gratiam hæc potiſſimum ſcribimus, negligéda nobis non videtur eius interpretatio. Mos igitur loquendi veterũ Iuris auctorum eſt, vt quod generaliter, & ſine perſonæ expreſſione fit, id in rẽ fieri ab ipſis dicatur. Sic actiones, exceptioneſque in rem ſcriptas, interdicta in rem concepta, nuntiationem operis noui in rem fieri legimus l. metum. §. vlt. infra de eo, quod metus cauſ. l. 2. l. 4. §. vltim. infra de doli except. l. 1. §. vlt. infra de interdict. l. operis. infra de oper. noui nũt. Cũ ergo quis generaliter paciſcitur ne rem petat, nec perſonã nominat, à qua petiturus non eſt, in rem pactum dicitur cõceptum eſſe. In perſonam vero cum exprimitur certa perſona. Nec inutilis eſt huiuſce diſtinctionis cognitio. Nam pacta in rẽ concepta omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe, eius, qui paciſcebatur, intereſt. l. & hæredi. §. vlt. infra. In perſonam autem ei duntaxat, cum quo pactum factum eſt. l. ſi vnus. §. ante omnia, infra.

Mens contrahentium magis quam verba ſpectanda.

Ex mente conuenientium. Mens & voluntas contrahentium magis quam verba, ſpectanda eſt. Quæ ſi tacitis nobis intelligi poſſet, vt inquit Cicero, verbis omnino non vteremur. Itaque videndum eſt, qua mente, quóque conſilio adiecta ſit pacto perſona, vt perſonale id ſit, an reale intelligatur. Id autem ex variis argumentis, ac coniecturis colligi poteſt. Quibus ceſſantibus à verbis minime recedẽdum eſſe videtur. l. qui in futurum. infra eo. Sed cum incertum eſt, quibus verbis paciſcentes vſi fuerint, & an expreſſerint perſonam, necne (ſæpe enim contingit, vt teſtes verborum non ſatis recordentur) præſumendum eſt, in rem magis, quam in perſonam eſſe pactum: quoniam (vt Celſus ait) *Plerunque tam heredibus noſtris, quam nobiſmetipſis cauemus.* l. ſi pactum. infra de probationib.

Dolo malo, ait Prætor, pactum ſe non ſeruaturũ. Dolus malus fit calliditate, & fallacia: & (vt ait Pedius) dolo malo pactum fit quoties circumſcribẽdi alterius cauſa aliud agitur, atque agi ſimulatur. Sed ſi fraudandi cauſa pactum factũ eſſe dicatur, nihil Prętor adiicit. Sed elegáter Labeo ait, hoc aut iniquũ eſſe, aut ſuperuacuũ. Iniquũ, ſi quod ſemel remiſit creditor debitori ſuo bona fide, iterum hoc conetur deſtruere. Superuacuũ, ſi ipſe deceptus hoc fecerit: ineſt enim dolo & fraus. Siue igitur ab initio dolo malo pactũ factũ eſt, ſiue poſt pactum dolo malo aliquid factũ eſt, nocebit exceptio, propter hæc verba edicti, *Neque fiat.*

alias adſtruere.

Quod prætor in edicto ait, *Quæ neque dolo malo:* interpretari volens Vlpia. quid ſit dolus malus, hic explicat: de cuius definitione inter veteres nõ cõuenit. Caius Aquilius Gallus aliquãdo rogatus à Cicerone, quid dolus malus eſſet, reſpondiſſe fertur, *Cũ aliud agitur, aliud ſimulatur.* Idẽ Paul. lib. 1. ſent. titu. 8. Verum hęc definitio proba eſſe non videtur, quod tam ſimulatio abſque dolo malo, quam dolus malus abſq; ſimulatione eſſe poſſit. Et hoc argumẽto Antiſtius Labeo aduerſus Seruium Sulpitium vſus eſt, cum tamen paulo adſtrictior fuerit Sulpitij quam Aquilij definitio. leg. 1. infra de dolo. Sicut & hæc Pedij: Quoties circumſcribendi alterius cauſa aliud agitur, ac agi ſimulatur. Nam Aquilius apud Ciceronem circumſcriptionis non meminit, quanquam ita ſentiſſe eum non dubito, vtcunque parum elocutus ſit. Huic definitioni non diſſimilis eſt ea, quam ſcire admodũ tradit Moſchopolus in Heſiodum, δόλος μηχανή ἐςι τι κακὸν ἔχουσα ἀγαθῷ δοκοῦντι καμελυμμένον. Sed nulla harum definitionum eſt, quæ in Labeonis reprehenſionem non incurrat, contendentis, dolum citra ſimulationem vllam admitti poſſe. Quod longe veriſſimum eſt. l. lege Cornelia. infra ad leg. Corne. de ſicar. cum ſimil. Non tamen ideo contemnenda eſt iſta (vt ſic dicam) ſimplicitas, qua homines in arte dialectica præcellentes definiendo vſos eſſe videmus quæ qualiſqualis eſt, vim forte non minorem ad docendum, quam aliorum ſubtiles diſputationes habet. Quod enim de M. Var. Gel. lib. 1. capit. 25. idẽ de hiſce noſtris dici poterit, non fuiſſe ſcilicet eis curæ, vt ſuperſtitioſe legibus artis inſeruirent, ſed eo genere demonſtrationis contentos fuiſſe quod Græci τύπους, καὶ ὑπογραφὰς magis, quam ὁρισμοὺς vocant: At Labeo, cui non modo acre, ſed moroſius etiam, ac ſubtriſte erat ingenium, diſciplinarum liberalium præſidio fretus, in quibus aliquanto exquiſitius cæteris verſatus fuiſſe dicitur, quæ ab aliis rudius, & ſimplicius tradita fuerant, ſubtilius tractare, ac (vt Pomp. ait) multa innouare inſtituit. leg. 2. de orig. iur. Gellius lib. 13. capit. 10. Tacitus lib. 3. Dolum igitur malũ definit Labeo omnẽ calliditatem, fallaciã, machinationem, ad circumueniẽdum, fallendum, decipiendum alterũ adhibitam. Quæ definitio probatur Vlpiano, & minus quam reliquæ, cauillationibus expoſita eſt. leg. 1. de dolo. Hũc dolum à pacto conuento, atque adeo ab omni conuentione & contractu, procul abeſſe oportet: cum ne leges quidem ſeruandas eſſe dicat Ariſtoteles, quæ latoris dolo malo conditæ ſunt. Eius verba hæc ſunt lib. 1. Rhet. ἄτοπον γὰρ εἰ τοῖς μὲν νόμοις αὐτοῖς ὀρθῶς κειμένοις ὅσον, δι' ἐξαπατῶντες οἱ νομοθέται οὐκ οἴονται δεῖν πείθεσθαι, νῦν δὲ συνθήκαις ἀναγκαῖον. οὐδ' ὅτι τοῦ δικαίου βραβευτὴς ἐστὶν ὁ δικαστής. οὐκοῦν τοῦτο σκεπτέον, ἀλλ' ὡς δικαιότερον, καὶ τὸ μὲν δίκαιον οὐκ ἔστι μεταπεῖσαι οὔτ' ἀπάτῃ, οὔτ' ἀνάγκῃ. πεφυκὸς γὰρ ἐστί. συνθῆκαι δὲ γίγνονται καὶ ἐξαπατηθέντων καὶ ἀναγκασθέντων.

Qualefuerit Labeonis ingenium.

De contractibus tum bonæ fidei, tum ſtricti iudicij, in quibus interuenit dolus, præter ea, quæ iam à nobis exierunt, quædam alia fortaſſis lectu non indigna propediem edituri ſumus. Ceterum quod Paul. Caſtrẽ. & alij plerique de contractibus ſimulatis annotarunt, non ita difficilem explicationem habet. Cum enim de contractu ſimulato iuris auctores loquuntur, eum intelligunt, qui contrahentium conſenſu & voluntate ſimulatur ſine cuiuſquam dolo malo, cum dolus in volentem non admittatur: vt ſi de voluntate contrahẽtium pro mutuo, vel pignore, in inſtrumento ſcribatur emptio, quatenus fœnerator vſuras ex mutuo velut rei venditæ fructus capiat. leg. emptione. C. plus vale. quod agitur. cap. ad noſtrã. de emp. & vẽd. cap. illo vos. de pig. Aliud exemplum adduci poteſt ex Caio, *Cum dicis gratia loco numerationis pecunia interuenit. Sæpe* (inquit) *ad hoc commodantur pecuniæ, vt dicis gratia numerationis loco intercedant.* leg. 4. infra commod. Quorum verborum obſcuritas cum nos aliquando mirum in modum exerceret, memini conſultum à nobis Gulielmum Budæum ſingularis eruditionis virum (cuius tum dulciſſima conſuetudine fruebamur) reſpondere, neque ea verba à ſe vnquam intellecta, neque apud vllum auctorem Latinum lecta eſſe. Sunt qui eo loco non dicis, ſed dandis potius legendum cenſeant, contra omnium exemplarium fidem. Ego vero cum intelligam non veteres modo linguæ Latinę auctores, ſed Iureconſultos

etiam ipſos his verbis vſos fuiſſe, nihil temere immutandum duco. Cicero in Verrem libro 7. Attamen (inquit) vt poſſit ſe dicere emiſſe, Artagatho imperat, vt aliquid illis, quorum argentum fuerat, nummorum dicis cauſa daret. Vlpian. ſub titul. de Senatuſcon. Sillan. in emendatis codicibus. leg. ad finem. *Si finxit quis auxilium ferre, vel dicis gratia tulit.* Idem Vlpianus ſub titul. ex quib. cau. maio. leg 5 *Qui maturius profectus eſt, vel dicis gratia cœpit Reipublicæ cauſa abeſſe*, & cæt. Sic enim mihi locus ille reſtituendus videtur, de quo tamen liberum iudicandi arbitrium philologis omnibus, & legum ſtudioſis permitto. Plinius quoque Pontificis dicis gratia epulantis meminit libr. 28. capit. 2 Ex quibus locis à nemine, niſi fallor, ante nos animaduerſis, apparat, quod nec bona fide, nec ſerio & vere fit, ſed perfunctorie tantum, & per ſimulationem, id dicis cauſa factum dici. Itaque locus ille Caij de imaginaria numeratione intelligi poterit, cuius gratia pecuniæ mox reddendæ commodantur.

Dici cauſa quod factum eſſe, quod ſicuſiq.

Sed ſi fraudandi. Quod Prætor in edicto doli tantum, non etiam fraudis mentionem, fecerit, minus plene fortaſſis ab eo cautum eſſe videtur, ideoque verba hæc addi oportuiſſe, *Neque fraudandi cauſa*, & cæt. leg. 3. infra pro ſoc. Sed nihil iſta adiectione opus fuiſſe Labeo ait. Nam ſi clauſulam hanc de eo pacto accipias, quod quis alterius machinatione deceptus facit, ſicque fraudatus eſt, ea proculdubio erit ſuperuacanea, cum talis fraus inſit dolo, ideſt, verbum doli, cuius in edicto meminit Prætor, fraudem hanc, quia videlicet dolo non caret, complectatur. Sin pactum fraudandi cauſa factum intelligas, id eſt, quo quis re, non conſilio aduerſarij fraudatus, ac damno affectus ſit, ſane hic ſanſus à proprietate verborum remotior eſt: quæ fraudis conſilium omnino ſignificare videntur, licet in fraudem fieri re ipſa tantum, & ſine conſilio recte dicamus. l. fraudis. infra de reg. iur. l. inter eos. infra ex quibus cauſ. ma. §. in fraudem, Inſtit. quib. exca. ma. Vt tamen id ſine veri præiudicio verbia ſignificari poſſa concedamus, talis adiectio (inquit Labeo) iniquitate non carebit: quandoquidem ea non ſeruari iniquum eſt, quæ inter aliquos bona fide, id eſt, ſine dolo placuerunt. tametſi ea forte paciſcentibus noceant. arg. l. dolus C. de reſcin. vendi. l. item ſi pretio. cum ſeq. infra loca. Hinc apparet, quam abſurde interpretes colligant, dolo fraudem ineſſe, velut ſpeciem generi, &c.

Quod fere nouiſſima parte pactorum ita ſolet inſeri: *Rogauit Titius, ſpopondit Mæuius.* Hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, ſed etiã ſtipulationis: ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio, niſi ſpecialiter contrarium adprobetur, quod nõ animo ſtipulãtiũ hoc factum eſt, ſed tantum paciſcentium.

Moris fuit veteribus, ſtipulationem pactis ſubiicere, vt ſi minus ex pacto, ſaltem ex ſtipulatione agi poſſet, vt Paulus ait lib. II. Senten. titu. 23. l. pacto conuento. infra de tranſact. l. duo. infra pro ſoc. l. Titia. §. vltim. l. pluribus. infra de verbor. oblig. l. petens. Cod. de pact. l. item quia. § vltim. ſupra eod. Proinde obligationum firmandarum gratia ſtipulationes inductas eſſe, idem Paul. ſcribit lib. 5. Senten. tit. 8. Quod adeo verum eſt, vt conſtet, ſtipulationem fere alicuius contractus appendicem, & acceſſionem eſſe, & per ſe ſine alia cauſa inutiliter contrahi. l. 2. §. circa. infra de doli exceptio. Quod autem dicitur, in nouiſſima parte pactorum: ſic accipere debemus, id eſt, inſtrumentorum quibus pacta conuenta deſcribuntur. Nam pactum pro ſcriptura aliquando accipitur, ſicut & ſtipulatio. l. 1. ſupra de eden. Cic. in Partit. orat. Scriptorum, inquit, priuatum aliud eſt, publicum lex, ſenatuſconſultum, fœdus. Priuatum, tabulæ, pactum conuentum, ſtipulatio. His ita explanatis, animaduertendum eſt, ſuper huiuſcemodi ſpecie dubitatum fuiſſe. Poſt varia pacta, & conditiones inſtrumento adſcriptas extremis tabulis ſubiecta eſt hæc clauſula, *Hæc omnia dari fieri rogauit Titius, ſpopondit Mæuius.* Quærebatur, an his verbis ſtipulationem interpoſitam eſſe ſatis probaretur, vt ex ſtipulatu actio competeret? Quæſtionem faciebat quod cum interrogatione & reſponſione animum concurre neceſſe eſt, non paciſcendi modo, ſed ſtipulationem quoque contrahendi, cuius in inſtrumento nulla ſit mentio. Nam ſi caſu fortuito quis me interroget, & ego reſpondeam ei, ac promittam, nec appareat animo adſtringendæ ac firmandæ obligationis id factum eſſe, pactum potius, quam ſtipulatio contrahi videtur. Si vero inter partes actum ſit, vt quæ placuerunt, confirmentur ſtipulatione, & mox vno interrogante, alius promiſerit: hoc caſu vere contrahitur ſtipulatio: idque olim ita fieri ſolitum antiquæ oſtendunt comœdiæ. Plaut. in Pſeud. Actu 1.

P. Satin' eſt, ſi hanc hodie mulierem efficio tibi,
Tua vt ſit, aut ſi tibi do viginti minas?
C. Satis ſi futurum eſt. P. roga me viginti minas,
Vt me effecturum tibi quod promiſi, ſcias.
Roga. C. obſecro hercle. P. geſtio promittere.
C. Dabiſne argenti mihi hodie viginti minas?
P. Dabo: moleſtus nunc iam tu ne ſis mihi.

Simile huic exemplum in eadem comœdia, Actu 4. Et quanquam hæc vera ſunt in dubio, tamen ſi ſupra ſcripta verba, aut alia his ſimilia inſtrumento inſerta reperiantur, Vlpia. ait, paciſcentes animum contrahendæ ſtipulationis habuiſſe præſumi, niſi contrarium oſtendatur.

Et generaliter quoties pactum à iure cõmuni remotum eſt, ſeruari hoc non oportet, nec legari, nec iuſiurandum de hoc adactum, ne quis agat, ſeruandum Marcellus lib. 2. Digeſtorum ſcribit. Et ſi ſtipulatio ſit interpoſita de his, pro quibus paciſci non licet, ſeruanda non eſt, ſed omnimodo reſcindenda.

Hic finiebatur commentarius noſter, cum in lucem primum exiit. Nam ſcholæ, in qua profitebamur, conſuetudo nobis minime promiſit cœptam commentationem abſoluere, ſemeſtri iam tempore, aut eo amplius, in hac diſputatione conſumpto. Nec animus erat his, quæ ſupra ſcripta ſunt, quicquam impræſentiarum addere, niſi Ioannes Lucius inſignis vir eruditionis, iudicij, ac probitatis inter togatos Baſilicæ Pariſienſis occaſionẽ mihi præbuiſſet. Cum enim librũ hunc quẽ denuo formis excudendum Typographi poſcebant, cum eo velut ſcriptorum noſtrorum Ariſtarcho libenter cõmunicaſſem, admonuit nos tandem in hoc loco mendum ſubeſſe. quod adhuc vulgo animaduerſum non ſit. Atque ita hominis in ea re iudicium mihi placuit, vt continere me non potuerim, quin eam emendationem hic adſcriberem. Nam quod hic delegato apud Vlpianum legitur, adeo alienum eſt à propoſito, & tam male cohæret cum reliquo ſermone, vt ingenue fatear, locum mihi ſuſpectum ſemper fuiſſe. Nec me latet interpretationem aliquam adferri poſſe, quę abſurda omnino nõ ſit. Verũ ea eruditioribus hominibus, & qui aures tritas habẽt in notãdis Iurecõſultorũ ſcriptis, vix opinor, aut ne vix quidem ſatisfaciet, præſertim ſi lectionẽ Florentinã ſequamur, quæ à ratione Latini ſermonis prorſus aliena eſt. Quod cum animaduerreret Holoander, loco verbi, legaui, repoſuit legatum. Cõſtantinus Harmenopulus Græcus auctor, cuius auctoritati non multum hic tribuo, ſic interpretatus videtur, quaſi Vlpianus dixerit, nec legari contra ius licet, &c. Sed receſ-

ſit

ſit ab officio interpretis, ea addendo, atque ſupplendo, quæ non ſcripſit Vlpianus, ſi hoc ei propoſitum fuit, vt verba Vlpiani interpretaretur. Itaque noſter Lucius ſagaci admodum coniectura ductus, ita legendum eſſe cenſet.

Quoties pactum à iure communi remotum eſt, ſeruari hoc non oportet, nec ligat, cum iuſiurandum de hoc adactum, &c.

Quæ lectio eo magis mihi probatur, quod ligari pactis ac ſtipulationibus homines dicuntur apud Latinos auctores, vt apud Cic. pro Roſcio Comœdo. vnde & obligatio appellata eſt, vt nos ſupra in caput primum annotauimus. Pactum autem à iure communi remotum hic accipe, quod Paulus infra c. 28. remotum à re priuata vocat. Nam commune hic publicum non ſignificat, vt oſtendimus ſub titu. de rerum diuiſio. ſupra.

AD TIT. XV. LIB. II.

PANDECT.

CAP. I.

De Tranſactionibus.

QVia, vt ſupra diximus de pacto, cũ quis in ius vocatus eſt, aliquando metu incerti litis euentus fit tranſactio, qua à lite prorſus receditur: ideo ſi actor pergat agere & experiri, opponitur ei exceptio: tranſactionis, quæ eſt litis finitæ exceptio: quæ ſi probetur in continenti, conteſtationem litis remoratur, repelliturque actor, per ſimiem non procedendi, vt noſtri modo loquuntur pragmatici in foro: hoc ſumitur ex cap. 1. de litis conteſtatione. in 6. huc pertinet l. Tráſacta. & ſequens, de verborum ſignificatione. ideo in hac parte Digeſtorum, poſt tractatus præcedentes, de tranſactionibus diſſerere voluit Iuſtinianus, quibus à lite ipſa omnino receditur. huiuſque tranſactionis mentio fit in l. fin. Cod. de feriis. Pacta, inquit Imperator, cõſtrant, tranſactiones loquantur. Primo igitur ſciendum eſt tranſactionis verbum non ſolum generaliter accipi, ſed & ſpecialiter. Tranſacta enim aliquando dicuntur, quæ quoquo modo ad finem producta ſunt, vel tempore, vel iudicis ſententia, vel iureiurando, vel alio quouis modo. dict. leg. Tranſacta. & leg. ſequenti. de verbor ſignificatione. l. arbitrio. de dolo malo. l. 1. § vltim. ad Senatuſcon. Tertull.

Quid ſit tranſactio.

Specialiter autem ſub hoc titulo tranſactio accipitur pro deciſione rei dubiæ, litiſve incertæ, data, retenta aut promiſſa re aliqua. l. 1. hoc titulo. & l. tranſacta. Cod. eo. tit. idem habetur in cap. ſuper eod. extra eod. titu. Rem autem dubiam intelligimus, de qua, aut iam mota eſt controuerſia, aut aliquando moueri timetur: dummodo abſit manifeſta, atque euidens litigatorum calumnia ſiue vexatio. Nam in euidenti calumnia & vexatione nullus eſt tranſactioni locus. l. 2. C. eod. titu. vide Ciceronem in oratione pro Quintio in narratione. Huc pertinet l. in ſumma. infra de condict. indeb. Lis vero incerta dicitur quæ nondum omnino deciſa eſt, pronuntiatione iudicis, aut præſtatione iuriſiurandi. Nã poſt rem iudicatam, quæ nullo remedio appellationis, aut in integrum reſtitutionis aut alio modo retractari poteſt, ipſo iure nulla eſt tranſactio. deeſt enim materia ſuper qua ipſa interponatur tranſactio. l. elegantet. § ſi quis poſt. infra de condict. indeb. dict. l. 1. & l. & poſt hic. Quæri hic tamen ſolet ab interpretibus, quid inter pactum interque tranſactionem interſit? Sed quia hanc quæſtionem explicaui in commentario noſtro, tit. de pactis ad l. iuriſgẽtium. de ea hic nihil dicturus ſum; quare ad cætera progredior, quæ maiorem vtilitatẽ habere videntur. ſcilicet quæ perſonæ poſſint legitime ſuper lite mota, controuerſiaque tranſigere: quæ vero à tranſactione iure ipſo repellantur legitima. Non hic de omnibus tractatur perſonis, ſed de iis tantum, de quibus olim apud veteres dubitatum fuit. veluti de procuratore, ſyndico, ciuitatis defenſore, de patre, &c. de quibus omnibus ordine dicemus. In primis igitur quæſitum eſt à veteribus an procurator nomine domini tranſigere poſſit. In qua quæſtione arguta & ſubtili vtendũ eſt diſtinctione: diſtinguendus ſiquidem eſt procurator, cui libera vniuerſorum bonorum adminiſtratio cõceſſa eſt: diſtinguendus eſt etiam procurator, cui ſpecialiter & nominatim vt tranſigat eſt mandatum. Diſtinguendus eſt etiam procurator qui in rem ſuam conſtitutus eſt, ab eo qui generaliter ad vnam litem exercendam, aut aliud quodpiam negocium gerendum conſtitutus eſt. Nam is qui omnium bonorum liberam adminiſtrationem habet, tranſigere & omnia alia quæ dominus ipſe faceret, ſi præſens adeſſet, libere facere, audacterq; adminiſtrare poteſt. l. procurator cui. 58. infra de procurator. & l. iuſiurandum. 17. § vlt. infra de iureiurand. de eo, cui ſpecialiter mandatum eſt vt trãſigat, nemo vt puto dubitat. Nam ſi mandatum ſuſceptum ſit, nec mandatarius id impleuerit, cum iuſtam cauſam nõ haberet non implendi, nec renuntiauerit opportune mandato: ipſa tenetur mandati actione. l. ſi mandauero. § vlt & l. ſi quis alicui, § qui ſuſcepit, infra mandat. Procurator omnis diligenter mandatum adimplere debet. l. diligenter. infra mandati. de procuratore in rem ſuam conſtituto dubitandum etiam non eſt, quin is recte tranſigere ac decidere cum aduerſario poſſit. Is enim cui ceſſa aut mandata eſt actio, in propria cauſa magis quàm aliena tranſigere videtur. l. qui ſtipendia. Cod. de procurator. Procurator autem ſimpliciter, aut generaliter conſtitutus, tranſigere non poteſt. is enim actionem tantum habet. leg. mandato generali. 60. infra de procurat. opus igitur ſpeciali habebit mandato vt rite tranſigere poſſit, aut ratihabitione domini: & ſic noſtra diſtinctione diligenter animaduerſa ſuoque pondere legitime expenſa ceſſabit & difficultas & antinomia, quæ videtur eſſe inter d. l. procurator cui generaliter, infra de procurat. & l. iuſiurandũ. 17. § vlt. infra de iureiurand. & d. l. mandato generali. Nam iuriſconſultus in d. l. mandato generali, nõ loquitur de procuratore liberam vniuerſorũ bonorũ adminiſtrationẽ habente, ſed de eo qui generaliter ad vnam litẽ exercendã datus eſt, vulgo procuratorẽ ad lites vocãt: & is cauſæ actionem tantum habet, non deciſionem. l. tranſactionis placidũ. 7. Cod. eod. Quod diximus eum totorum bonorum aut vniuerſarum rerum liberam adminiſtrationem habet, tranſigere poſſe, intelligendum eſt, modo ei deficiant probationes. Nam ſi non deficiant probationes, eique ſit copia teſtium quibus id quod intẽdit probare poſſit, & ideo clara ſit non dubia domini ſui cauſa, tranſigere nullo poterit modo. Gratis enim, & ſine iuſta cauſa remittere quod domino ſuo debetur, non debet. Nam hoc adminiſtrare non eſt, ſed profundere potius & diſſipare, argumento l. tutor. infra de iureiurando. & l. Præſes prouinciæ. C. hoc tit.

De perſonis quæ tranſigere poſſunt.

Alia quæſtio tractatur de procuratore Cæſaris, an videlicet is tranſigere poſſit. Et puto non poſſe, niſi ſpeciale mandatum habeat. l. nulli. 13. hic. & ſic intelligenda eſſe verba iuriſconſulti nulli procuratorum principis, inconſulto principe, tranſigere licet, id eſt, ſine ſpeciali mandato. Quæritur etiam de defenſore ciuitatis, municipij, aut corporis alicuius qui ſyndicus dicitur, an is trãſigere poſſit. Et idem de eo, quod de procuratore ſimplici dicendũ eſt. Nẽpe eum nõ poſſe tranſigere nec iuſiurandum deferre, ſine ſpeciali mandato, quia vniuerſorum bonorum ciuitatis adminiſtrationem libe-

In euidenti calumnia et vexatione nullus eſt tranſactioni locus.

ram non habet, argumento l. iuſiurandum. 34 §. defenſor. infra de iureiurand.

Alia ſuboritur quæſtio, quæ & tractatur & agitatur de patre ſcilicet, an de bonis filiorum ſuorum legitime tranſigere poſſit, necne. Et iuriſconſultus in leg. de re. 10. hoc titulo ait, de re filiorum, quas pater in ſua non habet poteſtate, eum tranſigere non poſſe. vnde à contrario colligi poteſt, aliud dicendum eſſe, de bonis eorum, quos in ſua habet poteſtate, veluti de profectitiis & aduentitiis, etiam quorum adminiſtrationem habet pater, vt legitimus adminiſtrator, propter vſumfructum quem habet in iis bonis, de iis tranſigere poteſt, tanquam bonus & prudens paterfamilias. Ea autem donare, aut profundere non poteſt, quemadmodum de procuratore vniuerſarum rerum ſupra diximus. leg. tranſactione matris. 36. Codi. eodem titulo. vt enim filius conditionem patris deteriorem facere non poteſt, ita pater filiorum ſuorum conditionem deteriorem in bonis aduentitiis facere non poteſt, niſi in certis exceptis caſibus. l. filius. Cod. de pact. l. 1. Cod. de bonis mater. §. cum oportet. Co. de bonis quæ liber.

Alia quæſtio tractatur de ægro corpore, an is qui æger eſt corpore, tranſigere poſſit. Imperator de hac conſultus quæſtione reſcripſit, ſanum mente, licet ægrum corpore, recte tranſigere poſſe. l. ſanum mente, 27. Cod. hic. huc pertinet l. 2. infra de teſtam. & l. Senium. 3. C. qui teſtam. facere poſſ. Hoc tamen intelligendum eſt, niſi ille corporis morbus, vſque ad animum perueniat, eumque vitiet, quod aliquando accidit l. 1. §. interdum. & l. ob quæ vitia. infra de ædilit. edict. Hinc notarij noſtri, ſiue tabelliones publicis in ſuis tabulis, ſeu inſtrumentis hæc verba apponere ſolent, *Eſtant ſain d'eſprit non de corps*. Hæc iam de perſonis dicta ſufficiant. Supereſt autem vt de rebus agamus.

Cap. II.

De quibus rebus tranſigere poſſimus.

IN primis indubitatum eſt, de re dubia tantum & lite incerta tranſactionem factam valere. leg. prim. hic. de re certa igitur non valeret tranſactio. leg. 2. Codice eodem. Ex quo apparet, vt tranſactio valeat, non requiri neceſſario iam motam eſſe litem, aut controuerſiam, ſed ſolum timorem aut ſuſpicionem litis futuræ ſufficere, modo ceſſet, vt ſupra dictum eſt, euidens tranſigentium calumnia, quia tunc non tam tranſactio, quàm ſordida concuſſio facta eſſe intelligeretur. dict. leg 2. & l. 1. §. penul. infra de calumn. & l. in ſumma, infra de condict. indeb. huc quoque pertinet l. eum proponas. Cod. hoc titulo. hinc Tabelliones inſtrumenta tranſactionum conficientes, his verbis vti ſolent, propter litem motam vel mouendam. Si igitur euidens appareat calumnia, veluti ſi lis fingatur vt fiat tranſactio, vel, vt iam facta confirmetur, quæ alias rata non erat, pro nulla ipſa habebitur tranſactio. l. eum. 2. §. ſi cum lis. hoc titulo. & d. leg. in ſumma.

Et iam dictis conſequens eſt, poſt rem iudicatam, aut iureiurando deciſam, tranſactionem factam nullius eſſe momẽti, quia per ſentẽtiam & iuſiurandum lis incerta eſſe deſiit. leg. 1. & l. 2. hic. Huius rei ratio obſcura non eſt, quamuis plerique fatentur qui de hac re ſcripſerũt, obſcuram eſſe. Inquiunt enim: Cur mihi non licet remittere quod mihi per ſententiam adiudicatum eſt? l. iuriſgentium. §. ſi paciſcat. ſupra de pact. Hæc ratio mihi eſſe videtur: quia deeſt conſenſus & voluntas donandi, atque remittendi, cum quis tranſigere ſe velle ait. Non eſt dubium quin poſſit quis remittere quod ſibi iudex per ſententiam adiudicauit, ſed tranſactio non erit: tranſactio enim donandi animo facta non valet: quia qui tranſigere vult, non habet animum donandi, non videtur velle gratis remittere. l. ſuus. Cod. de repud. hæredit. Quod diximus tranſactionem poſt ſentẽtiam factam non valere, nec tranſactionem eſſe, non ſimpliciter verum eſt. Sunt enim quidam caſus in quibus etiam poſt rem iudicatam trãſactio facta valet, hos caſus recitabimus ordine. Vnus eſt ſi appellatũ ſit à ſententia l. & poſt rem 7. & l. poſt rem 11. hoc titulo. Nam pronuntiatam extinguitur aut ſaltem ſuſpenditur prouocatione: huc que pertinet titulus, nihil noua. appell. pendent. in ſeptima parte Digeſtorum.

Secundus caſus eſt ſi appellari potuerit à ſententia, quamuis non ſit appellatum, veluti ſi tranſactio inita ſit intra illud tempus, quod datur ad appellandum, id eſt, intra ſpatium decem dierum. d. l. & poſt. 7. huc etiam pertinet tit. de appellat. & intra quæ tempora.

Tertius caſus eſt, ſi negetur iudicatum eſſe, quia lis adhuc incerta eſſe nõ deſiit. l. 1. & l. poſt rẽ. hoc titulo.

Quartus eſt, ſi cauſa cognita reſtitutio in integrum impetrata fuerit. l. ſi cauſa cognita. Cod. eod. titu. Nam ſicut appellatione ſuſpenditur vis & effectus rei iudicatæ, ita etiam reſtitutione in integrum. Hoc verum eſt ſecundum ius ciuile, ſed ſecundum ius Pontificium aliquando reſtitutione in integrũ poſtulata non ſuſpenditur effectus ſententiæ. Nec obſeruatur quod dicitur nihil nouand. reſtitu. in integrum poſtulata. libr. 2. Cod. tit. 48. Nam aliquod eo iure nouari poteſt. cap. ſuſcitata de reſtitut. in integrum extra. Hodie vero per Gallias, moribus noſtris ſententia mittitur executioni, lite ſuper reſtitutione in integrum pendente. Ex quo apparet, magis derogatum eſſe iuri ciuili, per mores noſtros, quàm per ius canonicum. Ius enim canonicum non permittit ſententiam ſuſpendi per reſtitutionem in integrum, ſi ex circumſtantia cauſæ æquum iudici videatur, cuius arbitrio id committitur, ſententiam ſcilicet, pendente cognitione reſtitutionis in integrum, interim exequendam eſſe, veluti ſi cauſa reſtitutionis in integrum longiorem requirat inquiſitionem, & ſtatim non poſſit docere, qui reſtitutionem petit, certis rationibus ſe in priſtinum remitti ſtatum. Idem dicendum eſt, ſi malitioſe petatur reſtitutio, remorandæ executionis cauſa, ſi veriſimiliter appareat diploma reſtitutionis per malitiam impetratum, vt vera rei impediatur executio, tunc ratio exigit, vt interim ſententia executioni mandetur, modo is ſecundum quem lata eſt ſententia, cautionem idoneam præſtet, ſeu ſi ſuccumbat, reſtitutionem. Conſtitutionem enim Pontificis vberius multo interpretamur moribus noſtris. Nempe vt cum petitur reſtitutio aduerſus ſententiam aut inſtrumentum publicè confectum à tabellionibus publicis, quod paratum habet executionem ſicut res iudicata, nunquam differatur executio prætextu reſtitutionis in integrum.

Hic tractatur quæſtio ad hunc locum maxime pertinens, videlicet an in cauſa criminali tranſigere liceat. Criminalem autẽ cauſam hic accipimus pro accuſatione, qua pœna capitis irrogatur, aliquando enim cauſa criminalis accipitur pro deportatione. l. crimẽ. de verborum ſignificatione. & l. edicto. de bon. poſſeſſ. & certum eſt de crimine, ex quo pœna mortis irrogatur, tranſigi poſſe: ignoſcitur enim reo qui ſanguinem ſuum qualitercunque redemptum voluit. l. 1. infra de bon. eorum qui ante ſententiam. Creditur enim in vitæ diſcrimine non ſceleris conſcientia paciſci aut trãſigere. leg. tranſigere. Cod. eod. Ab eo tamen quod diximus de crimine tranſigere licere, excipitur crimẽ adulterij, quamuis publicum ſit, & in eo pœna ſanguinis ingeratur. d. l. *Cur de crimine adulterij tranſigere non liceat.*
tranſigere. & l. quamuis. infra ad l. Iuliam de adulteriis. Sed cur crimen adulterij excipitur, & de crimine adulterij tranſigere non licet: cum de cæteris tranſigere permittatur? Hæc ratio mihi eſſe videtur, quia accuſatio adulterij, certis præcipue quibuſdã perſonis cõpetit, veluti conſanguineis & coniunctis, quibus turpe valde

eſſet

Digitized by Google

eſſet aliquid tranſactionis nomine accipere in hoc crimine. l. ſi pro comperto ſtupro, ad legem Iuliã de adult. & l. miles. §. 1. eod. titu. In aliis autem criminibus talis infamia & turpitudo ex parte eius cui accuſatio competit, non reperitur, ſi tranſigat, nec etiam ex parte eius aduerſus quem datur, & ideo facilius multò tranſactio admittitur. Ex quibus conſequitur in aliis criminibus, quibus pœna ſanguinis non irrogatur, tranſactionem factam non valere, nec licere de his tranſigi citra falſi accuſationem. l. tranſigere 18. Cod. hoc titulo. & d. l. 1. de bon. eor. qui ante ſententiam. Nec iis eis delatorem corrompere permittitur. Qui enim delatorem corrumpit pretio dato, pro conuicto habetur. l. eius qui de iure fiſci.

De ſtatu perſonæ etiam quæritur, an in cauſa ſtatus tranſigere poſſimus? Et videtur nobis tranſigere non licere. Dubitatio ex eo naſcitur quod ſimplex pactio non ſufficiat ad aliquem ſubiiciendum alicuius dominio, & poteſtati. l. Nec volens, infra de liber. cauſa. Receptum tamen eſt, vt is qui de ſtatu ſuo periclitatur, trãſigere de eo poſſit. l. vltim. Cod. hoc tit. quãuis is qui certus eſt de ſtatu ſuo, tranſigere non poſſit. Hic obiter notandum eſt cauſam ſtatus & controuerſiam agitari debere coram magiſtratibus, & maioribus iudicibus, non autem coram pedaneis iudicibus, & priuatis, aut coram arbitris: id enim fauor ſtatus & libertatis poſtulat, vt maiores iudices de eo cognoſcant. Res enim inæſtimabilis eſt libertas, vt inquit Iuriſconſultus in l. Non diſtinguemus. de recept. arbit. & l. Placet. Cod. de peda. iudic. Huc pertinet §. cum ergo. Inſtitu. quib. ex cauſ. manu. nõ licet. Circa hunc locũ de rebus, de quibus tranſigere licet, aut non licet, quæſtio tractatur de alimentis, an de alimentis tranſigere permiſſum ſit? Extat de ea re oratio Diui Marci philoſophi, quæ ab Vlpia. in l. cum ij. 8. hic recitatur. Ex qua ſummatim colligi poteſt, tranſigi poſſe de alimentis præteritis, de futuris autem alimentis non licere tranſigere, ſine cauſæ cognitione, id eſt, niſi interueniat decretum Prætoris. Quod autem dicitur de alimentis in futurum relictis non licere ſine decreto Prætoris tranſigere, intelligendum eſt de alimentis teſtamento relictis, aut donatione cauſa mortis, quæ legato comparatur. Nam de aliis alimentis alio modo relictis autoritate Prætoris tranſigi poteſt: hæc enim omnia quæ de alimentis dicuntur, ita ſunt conſtituta, vt ſeruetur teſtatoris voluntas: veriſimile enim eſt, teſtatorem ita voluiſſe alimenta præſtari, vt ordinauit, quod non tantum ſperauerit de eius, cui alimenta reliquit, frugalitate, vt ſumma aliqua vel quantitas pro alimentis acciperetur. dict. cum hi. §. modus. ideoque Prætor in cauſæ cognitione rationem habebit omnium circumſtantiarum. Aduertendum eſt quod in quibuſdam libris male legitur *ſequoris*, melius legitur *ſenioris*, vt in l. ſed ii vnos. §. quod autem. infra de iniuriis. leg. eum qui. infra de annis legatis. Aduerſus ea quæ de alimentis diximus obiicitur regula vulgaris, Qui ante diem ſoluit, plus ſoluere intelligi. §. plus autem. Inſtitut. de actio. Quod cum ita ſit, conqueri non debet is cui alimenta relicta ſunt in aliquot annos, ſi ei repræſentetur pecunia pro alimentis. Sed iuriſconſultus in dict. l. cum hi. oſtendit conſiderandum eſſe quo conſilio, quáve mente alimenta, aut aliud quidpiam ſimile reliquerit teſtator, vt eius voluntas, quantum fieri poteſt, ſeruetur. Huc pertinet dict. l. eum qui. de annis legat. modo quæritur, quæ forma ſeruari debeat in tranſactione ineunda.

Cap. III.

Quomodo fiat tranſactio.

Circa quod imprimis notandum eſt, tranſactionem omni metu omnique carere dolo debere, de vtroque ſeparatim dicamus, & primum de metu. Et ſi tranſactio metu inita ipſo iure irrita non ſit, quia voluntas quamuis coacta, voluntas tamen eſt l. ſi mulier. §. ſi metu. infra de eo quod met. cauſ. tamen beneficio Prætoris reſcinditur. l. interpoſitas. 13. Cod. eod. Edictum enim propoſuit Prætor, quo reſcindit ea quæ metu geſta ſunt. l. 1. infra de eo quod met. cauſ. de quo poſtea dicemus. Quod autem diximus Prætorem reſcindere tranſactionem metu initam, intelligendum eſt, ſi iuſta ſit cauſa reſcindendæ tranſactionis. Non enim quilibet metus ſufficit, ad eam reſcindendam tranſactionem, metu factam, ſed is metus requiritur qui in virum conſtantem cadat. l. 3. & l. 6. infra de eo quod met. cauſ. veluti qui ſalutis periculum, aut cruciatum corporis continet. dict. l. interpoſitas. 13 Cod. hoc titulo. l. 3. 4. 5. & 6. infra de eo quod met. cauſa. Quem quidem metum is probare tenetur, qui ſe metu compulſum eſſe ait, vt tranſigeret. dict. l. interpoſitas. & l. non eſt. de eo quod met. cauſa. Cum autem tranſactio præſentibus amicis, aut parentibus facta eſſe proponitur, metus prætextu reſcindi non poteſt, quia tunc præſumptio metus maxime ceſſat. l. tranſactione 11. 35. Cod. eod. huc pertinet quod dicitur in l. vltim. in princip. de eo quod met. cauſ. non enim credibile eſt aliquem interuenientibus amicis ſuis, & coniunctis, aut in vrbe qui in poteſtate eſt conſtitutus, metu coactum eſſe, ad tranſigendum aut ſoluendum. Hæc de metu dicta ſint. Nũc de dolo videamus Quemadmodum Prætor, tranſactionem metu factam, ratam non habet, ita etiam dolo initam reſcindit, ad quod ſufficit Prætoris edictum, quod extat in l. iuriſgentium. §. pacta. ſupra de pact. cum pacto nudo aliquando fiat. l. qui cum tutoribus. §. qui per fallaciam. hic. Dolus etiam probãdus eſt, quemadmodum metum probandum eſſe diximus dict. leg interpoſitas. 13. & l. ſi maior. Cod. eod. Non enim ſufficit proteſtari, aut dicere coram magiſtratu, ſe dolo aduerſarij inductum eſſe ad tranſigendum, vt ipſa reſcindatur tranſactio, ſed eum probare oportet dolum. l. quoties. §. qui dolo. de prob. Et hoc generaliter verum eſt. Huc pertinet quod dicitur in l. metum. de eo quod met. cauſa. Sed quomodo quis probare poterit, ſe dolo inductum fuiſſe ad tranſigendum, aut aliquid aliud faciendum? Hoc impoſſibile videtur. Imperator in l. dolum. Cod. de dolo, docet recurrendum eſſe ad indicia, & coniecturas, quas bonus, & æquus iudex prudenter examinabit. Eſt enim quæſtio facti, magis quam iuris. Si igitur aduerſarius docere poſſit, ſe dolo inductum fuiſſe, tunc Prætor reſcindet quod geſtum eſt. Qui tamen ſciens & prudens tranſegit, donauit, aut aliquid aliud fecit, cum ſciuit & intellexit ſe dolo induci, & circumueniri ab aduerſario, non eſt audiendus id petens quod ab eo geſtum eſt reſcindi, cum volẽtibus & conſentiẽtibus nulla fiat iniuria, neque fraus. l. cum donationis. 34. Cod. hic. Eſt locus tamen communis de dolo notandus, quia quotidianus & valde vſitatus eſt. Dolus volenti non infertur. l. 1. de iniuriis. l. 1. de act. empt. & dict. l. cum donationis. Quod diximus tranſactionem dolo initam reſcindi, cum exceptione intelligendum eſt, quæ extat in leg. tranſactione. 30. Cod eod. niſi is qui reſtitui poſtulat, particeps doli fuerit, tunc enim non auditur, & dolus dolo compenſatur ex l. ſi duo. infra de dolo. paria enim delicta mutua compenſatione diſſoluuntur. l. viro atque vxore. 40. ſolut. matri. huc pertinet l. cum pater. §. Titio. de lega. 2. Deinde non tantum ſtipulatione, ſed etiam pacto conuento, ſine ſtipulatione fieri poteſt tranſactio. l. 2. hic. vt cum paciſcor ne petam, quod in iudicium deductum eſt. Aliquando ſtipulatione Aquiliana, pacto conuento ſubiecta, illius confirmandi cauſa, fit tranſactio. l. pacto conuento. hic. l. iuriſgentium. §. Quod fere. ſupra de pact. Quæ autem illa ſit ſtipulatio Aquiliana docet Iuſtinianus in

Indicia & coniectura prudenter examinari debent.

non reſcindi, adeo verum eſt, vt etiam ſi is qui ſpe hæreditatis futuræ conſequendæ tranſegit, deluſus fuerit, & ſpe ceciderit, quia hæres inſtitutus non eſt, non audiatur hoc prætextu tranſactionem retractari volens, quod ſpes eum fefellerit, & ſic deceptus ſit. l. ſi minores.25.Cod. eod. & l.cum donationis. C. eod. Idem dicendum eſt & ſi conueniſſent, vt hæres inſtitueretur, quia hæc pactio eſt contraria bonis moribus. l. ſi repetendi.7.Cod.de condict.ob cauſ.dator. Poſtremo, quod de vi & effectu tranſactionis dictum eſt, locum habet etiamſi poſt tranſactionem inſtrumenta reperta ſint, quibus poſſit aduerſarius ſe nõ fuiſſe obligatum oſtendere, eiuſq; rei poſſit fidem iudici facere. l. ſub prætextu.Cod.eod.titu. quod etiam in cauſa, ſententia iudicis definita locum habet,& iureiurãdo deciſa.l. ſub ſpecie. Cod.de re iudic.& l.admouendi.infra de iureiur.

Quamuis quod diximus cauſam tranſactione deciſam retractari non poſſe, verum ſit, perpetuo tamen non eſt: exceptiones enim quaſdam habet, de quibus hic dicemus.

Vna eſt, quod tranſactio mutuo conſenſu tranſigentium diſſolui poteſt l.ſi diuerſa.14.C. hoc titul. l. prout. de ſolut. Nec id mirum videri debet. Nam cum tranſactio mutuo conſenſu fiat, dubium non eſt, quin contrario diſſenſu ab ea recedi poſſit. l.nihil tam naturale de regul. iuris. Quod locum habet, etiam ſi res integra non ſit, quia iam aliquid ſolutum eſt, hoc enim verum eſt ſi vnus velit à tranſactione reſilire, alter autem ratam manere, hoc ſatis apparet ex verbis d. l. ſi diuerſa. 14. hoc tit.

Secunda exceptio eſt, ſi tranſactio cũ minore. 25.annis facta ſit, maioris 25.annis ſit mentio in l.non minore n 20.hic in fin. in l.ſi maiores 25. in l.ſi maior 36. in l. ſi quis maior 41.Cod.hoc tit. ex quibus omnibus locis, à contrario ſenſu colligere licet tranſactionem cum minore 25.annis factam reſcindi poſſe.

Notandum tamen eſt, antequam minor reſcindi trãſactionem petere poſſit, tria docere eum oportere, Inprimis docere debet ſe minorem eſſe, deinde ſe circumſcriptum eſſe. Tertio ſe circumſcriptum lubrico ætatis, quod locum habet, non ſolum cum minor aduerſus tranſactionem vult in integrum reſtitui, ſed etiam cum aduerſus venditionem,& alium quemcunque contractum, à ſe initum. Sed quando minor reſtitui poſſit aduerſus trãſactionem, plenius dicemus in explicatione tit. 32.lib.C. Si aduerſ.tranſact.minor.&c. Aliquando enim ipſo iure adeo tutus eſt minor, vt nõ indigeat reſtitutione. Tertia exceptio eſt ſi ex falſis inſtrumentis fuerit tranſactum.l.penult. C.eod tit. huc pertinet lex, Diuus Pius ad legem Corneliam de falſis. Idem dicitur de ſententia, in leg.diuus.Infra de re iudicata.

Secundo, circa effectum tranſactionis notãdum eſt, tranſactionem cum vna perſona factam, ad aliam non extendi, id eſt, neque ei nocere, neque prodeſſe.l.3.hoc titul. Quod generaliter locũ habet in omnibus pactionibus.l.ſi vnus.§.ante omnia.ſupra de pact. Priuatis pactionibus, inquit Iuriſconſultus, non dubium eſt ius ceterorum nõ lædi. Ideo dixit, priuatis pactionibus, quod publicæ plerunque aliis noceant, cum quibus tamen factę non ſunt huic l.3.aduerſari videtur & l.controuerſia. 14.infra hoc titul. tranſactiõ inter legitimũ & ſcriptum hæredem facta, creditoribus defuncti nocet, quamuis cum eis non ſit tranſactum: hac enim tranſactione ſit, vt non tantum ſcriptum hæredem, ſed etiam legitimum conuenire debeant. Sed hoc vtilitatis cauſa receptum eſt, propter incertitudinem ſucceſſionis, quia dubitatur, vter horum futurus eſſet hæres. Quod igitur dicitur in dict. l.cõtrouerſia.exceptio eſt eius, quod dicitur in dict. l.3. Alia etiam exceptio continetur in l. vltimi. huius tituli. vbi debitor ſe tuetur exceptione pacti cum venditore hæreditatis initi, aduerſus emptorem, & fideicommiſſarium, ſed æquitas ſuadet, vt debitori ignoranti vẽditam eſſe hæreditatem exceptio non denegetur. Huc pertinet l.3.Cod.de nouat.& l.3.de hęred.vel actio.vendit. Sed vt ad regulam noſtram ſecundam redeamus, eius exemplum eſt in l.1.Cod. eod. Tres tutores dati erãt pupillo, is finita tutela egit actione tutelæ aduerſus ſuos tutores: tandem cum duobus ex ſuis tutoribus trãſegit, quæſitum eſt, an illa trãſactio tertio tutori cũ quo non tranſegit, prodeſſet? Imperator de hac quæſtione conſultus reſcripſit, hanc tranſactionem tertio non prodeſſe, eumque in ſolidum conueniri poſſe. Dubitatio tamẽ ex eo oriebatur, quod obligatio & actio qua tenentur tutores, ſi inter eos cõmunis. Tametſi hoc, quod Imperator reſcripſit verum ſit, tamen cum quibuſdam exceptionibus intelligenda videntur, quæ ſequuntur.

Prima exceptio, ſi diuerſa ſit eorum adminiſtratio, aut diuiſio tutelæ inter eos facta ſit. Nam cum hoc accidit, vnus in ſolidum non tenetur.l.2.C.de diuid.tutel.

Secunda exceptio eſt, ſi tutor honorarius conueniatur ante eos, qui adminiſtrarunt, quia is exceptionem ordinis obiicere poteſt, vt is prius conueniatur qui geſſit. Huc pertinet titulus, ſi tutor vel curator. l. vlt. C. de diuid. tutel. l. ſi plures. de adminiſtrat.tut. Honorarius tamen tutor non liberatur actione tutelæ, tametſi non geſſerit,& ante alios, qui geſſerunt conueniri nõ poſſit.

Tertia exceptio eſt, ſi omnes geſſerint,& omnes ſoluendo ſint. Nam hoc caſu, ſi vnus in ſolidum conueniatur à pupillo, is exceptione diuiſionis repelletur. Hoc enim caſu pupillo nõ nocet, nec damnoſum eſt diuidere actionem ſuam,& agere aduerſus omnes tutores pro virilibus partibus.leg.1. §. nunc tractemus.de tutel.& rat. diſtrahend Si vero cum omnes geſſerunt, vnus ſoluendo non eſt, vel pupillus cum quibuſdam tranſegit, illa tranſactio aliis non proderit, nec impediet quo minus illi cum quibus tranſactum non eſt, in ſolidum poſſint conueniri, vt nec diuiſionis exceptio. Quod diximus tranſactionem cum vno ex tutoribus factam, aliis neque prodeſſe neque nocere intelligendum eſt cum exceptione, niſi aliquid tranſactionis nomine acceperit minor. Nam quod accepit, aliis tutoribus prodeſt, qui poſtea conuenientur in ſolidum.l.ſi duobus, de tutel.& rat.& cedere actiones tenetur.

His quę de effectu tranſactionis dicta ſunt, addẽdum eſt, trãſactionem de vna re factam, ad aliam non extendi, id quod de pactis generaliter à nobis ſupra traditum eſt ex l.ſi vnus.§ ante omnia.ſupra de pact.l. Qui cũ tutoribus.hic.& l.age.3.C.eu. Ex qua lege obiter notãdum eſt actionem negotiorum geſtorum bonæ fidei eſſe.

Præterea circa vim & effectum tranſactionis notandum eſt, tranſactionem generaliter factam omnia complecti etiam ea de quibus cogitatum forte non fuit à tranſigentibus. leg. ſub prætextu ſpecierum. Cod. eod. veluti cum de omnibus negotiis & litibus facta eſt trãſactio, quamuis de certis quibuſdam tantum ſpeciebus lis mota fuerit. Nam quando tranſigentes eo animo fuerunt, vt de omnibus generaliter litibus tranſigerent, etſi mentionem ſpecialiter ſingularum litium & negotiorum fecerint: ſi tamen veriſimiliter appareat, ex verbis & mente tranſigentium, eos, ſi de iis mentio facta fuiſſet, de iis etiam voluiſſe tranſigere, illa generali trãſactione omnia comprehendi voluiſſe intelliguntur, & rurſus vera erit regula dict.l.ſub prætextu. Quantumuis enim alias generalis tranſactio fiat, non comprehendit niſi ea, de quibus veriſimiliter actum eſſe apparet. Nam verba tranſigentium captanda non ſunt, ſed eorum mẽs & voluntas inſpicienda. Exempli gratia, ſi tranſactio de vna certa re & lite facta ſit, & hæc verba adſcripta ſint, nihil amplius peti, quæ generalia ſunt ad eam ſpeciem de qua actum fuit, vt eius nomine nihil amplius

Verba tranſigentium captanda non ſunt, ſed eorum mens, & voluntas inſpicienda.

ab aduocatione abeſſe debet.

rum.& l.quiſquis.C.eo.l.1.§.in honorariis, infra de extraord.cognit.Qua de re videndus eſt Cęcilius in epiſt. & Tacitus lib. 11. Annalium. Alius locus ſequitur in quo tractatur

Cap. IIII.

De his qui prohibentur pro aliis poſtulare.

TRia ſunt perſonarum genera,quibus pro ſe tantũ, nõ etiam pro aliis poſtulare, apud prætorem permittitur.In primis fœmina,quia hoc officium à pudore muliebri alienum eſt.d.l.1.§.ſecundo loco.l. fœminæ. de reg.iur. Qua propter etſi mulier inſignis prudentię, eruditionis, facundiæ reperiatur, qualem fuiſſe Gracchorum matrem Corneliam memoriæ eſt proditum, nihilominus hoc ei permittendum non erit, licet vnius mulieris impudentia cauſam huic dederit edicto:cuius meminit Valerius maximus, lib. cap. 3. finis enim & ratio edicti, magis quàm cauſa, ſiue occaſio, quæ prætorem ad proponendum edictum impulerit,ſpectanda eſt,argumento l.damus. infra de condict. indict. indebiti.Eodem quoque edicto,cęcus pro aliis poſtulare vetitus eſt,quod magiſtratus inſignia videre, vt ait Vlpianus,& revereri nõ poſſit.d.l.1.§.caſum.hic.Ex quo loco illud etiam in tranſcurſu obſeruandum eſt, quod iam diximus,in iudicibus datis ſeu pedaneis,huius prohibitionis cauſam ceſſare.Cæcus tamen iudex dari, & iudicandi officio fungi poteſt. l. cæcus.infra de iudic. Itaque ab interpretibus diſſenſio, qui ita demum iudicãdi officiũ exercere eum poſſe cenſent, ſi ante cæcitatẽ datus fuerit. Nam nec vlla lex eſt, quæ iudicem dari eum prohibeat,nec iudicio caret, vt ceteri, qui à munere iudicandi idcirco remouentur.l.cum prætor. infra de iudiciis. Etſi enim alba & atra luminibus amiſſis diſcernere nequeat, protinũs ne ad iuſtitiæ atq; iniuſtitiæ cognitionem diſcretionẽque minus erit idoneus:cuius rei exempla inquirere volentibus non deerunt. Vide Ciceronem lib.5.quęſt.Tuſcul.ſed Accurſius ignoratione antiquitatis lapſus eſt,qui,quid inter iudicem datum & magiſtratum intereſſet, in hoc Vlpiani loco ne per ſomnium quidẽ vnquã cogitauit,quod à nobis non indiligẽter ſupra demõſtratum eſt in l.iuris gentiũ.§.2.ſup. de pact.Alius locus huius tituli eſt,in quo tractatur

Cornelia Gracchorum mater: matrona veruſtis doctrinaque ornata.

Cap. V.

De his qui ob turpitudinem ſuam à poſtulando pro aliis repelluntur.

EX genere eorum, qui ob turpitudinem ſuam à poſtulando pro aliis repelluntur, ſunt, muliebria paſſus:deinde capitali crimine, aut calumniæ cauſa publico iudicio damnatus: præterea qui operas ſuas vt cum beſtiis in arena pugnaret locauit.dict.leg.1.§.remouet. hic.Idem dicendum eſt, & ſi quis nulla pacta mercede pugnauerit, deinde paſſus ſit in arena ſe honorari, id eſt, vt ego interpretor, præmio aliquo ob eam cauſam affici. Nam honos interdum pro præmio accipitur, vt apud Græcos *τιμὴ*.Vide Ciceronem pro Roſc. Ameri. leg.item ſi verberatum. de rei vindicat. leg.1. de extraordina.cognitio.vnde honorarium dictum eſt.leg.1.infra ſi mẽſor falſum modum dixer. Tametſi autem prætor ſimpliciter loquatur in hoc edicto, tamen ex bono & æquo excipiuntur tutor & curator, qui neceſſario funguntur officio,& ſuam quodammodo cauſam videtur tueri.leg.puto. hoc titul. Alius locus ſequitur huius tituli in quo tractatur

Cap. VI.

De his qui non pro ſe & certis perſonis poſtulare poſſunt.

QVi edicto vt infames notantur. l. 1. infra titulo proximo.& quædam item aliæ perſonæ, quę veteribus legibus,& ſenatuſconſultis expreſſæ ſunt,niſi impetrata à Principe,aut Senatu in integrum reſtitutione, ad poſtulandum non admittuntur:præterquam pro parente,patrono,liberis,fratre,pupillo, &c.d.l.1.§.vt initio,cum ſequen.l. 2. cum ſequent. Nam quod ad tutorem attinet,quẽ ſupra diximus neceſſario fungi officio, vſque adeo id ei permittitur, vt vel aduerſus fiſcũ, pro quo ante aduocatus fuit, contra patrem pupilli, ipſi pupillo adeſſe poſſit,nec pœnam præuaricationis metuat. l. penultima & vltima hic. Ab eo autem quod hic dicitur de infamibus, excipiendus eſt caſus,cum videlicet exilio temporario quis mulctandus eſt ex eo crimine quod infamiam importat. Nam & ſi finito tempore inter infames habeatur.l.ad tempus de decurionibus.l. Qui cum vno.§.ad tempus.de re milit. tamen hæc infamia ad poſtulationem effectum ſuum non porrigit.Idque propter reſcriptum Adriani (quod Papinianus refert) Imperatoris. hic. Eadem eſt inſcriptio l. Imperator. & l.ad tempus.Poſtremus locus huius tit.eſt

Cap. VII.

De effectu probationis.

SVnt & aliæ cauſæ (non enim omnes edicto comprehendi potuerunt)quę magiſtratum mouere poſſunt, vt aduocato interdicat poſtulatione. Sed notandum eſt, multum referre, in quibus verbis concipiatur ea interdictio, nam ſi nominatim prohibuerit ei, ne apud ſe ad tempus certum poſtulet, nec apud ſucceſſorem ipſius, nec elapſo eo tempore, prohibitur intelligitur.l.puto.& l.Imperator.hoc tit. Quod ſi ſimpliciter facta ſit prohibitio,ex traditione eius,qui prohibuit, nullas vires habet, niſi forte prohibito, ſimul infamiæ nota iniuſta ſit.l.ex ea cauſa.hic. Ex quacunq; vero cauſa quis prohibeatur, ne conſentiente quidem aduerſario poſtulare poterit.l.Quos prohibet.hic.

TIT. II. LIB. III. PANDECT.

Cap. I.

De his qui notantur infamia.

QVia edicto de poſtulando, generali clauſula continentur, qui à poſtulando tanquam infames excluduntur, igitur poſt titulum de poſtulando ſequitur titulus de his, qui notantur infamia, quo reſpectu hoc loco hic titulus eſt poſitus, licet infamium cognitio, & in accuſationibus & in popularibus actionibus, & in teſtimoniis dicendis, atque etiam in dignitatibus honoribúſque ambiendis, locum habeat. l. is qui. infra de accuſat.& l.popularis.4.de popul.act. l.3. infra de teſtibus.l.a.C.de dignita.lib 12.Et quia variis modis quis infamia notatur, veluti re ipſa,atque opinione hominum, ipſaque auctoritate legis, de his ſeparatim dicemus.Et in primis

Capvt II.

De infamia ſcilicet,quam vulgo facti appellant.

HOminum opinione aliquando quis infamia notari dicitur, nam is, qui apud bonos & graues viros male audit, infamis dicitur, licet ei iure & legibus nulla irrogetur infamia.leg.ob hæc verba.hic.l. ea. leg. verbum,& leg.interlocutio. C.eod.l. honori. infra de obſequiis. Itaque eum qui reſtitutus eſt famæ, hac nota adhuc laborare exiſtimo, verumque eſſe quod ait Plautus in Pen.actio.3. Hominum immortalis eſt infamia, etiam tum viuit, cum eſſe credas mortuam.hinc Claudius Cæſar, cum cuidam notam infamiæ appoſitam deprecantibus familiaribus ademiſſet, litura tamen (inquit) extat, ſentiens remiſſa culpa infamiæ prioris veſtigium quidem manere. Hæc infamia tametſi neminem à poſtulando repellat, nec tam efficax ſit, quam ea, quæ iuris dicitur, effectu tamen non caret, vt ea a-

Qui apud bonos graueſque viros male audit, infamis dicitur. Elegãs Plauti ſententia de infamia. Claudij Cæſaris dictum de infamia.

lius iuris noſtri locis obſeruare licet. leg. honori.& leg. eos.infra de decurionib.l.infamia. Cod. eod.tit. l.2.C. de dignitat. l. fratres. Cod. de inoffic.teſtamen. l. Teſtium. in princip. leg. ob carmen. in fi. infra de teſtibus. ſed huius rei fuſior diſputatio in aliud tempus eſt reiicienda. Alius locus huius tit.ſequitur in quo quęritur

Cap. III.

De infamia iuris, quæ abſque ſententia irrogatur.

NOnnunquam infamia alicui irrogatur iure ciuili, etſi forte apud bonos viros non ſit grauata eius exiſtimatio, eaque iuris infamia vulgo appellatur: dupliciter autem id contingit. Vno modo cum lex factum ipſum notat, non ſentẽtia.l. pala n.§.quæ in adulterio.infra de ritu nup. Imperator. hic. vt ſi quis ab exercitu ignominiæ cauſa dimiſſus ſit, ſi artis ludicrę cauſa in ſcenam prodierit, ſi lenocinium fecerit, idque Prætoris edicto eſt expreſſum, ad cuius interpretationẽ videnda ſunt, quę Vlpianus ceteriq; iuris auctores ſcribunt in l.1.2.3.& 4 hic & l.penult. Cod.eod.titu.Quod autem eo edicto continetur de binis nuptiis eodem tẽpore conſtitutis, itemque de matrimonio intra tempus lugendi contracto, planius nemo explicare poteſt, quam ab iiſdem factum eſt Iuriſconſ.l. genero. cum ſeq. l. parentes. & l.vlt.hic. & l.decreto. C.eod.de eo, qui in carcerem coniectus eſt, qui abſtinuit ab hæreditate paterna, qui ceſſit bonis, qui non defendit negotia publica ſuæ patriæ, olim quidem dubitatum fuit, ſed reſcriptis Principum conſtat eos aliqua infamia non notari.l.1. l. neminem. l. debitores. C. eod. Alius locus ſequitur in quo tractatur

Cap. IIII.

De infamia iuris, quæ per ſententiam irrogatur.

ALiquando factum ac perſonam lex non notat, ſed ſententia.d.§.Quæ in adulterio, vt is demum hãc notam ſubeat, quæ feciſſe iudicatus eſt, cum in ſuprascriptis caſibus factum ipſum ſufficiat, nec ſit neceſſaria ſententia: cuius rei exempla in Prætoris edicto aliiſque locis habentur. leg.1. & l. Athletas, cum ſequentibus.l. non alia, hic. l. nullam. C. eod. ti. cum aliis ſimilibus. Sententiam autem accipimus iudicis, non arbitri, nec pronuntiationem quamlibet, ſed qua, cauſa cognita negocium diffiniatur.l.quid ergo. §. ex cõpromiſſo. cum ſequen. hic. ſed nec teſtis, cuius teſtimonium per ſententiam inter alios dictam, reprobatum eſt, quaſi ex falſi teſtimonio, inter infames habebitur, idque ex vulgari regula, qua dicitur, res inter alios actas aliis nõ nocere.l.Lucius.hic.& l. ſæpe.infra de re iudic.

Præterea damnatum ſuo nomine, non alieno, & directo iudicio non contrario accipere debemus. l. furti. §.ſi quis alieno.& §.vlt.& l.ſeruus.hic. Denique notandum eſt, ſi cui vltra legem grauior pœna infligatur exiſtimationem eius illibatam manere, quaſi duriore ſententia, non eo tranſanctum de fama videatur. l. quid ergo.§.pœna grauior.hic. Sed quid de paciſcente dicẽdum eſt? Et certum eſt in actionibus ex delicto, non ex contractu deſcendentibus, pactionem condemnationis vim habere, niſi pretoris iuſſu, aut gratis facta ſit.l.furti. §.pactus.l.in actionibus.hic.& l.non damnatos C eod. tit. de crimine ſtellionatus, cuius ſub hoc titulo ſit mentio, videnda ſunt, quæ in diſputationibus anniuerſariis ſcripſimus, & ſub tit.de crimi. ſtel. in 7. Digeſtorum parte. Quæri ſolet an damnatus exilio ad tempus, vel alia pœna, quæ infamiam irrogat, finito tempore inter infames habeatur? Et verius eſt inter infames haberi. l. ad tempus. Cod.eo. leg. ad tempus de decur. l. qui cum vno. §. ad tempus. de re militar. Atque ideo, nec ad honores, nec ad militiam, niſi fruſtra aſpirat, vt ex iam dictis patet legibus: Adrianus tamen ei poſtulare permiſit, quamuis alias infames non poſtulent, vt dixi ſub titu. de poſtulat. Non me mouet Reſcriptum Antonini apud Vlpianum in leg. generaliter.de decurionibus. Nam quatenus de ordine loquitur accipiendum eſt cum hac exceptione, niſi cauſa famoſa ſit ei.dict.leg.ad tempus. Sane contingit plerunque, vt crimen per ſe iudiciũ ve famoſum ſit, non tamen irrogetur infamia damnato, veluti ſi pœna grauior vltra legem impoſita ſit.dict. l. quid ergo. §. pœna grauior.hic & l Poſidonium. Cod.eod. titu. cuius legis duplex videtur fuiſſe ſententia, vna proconſulis de tempore vnius anni à qua prouocatum eſt, ſed interim reus ſententiam non exceſſit, atque ideo nulla cauſa eſt, cur pœna augeri debeat. Altera eſt ſententia Præfecti prætorio, de appellatione cognoſcentis, qua damnatur reus, quinque annorum exilio, cuius ſententiæ ſeueritas facit, vt de infamia tranſactum videatur.

Sententiæ ſeueritas facit, vt quandoque ſit de infamia tranſactum.

Item ſi mitior dicta ſit ſententia à iudice, propter ętatem rei, vel aliam huiuſmodi circunſtantiam: nam quamuis crimen per ſe famoſum ſit, & ſeuerior ſententia dici debuerit, ſi huius circunſtantiæ habita ratio non eſſet, tamen iudex propter circonſtantiam pœnam minuens oſtendit reum infamiæ nota dignum non eſſe. l. etſi ſeuerior. Cod.eod. Si igitur nulla ratione, ſed gratia tantum ductus, pœnam minuerit iudex, aliud dicendum erit. Nam & cum de pœna à iudice aucta loquimur, propter quam de infamia trãſactũ cum eo, videtur ſic accipiendum eſſe, cũ iudex motus nõ eſt circonſtantia aliqua, propter quam grauius delictum ſit, ſed vt, veluti compenſatione quadam facta, reum à pœna infamiæ vindicaret.

TIT. III. LIB. III.

PANDECT.

Cap. I.

De procuratorib. & defenſoribus. Ad rubricæ expoſitionem [illegible]

PRocurator in iure ciuili multiplex occurrit. In primis procurator Cæſaris, qui & rationalis, & procurator priuatæ rationis, & procurator diuinæ domus, vel etiam curator interdum appellatur. l. 1. & 2. ſupra de offic. procur. Cæſar. vbi diximus. Erat & procurator Reipublicæ, qui & ipſe curator rationalis & λογιστὴς dicebatur, cuius mentio eſt in l. 3. C. de mod. mulcta. & l.1 & fi.infra de adminiſt.rer.ad ciuit. pertinent. Alius procurator vniuerſitatis, ſeu collegij, vel corporis Reipublicæ minoris, qui actor & defenſor ſeu ſyndicus vniuerſitatis, aut ciuitatis appellatur, cuius mentio eſt in l. 1. item. infra quod cuiuſque vniuer. & l.1. infra de munerib. & honorib. Eſt & defenſor, qui vltro, & ſine mandato admittitur, ad reum defendendum, in ciuilibus, & criminalibus etiam quadamtenus.l.ſeruum.§.publice, hic. & §. ſi vero. Inſtit. de ſatiſdat. & hic in rub. Eſt etiam procurator priuatorum, de quo hic, & ſub titulo C. eo. diſſeritur. & is eſt qui ſuſcepto mandato aliena negotia curat, ſiue extra iudicium, ſiue in iudicio.l.1. hic. Eſt autẽ duplex hic procurator, generalis & ſpecialis, prior eſt cui generaliter omnia negotia mandantur. l. procurator totorum. hic. Eſt quoque duplex hic procurator generalis: vnus eſt, cui omnium bonorum atque negotiorum libera datur adminiſtratio, & à quo mandatum ſpeciale non exigitur. l. procurator cui. hic. Alius eſt, ſine libera adminiſtratione. l. mandato. hic. Procurator ſpecialis duplex quoq; eſt, vnus cui ſpecialiter vna cauſa, vnúmve negotium mandatur, quod genus mandati in certis quibuſdam negotiis eſt neceſſarium, cuius exemplum eſt in l. illud inſt. de minorib. & l. qui duos. hoc tit.

Alius

Alius eſt procurator ſpecialis, cui certum genus negotiorum committitur, & hic quoque duplex occurrit. alius eſt procurator negotioru͂ extra iudicialium, quales ſunt hodie receptores noſtri.

Alius eſt procurator negotiorum forenſium, ad agendum vel defendendum cauſas, qui procurator iudiciorum, ad iudicia, ad agendum, vel ad lites vulgo appellatur, ca. qui ad agendum. de procur. in 6. Quod munus iure ciuili nullam habet neceſſitatem, nec quiſquam inuitus cogitur ſuſcipere alienum negotium. l. inuitus. C. eod. Sed tamen hodie moribus noſtris munus eſt publicum. Creantur enim à Principe procuratores forenſes, cuiuſcunque fori, intra certum numerum, qui negotis priuatorum per iudicem ſuſcipere co-gu͂tur, inſtar aduocatorum in iure ciuili. l. nemini. C. de aduoc. diuerſ. iud. & generali appellatione etiam aduocati dici poſſunt, vt qui quoquouiſmodo in cauſis operãtur. l. §. aduocatos. infra de variis & extraordi. cognit. Hactenus de diuerſis procuratorum generibus, veniamus ad definitionem procuratoris, de quo agitur ſub hoc titulo. Psimus igitur locus huius tituli eſt,

Nullus inuitus alienum ſuſcipere cogitur negotium.

Capvt II.

Quid ſit procurator.

VSus procuratoris perqua͂ neceſſarius eſt, inquit Vlpianus in l. 1. §. vſus, hic. vt qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, aut nolunt, ſalte͂ per alios vel agere, vel co͂uenire [illegible] ſint. Vide͂dum igitur eſt, quid ſit procurator.

Pro[illegible]ator definitur ab eode͂ Vlpiano in l. 1. in princip. *Qu[illegible] aliena negotia mandatu domini adminiſtrat.* quæ definitio ex genere, & differentiis co͂ſtare videtur. Nam adminiſtrare verbum, quo Iuriſconſultus vſus, generale eſt: pertinet enim ad alios quàm ad procuratores, exempli gratia, Præſes prouinciæ, ſyndicus, tutor, curator, adminiſtrant, qui tamen proprie procuratores no͂ ſunt.

Deinde dicitur in definitione *negotia*. Hoc verbum tam de iis negotiis, quæ in iudicio adminiſtra͂tur, quam de iis, quæ extra iudicium, accipere debemus, quamuis vnum tantum negotium adminiſtret procurator ipſe. Præterea dicitur in definitione *aliena*: na͂ qui ſua negotia adminiſtrat, procurator non eſt. l. 1. §. vltim. infra mãdat. etſi alterius conſilio, & ſuaſu adminiſtret. Nec procurator in rem ſuam quis eſſe poteſt, ſed tantum is cui conceſſa eſt, aut mandata actio, procurator proprie dicitur, alius imaginarius tantum procurator eſt dicendus. l. qui ſtipendia. C. hoc tit. Deinde dicitur *mandatu*, quia qui ſine mandatu adminiſtrat, aut gerit, procurator proprie non eſt, nec ad eum pertinent, quæ ſub hoc titulo ſcripta extant, ſed ei aduerſus eum competit actio negotiorum geſtorum, de qua titulus eſt in hoc libro quem explicabimus propediem.

Præterea dicitur *domini*, hoc verbum adiicitur ad differentiam tutoris & curatoris, qui non mandato domini adminiſtra͂t, ſed auctoritate magiſtratus gerere & adminiſtrare compelluntur, vel alterius qui tutoris dandi ius habet, vt diximus ſub tit. de adminiſt. tut.

Hæc definitio ſic explicata pertinet tam ad procuratore͂, qui datur ad lites, quam ad eum, qui negotia extra iudicium adminiſtrat. Defenſoris fit mentio in rubrica, & ſub hoc titulo quibuſdam in locis, veluti in l. ſeruum. §. ait Prætor. vnde à quibuſdam quæritur, quis ſit defenſor, nec ſatis de hoc conuenit inter iuris interpretes. Quidam enim dicunt defenſorem eum eſſe, qui reum defendit, procuratorem vero qui actoris cauſam agit, ſed hoc falſum eſt. Nam is defenſor dicitur à iuris auctoribus, qui vltro, & ſine mandatu alium defendit, qui cum familiaris erat, & cauſam præſentis domini nouerat, cognitor à Cicerone dicitur in Verrem, teſte Aſconio Pediano, quo pertinet titulus, qui extat in Codice Theodoſiano de cognitor. & procurator. Sequens locus eſt, In quo quæritur

Cap. III.

Quomodo conſtituatur procurator.

PRocurator ſolo conſenſu conſtituitur: nulla ſolennitas requiritur in co͂ſtitutione procuratoris, ſufficit co͂ſenſus eius, qui co͂ſtituit & eius qui conſtituitur. l. filius familias. §. inuitus. hic. Vnde co͂ſequitur procuratorem eum conſtitui poſſe, qui abſens eſt l. 1. §. fin. hic. Hinc naſcitur quæſtio tractata in Clementina de procurat. Si quis literas procuratorias acceperit, & non co͂tradixerit, an procurator conſtitutus intelligatur? & dicitur conſtitutum intelligi. Et ideo ſi poſtea is negotia neglexerit, conueniri poterit actione mandati.

Deinde procurator ad litem futuram, in diem, ſub conditione, & vſque ad diem, & in perpetuum conſtitui poteſt, l. 3. & 4 hic. In edicto prætoris, quod de procuratoribus propoſitum eſt, quædam perſonæ nominatim prohibentur procuratores eſſe. Quædam etiam procuratorem dare prohibe͂tur. Quibus cognitis facile cognoſcemus, quæ perſonæ dari ſeu conſtitui, & conſtituere procuratores poſſint: videamus igitur in primis de his, qui dari ſeu conſtitui procuratores non poſſunt.

Cap. IIII.

Qui dari procuratores non poſſint.

IN primis miles procurator ad litem dari non poteſt. l. milite͂. 7. Cod. eod. titu. cuius rei ratio eſt quod publice interſit eum non auocari à militia. Quæ ratio, quia in veterano ceſſat, hoc munus exercere non prohibetur. l. filios famil. d. §. veterani. hic. Tametſi verum ſit militem ad lites exerce͂das conſtitui non poſſe, tamen cum quibuſdam exceptionibus accipiendum eſſe cenſeo: vna eſt, niſi pro commilitone agere, aut eum defendere velit, hoc enim caſu admittitur. dict. l. filius famil. hoc tit. Alia exceptio eſt niſi miles in rem ſuam conſtitutus ſit, aliena ſibi mandata actione. Nam tunc ſuo nomine, magis quam alieno agere videtur. l. Qui ſtipendia. Cod. eod. Præterea quod dictum eſt ſupra de milite, ad clericos cælibes pertinet. hi enim in foro laico procuratores eſſe non poſſunt, niſi forte pro ſuo ordine & eccleſia. cap. 1. & 2. ne cler. vel monach. Et ratio eſt, ne clerici vel monachi à diuinis ad profana auoce͂tur: huius quoque iuris alia ratio mihi eſſe videtur, quod iudex laicus ſi quid forte deliquerint, non poſſit eos coercere, quæ ratio ceſſat in clericis coniugatis, qui ſubiecti ſunt, ad facultates quod attinet, laicæ iuriſdictioni. cap. pen. de cler. coniugat. In cauſis vero criminalibus retinet ſuum priuilegium: niſi forte detonſum verticem in [illegible]lum, & veſtes non habeant ordini congruentes. cap. vnico. de cler. coniu. in 6. & c. fin. de vita & honeſt. cleric.

Deinde minor vigintiquinque annis procurator co͂ſtitui non poteſt. Ei enim obeſt exceptio, quæ procuratoria dicitur, niſi minor eſſet. l. minor. 25. hoc titu. & l. exigendi. Cod. eod Ratio huius iuris eſt, quod in præiudicium aduerſarij in integrum reſtitui poteſt. d. l. minor, hoc tamen accipiendum eſt, de procuratore, qui ad lites exercendas conſtitutus eſt: nam negotiorum extraiudicialium procurator eſſe poteſt duodecim annis natus. §. Eadem lege. Inſtit. quib. ex cauſ. manu. non licere. Poteſt tamen admitti filius minor vigintiquinq; annis, vno caſu (quod diligenter notandum eſt) quo pater quaſi contumax condemnari poteſt, nimirum in iudiciis criminalibus, & in ciuilibus ſi lis iam conteſtata ſit: nec eo caſu filius in integrum reſtituetur. l. ſeruum. §. publice hoc tit. & l. minor.

Item fœmina, procurator in iudicio dari non poteſt, quia hoc officium ad viros pertinet. l. neque. 54. hoc titu. l. alienam. Cod. eodem. huc que pertinet iuris regula, qua fœminæ ab omnibus ciuilibus officiis remotæ ſunt. l. fœminæ. de reg. iur. Quod adeo verum eſt, vt mu-

lius iuris noſtri locis obſeruare licet. leg. honori.& leg. eos.infra de decurionib.l.infamia. Cod. eod.tit. l.2.C. de dignitat. l. fratres. Cod. de inoffic.teſtamen. l. Teſtium. in princip. leg. ob carmen. in fi. infra de teſtibus. ſed huius rei fuſior diſputatio in aliud tempus eſt reiicienda. Alius locus huius tit.ſequitur in quo quęritur

Cap. III.

De infamia iuris, quæ abſque ſententia irrogatur.

NOnnunquam infamia alicui irrogatur iure ciuili, etſi forte apud bonos viros non ſit grauata eius exiſtimatio, eaque iuris infamia vulgo appellatur: dupliciter autem id contingit. Vno modo cum lex factum ipſum notat, non ſententia.l.palā.§.quæ in adulterio.infra de ritu nup. Imperator. hic. vt ſi quis ab exercitu ignominiæ cauſa dimiſſus ſit, ſi artis ludicrę cauſa in ſcenam prodierit, ſi lenocinium fecerit, idque Prætoris edicto eſt expreſſum, ad cuius interpretationē videnda ſunt, quę Vlpianus ceteriq; iuris auctores ſcribunt in l.1.2.3.& 4 hic.& l.penult. Cod.eod.titu. Quod autem eo edicto continetur de binis nuptiis eodem tēpore conſtitutis, itemque de matrimonio intra tempus lugendi contracto, planius nemo explicare poteſt, quam ab iiſdem factum eſt Iuriſconſ. l. genero. cum ſeq. l. parentes. & l.vlt.hic. & l.decreto. C eod.de eo, qui in carcerem coniectus eſt, qui abſtinuit ab hæreditate paterna, qui ceſſit bonis, qui non defendit negotia publica ſuæ patriæ, olim quidem dubitatum fuit, ſed reſcriptis Principum conſtat eos aliqua infamia non notati.l.1. l. neminem. l. debitores. C. eod. Alius locus ſequitur in quo tractatur

Cap. IIII.

De infamia iuris, quæ per ſententiam irrogatur.

ALiquando factum ac perſonam lex non notat, ſed ſententia.d.§.Quæ in adulterio, vt is demum hāc notam ſubeat, quæ feciſſe iudicatus eſt, cum in ſuprascriptis caſibus factum ipſum ſufficiat, nec ſit neceſſaria ſententia: cuius rei exempla in Prætoris edicto aliiſque locis habentur. leg.1. & l. Athletas, cum ſequentibus.l. non alia, hic. l. nullam. C. eod. ti. cum aliis ſimilibus. Sententiam autem accipimus iudicis, non arbitri, nec pronuntiationem quamlibet, ſed qua, cauſa cognita negocium diffiniatur. l.quid ergo. §. ex cōpromiſſo. cum ſeqoen. hic. ſed nec teſtis, cuius teſtimonium per ſententiam inter alios dictam, reprobatum eſt, quaſi ex falſi teſtimonio, inter infames habebitur, idque ex vulgari regula, qua dicitur, res inter alios actas aliis nō nocere.l.Lucius.hic.& l.ſæpe.infra de re iudic.

Præterea damnatum ſuo nomine, non alieno, & directo iudicio non contrario accipere debemus. l. furti. §.ſi quis alieno.& §.vlt.& l.ſeruus.hic. Denique notandum eſt, ſi cui vltra legem grauior pœna infligatur exiſtimationem eius illibatam manere, quaſi duriore ſententia non eo tranſactum de fama videatur. l. quid ergo.§.pœna grauior.hic. Sed quid de paciſcente dicēdum eſt? Et certum eſt in actionibus ex delicto, non ex contractu deſcendentibus, pactionem condemnationis vim habere, niſi prętoris iuſſu, aut gratis facta ſit.l.furti. §.pactus.l.in actionibus.hic.& l.non damnatos C eod. tit. de crimine ſtellionatus, cuius ſub hoc titulo fit mentio, videnda ſunt, quæ in diſputationibus anniuerſariis ſcripſimus, & ſub tit. de crimi. ſtel. in 7. Digeſtorum parte. Quæri ſolet an damnatus exilio ad tempus, vel alia pœna, quæ infamiam irrogat, finito tempore inter infames habeatur? Et verius eſt inter infames haberi. l. ad tempus. Cod.eo. leg. ad tempus de decur. l. qui cum vno. §. ad tempus. de re militar. Atque ideo, nec ad honores, nec ad militiam, niſi fruſtra aſpirat, vt ex iam dictis patet legibus: Adrianus tamen ei poſtulare permiſit, quamuis alias infames non poſtulent, vt dixi ſub titu. de poſtulat. Non me mouet Reſcriptum Antonini apud Vlpianum in leg. generaliter.de decurionibus. Nam quatenus de ordine loquitur accipiendum eſt cum hac exceptione, niſi cauſa famoſa ſit ei.dict.leg.ad tempus. Sane contingit plerunque, vt crimen per ſe iudiciūve famoſum ſit, non tamen irrogetur infamia damnato, veluti ſi pœna grauior vltra legem impoſita ſit.dict. l. quid ergo. §. pœna grauior.hic & l Poſidonium. Cod.eod. titu. cuius legis duplex videtur fuiſſe ſententia, vna proconſulis de tempore vnius anni à qua prouocatum eſt, ſed interim reus ſententiam non exceſſit, atque ideo nulla cauſa eſt, cur pœna augeri debeat. Altera eſt ſententia Præfecti prætorio, de appellatione cognoſcentis, qua damnatur reus, quinque annorum exilio, cuius ſententiæ ſeueritas facit, vt de infamia tranſactum videatur. *Sententia ſeueritas facit. vt quandoque ſit de infamia tranſactum.*

Item ſi mitior dicta ſit ſententia à iudice, propter ętatem rei, vel aliam huiuſmodi circunſtantiam: nam quamuis crimen per ſe famoſum ſit, & ſeuerior ſententia dici debuerit, ſi huius circunſtantiæ habita ratio non eſſet, tamen iudex propter circonſtantiam pœnam minuens oſtendit reum infamiæ nota dignum non eſſe. l. etſi ſeuerior. Cod.eod. Si igitur nulla ratione, ſed gratia tantum ductus, pœnam minuerit iudex, aliud dicendum erit. Nam & cum de pœna à iudice aucta loquimur, propter quam de infamia tranſactū cum eo, videtur ſic accipiendum eſſe, cū iudex motus nō eſt circonſtantia aliqua, propter quam grauius delictum ſit, ſed vi, veluti compenſatione quadam facta, reum à pœna infamiæ vindicaret.

TIT. III. LIB. III.

PANDECT.

Cap. I.

De procuratorib. & defenſoribus. Ad rubricæ expoſitionem προθεωρία.

PRocurator in iure ciuili multiplex occurrit. In primis procurator Cæſaris, qui & rationalis, & procurator priuatæ rationis, & procurator diuinæ domus, vel etiam curator interdum appellatur. l. 1. & 2. ſupra de offic. procur. Cæſar. vbi diximus. Erat & procurator Reipublicæ, qui & ipſe curator rationalis & λογιστὴς dicebatur, cuius mentio eſt in l. 3. C. de mod. mulcta.& l.1 & fi.infra de adminiſtr.rer.ad ciuit. pertinent. Alius procurator vniuerſitatis, ſeu collegij, vel corporis Reipublicæ minoris, qui actor & defenſor ſeu ſyndicus vniuerſitatis, aut ciuitatis appellatur, cuius mentio eſt in l. 1. item, infra quod cuiuſque vniuer. & l.1. infra de munerib. & honorib. Eſt & defenſor, qui vltro, & ſine mandato admittitur, ad reum defendendum, in ciuilibus, & criminalibus etiam quadamtenus.l.ſeruum.§.publice,hic. & §.ſi vero. Inſtit. de ſatiſdat. & hic in rub. Eſt etiam procurator priuatorum, de quo hic, & ſub titulo C. eo. differitur. & is eſt qui ſuſcepto mandato aliena negotia curat, ſiue extra iudicium, ſiue in iudicio.l.1. hic. Eſt autē duplex hic procurator, generalis & ſpecialis, prior eſt cui generaliter omnia negotia mandantur. l. procurator totorum. hic. Eſt quoque duplex hic procurator generalis vnus eſt, cui omnium bonorum atque negotiorum libera datur adminiſtratio, & à quo mandatum ſpeciale non exigitur. l. procurator cui. hic. Alius eſt, ſine libera adminiſtratione. l. mandato. hic. Procurator ſpecialis duplex quoq; eſt, vnus cui ſpecialiter vna cauſa, vnúmve negotium mandatur, quod genus mandati in certis quibuſdam negotiis eſt neceſſarium, cuius exemplum eſt in l. illud infr. de minorib. & l. qui duos. hoc tit.

Alius

Alius eſt procurator ſpecialis, cui certum genus negotiorum committitur, & hic quoque duplex occurrit. alius eſt procurator negotiorũ extra iudicialium, quales ſunt hodie receptores noſtri.

Alius eſt procurator negotiorum forenſium, ad agendum vel defendendum cauſas, qui procurator iudiciorum, ad iudicia, ad agendum, vel ad lites vulgo appellatur, ca. qui ad agendum. de procur. in 6. Quod munus iure ciuili nullam habet neceſſitatem, nec quiſquam inuitus cogitur ſuſcipere alienum negotium. l. inuitus. C. eod. Sed tamen hodie moribus noſtris munus eſt publicum. Creantur enim à Principe procuratores forenſes, cuiuſcunque fori, intra certum numerum, qui negotia priuatorum per iudicem ſuſcipere cogũtur, inſtar aduocatorum in iure ciuili. l. nemini. C. de aduoc. diuerſ. iud. & generali appellatione etiam aduocati dici poſſunt, vt qui quoquouiſmodo in cauſis operãtur. l. §. aduocatos. infra de variis & extraordi. cognit. Hactenus de diuerſis procuratorum generibus, veniamus ad definitionem procuratoris, de quo agitur ſub hoc titulo. Primus igitur locus huius tituli eſt,

Nullus inuitus alienum ſuſcipere cogitur. negotium.

Capvt II.

Quid ſit procurator.

VSus procuratoris per quã neceſſarius eſt, inquit Vlpianus in l. 1. §. vſus, hic. vt qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, aut nolunt, ſaltẽ per alios vel agere, vel cõuenire poſſint. Vidẽdum igitur eſt, quid ſit procurator.

Procurator definitur ab eodẽ Vlpiano in l. 1. in princip. *Qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat.* quæ definitio ex genere, & differentiis cõſtare videtur. Nam adminiſtrare verbum, quo Iuriſconſultus vſus, generale eſt: pertinet enim ad alios quàm ad procuratores, exempli gratia, Pręſes prouincię, ſyndicus, tutor, curator, adminiſtrant, qui tamen proprie procuratores nõ ſunt.

Deinde dicitur in definitione *negotia*. Hoc verbum tam de iis negotiis, quæ in iudicio adminiſtrãtur, quam de iis, quæ extra iudicium, accipere debemus, quamuis vnum tantum negotium adminiſtret procurator ipſe. Præterea dicitur in definitione *aliena*: nã qui ſua negotia adminiſtrat, procurator non eſt. l. 2. §. vltim. infra mãdat. etſi alterius conſilio, & ſuaſu adminiſtret. Nec procurator in rem ſuam quis eſſe poteſt, ſed tantum is cui conceſſa eſt, aut mandata actio, procurator proprie dicitur, alias imaginarius tantum procurator eſt dicendus. l. qui ſtipendia. C. hoc tit. Deinde dicitur *mandatu*, quia qui ſine mandatu adminiſtrat, aut gerit, procurator proprie non eſt, nec ad eum pertinent, quæ ſub hoc titulo ſcripta extant, ſed ei aduerſus eum competit actio negotiorum geſtorum, de qua titulus eſt in hoc libro quem explicabimus propediem.

Præterea dicitur *domini*, hoc verbum adiicitur ad differentiam tutoris & curatoris, qui non mandatu domini adminiſtrãt, ſed auctoritate magiſtratus gerere & adminiſtrare compellantur, vel alterius qui tutoris dandi ius habet, vt diximus ſub tit. de adminiſt. tut.

Hæc definitio ſic explicata pertinet tam ad procuratorẽ, qui datur ad lites, quam ad eum, qui negotia extra iudicium adminiſtrat. Defenſoris fit mentio in rubrica, & ſub hoc titulo quibuſdam in locis, veluti in l. ſeruum. §. ait Prætor. 33. vnde à quibuſdam quæritur, quis ſit defenſor, nec ſatis de hoc conuenit inter iuris interpretes. Quidam enim dicunt defenſorem eum eſſe, qui reum defendit, procuratorem vero qui actoris cauſam agit, ſed hoc falſum eſt. Nam is defenſor dicitur à iuris auctoribus, qui vltro, & ſine mandatu alium defendit, qui cum familiaris erat, & cauſam præſentis domini nouerat, cognitor à Cicerone dicitur in Verrem, teſte Aſconio Pediano, quo pertinet titulus, qui extat in Codice Theodoſiano de cognitor. & procurator. Sequens locus eſt, in quo quæritur

Cap. III.

Quomodo conſtituatur procurator.

PRocurator ſolo conſenſu conſtituitur: nulla ſolennitas requiritur in cõſtitutione procuratoris, ſufficit cõſenſus eius, qui cõſtituit & eius qui conſtituitur. l. filius familias. §. inuitus. hic. Vnde cõſequitur procuratorem eum conſtitui poſſe, qui abſens eſt l. 1. §. fin. hic. Hinc naſcitur quæſtio tractata in Clementina de procurat. Si quis literas procuratorias acceperit, & non cõtradixerit, an procurator conſtitutus intelligatur? & dicitur conſtitutum intelligi. Et ideo ſi poſtea is negotia neglexerit, conueniri poterit actione mandati.

Deinde procurator ad litem futuram, in diem, ſub conditione, & vſque ad diem, & in perpetuum conſtitui poteſt, l. 3. & 4. hic. In edicto prætoris, quod de procuratoribus propoſitum eſt, quædam perſonæ nominatim prohibentur procuratores eſſe. Quædam etiam procuratorem dare prohibẽtur. Quibus cognitis facile cognoſcemus, quæ perſonæ dari ſeu conſtitui, & conſtituere procuratores poſſint: videamus igitur in primis de his, qui dari ſeu conſtitui procuratores non poſſunt.

Cap. IIII.

Qui dari procuratores non poſſint.

IN primis miles procurator ad litem dari non poteſt. l. miles. 7. Cod. eod. titu. cuius rei ratio eſt quod publice interſit eum non auocari à militia. Quæ ratio, quia in veterano ceſſat, hoc munus exercere non prohibetur. l. filius famil. d. §. veterani. hic. Tametſi verum ſit militem ad lites exercẽdas conſtitui non poſſe, tamen cum quibuſdam exceptionibus accipiendum eſſe cenſeo: vna eſt, niſi pro commilitone agere, aut eum defendere velit, hoc enim caſu admittitur. dict. l. filius famil. hoc tit. Alia exceptio eſt niſi miles in rem ſuam conſtitutus ſit, aliena ſibi mandata actione. Nam tunc ſuo nomine, magis quam alieno agere videtur. l. Qui ſtipendia. Cod. eod. Præterea quod dictum eſt ſupra de milite, ad clericos cælibes pertinet. hi enim in foro laico procuratores eſſe non poſſunt, niſi forte pro ſuo ordine & eccleſia. cap. 1. & 2. ne cler. vel monach. Et ratio eſt, ne clerici vel monachi à diuinis ad profana auocẽtur: huius quoque iuris alia ratio mihi eſſe videtur, quod iudex laicus ſi quid forte deliquerint, non poſſit eos coercere, quæ ratio ceſſat in clericis coniugatis, qui ſubiecti ſunt, ad facultates quod attinet, laicæ iuriſdictioni. cap. pen. de cler. coniugat. In cauſis vero criminalibus retinent ſuum priuilegium: niſi forte detonſum verticem in habitu, lum, & veſtes non habeant ordini congruentes. cap. vnico. de cler. coniu. in 6. & c. fin. de vita & honeſt. cleric.

Deinde minor vigintiquinque annis procurator cõſtitui non poteſt. Ei enim obeſt exceptio, quæ procuratoria dicitur, niſi minor eſſet. l. minor. 25. hoc titu. & l. exigendi. Cod. eod. Ratio huius iuris eſt, quod in præiudicium aduerſarij in integrum reſtitui poteſt. d. l. minor, hoc tamen accipiendum eſt, de procuratore, qui ad lites exercendas conſtitutus eſt: nam negotiorum extrajudicialium procurator eſſe poteſt duodecim annis natus. §. Eadem lege. Inſtit. quib. ex cauſ. manu. non licere. Poteſt tamen admitti filius minor vigintiquinq; annis, vno caſu (quod diligenter notandum eſt) quo pater quaſi contumax condemnari poteſt, nimirum in iudiciis criminalibus, & in ciuilibus ſi lis iam conteſtata ſit: nec eo caſu filius in integrum reſtituetur. l. ſeruum. §. [illegible] hoc tit. & l. minor.

Item fœmina, procurator in iudicio dari non poteſt, quia hoc officium ad viros pertinet. l. neque. 54. hoc titu. l. alienam. Cod. eodem. huc que pertinet iuris regula, qua fœminæ ab omnibus ciuilibus officiis remotæ ſunt. l. fœminę. de reg. iur. Quod adeo verum eſt, vt mu-

Quædam tribuuntur pietatis intuitu.

lier, nõ poſſit defendere liberos ſuos in iudicio, ſed debeat eis perere turorem. d. l. Alienam. 18. Cod. eod. Tribuitur tamen eius pietati, vt appellare poſſit pro filio, & curet cauſam appellationis agi, licet ab initio non defendat. l. 1. de appellat. recip. Et pro patre ſuo, etiam ſuadente pietate, admittitur, fœmina, ſi morbo impeditus, ſuis rebus ſupereſſe non poſſit. l. fœminas. hic. Etſi regulariter mulieres ad agendum, aut defendendum non admittantur. l. neque. hic. ſitque mulierum quam virorum deterior conditio. l. in multis. ſupra de his, qui ſunt ſui vel alien. iur. & l. fœminæ. de regul. iur. ſunt tamen cauſæ quædam ſpeciales, quæ per eas agi poſſunt, quæ ab eo, quod ſupra diximus, excipi debent.

Inprimis accuſatio necis cognatorum mulieri conceditur, ſuam ſuorumque iniuriam ei perſequi datum eſt. l. vxor. & l. non ignorat. C. quib. accuſ. non licet.

Item ſi cognatus mulieris in ſeruitutem aſſeratur, ipſa mulier eum iure defendit, quod hæc cauſa ad honorem familiæ pertineat. l. 3. ff. de lib. cauſ. Præterea mulier recte patrem ſuum defendit, vt diximus ſupra: cognita tamen cauſa; vt, ſi morbo ſit impeditus, nec ſit qui eum defendat. l. fœminas. Deinde quod ſupra dictũ eſt, mulierem non poſſe in iudicio ſuos liberos defendere ex l. alienam. Cod. eod. ſed debere eis tutorem petere, hoc eſt intelligendum niſi forte ipſa tutoris officio fungi velit, & poſſit. Authent. vt liceat matri & auiæ. Cod.

Quæritur de inuito ſurdo, furioſo, an hi procuratores cõſtitui poſſint? hęc quęſtio tractatur in l. 2. & l. mutus. 43. hic. ex quibus apparet mutum, & ſurdum extra iudicium procuratores dari poſſe ad adminiſtrandum, in iudicio vero propter decorem non admitti, argumento eius quod dicitur in l. 1. §. caſum. ſuprà de poſtul. quod magiſtratus vocem & decretum audire, aut eius videre inſignia, vt ait Vlpianus, & revereri non poſſint.

Præterea reus delatus procurator eſſe non poteſt. l. reus delatus. infra de muner. & honor.

Alia quæſtio tractatur de filiofamil. an is procurator eſſe poſſit. Hæc quæſtio tractatur in l. filiusfam. d. §. ipſe quoque. hoc tit. vbi dicitur filiumfamilias procuratorẽ dari poſſe, & ad agendum & ad defendẽdum. Imo etiam ſine mandato aliquando admittitur etiamſi mandatum non alleget, tantum abeſt, vt illud probare teneatur, veluti cum pro patre agere, vel defendere eum vult. Non enim tanquam procurator cauſam patris ſuſcipit, ſed tanquam coniuncta perſona, quæ omnimodo ſine mãdato admitti ſolet, quales ſunt liberi parentes, fratres, affines, liberi, maritus pro vxore. l. ſed & hæ. hic. & l. exigendi. l. maritus. C. eod.

Deinde quæritur, an vnius litis & negotij nomine, plures procuratores dari poſſint? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi quis cum procuratorio. §. vnius litis. hoc ti. quod ſic eſt diſtinguendum, vt ſi quis duos procuratores in eadem cauſa, & eodem tempore dederit, eos parem poteſtatem habere dicamus, & occupantis meliorem fore conditionem. Si vero diuerſis temporibus plures procuratores dati ſint, poſterioris melior erit cõditio. l. pluribus. hic. & cap. ſi duo. de procur. in 6. Hactenus vidimus de his, qui procuratores dare poſſunt aut non poſſunt: iam videamus

Cap. V.

De his qui procuratores dare poſſunt.

Hoc edictum prohibitorium fuit, atque ideo his cognitis, qui prohibentur prætoris edicto procuratorem conſtituere, manifeſtum erit, quibus permiſſum ſit procuratorem dare. l. mutus. §. 1. hic. hodie igitur procuratorem dare vnicuique eſt permiſſum, niſi ei nominãtim fuerit prohibitum prætoris edicto, aut aliqua lege: vidẽdum igitur nobis eſt de his, qui procuratorem dare prohibentur, qui locus bonam huius tituli partem continet, ſed cum paucis abſoluemus.

Cap. VI.

Qui procuratorem dare prohibeantur.

In primis procurator ad lites cõnſtitutus, ante litem conteſtatam, alium procuratorem conſtituere non poteſt, hoc dicitur in l. Quod quis. 8. & l. neque 11. & l. procuratoribus. C. eod. huius rei ratio eſt, quod nemo ſine mandato, & actione experiri poſſit. l. ſi pupilli. C. de neg. geſt. l. naturalis. §. ſed ſi facio. infra de præſcript. verb. At procurator ante litem conteſtatam non efficitur dominus litis. l. in cauſæ. hoc titulo. & l. nulla. Cod. eod. hoc tamen ceſſat in procuratore in rem ſuam conſtituto, & in eo cui ſpecialiter poteſtas data eſt ſubſtituendi alium procuratorem. Hi enim poſſunt etiã ante litem conteſtatam procuratorẽ cõſtituere. cap. 1. de procurat. in 6. Quęritur de procuratore negotiorum extraiudicialium, an is ad negotia gerenda alium procuratorem libere ſubſtituere poſſit? Et dicitur poſſe, licet ad agẽdum aliũ ſubſtituere nõ poſſit. l. ſi procuratorem. §. primo, infra mandati. & dict. cap. 1. Deinde quæritur de tutore & curatore, an procuratorem ad litẽ exercendã pupilli nomine conſtituere poſſint? Hæc quæſtio tractatur in l. neque 11. Cod. eod. Quãuis tutores & curatores quaſi domini in lege dicãtur (quod intelligendũ eſt cum adminiſtrant, nõ etiam cũ fraudant. l. qui fundũ. §. & ſi tutor. infra pro emptore) & omnia negotia, vt procurator omniũ rerũ, gerant. l. Lucius. §. fin. infra de adminiſtrat. tutor. & procuratorẽ recte cõſtituant ad negotia extra iudiciũ gerẽda, inſtar procuratoris generalis. l. ita. Cod. eod. tamẽ ad litẽ exercendam, quia domini non ſunt litis nõdũ cœptæ, vt de procuratore ad lites conſtituto diximus, procuratorem ante litẽ cõteſtatam non conſtituunt, repugnante procuratoris definitione. l. 1. hic. ſed actorem, iudice auctore, ſi parum idonei ſint, ſuo periculo recte conſtituunt. §. fin. Inſtitut. de curat. huius actoris mẽtio eſt in l. vlt. hic. Ipſi tamen pupilli & adoleſcentes, qui domini ſunt, recte procuratorem conſtituunt, modo curatorum ſuorum interueniat auctoritas. Sed & poſt litem conteſtatam, inſtar procuratorum ad agendum, tutores quoque & curatores recte procuratorem conſtituunt, quia & ipſi litiſconteſtatione domini cauſæ litiſque fiunt.

Idem dicendum eſt de œconomis, rerum eccleſiaſticarum adminiſtratoribus, de ſyndicis ſeu defenſoribus rerum publicarum & ciuitatum, & alijs id genus, qui propria ſpecialique ſignificatione procuratores dici nõ poſſũt, licet aliena negotia omnes adminiſtrẽt & in iure pontific. latiori quadam ſignificatione omnes procuratores appellẽtur. l. Nec ciuitatis. hic. & ca. Quia, vbi not. extra eod. tit. cã. Saluatur. 1. quæſt. 3. Ex eo quod diximus pupillũ aut adoleſcẽtẽ, ſi modo tutoris aut curatoris auctoritas accedat, poſſe procuratorẽ cõſtituere, naſcitur quæſtio tractata in l. Non eo minus. 14. Cod. eod.

Quidam minor procuratorem conſtituerat, ſine auctoritate curatoris. & ſi nulla erat procuratoris conſtitutio, lis ad ſententiam vſque producta eſt, pro minore iudicatum eſt, aduerſarius nullam eſſe ſententiam cõtendebat, quod minor procuratorẽ ſine tutoris auctoritate cõſtituiſſet, quæſitum eſt an rata habenda eſſet ſentẽtia? Reſcripſit Imperator, eã ſentẽtiã valere. Nã quod introductum eſt in fauorem alicuius, in eius perniciem & incommodum verti non debet. l. nulla. ff. de leg. & l. neque. de contrahen. empt. Eſt locus communis diligenter notandus, quia ſæpe occurrit. Nec nos mouere debet, quod ſententia lata pro furioſo, ſine curatore non valeat. Nam licet pupilli & minores furioſis comparentur, magna tamen inter eos eſt differentia. Minores enim iudicium habent, & è re ſua recte contrahunt, ſine tutoribus & curatoribus, quibus interuenientibus

tibus indiſtinctè contrahunt? furioſus contrà iudicio caret, nullumque negocium ipſe contrahit: quare ſtare in iudicio non poteſt, vt feratur ſecundum ſe ſententia, præſens enim corpore pro abſente habetur. l furioſo. ff. de re iudic. vbi notatur. Quæſtio etiam tractatur de ſeruo, an ſcilicet ſeruus procuratorem conſtituere poſſit. Et Iuriſconſultus non poſſ. ait, in l. ſeruum. hoc titu. niſi forte de ſtatu ſuo litiget, alias ſeruus, nec pro ſe, nec pro alio in iudicio eſſe poteſt. l. ſeruus. infra de iudi. Huc quoque pertinet l. vel. 3. hic. An idem dicendum ſit de filiofamilias quæſitum eſt, ſed alia cauſa eſt filijfamilias, vt ſupra diximus.

Alia quæſtio eſt de muto & ſurdo, an hi procuratorem conſtituere poſſint. Et Iuriſconſultus in l. mutus. 43. hic ait eos procuratorem dare, & conſtituere poſſe. Nec id mirum videri debet, nam cum procurator ſolo conſenſu conſtituatur, certum eſt mutum, aut ſurdum conſtituere procuratorem poſſe, quia conſenſus nutu ſignificari poteſt. l. obligamur. §. fi. infra de oblig. & act. & l. ſi ſtipuler. de verb. oblig. Alia quæſtio tractatur de accuſatore & reo, an hi procuratorem in criminalibus cauſis dare, & habere poſſint. Hæc quæſtio tractatur in l. penult. §. ad crimen. de publicis iudiciis. Pro cuius explicatione ſciendum eſt, in cauſis ciuilibus non tantum pro actore, ſed etiam pro reo admitti procuratorem, niſi forte iudex putauerit certus de cauſa vocandum eſſe reum vel actorem, vt per ſe reſpondeat vel iuret, aut aliquid aliud ſimile faciat: vt ſi forte propior ſit principalis perſona, vel ſi detineri debeat vinculis, aut in carcere audiri. l. in pecuniariis. C. eod. In cauſis vero criminalibus, ad crimen perſequendum fruſtra interuenit procurator, multo magis ad defendendum. dict. l. pen. de publi. iudic. Vtrum autem in criminalibus cauſis, vbi pœna pecuniaria irrogatur, procurator interuenire poſſit, controuerſum eſt. Interdum enim publici iudicij pœna eſt pecuniaria, vt cum de ambitu quis accuſatur in centum aureos condemnandus. l. vnica. ff. de ambitu. dubitatio oritur ex d. l. in pecuniariis, vltim. C. eod. qua indiſtincte ſtatuit imperator, in pecuniariis cauſis procuratorem interuenire poſſe. Quidam exiſtimantes parte accuſatoris non eſſe admittendum procuratorem in criminalibus cauſis, etiam pecuniariis, ex parte vero rei accuſati intercedere poſſe procuratorem, ſi pœna ſit pecuniaria. Hæc ſententia per quam lex, quæ vbi ad pecuniam quis damnatur cum infamia, procuratorem indiſtincte admittit ad defendendum. l. 1. infra an per alium cauſ. appella. mihi non probatur. Nam in criminalibus cauſis non admitti procuratorem indiſtincte lex alibi ait, in pecuniariis vero admitti. Vnde colligere licet nullam cauſam criminalem in hoc argumento pecuniariam eſſe, quia pecunia in quam condemnatur reus, ad rem familiarem accuſatoris non peruenit, ſed ad fiſcum pertinet. l. reos. Cod. de accuſat. & l. fin. infra de minoribus. Eius rei ratio eſt, quia in criminalibus cauſis, rei ſunt interrogandi, vt ex ſua reſponſione ſuſpicionibus vrgeantur, vel in carcerem coniiciantur, vel committantur cuſtodiæ militum, vt infra de quæſt. & Cod. eod. l. 1. Cod. de cuſto. reor. & l. 1. infra eod. titu. Et hoc moribus noſtris obſeruatur, quibus vel prehenſio corporis decernitur, vel vocantur criminoſi. vt per ſe reſpondeant, quam citationẽ perſonalem vocant, vt interrogentur à iudicibus & ore proprio cauſam dicant. Quod diximus in cauſis criminalibus non interuenire procuratorem, non eſt intelligendum de defenſore: nam in cauſis capitalibus defenſor, vel etiam procurator ad excuſandam innocentiam ad præſcriptionem fori opponendam, & ad alias exceptiones dilatorias opponendas admittitur, & ſic intelligi debent l. ſeruum. §. publici hic. & l. reos. C. de accuſat. Quamuis reus per procuratorẽ plene defendi nõ poſſit, tamen poteſt excuſari eius abſentia, & innocentia proponi, quod vulgo in foro exoniari dicunt. *Exoniari quid.*

Præterea quod dictũ eſt in publicis & criminalibus iudiciis, non poſſe dari procuratorem idẽ & in popularibus actionibus, quæ cuiuis è populo competit, nl. ſeruatur. l. licet. 42. hoc titulo. Ratio eſt quia ſi reus procuratorem daret, is in propria cauſa dari videretur, vel reus in aliena cauſa daret procuratorẽ, quod abſurdum eſſet. Hoc tamẽ intelligẽdũ eſt, niſi popularis actio priuatũ cõmodũ reſpiciat. l. nõ cogendũ. §. qui ita. hic. Circa hũc locum notãdũ eſt, quod de magiſtratib. & illuſtribus viris dicitur in l. vlti. & authentica ſequẽti, Cod hoc titu. cogi illuſtres perſonas, per procuratorem litigare, ne eorum præſentia terrorem incutiat aduerſario. Huc pertinet nouella conſtitutio Iuſtiniani de illuſtribus. Alius ſequitur huius tituli locus in quo tractatur

Cap. VII.

De officio procuratoris alieno nomine agentis.

IN primis ad officium procuratoris, qui agit & expetitur nomine alieno in iudicio, pertinet mandati ſui fidem facere, nã ſi poſt litem etiam conteſtatam falſus procurator appareat, expelletur & iudicium retrorſum erit nullum. l. licet C. eod. etſi enim exceptio dilatoria opponi debeat in initio litis. l. exceptionum. infra de probat. & l. ita demum. Cod. eod. tit. tamen quia hæc exceptio procuratoria iudicium reddit nullum, in quacunque parte litis recte opponitur. Hoc tamen eſt intelligendum, ſi huiuſmodi perſona ſine mandato interuenerit, quæ neque pro ſe, neque pro aliis in iudicio eſſe poteſt, veluti quia ſeruus eſt. l. ſeruus. infra de iudiciis. Nam ſeruus in iudicio ſtare non poteſt: vel quia eſt pupillus: nam alias ratihabitione, id eſt, domino ratum habente quod per falſum procuratorem geſtum eſt, confirmatur iudicium. l. licet. 56. inf. de iudiciis.

Ab eo quod diximus procuratorem non admitti ad agendum niſi mandati ſui faciat fidem, excipiuntur cõiunctæ perſonę, vt liberi, parentes & aliæ huiuſmodi. de quibus aliquid ſupra attigimus, quibus permittitur ſine mandato pro aliis interuenire. l. ſed & hæ. hic. & l. exigendi. 12. Codi. eod. quæſtio tamen tractatur de marito in l. maritus. 21. Cod. eod. & in leg 2 eod. an maritus pro vxore, ſine ipſius mandatu interuenire poſſit. Et ex dictis legibus ſatis apparet maritum cauſas pecuniarias vxoris ſuæ, ſiue agat ſiue conueniatur, etiam ſine mandato exercere poſſe. Hoc in marito ſingulare eſt, vt contracto matrimonio intelligatur ei tacite mandatum vt agat pro vxore. Si tamen nominatim poſtea aliquid ei mandauerit vxor, non poterit excedere fines mandati. Nam mandando quædam negotia, aliorum adminiſtrationem vxor videtur prohibere. l. maritus. infra eodem titulo. Eſt tamen opus ſolennibus, cum maritus pro vxore ſine mandato experitur. In primis oportet vt ipſe maritus caueat vxorem ſuam ratum habituram, aut ſi conueniatur vxor, & velit interuenire, debet cauere iudicatum ſolui, niſi forte nomine dotis, vel paraphernorum experiatur. Hoc enim caſu maritus ſine cautione admittitur. vt dict. l. 2 & l. maritus. Cod. eod. & l. fin. de pact. conuent. Moribus Gallicis maritus apud quoſdam ſine vlla cautione admitti ſolet, & ſine vllo vxoris mandato, apud alios neque coniuncta perſona recipi ſolet ſine mandato.

Deinde notandum eſt, ex dictis legibus à contrario ſenſu, cauſas criminales neque per maritum, neque per procuratorem exerceri poſſe, quod hic præſentia opus ſit. l. 4. §. Iulianus. inf. de damno infect. & l. in poſſeſſionem. infr. quibus ex cauſ. curat. bonor. dent.

Quod diximus coniunctas perſonas ſine mandato admitti, intelligendum eſt niſi appareat eas contra manifeſtam voluntatem eorum, pro quibus interueniunt, experiri aut interuenire. leg. Pomponius. §. vltim.

hic.Nam hoc caſu expelluntur.Secundo quod diximus, procuratorem debere mandati ſui fidem facere, com hac exceptione accipiendum eſt,niſi is,qui qualemcunque ſui mandati fidem facit, caueat dominum ratum habiturum.l.non ſolum.§. qui alieno.& l.Pomponius. § primo.hoc titul. & leg.1.Cod.eod. Ex quibus apparet, ſi certum ſit,mandatum eſſe procuratori negotium,tum nullam ab eo exigendam eſſe ſatiſdationem. Sed dubitatur à quibuſdam, quando certum eſſe dicatur mandatum habere procuratorem. Et ſi dominus præſens in iudicio procuratorem conſtituerit, vel apud acta,aut in libello principi oblato,id profeſſus ſit, hoc eſt niſi iurauerit,aut etiam literis ſuis ad aduerſarium directis ratum ſe habere promiſerit, quod per ipſum procuratorem factum erit, dicendum eſſe mihi videtur aliquem mandatum babere.l.vnica.Cod.de ſatiſdatione. l.ſi procuratorem.hic,& §.ſin autem. Inſtitut. de ſatiſdat.Sed ſi contra certum ſit mandatum non eſſe alicui, etiamſi cautiooem offerat,is non admittetur vt procurator.l. Pomponius.§.fin.hoc titu.Si vero incertum ſit,mandatum ſit,necne,admittitur procurator, modo caueat datis fideiuſſoribus dominum ratum habiturum, id eſt, approbaturum cogniturumque quod actum erit à procuratore,vt hic.leg.ſeruum.§.Ait prætor.& leg.non ſolum.§.qui alieno.eod.& dic.leg 1. Cod. eod. leg.quo enim.infra rem ratam.Sed quando incertum mandatum dici poteſt, hoc controuerſum eſt. Ego iocertum eſſe mandatum exiſtimo, ſi mandatum à procuratore affirmetur,reus vero neget,aut alioqui ignorari poſſit,quod neque confeſſione in iure, neque euidenti probatione appareat incertum dubiumque eſſe mandatum. l. 3. infra.Quis ad libert.l.1.& leg poſt rem.ſupra de tranſact. hodie moribus noſtris iuri ciuili fere derogatũ eſt, nam mandato opus eſt authentico, id eſt, à tabellione præſentibus teſtibus aut à duobus notariis ſine teſtibus recepto. Alioqui ſi dubitetur,iubehit iudex intra certum tempus, vt procurator curet dominium ratum habiturum, vel vt proferat mandatum domini ſpeciale, aut generale ad lites.

Secundo ad officium procuratoris agentis pertinet defendere dominum ſuum in reconuentione: quamuis ad defendendum procurator datus oon ſit. leg. ſeruum §.Ait prætor.33.hic.l.cum Papinianus. 14. C. de ſent. & interloc. & cauere de eo defendendo cuius nomine agit,alioqui ei denegabitur actio, id eſt,non admittetur ad agendum. Ea enim eſt pœna procuratoris non defendentis.l. mutus.43 §. pœna. hic. huc pertinet quod dicitur in l.eum qui. §.actionem.C.eo.& l.ſed & hæ,& legibus ſequentibus, hic. Hæc de officio procuratoris actoris ſufficiant.videamus.

Cap. VIII.

De officio procuratoris eius qui conuenitur.

IN primis, ad officium procuratoris eius qui conuenitur,pertinet cauere iudicatum ſolui. Nemo enim idoneus defenſor eſt alterius abſque ſatiſdatione. §. ſi vero. Inſtit de ſatiſdat.Non tamen cogitur mandati ſui fidem facere. Et eo differt procurator rei conuenti à procuratore actoris.l.exigendi.12. C. eod.tit.l. qui proprio. & l. minor. hic. huc pertinet titulus de ſatiſdat. Hoc tameo intelligendum eſt, niſi dominus ſatiſdederit,vt dicitur in l.ſi defunctus.hic.

Secundo, procurator datus ad defendendum, pro quo dominus ſatiſdedit iudicatum ſolui, inuitus iudicium accipere cogitur,quod expreſſum fuit edicto prætoris.l.filius.§. procuratorem. hic. Excipiuntur tamen quidam caſus, quibus nõ poteſt cogi procurator ad defendendum eum,cuius nomine agi. Hi caſus exprimũtur in d.§.procuratorem. & §.vlt.& legibus ſequẽtibus.

Tertio,procurator rei præter ſolitam ſatiſdationem iudicatum ſolui, ſatiſdat dominum rem ratam habiturum,ſi mandatum certum non ſit, quæ ſatiſdatio etiam à coniunctis perſonis exigitur) quamuis Acc.ad d.l.exigendi.C eo.putet à coniunctis perſonis hanc ſatiſdat. non eſſe exigendam. d. l.Pom.§.ſed & is & l.non ſolũ. hoc tit. Poſtremus locus huius tractatus eſt, de his quæ communia ſunt tam procuratoris actoris quàm rei.

Cap. IX.

De his quæ pertinent ad officium procuratoris tam actoris quàm rei.

IN primis procurator ad certam litem,ſiue agendam, ſiue defendendam datus, diligenter debet cuſtodire fines mandati ſui.l.ſi procurator.C. eod. Nam ſi aliud fecerit,quam quod mandatum eſt,dominus illud ratum non habebit,niſi velit:neque lata ei quicquam præiudicabit ſententia.l.diligenter.infra mandati. Si vero nihil præterquam quod mandatum eſt, geſſerit procurator, dominus quidem ratum habere tenetur:& ſententia aduerſus procuratorem lata valebit, ſed dominus,ſi doloſe verſatus ſit procurator, actione mandati conuenietur.l.licet §.ea.hic.& dict.l.ſi procurator. C. eod.quod diximus procuratorem diligenter debere fines ſui mãdati cuſtodire, cum hac tamen exceptione eſt intelligendum,niſi ea quæ coniuncta ſunt cum mandato,vel- uti quæ ex re mandata pendent,fecerit. l.1. ad exhibendum.l.ad rem.& l.ad legatum hic.

Secundo, procurator generaliter conſtitutus ad lites poteſt quæcunque ad litem pertinent exercere. d. l. ſi procurator.10.Cod.eod.tit. Sed vt commodius intelligatur hic locus,qui alioqui difficilis babetur, animaduertendum eſt, procuratorem aliquando in rem ſuam dari, veluti quando actio ei mandatur, ceditúrque ad ſuam vtilitatem: quo caſu actio quidem directa manet in dominu,qui mandat, ſed in ea exercenda pro domino habetur,& ideo in hoc iudicio tranſigere & paciſci poteſt,& alia quæcunque verus dominus faceret,& ipſe facit.l.ſed & ſi tantum.ſupra de pact.l. Plautius.hoc tit. huc pertinet.l.iuſiurandum quod conuentione. 7.de iureiurando. & l. 3. infra pro ſocio. Quod ſi alias actiones exerceat,quàm quæ mandatę ſunt,fines mandati exceſſiſſe intelligitur.d.l. diligenter.

Alius eſt procurator, qui procurator omnium rerũ, totorum bonorum, vel etiam vniuerſorum appellatur. l.procurator totorum, 63. hic.& hic quidem tranſigere, paciſci,iuſiurandum deferre & accipere, nouare, permutare, exigere, ſoluere creditoribus poteſt. vendere etiam ea poteſt quæ corrumpuntur, & quæ ſeruando ſeruari non poſſunt, & alia eiuſmodi poteſt,quæ domino vtilia ſunt:donare autem,vendere immobilia,& alia quæ ſeruari poſſunt, animo donandi tranſigere,vel paciſci,quod ambitioſe tranſigere lex vocat, non poteſt.l. Præſes.de tranſact.Ideoque ſi hæc quæ non licent, procurator generalis adminiſtrauerit, fines mandati exceſſiſſe dicetur d.l.procurator totorum.l.nam & nocere.ſupra de pactis. & d. l.iuſiurandum quod.infra de iureiurand.l.Lucius.de adminiſtrat. tut. huc quoq; pertinet c. petitio.& c.dilectus.extra eod. Eſt alius procurator,qui iudiciorum procurator,ad iudicia,vel ad lites exercẽdas dicitur, & interdũ ad agẽdũ, & defendẽdũ cõſtitutus:& hic iudiria extraiudicialia vt pacta, trãſactiones, cõtractus,exercere non poteſt,neque etiam tranſigere, de lite decidendi cauſa, paciſci,iuſiurandum deferre,aut accipere, iurare propter calumniam: in his enim omnibus præter mandatum generale ad lites opus eſt ſpeciali quodam mandato. l. tranſactionis, Cod. de tranſact. & dict. l. ſi procurator.Cod. de procurator.& d.c.qui ad agendum. & authen.principales.Co.de iureiurando propter calum.dand.& ideo ſi hęc negotia geſſerit,exceſſiſſe mandatum dicetur, niſi ſpecialiter quædam his exprimantur in literis,veluti, conſtituo procuratorem Titium ad lites generaliter exercendas, faciẽs

ei pote-

ei poteſtatem comparendi, tam in iudicio, quàm extra iudicium agendi litem, defendendi, iurandi de calumnia, & aliud quodlibet iuſiurandum, defendendi, excipiendi, dilationes petendi, & perſequendi appellationem, quo caſu omnia quæ expreſſa ſunt, procurator ad lites exercebit. Si igitur tranſegerit, aut contraxerit, dominus ratum non habebit, quia hoc ei non mandauit. Atque hoc moribus noſtris conuenit. Si procurator ad vnam litem, & actionem exercendam datus ſit, hoc ei duntaxat mandatum intelligitur, vt vſque ad appellationem agat, quam neque perſequetur, neque ſolutionem exiget, niſi hoc quoque nominatim ei mandatum ſit. leg. hoc iure. infra de ſolutio.

Litē conteſtando quaſi contrahitur.

Tertio, procurator dominus litis efficitur per litis conteſtationem, etſi quoquomodo conteſtata fuerit. quaſi enim contrahitur litem conteſtando. l. procuratoribus. & l. nulla. Co. hoc. tit. l. poſt litem. 17. hic.

Quarto, procurator ante litem conteſtatam mutari poteſt, aliquando etiam ex iuſta cauſa poſt litem conteſtatam. l. ante litem, & legibus ſequentibus, quæ lectionem tantum deſiderant.

Quinto, mandatum morte domini non extinguitur, ſi dominus pro ſuo procuratore ſatiſdederit, leg. ſi defunctus. hic. Licet enim morte mandātis ſoluatur mandatum re integra. §. recte. Inſtit. mandati. l. & quia. ſupra de iuriſdictio. tamen poſt litem conteſtatam morte nō reuocatur. dic. l. nulla. & l. quod quis. 8. C. eod.

TIT. IIII. LIB. III. PANDECT.

CAP. I.

Quod cuiuſque vniuerſ.

SVperiori titulo tractatum fuit de procuratoribus, qui mandato dominorum ſuorum aliena adminiſtrant negotia, id eſt, qui ſingularum perſonarum negotia gerunt, ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium. l. 1. ſupra de procurat. Sub hoc vero titulo tractatur de actore ſeu ſyndico, qui creatur à ſocietate, collegio, aut alio corpore legibus permiſſu, qui procurator proprie dici non poteſt, quia vniuerſitas domina dici non poteſt, ſi ſubtilitatem iuris aut dictionis ſequamur. Actor autem dicitur ille ciuitatis, aut ciuitatis defenſor, quod ad agenda negotia ciuitatis ipſius ab vniuerſitate deſignetur, idque conſueuit ad negotia, quæ iam cœpta ſunt referri, non etiam ad futura. Tamen ex moribus ciuitatum ſyndici quandoque ad negotia futura conſtituuntur, ex quorum contractu, magiſtratibus vel aliis adminiſtratoribus rerum vniuerſitatis, actio vtilis competit. Videamus igitur, quia de vniuerſitate hic diſputaturi ſumus.

CAPVT II.

Quid ſit vniuerſitas.

VNiuerſitas eſt hominum ſocietas, ita contracta, vt vna tantum perſona eſſe appareat, à ſingulis differens perſonis, ex quibus ea conſtat. l. in tantum. §. vniuerſitatis. de rer. diuiſ. l. mortuo de fideiuſſo. vnde in l. 2. hic dicitur, eum qui interuenit pro ciuitate, pro ſingulis non interuenire, quaſi à pluribus datus ſit. l. ſicut. § 1. hic. Quæſtio tractatur ſi omnes perſonæ deceſſerint, ex quibus vniuerſitas conſtabat, vnaque tantum perſona remaneat, an vniuerſitas adhuc dicenda ſit? Et Iuriſconſultus in dict. l. ſicut. §. vltim. hic, ait vniuerſitatem amplius dici non poſſe, vt nec grex amplius dici poteſt, vna tantum remanente oue. Vtilitatis tamen cauſa fingitur aliquando vniuerſitas eſſe, quæ non eſt. l. vltim. quibus mod. vſusfruct. amittat. Vniuerſitas igitur agere & conueniri per ſuum ſyndicum poteſt, vt ſingularis perſona per procuratorem. l. 2. hic.

Quibus autem permiſſum eſt, &c. Hoc dicit Iuriſconſultus, quia collegia olim prohibita erant, veluti ſuſpecta propter coniurationes in corpus, & alia quædam incommoda, quæ inde oriebātur, vnde fit, vt nullum collegium iure Romano ſit licitum, niſi ſpecialiter lege aliqua permiſſum fuerit. l. 1. hic. & l. 3. infra de collegiis. leg. 2. de extraordinar. cognitio. Et ideo qui illicitum collegium vſurpant, extra ordinem puniuntur ad exēplum legis Iuliæ de vi publica. l. 2. infra de colleg. Non cuilibet igitur collegio permiſſum eſt ſyndicum conſtituere, ſed ei tantum quod legibus aut conſtitutionibus Principum permiſſum, dict. leg. prima. de collegiis. Vt tamen aliquis agere vel conueniri poſſit, ciuitatis, vniuerſitatis, aut collegij alicuius nomine, eum à maiore parte decurionum, aut ſaltem à duabus partibus eorundem, creatum & conſtitutum eſſe oportet. l. nulli. & l. 6. §. actor. hic. Si vniuerſitas à ſyndico non defendatur, bona eius poſſideri & diſtrahi poſſunt, vt & bona priuatorum & ſingularum perſonarum.

Deinde quemadmodum procurator priuatæ perſonæ, ſi agat, cogitur cauere de defendendo eum cuius nomine agere vult. l. ſeruum. §. ait prætor. ſupra de procurat. & l. vnica. Cod. de ſatiſdat. ita etiam actor vniuerſitatis nomine agere volens, eam defendere compellitur. l. item eorum. §. actor. 6. hic. De rato tamen ſatiſdare non cogendus eſt, niſi de mandato dubitetur. dict. l. actor. Et in ſumma, quæ de procuratore ſupra à nobis dicta ſunt, ad hūc titulū pertinēt, quare hic pro repetitis haberi debent. dict. §. actor. verſicul. actor. & §. ſequenti.

TIT. V. LIB. III. PANDECT.

CAP. I.

De negotiis geſtis.

HIc titulus affinis eſt ſuperioribus tit. quamuis ab eis differat. Nam ſi quis ſine mandato negotia aliena gerat, procurator proprie dici non poteſt. inter dominum qui procuratorem conſtituit, & ipſum procuratorem mandati actio locum habet, directa ipſi domino, contraria autem procuratori competit. l. licet. §. ea. ſupra de procurat. Inter dominum & defenſorem vltroneum quæ nam actio haberet locum, non erat traditum, id eo ſequitur hic titulus, in quo de actione negotiorum geſtorum directa, quæ competit domino negotiorum, & de contraria, quæ ei competit, qui geſſit, diſſeritur. Vtriuſque actionis fit mentio in l. 2. hic, & in Inſtit. ſub tit. de obligat. quæ ex quaſi contract. naſcuntur. Videamus primum de actione directa.

CAP. II.

Cui & aduerſus quem competat hæc directa actio.

HÆc actio ei, cuius intereſt, datur, ſiue is dominus ſit rei geſtæ, ſiue non ſit, ſufficit quod illius interſit. Hæc actio datur aduerſus geſtorem, vt rationē reddat ſuæ geſtionis, ſeu actus ſui, ſi forte aliquid male geſſerit, vel aliquid retineat d. l. 2. & leg. actio. 46. ad fin. ti. Vt autem vſum huius actionis intelligamus, videndum eſt quid agere debeat is, qui hac experiri vult actione.

CAP. III.

Quæ præſtare debeat is, qui hac actione vti velit.

PRimum actor probare debet negotium quod geſtum eſt ſuum eſſe & ad ſe pertinere, quod multis modis facere poterit, veluti propter dominium, quia dominus eſt rei quæ adminiſtrata eſt. l. 5. Item ſi. hic. Nec ei oberit, quod alterius contemplatione negotium geſtum fuerit. d. l. 5.

Secundo, negotium alicuius proprium eſſe dicitur,

propter, curam & munus, quo quis fungitur, veluti ſi quis vt gratificaretur tutori, negotia ſui pupilli adminiſtrauerit.l.ſi pupilli.6.hic.Inſpicitur enim in hac actione cuius contemplatione negotium geſtum ſit.

Tertio, negotium dicitur alicuius eſſe proprium, propter ratihabitionem.d.l.ſi pupilli.§.item quæritur.Nam ratihabitio mandato comparatur. l.1.§.ſed & ſi.de vi & vi armat.l.fi.C.ad Macedo.l.vero. in fi. infra de ſolut.

Quarto, is qui hac actione vti deſiderat, debet aduerſarium male geſſiſſe probare. Male autem geſſiſſe dicitur, non ſolum qui dolo malo geſſit, ſed etiam qui negligenter, & culpa quadam geſſit. l. tutori. C. eod.tit. Nam in hoc iudicio habetur ratio culpæ etiam leuis.l.3.§.videamus. hic. Excipitur tamen caſus, in quo culpa tantum præſtatur.l 3.§. Interdum. hic. veluti cum quis negotium ab omnibus deſertum ſuſcepit adminiſtrandum. His conſequens eſt caſum fortuitum non præſtari à negotiorum geſtore.l.litis.36.hic.& leg.negotium. C. eod. tit. Quod tamen intelligendum eſt, niſi culpa caſum præceſſerit.l.debitor.& l. ſiue hæreditaria. Hactenus de directa negotiorum geſtorum actione: nunc videndum eſt de contraria. De contraria negotiorum geſtorum actione tractaturi, in primis videamus.

CAP. IV.

Cui & contra quem detur hac actio.

HÆc actio ei datur, qui negotium alterius vtiliter geſſit, aduerſus eum cuius negotium geſtum eſt.l.2.hic. Nam quemadmodum æquum eſt & iuſtum, negotiorum quemlibet geſtorem, actus, atque geſtionis ſuæ rationem reddere, eoque nomine condemnari, ſi quid vt non oportuit, geſſerit, vel ex his negotiis quæ geſſit aliquid retineat: ita ex diuerſo iuſtum eſt & æquum, ſi negotium vtiliter geſſerit, & fecerit quicquid bonus & prudēs paterfamilias feciſſet ei præſtari quod eo nomine ei abeſt, vi abfuturum eſt.d.l.2.hic. & ſumptus in rem factos.d.l.ſiue hæred.22.hic.Quod diximus hanc actionem contrariam ei dari, qui alterius negotium geſſit, adeo verum eſt, vt etiam ſi effectum non habuerit negotium & licet euentus non ſit ſecutus, nihilominus tamen hæc ei competat actio.Sufficit enim eum vtiliter negotium geſſiſſe & id feciſſe quod vir bonus & diligens paterfamilias feciſſet.l.ſed an vltro. 11.§. is autem. Quod dictum eſt de ſumptibus, id de neceſſariis & vtilibus accipiendum eſt, nō de voluptariis. Nam voluptariæ impenſæ hac actione non repetuntur. l. qui aliena negotia. 33. l. ſiue hæreditaria. l. quæ vtiliter & leg.ex duobus.hic. Tametſi verum ſit, quod diximus hāc actionem contrariam negotiorum geſtori competere, perpetuo tamen verū non eſt. Sunt enim quidam caſus, in quibus ceſſat hæc actio, de quibus videndum eſt. Vnus caſus eſt, ſi poſt prohibitionem domini.cuius negotium geſtum eſt, aliquid geſſerit, quamuis de hac re apud veteres controuerſia fuerit, quæ quidem controuerſia deciditur conſtitutione Iuſtin. ad hoc nominatim promulgata,l.vlt.C.eod.tit.

Alter caſus eſt, ſi amicitia, aut pietate ductus aliquis, alterius negotia geſſerit & ſumptus fecerit eo nomine: ſi tamen eo animo ſumptus fecerit, vt non peteret, nulla ei competit actio. leg.is qui amicitia.leg. Neſennius.hic. Sed hæc quæſtio facti eſt, & ideo ex coniecturis, ſicut omnes facti quæſtiones definienda eſt. In re tamen dubia æquius eſt ita interpretari, vt actio detur magis quam denegetur. l.1.C eod.l.ſi paterna.l.quod in vxorem.l.officio.& l.alimenta.C.eod.tit.

Tertius caſus eſt, ſi quis lucri ſui tantum cauſa negotium alterius geſſerit. l. 5. §. ſed ſi quis. In ſubſidium tamen datur ei hæc actio, ſi is cuius negotium geſtum eſt, locupletior factus fuerit ex illa adminiſtratione.

Hæc actio bonæ fidei eſt: numeratur enim inter actiones bonæ fidei, in §. Actionum. Inſti. de actio. Et ideo iudex, qui de ea re cognoſcit, poteſtatem habet ſtatuendi quod ſibi æquum & bonum videbitur, vt in ceteris bonæ fidei iudiciis.

TIT. VI. LIB. III.
PANDECT.

CAP. I.

De calumniatoribus.

CVm quis parat actionem inſtituendam, adhibet aduocatos & procuratores, de quibus ſupra diximus. Et quia olim interdum accidebat, vt alter litigantium maligne pecuniam daret, vel procuratori, vel cuilibet egregio concinnatori redemptorique litium, vt, vel ſine cauſa, aut certe ſine iuſta cauſa negotium aduerſario exhiberet, id eſt, vexaret eū litibus & impenſis, aliquādo etiam ipſemet reus, ne ſibi negotium fieret, dabat pecuniam aduerſario, ſiue ante litem conteſtatam, ſiue poſt, ideo hoc loco inter præparatoria iudiciorum, quæ τὰ πρὸ τῶν vocamus, ſitus eſt merito hic titulus, in quo edictum extat, quod à prætore propoſitum fuit, ad cohibendos improbos cauſidicos, procuratores & omnes alios, qui negotium aliis faceſſunt, pecunia aut alioqui corrupti. Ex eo edicto dedit prætor actionem in factum, de qua per locos communes diſſeremus. In primis igitur videamus.

CAP. II.

Qua ſit cauſa huius actionis in factum.

DVplex eſt huius actionis cauſa. Prior cauſa eſt quia locauit quis operam, ſuam vt negotium alicui faceret, pecunia ſiquidem per calumniam accepta. l.1.hic. Hoc autem iudicium non tantum locum habet in pecuniariis cauſis, ſed etiam in criminalibus.d.l.1.§.2.Interpretantur enim Iuriſconſ. ſub hoc tit. verbum pecuniæ, veluti in l.1.& legibus ſequentibus, vt ſi aliquid loco pecuniæ acceperit calumniator, perinde tenetur ac ſi pecuniam acceperit ipſam.

Altera cauſa huius actionis eſt, ſi quis pecuniam ab alio acceperit, ne ei per calumniam negotium faceret. d.l 1.hoc tit. Alius locus huius tituli eſt.

CAP. III.

Cui detur hæc actio in factum.

HÆc actio in factum ei competit, cui negotium factum eſt, in quadruplum, quamuis is non numerauerit. Is enim qui numerauit, vt negotium alicui exhiberetur, turpiter fecit. Datur etiam ei, qui dedit ne ſibi negotium fieret, quia is turpiter non fecit.l 3. hic. Turpitudo tantum eſt ex parte accipientis.

Hæc actio in quadruplum datur intra annum, poſt annum vero in ſimplum.d.l.1.hic. hæredi non datur hæc actio, ſed condictio eius quod defunctus dedit. l. hæc actio.4 hic. In hæredem vero datur id quod ad eum peruenit, quia conſtitutum eſt, vt Iuriſconſ.ait in l.in hæredem. hic. Turpia lucra ab hæredibus quoque extorqueri. licet crimina extinguantur. Præter hoc interdictum conſtitutio imperatoria edita fuit, qua is qui dedit pecuniam iudici, ſiue aduerſario, cauſa cadit, ſi quam iuſtam cauſam habeat.l. 1.§. ſed & conſtitutio, hic.& tit.C.de pœn.iudic.qui.mal.iudic.

Tertio loco, qui dedit pecuniam, vt ſibi negotium non fieret, quia turpitudine caret, condicere poteſt vt diximus, cōdictione ob turpem cauſam, quæ cū actione ex hoc edicto non concurrit. d. l.4. Ad extremū calūniator ipſe in priuatis & extraordinariis criminibus, præter hæc iudicia ciuilia, coercebitur extra ordinem, relegatione ſcilicet vel alia pœna.l.& in priuatis. inf. ad ſenatuſcōſul. Turpil. In publicis vero iudiciis punietur ſimilitudine ſupplicij.l. fin. C. de accuſat. Motibus noſtis iu-

ſtris iudicium pœnale ex hoc edicto non habet locum, vt nec aliæ fere pœnæ in Gallia locum habent, quæ legibus Romanis introductæ ſunt, ſed tantũ agitur quanti interſit, argum. c. ſuã. extra de pœnis. In criminalibus quoque non obſeruatur ſimilitudo ſupplicij, ſed pœna irrogatur calumniatoribus extra ordinem arbitrio iudicantis. Hic finem imponemus. Multa omittimus, quæ ad explicationem huius tit. & ſuperiorum pertinent, quia anguſtiæ temporis non patiuntur, vt fuſius explicemus. Ideo cetera veſtris priuatis ſtudiis relinquimus.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI

IN LIB. QVARTVM DIGEST. SEV PANDECT. INTERPRETATIO VTILIS: IN QVO MVLTI E CODICIS LIB. II. TItuli ad hanc materiam pertinentes explicantur.

TIT. I. DE IN INTEGRVM RESTITVTIONIBVS.

CAPVT PRIMVM.

HIc liber quartus continet reſtitutiones in integrum, quæ apud nos valde vſitatę ſunt, quare de hoc libro poſſumus dicere quod Vlpian. in initio huius tit. ait: *Vtilitas huius tituli non eget commendatione, ipſa enim ſe oſtendit.* Prætor ſiquidem ſuccurrit, auxilio extraordinario reſtitutionis in integrum, his qui capti ſunt & circumſcripti ſiue propter metum, ſiue propter dolum, ſiue propter ętatem, ſiue propter abſentiam, ſiue propter errorem, ſiue aliam ob cauſam probabilem: Pręto, inquam, his ſubuenit, æquitate exigente: quæ quidem æquitas benigna mitiórque & legis & iuris interpretatio dicitur, & ἐπιείκεια nuncupatur: quamuis mero iure aut ciuili forte, deficiantur actione ad recuperandum quod amiſerunt, his ex cauſis quas enumeraui, prætor tamen eos in priſtinum ſtatum reducit, ídque eſt in integrum reſtituere, ſuadente (vt dixi) ipſa æquitate, quæ omnium rerum & bonarum & laudatarum eſt veluti coryphæa. Hic autem titulus generaliter inſcribitur, De in integrum reſtitutionibus, ſub quo titulo in edicto perpetuo continebatur, quicquid in ſequentibus titulis ſcriptum extat. De his autẽ cauſis ſpeciales sũt tituli in hoc libro, veluti De metu, De dolo, De minorib. deq; maiorũ ætate, & Capite minutis. Sub eodem titulo generali de reſtitutionibus in integrum, omnia ita continebantur, vt is ſuo ambitu ſuóque gyro ceteros contineret ſpeciales reſtitutionum titulos. Nam non alius erat titulus de dolo, déque metu, &c. Sed poſtquam tam multa, ad ſingula capita titul. ſcripta fuerant à Iureconſultis, viſum fuit commodius in peculiares & certos titulos omnia partiri, atque legitime diſtribuere, vitandæ ſcilicet confuſionis gratia, ſicut factum eſt de titulo de rebus creditis. ſub quo etiam titulo tanquam generali varia capita continebantur: veluti de iureiurando, de commodato, de pignore, &c. ſed propter interpretationes Iureconſultorum facti ſunt diuerſi tractatus, & ſingulis contractibus proprius & peculiaris titulus eſt attributus.

Cur autem in prima parte Digeſtorum tractetur de in integrum reſtitutionibus, cur inter τὰ πρῶτα ſit relatus hic tractatus, facile eſt ex ſequentibus intelligere. τὰ πρῶτα ſiquidem ea continent, quæ ad præparationem iudiciorum vere pertinent. Reſtituitur enim hoc auxilio prætoris actio amiſſa, qua alias & ſine ea reſtitutione quis non poſſet experiri, vt ſi quis dolo circumſcriptus, rem aliquam alicui dederit, deſiit ſtatim dominus eſſe eius rei, ideoque reſtituenda eſt ei actio antequam poſſit agere. Sed poſtquam eſt reſtituta, permittitur ei agere, perinde ac ſi rem ſuam nunquam amiſiſſet: videtis ergo hanc tractationem maxime ad præparationem iudiciorum pertinere. De hac igitur reſtitutione eſt nobis tractandum per locos communes. Primus igitur locus huius tituli eſt, in quo quæritur.

CAP. II.

Cuius ſit reſtituere in integrum.

IN omnibus pene capitibus huius tit. ſit mentio prætoris, quaſi prætoris prætoriiuſque ſit reſtituere in integrum. in l. 3. dicitur: omnes in integrum reſtitutiones à prætore promittuntur. ſic enim legendum eſt, & ſic in Pandectis Florentinis legitur. in l. 4. dicitur: nemo videtur excluſus eſſe, quem prætor in integrum ſe reſtituturum pollicetur. Prætoris ergo eſt in integrum reſtituere: nec id mirum: cum mixti imperij ſit reſtitutio in integrum, vt docuimus ſupra ſub tit. de iuriſdictione, interq; exẽpla mixti imperij hoc exprimitur, in l. ea quæ. ad munici. his verbis: *Magiſtratus municipalis, qui illud imperium non habet, non poteſt in integrum reſtituere.* Idem dicendũ eſt de aliis magiſtratibus, qui hoc imperiũ habent, nempe & eos reſtituere in integrum poſſe, & reſtituẽdi in integrũ facultatem habere. Exẽpla ſunt in l. in cauſæ. 16. §. vl. & legib. ſequentib. inf. de minor. Aliquando ſolius principis eſt in integrũ reſtituere. exemplum eſt in l. 1. C. vbi & apud quem. Si autẽ à procuratore principis aliquid iudicatum ſit, princeps ſolus poteſt aduerſus eam ſententiam reſtituere: fauor enim fiſci hoc exigit. Cęſaris autem procurator cognoſcit de cauſis fiſcalibus, cùm lis eſt inter fiſcum & priuatũ, & ideo nemo poteſt eam reſcindere ſententiam, niſi ſolus princeps. Hodie tamen moribus noſtris videtur princeps ipſe in integrũ reſtituere. Nam diplomata

concipiuntur nomine Regis, ab eóque impetrantur,& hæc cura ad cancellarium,& magiſtros libellorum pertinet, quod quidem ceteris non permittitur magiſtratibus. Quæſtio eſt an iudex delegatus poſſit in integrum reſtituere? hæc quæſtio tractatur in l.vlt. C.vbi & apud quem. quæ eſt vna ex nouis conſtitutionibus Iuſtiniani,edita Lampadio,& Oreſte conſulibus. Conſtitutio eſt obſcura,propter improprietatem verborum:quamuis enim is,qui iuriſdictioni præeſt, differat ab eo, qui iudex datus eſt,tamen eos confundit Iuſtinianus:vocat enim delegatum iudicem eum, cui mandata eſt iuriſdictio. Sed tamen expende prudenter totum contextum, facile enim eſt videre Imperatorem diſtinguere eum, qui habet facultatem iudicis dandi,ab eo cui mãdata ipſa eſt iuriſdictio. In ſumma autem hæc conſtitutio nihil aliud vult, niſi ſpecialiter mandare poſſe hanc reſtitutionem, & mandata generaliter iuriſdictione transferri.nec mirum,cum mandata iuriſdictione tranſeat quoque mixtum imperium,quod ipſi cohæret iuriſdictioni.l.t ſupra de officio eius cui mand. eſt iuriſdictio.Eſt etiam conſtitutio Pontificia,quæ videtur aperte declarare Iuſtiniani conſtitutionem, cap. pen.de in integrum reſtitutionibus. Alius locus huius tit. eſt,in quo tractatur.

Quæſtionis diuerſa ac difficilis ſolutio.

Cap. III.

De foro in quo eſt conuenendus is, contra quem petitur in integrum reſtitutio.

HÆc queſtio difficilis eſt,& pertinet ad tractatum, Vbi quiſque agere vel conueniri debeat. Si quis enim hodie literas releuationis impetrauerit, quæſtio eſt in quo loco aduerſarium ſuum debeat conuenire, pro illarum literarum executione. quæ quæſtio eſt difficilis. Varietas certe magna eſt iudiciorum, & varie iudicatum à Senatu Pariſienſi de hac re ſæpe fuit: alij enim putant in loco domicilij agendum eſſe, alij vero loco in quo res, de qua futura eſt controuerſia, ſita eſt. Qui exiſtimant agendum eſſe in loco domicilij, adducunt l.2.C.vbi & apud quem cognit. reſtit. in qua lege apertus eſt locus de domicilio: ex quo videtur inferri, ſemper in loco domicilij.id eſt,apud iudicem eius loci, in quo reus domicilium ſuum habet, experiendum eſſe.Qui putant agendum eſſe in loco, in quo res ſita eſt, citant l. in cauſæ. 13.§. vlt.de mino.ex qua colligunt hoc genus in rem ſcriptum eſſe, id eſt,eſſe actionem in rem ſcriptam. Certum eſt,vt diximus,aliquando cum agitur in rem,poſſe agi in loco in quo res ſita eſt,l.vlt.C.vbi in rem actio.idque ſic intelligendum eſſe cenſeo, vel maxime ex verbis legis, dato in rem iudicio: quæ verba pauci intellexerunt, ea autem interpretabimur ad tit. quod met.cauſa. Hæc extraordinaria actio in rem ſcripta eſt. In rem autem ſcriptam vocant, quia modo in perſonam eſt,modo in rem. de quo dixi in tit. de oblig. & act. ibi.admonui non recte in rem ſcriptas vocari has actionum ſpecies. Antequam autem de hac quæſtione dicam quid ſentiam, aliquid breuiter dicendum eſt de ratione actionis reſtituendæ,cum quis agere vult ea actione quam amiſit metu,vel dolo inductus aliáve cauſa. ratio huius reſtitutionis petendæ eſt, vt Prætor reſciſſo eo quod geſtum eſt,det reſtituatque actionem, vel in rem vel in perſonam. Interdum enim is qui agit reſtitutione in integrum,in rem agit. exemplum quia in l.in cauſæ.13.§.interdum. de minor. Simile exemplum eſt in leg. metum.§ vlt. infra de eo quod metus cauſa. Metu impuliſti me vt rem meam tibi darem,ſecundum ius ſummum ſtrictúmque non poſſum eam vindicare, quia iure ciuili dominium amiſi:itaque peto propter æquitatem, quia iuſta cauſa eſt reſtitutionis,vt prætor me ſcilicet reſtituat,& permittat me rem vindicare meam,perinde ac ſi dominus manſiſſem. Poteſt enim prætor reſciſſo eo quod male perperámque geſtum eſt, dare actionem in rem,poteſt etiam dare actionem in perſonam puta actionem quod metus cauſa, ſi velimus petere quadruplum. Simile exemplum eſt de actione in rem.§. rurſus. Inſtit. de act. Quidam vſucepit rem meam,& ideo eam amiſi, non poſſum iure ciuile eam vindicare.ſed tamen quia iuſta cauſa eſt reſtitutionis,velut quia vſucapta eſt, cum Reipublicæ cauſa abeſſem prætor me reſtituit,quaſi dominus manſiſſem,nõ tamen vt prætor permittat mentiri, vt Accurſius ait,ſed habetur pro domino iure prætorio,quamuis iure ciuili non ſit dominus:hæc actio dicitur plerunque reſtitutoria, dicitur etiam reſciſſoria. leg. 3. verſic. plane de eo per quem factum, leg. nec non.28.§. pen.& vltim.ex quib.cauſ.maior. Antequam enim hæc actio detur,opus eſt reſciſſoria eius quod geſtum, eſt vnde vulgo dicitur aliud eſſe remedium reſcindens aliud reſciſſorium, id eſt, aliud eſſe remedium reſciſſionis, aliud reſtitutionis. Prætor eadem opera reſcindit & reponit in integrum ſtatum. Vnde cum quæritur,de foro compet. (vt ad propoſitam quæſtionem redeamus) vbi hæc cognitio agitanda eſt,videndum eſt an quis velit agere in rem,an in perſonam. Nam ſi in perſonam,tunc ſpectãdum eſt,vbi reus domicilium habeat.leg.2. Cod. vbi & apud quem reſtitut. in integr. Si vero in rem ſpectabitur vbi res ſita eſt,ex leg. vltim.C.vbi in rem actio exer. deb.Sic mihi videtur hic nodus explicandus,qui alioqui eſt valde difficilis & intricatus. Vidimus cuius ſit reſtituere, & in quo loco reſtitutio fieri debeat.Alius locus huius tit.eſt in quo tractatur.

Cap. IV.

De quibuſdam generalibus præceptis circa reſtitutionem in integrum obſeruandis.

IN primis dicitur cauſa cognita omnes in integrum reſtitutiones à prætore promitti.leg.3.hic. *Cauſa cognita:* In omnibus edictis,quę de in integrum reſtitutionibus proponuntur, additur, cauſa cognita,vt videbimus in ſingulis edictis.Sub tit.de minoribus, *Vtiquæ, res erit* (inquit Prætor *animaduertam.* Quibus verbis prætor oſtendit ſe reſtituturum cauſa cognita,ſiue per metum,ſiue per dolum fuerit amiſſa actio.

Vt iuſtitiã earũ cauſarum examinet. Videt prætor & æſtimat an iuſta ſit cauſa reſtitutionis, an ſit dolus, an metus. Cauſarum denique examinat ipſe prætor iuſtitiam,iuſto lancis examine, *an vera ſint,quarũ nomine ſingulis ſubuenit.* varia eſt interpretatio horũ verborum,ſed magis mihi placet, veras cauſas pro iuſtis accipiendas eſſe,quod & Accurſio etiam viſum fuit.Alij dicunt hoc ideo adſcriptum, quia cum minor petit reſtitutionẽ,ait ſe circumſcriptũ & aduerſarius negat,prætor cognoſcit an id verũ ſit necne ergo & de iure & de facto cognoſcit ipſe prætor.Sed verum fere iuſtũ ſignificat.§. ſemel. Inſtit.quib.ex cauſ.manum.non licet. qui §. deſumptus eſt ex leg.iuſta.infra de, manumiſſis vindicta, vbi vera cauſa pro iuſta ſumitur.leg.ſi fideiuſſor §.meminiſſe.de legat.1.vbi verũ pretiũ pro iuſto accipitur. Ideoq; veras pro iuſtis hic explicabimus. Et cum ambigua ſit hæc oratio ex antecedentib.& ſequentib. explicari debet hæc ambiguitas.l.ſi ſeruus plurium,§.fin.de legat.1. antecedentia.n.proſunt multũ ad coniecturã faciendã: quæ.n. præcedunt,nempe vt iuſtitiam earũ examinet,oſtendũt hoc verbum veræ, pro iuſtis accipiendam eſſe:ſi enim diuerſa hæc fuiſſent, dixiſſet cum copula,& an veræ.Alij dicunt his verbis ſignificari prætorem cognoſcere an cauſa falſa ſit, an vera, ob quam reſtitutus eſt quiſpiam,ſed verba ab hoc ſenſu aliena ſunt. An autẽ prætor ipſe cognoſcat, an alium delegare poſſit, diximus: non nego quin cognitionem mandare ipſe prætor poſſit,ſed nego hoc his verbis ſignificari.

Cauſam veram iuſtamque prætor examinat.

De cauſis autem propter quas quis reſtitui poſſit à prætore, quædam hic ſunt capita, leg prima.ſecunda,

Digitized by Google

quarta, ſexta, & ſequentibus. Alind exemplum eſt, in leg. ſeptima. *Diuus more ſoluto.* vbi delendum eſt verbum *ſoluto*, ex Pandectis Florentinis. Quidam citatus voce præconis non reſpondit, ſententia non eſt edita in eum quaſi contumax eſſet, ille ſtatim adiit iudicem ſedentem pro tribunali, petiit reſcindi, quæ geſta fuerunt: quæritur an iuſta ſit cauſa reſtituendi? Marcellus ait, eum reſtituendum, cum tam cito ad prętorem venerit, cum adhuc pro tribunali ſederet. Et hodie hoc vtimur iure. Cum quis defecit. & acceſſit ſtatim cum iudex adhuc ad tribunal ſederet, auditur. Quomodo autem citare verbum hoc loco ſit accipiendum, docui lib. 1. Diſputat. cap. 7. *Ce n'eſt pas à dire adiourner*, ſed voce præconis vocare, vt accipitur in leg. Et poſt edictum de iudiciis. vbi reſpondere verbum, oſtendit quomodo ſit accipiendum citare verbum. Citante enim pręcone debet in die cognitionis cauſæ reſpondere ſe adeſſe: quod ſi non reſponderit, & ſententia in eum pronuntiata fuerit, poteſt reſtitui, ſi ſtatim reſpondeat, quod videtur magis abfuiſſe, quia vocem præconis non audiuit, quam contumaciæ cauſa. d. l. 7. *Et ſi nihil facile mutandum eſt ex ſolennibus.* Solennia, quæ ad ordinem iudiciorum ſtatuta ſunt, non debent facile immutari, id eſt, non niſi ex graui cauſa, ſicut in hac ſpecie. Solennia vocat legitimum ordinem, qui obſeruatur in iudiciis exercendis. Sic ſolenne accipitur in leg. Nec ex prætorio. 27. infra de regul. iur. Sic ſolenne ſpatium, ſolenne tempus. leg. 1. pro dote. ſpatium legitimum quo res pro dote ipſa vſucapitur: ſolennem annum etiam dicimus. leg. ſi ſtipulator. de donatio. inter virum & vxorem. Ex hoc loco ſumptā eſt regula iuris quæ incipit, Et ſi nihil. de regu. iur. quod oſtendit inſcriptio Marcelli lib. 3 Digeſtorum. ea enim regula iuris eandem inſcriptionem habet. Vnde ſi quis velit eam explicare, ſumendum eſt exemplum ex hoc loco: videtis ergo, quæ ſit vtilitas harum inſcriptionum. Et nemo poteſt illos poſteriores titulos Pandectarum de verb. ſignific. & de reg. iur. commodius explicare, quam ſi videat inſcriptiones, vt ſæpe admonui.

Deinde in cauſæ cognitione verſatur, an fiat præiudicium magnæ cauſę in reſtitutione minimę rei. leg. ſcio. hic. Hic locus pertinet ad id, quod diximus de cauſa cognita. Videndum eſt an forte agatur de minima re, an videlicet ob minimam rem quis velit reſtitui, & tūc iuſta cauſā eſt denegandi reſtitutionem. hoc remedium enim prætoris eſt extraordinarium, & ideo non facile debet concedi, præſertim cum de re minima agitur, & maiori fit præiudicium. Per minorem enim cauſam maiori non debet fieri præiudicium. l. per minorem. de iudic. exemplum eſt in leg. vltim. vbi Iureconſultus docet, quidnam interſit inter minorem, & eum qui reip. cauſa abeſt: reſtituitur tamen vterque, ſed id fit cum cauſæ cognitione.

Præterea in cauſæ cognitione etiam æſtimandum eſt, an totum ſit reſtituendum, & ad quem modum. leg. vlt. in cauſæ enim cognitione prætor aliter minores reſtituit, quam maiores. Nam minores reſtituit in totam cauſam quamuis legitimi defenſi ſint, maiores vero, qui abfuerint Reipublicæ cauſa, ita tantum reſtituit, vt poſſint appellare; ſed de his dicemus ſub tit. de minorib. 25 an. in integr. reſtit.

Poſtremo notandum eſt beneficium reſtitutionis in integrum ad hæredem tranſire, & ad quemcunque, qui in ius vniuerſum ſuccedit. Exempla hic traduntur, in leg. non ſolum. 6. fideicommiſſarius tamen proprie hæres non eſt, ſed pro hærede habetur, ideoque captus reſtitui poteſt. Sic ſi minor captus ſit in hæreditate, quam adierat) ſi à patrono redigatur in ſeruitutem, forte propter ingratitudinem, patronus tunc erit veluti ſucceſſor eius, an tamen poterit patronus ipſe poſtea reſtitui in integrum? & an poſſe reſtitui, cum minor adierit hęreditatem, qua læſus eſt. Sed alia ſuboritur quæſtio: is redactus eſt in ſeruitutem, an patronus poſſit abſtinere hæreditate? dubitatio ex eo naſcitur, quia videtur adiiſſe hæreditatem minoris, redigendo eum in ſeruitutem. Hæreditatem enim etiam tacito facto agnoſcere poſſumus. leg. pro hærede. leg. gerit de acq. hæredi. Sed reſpondet, quia non adipiſcendæ hæreditatis gratia poſtulat in integrum reſtitui, & oſtendit animum defuiſſe adeundæ hæreditatis, vtiturque patronus beneficio legum, vindictæ gratia, non adeundæ aut adipiſcendæ hęreditatis cauſa. Ex his intelligitis leg. nemo videtur, propter ſpem quam habet recuperandi, quod amiſerat, quia facile poteſt ea relinquere propter in integrum reſtitutionem: non videtur igitur excluſus quem prætor in integrum reſtituturum pollicetur, vt ait Paulus Iuriſconſultus in d. l. 5.

IN TIT. II. DE EO QVOD METVS CAVSA GESTVM ERIT.

CAP. I.

IN titulo ſuperiori tractatum fuit generaliter de reſtitutione in integrum, in quo diximus varias eſſe cauſas ex quibus quis in integrum reſtituitur. Prima cauſa quæ hic occurrit eſt metus, de qua edictum hoc loco proponitur. Cuius duo ſunt capita, vnum generale, quo prætor ait ſe ratum non habiturum quod metu geſtum eſt. Alterum eſt ſpecialius, de actione quæ ex hoc edicto naſcitur. Primi capitis verba ſunt hæc, *Ait prætor, Quod metus cauſa geſtum erit ratum non habebo* in l. 1. hic. Iuſtiſſima eſt cauſa huius edicti, quia libera hominum voluntas in negotiis contrahendis eſſe debet, quamuis coacti velle ſæpe dicamur, vt patet ex leg. ſi mulier. §. vlt. hic. Nec dubium eſt, quin voluntas hominis ſæpe cogi poſſit. Quare merito Ariſtot. lib. 3. Ethic. cap. 6. & 7. tractat an ea, quæ metu fiunt, ſint ἑκούσια an ἀκούσια, id eſt, voluntaria, an inuoluntaria, & ait neutrum eſſe, ſed eſſe mixta. Principium enim agendi non eſt extrinſecus, ſed in eo ipſo qui aliquid coactus facit, is tamen mallet, ſi vi non cogeretur, non facere. Vtitur ille exemplis non diſſimilibus iis, quæ in hoc tractatu reperiuntur. Admonet autem Vlpian. aliter olim fuiſſe conceptum edictum prætoris antequam Iulian. illud compoſuiſſet auctoritate Adriani. Is dicitur metu aliquid feciſſe, qui vi impulſus, metuque coactus fecit. huc pertinet lex 3. hic. l. metum. C. eo. vim accipere debemus atrocem, & quæ ſit contra bonos mores, non quamcunque vim, vt in interdicto vnde vi, quod non datur ob vim feſtucariam, vt ait Gellius lib. 20 cap. 9. Exemplis docet quæ ſit vis atrox. l. 3. 4. 5. 6. 7. 8. & 9. *Vis feſtucaria.* *Vis atrox.* In edicto credibile eſt mortis & cruciatus corporis mentionem factam fuiſſe, vt colligitur ex l. interpoſitas. C. de tranſact. idem in l. 4. & l. ſi donationis. C. de his quæ vi met. edictum tamē hac interpretatione productum eſt ad ſimilia, vt ſeruitutem, ſtuprum, & alia. Metus infamiæ non eſt idoneus, vt eius nomine reſtitutio tribuatur. l. 7. hic. Non eſt enim viſum prætori huiuſmodi hominibus ſuccurri debere, qui vmbrā ſuam, vt dicitur, timent. In ea lege 7. dicitur iuſtus metus eſſe eius, qui deprehenſus in adulterio aliquid dedit, metuēs ne vinciretur, aut occideretur, aut proderetur. Obiicitur lex 4. inf. de condict. ob turpem cauſ. Cōdictio ob turpem cauſam nō datur cū turpitudo eſt ex parte dātis, & adfert exemplum quod hic tractamus, videlicet, Si quis deprehenſus eſt in adulterio ei ſuccurritur. Illic nō poſſe condici Sabinus & Pegaſus reſpōderunt. Diſſimilitudo igitur eſt in his ſpeciebus. in d. l. 4 deprehenſus in adulterio, dedit vt ſe redimeret: & recte dediſſe dicitur; ne cauſam detegeret adulterij, quod ad infamiam

pertinet: & quia turpitudo eſt ex eius parte non reperit. l. 7. hic. proponitur metu mortis dediſſe, nec mentio eſt vlla infamiæ aut turpitudinis ex eius parte, vt metus, ſcilicet ne me proderes ei, qui me erat interfecturus, aut idem facturus quod mœchus faceret aut ne à te ipſo eadem hæc paterer. Alij aliter explicant, ſed mihi videtur eſſe ſenſus huius loci germanus & verus.

Varia exempla hic proponuntur, ad quæ productum eſt hoc edictum, quod de mortis metu conceptum eſt, vt ad ſeruitutem, quam fere mortalitati cōparamus. l. ſeruitutem infra de reg. iur. Aliæ quæſtiones paſſim tractari ſolent ſub hoc tit. vt in l. qui in carcerem. ad fin. huius tit. de eo qui in carcerem quem detruſit, vt aliquid ab eo extorqueret: ſed huic ſimile eſt, quod dictum eſt de vinculis l. 7. iuſtus metus eſt vinculorum vt ſeruitutis. Vincula enim ſeruitutis ſpecies ſunt. l. Titio centum. §. Titio. de condit. & demonſt. leg. 2. de lib. homi. exhib. Quod autem dicitur, *Qui in carcerem quem detruſit, &c.* non eſt intelligendum ſimpliciter de homine incarcerato. Hinc & ſtulte facere ſolent, qui cum incarcerato contrahere volentes, educunt eum è carcere, vt id tutius perficiant. Nec enim id voluit Iuriſcon. cum de eo tantum loquatur, qui in carcerem aliquem duxit, vt aliquid ab eo extorqueret. Poteſt igitur qui eum in carcerem non duxit, contrahere. Aliud exemplum eſt in l. vltim. §. 1. hic. cuius ſpeciei omnes circumſtantiæ ſunt expendendæ, vt intelligamus iuſtum metum fuiſſe. Aliud eſt exemplum in d. l. vlt. §. ſi fœnerator. in quo hæc verba, *Cuſtodiendo athletam,* interpretor, vinciendo. Vnde titul. de cuſtodia & exhibit. reorum extat infra, alij aliter intelligunt, & aiunt, quia non eſt iuſtus metus reſtitui eum ex officio iudicis: quo nihil eſt pugnacius: nec ab æquitate alienius.

Hæc ſunt exempla eius metus, ob quem reſtitutioni locus eſt. Ex edicto prætoris inanis & vani metus qui in conſtantem virum non cadit, nulla habetur ratio. Exempla ſunt pleraque in C. eod. leg. ad inuidiam. & leg. cum te domus. vbi loquitur de metu eius qui metuit, ne quis eum ad ciuilia munera nominaret. Aliud exemplum in leg. metum. eod. Huc pertinet regula iuris, Vani timoris nulla habenda ratio eſt. Aliud exemplum in leg. accuſationis. C. eod. Exemplum eſt de canonico. cui maritus quidam bonus interminatus eſt se iacturum pileum per feneſtram. Quæritur de metu amiſſionis bonorum. Exemplum eſt in cap. 2 de his quæ vi, metú ve, in Decret. vbi ait iuſtam eſſe cauſam reſtitutionis in integrum, quoniam ſine bonis non poſſumus nos tueri. Maior quæſtio eſt de reuerentia, vt ſi filius qui contraxit cum patre, aut libertus cum patrono, aut vxor cum marito, velit reſtitui, quod dicat ſe contraxiſſe metu reuerentiæ. Reſpon. non eſſe locum reſtitutioni, quod nulla ſit mētio eius reuerentię ſub hoc ti. neque in Pandect. nec in C. Quam ſententiam confirmo aliis exemplis: vnum eſt in l. ſi patre cogente. de ritu nupt. *Cogente* enim interpretor imperante. Matrimonium enim iniuſto metu cogente factum, nullum eſſet, vt cetera metu facta, & tamen contractum reuerentiæ metu firmum eſt. Similis locus eſt in l. fideiuſſor. §. 1. de pignor. vbi pater obligat prædium filij ſui, & filius ſcribit inſtrumentum obligationis: re enim oppignerata metu reſtitueretur filius. Verum quia metu reuerentiæ tantum coactus eſt, ſcribit recte contractum eſſe pignus, & ſilentium eius loco conſenſus haberi. Obiicitur nobis l. pen. infra de furt. vbi ait: Si patronus rem liberti contrectet eo præſente, & non contradicente metu reuerentiæ, poteſt dici metu feciſſe. Videbatur tamen furtum non eſſe, quia furtum eſt contrectatio rei alienæ inuito domino: & ſic qui volente domino contrectat, non eſt fur. vult autem qui non contradicit: videbatur igitur hic conſenſiſſe libertus ob reuerentiam: dicitur tamen patronus non ideo minus furtum feciſſe: quia libertus ob reuerentiam patrono debitam non contradixit. Obiicitur & lex 1. §. quæ onerandæ. infra quarum rerum actio non datur. vbi adiectum liberto onerandæ libertatis gratia, propter nimiam patroni reuerentiam exigi non poteſt. Vulgo diſtinguunt iuxta leg. interpoſitas. C. de tranſact. Sed hanc diſtinctionem nunquam probaui. Itaque breuiter ita reſpondeo ad d. l. pen. expendenda eſt diligenter facti ſpecies. Quæſtio eſt an libertus tacens, & non contradicens ſit intelligēdus conſenſiſſe & permiſiſſe? Reſpon. non conſenſiſſe. Nam is cuius magna verecundia, et quem in præſentia pudor ad reſiſtendum impedit, furtum facere ſolet, vt ait Labeo in fin. d. leg. pen. & quamuis non contradixerit, non tamen conſenſit. Hic enim agitur de præſumptione quæ, vt alibi diximus, alteri cedit præſumptioni: nam præſumptio conſenſus cedit præſumptioni reuerentiæ. Præſumimus enim libertum non conſenſiſſe, quia ob patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus in l. 23. §. 1. infra ſolu. mat. At dict. lex 1. §. quæ onerandæ. verſ. in ſumma ait, non dabitur exceptio, &c. niſi liquido appareat metu vel nimia reuerentia in id conſenſiſſe. nec dicit ſimpliciter reuerentia, ſed nimia, ſi. e immodica: ita vt ei ſuccurrendum ſit ex bono & æquo: deinde fauor libertatis ſuadet, vt ita benigne interpretemur pro libertate. Addēdum eſt metum præſentem, non futurum in hoc edicto eſſe accipiendum. leg. metum. 3. hic. quod videtur aduerſari his, quæ dicta ſunt in leg. 1. hic. metus eſt inſtantis vel futuri periculi. Hæc tamen non ſunt pugnantia. nam præſentem metum eſſe oportet, etſi periculum futurum ſit: id eſt, oportet aliquid factum eſſe propter quod metuere debeamus: quod ſequentia verba oſtendunt dict. leg. metum. *non ſuſpicionem inferendi eius.* Denique tractatur quæſtio ibidem, ſi fundum meum dereliquero, audito quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus ſit. quo pertinet quod diximus leg. metum. C. eo. Obſtat lex non ſolum. §. ſi dominus. infra de vſucap. Sed hæc antinomia pertinet ad tit. de vi & vi arma. Ideo reiicio illam in illum tit. Metum accipere debemus non iure illatum. l. 3. §. 1. hic. Nam ſi magiſtratus iure poteſtatis aliquem terruit, non ideo locus eſt huic edicto. Iuris enim executio non habet iniuriam. l. iniuriarum actio. §. 1. infr. de iniur. Magiſtratus tamen tenentur actione iniuriarum, ſi quid iniurioſe faciant. leg. nec magiſtratibus. infra de iniur. Hinc naſcuntur aliquot quæſtiones, vna eſt in l. vltim. §. vlt. de eo qui apud præſidem prouinciæ conqueſtus de quodam, quem contendebat ſibi eſſe debitorem certæ pecuniæ, præmiſit ſtatim apparitorem, qui eam pecuniam vi eriperet. Quæritur enim an iuſtus ſit metus, quia magiſtratus iuſſu hoc factum eſt? Reſpon. huic edicto locum eſſe, & hoc iuſto metu ablatum eſſe reſtituendum. Sed ſi ea pecunia debeatur, reſtitutionem ex hoc edicto locum non habere ſine cauſæ cognitione, vt leg. ſi pignora. infra de euictio. Alias enim interuenit cognitio cauſæ, & executio ordinaria, quæ ex re iudicata fit. l. à diuo Pio. infra de re iudic. Nam cum per apparitorē executioni mandatur ſententia, hoc dicitur extra ordinem fieri: quo caſu ſi in executione male verſatus ſit, reſtitutio ex hoc edicto impetrari poterit à debitore. At cum per iudicem executioni mandatur ſententia, dicitur fieri cauſa cognita, & tunc ſi male verſetur iudex, erit appellandum. Alia quæſtio eſt in l. ſi mulier. ai. Liberta ingrata fuit in patronum: is volebat eam redigere in ſeruitutem: ob idq; eum de ſuo ſtatu periclitaretur, aliquid dedit patrono, ne redigeretur in ſeruitutem. Petit reſtitui ex hoc edicto, quia metu dedit. Reſpon. ceſſare hoc edictum, quia hunc metum ea ſibi intulit: hoc eſt vitium ipſius & ingratitudo hunc metum illi intulit: hoc eſt quod dicitur

in l. 3.

in l.3. *Iure licito.* Oportet enim metum iure inde licito eſſe illatum, vt aduerſus eum reſtitui poſſimus. Hinc confirmatur quod ſupra dictum eſt, de eo qui contrahit cum eo, qui eſt in carcere, licet enim cum eo contrahere, modo iure id fiat. Nec auditur, ſi dicat metu carceris hoc feciſſe, nam ipſe hunc metum ſibi infert. Idem dicitur de eo, qui captus eſt ab hoſtibus, ſi ſe redimit, & reuerſus ad ſuos nolit ſoluere quod promiſit, tanquam metu promiſſum fuerit. Debet enim fidem hoſti ſeruare, nec poteſt cauſari ſe metu promiſiſſe. Hanc quæſtionem tractaui ad leg.1.ſupra de pact. Quomodo probandus ſit metus, non eſt huius loci: pertinet enim ad titul. de probat. Vno tamen loco hoc attingam leg. vltim. §. vltim. Sequitur in edicto, *Ratum non habebo.* Ea verba exponit Vlpianus in leg. metum. §. ſed quod prætor. Hæc verba generalia ſunt, & pertinent tam ad actionem, quam ad exceptionem: ſignificant ei, qui metum paſſus eſt, dari, vel actionem, vel exceptionem, prout res exigit. Citatur autem hic reſcriptum, quo cõſultus ea facto Imperator ad mutuas, tam actionem quam exceptionem competere in re ſiue perfecta ſiue imperfecta ei, qui propter metum cautionem pollicitationis dederit, & ob id reſtitutionem poſtulauerit, iure reſcripſit. Pollicitationes ſolebant fieri Reipubl. vt oſtendit titul. de pollicit. & ideo ſtatim collocatus eſt poſt titul. ad municip. vt iam oſtendi ad leg.1. ſupra de pactis. Quod hic colligitur, interlocutionem principis in cauſa aliqua pro lege habendam eſſe, ridiculum eſt. non enim meminit hic interlocutionis principis, ſed reſcripti quod conſultus edidit. Solebant autem conſuli Imperat. in quæſtionibus dubiis, vt iure conſulti. Ideo reſcripta Imperatorum dicuntur in Codic. Iuſtiniani, vt iuriſconſultorum reſponſa in Pandectis. Actionem, quæ ex hoc edicto datur, dici eſſe reſtitutoriam, vel reſciſſoriam: non quod hoc verbum reſtitutoria, aliquod nomen ſit actionis, ſed tantum qualitas quædam actionis, quæ reſtitutione facta datur à prætore: quemadmodum reſciſſoria, quæ reſciſſione facta datur. §. rurſus. Inſtitut. de actio. leg. necnon. §. pen. & vltim. infra ex quibus cauſis maio.

Quæ actio ex hoc edicto naſcatur.

§. Volenti autem datur & in rem actio, & in perſonam, reſciſſa acceptilatione, vel alia liberatione.

In prima datur actio vel in rem, vel in perſonam vtilis, quæ propter negotium metu contractum deficit competere, & ideo datur actio quod metus cauſa. Tu me compuliſti metu vt rem meam tibi darem: dedi, ſed deinde reſtituor in integrũ à prætore, reſciſſo eo quod geſtum eſt. Datur enim mihi actio quæ prius competebat, ſcilicet rei vindicatio, quia eram dominus. Vel ſi coegeris me liberare re acceptilatione, reſtituor à prætore: & datur actio in perſonam, quia forte debebas ex mutuo. Sic interpretor leg. metum. §. volenti. hic. Qui locus exiſtimatur difficilis ab Accurſio. Volenti igitur datur vtraque actio, & licet experiri vtra velit. Inter has autem actiones multum intereſt: nam ſi quis experiatur veteri actione, id petet quod ex ea competebat. ſiue in rem actio, vt vindicatio, ſiue in perſonam, vt ex mutuo, fuerit. Si vero malit ex hoc edicto agere quod metus cauſa, petet quadruplum, niſi res arbitrio prætoris reſtituatur. Electa tamen vna actione, altera tollitur. Simile eſt quod dicitur in l. ſi mulier. §. vlt. Metu compulſus hæreditatem delatam repudiaui, reſtituor in integrum. Hac reſtitutione duplex via mihi patet: poſſum enim experiri petitione hæreditatis vtili, quia ſummo iure propter repudiationem directa deſiit competere, vt in §. volenti, intelligitur dari actio vtilis in rem. Datur quoque in rem actio ex edicto de eo quod metus cauſa. Sed alterutra electa ad alteram regredi non potero, ſiquidem vnius electione altera tollitur. Sed ſatis ſuperque de cauſa huius actionis abunde diximus.

Cap. II.

Cui & contra quem detur hæc actio.

Ex iam dictis patet hanc actionem ei competere, qui metum paſſus eſt, eiuſque hæredibus & ſucceſſoribus, quia rei perſecutionem continet, contra eum qui metum intulit. nec refert à quo metus illatus ſit, an à ſingulari perſona, an curia, an collegio, an ciuitate. leg. metum. § animaduertendum. Hoc edictum eſt in rem conceptum non in perſonam. Exemplum eſt in dicta leg. metum. § ſed quod ait prætor. leg. ſed ex dolo. §. 1. infra de dolo malo. De eo dicemus in titul. de dolo. huc pertinet lex, aliud. §. refertur. infra de regul. iur. Hic autem locus nos docet, quid ſit à ciuitate, municipio, vel corpore aliquid factum eſſe: quod non facile diſcernitur ab hominibus imperitis, qui non poſſunt diſtinguere ciuitatem à ſingulis ciuibus. ſic diſtinguitur in titul. de rer. diuiſ. in Inſtit. §. vniuerſitatis. Vniuerſitas igitur ipſa intelligitur feciſſe, quod publice fit per maiorem partem. Publice, id eſt, publico nomine, & opponitur aduerbio priuatim apud Ciceronem. Datur etiam hæc actio contra eum, qui rem metu extortam poſſidet, tametſi metum non intulit. leg. metum §. vltim. Vnus mihi metum intulit: ex eo metu nihil forte ad eum peruenit, ſed ad alium, qui metum non intulerat. Contra vtrunque datur actio, quia hæc actio in rem ſcripta eſt, id eſt, concepta in rem, non in perſonam, vt ea his verbis colligere licet: Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo. Videtis enim non fieri vllius perſonæ mentionem in edicti verbis. Idem dicimus de pactis. leg. iuriſgentium. § pactorum. ſupra de pactis. Cum igitur animaduerteret Iuriſconſultus hoc edictum eſſe conceptum in rem, nec expreſſam eſſe perſonam metum inferentis, interpretatus eſt facile actionem dari contra eum ad quem aliquid ex eo metu peruenit. Huc quoque pertinet lex item ſi cum exceptione. §. in hac actione & § Pedius. Res tua ad me peruenit metu tibi illato. Peto vt doceas quis metum intulerit, neſcis: non enim noſti, nec forte percipere potuiſti: nihilominus competet mihi actio contra te ad quem res peruenit. Eſt tamen hæc actio etiam in perſonam. §. præterea, Inſt. de act: quia actor contendit reum ſibi eſſe obligatum ad dandum vel faciendum: quæ natura eſt actionum in perſonam. §. omnium. de actio. Inſtit. ad dandum ſcilicet, quia peto pœnam quadrupli. Sed dicet aliquis, eſt in rem ſcripta. Reſpondeo, ea quæ in rem ſcripta eſt, perſonalis eſt. Nec propterea audiendi, qui diuidunt actiones in perſonales, reales, & in rem ſcriptas: tolerabilius enim eſſet, ſi dicerent actiones in rem ſcriptas nonnunquam concipi in rem, nonnunquã in perſonam. Ex hoc etiam errore manauit illa quam attigimus, cum tractaremus quæſtionem, an reſtitutoria actio debeat intendi in loco domicilij, an in loco vbi res ſita eſt. adducunt autem leg. in cauſæ.13. infr. de minor, cuius ſenſum eos non percepiſſe ſatis hinc manifeſtum eſt. Nunc videndum eſt, an, & quomodo hæc actio ad hæredes tranſeat: tractatur hæc quæſtio in leg. item ſi cum exceptione. §. poſt annum. & leg. quod diximus. §. vlt. hic. Probabilis dubitatio fuit: quia hæc actio pœnalis eſt ex maleficio. Reſponſum tamen eſt competere de eo quod peruenit ad hæredem, & ex quo locupletior eſt factus. Eſt locus communis de hæreditariis actionibus. Sequentibus capitibus variæ quæſtiones tractantur huc pertinentes. Oſtendit Paulus leg. videamus. hic, cum dicitur actionem competere contra hæredem, ita eſſe intelligendum, vt contra omnes hæredes in infinitum detur etſi ad primum hæredem tantum peruenit. Nullus eſt locus huic ſimilis in iure ciuili: itaque hæc duo ſunt diligenter notanda. Vnum eſt, ſi quid perue-

Qualis ſit hæc actio.

Duo valde notanda in edicto Quod metus cauſa.

nerit ad aliquem metus cauſa, & conſumpſerit ipſum, nihilominus teneri. Alterum eſt, vt ſi ad vnum hæredem peruenerit, ceteri teneantur. Verba autem Caij l. quod autem. hic. videntur pugnare cum ſuperioribus. ſed hæc ſunt diuerſa. hinc male proconſulem Accurſius in hac lege interpretatur prætorem: ideo enim hoc dictum eſt, quia hoc ſcriptum fuit apud Caium ad edictum prouinciale. Poſtremo hæc actio datur ex cauſa noxali, ob noxam ſerui contra dominum. leg. quod diximus. hic.

Cap. III.

Quid veniat in hanc actionem, & quid petatur.

IN hanc actionem venit reſtitutio rei per metum ablatę. aut ſi res non reſtituatur, pœna quadrupli. Id expreſſum fuit in edicto l. item ſi cum exceptione. §. 1. Continet reſtitutionem rei & pœnam. Idem dicitur in l. 4. C. eod. Reſtituitur igitur hac actione, quod actori abeſt, & id in quo damnum eſt paſſus, non quicquid forte ablatum eſt. Notandum eſt ex l. ſed & partus. §. 1. hic. naturam eſſe huius actionis, vt ob damnum detur. Inde etiam ſi tu vi me & metu compuliſti ad rem meã tibi vendendam: deinde compuli tu metu, vt eandem rem mihi venderes: non competet tibi actio quod metus cauſa, quia nullum damnum paſſus es, nec quicquam tibi abeſt. Aliud exemplum eſt in l. ſi mulier. §. qui poſſeſſionem. Ego poſſeſſionem fundi cuiuſdam habebam, non proprietatem aut dominium, ſed tantũ vſumfructum, forte tu me per vim coegiſti, vt tibi traderem fundi poſſeſſionem, lis æſtimabitur non quanti eſt fundus, ſed quanti eſt poſſeſſio. huc pertinet lex ſi duo, infra vti poſſid. vbi dicitur, diuerſam eſſe fundi & poſſeſſionis æſtimationem. Hæc omnia eo pertinent, vt oſtendamus dominium reſtitui, & quod abeſt, actori. Notandum etiam eſt in hanc reſtitutionem fructus, & alias acceſſiones venire. Sic interpretantur Iureconſulti verbum Reſtituere, in l. videamus. 2. §. in Fauiana. de vſur. De fructibus autem quid ſit dicendum, ad dict. leg. ſed & partus. & leg. ſi mulier. hic ſatis expreſſum eſt, vbi etiam cauſæ nomen pro acceſſione ſumitur: ſed pleniſſime dixi ad tit. de vſur. Hæc reſtitutio pendet ex arbitrio iudicis: non enim ſatis poteſt in vniuerſum definiri, quomodo quicquid eſt reſtituendum, ſit in hoc edicto comprehenſum. leg. item ſi cum exceptione. §. quatenus. Huc referendæ ſunt l. metum. §. ex hoc edicto. l. illud. §. ſi metu. vbi docet exẽplis quomodo hoc ſit accipiendum: ſed poſthac agam de reſtitutione, propter quam pœna imponitur, ſi res arbitrio iudicis non reſtituatur. Non eſt ergo pœnalis ſimpliciter hæc actio. §. quadrupli. Inſti. de act. leg. item ſi cum exceptione. §. hæc autem. Aliquando hunc locum citaui, diſputans de actionibus arbitrariis. in §. præterea. Inſtit. de actio. vbi dicitur, arbitrarias ex arbitrio iudicis pendere. quod ita accipio, in quibus arbitratur iudex, quemadmodum actori ſit ſatisfaciendum. Tantum vero poteſt arbitriũ iudicis in hac actione, vt poſſidet iudex aliquãdo reum abſoluere. De noxalibus actionibus locus eſt hic Inſtit. tit. animaduertendus, quem citaui, vt dicerem omnes actiones non eſſe arbitrarias. Ea verba addidit Iuſtini. quaſi velit explicare verba edicti prætoris, niſi res arbitrio iudicis reſtituatur. Prætor enim dat actionem in quadruplum ob metum illatum, ſi res arbitrio iudicis non reſtituatur. Poterat dubitari, ſi quis conueniatur ob metum illatum à ſeruo, an conueniendus ſit ad pœnam quadrupli? Reſpond. hoc iniquum eſſe, & ſatis aſſe, ſi dominus noxæ ſeruum dedat, nec amplius eum teneri. Huc pertinet l. quod diximus §. 1. hic.

Cap. IV.

De officio iudicis.

OFficium iudicis eſt, ſi noxaliter agatur, vt condemnet tantum ad pœnam quadrupli, niſi rem reſtituat arbitrio iudicis, aut noxæ dedat. Diximus agi contra dominum noxaliter ob metum à ſeruo illatum, niſi res ad dominum peruenerit: tunc enim poterit conueniri directo, nec liberatur noxę dedendo ſeruum. *Singularia quædam de reſtitutione ex arbitrio iudicis pendente.* Quadruplatur autem id quod reſtitui oportet, non autem quod ablatum eſt. l. item ſi cum exceptione. §. quadruplatur. & §. Iulianus. ad ſi. Quæritur an in quadruplo inſit ſimplum. Eſt enim ambigua hæc oratio. Tractatur hæc quæſtio in l. item ſi cum exceptione. §. ſed ſi quis. & §. quatenus. Reſpon. Quadruplum eſſe accipiendum, vt in eo res metu ablata contineatur. Viſum eſt enim durum ſic interpretari quadruplum, vt totum pœnæ inſit. nam pœnæ ſunt potius molliendæ, quàm exaſperandæ. l. pen. infra de pœnis. Cuius eſt hic commodiſſimum exemplum. Simile eſt quod dicitur titul. de vi bono rapt. Inſtitut. § 1. Aliud autem eſt in actione furti, vbi quadruplum totum pœna eſt, vt §. vltim. Inſtitut de obliga. quæ ex delict. Vnde recte colligitur, quoties ſit mentio tripli aut quadrupli, nec aliud exprimitur, intelligendum eſſe, in eo triplo vel quadruplo rem quoque ipſam contineri. In § ſed & ſi quis. dict. leg item ſi cum exceptione. obſeruatur quem præciſe cogi ad faciendum. Sed ego aliter hæc verba intelligo: eſt enim hæc compulſio non neceſſaria, ſed quam Iuſta cauſa vocamus. Quæritur, ſi res per metum ablata perierit, an reus ab hac præſtatione liberetur, an condemnetur ad rem, id eſt ad æſtimationem rei peremptæ? Reſpon. l. 1. C. eod. eſſe perſecutionem integram. Actio enim perpetua eſt. l. in re furtiua. infra de condict. furt. l. 1 §. rectiſſime. infra de vi & vi arma. quod eſt intelligendum ſecundum l. 14. §. quod ſi homo. & ſeq. Obſeruanda eſt diligenter hæc diſtinctio, & duo caſus conſiderandi ſunt. Vnus eſt, cum poſt ſententiam latam aduerſus eum qui metum intulit, ante tempus iudicati res perierit ſine eius dolo & culpa. Tempus iudicato ad ſoluendum datur ad quatuor menſes l. ſancimus. C. de vſur. rei iudic. quo tamen iure hodie non vtimur: ex lege duodecim tabu. dabantur triginta dies. Natura enim huius actionis non patitur, vt perempta re poſt condemnationem intra tempus iudicati, eius æſtimatio ab eo exigatur: quia tripli pœna ſatisfacere cogitur. Hæc actio eſt arbitraria. §. præterea. de actio. Inſtitut. In hac ergo iudex reſpicit æquum & bonum: ob idque diligenter videre debet, ne quid ſtatuat alienum ab hac æquitate. Iti qui etiam de eo qui damnatus ob ſeruum, qui metu aliquid abſtulit, & aufugit, reſpondetur, non eſſe æquum, vt omnino relaxetur à rei condemnatione: ſed oportere eum cauere de perſequendo & reſtituendo ſeruo, ſi in eius poteſtatem peruenerit. Alter caſus eſt, cũ extortus eſt homo vi ab aliquo, & actum eſt cum eo, qui abſtulit, ſed antequam ſententia ferretur, aufugit vel periit. Reſpond. eum teneri, etiamſi ſine dolo & culpa eius perierit. In priori ſpecie æquitas non patitur, vt rem præſtet qui condemnatus eſt, cum cogatur ob condemnationem triplum præſtare: in poſteriore ſpecie arbitrium iudicis ceſſat, ſed protinus dicitur damnare reum in id quod intereſt. l. arbitrio. §. non tamen, infra de dolo malo. Quod diximus reum teneri, eſt intelligendum cum exceptione & diſtinctione: Videndum enim eſt, an eodem modo res peritura fuiſſet apud eum à quo res ablata eſt: & de hac quæſtione diximus ad leg. ſi ex legati cauſa. infra de verbor. obligation. Propter conſenſum expreſſum vel tacitum eius qui metum paſſus eſt, ceſſat hæc actio, & datur exceptio. leg. 2. & 4. C. eod. cap. 1. de his quæ vi metuſue cauſ. in Decr. vbi agitur de profeſſione monaſtica. Vltima exceptio eſt ob pretium non redditum, vt in venditione metu contracta, nam irrita eſt: ſed tamen pretium datum debet reddi, l. 3. & 4. C. eod. Hoc intelligendum eſt de pretio ſoluto ei, qui petit reſcindi quod geſtum eſt. Nam ſi alij ſolutum ſit,

non

non dicitur reſtituere. Et ita intelligenda l.ſi mancipiũ. C. de rei vindicat.cuius mentio eſt io gloſſis Accurſianis, nec recte explicatur. Excipitur vnus caſus in leg. pen.Cod eod.de eo, qui in officio conſtitutua rem aliquam per vim emerit. qui & not. in l. aufertur.§.qui à præſide.infra de iu.fiſc.leg.non licet. l. qui officij. infra de contrahen.emption. hæc actio cõcurrit cum rei vindicatione vtili, vt iam dixi. l.metum.§.volenti.Sed vna per alteram tollitur. item concurrit cum actione de dolo.l.item ſi cum.§.dolo. hic. non concurrit tamen cum actionibus furti, quamuis hoc controuerſum diu multúmque fuerit.

IN TIT. III. DE DOLO MALO.

Cap. I.

Nihil à natura alienius fraude & dolo.

Diximus varias eſſe cauſas reſtitutionis. Prima eſt metus, de qua diximus titulo præcedente: altera eſt dolus malus. l.1. ſupra de reſtit. vt ergo quod metus cauſa geſtum eſt reſcinditur & reſtituitur in integrum, ita etiam quod dolo malo geſtum eſt. Nihil enim à natura alienius eſt, quam fraus & dolus in contrahendis negotiis, vt docet Cicero libr.3.Officio.& quod dicitur naturaliter licere hominibus in contrahendo ſeſe inuicem circumſcribere. leg. in cauſæ.2. §. pen. infra de mino. non eſt de dolo intelligendum, ſed ita licere contrahere, vt quam minimo fieri poſſit, res quæ pluris ſit, ematur, vel conducatur, maiori etiam pretio res, quæ minoris ſit pretij, vendatur, ita tamen vt ſemper dolus abſit. quod & not. apud Paulum leg. item ſi pretio.§.vltim.infra locat. Initium actionis de dolo tribuit Cicero Aquilio Gallo libro 3.Offic. Cuius actionis formulam Prætores poſtea ſecuti ſunt. Veteres enim dolum non magnopere curabant, cum in iis tantum locum habere exiſtimarent, qui ſe decipi paterentur, facilliméque à viro prudente vitari poſſe crederent. Creſcente tamen hominum malitia, doli vindicandi cauſa, varia propoſita ſunt remedia à prætoribus, de quibus hoc titulo dicetur. Et primum quidem reſtitutio in integrum datur. leg. diuus. ſupra de in integrum reſtitution. datur actio de dolo, datur exceptio de dolo, quæ valde neceſſaria eſt in ſtrictis iudiciis: nam ineſt iudiciis bonæ fidei.leg.ſed & ſi ideo. ſolut. matrimon. l.huiuſmodi.85 §.qui ſeruum. de legatis 1. Oportuit enim in illis eam exprimere in concipienda formula & conſtituendo iudicio, vt extra quam ſi de dolo ſtipulatus ſit, nulla habeatur doli ratio, à iudice præſertim pedaneo. Hodie tamen ſublatis formulis non multum intereſt inter bonę fidei iudicia, & ſtricta: vt docui ad leg. ſi quis cum aliter. infra de verborum obligation. De hac exceptione eſt titulus ſpecialis in Pandectis, de doli mal. & met exception. Datur etiam actio ſtellionatus, ſed tamen agitur criminaliter ad pœnam. Quod enim in priuatis iudiciis eſt de dolo actio, hoc in criminibus eſt ſtellionatus perſecutio. leg. ſtellionatus. infra de crimine ſtellionat. Inter præcipua tamen auxilia eſt actio de dolo malo: quam Cicero libro ſecũdo de Natura deorum, vocat euerriculum omnium malitiarum. De hac actione extat edictum in leg. prim.§ primo, ex quo colliguntur cauſæ huius actionis. Neceſſe eſt in primis aliquid dolo malo factum eſſe, vt alicui hæc competat actio, deinde nullam aliam actionem eſſe proditam: poſtremo iuſtam eſſe cauſam actionis dandæ. Definit Labeo dolum malum hic, eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. De hac definitione ſcripſi ad legem iuriſgentium. ſupra de pact.§.ſi fraudandi. Addit autem prætor malum, quia veteres

Dolus malus, & dolus bonus.

dolum bonum dicebant, vt qui aduerſus hoſtem admittitur, aut latronem. Hinc falſo annotant quidam fidem hoſti ſeruandam non eſſe, de qua re ſcripſi ad leg. 1.ſupra de pactis. hæc enim Vlpiani verba ſunt referenda ad ſtratagemata: de quibus dictum eſt, *Dolus an virtus quis in hoſte requirat?* Hæc igitur verba, *Dolus malus* ſignificant non niſi ex magna cauſa, & euidenti calliditate debere dari de dolo actionem, quod explicatur leg.& eleganter.§ vltim.hic. Quæritur ſi venditor commendandæ ſuæ mercis cauſa quid dixerit, an tanquam doli mali teneatur? Reſponde.nõ teneri, leg. quod venditor. 38. Hic enim mos eſt venditorum, laudant enim ſuas venales, qui volunt tradere merces: & hæc ſi palam appareant, venditorem non obligant. l.ea quæ.ff.de cõtrahen. emptio. c. cum dilectus de his, quæ vi met. in Decret. Reſtitutioni igitur locus eſt. ſi talis ſit machinatio, quæ hominem conſtantem & prudentem fallere poſſit: nam ſi talis ſit vt homini hebeti imponere poſſit, ratio non patitur, vt ei ſuccurratur: quod in metu obſeruandum eſſe diximus in leg.metum. ſupra de eo quod met.cauſ. Eodem pertinet quod dicitur in leg. dolum. C. eo. Itaque recte dictum eſt in leg. prin. inf. de doli mali metuſve exceptio. ex facto intelligi, quando dolus ſit factus, & ex facti circumſtantiis & inconſtantiis hoc eſſe confirmandum, nullis enim legibus id cõſtitui poteſt. Exempla tamẽ hoc vtcunque demonſtrari poteſt: quæ multa reperiuntur ſub hoc tit. & pleraque quotidie occurrunt. Recitat Accurſ. vnum in dict. leg. dolum. de ſcholaribus, qui fefellerunt præceptorem † Albericum, cui ad cœnam inuitato præbuerunt loco aquæ vinum album. Plurima hic occurrunt exempla, adeo vt magnam partem tractatus occupent, vt non immerito de Iureconſul. libris videatur dixiſſe Cicero, quod in vna cognitione poſitum erat, in infinita hæſeruisse. Hæc igitur breuiter percurremus, ita tamen vt ſemper intelligamus, in vniuerſum definiri non poſſe quando dolus ſit admiſſus, ſed ex facto hoc pendere, & in hoc magis quam in iure verſari. Adeundi ſunt quoque cauſidici, à quibus plura exempla diſci poterunt. norunt enim omnes fraudes omnéſque technas, vt ait Accurſ.& Plinius in epiſtolis. Vnum igitur eſt in leg. & eleganter. §. ſeruus pactionis. & §. penult.hic. Aliud in leg. ſi quis affirmauerit.hic.l.ſi maior. C.eo. Aliud eſt de eo qui ſuppreſſit tabulas. in dicta le. ſi quis affirmauerit. §. item ſi tabulæ §. ſi ſeruum.hoc tit. Aliud eſt de eo qui falſa pondera commodauit in leg. arbitrio. §.de eo. Aliud in leg. ſeruus.20.in princip.& § ſi perſuaſeris. l.ſi legatarius. l. cum quis.31.l.filius.32.l.rei quam venalem. l. ſi cum mihi. l. ſi quis tabulas. l.quidam debitor. & leg. pen.hic Atque his fere exemplis oſtenditur quãdo dolo malo aliquid admiſſum eſſe dicatur. Eſt vnum inſigne exemplum extra hunc tractatum in l. 1. infra de actio. empt. de fallaci ſimulatione, callidaque reticentia. Hæc igitur eſt prima cauſa huius actionis de dolo, quia ſcilicet dolo malo aliquid admiſſum eſt. Neceſſarium præterea eſt, vt de his rebus alia actio nulla ſit. l. 1.§.ait prætor. Hac actione, quæ famoſa eſt, comprehenduntur omnes fraudes & malitiæ, quarum nomine nulla actio prodita eſt iure ciuili. Interpretamur hic late actionẽ pro omni auxilio, quo res ſalua eſſe poteſt ei qui eam amiſit. Continetur etiam interdictum, etſi ab actione differat. l. actionis verbo. infra de actio. & obligatio. Continetur quoque exceptio: nam qui excipit, quodammodo agere videtur. l.1 infra de exceptio. Diximus, ſiue actio ciuilis, ſiue honoraria competat, ſiue etiam interdictum, ceſſat actio de dolo. Quæritur de in integrum reſtitutione dict. leg. 1. §. idem Pomponius. Sic producitur longius interpretatione verbum actionis. Reſtitutio enim in integrum proprie non eſt actio. l. quod ſi minor. 24. §. vltim. infra de minor. non enim

Aldricum habent gloſ.

Cauſidici norunt omnes fraudes.

Digitized by Google

cum in integrum reſtituit, dat prætor iudicium. Sed tamen late accipimus actionem pro omni auxilio quo res ſalua eſſe poteſt actori. illis igitur dict. §. verbis oſtendit Pomponius ex ſententia Labeonis, reſtitutionem in integrum non concurrere cum actione de dolo. Videtur tamen hoc eſſe falſum ex his verbis l. Diuus. ſupra de reſtitut. in intrg. *Cum etiam actio de dolo competere ſoleat.* ex quibus apparet hæc duo remedia concurrere. Sed expendendum eſt quod ſequitur in ea lege. Permittit enim vel reſtituere in integrum, vel actionem de dolo dare. admonet tamen ſatius eſſe reſtituere in integrum, quàm actionem famoſam de dolo conſtituere. Eodem pertinet l. quidam debitor. 38. hic. Quidam falſam epiſtolam obtulit creditori, ob quam liberatus eſt acceptilatione: dolus malus interuenit: quæritur quomodo ſuccurrendum ſit creditori contra debitorem, qui dolo fecit, vt liberaretur? Nam nulla competit actio, vtpote remiſſa per acceptilationem, & ſibi debet imputare creditor, qui tam facilis fuit, vt eam remiſerit. Reſpondet diſtinguendo inter minorem & maiorem. Creditor maior vigintiquinque annis habet de dolo actionem: minor autem reſtituetur in integrum. Sed puto tamen hoc ita ſtatutum eſſe, quia prætor in cauſa minorum facilius cognoſcebat: hoc totum tamen debemus accipere, vt pendeat ex prætoris arbitrio. dicta leg. diuus. niſi etiam dicamus diſtinctas eſſe actiones, & circumſcriptionem non eſſe iuſtam cauſam reſtituendi actionem amiſſam maioribus, ſed abſentiam. leg. 1. infra ex quibus cauſis maior. Quæritur etiam de actione quod metus cauſa, an concurrat cum actione de dolo quæ tantum competit cum alia deficit? & videtur concurſum harum duarum actionum admitti non poſſe. Obiicitur l. item ſi cum exceptione §. eum qui. ſupra quod metus cauſ. vbi ait poſſe vel actione de dolo, vel actione quod metus cauſa agi. Difficultas naſcitur ex leg. 4. C. eod. Pro explicatione huius quæſtionis expendenda ſunt verba edicti de dolo. Pollicetur prætor actioné de dolo ſe daturũ, ſi quid dolo malo factũ eſſe dicetur, nec alia actio erit. Vt ergo ſit locus edicto, oportet dolo malo aliquid factum eſſe contendere. Cum quis allegat metum ſine dolo, dabitur actio quod metus cauſa, non etiam de dolo, quamuis dolus reuera admiſſus fuerit: ſed ſi ſolus dolus allegatur, de dolo dabitur. Pone, aliquid extortum metu ab aliquo, competit ei actio quod metus cauſa, vel de dolo. Sed ſi is alleget metum, nulla facta doli mentione, dabitur actio quod metus cauſa: ſi vero velit de dolo experiri, poterit hoc allegare, & contendere rem dolo extortam fuiſſe, túncque dabitur actio de dolo, non autem quod metus cauſa. nec enim poſſumus dicere illi competere actionem de metu, cum eum non allegat. vnde dicimus, alterutra electa alteram tolli: non tantum ipſo iure, ſed exceptione in factum oppoſita: ex quo apparet vtramque ſimul non competere. addendum eſt ſupradictis, hanc actionem de dolo concurrere cum actionibus in factũ. Hãc ſententiam defend. ad leg. iuriſgẽtium. ſupra de pactis. vbi oſtendi quid ſit in factum agere, vel præſcriptis verbis in factum agere, nempe omiſſo nomine & titulo actionis, facto ipſo, & re vt geſta eſt, expoſita, actionem concipere: quomodo hodie actiones moribus noſtris concipiuntur in foro: qualis eſt. l. cum mota. C. de tranſactio. Atque ideo in factum poteſt agi nulla facta doli mentione, nempe ſi malit quis mitiore iudicio experiri, omiſſa actione de dolo, quæ famoſa eſt, tunc enim illi non eſt deneganda actio in factum, ſic filio in patrem, & liberto in patronum, atque in ceteris perſonis: & non debet hic comprehenſis de dolo actio dari, ſed in factum verbis temperanda eſt. Eſt etiam huius rei exemplum in leg. non debet. & l. rei quam. 33. hic. quam adduxi in commentariis in tit. de pactis. vbi actio in factum cõpetit, quia forte ita inciderat ex facto, vt quæreret conſultor, an poſſet in factum actione experiri. Vbi igitur dolus commiſſus eſt, quandoque in factum actio dicitur competere. Imo hęc nonnũquam eſt vtilior, quia eſt perpetua actio. dt. leg rei quam. & conſultor forte, poſt tempus intra quod poterat agi de dolo, conſuluit an in factum agere poſſet. Hæc autem actio de dolo temporaria eſt, id eſt annalis. l. huius actionis. infra quod falſo tutor. aucto. Hodie vero ex conſtitutione Conſtantini biennalis eſt. l. vltim. C. eod. Ex iam dictis variæ quæſtiones oriuntur: has ſigillatim tractabimus. Vna eſt in leg. 1. §. pen. alias vltim. vbi legendum eſt, vel ab eo res ſeruari poterit, vt in Floren. libris: cuius exemplum eſt in leg. ideoque. de pupillo, qui tutore auctore concludente, à Titio circumſcriptus eſt. vbi reſpondetur, vtrumque & tutorem, & eum qui cum pupillo contraxit, in dolo non eſſe. Certum enim eſt competere pupillo actionem tutelæ contra tutorem: ideoque non agi debere actione de dolo contra eum qui circumſcripſit, niſi forte tutor ſit inops, ita vt pupillus ſuum ab eo conſequi non poſſit. Alia quæſtio tractatur in dict. leg. 1. & l. ſeq. ex qua colligitur interpretatio horum edicti verborum, *Si de his rebus alia actio non erit.* Certum eſt non eſſe actionem, ſi ipſo iure non competat, vel per exceptionem infirmetur. l. nihil intereſt. infra, de reg. iur. ſed hic ſiue ius ciuile, ſiue ius prætorium inſpiciamus, competit actio ſua, vnde probabiliter dubitari poterat an actio daretur, & verba edicti ad hunc caſum producẽda eſſent. Recedimus à proprietate verborum, vt ſequamur mentem legis. ſic enim accipimus hæc verba Prætoris, *Si de his rebus alia actio non erit.* vt ſignificet, ſi rem ſuam alio modo ſeruare non poſſit. Atque hoc exemplum eſt interpretationis, quod ſequi debemus in interpretatione iuris ciuilis. Nempe actionem de dolo dandam non eſſe, cum alia competit actio. Iulianus tamen videtur huic Vlpiani dicto aduerſari in leg. & eleganter. hic. Cuius ſpecies eſt: minor viginti quinque annis perſuaſione ſerui circumſcriptus eum vendidit cum peculio ei, à quo ſtatim eſt manumiſſus. Iulia. ait dandam eſſe actionem de dolo in manumiſſum: cum aliter videatur eſſe conſultum minori, vt ex empto agere poſſit ob hanc circumſcriptionem: pręterea in integrum reſtitutione aduerſus id quod geſtum eſt. Dici igitur poſſit ab aliis diſſenſiſſe Iulianum, & actionem de dolo poſſe competere, etſi alia competat. Sed huic quæſtioni occurrit Vlpianus & oſtendit eius ſententiam congruere cum aliorum Iuriſconſul. opinionibus. Exiſtimatur hic locus obſcurus, qui totus eſt corruptus apud Haloandrum. Ego cenſeo ſequendam eſſe vulgarem editionem, ea enim proxime accedit ad Florentinam, quæ omnium editionum & optima & veriſſima eſt. *Sic enim accipimus.* In caſu enim Iuliani opponitur minorem vigintiquinque annis vendidiſſe ſeruum cũ peculio, vbi de dolo emptoris, nil proponitur, & ſi ab eo admiſſus eſſe poſsit. Hac enim diſtinctione vtitur, vt oſtendat in ſpecie Iuliani propoſita, fuiſſe tantum minorem circũſcriptum conſilio ſerui, & dolum emptoris nullum interceſſiſſe. Recte ergo *Non datur reſtitutio contra manumiſſionem.* reſpondit, dandam eſſe in manumiſſum de dolo actionem, non in emptorem, cuius nullus dolus arguitur. Quod autem proponitur venditor minor fuiſſe: & idcirco dicitur poſſe eum reſtitui in integrum: infirmatur hac regula, non dari reſtitutionem contra manumiſſionem: vt etiam dicemus ad tit. de minor. Obiter autem hic notandum eſt, venditionem ipſo iure eſſe nullam ob dolum malum, ſi quis in hoc circumſcriptus ſit vt venderet. idem notatur l. 3. infra pro ſocio. l. in cauſæ. infra de minor. vbi ait Paulus ipſo iure nullam eſſe, id eſt iure ciuili, ſecundum leges populi Romani. Veteribus enim legibus ante Caium Aquilium Gallum non

vindicaba-

vindicabatur dolus in contrahendo admiſſus, niſi in iis iudiciis, in quibus ex fide bona addebatur, vt ſcribit Cicero libro 3. Officio. Poſt illum tamen etiam doli in iudiciis ſtricti iuris exceptione oppoſita, infirmatum eſt, quod & not. leg. dolo. C. de inutili. ſtipulatione. Dolus dat cauſam contractui, cum quis inducitur ad contrahendum dolo, cum alter non eſſet contracturus: vt in caſu Iuliani: alias enim minor non venditurus erat: vnde ſi manumiſſus ſeruus non eſſet, reuocaretur perinde ac ſi nulla venditio interceſſiſſet. ſimilis eſt caſus in leg. cum ab eo. infra de contrahend. emptio Aliquando incidit in contractũ dolus: ſed certa lege & forma corrigitur hic dolus: non tamen vt recedatur à contractu, ſed datur actio ex ipſo contractu ad id quod intereſt. & hoc fit in bonæ fidei iudiciis: in contractibus autem ſtricti iuris, agitur de dolo, dicta leg. & eleganter. §. non ſoluit. l. Iulianus. §. ſi venditor. inf. de actio. empti. *Quia enim per dolum.* Sed hinc variæ quæſtiones tractantur, multæque ſpecies proponuntur, in quibus quæritur, quando actio de dolo danda ſit, an non: quę omnes ex eo pendent, vel quia deficit actio de dolo, vel non. Hîc exempla rem valde illuſtrare poſſunt. inquirenda eſt igitur natura cuiuſque actionis, & ex qua cauſa detur vel non. Vna quæſtio eſt in leg. & eleganter. §. ſi ſeruum. Quidam habebat vſum ſerui, non proprietatem: proprietarius eum occidit: quæritur an vſuario actio de dolo ſit danda? Quæſtio hinc pendet, an alia etiam actione conſultum ſit actori. Datur autem legis Aquiliæ actio. leg. 2. infra ad legem Aquil. ſed vtilis, vt nominatim de hoc caſu eſt ſcriptum leg. item Mela. §. fin. cum leg. ſequ. infra ad legem Aquil. nam directa tantum datur domino. Inde eſt quod dicitur in leg. arbitrio. §. ſi dominus. Proprietarius inſulę, cum alius eius vſumfructum haberet, eam incendit: datur in eum actio legis Aquiliæ: atque ideo ceſſat actio de dolo. Obiicitur lex repeti. §. vltim. infra quibus modis vſusfruct. amit. Verum longe diuerſa eſt ſpecies. Sic enim nullum damnũ datum proponitur. Alia eſt ſpecies in dict. leg. & elegãter. In §. ſi ſeruum. in quo quia ex teſtamento competit actio, ceſſat hæc actio de dolo. Alia quæſtio in §. ſi quadrupes. Quadrupes mihi damnum dedit: datur mihi actio ob noxam quadrupedia in dominum, vel vt damnum ſarciat, vel vt noxæ dedat, ex lege 12. tabul. Sed ſi dolo alterius non domini damnum dedit mihi quadrupes? Reſpond. Iuriſconſul. ſi dominus non ſit ſoluendo, dari aduerſus alterum actionem de dolo. An autem actio legis Aquiliæ competat hoc caſu, videndum in leg. item Mela. §. item cum eo. infra ad legem Aquil. Alia quæſtio in §. item Labeo. de eo, qui compeditum ſeruum vt fugeret ſoluit. ad quam pertinet lex 1. C. de ſeruis fug. & §. vltimo. Inſtitut. de lege Aquil. Alia in §. ſeruus. quam ſuperius attigimus de ſeruo, qui cum à domino libertatem conſequi vellet, expromiſſorem certæ pecuniæ dedit, ea conditione vt poſt libertatem obligatio in eum transferretur. Obiicitur autem actionem ex ſtipulatu non competere effectu, quoniam exceptione eliditur. Reſponden. id ineptum eſſe, & hanc ex ſtipulatu actionem tunc tantum ceſſare, cum ipſum manumiſſum nollet patronus expromiſſorem accipere. ſuccurritur nihilominus altero caſu ipſi expromiſſori de dolo actione aduerſus manumiſſum, ipſique patrono in manumiſſum, ſi non ſit expromiſſor ſoluendo. Alia quæſtio eſt in §. ſi dolo malo. dict. leg. & eleganter, hic. de procuratore qui paſſus eſt aduerſarium vincere. Reperitur autem valde difficilis antinomia in his verbis, quibus dicitur non dari de dolo actionem aduerſus eum qui vicit. ſi paratus ſit transferre iudicium, &c. Nam in eadem ſpecie leg. cum à te. hic. dicitur, ex integro agendum eſſe priori actione, qua iudicium acceptum fuerat, ſed maior difficultas eſt in leg. ſeruus tuus. 20. § vltim. vbi in ſimili ſpecie ſimpliciter dicitur de dolo dandam eſſe actionem. Simile eſt quod obiicitur ex leg. ſi quis affirmauerit. §. & ſi ſeruum pigneratum. Egi contra te ob noxam ſerui: dixiſti te velle dare ſeruum pro noxa, & dediſti, ſed pigneratum: ac ita deceptus ſum. Sed quia paſſus ſum te abſolui, dicitur de dolo mihi dari actionem, tamen ex lege cum à te poterat aliter proſpici mihi, noxali ſcilicet actione. Hæc inter ſe mirabiliter pugnant: ſed videndum quomodo expediri poſſint. Dico in huiuſmodi caſibus ceſſare de dolo actionem, quia alia actio non videtur deficere. Hic ſequimur edicti verba, *Si alia actio non erit.* Diximus autem ad exceptionem verbum actionis pertinere, cuius exemplum eſt in leg. vltim. idem dicendum eſt de replicatione. Eſt enim quædam exceptio, nempe exceptionis exceptio. l. exceptio. infra de exceptio. In huiuſmodi igitur ſpeciebus, & ſi res ſit iudicata, & abſolutus reus dolo malo, aget actor actione de qua iudicatum fuit: ſi opponatur exceptio rei iudicatæ, replicabitur de dolo malo. Sic intelligitur l. cum à te. in qua dicit Vlpianus ex integro agendum eſſe: nam illud quomodo intelligendum ſit, expreſſit Paulus in leg. & eleganter, §. ſi dolo malo. Poteſt autem ita agere ex integro, vt actionem denuo inſtituat, perinde ac ſi nunquam actum fuiſſet: poteſt etiam petere, vt reus transferat in ſe iudicium, & in eo inſtat reus, in quo erat cum dolus admiſſus eſt. Nam nonnunquam poteſt intereſſe eius, vt iudicium transferatur in reũ in eodem ſtatu, potius quam vt denuo agat, quia forte magna cum moleſtia & ſumptibus ad exitum erat producta. quod iterum experiri, moleſtiſſimum illi & difficillimum eſſet. Sic conciliatur facile cum §. ſi dolo. l. cum à te. in leg ſeruus tuus. §. vltim. recitatur tantum Iuliani opinio, de qua Paulus nil pronuntiat: ideoque poſt hanc legem ſubiicienda eſt ſententia Pauli, quæ recitatur in leg. cum à te. Et certe vtraque lex ex eodem Pauli loco eſt deſumpta. Ad l. ſi quis affirmauerit. §. & ſi ſeruum. hæc verba, *De dolo teneri,* ſunt ambigua, & poſſunt referri vel ad actionem de dolo, vel ad exceptionem, vel replicationem. Itaque ad replicationem referemus, vt hoc dictum conueniat cum aliis legibus, & præſertim cum leg. cum à te. In ambiguis enim legis ea potius accipienda eſt ſignificatio, quæ vitio caret. l. in ambigua ſupra, de legibus & ſenat. in quibus omnibus ſpeciebus ſupra relatis ceſſat actio de dolo, quia ſunt alia remedia, quibus poteſt res ſalua manere. Alia quæſtio eſt in leg. ſi quis affirmauerit. in princip. vbi diſtinctio fit inter bonæ fidei iudicia, & ſtricti iuris, de qua dixi in leg. & eleganter. §. non ſolum. quæ ita dixi diſtinguenda propter formulas quæ olim obſeruabantur: nam in effectu nulla eſt differentia: quia dolus eatenus ſemper corrigitur, quatenus dolo peccatum eſt: nihilominus tamen vt hic dolus corrigatur, refert qua actione agamus. ſi enim ſit contractus bonæ fidei, agetur ex contractu in id, quod intereſt: ſi ſtricti iuris, agetur de dolo. In cõtractu ſtricti iuris opponitur exceptio doli: in contractu bonæ fidei opus nõ eſt exceptione: quia contractibus bonæ fidei exceptiones doli inſunt. Aliud exemplum eſt in leg. ſi quis affirmauerit. §. ſi oleum. de duorum cõtrouerſia, qui apud aliquem oleum depoſuerant. Aliud eſt in leg. arbitrio. § de eo. de eo qui commodauit falſa pondera, in quem ſi non conuenit vt illis ponderibus res traderentur, cõpetit actio ex empto, vt lex, ſi quis à me. infra de actio. empt. Sed ſi conuenit, vt illis põderibus vtatur emptor, non poteſt agi ex empto, ſed actione de dolo cõtra eũ, qui pondera commodauit. Aliud eſt in dict. leg. arbitrio. §. vltim. & l. ſeq. an fideiuſſor teneatur ob moram: ſed quomodo hoc accipiendum ſit, plene dixi ad leg. filiusfamil. infra de verborum oblig. Aliud exemplum eſt in leg. cum proponas. C. eod. tit. in qua ex contractu in-

Digitized by Google

nominato, facio vt des, datur actio de dolo, contra leg. naturalis. infra, de præſcript. verbis, ſed quomodo hoc accipiendum ſit explicui ad l. iuriſgentium. ſupra de pactis. Addendum autem eſt ex edicto, *E. iuſta cauſa eſſe videbitur.* Ergo etſi quod dolo fuerit factum, & nulla ſit actio eo nomine prodita, tamen ſi ſit iuſta aliqua cauſa quæ prohibeat, non dabitur actio de dolo. Vnde in leg. 2. C. eod. dicitur hæc actio cauſa cognita dari.

Hoc autem adiecit prætor, vt inſeruit edicto ſuo. videbat enim multa accidere poſſe, propter quæ actio de dolo danda non eſſet. Atque horum verborum interpretationem exemplis indicat Vlpian. in leg. ſi quis affirmauerit. §. vlti. & legibus ſequen. Vnum proprium exemplum eſt huius loci in leg. quod ſi deferente. 21. vbi in eum qui alio deferente iurauerat, poſtea periurio approbato reſpondet actionem de dolo dandam non eſſe, cum iuſta cauſa prohibeat: nam cauſa iureiurando deciſa non retractatur. l. 1. C. de iureiuran. vbi copioſe explicui. Addit ſufficere periurij pœnam, vnde colligendum eſt, puniri poſſe periurium, tametſi cauſa iureiurando deciſa retractari non poſſit. quod expoſui ad tit. de iureiuran. & lib. 2. Diſputa. c. 32. Hinc admonemur non ſemper dandam eſſe actionem, vbi dolus commiſſus eſt, & nulla alia actio prodita ſit ad dolũ vindicandum. Aliud exemplum eſt in l. ſi duo. 36. Si duo dolo malo fecerunt inuicem, duo de dolo non agent. Dolus enim dolo ab vtraque parte compenſatur, vt l. vlt. §. ſi & ſtipulator. ſupra de eo per quem factum erit. & l. dominum. infra de contrah. empr. Atque hactenus quidem de cauſis, ex quibus datur actio de dolo. Sequitur.

Cap. II.

De perſonis, cui, & aduerſus quem actio de dolo competat.

CErtum eſt ei qui dolo alterius circumuentus eſt, aduerſus doloſum actionem dari: cum aduerſus alterum non detur. In hac enim actione deſignari oportet, cuius dolo factum ſit, quamuis in metu non ſit neceſſe, vt ait Vlpianus leg. ſed ex dolo. §. vltim. hic. Actio enim quod metus cauſa, cum in rem generaliter concepta ſit, non in eum tantum qui metum intulit datur, ſed & aduerſus eum ad quem ex metu aliquid peruenit. hæc autem de dolo cum in rem ſcripta non ſit, contra eum tantum intenditur qui dolum commiſit. Ratio diuerſitatis colligitur ex leg. item ſi cum exceptione. §. in hac. ſuperiori tit. Is cui per vim aliquid aufertur, iuſtam habet cauſam ignorantiæ: in ea enim trepidatione vix ſcire poteſt quid ſibi auferatur. Vnde durum videri poſſet eum adſtringi ad deſignanda omnia, quæ ſibi metu ablata ſunt, ad omnes perſonas exprimendas, quę tale facinus commiſerunt, aut committentem comitatæ ſunt, quod non item de dolo dici poteſt. Datur ergo hæc actio aduerſus doloſum tantum. Excipiuntur tamen quædam perſonæ, aduerſus quas hæc actio non datur, quæ notantur in leg. non debet. nam licet parens patronúſve contra filium aut libertum aliquid dolo fecerint, non tamen dabitur actio de dolo, vtpote famoſa, & qua infamiæ notam non effugerent. l. bonori. l. parens. infra de obſeq. à liberis & libert. parent præſt. Quid ſi parens aliquid dolo abſtulerit à filio, iniquum videtur vt locupletior fiat cum damno alieno, & ex ſuo dolo. Reſpon. Vlpian. In factum verbis actionem temperandam eſſe, vt bonæ fidei mentio fiat. Verba, *de dolo* expungenda ſunt, & deſunt in Florent. lib. Verbis autem temperare actionem, vt bonę fidei mentio fiat, eſt ita concipere actionem, vt quis ſe ſimplicitate ſua potius, quam dolo alterius circumſcriptum eſſe dicat. Hunc locum aliquando adduxi, vt oſtenderem actionem de dolo concurrere cum actione in factum, quę eſt generalis, & licere actori omiſſa doli mentione, præſcriptis verbis in factum agere. ad leg. iuriſgentium. §. & ideo puto. ſupra de pactis. An hæc actio danda ſit in pupillum quæritur? non videtur dolum admittere poſſe. l. hæredibus. 13. § 1. ſed reſpondet ibidem Iuriſconſul. non poſſe conueniri de dolo, niſi iuſta aliqua cauſa ſubſit: vt ſi ex dolo forte defuncti tanquam hæres conueniatur, aut ſi proximus ſit pubertati, & doli capax, aut ex dolo tutoris locupletior fuerit factus pupillus. Locus eſt communis de pupillo diligenter obſeruandus, quatenus conueniri poſſit. Quæritur de municipibus, an aduerſus ipſos doli actio detur. l. ſed & ex dolo. §. an in municipes. Tractauimus eandem quæſtionem leg. metum. §. animaduertendum. ſupra quod metus cauſ. vbi docuimus quid differant quæ vniuerſitatis ſunt, ab his quæ ſunt ſingulorum, ex tit. Inſtitut. de rerum diuiſio. §. vniuerſitatis. Aliud eſt ſingulos ciues conuenire, aliud vero ciuitatem vel municipium, quod vice perſonæ eſt, inquit Florent. l. mortuo. infra de fideiuſſ. nam etſi ciues aliquid commiſerint, non dicetur tamen ciuitas id commiſiſſe, niſi publico nomine ciuitatis, & ſono tubę vocati ſint. Non videbatur igitur municipium dolum admittere poſſe in negotio contrahendo, etſi metum & vim inferre poſſit, quia negotia non ſolent ab omnibus municipibus contrahi: tametſi ab his qui res eorum adminiſtrant, dolus poſſit committi: ideoque ſi municipes pro more ciuitatis in vnum coeant, & callido conſilio quem circumſcribant, vel priuatum, vel alterius ciuitatis adminiſtratorem, non negat Iuriſconſult. quin de dolo poſſint conueniri. ſed & ſi Scaini & Decuriones dolum admiſerint, de dolo poſſunt cõueniri. Quæſtio eſt de procuratore in §. ſequ. cum eius dolo aliquid ad dominum peruenit, ſed dandam eſſe ait Iuriſconſ. in dominum de dolo actionem, in quantum ad eum peruenit ex dolo procuratoris. Procurator autem de ſuo dolo tenetur: non enim habet procurator poteſtatem delinquendi, quamuis habeat generalem adminiſtrationem, vt nec tutor nec curator. de procuratore loci ſunt expreſſi in leg. ſi procurator. de condictio. indeb. l. creditor. §. Lucius Titius. infra mandati. l. ſi procurator. C. de procurat. de tutore & curatore locus eſt in leg. meminerint. C. vnde vi. Quæritur de hæredibus l. ſi plures. vbi in eos & ceteros ſucceſſores hanc actionem, ſi quid ad eos peruenerit, pollicetur prætor: & in leg. in hæredem. Proconſul. Turpia enim lucra ſunt ſemper ab hæredibus extorquenda, vt diximus ſub titulo quod metus cauſa. in leg. quod diximus. §. in hæredem.

Cap. III.

De eo quod venit in hanc actionem.

HAc actione petitur reſtitutio eius quod dolo eſt amiſſum, cuius niſi reſtitutio ſequatur, damnatur doloſus quanti ea res eſt arbitrio iudicis. l. arbitrio. Reſtitutio igitur fit arbitrio iudicis: vnde hæc actio dicitur arbitraria. §. præterea. Inſtitut. de action. Antequam iudex ſententiam ferat, definit ex bono & æquo, quemadmodum reum actori ſatisfacere oporteat: cuius arbitrio niſi pareat reus, in litem iuratur. Hinc appareat arbitrium præcedere, & ſequi condemnationem quanti ea res eſt. Oſtendit poſtea quanti ea res eſt, definiendum eſſe iureiurando actoris, & actori deferendum eſſe iuſiurandum, ſi reus nolit arbitrio iudicis rem reſtituere, vt l. tutor. infra de in litem iuran. l. ſi cum dos. de actio. rer. amor. l. arbitrio. hic. l. qui reſtituere, de rei vendica. Taxatione tamen iudicis refrenatur iuſiurandum, ne accepta occaſione in immenſum iuretur. Eſt locus communis de in litem iurando diligenter notandus. Sed quid ſi manifeſtum ſit rem reſtitui non poſſe, vt ſi ſeruus dolo traditus perierit, in hoc caſu arbitrium iudicis ceſſare ait: ſed rurſus alia quæſtio eſt ex ea. leg. §. dolo cuius. ſi dolo alicuius factum ſit, vt inſtantia litis perierit: de dolo dandum eſſe iudicium: in quo ad finiendas lites, quas immortales eſſe perniciosum, & intolerandum

tolerandum eſt. l. properandum. C. de iudic. arbitrio iudicis res non reſtituetur, ſed tantum cõſequetur actor, quanti eius interfuerit id non eſſe factum. Et eſt locus de legum interpretatione, ne fraus eis fiat. Ex tam dictis apparet, rem dolo amiſſam in hoc iudicium venire. Addenda eſt exceptio, niſi modica res ſit, ex leg. ſi quis affirmauerit. §. vlt. cum l. ſeq. quod ex Iuriſconſultorum interpretatione additum eſt, cum Prætor nullam certam ſummam præſcripſiſſet, ſed hoc tantum, Si iuſta cauſa videbitur. Sed quod hic dicitur de duobus aureis, non eſt producendum ad alias actiones, nec dicendum illas non dari, niſi ſaltem duorum aureorum ſumma ſit. hæc enim ſumma reſtricta eſt in hac actione de dolo, quia famoſa eſt.

Cap. IV.

De tempore intra quod agi poteſt de dolo.

EXtat de hac re conſtitutio Conſtantini, l. vlt. C. eo. vbi ſtatuit biennium continuum loco anni vtilis, qui olim dabatur edicto prætoris, de dolo agere volentibus, vt arbitror, tametſi nulla eius mentio fiat ſub hoc Pandectarum tit. Hac igitur conſtitutione apparet derogatum eſſe iuri antiquo. *Annus vtilis quid.* Et annus vtilis eſt, ex quo deducuntur dies, in quibus agere non licet. l. 1. infra de diuerſis & temp. præſcrip. l. 4. de his quæ vi metúſve. C. Viſum autem fuit iuris noſtri autoribus præſtituere certum tempus huic actioni, quod famoſa & odioſa ſit, & detur contra ius ciuile. l. in honorariis. infra de act. & oblig. Mero enim iure tenetur qui circumſcriptus eſt, ſed ex æquitate contra merum ius & ciuile reſtituitur. Huc pertinet l. 3. C. eod. quæ Gordiani eſt, cuius tamen reſcriptum referendum eſt non ad ius nouum, ſed ad ius antiquum, quod in Pandectis eſt relatum. Eius enim tempore annus vtilis erat præſcriptus ad agendum de dolo, quod colligi poteſt ex conſtitutionum ordine: in quo hoc à Cod. compoſitoribus obſeruatum ſemper eſt, vt reſcripta Imperatorum eo ordine collocarentur, quo ipſi Imperatores imperauerunt. Notandum tamen eſt de dolo aliquando agi perpetuo, poſt annum vtilem, ſcilicet, vel biennium. Exemplum vnum eſt in leg. itaque. 28 §. vlt. Cœpimus dicere de dolo agi contra hæredem, quatenus ad eum peruenit ex dolo defuncti, idque perpetuo, nec intra biennium: idem dicendum de eo qui dolum commiſit, in eo in quo locupletior eſt factus. Tum enim ceſſat ratio, ob quam diximus hanc actionem finiri biennio: neque enim amplius actione de dolo agetur, quæ famoſa eſt, verbis actione in factũ temperata. Ideoque non alio finietur tempore, quam quælibet alia actio vel ciuilis vel prætoria, & experiri perpetuo licebit ſine vlla præfinitione temporis. Nulla etiam cauſæ cognitio hic erit neceſſaria, quam neceſſariam eſſe diximus in actione quæ de dolo datur. non enim ita hæc actio concipitur, vt notæ infamia inuratur. Eodem pertinet l. hæredibus. 13. Hactenus de dolo.

AD TIT. IIII. DE MINORIBVS VIGINTIQVINQVE ANNIS.

APparet ex ſuperiori titulo de reſtitutionibus in integrum, varias eſſe cauſas, ex quibus quis in integrum à Prætore reſtituitur: ſcilicet ob metum, & vim, propter dolum, & propter ætatem. Hæc eſt tertia cauſa, ob quam quis in integrum reſtituitur, nempe propter ætatem. Si quis minor vigintiquinque annis, qui nondum rationis eſt firmæ, aliquid geſſerit, æquum eſt, vt in priſtinum ſtatum reponatur. Cur hoc edictum ſit propoſitum docet Vlpia. l. 1. hic. Ait enim prætorem ſecutum fuiſſe naturalem æquitatem in hoc edicto. Quod videtur Accurſio, & quibuſdam aliis falſum. Nam mirantur quod hic Vlpianus ait hoc edictum naturalem rationem habere. Imo vero naturę contrarium videtur: quia reſcinduntur hoc edicto per in integrum reſtitutionem contractus, qui iuriſgentium ſunt: veluti, ſi minor locauerit, vel conduxerit, quod æquum eſt, hoc remedio reſtituitur. Hoc naturę maxime repugnat, cui nihil magis eſt congruum, quam ſeruare quod conuenit. l. 1. ſupra de pact. & l. 1. infra, de conſt. pec. Ergo non eſt naturale, quod conuenit reſcindere: cum nihil ſit tam congruum fidei humanæ, quam ea ſeruare, quæ omnibus inter eos placuerũt. Huc etiam accedit, quod ſcribit Cicero libr. 2. de inuent. Rhetor. de iuridiciali, pactum eſſe quod inter aliquos conuenit, quod iam ita iuſtum putatur, vt iuri præſtare dicatur. Rectius igitur videtur facturus fuiſſe Vlpianus ſi dixiſſet, Prętorem ſecutum ciuilem æquitatem fuiſſe. Nam dubium non eſt, quin aliqua ſit ciuilis æquitas. leg. 2. §. hæc actio. infra, ſi is, qui teſtam. liber eſſe iuſſus. De qua accurate diſputauimus ad leg. 1 ſupra de pactis. Accurſius interpretatur naturalem æquitatem ſecutum, naturali ingenio inductum contra iuſgentium ſiue naturale, quod æquitate certa, pacta conuenta tuetur. Sed qui meminerint diſputationis noſtrę de naturali æquitate & obligatione, facile hunc nodum expedire poterunt. Eſt enim naturalis æquitas ex cuiuſque negotij circumſtantiis æſtimanda. leg. bona fides. infra depoſi. Ac obiter notanda ſunt aureola Celſi verba. In boni & æqui diſputatione plerunque ſub auctoritate iuris ſcientiæ pernicioſe errari. Eſt enim bonum & æquum, benignior, ac humanior iuris interpretatio, quæ ſcripto comprehenſa non eſt, quam Ariſtoteles ἐπιείκειαν vocat. Quam interpretandi rationem iuriſprudentia nos docet, ideoque ius dicitur ars boni, & æqui eſſe ab Vlpiano, l. 1. ſupra de iuſti. & iure Alciatus lib. 1. Parergon. c. 29. & 30 Cum igitur hęc boni, & æqui tractatio, propria ſit iuris ſcientiæ, nec cuiuſuis hominis ſit, ſed artificis tantum, id eſt Iuriſconſulti: non immerito Celſus ait, in hoc genere interdum errari ſub auctoritate iuris ſcientiæ. Æquum eſt ſeruare quod conuenit, vt iam dictum eſt, ſed æquius eſt, quod cum minore geſtum eſt, non ſeruari. Si ſpectemus leges ciuiles, ratum habendum eſt, quod cum minore geſtum eſt: ſi vero naturalem æquitatem reſpiciamus, nõ eſt ratum habendum. hæc eſt naturalis æquitas, quam Vlpianus ait Prætorem ſecutum. Lex conſilio minorum tanquam parum firmo in omnibus reſiſtit, inquit Iureconſultus. l. vltim. infra de manumiſſ. vind. Nemo enim prudenti homini poterit perſuadere, æquum eſſe quod geſtum eſt cum minore, qui conſilij expers eſt, ſeruare: ac conſulendi ſunt philoſophi, & videndũ quid ad cuinſlibet officium pertineat. Si quis Ciceronem roget, aut alium hominem prudentem, an æquum ſit ratum habere, quod cum minore geſtum eſt, non reſpondebit ſeruandum eſſe. & æquitas eſt maxime ex perſonarum circumſtantiis metienda. Atque alias falſum eſſe dixi, quod vulgo dicitur: ex omni conſenſu naſci obligationem, quia pupillus non obligatur ex ſuo conſenſu. Sequuntur verba edicti.

Quod cum minore &c. Vti quæque res erit &c.

SIc legendum eſt, vt in Pandectis Florentinis. Aliàs legitur, *Vtique qua ea res erit.* Præfatur Vlpianus in hoc edicto id, quod contrarium videtur ſententiæ Iuſtiniani Imperatoris in §. item inuiti. Inſtitut. de curato. vbi dicit, Adoleſcentes inuiti non accipiunt curatores, pręter quam in litem: id eſt, Adoleſcentes, qui in tutela eſſe deſierunt, non coguntur habere curatorem niſi in litem: hic tamen contra dicitur. Et ſane Budæus in ſuis annotat. in Pandect. in hoc loco fatetur ſe hærere, mouerique teſtimonio Capitolini, qui in Marco Philoſopho (qui Diuus Marcus vocitari io iure ſolet) ita inquit, Prætorem tutelarem primus fecit, cum antè tuto-

res à Conſulibus poſcerentur. De curatoribus vero, cum ante, non niſi ex lege Lectoria, vel propter laſciuiam, vel propter dementiam darentur, ita ſtatuit, vt omnes adulti curatores acciperent non redditis cauſis. Sed mihi videntur eſſe diuerſa, non pugnantia, & poſſe ita conciliari. Inuiti non accipiunt curatores, ſed non ſequitur, quod eis debeat concedi libera rerum ſuarum administratio: vtrumque verum eſt, & eos inuitos non accipere curatores, & non concedi eis rerum ſuarum adminiſtrationem, id eſt, non plena adminiſtratio eis conceditur, aliàs poſſent diſtrahere res ſuas, quod maxime abſurdum eſſet, eo quod inter omnes conſtet, fragile eſſe, & infirmum huiuſmodi ætatum conſilium, & multis captionibus ſuppoſitum, multorumque inſidiis expoſitum. Hinc diſtinctio extat animaduerſione digna apud imperatorem, l. 3. C. de in integ. reſtitut. min. viginti quinque annis. qua dicit, ſi minor habens curatorem, contrahit ſine eo, contractus eſt nullus: quod ſi nõ habet, contractus valet, ſed reſtituitur, ſi læditur. Ergo plenam rerum ſuarum non habet adminiſtrationem: eo quod ſi plenam haberet, non reſtitueretur in integrum, & ratum eſſet, quod cum eo geſtum foret. Minor qui habet curatorem, pupillo ſimilis eſt, qui tutorem habet, ſi negotium gerat, vel contrahat ſine curatore, poteſt reſtitui, vt poſtea dicemus.

Ad l. Nec per liberos.

Coniunge l. 6. de vſu cap. & l. 8. de mun. & honor. ff.

HOc caput ſuperiori cohæret, in quo dicitur minoribus non concedi rerum ſuarum adminiſtrationem.

Quod enim legibus cauetur, vt ſinguli anni, &c.

EX lege Iulia & Papia, ad quam hæc ſcripta ſunt, orta fuit diſputatio: qua quidem lege ciuibus Romanis præmia donata ſunt, vt ad liberorum procreationem incitarentur, vt exemplis docuimus lib. 1. diſputat.

Ad honores Diuus Seuerus.

CAutum eſt illis legibus, quod ad honores & Reip. adminiſtrationem pertinet, non autem quod ad rerum propriarum adminiſtrationem minoris pertinet, quia ad Rempublicam adminiſtrandam ante vigeſimumquintum annum, vel ad munera, quæ non patrimonij ſunt, veluti publica, vel honores admitti minores non oportet. l. ad rempublicam. ff. de muner. & honor. ſed propter numerum liberorum ex lege Iulia, & Papia ciues Romani ad Rempublicam maturius prouehuntur, ita vt ſinguli anni propter ſingulos liberos remittantur. Hoc autem ad rerum minoris adminiſtrationem non eſt producendum, vnde ſi forte magiſtratus concedendam minori adminiſtrationẽ decreuerit, huiuſmodi decretum, vt ambitioſum, eſt reſcindendum. Ipſi principes minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem raro indulſerunt, ſolent tamen eis aliquando ex cauſa concedere, vt alibi opportunius dicemus. Vide in hunc locũ Ariſtotel. lib. 2. Politic. capit. 7. Nunc ſingula verba edicti interpretabimur, ex quibus cauſæ, ob quas minores reſtitui debent, colliguntur.

Ait Prætor, quod cum minore 25. annis, &c.

IN primis videndum eſt, quomodo hæc verba ſint accipienda. Quæſtio tractatur in leg. 3. §. ſi quis cum minore. hic. quæ tamen non eſt huius loci propria. Negotium geſtum eſt cum minore, ſed tamen eſt conſummatum cum maiore, an pro maiore, an pro minore ſit habendus, vt in integrum reſtituatur? Dubium non eſt, quin hæc ſpecies ad edicti interpretationem pertineat: & ait Vlpianus reſtitutionem ceſſare. Alia ſpecies eſt: actio inſtituta eſt cum minore vigintiquinque annis, cum forte vigeſimumquartum annum ageret: lata eſt ſententia poſt 26. annum, an reſcindetur quod geſtum eſt: an denegabitur reſtitutio, quaſi cum maiore geſtum ſit? Hæc etiam ſpecies ad verborum edicti interpretationem maxime pertinet, nec dubium eſt quin minori, ſiue actor ſit, ſiue reus in iudicio, & captus ſit, ſubueniatur. gloſ. in leg. 1. C. ſi aduerſus rem iud. reſt. poſtul. ad quem rit. ſcripſi. Alius locus eſt l. 3. §. minorem. hic. vnde naſcitur quæſtio ex his edicti verbis. *Quod cum minore vigintiquinque annis.* Minor 25 annis contraxit, deceptus eſt, vult in integrum reſtitui: Obiicitur ei quod dies poſtremus anni vigeſimiquinti cœptus eſt, non perfectus ipſo die natalis, quæritur an poſſit reſtitui? Ea quæſtio ad verba edicti, an debeat dici vigintiquinque annorum eſſe, pertinet. Annus ex trecentis ſexaginta quinque diebus conſtat, & certum eſt eum diem vltimum attigiſſe, verum nondum completus eſt: vult hoc tempus ſpectari à momento ad momentum, ac reſtitutionem ei non denegari, donec nouiſſimũ tempus præterierit. Sed varietas iuris difficultatem parit: nam alibi dicitur, cœptum diem pro completo haberi, ac diem vltimum anni duodecimi, etſi cœptus tantum ſit, pro completo haberi. l. qua ætate. ff. de teſtam. Simile eſt quod dicitur in l. in vſucapionibus. de vſucap. & l. vlt. de diuer. & temp præſcriptio. in vſucapionibus tempus à momento ad momentum non computatur: triennium accipimus, vt vltimus dies cœptus, pro completo habeatur, etſi vltimus dies cœptus completus non ſit. Huic reſpondet, quando Iureconſultus legem Æliam Sentiam interpretatur, quæ vetat ne minor viginti annis ſeruos manumittat, quæritur quis ſit habendus minor? & inquit Vlpianus minorem non eſſe, qui diem ſupremum agit anni 20. l. 1. ff. de manumiſſ. Eodem pertinet quod Paulus inquit l. anniculus. ff. de verbor. ſignifi. anniculum, non ſtatim vt natus eſt, ſed trecenteſimo ſexageſimoquinto die dici incipiente plane, non exacto die: quia annum ciuiliter, non ad momenta temporum, ſed ad dies numeramus: igitur qui decedit treceteſimo ſexageſimoquinto die cœpto, dicitur anniculus decedere. Hic vero contra, nam tempus à momento ad momentum aſſerimus computari. Sed omnibus in his ſpeciebus ratio deprehenditur, ob quam dies cœptus pro completo habetur. Quæſtio eſt. dict. leg. qua ætate. ff. de teſta. qua ætate quis poſſit teſtamentum facere? leg. præſtituit 14. annos maſculis, & 12. fœminis, & cum quæritur, an qui attigit vltimum diem, poſſit teſtamentum facere, ambigua oratio eſt, verum fauor teſtamentorum ſuadet, vt benignius interpretemur, eique detur potius condendi teſtamenti facultas, quam vt denegetur. Idem in vſucapionibus ius receptum eſt, vt is qui bona fide rem poſſidet, eam rem ſibi acquirat. Ideoque cum tractatur, at triennio ſit dicendus poſſediſſe is, qui diem triennij vltimũ attigit, fauor bonæ fidei poſſeſſionis exigit, vt ita interpretemur, & dies cœptus pro completo habeatur, ne dominia rerum in incerto maneant. l. 1. ff. de vſucap. ſeu vſurpa. Sic etiam propter libertatum fauorem benignius interpretamur, in l. 1. ff. de manumiſſ. in reſtitutione autem minoris, de qua hic loquimur, tempus à momento ad momentum computamus, quia minorum fauor id exigit. Si igitur minor vltimo die vigeſimiquinti anni negotium contraxerit, fauor poſtulat: vt non ei reſtitutio denegetur, niſi tempus nouiſſimum præterierit. Sic in præſcriptionibus temporum, à momento ad momentum tempus computatur. l. in omnibus. 1. ff. de actio. & obligat. Quædam actiones tempore finiuntur, an id tempus à momento ad momentum computabimus? ita quia nullus eſt fauor, qui diem cœptum pro completo habendum eſſe ſuadeat.

Proinde & ſi biſſexto &c.

Si quis

SI quis natus ſit intercalari die biſſexto anno vigeſimo quinto, eodem die, & momento, vigintiquinque annorum eſſe dicitur, ita vt, ſi quid cum eo geſtum ſit eo tempore, in integrum non reſtituatur. Vt autem hic locus commodiùs explicetur, intelligendum eſt tyronibus, annum ex trecentis ſexagintaquinque diebus conſtare. l. cum hæres. §. Stichus. de ſtatuliber. l. ita vulneratus. §. æſtimatio. ad leg. Aquil. ff. Sed præter eos dies trecentos ſexagintaquinque, ſex horas annus habet: Non potuit enim annus ita conſtitui, vt curſui ſolis omnino congrueret, quin aliquot horæ ſupereſſent: huius autem errati corrigendi cauſa, quarto quoque anno vnus dies intercalatur, id eſt, interſeritur. Sex horæ quadruplicatæ diem efficiũt in quolibet quadriennio vigeſimoquarto die Februarij, ſexto Calendas Martij, dicitúrque biſſextus, quia ſexto Calendas, bis in calendario ponitur l. cum biſſexto. ff. de verbor. ſignif. *Cum biſſexto eſt.* id eſt, cum ſexto Calendas bis ponitur. Ponamus igitur anno biſſextili natum aliquem poſteriori die, non priori, id eſt. ipſo intercalari: quæritur ſi anno vigeſimo quinto die natalis ſui, id eſt, ſexto Calendas Martij eodem momento, & hora qua natus eſt, qoid geſtum ſit, an poſſit reſtitui? Sequens dies expectandus videbatur, quia poſteriori die intercalato natus eſt. Sed hic Iureconſultus ait, eum non eſſe reſtituendum, quia vnus dies fingitur eſſe vterque dies, & iſte dies cum priore confunditur. Nihil quidem refert, an priore, an poſteriore die natus ſit: nam ſexto Calendas natus, maior vigintiquinque annorum factus eſſe dicitur: nec is qui priori die natus eſt, citius ad vigeſimumquintum annum peruenit, quam qui poſteriori die natus eſt. Vide d. l. cum biſſexto. vbi plenius hic locus explicatur. In eadem lege admonendum eſt, legendum eſſe ad finem, menſem intercalarem ex viginti octo diebus conſtare, ſecundum Pandectas Florentinas: in aliis legitur, ex viginti nouem diebus.

Geſtum eſſe dicetur.

VIdendum eſt, quid ſit geſtum, & ait Vlpianus l. ait Prætor. hic. hęc verba latius interpretans, hoc verbum ad omnem contractum, ſiue omne negotium, quod cum minore contrahitur, referri. Hinc naſcitur difficultas, ex eo quod dicitur in leg. Labeo. 19. ff. de verborum ſignificatione. eſſe differentiam inter actum contractum, & geſtum: ſit enim Iureconſultus actum ſignificari, quidquid agitur, ſiue re, ſiue verbis: contractum autem, vltro citróque obligationem eſſe, quem Græci συνάλλαγμα, id eſt, mutuum factum obligatorium vocant, veluti eruptionem, venditionem, locationem, conductionem, ſocietatem: geſtum vero rem ſignificare, ſiue re, ſiue verbis factum, cum quid, abſque vllo contractu, traditur: & tamen hic plenius boc verbum accipi videmus, vt etiam ad contractum pertineat. Notatur in leg. hæc verba contraxerunt. & in leg. licet. de verborum ſignificatio. Sed animaduertendum eſt, in eo loco Labeonis ſententiam ab Vlpiano referri. Labeo, inquit, libro primo Prætoris vrbani definit, quod quædam agantur, quædam gerantur, quædam contrahantur. & cer. dict. leg. Labeo. Hæc ſententia Labeonis relata eſt apud Vlpianum lib. 1. ad edictum, ex quo & hoc caput noſtrum ſumptum eſt. Nam eadem eſt vtriuſque capitis inſcriptio, vnde apparet ex hoc tractatu hunc locum ſumptum eſſe, & relatam Labeonis ſententiam ab Vlpiano, qui poſtea ſuam ſubiecit. In interpretatione edicti de minoribus vigintiquinque annis, Vlpianus oſtendere volens quid ſit geſtum cum minoribus, recitat Labeonia ſententiam, qui diſtinxit. Deinde idem Vlpianus ſubiecit hoc verbum latius accipiendum eſſe, neglecta ſubtili differentia Labeonis, & geſtum hic accipi pro omni contractu, ſiue re, ſiue verbis quid actum ſit, aſſeuerauit. Coniungenda ſunt igitur hæc capita l. Labeo. & noſtrum, vt facilius intelligantur quæcunque hic dicuntur. In l. Labeo. refertur tantum Labeonis ſententia, nihil definitur, ac poſt verba Labeonis recitata, ſubiiciendum eſt quod hic dicitur: *Geſtum accipimus, &c.* Atque ita hic nodus diſſoluitur. Varia exempla ſub hoc titulo paſſim extant, de contractu, de quaſi contractu, & cæteris negotiis omnibus, quæ cum vigintiquinque annis minoribus geruntur: ſed de omnibus ſuo loco dicemus, nempe ſub ſingulis titulis Codicis Iuſtinianei. Sunt enim pene de ſingulis tituli in Codice Iuſtinianeo, De filio familias minore, De fideiuſſoribus minorum, &c. Nos cum ordinem Iureconſultorum ad Vlpiani, & Pauli verborum huiuſce edicti explicationem ſecuti fuerimus, ad Codicis titulos veniemus. Satis igitur dictum fuit de huius verbi, Geſtum, interpretatione. Sequitur in edicto, *Vti quaque res erit.* ſic enim legendum eſſe iam admonui. Vlpianus hinc annotat nullam propriam actionem ex hoc edicto proficiſci, ſed totum ex Prætoris cognitione pendere. leg. quod ſi minor. §. vlt. hic. ex aliis edictis etiam quæ ad reſtitutiones pertinent, actiones propriæ proficiſcuntur: vt ex edicto de dolo malo, ac eo quod metus cauſa, Prætor pollicetur ſe actionem daturum. Hic autem ita proponitur edictum, vt nulla detur actio. *Quaque res erit,* inquit Prętor, *animaduertam.* Ex quibus verbis ſignificat Prętor ſe totum negotium cognitioni ſuę reſeruare.

Vel cautio, &c.

HOc addit Paulus in dicto §. vltimo, quia ex edictis plerunque cautiones proficiſcuntur, quæ actionis inſtar habere dicuntur. l. actionis verbo. ff. de oblig. & actio. Huiuſmodi eſt edictum de damno infecto, quo edictum de damni infecti cognitione, cautioneque adhibenda proponitur. Ex his edictis omnibus, quæ propoſita ſunt à Prætore, cautiones, & ſtipulationes, quæ inſtar actionis habent, proficiſcuntur, atque ſe conſtitutum cauere, vel actionem daturum Prætor pollicetur. Verum hic neutrum dicit, ſed tantum ait Prætor. *Vti quaque res erit, animaduertam:* ergo totum ex Prætoria cognitione pendet. Iureconſulti ſolent vti cognitionis verbo, cum de reſtitutione loquuntur. leg. 3. § Pomponius. hic. &, *Impetrare cognitionem,* vocant Vlpianus & Pomponius, impetrare reſtitutionem in integrum, quia Prætor extra ordinem cognoſcit Prætor olim non cognoſcebat, ſed iudices dabat, nec ipſe, niſi extra ordinem, iudicabat. De hac re vulgaria ſunt apud iuris authores exempla: ſub titulo de extraordinari. cog. & lege prima. ff. de rei vindic. cum omiſſo ritu ſolenni dandorum iudicum, ipſe cognoſcit, ideoque dicitur extra ordinem cognoſcere. Exemplum etiam eſt hoc in loco, cum minor reſtitutionem petit: & ſic intelligẽdum eſt, qood dicitur, totum ex Prætoris cognitione pendere. Id autem quod dicitur de Prætore, ita intelligendum eſt, vt is cui mandata eſt iuriſdictio, non excludatur. Quæ quidem cognitio eſt imperij mixti. leg. ea quæ. 1. ff. ad municip. & de incol. atque ideo mandari poteſt: & imperij mixti eſſe, eius imperij eſt, quod mandata iuriſdictione transfertur: ergo mandata iuriſdictione poteſt illud imperium transferri. Qua de re Iuſtiniani conſtitutio extat leg. vltima. Cod. vbi & apud quem cogni. in integrum reſtitut. agitanda ſit. vbi ait, reſtitutionem in integrum poſſe peti coram iudicibus ordinariis, & ſpecialiter delegatis, vel ad vniuerſitatem cauſarum, non coram arbitris vel iudicibus qui propriam iuriſdictionem non habent. Animaduertendum tamen eſt, hoc edicto plerunque actionem reſtitui, ſiue in

rem, ſiue in perſonam, quam minor amiſit: de qua actione deinde iudex ordine ſeruato cognoſcat: ſicque intelligenda eſt Vlpiani ſententia in leg. in cauſæ. 13. §. interdum. hoc titulo. Hic vero locus ſumma cum diligentia eſt attendendus, eo quod ſit valde obſcurus, & malè vulgo intellectus ab his, qui de hac re ſcripſerunt. Accurſiani ex hoc loco reſtitutionem in integrum in rem eſſe ſcriptam annotarunt, quod quidem abſurdum, & perridiculum eſt: ſatis enim ſe non intellexiſſe quid ſit in rem ſcripta actio, oſtenduot: & ex eo magni ſunt errores nati. Hinc namque collegerunt, in eo loco agendum eſſe, vbi res, de qua agitur, ſita eſt: quia in actionibus in rem, ſequi domicilium eius contra quem agimus, cogimur. De hac re iam diſſerui ſupra in titulo generali de in integrum reſtitut. & nominatim hunc locum adduxi in leg. ſecunda Cod. vbi & apud quem cognit. in integr. reſtit. agi. ſit. Igitur hoc edicto amiſſa actio, ſiue ſit io rem, ſiue in perſonam, plerunque reſtituitur, vt prædixi: veluti: cum quid metu ablatum eſt, etiam ei reſtitutoria actio in rem, qua id quod ablatum eſt metu, perinde ac ſi nihil ablatum eſſet, vindicare poſsit, datur. l. metum. §. volenti. ff. de eo quod met. cau. atque in rem vtilis actio reſtituetur, reſciſſo eo quod geſtum eſt. Simile exemplum eſt de minore, ſi ex inconſulta ætatis facilitate actionem ſibi competentem amiſerit, eandem Prætoris eſt actionem reſtituere, ſi ipſe cognoſcere velit: ſi vero cognoſcere nolit, iudicem qui de ea cognoſcat actione, dare poteſt ac debet. Quos iudices datos accipiendum eſt cum mandata iuriſdictione, non eos qui ſimplicem iudicandi facultatem habent, vt colligitur ex ſuperioribus: hic enim eſt acyrologia, quæ parit obſcuritatem. Exemplum perſonalis actionis. minor inductus eſt propter conſilij infirmitatem, vt acceptilatione debitorem liberaret: qua prior actio ſublata eſt: tunc Prætor actionem amiſſam ei reſtituet, id eſt, actionem in perſooam vtilem dabit: ſic, ſi minor rem ſuam alienauerit, ei actio reſtituetur, id eſt, ei actio in rem, reſciſſo eo quod geſtam eſt, dabitur: ſi autem Prætor cognoſcere nolit, in rem iudicium, de quo iudex datus cogniturus eſt, dabit. Et ſic intelligendum eſt quod dicitur ab Vlpiano in dicta l. in cauſæ. 13. §. interdum. hic.

Vt puta rem, &c.

ADfert exemplum Iureconſultus: Rem à minore emiſti, eam alij vendidiſti, non tantum aduerſus te, ſed & aduerſus poſſeſſorem, quicquid geſtum eſt, reſciodetur. Prætor ei in rem iudicium dabit, perinde ac ſi nulla fuiſſet alienatio facta, & ſi velit ipſe cognoſcere, poterit. Reſtituitur actio, quę amiſſa eſt, ſiue in rẽ, ſiue in perſonã fuerit: non quod in rem ſcripta ſit reſtitutio: & ſic facile erit ſcire quo in loco ſit experiendũ, ſecundum leg. vlt. Cod. vbi in rem act. exer. De actione io rem ſcripta nugæ ſunt, quæ hic à pleriſque iuris profeſſoribus dicuntur. Hic multæ quæſtiones inutiles de remedio reſcindente, & reſciſſorio remedio, ſintne ſeparata, an coniuncta, tractantur. Sed dicam breuiter quid ſit. Hæc actio, quæ reſtituitur, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, dicitur reſtitutoria, quia reſtituitur actio amiſſa. leg. 3. ff. de eo per quem fact. erit. quo min. quis in iudic. ſiſt. Dicitur etiam reſciſſoria, quia quod geſtum eſt, reſcinditur: nec daretur, niſi reſciſſo eo quod geſtum eſt. leg. nec non. ea quibus cau. maio. ff. leg. ab hoſtibus. 18. Codice de poſtli. reuer. Goue. libro 1. lect. 46. falli videtur in dicta l. necnon. §. vlt. An autem diſcreta ſint, an coniuncta? ſecundum veterem iudiciorum dandorum morem ſeparata eſſe aſſero. Separatum eſt enim Prætoris officium, qui reſcindit actionem, ab officio iudicis qui de data actione cognoſcit: Prætor dat actionem reſciſſoriam, deinde iudex de ea cognoſcit. Sed poſtquam iudiciorum dandorum mos exoleuit, magiſtratus ipſe partibus iudicis fungitur. Vnde ſi minor captus ſit ſecundum poſteriorum Imperatorum tempora, ad magiſtratum ibit, aduerſarium in ius vocabit, ac ſibi reſtitui actionem, reſciſſo eo quod geſtum eſt, contẽdet. Moribus quidem noſtris, idem fere, quod veteres io iudiciis dandis, ſequimur: quia non idem iudex, qui de cauſis reſtitutionum in integrum cognoſcit, in integrum reſtituit: ſiquidem vel magiſtri libellorum, vel cancellarius, vel princeps reſtituit. Et ſic Cancellarius vice Prætoris antiqui fungitur: nam, quod geſtum eſt, reſcindit, & dat reſciſſoriam actionem, de qua iudex cognoſcit. Ita moribus noſtris fit, quod hic dicitur. d. §. ioterdum. reſcinditur id quod geſtum eſt, & actio vel in rem, vel in perſonam, qualemcunque minor amiſerit, datur.

Pomponius quoque, &c.

EXemplum eſt pertinens ad interpretationem verborum edecti, quod obſcurum non eſt. Ait igitur Prætor, *Vti quaque res erit, animaduertam.* Ex his verbis notandum eſt, cauſæ cognitionem omnioo neceſſariam eſſe, l. in cauſæ. §. cauſa enim cognita. hic. eo quod ſine cauſæ cognitione, minor reſtitui non poteſt: omnia enim quæcunque cauſæ cognitionem deſiderant, per libellum non poſſunt expediri. l. nec quicquam §. vbi decretum. ff de officio proconſul. quod Galli in foro verſati, *Par vne ſimple requeſte*, vocant. Decretum eſt quod magiſtratus ſtatuit cauſa cognita, id eſt, examinata ratione, cur quid ab eo petatur: idque ſolenni more pro tribunali. l. 1. de offic. aſſeſ. l. cum hi. de tranſact. l. magis puto. de rebus eor. ff. Cum igitur decretum eſt neceſſarium, porrigebatur ſupplex libellus magiſtratui, vt illud interponeret. Quod ſi eo non interpoſito, libello tantum ſubſcripſiſſet. dubitatum eſt an ſatis eſſet. Hoc negat Vlpianus. Torquetur valde Accurſius. Sed vide Alciatum 2. Paradox. cap. 3. Quod autem cauſæ cognitio ſit hic neceſſaria, id expreſſum eſt apud Vlpianum his verbis: Cauſa enim cognita, & præſentibus aduerſariis, vel ſi per contumaciam deſint, in integium reſtitutiones perpendendæ ſunt. l. in cauſæ. 13. §. cauſa enim cognita. hic. ſi, poſitum eſt pro niſi. Goue. 1. lect. cap. 13. igitur præſentes eſſe aduerſarios vel ſaltem legitime vocatos oportet. Huic ſimile eſt, quod dicitur: quotieſcunque de vno negotio iudicanduio eſt præſentibus omnibus, quos cauſa contingit, iudicari oportet: alter enim iudicatum tantum inter præſentea tenet. l. etiam ſi patre. §. vlt. hic. l. de vnoquoque. de re iud. ff. Ratio autem eos euocandi ad quos cauſa pertinet, ab Imperatore traditur Nouel. vt ſponſalit. largit. §. ad hæc quoque. In hac quidem cauſæ cognitione videndum eſt, quid ſit inquirendum: nam hic locus valde vtilis eſt, ac multa inquiruntur, cum de minoris reſtitutione agitur, de quibus ſigillatim dicturi ſumus, quæ notari debent ab iis, qui volunt in foro verſari, vt quo modo regia diplomata concipienda ſint intelligant: quippe quod plerunque inciuilitas contra literas Regias obiiciatur, vtpore iuſtam forte cauſam earum impetrandarum non fuiſſe. Igitur hæc ſunt diligenter obſeruanda. In primis an mioor ſit captus infirmitate conſilij, lubrico ætatis, & pluribus aliis modis à Iureconſult. expreſſis in l. verum. 11. §. ſciendum. hic. nec ſufficit minorem eſſe allegare, eum qui reſtitui poſtulat, ſed captum & fraudatum eſſe neceſſe eſt. Primo namque ponendum eſt, minorem eſſe: ſecundo captum eſſe: tertio captum eſſe inconſulto lubrico ætatis. Quoniam ſi id ei acciderit, quod etiam prudenti homini potuiſſet accidere, non reſtituetur. Idque docetur exemplis, quæ ſunt perſpicua. Vnum eſt: minor affectus eſt damno, ſed quia

alius

Digitized by Google

alius vir pudens, etſi minor non fuiſſet, circumueniri potuiſſet, non reſtituetur. dicto §. ſciendum. Aliud eſt in l. quod ſi minor. 24. §. nõ ſemper. l. nõ omnia. 44. hic nõ ſemper ea, quæ cum minoribus geruntur, reſcindenda ſunt, ſed ad bonum & æquum redigenda ſunt, ne magno incommodo huius ætatis homines afficiantur, nemine cum his contrahente: & quodammodo commercio eis interdicetur. Simile eſt etiam quod dicitur in l. non omnia, eod. Non omnia, quæ minores 25 annis gerunt, irrita ſunt. Itaque niſi aut manifeſta circũſcriptio ſit, aut tam negligenter in ea cauſa verſati ſint, Prætor interponere ſe non debet. Idem cognoſcere debet Prætor an minor captus ſit, & ſic eum reſtituere. l. nã poſtea. §. ſi minor. ff. de iureiuran. Sed quando circumſcriptus eſſe dicetur minor, vt reſtitutionem mereatur? Et notandum eſt, minorem captum intelligi, non tantum ſi damno ſit affectus, ſed & ſi quid lucrari deſierit, eoque caſu reſtituendum. l. ait Prætor. 7. §. hodie. hic. Porro tunc minor deſiit lucrari, cum res, de qua agitur, nunquam ei fuit acquiſita. Damnum eſt cum rem acquiſitam minor amiſit: exempli gratia. Pecunia legata eſt minori, is legatum repudiauit, cum id potuiſſet lucrari, an reſtituetur, cum non ſit affectus damno, neque imminutum ſit eius patrimonium? quod propter damnum eſt, l. 3. ff. de damno infect. Et tamen hic dicitur eum reſtituendum eſſe. Simile eſt quod ſequitur: Si res minoris ſit alicui addicta in licitatione, ſi forte poſt addictionem maius pretium quis offerat, an minor reſtituetur? & ait certum ius eſſe, quod quotidie Prætores eum reſtituunt, vt rurſum admittatur licitatio. d. l. ait Prætor. 7. §. hodie. hic. Certum vero ita cenſetur illud quod moribus eſt comprobatum. Hoc tamen circumſpecte faciendũ eſſe, id eſt, non niſi ex magna cauſa, Vlpianus ibi admonet: alias nemo accederet ad emptionem rerum pupillarium, nec ſi bona fide diſtraherẽtur. Captus igitur videtur minor non tantum ſi de damno vitando agatur, verumetiam ſi de lucro. Idem dicendum eſt, ſi minor in odioſas lites inciderit, propter id quod geſtum eſt, reſtitui poteſt. l. minoribus. hic. quia Prætor curat ne litibus odioſis, moleſtiſque vexetur minor, quas ſemper bonus vir effugere debet. facit l. 4. ff. de alienat. iudi. mut. cau. fact. Habetur etiam in cauſæ cognitione ratio iuſtæ affectionis: vtputa, res quædam veniebat in auctione publica, minor eam rem volens conſequi, quod maiorum eius fuiſſet, obtulit pretium: honeſta fuit affectio, ſed adiectione ab alio in licitatione fuit ſuperatus, ac ideo res fuit addicta licitatori: vult minor in integrum reſtitui, & tantum offerre quantum licitator: non videtur reſtituendus: verumtamen ait Hermogenianus audiendum, ſi eius intereſſe, emptam ab eo rem fuiſſe, approbetur. l. ſi in emptione. 35. hic. Vnde colligitur huius affectionis honeſtæ hic haberi rationem. An autem huius affectionis ſemper ſit habenda ratio, non eſt huius loci, de qua re aliquid tradidi ad l. in actionibus. ff. de in litem iuran. & ad id locum communem citaui textum leg. 1. §. & alias. ff. ſi quid in fraudem patro. Quæritur etiam an reſtituendus ſit minor aduerſus venditionem, vel emptionem cum minore initam: veluti, pluris ei res vendita eſt, quam valeret, vult reſtitui minor, cum reſtitui petit, oportet ſe captum eſſe alleget, vt dictum eſt ſupra, vtrum captus ſit cenſendus? Dicit ſe damno affectum, quia rem, quæ tanti erat, pluris emit, ſed tamen dicitur, eum reſtituendum, propterea quod (inquit Pomponius) naturaliter licet contrahentibus ſe circumuenire, id eſt, licet rem quæ minoris eſt, pluris vendere, rem quæ maioris eſt, minoris emere. l. in cauſæ. 16. §. idem Põponius. hic. l. item. 2. §. quemadmodum. ff. loca. & conduc. nec eo nomine conceſſum eſt à venditione recedere. Ne quis tamen in negotio fratrem circumueniat, vetat D. Paulus 1. ad Theſſal. 4. Verum hæc libertas neceſſario eſt concedenda, nõ quod machinatione aliqua vti, ſed quod pretio maiore, vel minore licet emere, modo dolus non arguatur. d. §. quemadmodum. cum l. ſeq. nec tamen licet eo nomine ab emptione recedere. Tantum vero ius permiſſum non eſt contrahentibus Imperatorũ conſtitutionibus. l. rem maioris pretij. C. de reſcin. vendit. Huc pertinet alia conſtitutio l. vlt. C. eod. in re non in verbis obſcura, qua vix commodius exemplum obſeruari poteſt, quod mihi videtur eſſe eius regulæ: cum minor pluris emit rem, non ideo reſtituetur in integrum, nec cenſetur circumſcriptus eo quod iure communi ſit vſus, quia eodem iure licet ſe mutuo circumſcribere in vendendo, & emendo, ac ideo non venit reſtituendus. Poſtrema quæſtio eſt de minore, qui in arbitrum compromiſit litem habens cum aliquo, an poſſit reſtitui? & reſtituendum eſſe Paulus aſſerit. l. ſi minor. 34. §. hic. quod iniquum videtur: poſſet enim probabiliter dici expectandum iudicij euentum, quoniam fortaſſis minor vincet, ſed quoniam incertum eſt, minor reſtituitur. Nam melior eſt conditio, inquit Seneca, homini habentis cauſam non compromittere. non eſt enim prudentis, cum bona cauſa eſt, compromittere, ſed ſi dubia ſit cauſa, tunc minor poteſt compromittere, vt facile oſtendam ex his, quæ à me tractabuntur ſub titu. de recep. arbitr. ff. Vnde vulgatiſſimum illud adagium in Gallia fertur apud veteranos forenſes, *Qui a compromis ſon chaperon, il a deſia perdu ſa cornette.* Nunc autem de ceteris videndum eſt, quæ in cauſæ cognitione, de qua loquimur, ſunt examinanda. In hac cauſæ cognitione inquiritur, an alio remedio minori conſuli poſſit, quam per in integrum reſtitutionem, ſecundum conſtitutionem ab Vlpiano inſertam in l. in cauſæ. 16. in princ. hic. Quæſtio eſt ſi alia ſit actio, qua conſuli poſſit minori, abſque reſtitutione in integrum, an ſit ei in integrum reſtitutio concedenda, an vero partes Prætoris ceſſent. Et ait Iureconſultus, ſi minor iure munitus eſt, quia contractus ipſo iure nullius eſt momenti, partes Prætoris ceſſare: ſin autem quod cum minore geſtum eſt, ipſo iure valet, licet alia prodita ſit actio, nihilominus poſſe in integrum reſtitutionem locum habere. Hac diſtinctione vtitur Iuriſconſultus in dicta leg. in cauſæ. eamque exemplo expedit. Admonui ſuprà extraordinarium eſſe hoc auxilium, quia prætor extra ordinem cognoſcit, an captus ſit minor necne: ſi quidem cum pupillo ſit contractum ſine tutoris auctoritate, contractus ipſo iure nullus eſt, & perinde habetur, ac ſi nihil eſſet geſtum: vnde huic edicto non poteſt eſſe locus. Simile eſt exemplum ſuperiori in l. 3. C. de reſt. in integ. ſi quis cum adoleſcente curatorem habente ſine eo contraxerit, nullius momenti erit contractus: idem ſi quis abſque curatore minori vendiderit, irrita venditio erit: ſi vero ſit contractum cum minore curatorem non habente, ratum quidem eſt, quod actum eſt: ſed ſi captus ſit minor, reſtitui poterit. Ergo cum ſtatus mutatus non eſt, ridiculum eſſet eum in integrum reſtitui, vbi contractus eſt ipſo iure nullus. Hodie tamen in Gallia, Regia diplomata concedi ſolent à libellorum magiſtris, vt ſecuriores ſint minores, quamuis id neceſſarium non ſit. *Si minor, &c.* Exemplis Paulus demõſtrat, locum non eſſe reſtitutioni, cum contractus ipſo iure nõ tenet. *Nullam eſſe ſocietatem ne inter maiores quidem.* dicta l. in cauſæ. 16. Si quis dolo circũſcriptus contraxerit, ipſo iure nullum eſſe contractum bonæ fidei, oſtendi ad l. & eleganter. ff. de dolo malo: in aliis contractibus aliud dicendum eſt; ſed hæc diſputatio non eſt huius loci. ea enim ad titulum de ſolutio. pertinet. *Pomponius quoque refert, &c.*

Quid damnũ, quid lucrum.

Quemadmodo liceat contrahentibus ſe circumuenire.

rem,ſiue in perſonam, quam minor amiſit: de qua actione deinde iudex ordine ſeruato cognoſcat: ſicque intelligenda eſt Vlpiani ſententia in leg. in cauſæ. 13. §. interdum, hoc titulo. Hic vero locus ſumma cum diligentia eſt attendendus, eo quod ſit valde obſcurus, & malè vulgo intellectus ab his, qui de hac re ſcripſerunt. Accurſiani ex hoc loco reſtitutionem in integrum in rem eſſe ſcriptam annotarunt, quod quidem abſurdum, & perridiculum eſt: ſatis enim ſe non intellexiſſe quid ſit in rem ſcripta actio, oſtendunt: & ex eo magni ſunt errores nati. Hinc namque collegerunt, in eo loco agendum eſſe, vbi res, de qua agitur, ſita eſt: quia in actionibus in rem, ſequi domicilium eius contra quem agimus, cogimur. De hac re iam diſſerui ſuprà in titulo generali de in integrum reſtitut. & nominatim hunc locum adduxi in leg. ſecunda Cod. vbi & apud quem cognit. in integr. reſtit. agi. ſit. Igitur hoc edicto amiſſa actio, ſiue ſit in rem, ſiue in perſonam, plerunque reſtituitur, vt prædixi: veluti: cum quid metu ablatum eſt, etiam ei reſtitutoria actio in rem, qua id quod ablatum eſt metu, perinde ac ſi nihil ablatum eſſet, vindicare poſsit, datur. l. metum. §. volenti. ff. de eo quod met. cau. atque in rem vtilis actio reſtituetur, reſciſſo eo quod geſtum eſt. Simile exemplum eſt de minore, ſi ex inconſulta ætatis facilitate actionem ſibi competentem amiſerit, eandem Prætoris eſt actionem reſtituere, ſi ipſe cognoſcere velit: ſi vero cognoſcere nolit, iudicem qui de ea cognoſcat actione, dare poteſt ac debet. Quos iudices datos accipiendum eſt cum mandata iuriſdictione, non eos qui ſimplicem iudicandi facultatem habent, vt colligitur ex ſuperioribus: hic enim eſt acyrologia, quæ parit obſcuritatem. Exemplum perſonalis actionis. minor inductus eſt propter conſilij infirmitatem, vt acceptilatione debitorem liberaret: qua prior actio ſublata eſt: tunc Prætor actionem amiſſam ei reſtituet, id eſt, actionem in perſonam vtilem dabit: ſic, ſi minor rem ſuam alienauerit, ei actio reſtituetur, id eſt, ei actio in rem, reſciſſo eo quod geſtum eſt, dabitur: ſi autem Prætor cognoſcere nolit, in rem iudicium, de quo iudex datus cogniturus eſt, dabit. Et ſic intelligendum eſt quod dicitur ab Vlpiano in dicta l. in cauſæ. 13. §. interdum. hic.

Vt puta rem, &c.

ADfert exemplum Iureconſultus: Rem à minore emiſti, eam alij vendidiſti, non tantum aduerſus te, ſed & aduerſus poſſeſſorem, quicquid geſtum eſt, reſcindetur. Prætor ei in rem iudicium dabit, perinde ac ſi nulla fuiſſet alienatio facta, & ſi velit ipſe cognoſcere, poterit. Reſtituitur actio, quę amiſſa eſt, ſiue in rē, ſiue in perſonā fuerit: non quod in rem ſcripta ſit reſtitutio: & ſic facile erit ſcire quo in loco ſit experiendū, ſecundum leg. vlt. Cod. vbi in rem act. exer. De actione in rem ſcripta nugæ ſunt, quæ hic à pleriſque iuris profeſſoribus dicuntur. Hic multæ quæſtiones inutiles de remedio reſcindente, & reſciſſorio remedio, ſintne ſeparata, an coniuncta, tractantur. Sed dicam breuiter quid ſit. Hæc actio, quæ reſtituitur, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, dicitur reſtitutoria, quia reſtituitur actio amiſſa. leg. 3. ff. de eo per quem fact. erit, quo min. quis in iudic. ſiſt. Dicitur etiam reſciſſoria, quia quod geſtum eſt, reſcinditur: nec daretur, niſi reſciſſo eo quod geſtum eſt. leg. nec non. ex quibus cau. maio. ff. leg. ab hoſtibus. 18. Codice de poſtli. reuer. Goue. libro 1. lect. 46. falli videtur in dicta l. necnon. §. vlt. An autem diſcreta ſint, an coniuncta? ſecundum veterem iudiciorum dandorum morem ſeparata eſſe aſſero. Separatum eſt enim Prætoris officium, qui reſcindit actionem, ab officio iudicis qui de data actione cognoſcit: Prætor dat actionem reſciſſoriam, deinde iudex de ea cognoſcit. Sed poſtquam iudiciorum dandorum mos exoleuit, magiſtratus ipſe partibus iudicis fungitur. Vnde ſi minor captus ſit ſecundum poſteriorum Imperatorum tempora, ad magiſtratum ibit, aduerſarium in ius vocabit, ac ſibi reſtitui actionem, reſciſſo eo quod geſtum eſt, contēdet. Moribus quidem noſtris, idem fere, quod veteres in iudicius dandis, ſequimur: quia non idem iudex, qui de cauſis reſtitutionum in integrum cognoſcit, in integrum reſtituit: ſiquidem vel magiſtri libellorum, vel cancellarius, vel princeps reſtituit. Et ſic Cancellarius vicē Prætoris antiqui fungitur: nam, quod geſtum eſt, reſcindit, & dat reſciſſoriam actionem, de qua iudex cognoſcit. Ita moribus noſtris fit, quod hic dicitur. d. §. interdum. reſcinditur id quod geſtum eſt, & actio vel in rem, vel in perſonam, qualemcunque minor amiſerit, datur.

Pomponius quoque, &c.

EXemplum eſt pertinens ad interpretationem verborum edecti, quod obſcurum non eſt. Ait igitur Prætor, *Vt quæque res erit, animaduertam.* Ex his verbis notandum eſt, cauſæ cognitionem omnino neceſſariam eſſe, l. in cauſæ. §. cauſa enim cognita. hic. eo quod ſine cauſæ cognitione, minor reſtitui non poteſt: omnia enim quæcunque cauſæ cognitionem deſiderant, per libellum non poſſunt expediri. l. nec quicquam §. vbi decretum. ff. de officio proconſul. quod Galli in foro verſati, *Par vne ſimple requeſte*, vocant. Decretum eſt quod magiſtratus ſtatuit cauſa cognita, id eſt, examinata ratione, cur quid ab eo petatur: idque ſolenni more pro tribunali. l. 1. de offic. aſſeſ. l. cum hi. de tranſact. l. magis puto. de rebus eor. ff. Cum igitur decretum eſt neceſſarium, porrigebatur ſupplex libellus magiſtratui, vt illud interponeret. Quod ſi eo non interpoſito, libello tantum ſubſcripſiſſet. dubitatum eſt an ſatis eſſet. Hoc negat Vlpianus. Torquetur valde Accurſius. Sed vide Alciatum 2. Paradox. cap. 3. Quod autem cauſæ cognitio ſit hic neceſſaria, id expreſſum eſt apud Vlpianum his verbis: Cauſa enim cognita, & præſentibus aduerſariis, vel ſi per contumaciam deſint, in integrum reſtitutiones perpendendæ ſunt. l. in cauſæ. 13. §. cauſa enim cognita. hic. ſi, poſitum eſt pro niſi. Gouea. 1. lect. cap. 13. igitur præſentes eſſe aduerſarios vel ſaltem legitime vocatos oportet. Huic ſimile eſt, quod dicitur: quotieſcunque de vno negotio iudicandum eſt præſentibus omnibus, quos cauſa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter præſentes tenet. l. etiam ſi patre. §. vlt. hic. l. de vnoquoque. de re iud. ff. Ratio autem eos euocandi ad quos cauſa pertinet, ab Imperatore traditur Nouel. vt ſponſalit. largit. §. ad hæc quoque. In hac quidem cauſæ cognitione videndum eſt, quid ſit inquirendum: nam hic locus valde vtilis eſt, ac multa inquiruntur, cum de minoris reſtitutione agitur, de quibus ſigillatim dicturi ſumus, quæ notari debent ab iis, qui volunt in foro verſari, vt quo modo regia diplomata concipienda ſint intelligant: quippe quod plerunque inciuilitas contra literas Regias obiiciatur, vtpote iuſtam forte cauſam earum impetrandarum non fuiſſe. Igitur hæc ſunt diligenter obſeruanda. In primis an minor ſit captus infirmitate conſilij, lubrico ætatis, & pluribus aliis modis à Iureconſult. expreſſis in l. verum. 11. §. ſciendum. hic. nec ſufficit minorem eſſe allegare, eum qui reſtitui poſtulat, ſed captum & fraudatum eſſe neceſſe eſt. Primo namque ponendum eſt, minorem eſſe: ſecundo captum eſſe: tertio captum eſſe inconſulto lubrico ætatis. Quoniam ſi id ei acciderit, quod etiam prudenti homini potuiſſet accidere, non reſtituetur. Idque docetur exemplis, quæ ſunt perſpicua. Vnum eſt: minor affectus eſt damno, ſed quia alius

Digitized by Google

alius vir pudens, etſi minor non fuiſſet, circumueniri potuiſſet, non reſtituetur. dicto §. ſciendum. Aliud eſt in l. quod ſi minor. 24. §. nō ſemper. l. nō omnia. 44. hic nō ſemper ea, quæ cum minoribus geruntur, reſcindenda ſunt, ſed ad bonum & æquum redigenda ſunt, ne magno incommodo huius ætatis homines afficiantur, nemine cum his contrahente: & quodammodo commercio eis interdicetur. Simile eſt etiam quod dicitur in l. non omnia, eod. Non omnia, quæ minores 25 annis gerunt, irrita ſunt. Itaque niſi aut manifeſta circūſcriptio ſit, aut tam negligenter in ea cauſa verſati ſint, Prætor interponere ſe non debet. Idem cognoſcere debet Prætor an minor captus ſit, & ſic eum reſtituere. l. nā poſtea, §. ſi minor. ff. de iureiuran. Sed quando circumſcriptus eſſe dicetur minor, vt reſtitutionem mereatur? Et notandum eſt, minorem captum intelligi, non tantum ſi damno ſit affectus, ſed & ſi quid lucrari deſierit, eoque caſu reſtituendum. l. ait Prætor. 7. §. hodie. hic. Porro tunc minor deſiit lucrari, cum res, de qua agitur, nunquam ei fuit acquiſita. Damnum eſt cum rem acquiſitam minor amiſit: exempli gratia. Pecunia legata eſt minori, is legatum repudiauit, cum id potuiſſet lucrari, an reſtituetur, cum non ſit affectus damno, neque imminutum ſit eius patrimonium? quod proprie damnum eſt. l. 3. ff. de damno infect. Et tamen hic dicitur eum reſtituendum eſſe. Simile eſt quod ſequitur: Si res minoris ſit alicui addicta in licitatione, ſi forte poſt addictionem maius pretium quis offerat, an minor reſtituetur? & ait certum ius eſſe, quod quotidie Prætores eum reſtituunt, vt rurſum admittatur licitatio. d. l. ait Prætor. 7. §. hodie. hic. Certum vero ius cenſetur illud quod moribus eſt comprobatum. Hoc tamen circumſpecte faciendū eſſe, id eſt, non niſi ex magna cauſa, Vlpianus ibi admonet: alias nemo accederet ad emptionem rerum pupillarium, nec ſi bona fide diſtraherētur. Captus igitur videtur minor non tantum ſi de damno vitando agatur, verum etiam ſi de lucro. Idem dicendum eſt, ſi minor in odioſas lites inciderit, propter id quod geſtum eſt, reſtitui poteſt. l. minoribus. hic. quia Prætor curat ne litibus odioſis, moleſtiſque vexetur minor, quas ſemper bonus vir effugere debet. facit l. 4. ff. de alienat. iudi. mut. cau. fact. Habetur etiam in cauſæ cognitione ratio iuſtæ affectionis: vtputa, res quædam veniebat in auctione publica, minor eam rem volens conſequi, quod maiorum eius fuiſſet, obtulit pretium: honeſta fuit affectio, ſed adiectione ab alio in licitatione fuit ſuperatus, ac ideo res fuit addicta licitatori: vult minor in integrum reſtitui, & tantum offerre quantum licitator: non videtur reſtituendus: verumtamen ait Hermogenianus audiendum, ſi eius intereſſe, emptam ab eo rem fuiſſe, approbetur. l. ſi in emptione. 35. hic. Vnde colligitur huius affectionis honeſtæ hic haberi rationem. An autem huius affectionis ſemper ſit habenda ratio, non eſt huius loci, de qua re aliquid tradidi ad l. in actionibus. ff. de in litem iuran. & ad id locum communem citaui textum leg. 1. §. & alias. ff. ſi quid in fraudem patro. Quæritur etiam an reſtituendus ſit minor aduerſus venditionem, vel emptionem cum minore initam: veluti, pluris ei res vendita eſt, quam valeret, vult reſtitui minor, cum reſtitui petit, oportet ſe captum eſſe alleget, vt dictum eſt ſupra, vtrum captus ſit cenſendus? Dicit ſe damno affectum, quia rem, quæ tanti erat, pluris emit, ſed tamen dicitur, eum reſtituendum, propterea quod (inquit Pomponius) naturaliter licet contrahentibus ſe circumuenire, id eſt, licet rem quæ minoris eſt, pluris vendere, rem quæ maioris eſt, minoris emere. l. in cauſæ. 16. §. idem Pōponius. hic. l. item. 2. §. quemadmodum. ff. loca. & conduc. nec eo nomine conceſſum eſt à venditione recedere. Ne quis tamen in negotio fratrem circumueniat, vetat D. Paulus 1 ad Theſſal. 4 Verum hæc libertas neceſſario eſt concedenda, nō quod machinatione aliqua vti, ſed quod pretio maiore, vel minore licet emere, modo dolus non arguatur. d. §. quemadmodum, cum l. ſeq. nec tamen licet eo nomine ab emptione recedere. Tantum vero ius permiſſum non eſt, contrahentibus Imperatorū conſtitutionibus. l. rem maioris pretij. C. de reſcin. vendit. Huc pertinet alia conſtitutio l. vlt. C. eod. in re non in verbis obſcura, qua vix commodius exemplum obſeruari poteſt, quod mihi videtur eſſe eius regulæ: cum minor pluris emit rem, non ideo reſtituetur in integrum, nec cenſetur circumſcriptus eo quod iure communi ſit vſus, quia eodem iure licet ſe mutuo circumſcribere in vendendo, & emendo, ac ideo non venit reſtituendus. Poſtrema quæſtio eſt de minore, qui in arbitrum compromiſit litem habens cum aliquo, an poſſit reſtitui? & reſtituendum eſſe Paulus aſſerit. l. ſi minor. 34. §. hic. quod mirum videtur: poſſet enim probabiliter dici expectandum iudicij euentum, quoniam forte illis minor vincet, ſed quoniam incertum eſt, minor reſtituitur. Nam melior eſt conditio, inquit Seneca, bonam habentis cauſam non compromittere. non eſt enim prudentis, cum bona cauſa eſt, compromittere, ſed ſi dubia ſit cauſa, tunc minor poteſt compromittere, vt facile oſtendam ex his, quæ à me tractabuntur ſub titu. de recep. arbitr. ff. Vnde vulgatiſſimum illud adagium in Gallia fertur apud veteranos forenſes, *Qui a compromis ſon chaperon il a deſia perdu ſa cornette.* Nunc autem de ceteris videndum eſt, quæ in cauſæ cognitione, de qua loquimur, ſunt examinanda. In hac cauſæ cognitione inquiritur, an alio remedio minori conſuli poſſit, quam per in integrum reſtitutionem, ſecundum conſtitutionem ab Vlpiano inſertam in l. in cauſæ. 16. in princ. hic. Quæſtio eſt ſi alia ſit actio, qua conſuli poſſit minori, abſque reſtitutione in integrum, an ſit ei in integrum reſtitutio concedenda, an vero partes Prætoris ceſſent. Et ait Iureconſultus, ſi minor iure munitus eſt, quia contractus ipſo iure nullius eſt momenti, partes Prætoris ceſſare: ſin autem quod cum minore geſtum eſt, ipſo iure valet, licet alia prodita ſit actio, nihilominus poſſe in integrum reſtitutionem locum habere. Hac diſtinctione vtitur Iuriſconſultus in dicta leg. in cauſæ. eamque exemplo expedit. Admonui ſuprà extraordinarium eſſe hoc auxilium, quia prætor extra ordinem cognoſcit, an captus ſit minor necne: ſi quidem cum pupillo ſit contractum ſine tutoris auctoritate, contractus ipſo iure nullus eſt, & perinde habetur, ac ſi nihil eſſet geſtum: vnde huic edicto non poteſt eſſe locus. Simile eſt exemplum ſuperiori in l. 3. C. de reſt. in integ. ſi quis cum adoleſcente curatorem habente ſine eo contraxerit, nullius momenti erit contractus: idem ſi quis abſque curatore minori vendiderit, irrita venditio erit: ſi vero ſit contractum cum minore curatorem non habente, ratum quidem eſt, quod actum eſt: ſed ſi captus ſit minor, reſtitui poterit. Ergo cum ſtatus mutatus non eſt, ridiculum eſſet eum in integrum reſtitui, vbi contractus eſt ipſo iure nullus. Hodie tamen in Gallia, Regia diplomata concedi ſolent à libellorum magiſtris, vt ſecuriores ſint minores, quamuis id neceſſarium non ſit. *Si minor, &c.* Exemplis Paulus demōſtrat, locum non eſſe reſtitutioni, cum contractus ipſo iure nō tenet. *Nullam eſſe ſocietatem ne inter maiores quidem.* dicta l. in cauſæ. 16. Si quis dolo circūſcriptus contraxerit, ipſo iure nullum eſſe contractum bonæ fidei, oſtendi ad l. & eleganter. ff. de dolo malo: in aliis contractibus aliud dicendum eſt; ſed hæc diſputatio non eſt huius loci. ea enim ad titulum de ſolutio. pertinet. *Pomponius quoque refert, &c.*

Quod damnū, quod lucrum.

Quando liceat contrahentibus ſe circumuenire.

g 2

Digitized by Google

in dicta leg. in cauſæ. Vlpianus Iureconſultus ſpeciem adfert, in qua condictio ſine cauſa datur: ſi quis cauerit ei cui cauere non debebat, in integrum reſtitui, & cautionem condicere poteſt. Hoc in loco apparet, vbi alia actio competit, nihilominus reſtitutionem locum habere, quoties ipſo iure munitus non eſt minor: & quamuis minori condictio competat, tamen non ipſo iure dicitur munitus: veluti, ſi quis indebitum per errorem ſoluerit, nullam ipſo iure repetitionem habet, eò quod dominium in accipientem tranſtulit, verum ex æquo & bono condictio contra merum ius datur. Hinc dicitur indebiti condictionem cauſam habere naturalem. l. indebiti. ff. de condict. indeb. & ex æquo, & bono introductam, quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, reuocare conſueuit. l. hæc condictio pen. ff eodem. Idem de aliis condictionibus dicendum eſt, vt ſi cui minor per errorem cauerit, repetere cautionem poterit. Hoc caſu Prætor poteſt ſuas nihilominus interponere partes. At quoties quis ipſo iure munitus fuit, id eſt, quoties ipſo iure res in eodem ſtatu eſt, vt ſi dolo malo venditio inita eſt, & omnia in eo cauſa ſint, perinde ac ſi nihil actum eſſet, ceſſant Prætoris partes. Fruſtra hic de reſtituendo in priſtinum ſtatum ageretur, cum ſtatus eſt integer. Quin etſi quo caſu ipſo iure contractus nullus eſt, quod tradidit, licet ei vindicare, neque reſtitutio locum habet. Et, vt compendio orationis vtar, quotieſcunque ipſo iure contractus nullus eſt, minor non reſtituitur. Exempla hic alia ſunt, de quibus ſub aliis titulis Codicis dicturi ſumus. Quæritur etiam an minor contra minorem reſtituatur in integrum beneficio ætatis: hoc quidem in cauſæ cognitione examinandum eſt, & Pomponius exiſtimat, cum par ſit cauſa vtriuſque, non eſſe minorem reſtituendum. l. verum. 11. §. vlti. hic. Verum quidem dixit Pomponius: ſed cum diſtinctione illud dixiſſe debuerat. Quare huic ſententiæ cum exceptione, & diſtinctione Vlpianus accedit, aſſerens inſpiciendum eſſe, quis ſit captus: ſi vnus ſit captus, alter non, æquum eſt vt capto aduerſus alterum ſuccurratur, ne alter cum alterius damno locupletetur, vt ſtatutum eſt ab eodem Pomponio l. nam hoc natura. ff. de condictione indeb. quod ſi vterque ſit captus, non erit locus reſtitutioni: exempli gratia, minor minori pecuniã credidit, alter dilapidauit, vterque captus eſt, igitur ceſſabit reſtitutio: ſed meliorem eſſe conditionem conſumentis ait Paulus leg. ſi minor. 34. hic. Qui tamen exceptionem addit, cum qua intelligendum eſt, quod in ea lege dicitur, videlicet ita demum eum liberari minorem, qui conſumpſit, ſi ita conſumpſerit, vt non ex conſumptione, tempore litis conteſtatæ, ſit locupletior factus. Et hoc traditum eſt ſecundum vulgarem iuris regulam, qua dicitur: Cum par eſt vtriuſque cauſa, rei fauorabilior eſt cauſa, quam actoris. l. fauorabiliores. infra. Alia eſt huic affinis quæſtio, quæ ibidem tractatur: vtputa, Si minor vigintiquinque annis filiofamilias maiori vigintiquinque annis mutuam pecuniam dederit, filiusfamilias ex mutuo propter Senatuſconſultum Macedonianum non obligatur: ex vna parte minor eſt, qui pecuniam petit, vult reſtitui: ex altera parte filiusfamilias eſt, qui vult ſe Macedoniano Senatuſconſulto tueri: Si Macedonianum Senatuſconſultum filiofamilias proſit, beneficium ætatis minori non proderit: ſi beneficium Senatuſconſulti Macedoniani non proſit, ætatis beneficium proderit. Ait Iureconſult. magis haberi rationem ætatis, quam Senatuſconſulti Macedoniani. Hic autem obſeruanda eſt antinomia, quæ eſt κατὰ περίστασιν, de quo genere artis plene alias diſſeruimus ſub titul. de legib. ff. Antinomia κατὰ περίστασιν dicitur, cum duæ leges inter ſe non natura, ſed circumſtantia pugnant, vel vt Quintilianus ait libro 7. Inſtit. Orat. capit. 7. Omnibus manifeſtum eſſe debet, nunquam eſſe legem legi contrariam iure ipſo: quia ſi diuerſum ius eſſet, alterum altero abrogaretur: ſed eas caſu collidi: & euentu. Vide Budæ. in annotat. in Pandect. ad tit. ad legem Iuliam maieſta. In aliqua hypotheſi pugnant: ſicuti: Hic vna lex eſt qua ſtatuitur, minor aduerſus pecuniam creditam reſtituatur: vult minorem reſtitui. Altera vult filiumfamilias ex mutuo non teneri. Hæc non ſunt inter ſe natura ſua pugnantia, verum ſpecies accidit, in qua euentu collidunt, vt Hermogenianus ait libro primo Rhetor. Minor vigintiquinque annis filiofamilias mutuum dedit: quæritur an filiusfamilias ſit reſtituendus: an vero beneficium ætatis, ſeu Senatuſconſulti Macedoniani ceſſabit? Nos Ciceronis conſilium ſequemur, libro ſecundo de Inuent. Videndum eſt vtra lex ad maiores & vtiliores res pertineat, vnam neceſſe eſt alteri cedere, vtiliori nempe minus vtilem: idque Iureconſultus hoc in loco ſpectaſſe videtur. Haud dubij iuris eſt maiorem eſſe fauorem ex parte minoris, quam ex parte filijfamilias: Senatuſconſultum enim Macedonianum in fauorem filijfamilias non eſt latum, ſed in odium fœneratoris: potentius igitur eſt beneficium ætatis, quam Senatuſconſulti Macedoniani, quod filiisfamilias competit. Non abſimilis eſt quæſtio in l. ſi apud duodecim. hic de muliere pro alio intercedente apud minorem, an reſtitutioni locus ſit, quæritur: mulieri enim pro alio intercedenti Senatuſconſulto Velleiano ſuccurritur, nec tenetur ex interceſſione. Neceſſe eſt hic vnam legem alteri cedere: an idem dicemus quod de filiofamilias? Non ſimpliciter dicit Iureconſultus, idem eſt dicendum, ſed cum exceptione, propterea quod fauorabilior eſt cauſa mulieris, quam filijfamilias, quæ quidem repetere poteſt, quod ſoluit. filiusfamilias non poteſt quod ſoluit, exceptione Senatuſconſulti Macedoniani tutus, repetere. l. qui exceptionem. 40. ff. de cõdict. indeb. quippe quod in gratiam filiorumfamilias factum non ſit, quia nullo fauore digni ſunt, paternam ſubſtantiam dilapidantes, ſed in odium fœneratorum. At Senatuſconſultum Velleianum in gratiam mulierum factum eſt, eo quod ſi minor apud quem fideiuſſit mulier aduerſus eam velit agere, exceptione ſummouebitur. Addit tamen exceptionem Caius, affirmans in dicta l. ſi apud. reſtituendam eſſe actionem aduerſus veterem debitorem, ſi mulier pro eo interceſſerit: nam actio in veterem debitorem transfertur. Ideoque mulier, ſi aduerſus eam agatur propter illam interceſſionem, exceptione Senatuſconſulti Velleiani ſe tuebitur: ſed ita tamen, ſi ſoluendo ſit vetus debitor, qui ſi ſoluendo non ſit, melior eſt cauſa minoris, quam mulieris, quæ eo caſu Velleiani Senatuſconſulti auxilio non vtetur. Alia quædam conſideranda ſunt in cauſæ cognitione, de qua in leg in cauſæ. 13. in princ. hic. verum fideiuſſori quoque minoris ſit ſuccurrendum: item ſi minor ſit filiasfamilias, an patri quoque proſit reſtitutio? Verum de vtraque quæſtione ſuo loco diſſeremus, nempe ſub titulis Codicis Iuſtinianei ad hanc rem pertinentibus, eoſque ordine, poſt compendiariam edicti interpretationem, explicabimus.

Ait Prætor, animaduertam, &c.

His verbis ſignificat Prætor ſe reſtituturum, ſi iuſta eſſe cauſa videbitur, quia ex hoc edicto beneficium reſtitutionis oritur, de qua ratione reſtituendi nunc videndum eſt: cum minor reſtituitur, omnia in eum ſtatum, in quo fuerunt antequam quid geſtum eſſet, reponuntur. l. quod ſi minor. 24 §. reſtitutio. hoc titu. Breuiter quicquid geſtum eſt cum minore, reſtituitur,

tuitur, perinde ac ſi nihil geſtum eſſet: ac etiam quicquid ex eo ſecutum eſt. l. ſi ex cauſa. 9. hic. vt pote, minor damnatus eſt ſententia Præſidis, & ex cauſe iudicati capta ſunt eius pignora atque diſtracta, poſtea minor reſtitutus eſt, quæritur in pretium & cauſſam pignorum diſtractorum reſtituatur? Hæc quæſtio ex eo dependet, quod dicitur omnia in priſtinum ſtatum reponi: ergo etiam pignore, quemuis ſint diſtracta, dummodo minoris interſit, reſtituuntur: quia ſemper ad vtilitatem minoris reſpici debet. De pecunia autem ſoluta iudicati cauſe, nihil eſt dubitandum, quin omnia in priſtinum ſtatum reſtituantur, quatenus id æquitas exigit, vt nullo damno afficiatur minor: ad quem ſcopum omnia ſunt referenda. Atque ideo Prætor non aſſerit ſimpliciter ſe reſtituturum, verum hoc cognitioni ſuæ reſeruat: ac ob eã rem dixit Vlpianus, *Vt quoque rei eru, animaduertam.* Omnia igitur in priſtinum reponuntur ſtatum. Ita autem quod geſtum eſt, reſtituitur, vt etiam hinc inde quod geſtum eſt, non ex parte minoris duntexat, verumetiem ex parte aduerſarij qui cum eo contraxit, reſcindatur. leg. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio. hic. Exempli gratia, minor in vendendo fundo circumſcriptus eſt, ita reſtitutio fiet, vt minor fundum recipiat, & emptor pretium, quod numereuit minori. idque ſuadet æquitas ne minor cum alterius detrimento locupletior fiat, quod iure vetitum eſt. leg. nam hoc natura. ff. de condict. indeb. igitur minor recepto fundo pretium reddere cogitur. Admonui ſupra quicquid ſub hoc titulo de reſtitutione tractatur, ſemper ad bonum, & æquum referri, ne minor circumſcribatur. Ideo cum ait Paulus pretium reddi oportere, addit hic exceptionem: nam pleruunque non ſit minor locupletior, etſi pretium non reddet, vt ſi quis minori conſumpturo pretium dederit: & fit hoc ſæpius, inquit Iureconſultus, in mutuo, quam in venditione. Deinde ſi quis emit à minore, & conſtituit pretium ſoluere, videndum eſt, an pupillus illud pretium receperit, & ex eo locupletior ſit factus: ſic enim intelligende ſunt hæc verba. Attamen ſunt qui putant cogi minorem reddere pretium, etſi non ſit ex venditione locupletior factus, & videndum eſſe, an ſciuerit emptor minorem conſumpturum pecuniem, quia tunc reſtituetur, quamuis pretium non reddiderit. Mihi nihilominus videtur, vt ex alijs locis facile colligitur, nunquam pretium reſtitui, niſi minorem locupletiorem eſſe fectum ex pretio appareat. l. ait Prætor. 7. §. plane. d. l. quod ſi minor §. reſtitutio. hic. & l. tutor decedens. ſub ſin. ff. de liber. lega. Nonnulli inter eum qui pecuniam minori ſoluit, & eum qui minori aliquid aliud quam pecuniam ſoluit, vel ſponte, vel ipſo pupillo inſtante, differentiam conſtituunt: ſed inquit Vlpianus videndum eſſe, an aliquid ad minorem peruenerit, nec perierit per imbecillitatem ætatis, & tunc demum reſtituere eum cogi pretium emptori exiſtimat dicto §. plane. eodem pertinet lex, patri, quam excutiemus ſub titu. Cod. ſi aduerſ. credit. Ad hunc locum variæ quæſtiones, ques breuiter recitabimus, pertinent: vna l. in integrum. 22. hic, cuius hæc eſt ſpecies: minor inconſulta facilitate, hæreditatem adiit, legata teſtamento relicta ſoluit, ſeruos ſecundum teſtatoris voluntatem manumiſit: deinde reſtitutus eſt in integrum: alij vero deleta eſt hæreditas, & ab eo, vt quod ex hæreditate imminutum eſt, reddat, petitur tamen hæc à minore non eſſe reſtituenda dicitur, eo quod non eſt locupletior factus, nihilque ed eum peruenit, ac ideo cogendus non eſt onera hæreditarie ſubire. Quemadmodum, ait, per contrarium ſi curator ſit bonis datus, qui bona diſtraheret, quia forte hæreditatem, propter conditionem eliquam, non adibat, & minor cum poſtea reſtitutus fuerit, hæreditatem repudiaret, non ſunt reuocande quæ interim geſta ſunt. Similis eſt locus Papiniani in leg. ſi mulier 31. hic. dicentis, minore reſtituto aduerſus hæreditatis aditionem, libertates detas, & ſolutiones creditoribus factas non reſcindi. Idem eſt de eo, qui cum hæres eſſet, legate ante reſtitutionem ſoluit, deinde reſtitutus eſt, rata eſt ſolutio. Alia eſt quæſtio in l. cum minor. 28. hic. Minor egit actione tutelæ aduerſus tutorem, ectus ſui retionem reddi petit, victus eſt: tutor quoque actione contraria egit, victus eſt hic tutor: minor eſt aduerſus priorem ſententiam reſtitutus: quæritur en contrarium iudicium tutori ſit reſtituendum? & videtur reſtituendum. arg. l. quod ſi minor. §. reſtitutio. 24. hic. vide Anto. Auguſt. lib. 1. emendat. cap. 8. Attamen Celſus inquit, contrarium tutelæ iudicium tutori non eſſe reſtituendum. d. l. cum minor. 28. hic. Quod quidem fit, eo quod res ſunt ſeparatæ, nec aliquid hebent commune. In alijs exemplis, cum minor vendidit, & recepit pretium, coniuncta ſunt, nempe reſtitutio fundi, & reſtitutio pretij, nec ſeperari poſſunt: minor fundum venditum petit, emptor contra fundi pretium, in hac reſtitutione vtriuſque retio habetur tam maioris, quem minoris. Huc etiam pertinet Modeſtini ſententie inquientis in l. etiem ſi patre. 29. §. 1. hic. & vtraque lex eſt coniungenda. Pupillus ex cauſa curationis demnetus eſt, petebatur fundus eb eo, victus eſt etiam pupillus in altero iudicio de domo, & vult reſtitui aduerſus ſententiam, ſcilicet ad domum conſequendam: quoad rem alteram in que vicit, non reſtituitur: vult tamen aduerſerius, vt aut omnino ſententiæ ſtetur, eut omnino reſcindatur. Verum Iureconſultus ait, nullam hic eduerſarij rationem haberi, quia ſunt ſeparata, ac ſemper videndum eſſe an ee, de quibus agitur, cohæreant. *Et quaa videbatur in ceteris litis ſpeciebus relevata fuiſſe*, id eſt, abſolutus fuerat à iudice in cæteris litis ſpeciebus. Alia quæſtio eſt in l. ſi iudex. 41. hic. cum de fundo vendito ageretur, iudex ita pronuntieuit, reſcindendam venditionem, minorem prædium venditum recipere debere, ea lege, vt emptori pretium reddat. Videbat enim iudex prædium ad emptorem perueniſſe, & minorem ex pretio factum locupletiorem. Poſt rem iudicatam: reſtitutionis impetratæ minorem pœnituit, quoniam ſe prædium conſecuturum nullo pretio reddito ſperabat: iudicatum erat pretium reddendum, is exequi ſententiam non curat, ſed aduerſarius eum cogere vult ed pretium reddendum: quæritur en minor inuitus ei pretium reddere cogatur? Probabilis eſt dubitatio, propterea quod per conſequentiam ius quæſitum eſt aduerſario per hanc ſententiam: ettamen Iulianus affirmat in dicta l. ſi iudex. minori licere ſententiæ renunciare, nec cogendum eſſe pretium reddere, eo quod in eius fauorem ſententis lata eſt ſecundum reſtitutionem, & quod eo remedio emptor vti non potuiſſet, niſi minor reſtitutionem impetraſſet. Hinc generaliter dicendum eſt, notandumque: quando ſententia principaliter ſecundum aliquem late eſt, etſi alteri ex ea ſententie per conſequentiem ius ſit quæſitum, ea temen non cogitur vti.

Vtilem, &c.

MEro quidem iure aduerſus emptorem pretium petentem minor ſe tueri non poteſt, ſed exceptionem vtilem habet, quia vnicuique licet ea contemnere, quæ pro ſe introducte ſunt. d. l. ſi Iudex. hic. l. ſi quis in conſcribendo. de epiſco. & cler. & l. ſi quis in conſcribendo. de pact. C. atque in eandem cauſam, in qua vult minor manere, reſtituitur: emptor enim pretium petere non potuiſſet, niſi minor reſtitutionem imploraſſet. His alia quæſtio eddẽda eſt in l. tutor. 47. §.

curator hic. Curator quorundam adoleſcentum cum eis prædia habebat communia, quę vendidit, non ſuam duntaxat partem, verum etiam eorum adoleſcentum, quorum curator erat: adoleſcentes, eo quod circumuenti fuerant in venditione, reſtituti ſunt: quæritur, an in totum ſit reſcindenda venditio, an pro parte? Reſpõdit Scæuola, eatenus reſcindi venditionem, quatenus prædia adoleſcentum alienata fuere. Addit hanc exceptionem, niſi forte malit emptor à toto diſcedere contractu, quod dicat ſe nullo pretio pro parte emere prædia voluiſſe: quo caſu venditio in gratiam emptoris omnino reſcindetur. Id enim æquitas, ex qua & ex Prætoris cognitione ratio reſtitutionis dependet, exigit: ſiquidem Prætoris eſt æſtimare quatenus æquitate conueniat, vt quis reſtituatur, ac Iureconſultus animo perpendit, aliter abſque iniquitate iudicari non poſſe: nam durum eſt in communionem incidere inuitum. l. ſi non ſortem. §. ſi centum. ff. de condict. indeb. & in ea, vel ſocietate nemo compellitur inuitus detineri. l. vltim. C. commu. diuid. Naturale quippe vitiũ eſt negligi, quod communiter poſſidetur: vtque ſe nihil habere, qui non totum habeat, arbitretur: denique ſuam quoque partem corrumpi patiatur, dum inuidet alienæ. l. 2. § naturale. C. quando & quib. quarta pars deb. Concord. in c. 1. in gloſſ. in verbo, religio. extra ne ſede vacan. aliq. inno. ſub fin. Superioribus hæc eſt non diſſimilis ſpecies: ſi euicta ſit res pro parte, eo quod res alia ſoluta fuerit, venditor in ſolidum manet obligatus. l. ſi quis aliam. 46. ff. de ſolut. quia præter ſupra dicta ſunt, qui nullo pretio communionem vellent habere. Hic ergo receditur à toto contractu vitandæ iniquitatis cauſa, quamuis minoris interſit, duntaxat à contractu pro parte recedi, & naſcatur tantum ex perſona duorum hic contractus, pupilli ſcilicet, & curatoris: verum æquitatis ratio tanta habetur, vt etſi ſolum ex duorum perſona naſcatur, tamen in totum reſcindatur, ſi emptor id maluerit. Alia quæſtio eſt in l. vlt. hic. in qua proponitur epiſtola Iun. ad Pomponium, & poſtea ſequitur reſponſio: *Reſpondit, &c.* Pro explicatione huius loci ſciendum eſt, manifeſti iuris eſſe minorem, qui pro alio interceſſit, reſtitui. l. ait Prætor. 7. §. non ſolum. l. minor. 48. hic. æque ac ſi obligationem alienam in ſe tranſtulerit. Deinde notandum eſt, cum minor reſtituitur aduerſus ſuam interceſſionem, actionem in veterem debitorem transferri. l. ſi apud. 12. hic. Exempli cauſa, cum quis centum deberet, minor, qui pro eo interceſſit, vel obligationem in ſe tranſtulit animo nouandi, reſtituitur: & actio in veterem debitorem transfertur, perinde ac ſi non interceſſiſſet: ſicuti de muliere dicitur, vt ſi tecum eſſem contracturus, mulier interuenerit, vt cum ipſa potius contraham, videtur interceſſiſſe: quo caſu datur in te actio, quæ inſtituit magis, quam reſtituit obligationem: vt perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier eſt obligata: verbi gratia, ſi per ſtipulationem mulier, & tu quaſi ex ſtipulatu conuenieris. l. quamuis. §. ſi cum eſſem. ff. ad ſenatuſcon. Velleia. Sed quæritur, quomodo ſit actio reſtituenda, an ſimpliciter reſtituenda ſit, an vero ita, vt ſit in eo ſtatu, in quo fuit, cum minor pro alio interceſſit: vtpote, minor vigintiquinque annis, pro eo qui temporaria actione tenebatur, puta iniuriarum actione, interceſſit, ſupererant decem dies anni illius, qui præſcriptus eſt illi actioni: quo pacto minor in ſe actionem tranſtulit, & ob eam rem poſtea reſtituitur. an actio reſtituetur ita, vt annum habeat integrum ad agendum, an & in eadem cauſa in qua fuit cum interrcederet? & ait. dict. l. vlt. hic. Ego didici ex tempore in integrum reſtitutionis tantundem temporis præſtandum, quantum ſupererat: deinde ſubiicit, *Reſpondit, &c.* ſequitur reſponſio Pauli ad epiſtolam: Verius eſt vt in eadem cauſa, in qua fuit actio, cum tranſlata fuit in minorem, reſtituatur, vt decem dies tãtum ſuperſint, qui ſupererant, cum minor eam actionem in ſe transferebat, non autem in integrum tempus actionis inſtituendæ reſtituetur. Vide cap. prim. de reſtitut. in integ. in Clement. Ratio quidem perſpicua eſt ex his quæ diximus, quia reſtituenda ſunt omnia in priſtinum ſtatum, in quo erant antequam minor captus eſſet. Hæc ſane exempla, quænam ſit ratio reſtituendi, oſtendunt, eaque pertinent ad verba edicti, *Vt is quaque res erit animaduertam.* Ex quibus verbis edicti alia quæſtio de magiſtratibus oritur: videlicet, apud quos magiſtratus poſtulãda ſit reſtitutio. Prætor ait ſe animaduerſurum. Vnde dubitari poteſt, an Prætoris ſit duntaxat reſtitutio, eiuſque cognitio, an aliorum magiſtratuum? Iureconſulti verba Prætoris ita ſunt interpretati, vt alij magiſtratus non excludantur: nam qui merum, & mixtum imperium habent, in integrum etiam contra ſuam ſententiam poſſunt reſtituere, minor vero magiſtratus contra ſententiam minorum non reſtituet. l. in cauſæ. il ſecund § vltimo. leg præfecti etiam prętorio. leg minor autem magiſtratus. hic, cum ſimilibus. Sed huius loci proprius eſt in Codice Iuſtinianeo titulus, vbi, & apud quem cognitio in integrum reſtitutionis agitanda ſit: quo in loco plene de hac re tractabimus. Sed iam ſumus ordine interpretaturi ſingulos titu. Codi. ad hanc materiam in integrum reſtitutionis pertinentes, & quoniam in primis occurrit titulus de filiofamilias minore, ab eo initium faciemus.

Tituli omnes, qui ſequuntur, ſunt ex libro ſecundo Cod.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI

AD TIT. XXIII. LIB. II. COD. DE FILIOFAMILIAS MINORE, Commentarij.

INPRIMIS occurrit hic titulus, de filiofamilias minore: nam primus ſatis iam explicatus fuit ex eo, quod in edicto ſcriptum eſt de minore vigintiquinque annis. Sed exiſtit quæſtio, an ſit reſcindendum quod cũ minore vigintiquinque annis geſtum eſt, etſi filiusfamilias ſit. De patrefamilias minore nulla eſt dubitatio. De filiofamilias minore probabilis eſt dubitatio: quia nihil proprium habet, ſed quicquid acquirit, patri acquirit: vnde ſi ei ſubuenitur, videtur patri quoque ſubueniri, qui maior eſt: quod propoſitum prætoris non fuit, qui tantum minorem voluit reſtitui: vnde hęc quæſtio pertinet ad explicationem verborum edicti, & hic in vtraque lege ſub hoc titulo exempla proponuntur, ex quibus intelligimus filiumfamilias quoque, etſi minor ſit, eſſe reſtituendum: harum autem duarum conſtitutionum interpretatio pendet ex leg. 3. §. ſed vtrum. ff. de minoribus. Quæſtio naſcitur ex eo quod videtur patri quoque, qui maior eſt, ſuccurri, cum filius qui eſt in poteſtate patris, in integrum reſtituitur. Sed tamen Vlpianus illo loco agit, ex his tantum cauſis filiumfamilias in integrum reſtitui in quibus ipſius intereſſe verſatur: puta ſi obligatus eſt. Nec nos mouere debet, quod patri hac ratione ſuccurri videtur: nam filio ita poteſt ſuccurri, ne patri ſuccurratur, vtitur ergo Iuriſconſultus dictione. Aliquando enim iuſſu patris obligatur filiusfamilias, aliquando ſine iuſſu patris: cum iuſſu patris filiusfamilias contraxit, & ex eo contractu obligatur, actione quod iuſſu tenetur pater: cum ſine eius iuſſu tenetur vſque ad quantitatem peculij: ſed ſiue iuſſerit pater, ſiue non iuſſerit, ſiue peculium habeat, ſiue non habeat filius, ſemper obligatur. l. filiusfamil. infra de obligat. & actio. vnde dicitur in l. ſi quis cum filiofamil. de peculio, eum qui cum filio contraxerit, duos debitores habere, patrem & filium: patrem quatenus eſt in peculio, ſi ſine eius iuſſu contraxit filius, & ipſum filium in ſolidum. Videndum tamen primum an iuſſu patris ſit obligatus filius: quia ſi iuſſu patris ſit obligatus, & aduerſus eum agatur, reſtituetur: ita tamen vt hoc auxilium patri nihil proſit. Si vero contraxerit ſine iuſſu patris, tenetur pater actione de peculio, filius ex contractu in ſolidum: ſi tamen conueniatur filius, implorabit reſtitutionem. Sed ſi pater ipſe conueniatur, filius non impetrabit reſtitutionem. Maior tamen quæſtio videtur in poſteriore ſpecie, quia filij videtur intereſſe peculium habere, vt pater ex l. depoſitum. §. peculium. de pecul. quod quidem peculium eſt puſilla pecunia, ſiue puſillum patrimonium quod pater filio dedit: hunc locum explicauimus titul. de peculio, & leg. frater à fratre, de condict. indebiti. Peculium eſt patris. leg. quam Tuberonis. infra de peculio, id eſt, pater poteſt ei adimere. Sed tamen multum refert, an pater quid filio dederit in peculium, & ſeparauerit à reliqua ſubſtãtia ſua: alioqui nihil opus eſſet de peculio diſputatione. Igitur pater tenetur de peculio ex contractu filij, quia velut patrimonium eſt filij. ſi nihil aliud eſſet peculium quam ſubſtantia patris, non teneretur pater. arg. titu. Cod. ne filius pro patre. Alius eſt etiam effectus peculij de quo hic. *Non peculium eius ex conſtitutione D. Claudij ſeparatur.* Hic locus eſt inſignis, nec ſimilis eſt in iure Ciuili de peculio. Bona patris ſunt confiſcata: filius petit ſeparari peculium, ne vindicetur, fiſcoque applicetur: quæritur quid iuris? Si dicamus habendam eſſe rationem peculij, quaſi in patrimonio ſit patris, vindicabitur à fiſco. Si dicamus eſſe in patrimonio filij, ſeparabitur, ne vindicetur à fiſco. Et Vlpianus ait ſeparandum peculium à bonis patris, quaſi ſit in patrimonio filij, nec à fiſco eſſe vindicandum. Notanda ergo diſtinctio quæ hic traditur, cum quæritur an reſtitutio proſit patri. Difficultas incidit ex eo quod dicitur, ſi iuſſu patris contraxit, eum reſtitui poſſe: quæ naſcitur ex antinomia. l. cum mandatu. hic. & leg. tertia. §. ſed vtrum, quia hic ſi mandatu patris filius res adminiſtrauit, non habet beneficium reſtitutionis. at dicto §. ſed vtrum, inquit Iuriſconſultus, poſſe reſtitui filiumfamil. in integrum, licet pater non reſtituatur. hæc videntur pugnantia: ſed diuerſa ſunt magis, quam pugnantia, nã Iuriſconſultus in leg. 3. §. ſed vtrum. loquitur de filio qui ſe obligauit nomine ſuo, & qui rem ſuam geſſit iuſſu tamen patris: ſed lex. cum mandatu. loquitur de filio qui rem alienam geſſit, non ſuo, ſed patris nomine, & tanquam patris mandatarius. Cum igitur filius nomine patris adminiſtrat rem, non habet beneficium reſtitutionis, non magis quam ſi alterius nomine res adminiſtraſſet: verbi gratia, ſi aliquid vendidiſſet domini ſui nomine, & captus eſſet in venditione, non ei ſuccurreretur: nam magis domino, cuius res geſſit, quàm minori ſuccurreretur. Diligenter igitur verba leg. cũ mãdatu: expendenda, nam lex tert. §. ſed vtrum. loquitur de filio qui propriam rem geſſit iuſſu patris, at in dicta leg. cum mandatu. filius adminiſtrat res patris: ipſius mandatu, & aperte vna lex loquitur de iuſſu, altera de mandatu, inter quæ magna vtique eſt differentia leg. 1. quod iuſſu. mandatum enim ſemper rei alienæ eſt, vt dixi titu. de mandato. oportet rei alienæ mandatum ſemper eſſe, leg. 2. infr. mandati. Sed cum pater iubet filium negotium contrahere, non nomine eius, ſed ſuo iubet, non mandat: poteſt enim fieri vt iubeat pater & conſulat filio: ſed pater hoc caſu tenetur quod iuſſu: quia hoc viſum eſt æquum prætori. Videndum igitur eſt, an interſit minoris reſtitui. At cum procurator conſtitutus eſt minor, eius nõ intereſt reſtitui, ſed domini. Quoties autem intereſt minoris, forte quia impendit de ſuo in ea adminiſtratione, nec dominus eſt ſoluendo, poteſt reſtitui: nam ad hunc ſcopum omnia debemus referre, & hoc fuit Prætoris propoſitum, vt minoribus proſit, non maioribus.

AD TIT. XXIIII. LIB. II. COD. DE FIDEIVSSORIbus minorum.

Hic locus eſt valde obſcurus & difficilis: nam magna eſt iuris varietas in hac diſputatione de fideiuſſoribus minorum. In quibuſdam locis dicitur non ſubueniri fideiuſſori. leg. 1. & 2. hic. l. in cauſæ. ff. de minor. in aliis locis dicitur ſuccurri non tantum minori, ſed & fideiuſſoribus eius, veluti in l. minor. ff. de procurat. l. exceptiones. §. vlt. de except. & ſimilibus locis. Sequenda eſt autem diſtinctio, quam nunc traditurus ſum pro explicatione totius huius rei: & in primis dicendum eſt, ſi dolo malo ſit cootractus initus, fideiuſſori quoque ſuccurri debere: vt dicitur in l. ſecunda, hic. verum ſi dolo malo apparuerit contractum eſſe interpoſitum, ſuccurretur etiam fideiuſſori: vt ſicuti minor non condemnatur deceptus, ita nec eius fideiuſſor. Ratio ſumitur ex diuiſione exceptionum, quæ eſt in leg. exceptiones, ff. de exceptio. nam ibi ait Iuriſcõſult. quaſdam exceptiones eſſe rei, alias perſonarum. Exceptiones quę perſonæ cohærent, non egrediuntur perſonam: vt exceptio quam habet ſocius, vel maritus ne condemnentur in ſolidum, hæc exceptio non datur fideiuſſori mariti vt ſocij. Sunt quædam exceptiones rei, quæ non propter fauorem perſonæ competunt, ſed propter rem ipſam: vt eſt exceptio doli, iuriſiurandi, rei iudicatæ, pacti. Tractatur in eadem leg. exceptio: quæ datur minori circũſcripto, an ſit rei, an vero perſonæ. Si dolo ſit circũſcriptus minor, exceptio rei eſt: nam exceptio doli competeret ei, etſi minor nõ eſſet is qui circumſcriptus eſt, l. 1. de exceptionibus. Doli, quia competit propter rem & propter genus cauſæ. Sed ſi in re ſit circumſcriptus, ſine dolo aduerſarij, puta lubrico ætatis, datur ei exceptio. ſed ea exceptio cohæret perſonæ: non enim daretur alij qui minor eſſet: quia maior non reſtituitur in integrum, ſi ſine dolo malo circumſcriptus ſit, ſed minor reſtituitur, propter minoris ætatis fauorem. *Deceptus ſit in re.* ſic enim legendum eſt in dict. exceptiones. vt in Pandect. Florentin in aliis libris corrupta eſt lectio. Adducit Iuriſconſultus exemplum de minore, qui ſi in re ſit circumſcriptus, id eſt, ſi res ipſa habeat circumſcriptionem ſine dolo aduerſarij (quia ſic eſt intelligendum) tunc beneficium non competit fideiuſſori, nec egreditur minoris perſonam: huic conſentaneum eſt quod dicitur in hac leg. ſecund. Tunc enim exceptio quæ competit minori, perſonalis eſt: ſed cum realis eſt, fideiuſſori quoque competet, quia competeret alij quoque, qui minor non eſſet. Duo igitur notanda ſunt. Primom ſuccurrendum vtrique, & minori & fideiuſſori, cum dolo malo circumſcriptus eſt minor. Alterum cum eſt circumſcriptus in re tantum ſine dolo aduerſarij, tũc ita ſuccurritur minori, vt non ſubueniatur fideiuſſori eius. Hoc autem poſterius eſt accipiendum cum exceptione, niſi euidens æquitas ſuadeat, etiã fideiuſſori ſubueniendum. Æquum aliquando eſt vt nõ tantum minori, ſed & fideiuſſori eius ſuccurratur: qua de re euidens eſt diſtinctio Vlpiani, in leg. in cauſæ. 13. in princip. cum ait, *In cauſa cognitione verſatur*, id eſt, iudex debet animaduertere an æquitas ſuadeat. Vlpianus igitur ait, cauſæ cognitionẽ adhibẽdam, id eſt, arbitrio Prętoris æſtimandã, quatenus ſit reſtituendum quod cũ minore geſtum eſt, & ad quas perſonas reſtitutio pertineat, an tantum ad minorem, an ad alias quoque perſonas quæ pro eo obligatæ ſunt. Deinde addit, *Itaque ſi cum ſcirem, &c.* Cum quidam vellet mecum contrahere, quem ſciebam minorem, nec tutum eſſe cum eo contrahere, petiui fideiuſſorem ſecuritatis cauſa, fideiuſſor eſt adhibitus, vt mihi magis eſſet cautum, quam ſi cum ſolo minore contraxiſſam: non eſt æquum ſubueniri fideiuſſori, cum actum eſt diſerte, vt fideiuſſor cautionis meæ cauſa ſe obligaret, cum reum principalem ſcirem mioorem eſſe. *Sed potius ipſi erit deneganda*, id eſt, deneganda etiam erit fideiuſſori actio aduerſus minorem. Nam alias fideiuſſor habet actionem mandati aduerſus eum pro quo ſoluit: ſed hic non habet, neque de eo eſt dubitatio: ſed tota quæſtio eſt, an fideiuſſori quoque ſubueniatur. *In ſumma, &c.* Certum eſt neutri teneri minorem actione ex contractu, neque creditori, neque fideiuſſori: id eſt, non habet creditor actionem ex contractu, nec fideiuſſor mandati, ſed hoc fier cum damoo alterius vel creditoris vel fideiuſſoris. Ideoque in cauſæ cognitione verſatur vtri potius ſit ſuccurrendum. *In mandatore dicendum erit.* Mandator qui non ſimpliciter intercedit, ſed mandat vt negotiũ cum minore contrahatur. is vere intercedit: & ideo ei facilius denegatur reſtitutio quam fideiuſſori, qui ſimpliciter tantum intercedit. An igitur ſit idem dicendum de eo qui vltro fideiuſſit, vt quis contraheret cum minore, qui alias non fuiſſet contracturus? Illud, inquam, perpendendum erit Prætori. Hæc diſtinctio eſt obſeruanda. Et ſimile eſt apud Paulum, libr. 2. Sententiarum, titu. de minoribus. *Qui minori mandauit, vt negotia ſua agat, ex eius perſona in integrum reſtitui non poteſt.* Exemplum eſt l. ſi pupillus ff. de acquirend. hæreditat. Pupillus abſtinuit ſe hæreditate, reſtitutus eſt in integrum, quia ſe miſcuerat hæreditati, ſuccurritur ei, & etiam fideiuſſoribus, inquit Scęuola, ſi fideiuſſores dederit. Ratio eſt, quia in ea ſpecie id æquitas ſuadet, nec eſt magna captio eius contra quẽ reſtituitur. Sunt enim creditores hæreditarij, qui habent actionem aduerſus eos qui adituri ſunt hęreditatem: vnde facile in ea ſpecie adductus eſt Iuriſconſultus, vt reſponderet ſubueniri etiam fideiuſſoribus, non tantum minori. Cum hac diſtinctione accipienda eſt l. Marcellus. de fideiuſſoribus, de qua multa dixi titu. de verbo. obligat. l. is cui in bonis. Admonui eandem legem ex eodem loco deſumptam. Vlpian. enim interpretatus eſt edictum hoc de minoribus libr. 11. ad edictum. Coniungenda igitur eſt l. Marcellus, de fideiuſſorib. cum dict. l. in cauſæ. In eodem loco Vlpianus Marcelli ſententiam recitauerat, deinde ſuam adiecerat. Sic accipiẽda eſt l. ſi pupillus. de arbit. vbi Gaius loquitur ſatis generaliter, ſed id cum exceptione intelligendum eſt quæ hic traditur. Non poteſt peti pœna à pupillo. Quando autem pœna peti poſſit, à fideiuſſore cognoſcendum eſt ex diſtinctione à nobis tradita. Sic eſt intelligenda l. minor. ff. de procuratoribus. In qua dicitur minori & eius fideiuſſori ſuccurri, quod enim eadem diſtinctione eſt intelligendum. Itaque aliquando fideiuſſori minoris ſuccurritur, aliquando minori tantum, prout ratio ſeu æquitas id ſuadet, quam Prætoris eſt in hac cognitione examinare & ante oculos poſitam habere. Sed quæritur quî fieri poſſit vt conſiſtat obligatio fideiuſſoria ſine principali. Vulgare enim illud eſt, acceſſoriam obligationem non cõſiſtere ſine principali, l. cum principalis. infra de reg. iur. & tamen hic dicimus reſtituto minore nihilominus fideiuſſorem manere obligatum: quod illi regulæ videtur contrarium. Sed reſpondendum eſt, cum minor reſtituitur, ea reſtitutione non tolli obligationem ipſo iure: nullo enim Prætoris auxilio tollitur obligatio ciuilis, ſicut videmus pacto conuento obligationem non tolli ipſo iure, ſed ope exceptionis. §. præterea. de obligat. Inſti. Quamuis enim pacta valeãt per Prætoris tuitionem, tamen non tollunt obligationes, quæ valent ipſo iure, ſed exceptione prætoria eliduntur. Sic videmus in l. Iulianus, infra de condict. indebiti. dari exceptionem propter auctoritatem rerum iudicatarum: obligationem autem per ſententiam ipſo iure non tolli. Ideoque quod hic dicitur, eſt conſentaneum illi regulę, qua dicitur obligationem acceſſoriam

non

non conſiſtere ſine principali. Reſtitutionis enim auxilio ſuccurritur minori, ſed interim remanet principalis obligatio. Sequitur,

AD TIT. XXV. LIB. II. COD. SI TVTOR VEL CVRATOR interuenerit.

PRætoris edictum de minoribus reſtituendis ita eſt conceptum: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum erit, uti quaque res erit, animaduertam.* Quibus verbis Prætor pollicetur reſtitutionem in integrum, ſi quid cum minore vigintiquinque annis geſtum ſit. De tutore & curatore non loquitur Prętor: vnde dubitare potuit, an quid referat, ſi tutor vel curator interueniant in negotio quod cum minore geritur, an nihil referat eum non interuenire. Ad hunc locum pertinet hic titulus Codicis. animaduertendum eſt, ſi ſine tutore & curatore geſtum quid ſit cum minore, id nullum eſſe ipſo iure, ſecundum diſtinctionem l. ſi curatorem. ſupra de reſtit. in integr. Nam quod ad adultum attinet, diſtinguitur, an habeat curatorem, an non. Si contraxerit curatorem habens ſine ſui curatoris authoritate, ipſo iure nullus eſt contractus, vt non ſit opus reſtitutione: ſed ſi curatorem non habet, quia vel non petiit ſibi dari curatorem, vel quia inuito non datur curator, ratum eſt negotium, ſi contraxit: ſed ſi læſus ſit, reſtituitur. Hac diſtinctione vtimur in adulto, qui exceſſit decimumquartum annum: ſed in impubere nihil diſtinguimus, quia nihil eſt ipſo iure quod cum eo geritur. Cum agitur de re iudicata, nihil diſtinguimus, an tutorem vel curatorem habeat minor qui condemnatus eſt: ſed ſi captus ſit eo iudicio, ſiue tutor aut curator interuenerit, ſiue non, ſimpliciter dicimus iudicatum nullius eſſe momenti. l. acta. §. 1. de re iudic. l. vlt. ſi aduerſus rem iudica. Sed quid ſi non ſine tutore geſtum eſt, ſed tutore vel curatore interueniente? De hac re loquitur hic titulus. Alia hic ſunt obſeruanda. Primum quod tutoris vel curatoris interuentus non impedit reſtitutionem: vnde Prætoris verba generaliter accipimus: Si minor captus eſſe proponatur, ſemper reſtituitur, ſiue tutor vel curator interuenerit, ſiue non. Hoc colligitur ex omnibus legibus huius tituli, quæ ſunt exempla eiuſdem rei. Addendum, etſi idem & pater & tutor ſit. Si legitimus tutor filij ſit ipſe pater (plerunque enim fit, vt pater fiat tutor filij ſui legitimus, tit. de leg. tut.) nihilominus filius minor reſtituitur. Probabilis fuit dubitatio de hoc caſu, quia videtur paterna diligentia magis proſpectum eſſe filio, quam alterius cuiuſcunque tutoris: ſed tamen dicitur in l. etiam. in princ. ff. eod. reſtitutioni nihilominus locum eſſe. Sed & ſi bona fide omnia geſſerit tutor vel curator, & nihil dolo admiſſum eſt, adhuc reſtitutio locum haber. l. tutor. ff. eo. Exempli gratia: Tutor bona fide vrgentibus creditoribus rem quandam minoris vendidit, denuntiante tamē matre emptoribus. Ait Iuriſconſultus bonáne fide geſſerit, an non, nihil ad rem pertinet: quia ſufficit minorem captum eſſe: non enim quærimus an dolo aduerſarij, vel tutoris captus ſit, quia facilitate ætatis ſufficit eū captum eſſe. l. non omnia. 44 eod. Simile eſt exemplum in l. verum. §. ſciendum. eod. de quo alibi diximus. Præterea nihil refert, an in iudicio, an extra iudicium aliquid geſtū ſit cum minore, vt reſtituatur. l. 2. hic. Quinimo nihil intereſt, an cum minore ipſo quid geſtum ſit, accedente tutoris auctoritate vel curatoris, an cum ipſo tutore vel curatore ſiue minore. Aliquando cum ipſo minore negotium geritur: & hoc vſitatum eſt, cum infans non eſt: quamuis adhuc adultus fortaſſis non ſit. Sed quod ad reſtitutionem, nihil refert, an cum tutore vel curatore geſtum ſit aliquid, an ſine tutore vel curatore. l. etiam. ff. eod. idem in l. vltim. hic. Hoc igitur locum habet ſiue ipſe tutor vel curator negotiū contraxerit, ſiue ipſe minor, de quo tamē potuit dubitari antequam id receptum eſſet: quia edictum loquitur de eo quod non cum tutore vel curatore geſtum eſt, ſed de eo quod cum ipſo minore: nam quod cum tutore vel curatore geſtum eſt, ſatis intelligitur cum minore geſtum eſſe. Inde ita interpretantur Iuriſconſulti edictum Prætoris generaliter, vt ad tutorem, curatoremque pertineat. Hoc tamen eſt intelligendum cum tutor vel curator contraxit nomine pupilli ſui, vel minoris, non autem cum nomine proprio, vt ſi obligationem in perſonam ſuam tranſtulerit: tunc enim non tenetur minor, nec opus eſt reſtitutione. l. 4. hic. quia nulla competit actio aduerſus minorem eo nomine, ſed tantum tenetur curator vel tutor, perinde ac ſi neque tutor vel curator eſſet. Idem de procuratore ſcriptum eſt l. procurator qui pro euictione. ſupra de procuratoribus. vt teneatur ipſe in iis quæ ſuo nomine geſſit, non dominus. Sed et tamen his, ob quæ iam diximus minorem poſſe reſtitui, cum quo contractum eſt, quamuis tutoris, vel curatoris interuenerit authoritas, addi exceptio, reſtitutioni locum non eſſe, cum debitor pecuniam minori ſoluit, tutoris interuentu, vel ſine tutore, auctoritate tamen Prætoris. l. ait Prætor. §. primo. ff. eod. l. ſancimus. Cod. de adminiſtrat. tuto. vbi dicitur ſecurus eſſe, & tutus is qui ſoluit pupillo, vel tutore interueniente, vel iudicis auctoritate, ſine tutore. Sed quomodo id ſit accipiendum docebimus infra tit. ſi aduer. ſolutio. Obiicitur l. cum mādatu. 25. ad fin. verſ. ſi autem. ff eo. Minor procuratorem dedit: procurator deceptus eſt in negotio contrahendo: quæritur an minor poſſit reſtitui? Actionem quidem habet aduerſus procuratorem: ſed an nihilominus poſſit reſtitui? Et Iuriſconſultus ait non poſſe, ſi à procuratore res ſeruari poſſit, alias, ſi procurator ſoluendo non ſit, reſtitui. Et tamen dicimus, ſi vel tutor vel curator interuenerit, nihilominus reſtitui minorem, quamuis ei actio alia detur. Hæc videntur inter ſe pugnantia, ſed tamen nihil eſt facilius quam reſpondere, quod hic dicimus, ad tutorem & curatorem pertinere, & l. cū mandatu, ad procuratorem. Diuerſa hæc eſſe certum eſt, ſed diuerſitatis ratio eſt ſubobſcura. Hic maxime animaduertant, qui dicunt nos grammaticos agere, imbuti & faſcinati præſtigiatorum ineptiis. Ego conſidero multum intereſſe inter tutorem ſiue curatorem, qui datur pupillo, ſiue adulto, & procuratorem, quamuis vterque adminiſtrationem habeant. Facile eſt obſeruare apud Iureconſultos, quod geritur à tutore, vel curatore, multo facilius à minore geſtum eſſe intelligi, quam credatur quod à procuratore geſtum eſt, à domino geſtum eſſe. Ergo maior eſt auctoritas tutoris & curatoris quā procuratoris. Id vno exemplo oſtendi poteſt quod ſatisfacere poterit. ex l. eum qui. §. Iulianus. & §. ſequen. de conſtitut. pecu. & aliis locis ſimilibus de quibus dixi in l. ſtipulatio iſta §. alteri. de verb. oblig. Diximus actionem non acquiri domino per procuratorem. Si enim mandaui procuratori, vt aliquid nomine meo emeret, nulla mihi acquiritur obligatio, ſed datur mihi actio mandati, vt cedat mihi actionem quæſitam. l. poſſeſſio quoque. ff. de acqui. poſſ. Et tamen aliud in tutore & curatore eſt conſtitutum. Acquiritur enim pupillo actio ex tutoris contractu directo, ſine vlla ceſſione: & nos intelligimus negotium quod geritur à tutore & curatore, quaſi à minore geſtum eſſe: non idem de procuratore dicimus. Sic ergo & habete. Cum quæritur de reſtitutione, an minor debeat reſtitui, dicimus, ſiue ſit cum tutoris auctoritate, ſiue ſine tutore contractum, ſemper debere eum reſtitui. Non autem idem dicimus, ſi quid geſſerit procurator minoris, vt in d. l. cum mandatu. Sed ſi ſoluendo procurator non ſit, tunc demum minorem

reſtitui dicendum eſt, alias non. In quæſtione igitur propoſita hoc titulo, ſi tutor vel curator interuenerit, tria notanda ſunt. Primum eſt expeditum, ſcilicet non impediri reſtitutionem, etſi interuenerit tutor vel curator. Secundum eſt, dari actionem tutelæ, vel negotiorum geſtorum aduerſus tutorem, vel curatorem, ſi interuenerit tutor vel curator, & eius arguatur culpa. Sic videtis hoc iudicium concurrere cum alia actione, quod in l.1. hic notat. Concurrit enim reſtitutio in integrum aduerſus eum cum quo contractum eſt, & actio tutelæ aduerſus tutorem vel curatorem, ſi minor læſus ſit. Et ait Imperator vtilem eſſe plerunque actionem hanc tutelæ: quia deficit aliquando reſtitutionis beneficium: nam conſtitutum eſt legitimum tempus, intra quod ea reſtitutio peti debeat, ſcilicet quadriennium, vt poſtea dicemus, quo elapſo non poteſt reſtitui. Et tamen poteſt minor agere actione tutelæ, cum actio tutelæ finiatur, longiſſimo tantum tempore: ſed hoc ita ſi culpa tutoris vel curatoris ſit læſus. Nam ſi captus ſit minor ſine culpa tutoris vel curatoris, poteſt quidem reſtitui, ſed non habet actionem tutelæ. Eodem pertinet l.etiam.3. ff. de mino. & l.vltim. hic. Tertium quod hic obſeruandum eſt, electionem minori eſſe, intra legitimum reſtitutionis tempus vtro auxilio malit vti, nec electione vnius ſibi præiudicabit. l.vltim. hic. Ecce minor culpa tutoris vel curatoris circumſcriptus eſt, & cum videret ſe horum auxiliorum electionem habere, elegit actionem tutelæ: agit aduerſus tutorem, nihilque poteſt obtinere: ideoque altero auxilio vult vti. Quæritur an poſſit? & ait Imp. poſſe eum vti vtroque, nec electione vnius ſibi præiudicare. Sed hic oritur quæſtio & difficultas l.in cauſæ.16.in princip. Barbari enim doctores & præſtigiatores hæc obiicere ſolent, Remedium extraordinarium nō poteſt concurrere cum ordinario: ergo nec actio tutelæ cum reſtitutione in integrum. Hæ ſunt illorum argutiæ: nulli tamen ex magnificis illis doctoribus, qui Brocardica tractant, hæc diſſoluere poſſunt, ſed dicunt, remedium ordinarium nūquam cum extraordinario concurrere, quod tamen eſt falſiſſimum. Iuris auctores non fruſtra admonuerunt omnem diffinitionem eſſe periculoſam in iure: illi non poſſunt ſe extricare: & tamen nihil eſt facilius, his intellectis quæ diximus ſupra in explicatione l.in cauſæ. 16. Cum contractus nullus eſt, ceſſat reſtitutio in integrum, cum minor ipſo iure munitus ſit. Ratio eſt perſpicua ex his quæ adduximus. Cum enim reſtituere, ſit in integrum ſtatum reſtituere: ineptum eſſet in ſtatum priſtinum & veterem reſtituere, quod ſemper eundem ſtatum obtinuit, quod idem ius ipſum ciuile obtinuit: plerunque enim quod cum minore contrahitur, nihil valet, ideoque tunc ceſſat reſtitutio in integrum, non quod concurrat cum aliis ordinariis remediis reſtitutio in integrum, vt patet ex l.in cauſæ. §. Pomponius, ff. de minoribus, de condictione ſine cauſa & reſtitutione concurrentibus. Condictio enim minori dicitur competere, & tamen reſtituitur in integrum, ſed id locum habet cum id quod geſtum eſt cum minore, valet ipſo iure. etſi enim tunc reſtituatur in integrum minor propter æquitatem: datur tamen etiam condictio ad repetendum quod dedit, etſi ipſo iure valet quod datum eſt, ſicut in reſtitutione diximus. Ergo etiam hoc loco vtroque remedio vtetur, nam etſi remedium reſtitutionis implorare poſſit minor, cum culpa tutoris circumſcriptus eſt: ſi tamen contractus valebat, prodeſt etiam actio tutelæ, & vna electa, altera non tollitur. Hæc diſtinctio notanda eſt pro præſtigiatorum ſomniis. Hic alia difficultas occurrit, ex l. properandum. §. vlt. Cod. de iudic. vbi ſi lis cū minore mota protracta fuerit vltra triennium, tutorum deſidia in pecuniaria cauſa, quo caſu lis perit, dari actionem eo nomine aduerſus tutorem, ait Imp. nec tamen reſtitui minorem, niſi in ſubſidium, puta ſi ſoluendo non ſit tutor. Videtis concurſum hic non admitti, nec electionem habere minorem inſtituendæ actionis tutelæ, vel reſtitutionis in integrum. Sed hæc cum exceptione ſunt intelligenda, quæ enim dicuntur in d.l. properandum. §. vlti. propter vtilitatem ita conſtituta ſunt, vt lites finiantur, ad quem ſcopum tota conſtitutio l. properandum, eſt conferenda, & vt fraudibus eorum occurratur qui lites immortales faciunt. Ideoque ſi curatorum vel tutorum culpa lis vltra tempus legitimum protracta perierit, omne damnum ad tutores & curatores pertinet, nec datur reſtitutio in integrum propter authoritatem iudiciorum, & litium minuendarum, & finiendarum cauſa. Et ſimile eſt quod diximus l. arbitrio §. dolo. de dolo malo. Si dolo alicuius factum eſt vt lis alicuius pereat, datur de dolo actio, non vt lis reſtituatur in integrum, ſed vt id quod intereſt ſoluatur. Atque ita hæc ſunt intelligenda, vt patet ex d. §. vlt. d.l. properandum. C. de iudiciis.

Explicatio l.in cauſa. 2. §. Pomponius. ff. de minor.

Explicatio §. vlt. l. properandum. C. de iudic.

AD TIT. XXVI. LIB. II. COD. SI IN COMMVNI EADEMQVE CAVSA IN INTEGRVM RESTITVTIO POSTVLETVR.

QVæſtio hic tractatur ad edictum etiam prætoris pertinens, quæ & ex eodem edicto naſcitur. Prætor ait, *Quod cum minore 25. annis geſtum erit, vti quæque res erit animaduertam.* Et ex hoc enim edicto naſcitur quæſtio ad interpretationem eiuſdem pertinens, Si quis communem cauſam habeat cum minore, & minor reſtitutionem poſtulet à Prætore, an ea reſtitutio proſit maiori communem cauſam habenti cum minore. Propter communionem quam habet maior cum minore, videtur reſtitutioni locus non eſſe, & hanc ipſi maiori prodeſſe. Sed certum eſt maiorem reſtitui non poſſe. Ideoque ait Imperator, maiori nihil prodeſſe reſtitutionem minoris. l. vni. hic. Quædam mulier minor tranſactionem fecit de re quam cum fratre communem habebat, ipſo fratre abſente, à ſorore, deinde frater comprobauit & ratum habuit quod geſtum fuit, quamuis non contraxiſſet, perinde habenda eſt ea tranſactio, ac ſi ipſe tranſegiſſet. nam qui ratam habet tranſactionem vel alienationem ab alio, eius nomine factam, is videtur alienare. Illa mulier poſtea petiit reſtitui in integrum, quæritur an illa reſtitutio proſit fratri, qui ratam habuit, cum maior viginti quinque annis eſſet? Imperator hic reſpondet non prodeſſe. Hoc reſcripto Diocletianus ſequutus eſt edictum Prætoris de minoribus, quod edictum ita interpretatus eſt, quaſi prætor polliceatur reſtitutionem de eo quod cum minore geſtum erit, non quod cum maiore. Hic incidunt aliquæ difficultates. Primum quod ait, fratres ratum habuiſſe, quod geſtum fuit, & illam ratihabitionem his fratribus nocere. Mirum enim videtur quibuſdam, quod hic dicitur, ratihabitione confirmari quod ſine mandato geſtum eſt. Tranſegerat quidē ſoror, ſed fratres nec mandauerant, nec ratam habuerant tranſactionem, niſi poſt vigintiquinque annos. Brocardici ita argumentantur: Ratum haberi non poteſt, quod noſtro nomine geſtum non eſt: hic fratres dicuntur ratum habuiſſe quod illorum nomine geſtum nō fuit: igitur ratihabitio hic nulla eſſe potuit. Probant maiorem ex l. ſi pupilli. §. ſed ſi ego. ſuprà de nego. geſtis. Minorem autem diuinant, cum aiunt, hic nihil fuiſſe geſtum à ſorore nomine fratrum. Nam nulla fit mentio huius rei, nomine fratrum negotium geſſerit ſoror necne. His præſtigiis omnia ſolent inuoluere, nec intelligunt aliam eſſe rationem interpretandi leges & conſtitutiones generales, quàm Imperatorum reſcripta. Hoc autem caput reſcriptum

eſt ab

eſt ab Imperatore. Libellus enim fuerat illi oblatus, cui reſpondendo ſubſcripſit. Hoc igitur reſcriptum fuit perſonale. Scio hæc reſcripta iam habere auctoritatem conſtitutionis, & legum: ſed tamen in ratione interpretandi multum differunt. In conſtitutionibus ponderamus omnia verba, in reſcriptis non ita: quia in libello fortaſſis omnia plenius erant deſcripta. Reſcripta principum olim non ita concipiebantur vt hodie, vbi planè omnia deſcribuntur, ſed ſimilia erant expeditionibus requeſtarum atque ſupplicationum in curia Parlamenti. Igitur debemus intelligere hic ita fratrum conſenſum interueniſſe, vt rectè confirmarint contractum à ſorore initum: de eo non fuit dubitatum, nec etiam difficultas in eo verſatur, an fratres ratum habere potuerint, necne, ſed in eo potius, an reſtitutio ſororis profit fratribus, quibus ea res communis erat cum ſorore. Neque vſquequaque verum eſt quod iſti dicunt, ratihabitionem fieri non poſſe eius quod noſtro nomine geſtum non fuit: cum plerunque ratihabitio noceat ei qui ratum habuit, quod ab initio in eius præiudicium factum fuit. l. ſi fundus. §. 1. de pignorib. Alia difficultas eſt ex l. ſi communem. infrà quemad. ſeruit. amit. Ego & pupillus communem fundum habemus. Illi fundo ſeruitus debetur, quæ quidem ſeruitus amittitur tempore non vtendo, niſi pupillo debeatur: quia longiori tempore opus eſt in rebus pupilli vſucapiendis. l. bonæ fidei. infrà de acquir. rerum dominio. Si ambo non fuimus vſi tempore legitimo ea ſeruitute, pupillo quidem ſuccurritur, ſed an & mihi? Iauolenus ait dict. l. ſi communem. & mihi & pupillo ſuccurri: & tamen hic dicitur beneficium ætatis quod ſorori competit fratri maiori non poſſe patrocinari. Sed hæc diſſimilia ſunt potius quàm pugnantia, nam l. ſi communem. loquitur de ſeruitute, quæ non recipit diuiſionem, excepto vſufructu, l. ſtipulationes non diuiduntur. infrà de verbor. oblig. quo caſu vulgò receptum eſt propter minorem maiori quoque ſuccurri, quia cauſa indiuidua eſt, & ſic d. l. ſi communem. intelligenda eſt. Aliud eſt, cum loquimur de re communi, quæ diuiſionem recipit, vt hic. & ſic hæc ſolutio facilis eſt. Alia difficultas naſcitur ex l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. appel. l. ſi qui ſeparatim. §. 1. infrà de appellat. Si vnus ex pluribus appellauerit, qui communem cauſam habeant, & lata ſit ſententia pro eo qui appellarit, & victoria eius qui appellauit, alteri prodeſt qui non appellauit. ſi enim vno appellante & vincente, eius victoria prodeſt alteri non appellanti, cur nō idem de reſtitutione dicemus? nónne eſt eadem ratio appellationis & reſtitutionis? in d. l. 2. Cod. ſi vnus ex plurib. apertè not. reſtitutionem ab appellatione differre: ſed rationem diuerſitatis non docet Iuriſconſul. Magnifici doctores noſtri, qui ſubtiles volunt haberi, cum nihil minùs quàm ſubtiles ſint, oſtendunt hic ſe planè hebetes & ſtupidos eſſe. Dicam quod ſentio de ratione diuerſitatis, ſed ante omnia animaduertendum eſt, quod in dict. l. 1. ſi vnus ex plurib. dicitur, quódque eſt expreſſum in dict. l. ſi quis ſeparatim. §. vltim. infrà de appel. Si vnus ex pluribus appellauit, qui vna ſententia damnati ſunt, victoria vnius prodeſt alteri, ſcilicet ſi vna & eadem cauſa fuerit defenſionis. poteſt enim eſſe diuerſa cauſa defenſionis. Ergo nòn ait Iuriſconſul. ſimpliciter prodeſſe victoriam vnius alteri, ſed tunc demum ſi vna eadémque cauſa ſit defenſionis. At ſi de reſtitutione loquaris, itémque de appellatione, videbis diuerſam eſſe cauſam vtriuſque. In primis vnam & eandem cauſam intelligo, cum inter cauſam vnius & alterius nihil intereſt, niſi quòd vnus appellat, alter non, quamuis alter appellare non potuiſſet. In reſtitutione idem non poteſt dici: vnus enim poteſt reſtitui, alter non. Hic igitur diſparitas eſt: quia minor quidem poteſt reſtitui, maior autem nequaquam poteſt, etiam ſi vellet. Cum autem dicimus vnam eandémque cauſam eſſe vtriuſque in appellatione, ita intelligimus, vt etſi vnus appellarit, non tamen alter potuerit appellare, & ſic videtis magnam diſſimilitudinem inter appellationem & reſtitutionem. Diſſimilitudines rerum noſſe difficillimum eſt, auctore Platone. Hæc igitur videntur ſimilia eſſe, ſed non ſunt: nam vt ſimilia eſſent, dicendum eſſet, vt diximus, vtrunque poſſe reſtitui, etſi vnus tantùm petiiſſet reſtitui, alter non. ſicque, vt opinor, idem ius ſeruandum eſſe quod in altero appellantium.

Explicatio l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plur. appel.

IN TIT. XXVII. LIB. II. COD.

SI ADVERSVS REM IVDICATAM, *reſtitutio poſtuletur.*

Hic locus de re iudicata pertinet ad edictum prætoris, cuius verba ſunt in l. ait prætor. 7. ad quod omnia referenda dixi quæcunque hìc tractantur de reſtitutionibus. Ait Prætor, *Quod cum minore geſtum eſſe dicetur, vti quæque res erit, animaduertam.* Cum ait Prætor, geſtum eſſe dicetur, probabiliter dubitari poterat, an id iudicatum quoque pertineat, & ſi iudicatum ſit contra minorem, an reſtitui debeat. De contractibus nulla eſt dubitatio: de iudicio probabilior fuit dubitatio, an reſtituatur ex hoc edicto minor in iudicio læſus & circumuentus, quia publicè intereſt res iudicatas non facilè reſcindi, cum ſtatus reipublicæ rebus iudicatis maximè contineatur, vt ait Cicero in oratione pro Sylla. Sed Iureconſulti ita interpretantur verba edicti, quaſi nihil referat, an in iudicio an extra iudicium quid cum minore geſtum eſſe dicatur, vt diximus in interpretatione verborum, *Geſtum eſſe dicetur.* Et de iudiciis loquitur Vlpianus in interpretatione illorum verborum l. ait prætor. §. ſed & in iudiciis. vt ſiue actor ſit minor, ſiue reus in iudicio, & captus ſit, ei ſubueniatur. Ex edicto ergo prætoris hoc annotandum eſt, & veluti pro regula conſtituendum, minorem reſtitui poſſe aduerſus rem iudicatam. Sed duo ſunt neceſſaria ad hanc reſtitutionem, In primis oportet minorem captum eſſe, vel circumſcriptum, alioqui non reſtituitur. Non enim ſufficit ætatem allegare, ſed eum circumſcriptum fuiſſe oportet. l. verū. §. ſciēdū eſt autē. l. non omnia. & l. quòd ſi minor. §. 1. ff. de minor. Exemplum circumſcriptionis eſt, ſi forte allegationem aliquā omiſerit in iudicio, id eſt aliquas exceptiones, dilatorias aut peremptorias. l. l. minor. 36. Allegationis verbum pertinet ad omnem exceptionem, ſiue dilatoriam, ſiue peremptoriam. Similis locus eſt in l. minor autem. 18. §. 1. vt ſi quid quod pro cauſa faceret, omiſſum ſit in iudicio reſtituatur minor. Et hæc obſeruare debent hi qui in foro ſunt verſaturi, vt ſciant quomodo diplomata ſint concipienda, vt inferatur captum eſſe minorem, quia omiſerit exceptionem aliquam vel allegationem. Alterum neceſſarium ad hanc reſtitutionem eſt, quòd minor defenſus ſit in iudicio contra quod vult reſtitui. Nam ſi defenſus non ſit, ceſſat reſtitutio, quia ſententia ipſo iure nulla eſt. vt dicitur in l. pen. hîc. Cum igitur ſententia lata eſſe dicitur aduerſus minorem, videndum eſt, an ſit defenſus à tutore vel curatore, quia ſi defenſus non ſit, reſtitutio nō poteſt locum habere, vt docui in l. in cauſæ. 1. ff. de minoribus. Cum enim ipſo iure non valet quod actum eſt, reſtitutio non habet locum: quia oportet aliquid accidiſſe quod in priſtinum ſtatum ſit reponendum. Simile eſt quod dicitur in l. acta. §. vlti. infrà de re iudic. l. contra pupillum. eod. Diſtinctio autem de qua diximus in l. 3. C. de reſtitut. in integ. hîc locum non habet. Cum enim loquimur de contractu inito cum minore, quærimus an is contractus valeat: quia vt reſtitutio habeat locum, videndum eſt, an habuerit curatorem, an non, vt ſi contraxerit ſine curatore, cum habe-

ſet curatorem, nullius momenti ſit quod geſtum eſt: ſi verò curator ei datus non ſit, valeat quod cum minore geſtum eſt, ſed tamen reſtituatur. At in iudicio aliud eſt, nam ſi aduerſus minorem iudicatum ſit, ſimpliciter ipſo iure non valet iudicatum, modò defenſus non fuerit, ſiue curatorem habuerit minor, ſiue non: quòd ſi defenſus fuerit, valet quidem ſententia ipſo iure, ſed tamen minor captus reſtituitur. Ratio diuerſitatis non eſt valde obſcura. Nam quoties ſententia fertur contra receptum ordinem iudiciorum, non valet. l. prolatam. C. de ſenten. & interlocut. At hoc eſt neceſſarium in ordine iudiciario, vt ſi contra minorem agatur, adſit eius tutor, vel curator, dict. leg. acta de re iudic. & eſt tit. C. lib. 3. qui legit. perſonam ſtandi in iudicio hab. Minor nō eſt perſona legitima, ex qua poſſit iudicium conſiſtere. Ideo mirum non eſt ſi dicatur ſententiam nullam eſſe ipſo iure, ſi minor in iudicio non defendatur. Sed hodie in Gallia moribus noſtris ſententia ipſo iure valet, & opus eſt appellatione vel reſtitutione. Vulgo enim dicitur, viam nullitatis contra ſententiam locum non habere. Illis igitur duobus concurrentibus minor reſtituitur contra rem iudicatam, ſed videndum eſt, quomodo id accipiendum ſit. Multæ enim quæſtiones naſcuntur, tam circa perſonam minoris, quàm circa rationem & cauſam reſtitutionis. Nam circa rationem reſtituendi in integrum in primis quærimus, cum iudicium momentaneum non ſit, & iudicio factum dicatur, quicquid accidit ex quo lis conteſtata eſt, quid dicendum ſit, ſi minor ſit tempore iudicij cœpti, maior tamen factus ſit tempore ſententiæ aduerſus eum latæ, an eum reſtituendum eſſe dicamus aduerſus ſententiam. Quæſtio naſcitur ex verbis l. 1. in qua ſatis oſtendit Imper. ſpectandum eſſe tempus iudicij accepti, vt ſi tempore ſententię maior ſit, reſtitui nō poſſit. Et apertius idem dicitur in l. 3. ff. eod. vbi additur exceptio, reſtitutionem quidem non competere, niſi protractum ſit tempus dolo aduerſarij. Sed de hoc plenius dicemus tit. ſi maior factus, &c. Inde etiam quæritur: Quid ſi tutor ipſe damnatus ſit ſententia iudicis, & minor velit reſtitui, an audiendus ſit. Quæſtio naſcitur ex edicto Prætoris: *Quod cum minore geſtum eſſe dicetur.* His enim verbis oſtendit Prætor, ita demum edicto locum eſſe ſi aduerſus minorem ſit iudicatum. Reſpondet huic quæſtioni Imperator Diocletianus l. vlt. hic. vbi nihil referre ait, an ſit iudicatum aduerſus minorem, an aduerſus tutorem vel curatorem, modò iudicatum ſit in cauſa minoris, id eſt, modò tutores vel curatores adulti, vel pupilli nomine ſint condemnati, cùm de re pupillorum ageretur. Nam quod cum tutore vel curatore geritur nomine pupilli vel adulti, cum pupillo vel adulto geſtum eſſe dicitur iuris interpretatione. l. eum qui. §. vltim. infra de conſtit. pecu. & hoc intereſt inter tutorem & procuratorem minoris, vt videri poteſt ex l. cum mandatu. ff. de minor. datur igitur reſtitutio ex verbis edicti, cùm ſententia lata eſt aduerſus tutorem vel curatorem, ſi nomine pupilli vel adulti condemnatus fuerit tutor, vel curator. Sed ſi tutor nomine proprio ſit cōdemnatus, aliud dicendum erit. l. ſi creditor. C. ſi tutor vel curat. Deinde id confirmatur alia ratione, quia tametſi in cauſa pupilli ſententia in tutorem & curatorem fertur, non aduerſus pupillum, ſicut de procuratore dicitur. l. 1. C. de ſenten. & interloc. tamen executio fit aduerſus minorem, cuius nomine ſunt condemnati. l. 4. de re iudic. Eadem ratione ſi aduerſus procuratorem ſit lata ſententia, datur executio contra dominum, niſi ipſe procurator ſe liti obtulerit, inquit d. l. 4. id eſt, niſi vltro voluerit ſuſcipere litem alieno nomine, l. eum qui. 46. de minorib. *Qui ex ſua voluntate defendit*, hoc eſt quod dicitur l. 4. de re iud. qui ſe liti obtulit. Cùm igitur aduerſus minorem lis moueretur, quidam ſe liti obtulit, & damnatus eſt: vult reſtitui: non reſtitueretur, inquit Iuriſconſultus, quia maior eſt. Nec minor ipſe reſtitueretur, ſi vellet, cùm eius non interſit, nec vllo afficiatur damno ex eo quòd damnatus eſt is qui ſe liti pro eo obtulit. Alia quæſtio eſt, ſi lata ſit ſententia aduerſus minorem pro patre in cauſa patriæ poteſtatis, cùm filius diceret ſe eſſe ſui iuris, pater autem eum vindicaret, & filius ſit damnatus, idemque minor, quæritur an aduerſus patrem poſſit reſtitui, & an generaliter verba edicti accipiemus, vt in quacunque re iudicatum ſit, reſtitutioni ſit locus, de quo potuit dubitari. Non enim eſt credendum eum captum eſſe, qui negotium cum patre geſſit. Reſpondet quæſtioni Imperator Gord. l. 2. hîc. *Is qui prouinciam regit, in impertienda cognitione ſuas partes ſecundum leges exhibebit.* Quibus verbis ſignificat minorem reſtitui poſſe in integrum aduerſus patrem, qui dicebat eum non eſſe emancipatum, filius contrà. Et has partes attribuit Proconſuli prouinciæ, qui quāuis non eſſet magiſtratus, nec iudicare ſoleret, ſed iudicia dare, tamen de huiuſmodi cauſis cognoſcebat contra ordinem, tit. de extraord. cognit. Cùm igitur pater vindicabat filium ex iure Romano, erat cognitio extraordinaria Prætoris Romæ, Proconſulis verò in prouincia. Mentio huius extraordinariæ cognitionis eſt ſub tit. de extraord. cognit. Proconſul igitur eſt qui prouinciam regit. Meminit autem hîc Proconſulis, quia hoc acciderat in prouincia, in qua eadem poteſtas erat Proconſulis, quæ erat Prætoris Romæ, ideo mirum non eſt, ſi de ea re Proconſul cognouerit. Quare hîc nugatur Accurſius. Opponitur l. vlt. C. qui & aduer. quos in integ. reſtitu. In hac conſtitutione Imperator refert apud veteres dubitatum fuiſſe, an filius contra patrem reſtitui poſſit: & decidit reſtitui non poſſe: hîc autem dicimus reſtitui filium. Sed apparet ex verbis eius conſtitutionis, voluiſſe Iuſtinianum derogare iuri antiquo, cum apud veteres dubitatum ait. Eſt enim illa conſtitutio vna ex quinquaginta deciſionibus, quæ ſunt editæ poſt repetitionem Codicis, nempe Coſſ. Lampadio & Oreſte Io hac autem pro *Pondere*, fortaſſe melius legeretur *Pudore*. Poſterior veterum opinio probabilior fuit. Dicebant enim, videndum ex qua cauſa petat filius reſtitui, vtrum dicat ſe eſſe deceptum, vel fraude patris captum, vt hoc caſu repellatur à petitione reſtitutionis, an verò ſimplicitate ſua captum, vt admittatur. hæc enim opinio veri ſpeciem habet: & tamen ea reiicitur à Iuſtiniano, qui ſimpliciter ait, denegandam eſſe reſtitutionem. Imp. tamen in d. l. 2. videtur ſecutus eam ſententiam. Nam non ait reſtituendum eſſe minorem aduerſus parentes, ſed ait videndum à Præſide prouinciæ, an ſit iuſta cauſa reſtituendi, vt ſi filius obiiciat patri fraudem, non audiatur: ſi ſuam ſimplicitatem, audiatur. Sed vtcunque ſit, manifeſtum eſt ex Iuſtiniani noua conſtitutione, emendatum eſſe ius antiquum: nec ideo fatemur aliquid contrarium eſſe in libris noſtris, quia id dicimus de his: qui eodem tempore editi ſunt. Sed qui non norunt hiſtorias Romanas, has conſtitutiones non poſſunt ſecernere ab aliis. Alia quæſtio eſt, ſi damnatus ſit minor abſens indicta cauſa, vel per contumaciam, an ſit reſtituendus in integrum. hæc quæſtio naſcitur ex his quæ diximus: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſſe dicetur.* Cum minor lite accepta damnatus eſt, maximè ei verba prætoris conueniunt. Nā qui iudicium accipit, dicitur velut contrahere. l. 9. in fi. infrà de pecul. Sed cum non iudicium accipit, ſed abſens damnatur contumax indicta cauſa, vix poteſt dici quicquam cum eo geſtum eſſe. Sed Iureconſulti noſtri eo vſque producunt verba edicti Prætoris, vt ad eum quoque pertinere velint qui contumax abſens ſit condemnatus, l. minor. 8. & l. ait Prætor. §. vlti. ff. de minorib. in quo ait Iuriſconſ. etiam modicij præſtari reſtaura-

Sententia contra receptum iudiciorum ordinem lata non valet.

Quæ fuit ratio Prætoris Romæ, eadē fuit Proconſulis in prouincia.

Expoſitio l. vlt. qui & aduerſus quos.

tionem

tionem omnis ætatis hominibus ex iuſta cauſa. Eremodicium autem eſt, cum abſens condemnatur vt præſens, quia copiam ſui non facit in iudicio, & dicitur quaſi ἐρήμου δίκη, id eſt deſertum iudicium ob abſentiam & contumaciam, l. properandum. C. de iudic. & l. cum quærebatur. iudic. ſolui. Sed hæc omitto, ne nimium videar eſſe Grammaticus. Hic alia eſt quæſtio. Sententia lata aduerſus minorem abſentem, & veluti contumacem reſcinditur per reſtitutionem in integrum. Hoc videtur pugnare cum his quæ diximus: videlicet tunc non eſſe locum reſtitutioni quæ extraordinaria eſt, cùm ſententia ipſo iure nulla eſt, l. contra pupillum. infrà de re iudic. Contra minores enim edictum peremptorium propoſitum, ipſo iure nullum eſt: de qua ratione procedendi aduerſus abſentes diximus, l. ad peremptorium. infrà de iudic. Si ergo nullius momenti eſt aduerſus minorem edictum peremptorium, quid opus eſt reſtitutione? Sed hic animaduertendum eſt, impetrari reſtitutionem, quòd defenſus fuerit minor: nam tametſi fuit abſens, potuit vocari vel tutor, vel curator iudicium pro ea accipere. non igitur poteſt dici indefenſus condemnatus. Alia eſt quæſtio de minore, qui condemnatus eſt à ſupremo magiſtratu à quo appellare non licet, an poſſit reſtitui in integrum: veluti ſi à præfecto prætorio ſit condemnatus, vel is iudicauerit, qui vice Principis fungitur, qui ſacer cognitor dicitur. Et certum eſt minorem poſſe reſtitui. l. 3. hic. Duo autem notanda ſunt ex hoc capite: vnum, aduerſus ſententiam eius qui vice principis iudicauit reſtitutionem impetrari poſſe propter beneficium ætatis: alterum, aduerſus hanc ſententiam reſtitui poſſe minorem, ſed reſtitutionem à ſolo principe concedi poſſe. Simile eſt in l. præfecti. ff. de minor. Dubitandum igitur non eſt, quin reſtitutio impetrari poſſit aduerſus horum magiſtratuum ſentẽtiam, quamuis hoc rarius fiat. Sed cur admittitur potius contra Præfectorum Prætorio ſententias reſtitutio, quàm appellatio? Ratio extat in dict. l. præfecti. quia is, inquit Hermogenianus, qui appellat, conqueritur de iniquitate iudicantis: at qui cupit reſtitui, petit veniam ſimplicitatis ſuæ, vel aduerſarij fraudem allegat. Quo fit, vt hodie aduerſus ſumma tribunalia à Principe impetretur reſtitutio: & hoc vocamus literas in forma requeſtę ciuilis, quia ex cauſa legitima dantur, vt cum minor quid omiſit in iudicio vel dolo, vel circumuentione aduerſarij. Nihil eſt frequentius apud nos, quamuis appellatio non admittatur. Hæc requeſta ciuilis differt ab ea quam propoſitionem erroris vocamus. Erraſſe autem iudicem dicimus, errore facti, non iuris: nam hoc turpe eſſet allegare, etſi verum eſſet. Alia eſt quæſtio, de ratione reſtituendi. Hę omnes quæſtiones ex eodem fonte manant: videlicet ex Prætoris edicto: aliæ enim ſpectant perſonam minoris; aliæ cauſam reſtitutionis: aliæ rationem reſtituendi. Reſtituitur ita minor aduerſus rem iudicatam, vt res in priſtinum ſtatum reponatur. l. vlt. ſup. de reſtit. in integ. vbi traditur differẽtia reſtitutionis in integrum inter minorem, & eum qui Reipublicæ cauſa abeſt. Abſentes Reipublicæ cauſa reſtituuntur aduerſus rem iudicatam tantùm ita vt appellare poſſint, minor autem omnimodo reſtituitur. Eſt tamen caſus in quo reſtitutione impetrata, tantùm permittitur minori prouocare. l. ait prætor. §. pen. Minor damnatus eſt ſententia iudicis: nihil poteſt cauſari propter quod reſtitui debeat. Nullam enim defenſionem omiſit: omnia geſſit in iudicio quæcunque prudens paterfamilias potuiſſet. Debuit appellare intra decem dies, ſecundum Nouel. Iuſtiniani conſtitutionem de appel. non appellauit. Reſtitutio tantùm ita conceditur, vt ei liceat appellare, & quod facilitate ſua omiſit, recipere. Sufficiet enim, eum aduerſus ſententiam appellare: quia nihil aliud omiſit, quàm appellationem. Vnũ

Litera in forma requeſte ciuilis.

Propoſitio erroris.

Ratio reſtituendi minoris.

exemplum eſt huius reſtitutionis in l. ſi ex cauſa. 9. ff. de minor. ſententia lata eſt aduerſus minorem diſtracta ſunt eius bona in auctione: deinde reſtitutus eſt in integrum: quæritur an pignora ſint reddenda, an pretium eorum? Et ait Iureconſul. videndum eſſe iudici, an multum minoris interſit, corpora pignorum recuperare: vt ſi grande damnum ſit minorem carere corporibus, in eorum ius reſtituatur. Præterea notandum eſt, aliquando ſententiam reſcindi pro parte, quia pro parte tantùm minoris intereſt, & pro parte tantùm læſus eſt, l. 4. hic. Species de qua alij hic futiliter digladiantur, eſt. Minor actione tutelæ contra tutorem experiebatur; lata eſt ſententia tantùm de ſorte, non de vſuris: quæritur an minor poſſit reſtitui, & vſuras petere? ait Imper reſtitui minorem in integrum, non ad petendas vſuras ſed ſortem: ideóque vtitur his verbis: *Minus ex tutela iudicio conſecutũ, de ſuperfluo habere actionem ita poteſtis, ſi &c.* Sed me meminiſſe oportet diſtinctionis à nobis traditæ, ex l. etiam. §. 1. ff. de minor. vbi diximus, ſi ſeparata ſint capita ſententiæ, & reſtituatur minor aduerſus vnum caput, in eo capite tantùm reſtitui in quo læſus eſt, alia verò capita manere firma: quia idem in hac ſpecie dicitur. Quoties autem aliquid tale eſt, quod non recipit diuiſionem, aduerſus omnia capita ſententiæ, reſtitutio locum habet: quod exemplis demonſtraui d. l. etiam. §. 1. His quæſtionibus explicatur totus hic tractatus de reſtitutione minorum contra rem iudicatam. Sophiſtæ tamen argumentantur aduerſus hæc omnia quæ hic diximus, dicúntque nos fruſtra hic diſputare, cum hodie locus non ſit reſtitutioni aduerſus rem iudicatam. Sic autem argumentantur: Reſtitutio ita locum habet, ſi aliud ordinarium auxilium non competit, l. in cauſæ ff. de minor. At hic remedium ordinarium non deficit, quia minor poteſt appellare. Ergo in integrum non poteſt reſtitui minor aduerſus rem iudicatam. Maiorem ſumunt ex dict. l. in cauſæ, eámque habent pro certiſſima lege, quæ tamen ad hoc probandum & ineptiſſima & falſiſſima eſt, vt ſuprà diximus. Minorem ita probant, quòd licet minori appellare, quia non currit ei tempus ad appellandum, adeo vt non opus ſit reſtitutione. l. vlt. Cod. id quib. cauſis reſtit. in integ. cùm enim minori exceptio competit, non poteſt ea excludi præſcriptione. Hæc omnia ſunt, vt diximus, ineptiſſima & falſiſſima. nam cum dicunt reſtitutionem locum non habere, vbi poteſt competere aliud auxilium, meræ ſunt nugæ: & in d. l. in cauſæ. diximus id aliter accipiendum: imò & reſtitutionem in integrum concurrere cum aliis auxiliis, vt d. l. in cauſæ cum actione tutelæ, cum condictione indebiti. Equidem diximus cum contractus ipſo iure non valet, tunc ceſſare reſtitutionem, & hanc eſſe ſententiam d. l. in cauſæ. Quomodo enim poſſet reſtitui quod mutatum non eſt, quódque in ſuo ſtatu permanſit? At hic aliquid mutatum eſt, nec eſt ipſo iure nullum quod geſtum eſt. ſententia enim lata contra minorem defenſum valet ipſo iure. Valeant igitur Brocardici cum Brocardis. Deinde vberior eſt reſtitutio, quàm appellatio: magis enim ſuccurritur minoribus per reſtitutionem quàm per appellationem; vnde fauore minorum permittitur eis reſtitutio; cùm tamen maioribus permittatur tantùm appellatio, l. vlt. ff. de reſtit. in integ.

Vberior eſt reſtitutio, quam appellatio.

IN TIT. XXVIII. LIB. II. COD. SI ADVERSVS VENDITIONEM.

HIs verbis edicti Prætorij de minoribus, *Quod geſtum eſſe dicetur*, vt antè diximus, Prætor omnem contractum complectitur: itaque ſi minor captus ſit in venditione, certum eſt, eum eſſe reſtituendum: ideóque

Vlpianus in interpretatione edicti, l. ait Prætor.ff.de minoribus,exemplum adfert de venditione. Ergo edictum prætoris pertinet ad venditionem, ſicut ad cæteros contractus, & minor aduerſus venditionem reſtituitur. quod tamen intelligendum eſt duobus concurrentibus, vt diximus ſub tit.de reſtit.aduerſus rem iudic. Primum vt minor ſit captus. Nam nunquam aliàs reſtituitur:idque generale eſt in omnibus reſtitutionibus.l.2.hic.ergo aduerſus fraudulentas venditiones minor reſtituendus eſt. Alterum eſt quòd venditio teneat: nam ſi nulla ſit venditio, ceſſat hoc remedium reſtitutionis.cum enim ipſo iure ſit munitus, non eget reſtitutione,l.in cauſæ.2.Huc pertinet l. ſi res.49. ff. de mino. Aliquando contractus venditionis nullus eſt ipſo iure, vt ſi venditum ſit prædium minoris ſine decreto prætoris,vel ſine tutoris vel curatoris auctoritate,l.1.infrà de rebus eorum qui ſub tute. quod etiam locum habet,ſi prædium vrbanum venditum fuerit:quamuis veteri iure non prohiberetur vrbani prædij venditio,l. lex quæ tut. Cod. de admin.tut. Aliarum rerum ſine decreto permittitur venditio, ſcilicet quæ ſeruari non poſſunt, d. l. lex quæ tutores. Ponamus ergo prædium venditum ſine decreto prætoris: venditio nulla eſt ipſo iure, & fruſtra petit minor in integrum reſtitui: quoniam nihil eſt quod in priſtinum ſtatum reponi poſſit. Ideóque ſi prædium ſit traditum ipſi emptori, minor illud poteſt vindicare: ſed ſi interuenerit prætoris decretum, & diſtractum ſit prædium cum cauſæ cognitione, venditio valet quidem ipſo iure:ſed tamen ſi læſus ſit in ea minor,reſtituetur. Nam decretum prætoris non impedit reſtitutionem,ſi minor fuerit captus. Sunt igitur res,quas lex non prohibet diſtrahere: ſunt & aliæ quas prohibet alienare niſi cauſa cognita. Simile eſt in l.tutor.47.in princip.ff.de minor. Tutor iuſta de cauſa,& vrgentibus creditoribus pupilli vendidit res eiuſdem, ſine dolo, ſine fraude: quæritur an poſſit pupillus reſtitui? Ait Scæuola,poſſe,cognita cauſa. Nihil enim refert an fraus tutoris arguatur,an non:quia ſufficit minorem captum eſſe, etſi fuerit diſtracta res ſeruati ſolennibus. l.magis puto. infrà de rebus eorum. Simile etiam eſt in l.ait Prætor.§. quæſitum. ff.de minor. Iſta diſtinctio apertius traditur in l.ſi quidem.C de prædiis minor. Sine decreto prædium eſt venditum, contractus nullus eſt ipſo iure: ſed ſi decretum interuenerit in diſtractione, tunc debet minor probare ſe captum fuiſſe in venditione,vt poſſit reſtitui. Ex hoc autem contractu venditionis quomodo ſit reſtitutio facienda, docuimus ad l. quod ſi minor.§.reſtitutio.ff.de minor.vbi diximus reddendum eſſe pretium emptori, ſi ex eo ſit minor locupletior factus. Idem dicitur l.ait prætor. Quæſtio etiam hæc à nobis tractata eſt in d l.tutor. §.curator.Cum ergo de ea re ſatis diſputatum ſit, repetitio eſſet moleſta. Hæc autem reſtitutio ceſſat, cum venditio fuit iureiurando confirmata. l. 3.hic, id eſt, ſi minor iureiurando corporaliter præſtito confirmauerit vēditionem. Quod igitur dictum eſt,reſtituendum minorem aduerſus venditionem ſui prædij, intelligendum eſt cum hac exceptione,niſi venditio confirmata ſit iureiurando corporaliter præſtito. Corporaliter iuſiurandum præſtitum dicitur,cum quis ſacra Euangelia tangens manu, iurat, vt explicatur Nouel. Iuſtiniani 8. vbi traditur formula iuriſiurandi, quæ exigitur à magiſtratibus: maior eſt vis politiis huius iuriſiurandi, quàm ſi quis tantùm verbo ſimpliciter iurauerit, propter cerimoniam ſcilicet, & magis ſerium exiſtimatur. Similis locus eſt de hoc iureiurando l. ſi alterius. Cod.ſi minor ſe maio.dixer. Videtur hoc maioris perfidiæ eſſe, cùm quis non tantum ſimpliciter ſermone, ſed & actu corporali teſtem vocat Deum ipſum. Sed huic ſententiæ aduerſari videtur l.non eſt dubium. Cod. de legib. vbi ait Imperat. quoties contra leges quid agitur, nullius momenti illud eſſe, etſi lex non infirmet quod geſtum eſt: quia ſufficit lege prohibente factum, quod adeò verum eſt, vt neque iureiurando, neque ſtipulatione confirmetur. Et tamen hîc videmus contractum cum minore initum, confirmari iureiurando. Sed reſponderi poteſt, reſcriptum Alexandri, quod extat in d. l.1. intelligi de contractu, qui valet ipſo iure, contra quem tamen minor poſſet reſtitui in integrum, ſi iuſiurandum non eſſet præſtitum: non autem de contractu qui non valet ipſo iure. Sic eſt accipiendus hic locus, vt conueniat ſubiectæ materiæ. Loquitur Imper. de reſtitutione quæ tunc demum locum habet, quoties contractus ipſo iure valet: veluti ſi vendita res eſt, quæ erat peritura tempore, l. lex quæ tutores. Cod. de admin. tuto. vel ſi acceſſit prætoris decretum, ita vt venditio rei immobilis valeat. Aduerſus has venditiones, ſi ſe læſum oſtendat minor, reſtitui poteſt. Ait nihilominus Imper. reſtituendum non eſſe minorem propter iuſiurandum, quod ab eo præſtitum eſt. Loquitur ergo hæc lex de venditione quæ valet ipſo iure. At dict. l. non dubium. quę opponitur huic, loquitur de contractu qui ipſo iure nullus eſt, tanquam factus contra legem: cui vt perfectus habeatur, non poteſt iuſiurandum accedere. Rurſus obiicitur l. ſi ex falſis. C. de tranſact. & l. vltima. C. de non nume. pecunia. nam dict. l. ſi ex falſis. loquitur de tranſact. quæ ex falſis inſtrumentis facta eſt, & iureiurando confirmata, quam tamen vult Imp. retractari, quamuis ſit interpoſitum iuſiurandum. Hoc enim videtur noſtræ legi contrarium, in qua dicitur non retractari quod geſtum eſt cū minore, ſi id iureiurando ab eo præſtito confirmatum eſt. Sed hæc diuerſa ſunt, nam in l. ſi ex falſis. tranſactio reſcinditur, propter dolum aduerſarij, qui protulit falſa inſtrumenta, quæ vera credebantur, & extorſit hac ratione tranſactionem ab aduerſario. In hac ſpecie noſtra, non proponitur dolus interueniſſe, ſed minor dicitur captus tantùm ſua ſimplicitate. Et ideo ſi dolo ac machinatione eſſet circumſcriptus, etſi iuſiurandum præſtitum fuiſſet, nihilominus poſſet reſtitui. Cum igitur nihil aliud allegatur, niſi patrocinium ætatis & infirmitas conſilij, propter iuſiurandum præſtitum non reſtituitur. Ratio videtur eſſe, quia conſtitutio noſtra videtur eſſe lata vitandi periurij cauſa & perfidiæ. *Neque perfidiæ, neque periurij.* Ideóque ait Imper. Ergo quoties in periurium incideret minor, vel alius qui reſtitutionem imploraret, tunc ei reſtitutio eſſet deneganda. Aliud eſt cùm dolo quis eſt circumuentus, quia tunc nullum eſt periculum perfidiæ: ideóque non impedietur reſtitutio propter iuſiurandum, neque ideo periurus quis iudicabitur. Sic intelligenda eſt d. l. ſi ex falſis. Et ſic reſponderi poteſt ad dict. l. vlt. Cod. de non nume. pecu. Si is qui cauet ſe pecuniam accepiſſe ex cauſa mutui, conuenıatur ex chirographo intra annum, & opponat exceptionem nihil ſibi eſſe numeratum, non aliter vincet actor, niſi docuerit ſe pecuniam numeraſſe. Hac autem exceptione iuuatur reus, non tantùm ſi cauerit, ſed etſi iurauerit ſe pecuniam illam ſoluturum, quaſi illam receperit, his verbis: Iuro me ſoluturum pecuniam quam promittis: quia tacita quædam ineſt conditio huic iuramento, ſi numeraueris: ideóque ſine metu periurij, ſi illi non ſit numerata pecunia, poteſt ſolutionem detrectare. Hoc iuſiurandum non habet maiorem vim, quàm ſimplex cautio. Sed in ſpecie noſtra non poteſt cauſari minor, quod aduerſarius ei perſuaſerit dolo malo vt venderet. Vnde ne in periurium incidat, cautum eſt ne reſtituatur. Hîc animaduerte in omnibus his caſibus hodie gratiam & relaxationem iuriſiurandi neceſſariam eſſe, etſi dolo quis inductus ſit ad contrahendum, propter ius Pontificium, quam vocamus Diſpenſationem cap.1. de iureiur. Si quis enim vſuras ſol-

uere

vere iurauit, quamuis vſuræ contra Ius canonicum ſint, tamen vt non teneatur, opus eſt relaxatione iuriſiurandi. Hæc relaxatio à Pōtificibus impetratur, olim à Principibus impetrabatur, l. vlt. ad municip. Iurauit quidam ordini ſe non interfuturum: deinde creatus eſt Duumvir, ei gratia iuriſiurandi facta eſt ab Imperatoribus ipſis. Hodie igitur iure Pontificio ſancitum eſt, Pontificibus ſolis licere relaxare ab hoc iureiurando, contra veteres conſtitutiones & canones, cap. nouit. de iudic. quod tamen apud nos non ſeruatur, nec ſeruari æquum eſt. Quod autem dictum eſt, ſi nullus ſit contractus ipſo iure, non conualeſcere propter iuſiurandum, ſunt qui putant correctum eſſe conſtitutione Friderici Oenobardi, quæ inſeritur quibuſdam libris, ſub hoc tit. & reperitur ſub tit. de pace tenen. lib. de feud. atque Authen. ſacramenta puberum, & ſi aduerſus vendit. Conſtitutum hoc eſt generaliter à Friderico ſine diſtinctione, quæ conſtitutio tamen valde iniqua eſt, nec ſeruatur pleriſque in locis, in quibus rectius Reſpublicæ ſunt conſtitutæ. Nec dubium eſt, quin omnibus temporibus iniqua habita fuerit, vtpote ex ſuperſtitione potius, quàm ex æquitate exorta. Cynus ſanè vir non indoctus illis temporibus, & minimè ſuperſtitioſus homo, quod recti & ſani eſt iudicij argumentum, eam deteſtatur, quod præbeat occaſionem inſidiandi minoribus, quos facilè eſt circumueniri. Et mihi videtur Pontifex Honorius III. à Friderico ſanè extorſiſſe, cum denegaret diadema Imperatori. Tandem enim expreſſit quaſdam conſtitutiones, quas dicebat ad eccleſiaſticam libertatem pertinere. Scripſi in libris de beneficiis hac de re plura.

Iuriſiurādi relaxatio à quibus detur.

Explicatur authen. Sacramē-ta puberū [illegible]

IN TIT. XXIX. LIB. LIB. II. COD. SI ADVERSVS VENditionem pignoris.

Hic titulus ſuperiori affinis eſt, & differentia eſt vtriuſque, quòd ſuperior pertineat ad res minorum, quas ipſi vendiderunt: hic autem ad eas quas nō ipſi vendiderunt, ſed alij, puta creditores. Sæpe enim accidit, vt res minorum diſtrahantur à creditoribus, tanquā pignora, quia ſcilicet pignus habēt in eas res: nā ſi pecunia nō ſoluatur, creditor vēdit pignus, ſecūdū diſtinctionē, quam tradidimus in l. ſi conuenerit. infrà de pigno. actio. Prætorium quoque pignus diſtrahitur, cum quid in cauſam iudicati captum fuerit, l. à diuo Pio. infrà de re iudic. l. non eſt mirum. infrà de pigno. actio. diſtrahuntur pignora tam quæ ex conuentione contrahentium, quàm quæ ex autoritate prætoris capiuntur. Sed quæritur an reſtitui debeat minor, ſi pignora diſtracta ſint à creditoribus? Et dicendum, minorem reſtitui aduerſus venditionem pignoris, ex iuſta cauſa, veluti ſi graui damno afficiatur, l. 1. hîc. Multo magis dicendum eſt, ſi dolus creditoris interuenerit emptoris conſilio participante, l. 2. C. de prædiis minor. Ait igitur Imp. *Si fraudulenta venditione*. Emptor enim participauerat cōſilium cum creditoribus fraudulenter rem vendentibus: iuſta eſt ergo cauſa reſtitutionis. Vel etſi emptor non participauerit, ſi tamen graue damnum ſenſerit minor, reſtituetur. Huc pertinet titul. Cod. ſi vendito pignore agatur. Nam plerunque maior agit de pignore à creditore dolo malo diſtracto, vt ſi mala fide venditum ſit, dolus malus interuenerit, de quo ſub tit. Si vendito pignore agatur. Additur exceptio in l. 2. hîc. Quod enim diximus minorem reſtituendum eſſe aduerſus venditionem pignoris, intelligitur cum hac exceptione, niſi enim eo ſit contractum, cui minor hæres extitit: quia tunc demum minor reſtituitur, ſi ipſe cum alio contraxerit: ſecus ſi minor non contaxerit, ſed alius cui ipſe ſucceſſit, quia tunc minor reſtituetur. Et hoc ad illos contractus pertinet, qui fiunt cum his quibus minores hæredes extitum: veluti ſi creditor diſtraxit rem obligatam non à minore, ſed à patre eius cui minor ſucceſſerat Prætor in edicto de minoribus ſic loquitur: *Quod cum minore vigintiquinque annis, &c.* Ergo ita demum reſtituere pollicetur, ſi cum ipſo minore quid geſtum fuerit: ex quo ſequitur, ſi cum alio fuerit quid geſtum, minori non eſſe ſuccurrendum. Huc pertinet qood dicitur in l. apud Iulianum. infrà ex quibus cauſis in poſſeſſ. eat. Titius rem communem cum patre pupilli habuit, mortuo patre cum pupillo communi diuidundo egit: cum pupillus non defenderetur, volebat mitti in poſſeſſionem: quærebatur, an pupillo eſſet ſuccurrendum. Recitatur ibi Iuliani ſententia, quam notat Marcellus, & ait rationem ætatis non habendam. Rationem adfert, videlicet periniquum eſſe expectari pubertatis tempus ab eo qui cum pupillo non contraxit, ſed cum eius patre. Quibus verbis ſignificat, non eſſe ſuccurrendum pupillo. Eodem pertinet. l. Æmilius. 38. ff. de minor. in qua recitatur ſpecies, de qua Imperat. decreuit, quæ eſt ex Pauli lib. 1. Decretorum. Decreta autem ſunt quæ principes ſoli decreuerunt cognoſcendo, quo tempore cognoſcre principes ſolebant. Sic decretum accipitur, quod princeps vel magiſtratus decreuit. Species huius legis hæc eſt: Æmilius quidam fundum certum emit ab alio quodam Ouinio nomine, lege commiſſoria, id eſt, ea lege, vt ſi precium non ſolueretur intra certum tempus, res eſſet inempta. Nam tunc dicitur fundus lege commiſſoria emptus, quia precio non ſoluto lex committitur, id eſt, receditur à venditione. Sic lex committi dicitur, ſtipulatio commiſſa, ſi conuenerit, vt promiſſor ſoluat precium intra duos menſes: quia ſi non ſoluat, dicitur commiſſa eſſe lex. Huius legis commiſſoriæ magna vis eſt: nam aliàs valet venditio, etſi precium non ſoluatur. Lex commiſſoria dicitur, quaſi pactio commiſſoria: igitur inepte dicitur pactum legis commiſſoriæ. Æmilius igitur fundum illum emit, data parte pecuniæ, & conuenit, vt ſi intra certum tempus reliquum pecuniæ non ſolueretur, fundus inemptus eſſet. Aemilius emptor deceſſit antequā id tempus lapſum ſit, relicta puella pupillaris ætatis, quæ intra tempus definitum non ſoluit precium, ſicque commiſſa lex eſt, ea autem petit reſtitutionem. De hac reſtitutione lis mota eſt, cum apud prætorem, tum apud præfectum vrbi. Nam apud prætorem victa puella prouocauerat ad præfectum vrbi, qui erat eo tempore maior prætore. A præfecto prouocauit ad Imperatorem. In conſiſtorio principis cum conſuleretur Paulus, dicebat bene iudicatum. Mouebatur hac ratione, quia pater eius, non ipſa contraxerat. *Quod*, inquit, *pater eius, non ipſa contraxerat.* Sed certis motus rationibus Imperator, pronunciauit in integrum minorem reſtituendam eſſe. Putabat contrà Paulus ei denegandam reſtitutionem, hac ratione, quia pater puellæ, non ipſa contraxerat. Pater enim puellæ emerat fundum lege commiſſoria. Hoc eſt conſentaneum his quæ diximus, minorem vti iure defuncti non ſuo in his quæ ex contractu defuncti deſcendunt. Igitur ſententiam Pauli adduximus ad confirmandum id quod diximus, minorem vti iure defuncti; atque hinc apparet Pauli dicto iuuari noſtram ſententiam. Cui nihilominus decretum Antonini non eſt contrarium, quamuis Antoninus pronunciauerit puellam reſtituendam. Nam ita decreuit propter varias circunſtantias, cauſáſve, quæ ſuaſerunt hanc puellam reſtituendam. Ideóque in decernendo Antoninus rationem Pauli non improbauit, qui dixerat videndum, an pater, an puella contraxiſſet. Sed melius hæc legendo intelligimus. *Putabam*, inquit Paulus, *bene iudicatum, quod pater eius, non ipſa contraxerat.* Refert Paulus quid acciderit in tota ea diſputatione: nec enim oſtendit Pau-

Ad l. Aemilius. ff. de min.

lus, male iudicatum eſſe, ſed oſtendit quid primo, quid ſecundo ei in mentem venetit in hoc negotio, & iudicio. Et huiuſmodi plura ſunt in libris noſtris ſcripta, ad memoriam eius, qui ſcribit, non vt ederentur. Hnc genus ſcribendi, indicat in hoc loco. Recte igitur Paulus ſentit, bene ſcilicet iudicatum fuiſſe: ſed aliæ erant circunſtantiæ, quas ſpectare oportebat. Ideoque Imperator ita reſpondet. Quamuis pater contraxerit, non pupilla, tamen quia dies committendi, id eſt, tempus ei conceſſum quo ſoluere debuit precium, incidit in tempus pupillæ, & factum eſt negligentia ſua & tutoris, ne precium, ſolueretur, æquum videtur ei ſuccurri. Hac ratione motus fuit Antoninus, neque tamen hac vnica fuit contentus (hæc enim ſola non ſuffeciſſent) ſed & aliis, ſicut fieri ſolet in rebus iudicariis: quia quę non proſunt ſingula, multa iuuant. Quamuis enim hæc ratio ſola non poterat eam iuuare, tamen coniuncta cum aliis, multum ei profuiſſet. Sequitur, *Dicebam, poſſe magis*, inquit Paulus, *ea ratione reſtitui eam, &c.* Oſtendit Paulus ſibi non diſplicere quod Imper putauit. alia ſpectanda eſſe. Hoc autem ſecundò venit in mentem Paulo. Quamuis enim non videbatur poſſe reſtitui pupilla, quia pater, non illa contraxerat, tamen alia ratione poſſe eam reſtitui docet. Nam venditor qui legem dixit venditioni, poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, petiuit precium, & petendo precium, videtur receſſiſſe à lege commiſſoria: videtur enim ab ea eo conſilio petere, ne vtatur lege commiſſoria. In hac igitur hypotheſi non ſine cauſa hoc ſpectandum eſt, cum quæritur de reſtitutione. Iuſtiſſima cauſa eſt reſtitutionis, cum poſt duos menſes offert puella precium, perinde ac ſi nihil eſſet factum contra legem commiſſoriam. Nam venditor poſt diem legis commiſſoriæ finitam, denuntiando tutori vt ſolueretur precium, videtur à lege commiſſoria diſceſſiſſe. hæc enim contraria ſunt, exercere legem commiſſoriam, & petere precium: quia tunc exercetur lex commiſſoria, cum venditor vult contractum nullum eſſe. Addit Paulus, *Non me moueri quod dies poſtea tranſiſſet, &c.* Ad rationē Imperatoris reſpondet Paulus, & ait, ſe ea minime moueri; non magis quam ſi creditor pignus diſtraxiſſet poſt mortem debitoris, die ſolutionis finita. qui ſenſus eſt l. 2. quam nunc interpretamur. Si enim creditor pignus diſtraxerit poſt mortem debitoris, ſolutionis die finita: id eſt, ſi dies ſolutionis intra quam pecuniam ſoluere debuit debitor, finita ſit poſt eius mortem, & pignus ſit diſtractum à creditore minor qui ſuccedit defuncto, non poteſt reſtitui prætextu ætatis. Cum enim in pignoris venditione hoc ſit receptum, cur non idem dicemus in lege commiſſoria, ſi dies legis commiſſorię finita ſit poſt mortem patris, & inciderit in tempus pupillæ? Sequitur: *Quia tamen lex commiſſoria diſplicebat ei, &c.* Princeps rationem adduxit, cui reſpondit Paulus. Sed Imperator dixit legem commiſſoriam ſibi videri odioſam, & duram, non in venditione, ſed in pignoribus. l. vlt. C. de pact. pig. Mouit etiam Imperatorem, quod tutotes ſuſpecti eſſent pronunciati, quia fraude eorum dies committendi tranſierat. Quibus omnibus concurrentibus æquitas poſtulat, vt puella reſtituatur. Itaque addit, *Pronunciauit in integrum reſtituendam.* Expendite rationes omnes quibus motus eſt Imp. ad hanc reſtitutionem faciendam. Prima ratio eſt, quia dies committendi incidit in tempus pupillæ, quæ ratio cum aliis coniuncta aliquid ponderis habet. Secunda, quod renunciatum fuerit legi commiſſoriæ, dum venditor petiit precium: quę ratio videtur grauiſſima. Tertia durities legis commiſſoriæ, nā ſi humanitatem ſpectes, videtur ſufficere ſi precium petatur. Poſtrema quod fraude tutorum factum ſit, vt dies committendi tranſierit. Hæc ratio ſola non ſufficeret, vt dicitur l. 2. hic. Nam poſſet eo nomine agere contra tutores: ſed in rebus iudicandis quæ non proſunt ſingula, multa iuuant. Hic igitur ad æquitatem reſpexit Imperator: quia omnis reſtitutio ad æquitatem pertinet: & multa videbat eſſe expendenda in hac reſtitutione. Vnde in ſpecie de qua hic cœpimus diſputare, videlicet de reſtitutione in integrum aduerſus venditionem pignoris, vulgo receptum eſt, quod & mihi probatur, reſtitui poſſe minorem, etſi à defuncto contractum ſit, cui hæres extitit, ex iuſta cauſa, vt ſi cum ætate concurrat probabilis cauſa, veluti iuſta ignorantia, quemadmodum dixi in l. cum filiusfam. infra de verb. oblig. Sic poteſt intelligi dictum Pauli ſent. lib. 1. tit. 9. ad fin. Minor aduerſus diſtractiones eorum pignorum & fiduciarum quas pater obligauerat, ſi non ita vt oportuit à creditore diſtractæ ſint, reſtitui in integrum poteſt. vtrumque igitur verum eſt, poſſe reſtitui minorem, & non poſſe reſtitui contra venditionem pignoris. nam plerunque in alia ſpecie incipit ratio, vt æquum ſit minorem reſtitui, vt in caſu d. l. Æmilius. & in eo cuius mentionem feci l. 2. C. de prædiis mino. ſi creditor minoris vendidit dolo prædium minoris, & emptor particeps fuerit fraudis. Ergo quod hic dicitur in l. 2. non haberi rationem minoris ætatis, cum hac exceptione eſt intelligendum, niſi præter ætatem ſuadeat probabilis cauſa, reſtituendum eſſe minorem in integrum. Sed occurrit quædam difficultas, & difficilis quæſtio. In primis ex eo quod dicitur in l. cum filiusfam. §. in hac. de verb. oblig. ille enim locus obiicitur aduerſus id quod diximus, cum obligatio naſcitur ex contractu defuncti, tunc minoris ætatis habendam non eſſe rationem: quia in d. § in hac. ratio habetur minoris ętatis. In eo ſtipulatio ita concepta eſt, *Neque per te, neque per hæredem tuum fieri.* explicatur à Paulo, & ab Vlpiano in l. in illa. eo. tit. de verb. oblig. quæ quidem ſimplex abnutiuum continet. d. l. in illa. infrà de verb. oblig. ſed promiſſor tenetur ex illa ſtipulatione ad factum: vnde in negligendo committitur: quamuis aliter vulgò diſtingui ſoleat. Sed indubie in illa ſpecie negligendo committitur ſtipulatio: ſi enim promiſſor deceſſerit, & hæres neglexerit, committitur hæc ſtipulatio: niſi pupillus, inquit, fuerit. tamen proponitur contracta non cum pupillo, ſed cum patre eius, adeo vt non videatur rationem haberi debere ætatis. Vulgò diſtingui ſolet, vt dixi & admonui in d. § in hac. eam obligationem non eſſe hæreditariam, neque habere initium à defuncto, ſed incipere à perſona pupilli, non à perſona defuncti in ipſum pupillum transferri: quia ſcilicet facta ſit mentio hęredum, & quaſi duæ ſunt ſtipulationes. *Neque per te, neque per hæredem fieri.* Obligatio igitur qua hic tenetur pupillus, ab ipſo pupillo incipit, non à perſona defuncti. Idem dicitur de ſtipulatione vſusfructus. poteſt enim quis ſtipulari vſumfructum ſibi & hæredi: nec tamen ideo hæreditarius eſt vſusfructus: niſi quod alius quodammodo videtur vſusfructus in perſona hæredum. Sed hoc plenius dixi eo loco. Alia difficultas naſcitur ex l. poſt diem. infrà de lege commiſſo. vbi dicitur poſt diem legis commiſſoriæ venditorem ſi petat precium, receſſiſſe à lege ſua videri, & legi commiſſoriæ renunciare Si intelligatur venditor renunciare legi commiſſoriæ: ergo iure communi ſuccurritur emptori, vel hæredi eius, & ex contractu poteſt agere: ſi ex contractu poteſt agere, ergo reſtitutio ceſſat, ſecundum l. in cauſæ. ſicque tantum abeſt, vt reſtitutio denegari poſſit in caſu l. Æmilius, vt ne quidem vllo modo reſtitutio poſſit locum habere, tamen Imperator ait reſtitutioni locum eſſe. Variæ ſolutiones reperiuntur in gloſſis Accurſianis. Non igitur inaniter perdam tēpus, eas ineptias recitando: ex his enim quæ dicemus, facile intelligetis, quæ cauſa erroris fuerit. Dicunt illi, quia poteſt conſuli ordinario remedio minori, ideo locum non

Explanatio l. poſt diem de l. c. commiſſ.

cum non eſſe reſtitutioni in integrum. hæc eſt maior. Minor eſt, quod puella poteſt agere ex defuncti contractu: ergo reſtitutio eo caſu ceſſare debet, cum aliud remedium competat. Sed iam ſæpe oſtendi maiorem propoſitionem eſſe falſam, nec recte explicari vulgò. l. in cauſæ. 2. de minoribus. Reſtitutio enim in integrum concurrit cum aliis remediis, vt exemplum eſt d. l. in cauſæ. in qua etſi dicatur condictio ſine cauſa competere minori, tamen reſtituitur. Sic in l. etiam. ff. eo. minor. reſtituitur, & tamen actio tutelæ ei competit. Nos igitur dicimus hæc ita intelligenda, vt cum ipſo iure munitus eſt minor, tunc ceſſet reſtitutio. Et quod ad ius ipſum ciuile attinet, ſi nullius eſt momenti, quod cum eo actum eſt, tunc multò magis reſtitutio ceſſat. Quomodo enim poteſt reſtitui quod ſemper in eodem ſtatu manſit? Sed fieri poteſt vt actio teneat ex contractu ipſo iure, & detur nihilominus reſtitutio. Exempli gratia, vt in caſu d. l. poſt diem. fundus eſt venditus lege commiſſoria: deceſſit emptor intra diem præfinitum legi commiſſoriæ reliquit pupillam hæredem, quæ intra tempus non ſoluit. poſt diem lapſum venditor à pupilla exigit precium: quod priuſquam offerret pupilla, venditor pœnitentia ductus recipere noluit, quod iam legem commiſſam eſſe diceret: quæritur an poſſit pupilla reſtitui? Videamus qua ratione ei poſſit conſuli, & an ipſo iure munita ſit. Non eſt ſane ipſo iure munita, quia valet ipſo iure quod geſtum eſt. Ponamus ergo pupillam velle poſt tempus elapſum offerre precium venditori, & quod intereſt, ad audienda ſit? Excipiet venditor, legem commiſſam eſſe, eamque non poſſe agere, quia fundus inemptus eſt. propter legem commiſſoriam. Replicatione vtetur puella, quod etſi ſummo iure ſit lex commiſſa, tamen venditorem petendo precium videri à lege commiſſoria diſceſſiſſe. Videtis per replicationem puellam, & non ipſo iure eam munitam eſſe: nititur enim pacto, quod tacite pepegiſſe videatur venditor, ne exerceat legem commiſſoriam. Pacta conuenta ipſo iure nullam vim habent, ſi ius ciuile inſpiciamus. l. ſi vnus. §. pacta. ſupra de pactis. Stipulatio per ſtipulationem tollitur, non autem per pactum ipſo iure. Seneca, Nulla lex eſt, inquit, lata Romæ, quæ non ad præſtandum alliget. Igitur in hac ſpecie exceptione puella iuuatur, id eſt, replicatione, nec eſt munita ipſo iure, ideoque poteſt reſtitui in integrum. Sic videtis nihil obeſſe dictam l. poſt diem. His intellectis facile erit refellere quod ab aliis ſcribitur ad explicationem huius antinomiæ. Alia eſt quæſtio de præſcriptione, an tempus legis commiſſoriæ, de qua hic agitur, currat ipſo iure, an non? Hæc quæſtio à nobis tractabitur l. vlt. C. in quibus cauſis reſtit. in integ. non eſt neceſſ.

IN TIT. XXX. LIB. II. COD. SI ADVERSVS DONAtionem, &c.

AIt Prætor in edicto de minoribus: *Quod cum minore viginti quinque annis geſtum eſſe dicetur*, *&c.* Quæritur an hæc verba Prætoris ad donationem pertineant? Et breuiter dicendum eſt, vt ſummatim complectamur quicquid hoc titulo continetur, cum donatio valet ipſo iure, minorem reſtituendum eſſe aduerſus donationem, ſi captus ſit. Hæc enim verba continent quicquid his duabus conſtitutionibus cautum eſt, ſi minor ſit qui donauit, ſi captus ſit, & ipſo iure valeat donatio. Tres igitur caſus hic notandi ſunt. Primus eſt cum donatio non valet ipſo iure: quia tunc reſtitutio ceſſat, cum nihil actum ſit quod reponi poſſit. Secundus, cum valet donatio, ſed captus eſt minor in donatione, vt tunc reſtitutioni locus ſit. Tertius, cum valet quidem donatio, ſed captus non eſt, vt tunc reſtitutioni locus minime ſit. His intellectis ſpecies huius tituli facile intelligentur. Minor vigintiquinque annis res quaſdam dedit propter nuptias ſuæ ſponſæ, accedente tutoris præſentis auctoritate: quæritur an poſſit reſtitui aduerſus donationem? Et aiunt Impp. obtentu ætatis minorem non reſtitui, ſi congruente moderatione res donauit. Hoc duo notanda ſunt. Vnum, quod minor donare poteſt propter nuptias, & donatio tenet. Exceptio hæc eſt l. ſi quando. C. ſi maior factus vend. fact. ſine decret. Olim autem dicebatur ante nuptias donatio quæ iam propter nuptias dicitur. l. vltim. de dona. ante nupt. Alterum eſt, quod quamuis teneat donatio propter nuptias, tamen poteſt minor reſtitui in integrum, ſi donatio modum exceſſerit: ſin moderatione congruenti donatum ſit, non reſtituitur. Idem de ſimilibus cauſſis dicendum eſt, veluti in l. cum plures. ff. de adminiſt. tut. & l. 1. de tutel. & ration. diſtrahen. Tutor non poteſt donare res minoris, niſi ex cauſa, videlicet, ſi è re pupilli ſit, quia tunc tenebit donatio. Huc pertinet l. vlt. de curat. furioſi, vbi dicitur, curatorem furioſi non poſſe donare, niſi ex magna furioſi vtilitate. In ſecunda lege huius tit. diſtinctio eſt rerum donatarum. Sunt quædam res quæ non poſſunt donari ſine decreto, cuiuſmodi ſunt res ſoli: aliæ ſunt quæ ſine decreto donari poſſunt, vt res mobiles. Si igitur quid donatum ſit ſine decreto, ad quod tamen opus eſt decreto, de quibus rebus agit l. lex quæ tutores. C. de adminiſtr. tut. eo caſu opus non eſt reſtitutione, quia ipſo iure non valet donatio: ſed ſi res fuerit, quæ ſine decreto poteſt donari, valet donatio, niſi modum quis exceſſerit in donando: quo caſu reſtitutione in integrum opus eſt: quia tenet ipſo iure donatio. Et obiter notandum eſt, quod ſicut minor non poteſt ſine decreto donare: ſic nec poteſt conſentire donanti. Nam hic proponitur ſpecies de eo qui conſentit donanti. Quia ſicut non poteſt alienare ſine decreto, ita nec patri poteſt conſentire alienanti, cum ipſo iure alienatio non valeat.

IN TIT. XXXI. LIB. II. COD. SI ADVERSVS libertatem.

HIc quoque locus ad interpretationem edicti pertinet, cum ait Prætor: *Quod cum minore viginti quinque annis geſtum eſſe dicetur.* Quæritur enim an ad libertatem & ad manumiſſionem ſerui hoc quoque pertineat. Duobus modis poteſt hæc quæſtio intelligi. Primò cum minor manumiſit ſeruum, aut dedit alij vt manumitteretur, quia tunc quæri poteſt, an poſſit reſtitui in integrum minor aduerſus illam manumiſſionem. Secundò, cum in cauſa liberali pronuntiatum eſt pro libertate: veluti ſi in cauſa de ſtatu ſerui, cum quæreretur an ſeruus eſſet, an non, contra minorem pronuntiatum eſt nõ eſſe ſeruum: an minor poſſit reſtitui? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi ex cauſa. §. vlt. & legibus duabus ſequentibus. ff. de minor. aduerſus libertatem non ſuccurritur minori, licet verba generalia ſint in dicto, quia magnus eſt libertatis fauor. Ex magna tamen cauſa princeps reſtituit aduerſus libertatem, non prætor. Prætoris non eſt reſtituere, niſi in cauſis ciuilibus & legitimis: ſed Princeps ex quacunque cauſa reſtituit. Et quamuis vterque reſtituat, & Princeps & Prætor, tamen multum intereſt inter vtriuſque reſtitutionem. Prætor enim non reſtituit niſi ex cauſis edicti: ex aliis cauſis poteſt reſtituere Princeps, l. 1. de poſtul. Ideoque vulgò diſtinguimus literas iuſtitiæ à literis gratiæ. Literæ iuſtitiæ ſunt, vt cum minores reſtituuntur, quæ impetrantur à Cancellario: literæ verò gratiæ, ſunt quæ ab ipſo Principe

h

impetrantur: cuiuſmodi eſt reſtitutio aduerſus libertatem. Addit Iuriſconſul. in d. l. niſi ex magna cauſa, quia Princeps non niſi ex magnis cauſis ſolet reſtituere. Ex his quæ diximus quæſtio oritur: cum enim aduerſus libertatem non reſtituatur minor, quæritur quomodo poſſit ei conſuli. Et ait Vlpianus in l. verum. in prin. ff. de minorib. ſi minor ſit captus in manumiſſione, dari doli actionem aduerſus eum qui dedit manumittendum, vel aduerſus manumiſſum, ad id quod intereſt mioorís ſeruum manumiſſum non eſſe, vt diximus l. & eleganter. ſuprà de dolo. Interdum etiam vtilis in factum actio datur, vt diximus ſub tit. de dolo malo. Sic enim locus hic in d. l. verum. legeodus eſt. *verum vel de dolo, vel vtilis actio erit in id quod minoris interſuit non manumitti*: vt eſt in Pandect. Flor. Male in Norico, & peius in vulgaribus libris legitur. *De dolo vtilis, &c.* Conſequitur autem minor id quod eius intereſt non manumitti. Datur etiam actio ad exhibendum minori, & rei vindicatio ad vindicandas res, quas ſeruus manumiſſus interuertit. Certũ autem eſt ex eo quod ſeruus fecit, poſt manumiſſionem, eum non teneri, de quo tit. Cod. an ſeruus ex ſuo facto poſt manumiſ. conue. Sequitur in d. l. verum. *Quod ſi minor vigintiquinque annis.* Hic tractatur alia quæſtio. Minor vigintiquinque annis, ſed tamen maior annis viginti, vendidit ſeruũ hac lege, vt manumittatur: vult reſtitui: an poſſit? Si is ſeruus iam manumiſſus ſit, ait Vlpianus non poſſe reſtitui minorem aduerſus libertatem iam datam ipſi: ſed ſi nondum ſit manumiſſus, adoerſus contractum, quo conuenit vt manumitteretur, poterit minor reſtitui. Ideo ait, ſe propoſuiſſe in hac q̃ſtione minorẽ viginti quinque annis, & maiorem viginti annis, quia ita ſcripſerit Scæuola. Quod eo factum eſt, quoniam ex ſententia conſtitutionis D. Marci ad Aufidium Victorinum, manumiſſio eo caſu valere videbatur: ſed ait eam conſtitutionem minorem viginti annis non complecti. Conſtitutio enim Diui Marci vult ipſo iure liberum eſſe eum qui ita venditus eſt, vt certo tempore manumitteretur. de qua l. 1. C. ſi mancip. ita fuerit alienat. vt manumit. ſed ea non pertinet ad minorem viginti annis, qui lega Aelia Sentia non poteſt manumittere. §. eadem lege. Inſtit. quibus ex cauſis manumit. De minore igitur viginti annis dubitatum fuit, & ideo vtitur diſtinctione. Hoc admonere volui, vt iotelligi poſſit non fruſtra quæſtionem hanc fuiſſe propoſitam, de minore vigintiquinque annis, & de maiore viginti annis: in qua vtitur Iuriſcon. diſtinctione, vt ſiquidem libertas nondum data ſit, poſſit minor vigintiquinque anms reſtitui, ſi verò iam libertas data ſit, non poſſit reſtitui aduerſus libertatem iam competentem. Sequitur in ea l. verum. *Item quæri poteſt ſi is qui emit hac lege, minor ſit, an poſſit reſtitui.* Quæſtio ſuperior eſt de minore, qui vendidit ea lege ſeruum vt manumitteretur. Sequens quæſtio eſt de emptore minore, qui emit ea lege vti manumittat, in qua quæritur, an poſſit reſtitui. Et ſimiliter diſtinguit Vlpianus, vt in ſuperiori ſpecie. Sed hîc occurrit antinomia ex l. is qui. §. nihil autem intereſt. infrà de manumiſſ. vbi dicitur non ſpectari ætatem emptoris, ſed liberum fieri eum qui ea lege emptus eſt vt manumittatur: cum tamen hic dicatur ætatis rationem haberi, vt ſi manumiſſus nondum ſit, tum demum reſtituatur minor, ſi verò manumiſſus ſit, non habeatur eius ratio. Sed diuerſæ ſunt ſpecies in vtraque lege. in l. is qui. tractatur de ſeruo qui nummis ſuis eſt redemptus, vt manumittatur. Quæritur enim an ſi redemptus ſit ab eo, qui nomen ſuum tantum accommodauit, tunc debeat eum manumittere. Et eum conſtitutio duorum fratrum cogit ad manumittendum: nec ſi minor ſit qui compararit, ait Iureconſultus eum eſſe reſtituendum: quia eius non intereſt. Eſt enim tantum imaginarius emptor, & tantum accommodat nomen ſuum: ideoque non poteſt dici captus eſſe. Sed quæſtio hîc proponitur de eo, qui verus emptor eſt, & qui ſuis nummis emit, non nummis ſerui. Multum igitur intereſt inter has ſpecies: ideoque diſtinctio eſt notanda, cum quæritur, an minor ſit reſtituendus aduerſus libertatem. Diſtinguendum enim eſt, an libertas iam data ſit, quo caſu non poteſt reſtitui: an verò nondum ſit data, quia tunc poteſt reſtitui. Et ſecundum hanc diſtinctionem accipite, quod dicitur io l. minor. 48. §. 1. de minori. *Habebit actionem minor aduerſus emptorem quanti ſua intereſt, ſi ab eo fraudatus eſt.* Datur enim actio illi aduerſus emptorem propter fraudationem. nam intelligendum id eſt ſecundum diſtinctionem quam diximus, vt ſemper reſtitui poſſit minor, ſi manumiſſus nondum ſit ſeruus: contra autem reſtitui non poſſit minor. Hac diſtinctione intellecta, facilis erit explicatio legum quę ſub hoc titulo deſcriptæ ſunt.

IN LEGEM PRIMAM.

ORta fuerat controuerſia de libertate relicta per fideicommiſſum ſeruo. Cuidam enim ſeruo cum relicta fuiſſet libertas ſub conditione, de qua quæſtio fuit in iudicio, Prætor fideicommiſſarius pronuntiauit libertatem deberi: quæritur an minor poſſit reſtitui aduerſus prætoris ſententiam? & ait Imp. *Si manumiſſus non eſt, &c.* Hoc conſentaneum eſt diſtinctioni quæ traditur in d. l. verum. A prætore fuit pronunciatum deberi ſeruo libertatem: poteſt reſtitui in integrum minor, antequam libertas ſit data, nec oberit ſententia, licet Prætor fideicommiſſarius pronunciauerit libertatem ei deberi: quod ſi libertas iam data ſit, non poteſt reſtitui, ſed actione negotiorum geſtorum à curatoribus recuperabit, quod eo nomine damnum paſſus eſt: nam aduerſus curatorem habet oegotiorum geſtorum actionem, ſicut aduerſus tutorem actionem tutelæ, ſi dolo tutoris ſit captus. Notandum autem obiter quod de Prætore hîc dicitur. loquitur enim de Prætore fideicommiſſario, qui pronuntiabat de fideicommiſſis, de pecunia & aliis rebus per fideicommiſſum relictis, de quibus Prætor vrbanus niſi extra ordinem non cognoſcebat. Hanc differentiam alibi notaui, & extat apud Vlpianum tit. de fideicom. in fragmen. Inſtit. Fideicommiſſa, inquit, non petuntur per formulam, vt legata: ſed cognitio eſt Romæ quidem Conſulum, aut Prætoris qui fideicommiſſarius vocatur. Aditur quidem Prætor vrbanus, qui dat iudicem. Deinde obſeruandum eſt, quod iam diximus de decreto. Decretum eſt ſententia vel prætoris, vel principis. l. ſi prætor. infrà de iudic. & ſimilibus locis, cum enim princeps pronunciat, vel magiſtratus, tunc dicuntur decernere: quod eſt quaſi iure poteſtatis & imperij pronunciare. Iudex autem delegatus non dicitur decernere. Sequitur io eadem lege: *Ætas tua litis inſtaurationem admittit.* Id eſt propter ætatem tuam potes reſtitui aduerſus ſententiam Prætoris, & ita reſtitui, vt lis inſtauretur. Notandum autem eſt, quod hîc dicitur de litis inſtauratione, ex quo intelligimus quomodo ſit minor reſtituendus aduerſus rem iudicatam. Prætor qui reſtituit, non cognoſcit de cauſa, ſuper qua iudicatum eſt, id eſt, an male, an bene iudicatum ſit, ſed litem tantummodo inſtaurat. Ideoque in reſtitutionibus de cauſa ſententiæ non cognoſcitur, ſicut ſuper cauſa appellationis. l. eos. C. de appel. ſed ſuper cauſa reſtitutionis. Si quis igitur impetrauit literas reſtitutionis à principe, princeps litem inſtaurat: is autem qui iodicauit, ad quem minor remittitur, reponet litigantes in priſtinum ſtatum, in quo ante ſententiam fuerant: ſed an iuſte an iniuſte ſit iudicatum non pronunciabit, ſicut in appellationibus.

IN LEGEM SECVNDAM.

Diximus aduerſus libertatem minorem non reſtitui: quid ſi minor ſit dolo ſerui quem manumiſit circunſcriptus, an poteſt reſtitui? Reſcribit Gordianus, ne hoc quidem caſu poſſe reſtitui minorem, quamuis aduerſus ſeruum habeat actionem. Nec ſine cauſa dicit, *In conſilio manumiſiſti.* Non enim aliter valeret manumiſſio: quia minor ſi velit manumittere, cauſa cognita debet manumittere, titul. ff. de manumiſ. vindict. & C. de vindi. & apud concil. manu. eius enim capiti qui manumittebatur, vindicta, iſt eſt, virgula à lictore prætoris imponebatur. Hinc illud Perſij,

Vindicta poſtquam meus à pratore receſſit.

Vide tit. Inſtit. ex quib. cauſis manumit. §. eadem lege. & ibi Theophilus. Semper tamen ſalua manet actio minori aduerſus eum qui manumiſſus eſt.

IN LEGEM TERTIAM.

Hoc capite admonet nos Valerianus, quod iam ſæpe à nobis dictum eſt, ineptam eſſe reſtitutionem, cum ipſo iure quod geſtum eſt non valet, l. in cauſæ. ff. de minoribus. Vnde ſi proponamus ſeruum manumiſſum à minore viginti annis non in concilio, fruſtra quæritur de reſtitutione, quia actus nullus eſt ipſo iure, quod ad ius ciuile attinet, propter legem Æliam Sentiam: Ideoque omnia ſunt in eo ſtatu, in quo eſſent, ſi non manumiſiſſet. Poteſt ergo minor vindicare ſeruum, quia nulla eſt manumiſſio. Nam ſi obiiciatur manumiſſio, minor allegabit nullam eſſe manumiſſionem, quæ ſine decreto ſit facta, quia via nullitatis hic admittitur. Et notandum eſt, nullum actum eſſe tam fauorabilem, quin via nullitatis aduerſus eum admittatur. quod ex hoc loco facile colligitur. Nihil enim eſt fauorabilius libertate: tamen via nullitatis admittitur aduerſus libertatem. ſicque reſtitutio non habet locum. Nam petimus tantum pronunciari nihil actum eſſe: quia hoc caſu libertas data eſſe non intelligatur. Sequitur, *Si tamen in ea re, culpa, ſeu fraude, &c.* Idem hic repetitur quod ſupra diximus. Conſulitur enim minori aduerſus eum, cuius dolo eſt fraudatus, non quidem vt libertas data tollatur, ſed vt conſequatur id quod ſua intereſt. Et notandum eſt hic, non tantum dari actionem tutelæ aduerſus curatorem, ſi eius circunſcriptione ſeruum ſuum manumiſerit minor, ſed etiam extra ordinem puniri curatorem. Additur, *Liberti euſdémque curatoris.* Mentionem facit liberti. quia propoſitum fuit, eundem fuiſſe & libertum, & curatorem minoris.

IN LEGEM VLTIMAM.

Hic proponitur ſententiam dictam eſſe in cauſa liberali. Ea autem ſententia quæ pro libertate lata eſt, reſcindi non poteſt prætextu minoris ætatis. Hoc videtur contrarium l. 1. hic, vtraque enim lex loquitur, ſi ſententia pro libertate lata ſit. In priori dicitur reſtitui minorem, in poſteriori non reſtitui. Sed diuerſa hæc ſunt. Prior loquitur de ſententia qua pronuntiatum eſt libertatem deberi: poſterior verò de ſententia, qua pronunciauit Prætor liberum eſſe eum, de cuius ſtatu quærebatur. Inter vtrunque multum intereſt, videlicet an pronuntietur aliquis liber eſſe, an verò pronuncietur alicui deberi libertatem. Cum enim pronunciatur, libertatem alicui deberi, non ſtatim ſequitur eum liberum eſſe. nam ſi iudex pronunciat rē mihi deberi, non ſequitur rem meam eſſe. In liberali autem cauſa neceſſe eſt pronunciari vel ſeruū vel liberū eſſe. Huic ſimile eſt quod alibi dicitur, multum intereſſe an iudex pronunciet bona publicanda eſſe, an vero pronunciet bona publicata eſſe. nam ſi pronunciat publicanda eſſe bona, vt fit in cauſa læſæ maieſtatis, vel hæreticæ impietatis, in iure pontificio, cap. cum ſecundum. de hæret. in 6. non ſtatim eorum in fiſcum dominium transfertur. Si vero pronunciat bona publicata eſſe, ſtatim transfertur eorum dominium in fiſcum etiam ſine vlla traditione, à tempore ſententiæ. Nam publicata bona ſine traditione in fiſcum tranſeunt. l. commiſſa. de public. & vectigal. ſed cum pronunciatur publicanda eſſe bona, non ſtatim acquiritur dominium fiſco earum rerum, ante traditionem vel apprehenſionem. Sequitur, *Sine appellatione poſſe reſcindi.* Hic videtis à ſententia appellari, quæ pro libertate lata eſt, quamuis reſtitutio non concedatur. Nec id mirum videri debet. Nam iniquum eſt libertatem alicui dari cum iniuria alterius, & iniquitate ſententiæ conqueri ſolemus per appellationem, l. 1. de appel. Sed qui cupit reſtitui, non conqueritur de iniquitate ſententiæ, ſed proprij erroris ac ſimplicitatis ſuæ veniam petit, l. præfecti. de minoribus. cuius prætextu abſurdum eſſet reſcindi libertatem iam competentem. Cum igitur is qui petit reſtitui aduerſus ſententiam, alleget vel ſuam ſimplicitatem, vel dolum aduerſarij: admittitur recte appellatio aduerſus ſententiam, ſi pro libertate ſit lata ſententia, nec debet admitti reſtitutio.

IN TIT. XXXII. LIB. II. COD. SI ADVERSVS TRANSACTIONEM vel diuiſionem in integrum minor reſtitui velit.

Hic titulus ad edictum pertinet, ſicut & alij. Ait enim Prætor, *Quod cum minore geſtum eſſe dicetur.* quæ verba ad omnem contractum pertinent. Itaque ſi cum minore tranſactum ſit, quia tunc geſtum quid cum eo dicitur, vel ſi diuiſio ſit cum eo facta, vt quia res eſſent communes, & velit reſtitui, quæritur an ſit audiendus? Et ſummatim dicendum eſt loco argumenti totius huius tractatus, minorem, quoties in tranſactione vel diuiſione circunſcribitur, poſſe reſtitui, ſi diuiſio vel tranſactio ipſo iure valeat: tunc enim cum tranſactio ipſo iure nulla eſt, non datur reſtitutio, quia nihil mutatum eſt, quod reſtitui poſſit. Exempli gratia, ſi tranſactum ſit cum eo de prædio ruſtico vel vrbano, quod ſine decreto prætoris non poteſt alienari, nec ſine cauſæ cognitione, tranſactio nulla eſt ipſo iure. ideoque reſtitutio non dabitur. Prædiorum enim alienatio eſt prohibita ſine decreto. l. 1. ff. de rebus mino. ſine decreto. l. lex quæ tutores. C. de adminiſt. tuto. Et de tranſactione locus eſt expreſſus in l. non ſolum. C. de præ. minor. nam ſicut minor cum vendit fundum, ſine cauſæ cognitione, vindicare illum poteſt: ſic cum de fundo tranſegit ſine cauſæ cognitione, vindicare illum poteſt. Quod ad ius attinet, omnino non valet, quod actum eſt. ideoque ſatis ei conſulitur, quod iure ciuili nihil geſtum eſt. Hinc annotandum eſt, quoties lex prohibet alienare ſine decreto, ne prætextu quidem litis, aut tranſactionis, in alium transferri poſſe dominium: aliàs facile lites fingerentur, & alienationes fierent in fraudem. l. cum hi. §. ſi cum lis. de tranſactio. vbi alimentorum nomine tranſactio non valet. lis enim erat mota de alimentis: ſed ne eo quidem prætextu poteſt valere tranſactio ſine prætore. Etenim facile circumuenirentur minores, vt prætextu litis res alienarent. Res ergo quæ prohibetur alienari ſine decreto, ne prætextu quidem litis, aut tranſactionis poteſt alienari ſine decreto: vt ſi decretum ſit neceſſarium in alienatione; idem ſit quoque

neceſſarium in tranſactione. Hoc non ſolum pertinet ad tutores & curatores: ſed & ad eccleſiæ adminiſtratores. Extat enim tit. in Decretalibus de rebus eccleſ. alienan. vel non. Sed obiici poteſt quod dicitur in l. præſes. C. de tranſact. vbi dicitur, adminiſtratores ciuitatis poſſe tranſigere de rebus ad ciuitatem pertinentibus, ſed gratis remittere non poſſe id, quod ad ciuitates pertinet. nullam enim habent facultatem donationis cauſa remittendi: tranſigere autem poſſunt. Idem ſi lis eſt incerta & dubia: nam de re dubia propriè dicitur tranſactio, l. 1. C. de tranſact. Sed quod dicitur in d. l. præſes. cum hac exceptione eſt intelligendum, modo decretum interueniat in his cauſis in quibus neceſſarium eſt: vt ſi tranſigant de prædiis minorum, adhibere debent formam legitimam: in aliis vero rebus, valebit quidem tranſactio ſine decreto. Eſt enim ea diſtinctio adhibenda, quam tradit l. lex quæ tutores. C. de admin. tut. quæ in tranſactione, venditione, & alienatione ſeruanda eſt. Idem autem de diuiſione rerum ad minores pertinentium dicendum eſt. Cum enim quęritur an minor ſit reſtituendus aduerſus diuiſionem, inſpiciendum eſt, quæ res diuiſæ ſunt, an res mobiles, an immobiles. Nam ſi res immobiles, ſiue ruſticæ, ſiue vrbanæ ſine decreto ſint diuiſæ, dicendum eſt diuiſionem ipſo iure non valere: ſi decretum fuerit interpoſitum, diuiſio valebit, nec ſuccurretur minori, niſi per reſtitutionem. Si vero res mobiles & ruſticæ ſint, & ſine decreto ſint diuiſæ, dicendum eſt non valere diuiſionem ipſo iure: ſi vero decretum fuerit interpoſitum, diuiſio valebit, nec ſuccurritur minori niſi per reſtitutionem. Videndum autem quis author fuerit diuiſionis. de qua l. 1. infrà de rebus eor. nam in diuiſione qua minor alium vult prouocare, debet ſenatus decretum interponi: in alia verò, qua alius minorem prouocat ad diuiſionem, non eſt neceſſarium decretum. Cum quæritur ergo an diuiſio ipſo iure valeat, habenda eſt tum ratio rerum quæ ſunt diuiſæ, tum perſonarum, vter prouocauit ad diuiſionem. nam ex eo iudicabitur, an ipſo iure valeat diuiſio necne: quia ſi interuenerit decretum, in quibus cauſis opus eſt decreto, valet diuiſio, ſed minor reſtituetur in integrum, ſi doceatur captus. Ex his intelligitur verum eſſe quod diximus, minorem reſtitui aduerſus tranſactionem, ſi in tranſactione fuerit circumſcriptus. Hinc naſcitur quæſtio quæ tractatur l. 1. hic. ſi minor ſit reſtitutus aduerſus tranſactionem aut diuiſionem, an aduerſario quoque proſit reſtitutio, vt actionibus ſibi competentibus vtatur, perinde ac ſi nulla diuiſio interueniſſet, & nulla tranſactio. in qua dicit Imper. *Tu quoque actionibus, quas pridem habuiſti, vteris.* Hæc verba, neceſſe eſt vt referantur ad aduerſarium, qui tranſegit cum pupillo, aduerſus quem pupilla impetrauerat reſtitutionem. Is enim audita minoris reſtitutione Imperatorem Seuerum conſuluit, an actionibus veteribus vti poſſet: qui reſcripſit, eum vti poſſe actionibus priſtinis. Sed incidit hic difficultas & antinomia ex leg. cum minor. 28. de minoribus. qui locus eſt difficilis. Minor eſt reſtitutus aduerſus ſententiam, in qua victus fuerat tutelæ iudicio directo: lis eſt inſtaurata, & cœpit agere contra tutorem, perinde ac ſi iudicatum non fuiſſet: volebat tutor experiri rurſus contrario tutelæ iudicio, in quo antea victor fuerat, quærebatur an poſſet. Ait Celſus non poſſe. In hac tamen huius prioris legis ſpecie reſtituto minore aduerſus tranſactionem, reſtituitur quoque actio, quæ competebat aduerſario. Hæc videntur magnopere pugnantia. Reſcribit enim Imperator aduerſarium eiſdem actionibus vti poſſe, quas habebat ante tranſactionem, cum in dict. l. cum minor. tutori prior actio denegetur. Sed animaduertendum eſt reſcriptum eſſe, non legem, ſeu conſtitutionem generalem: inter quæ multum intereſſe ſæpe monui, cum reſcriptum in certis cauſis reſcribatur, conſtitutio autem ſit generalis, generaliterque intelligatur: hodie tamen omnia authoritatem legum habent. Sed in interpretatione multum refert an ſit reſcriptum, an lex. Apparet autem hoc reſcriptum eſſe, quia ait Imper. *Tu quoque actionibus.* & adeo perſonale, vt ſit incertum, & omnes Accurſiani dubitauerint, an hæc verba ad minorem ſint referenda, an ad aduerſarium. Sed contextus ſatis oſtendit, de aduerſario eſſe intelligenda. At obſcuritas ex eo naſcitur, quod deeſt hic libellus in quo erat deſcripta ſpecies, ad quam hæc ſunt reſcripta. nam olim in libellis deſcribebantur ſpecies, ſicut hodie deſcribuntur ſpecies, quibus ſubſcribunt iudices. Hodie quidem principes non conſuluntur de iure vt olim, ſed libellus illis offertur. Quibus ergo tale reſcriptum occurrit, fingenda eſt ea ſpecies quam veriſimile eſt conuenire poſſe reſcripti verbis & rationi iuris, ab eaque non abhorrere. Videamus ergo an ſpecies ſit quæ poſſit conuenire huic reſcripto, & rationi iuris, vt non pugnet cum l. cum minor. Et facile eſt ſpeciem proferre huiuſmodi. Minor quidam fundum petiit, & tandem ſuper ea actione & lite mota tranſegit, aduerſus illam tranſactionem vult reſtitui in priſtinam actionem, quæritur an poſſit? Reſcripſerunt Imperatores minorem poſſe iure vti iiſdem, quas prius habuit actionibus, ſed eo aduerſus hanc tranſactionem reſtituto, aduerſarius quoque eius reſtituitur, etiam ſi in tranſactione ſtipulatio Aquiliana interuenerit, atque acceptilatio: idque fiet iudicis officio. Quod verum eſſe patet. Nam in l. cũ minor. diximus plerunque accidere, vt reſtitutio minoris aduerſario proſit, vbi adduximus exemplum l. etiam. §. 1. eod. cum ſpecies ſunt connexæ, & ſeparationem non recipiunt. Vnde idem dicendum eſt. cum actio aliqua competebat aduerſario, contra quem reſtitutio eſt impetrata: & actio ea eſt per tranſactionem, aduerſus quam reſtitutio eſt impetrata, amiſſa. Reſtituto enim minore aduerſus tranſactionem, neceſſe eſt actionem quoque reſtitui aduerſario. nã ſi aduerſarius agens cõtra minorem trãſegit & remiſit actionẽ, tranſactione eius actio amiſſa eſt. minor igitur cum reſtituitur, neceſſe eſt actionem quoq; reſtitui aduerſario. Nõ enim poteſt aliter res in priſtinũ ſtatũ reponi, quam ſi actio quoq; detur aduerſario amiſſa tranſactione. Si verò talis eſſet actio, quæ non eſſet amiſſa tranſactione, non ſtatim reſtituto minore reſtitueretur aduerſario amiſſa actio. neq; prodeſſet ei reſtitutio, vt in d. l. cũ minor. Iuriſconſ. enim hanc ſpeciẽ adducit: Minor agebat cõtra tutorẽ directa actione tutelæ: victus eſt, tutor agit contraria actione tutelę, petẽs ſibi ſumptus reddi: victus eſt & ipſe. Hæc iudicia ſunt ſeparata. Minor impetrauit reſtitutionẽ aduerſus ſententiã quæ fuit lata in actione tutelæ directa. Hoc iudicium nihil habet cõmune cum cõtrario iudicio: nec tutor amiſit actionẽ cõtrariã tutelæ per ſentẽtiam cõtra minorẽ latã, ideoq; reſtituto minore in directo iudicio, nõ reſtituitur tutor in cõtrario iudicio. Sed in caſu noſtro amiſſam ponimus actionẽ, quæ cõpetebat aduerſario per tranſactionem, aduerſus quam eſt impetrata reſtitutio. Reſtituto igitur minore, neceſſe eſt vt reſtituatur actio aduerſario, quam per tranſactionem amiſit. Hæc diſtinctio magnam habet æquitatem, & verbis legis non repugnat, ſecundum quam hæc facile conciliari poſſunt. Nos ita poſſumus fingere ſpeciem, quaſi actione vti poſſit aduerſarius, quã amiſerat propter tranſactionẽ, aduerſus quã minor fuit reſtitutus. Alia quæſtio naſcitur ex l. 2. Diximus reſtituto minore reſtitui quoque interdum actionem aduerſario, quã propter tranſactionem amiſerat: ſed quæritur quæ actio poſſit cõpetere aduerſario, ſi propter eã

tranſa-

tranſactionem, ſuam actionem amiſerit? Cum auctor tranſegit cum reo, & lite ceſſit accepta pecunia, ſi quæratur qua actione ei ſubueniatur, ſi reus nolit tranſactionem ſeruare? diſtinctio ſeruanda eſt, quæ eſt in l. ſiue apud. & l. vt reſponſum. l. cum mota. C. de tranſact. Videndum enim eſt, an acceptilatione actio ſit ſublata: nam ſi tunc aduerſarius nolit conuentis ſtare, non ideo poteſt actor agere actione veteri per acceptilationem extincta, quia in perpetuum ſublata obligatio reſtitui non poteſt. l. qui res. §. aream. de ſolut. dicta l. vt reſponſum. C. de tranſact. ſed aliter conſulitur actori, videlicet actione ex ſtipulatu, vel præſcriptis verbis. d. l. cum mota. C. de tranſact. Si verò pactum ſit ne peteretur ſine acceptilatione, ſi debitor nolit conuentis ſtare, tunc actor poteſt agere prima actione. Nam pacto non tolluntur obligationes. Si enim obiiciatur exceptio pacti, replicatione elidetur exceptio, quia replicabit actor in factum, fidem quoquo ab eo non ſeruari. l. ſiue apud. & l. ſi pro fundo. de tráſact. In ſpecie quam propoſuit, is qui tranſegit, ceſſit actione ſibi competente, ita vt eo nomine obſeruet tranſactionem reus: qua actione poteſt agere? Et ait Imp. ſi acceptilatione non eſt extincta actio, poteſt agere veteri actione: ſed ſi eſt perempta acceptilatione: ex inſtauratione inquit negotij, aget adhuc priori actione: ſine reſtauratione enim non poterit agere priori actione. nam etſi reſtituitur minor. & actio ipſo iure ſit extincta, tamen poteſt agere actione reſtitutoria, vt diximus ad tit. de dolo. & tit. de min. vel reſciſſoria, quæ ei competebat ante tranſactionem.

IN TIT. XXXIII. LIB. II. COD. SI ADVERSVS SOLVTIONEM à tutore, vel à ſe factam.

Verbum geſtum, quod eſt in edicto Prætoris, latiſſime patet, & non tantum ad contractus pertinet, ſed & ad diſtractus. Geſtum enim latius accipimus quã contractum, vt diximus l. ait Prætor. continet enim & diſtractus, vt eſt ſolutio. nam ſolutione diſſoluitur obligatio, non contrahitur §. 1. Inſtit. quibus modis tolli. oblig. Ergo ſiue contractum ſit, ſiue diſtractum cum minore, reſtitutioni locus erit. Duo autem ſunt loci præcipui huius tit. vnus eſt de ſolutione facta minori: alter eſt de ſolutione facta à minore: de vtroque ordine videamus. Ac de primo quidem, vt ſi minori debitor pecuniam ſoluerit, an ſit reſtituendus minor. Et dicitur in l. 1. huic, minorem reſtitui intra tempus legitimum, ſiue eius curatori ſit ſolutum. Exemplum hic eſt: quamuis debitor pupilli curatori ſoluens liberetur, tamen minor poteſt reſtitui, ſi captus ſit. (hoc enim ſemper eſt intelligendum, nunquam reſtitui minorem, niſi captus ſit) vt ſi pecuniam acceptam inutiliter conſumpſerit, vt dicitur d. l. ait Prætor. Hinc notandum eſt, eum qui curatori minoris ſoluit, liberari ipſo iure: quod & dicendum eſt, etſi ſolutum ſit minori ipſi, ſi fortè curatorem non habeat. l. 3. C. de in integ. reſtit. Nam etſi minor non habeat curatorem, ipſo tamen iure ratum eſt quod cum eo geritur, licet poſſit reſtitui, ſi captus ſit. Hæc diſtinctio traditur in d. l. 3. Ergo ſi minori ſolutum ſit curatorem non habenti, liberatur ſoluens ipſo iure. De pupillo aliter dicendum. Simpliciter enim dicitur non liberari ipſo iure qui ſoluit pupillo. l. pupillo. infrà de ſolu. l. contra iuris ciuilis regulas. de pactis. ſiue curatorem habeat, ſiue non: ſed tamen ſi locupletior factus ſit pupillus ea ſolutione, vel non pauperior, & is denuo agat, repellitur exceptione doli, d. l. pupillo. infrà de ſol. Sed nos hic de adulto loquimur, cuius curatori ſolutum eſt. Et certum eſt liberari ſoluentem, & tamen reſtitui minorem poſſe. In cauſæ cognitione ſpectabitur an captus ſit, nec ne. Vnde Vlpian. in l. ait Prætor. ait, adhibendum eſſe curatorem, cum ſoluitur pecunia à debitore minoris, nec cogendum debitorem ſoluere ſine curatore, ne forte eam pecuniam minor conſumat qua conſumpta velit reſtitui. Ideo conſultiſſimum eſt vt adhibeatur curator, qui eam pecuniam accipiat. Ideoque ſi minor agat aduerſus debitorem, iuſta eſt poſtulatio debitoris, ſi petat ei curatorem dari, ſi nullum habeat. Nam etſi liberetur ipſo iure, tamen quia periculum eſt, ne eam perdat, melius eſt vt petat ei curatorem dari. Si autem habeat curatorem minor, ſoluet debitor minoris curatori, quem veriſimile eſt non ita perditurum pecunias. Poteſt etiam debitor eiuſmodi pecuniam obſignatam deponere in ædem ſacram, ſecundum priſcum morem, de quo dixi l. qui Romæ. § Scia. infrà de verb. obl. vel in loco publico, vt l. acceptam. C. de vſur. De qua ratione ſignandi eſt l. vlt. infrà de lege commiſ. *Et ſacculum, inquit Scæuola, cum pecunia ſignatorum ſignis obſignauit.* Sed dixerit quis, an ita poſſit ſatis conſuli debitori, vt omnino tutus ſit & ſecurus, & nunquam minor poſſit reſtitui aduerſus ſolutionem? Reſpondet Vlpia. d. l. ait prætor. §. 1. eum poſſe ſecurum eſſe, ſi interuenerit iudicis auctoritas, & decretum. Hoc enim decreto tollitur omnis reſtitutio in integrum: quamuis in venditione rerum minoris aliud ſit dicendum. Nam etſi decretum interuenerit in venditione rerum minoris, nihilominus tamen poteſt reſtitui. l. ſi quidem. C. de præd. min. Sed in ſolutione rerum minoris eſt vis huius decreti, idque vtilitas exigit: quoniam agitur de ſolutione pecuniæ, quam cogitur debitor ſoluere: contrahere enim nemo cogitur cum minore. Igitur ſi accedat auctoritas & decretum iudicis ſolutioni, pleniſſimam ſecuritatem conſequetur debitor. Sequitur in d. l. ait prætor. *Qui tamen ſi Prætor decernat ſoluendam pecuniam minori ſine curatoribus*, &c. Si prætor iuſſerit ſolui, ſiue curatori, ſiue minori, minor non eſt audiendus ſi velit reſtitutionem petere. Sed notandum eſt quod hic dicitur. Si enim contradicat minor, & intercedat, dicens ſibi ſolui debere: tunc ſe opponet debitor, qui iuſſus à Prætore ſoluerit, & dicet ſe ſoluiſſe compulſum auctoritate iudicis, & ideo nihil eſſe imputandum, nec reſtitui debere minorem. Et de hac re plenior eſt conſtitutio Iuſtiniani l. ſancimus. C. de admin. tut. quæ eſt vna ex nouis conſtitutionibus ad emendationem veteris iuris edita. Facta autem eſt Conſſ. Lampa. & Oreſte, & inſerta eſt Codici poſt primam eius editionem, & compoſitionem Pandectarum. Ait igitur ibi Iuſtinianus, licere debitoribus pupillorum vel adultorum ad eos ſolutionem facere, ſi prius ſententia iudicialis ſine omni damno celebrata hoc permiſerit. Iureconſulti autem decretum vocant, quod hic ſententiam iudicialem Iuſtin. Ex his verbis in eadem lege additis, *Sequitur huiuſmodi cauſam pleniſſima ſecuritas*: vulgaris diſtinctio ineptiſſima nata eſt, Plenæ, Plenioris, & Pleniſſimæ ſecuritatis: ſicut finxerunt doctores diſtinctionem culpæ, propter l. quod Nerua. infrà depoſi. latæ, latioris, & latiſſimæ. Addit ibidem Iuſtinia. exceptionem, niſi ſit ſolutum aliquid minori expenſionibus domorũ cõductarum, & ex reditibus, qui ſoluuntur quotannis minoribus. Eſſet enim hoc caſu moleſtum debitoribus quotannis adire iudicem, vt ſuum decretum interponeret. Decreti igitur neceſſitatem in his tantũ requiri vult. Iuſtinia. quæ ex fœneratitia cautione minoribus debentur: adeò vt ſi pecuniam fœneratus ſit minor, & ei ſoluatur ex ea cauſa, debitor non conſequatur plenam liberationem, niſi iudicis auctoritas acceſſerit. Huius rei exemplum eſt l. 1. hoc tit. ex qua colligi poteſt, ſi tutor pecuniã debeat ex adminiſtratione tutelæ, & curatori minoris ſoluat, tunc nõ ſequi pleniſſimam ſecuritatẽ, niſi hoc fiat decreto iudicis interpoſito. Idem dicendum eſt de ſimilibus cauſis. Hodie id etiam obſeruari videmus in Gallia. Tutor enim à

Mos priſcus deponendi pecunias minorum in æde ſacra.

quo petitur pecunia, non cogitur ſoluere niſi iuſſus à iudice: ſi tamen velit, ſoluere poteſt. Licet enim ex forenſibus quidam putent ſoluere eum non poſſe ſine iudicis auctoritate, hoc tamen falſum eſt. Poteſt enim ſoluere, vt dixi, ſed id periculoſum erit: quia periculum eſt ne reſtituatur minor. Hæc de priori huius tituli parte, nunc ad ſecundæ partis explicationem accedamus.

Secundus locus eſt de ſolutione facta à minore. Ad hunc locum pertinet l. 2. hic. Si enim minor ſoluit pecuniam alicui tanquam debitor, poteſt reſtitui aduerſus ſolutionem: veluti ſi ſoluit lęgatum indebitum, tãquam ſi fuiſſet debitum. Sed hoc ita eſt intelligendum, ſi valeat ipſo iure ſolutio, quæ facta eſt ab eo: nam niſi valeat ipſo iure, non eſt locus reſtitutioni. Exempli gratia, ſi minor ſoluerit prędium vrbanum vel ruſticum ſine decreto prætoris, nullius momenti eſt hæc ſolutio, tunc enim non eſt ſolutio, ſed alienatio. l. magis puto. §. ſi pupillus, de reb. eorum. quia omnis actus per quem dominium transfertur, alienatio eſt. l. 1. C. de fundo dot. Omnis autem alienatio prædiorum minorum interdicitur Senatuſconſulto. l. 1. infrà de reb. eorum. Sed obiicitur à quibuſdam non poſſe hoc caſu locum eſſe reſtitutioni, quia condictio locum habet. Si enim ſoluerit per errorem & repetere poteſt, quid opus eſt reſtitutione? Sed ſæpe dixi, & cogor repetere, quia ſępe occurrit, condictionem indebiti, & alias actiones concurrere cum reſtitutione. Exemplum eſt in l. cauſæ. tunc enim tantum ceſſat reſtitutio, cum quis ipſo iure tutus eſt: at qui indebitum ſoluit, non eſt tutus ipſo iure, quia dominium rei ſuæ amiſit, igitur non ceſſat reſtitutio. Præterea condictio indebiti hoc caſu non competit, cum quid per errorem iuris ſoluitur. Igitur reſtitutio locum habeat neceſſe eſt. Condictio enim indebiti locum tũc habet, cum per errorem facti indebitum ſolutum eſt. l. error. C. ad legem Falcidiam. l. cum quis. C. de iuris & facti ignor. Quomodo autem ſint diluenda quæ obiiciuntur, docui ſub tit. de condict. indeb. hæc enim ſententia noſtra vulgo recepta non eſt. Obiicitur etiam l. interdum. de condict. indeb. vbi ait Vlpianus condictionem indebiti dari interdum propter perſonam, cum videlicet perſona locum facit condictioni, vt ſi minor ſoluerit, ſed eodem modo quo ſuprà reſpondendum eſt. Et præterea dicendum eſt locum habere quod dicitur in d. lege interdum, cum minor ſoluit ſine tutoris auctoritate, ſic enim loquitur d. l. interdum.

Quæ actiones concurrant cum in integrū restitutione.

IN TIT. XXXIV. LIB. II. COD. SI ADVERSVS DOTEM.

Hic locus refertur ad Prætoris edictum de minoribus, ſicut omnes alij tituli præcedentes. Geſtum enim ad dotis dationem & conſtitutionem refertur: nam ſi mulier dotem dederit, & in ea datione capta ſit, reſtituitur, quaſi cum ea aliquid geſtum ſit. Hæc autem reſtitutio aduerſus dotem locum habet, ſi duo concurrant, ſi capta ſit minor in dote danda, & valeat dotis datio, vtrũque. n. eſt neceſſariũ, ſicut alibi diximus in aliis reſtitutionum capitulis. Hi igitur loci diligenter notãdi ſunt. Hac autem ratione etiam maiori mulieri ſuccurritur: multo ergo magis minori. nam mulier maior decepta in dotis datione, poteſt reſtitui. leg. iure ſuccurſum. infrà de iure dot. idque probat hac ratione Iuriſconſ. quia id æquum & bonum eſt. Id æquum eſt, quia iniquum eſt alium cum alterius damno locupletiorem fieri. Atque id quidem mihi videntur addidiſſe Iureconſulti, quia ſemper ſpectatur in cauſa dotis quod æquius melius. Vnde cum dos metu eſt promiſſa, dicitur nullam eſſe promiſſionem. l. ſi mulier. §. ſi metu. ſuprà de eo quod metus cauſ. Sed quando dicatur mulier in dote danda circumſcripta, quæritur. Quæſtio hæc tractari ſolet hoc loco. Exemplum hic eſt de muliere, quæ in doté omnia bona dedit: ſimile eſt in l. ſi ex cauſa. §. 1. de minoribus ſi dederit totum patrimonium. Vulgò tamen dicitur, non ſufficere vt reſtituatur mulier, etſi totum patrimonium dederit. Adducitur l. nulla. Cod. de iure dot. in qua dicitur, nulla lege prohibitum eſſe, quominus vniuerſa bona fœmina marito in dotem det. Sed ea lex mihi ad rem non videtur pertinere: nam etſi nulla lex prohibet ne mulier omnia ſua bona in dotem det, non idcirco tamen prudenter facit mulier, quæ omnia bona in dotem dat. Videndum enim quid mulier prudens faciat, non quid ei permiſſum ſit. Sequitur igitur, mulieri non ſuccurri, ſi omnia bona ſua in dotem marito dederit. hoc nego. Sed dixerit quis, vtitur iure communi, quia lex hoc permittit. Minimè verò hoc eſt vti iure communi. Is enim rectè dicitur vti iure communi, qui ita ſe gerit in negotio adminiſtrando, vt patremfamil. diligentem & prudentem decet. l. verum. §. ſciendum, de minoribus. Verum quidem eſt non reſtitui eum, qui iure communi vtitur. l. vltim. Cod. de reſtit. mino. ſed mulierem quæ omnia ſua bona in dotem dat, iure communi rectè vti non dicitur. Dicendum ergo mulierem tunc circumſcribi, ſi omnia bona ſua in dotem dederit.

Vtitur iure communi, qui ita ſe gerit in negotio adminiſtrando, vt patremfam. diligentem & prudentem decet.

Alterum quod diximus eſſe neceſſarium, vt ſit locus reſtitutioni, hoc eſt, vt ſcilicet valeat dotis datio. Oportet enim primùm mulierem eſſe circumſcriptam: deinde valere dotis dationem: quia non ſuccurritur ei per reſtitutionem in integrum, qui ipſo iure munitus eſt. Exempli gratia: Prædia ruſtica & vrbana ſine decreto in dotem data ſunt, conſtitutio dotis ipſo iure nulla eſt. Alienatio enim quædam eſt, præſertim ſi pactum ſit interpoſitum de dote lucranda, vt ſit alienatio autẽ prędiorum minoris eſt prohibita ſine decreto, vt admonuimus. Sed tunc locus eſt reſtitutioni, cùm alia bona ſua, vtpote pecuniã in dotem dedit, vel cum decretum prætoris interceſſit. Ergo dixerit quis, prædia ruſtica vel vrbana in dotem dari poſſunt? Sunt qui dubitent. Et quæſtio de his mouetur in gloſſis Accurſianis in dict. l. nulla. Cod. de iure dot. Ego non dubito quin de prædiis quoque hæc verba, *vniuerſa bona*, intelligenda ſint. Id eſt expreſſum in leg. lex quæ tutores. Cod. de adminiſtrat. tutor. Sed difficultas naſcitur ex leg. ob æs alienum. C. de præd. mino. vbi dicitur, Ob æs alienum tantùm minorũ prædia diſtrahi permittitur. Ergo ob cauſam dotis non alienabuntur. Sed hic ambiguitas naſcitur ex collocatione verborum. nam dictio tantùm, ad ſequentia verba, non præcedentia eſt referenda, argum. l. in ambigua. ſuprà de legib. ad hæc ſcilicet verba, *cauſa cognita*. Idcirco autem dicit, *ob æs alienum*, quia fortè cõſulti fuerint Impp. de ære alieno, quæ ſpecies frequentiùs incidit. Similis locus eſt in leg. ſi quidem. in fin. de prædiis mino. ſine decret. quę multũ cõfert ad huius antinomiæ explicationẽ, vbi ait Imper. *cauſa tamẽ cognita*, quibus verbis remouetur omnis ambiguitas, quæ naſcitur ex collocatione verborum dic. l. ob æs alienum. Hęc igitur verba, *vniuerſa bona*, etiã de prędiis poſſunt intelligi, ſi cum decreto ſint data in dotem. At non ſit mẽtio decreti, & in dotem data ſimpliciter dicuntur. Fateor id quidem, nec opus fuit, nec diuinare hoc eſt. mentio enim non ſit decreti, quia de eo nulla fuit quæſtio. Reſcriptum tantùm eſt ad cõſultationẽ. In conſultatione enim ea tantùm exprimebantur, de quibus dubitabatur. Ergo intelligamus dotem ita datam, vt valeat dotis datio. Hic alia naſcitur difficultas. Dos enim repeti poteſt, ſoluto matrimonio: ergo reſtitutione non eſt opus: quia ſatis conſultum eſt hæredi mulieris per actionem ex ſtipulatu, qua dos repetitur. Sed iam ſæpius demonſtraui, hanc actionem reſtitutionis in integrum

Expoſitio l. ob æs alienum. C. de præd. minor.

concurre-

concurrere cum aliis actionibus. Præterea fieri poteſt, vt pactum de dote lucranda fuerit interpoſitum, quo caſu cum dos repeti non poſſet, neceſſaria erat reſtitutio. Id autem expreſſum non fuit, quia de eo non fuit Imperat. conſultus. Alia difficultas etiam oritur. Atqui videtur ipſo iure nulla eſſe huius dotis conſtitutio: ergo ceſſat hic reſtitutio. Hæc quæſtio eſt difficilis. Adducitur in hanc rem l. ſiue generalis. infrà de iure dot. vbi dicitur: Si amplius doti promiſſum ſit, quàm facultates mulieris patent, quamuis tutore interueniente, ipſo iure promiſſio & conſtitutio dotis nulla eſt, quia lege rata non habetur auctoritas, dolo malo facta. Si nulla eſt dotis promiſſio ipſo iure, & reſtitutio nullum habeat locum neceſſe eſt. l. in cauſæ. ff. de minor. Sed reſpondendum eſt fieri poſſe, vt mulier non ſit ipſo iure tuta, quamuis ſit circumuenta in dote danda. Sanè ſi interuenerit dolus malus, nulla eſt ipſo iure dotis conſtitutio, nec rata eſt. Id enim cautum fuit lege Lectoria, cuius meminit Cicero lib. 3. Offic. quia ſi adoleſcentes eſſent dolo malo circumſcripti, ea lege eis ſuccurrebatur. In cæteris cauſis dolus non vindicabatur ante formulam Galli Aquilij. Cum igitur lege rata non ſit auctoritas dolo malo facta, ipſo iure promiſſio tutore interueniente facta, qui dolum adhibuerit, non valet. Ex hoc Ciceronis loco ſatis colligitur quid ſit ipſum ius quem locum aliàs adduxi in commentario ad titul. de in lit. iurand. Dixi enim ipſum ius eſſe, ius pop. Roma. & [illegible] de legibus Romanis intelligi, ad differentiam iuris prætorij & eius quod naſcitur ex interpretatione prudentum: quod etſi ius dicatur, tamen id fit abuſiuè. Ergo ipſo iure non valet, quod lege ratum non eſt, vt auctoritas tutoris dolo malo facta, & conſequenter quod in dote danda ab eo vltra vires patrimonij conſtitutum fuerit. Sed ſi dolus non interuenerit, & ſimplicitate tantum ſua, vel lubrico ætatis ſit decepta mulier in dote conſtituenda, non dicemus, eam nihil omnino egiſſe, etſi omnia ſua bona in dotem dederit, ſed eſſe opus reſtitutione, quia ipſo iure non eſt tuta. Et ſic intelligendum eſt, quod hic dicitur, ipſo iure non valere dotis conſtitutionem vltra vires patrimonij à curatore promiſſam.

Lex Lectoria.

IN TIT. XXXV. LIB. II. COD. SI ADVERSVS DELIctum ſuum.

Videndum eſt, an verbum Geſtum ad delicta quoque pertineat. De contractibus & quaſi contractibus nulla eſt dubitatio. Quæſtio igitur eſt de delictis, an in iis reſtituatur minor. Hic dicitur in delictis non eſſe locum reſtitutioni. Sed vt commodius hic tractatus explicetur, notandum eſt duplicem hic eſſe quæſtionem, vnam de minore reo contra quem agitur: alteram de minore actore & accuſante. quæ quidem ſeparandæ ſunt, vt vitetur confuſio. Et primò quidem videamus de minore contra quem ex delicto agitur, ſi teneatur, an poſſit reſtitui. Et dicendum eſt, minorem ita teneri ex delicto, vt non ſuccurratur ei per reſtitutionem. l. 1. & 2. hic. In reſtitutione enim, vt diximus ſæpe, petitur venia erroris proprij. l. præfecti. de mino. nam minor ad impetrandam reſtitutionem in integrum, allegat proprium errorem, aut ſe facilitate & lubrico ætatis deceptum eſſe: cuius cauſa petit reſtitui. at impudens eſſet, ſi peteret delicti veniam, & ob dolum, & maleficium reſtitutionem. Ideoque ita eum teneri dicimus ex delicto, vt extraordinario auxilio ei non ſubueniatur. Simile eſt, quod dicitur in l. auxilium. 37. de minoribus. In delictis, inquit Tryphoninus, minor annis vigintiquinque non meretur in integrum reſtitutionem, vtique atrocioribus: niſi quatenus interdum miſeratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit. Hanc exceptionem adiecit Iuriſconſultus, vt oſtendat in pœnis infligendis in delinquentes nonnunquam rationem haberi ætatis, ſicut ratio habetur aliarum circumſtantiarũ. l. aut facta inf. de pœnis. Vnde dicimus pœnas eſſe arbitrarias. l. hodie. infrà de pœnis. Hócq; vulgare eſt in foro: quãuis. n. legib. publicis certæ ſtatutæ ſint pœnæ, tamen in earum legũ interpretatione, aiunt Iuriſconſulti paſſim licere vel minuere vel augere pœnas pro varietate circumſtantiarum & perſonarum. Sed & hodie videmus eas humiliores duriori ſupplicio affici: quemadmodum olim pœna legis Cornel. in liberos erat deportatio, in ſeruos vltimum ſupplicium §. item lex Cornelia. Inſtit. de publ. iudi. In hoc arbitrio ſtatuendi pœnam iudex habet rationem ætatis. Vnde dicitur: *Niſi quatenus miſeratio ætatis, &c.* Minori ergo non ſubuenitur in delictis atrocioribus per reſtitutionem in integrum. Exempla ſunt in d. l. auxilium. de minor. quod vt alia quædam punit lex Iulia de adult. *Nec ſi quid eorum commiſerit, quæ pro adulterio eadem lex punit, veluti ſi adulterij damnatam ſciens vxorem duxerit, &c.* Hæc ſunt præcipua capita legis Iuliæ de adulteriis: ideoque hic locus notatu dignus eſt. pertinens ad tit. legis Iuliæ de adulter. ſub quo hæc capita explicantur.

Interdum miſeratio ætatis inducit ad mediocrem pœnã perducit.

Alia exempla ſunt in l. ſi ex cauſa. §. nunc videndum. de minor. Nihil autem refert an minor deliquerit in contrahendo, an ſine contractu, vt locum habeat quod hîc dicimus, & ei denegetur reſtitutio. Exempli gratia, depoſui rem apud minorem, & dolum admiſit in ea re: mihi tenetur, & agam ex contractu aduerſus eum actione depoſiti. Nihil enim refert, ex qua cauſa ob dolum ſuum conueniatur, an ex dolo admiſſo in contractu, an extra contractum, & an ciuiliter, an criminaliter. Cùm agitur actione furti, agitur ciuiliter: cum ex lege Iulia de adulteriis, criminaliter agitur: in his nunquam reſtituetur in integrum. Simile eſt in d. l. ſi ex cauſa §. ſi mulier. Si vxor à marito, vel contrà maritus ab vxore cum culpa diuertat, an poſſit reſtitui, ne amittat dotem? Hæc enim pœna eſt diuortij. l. cõſenſu. C. de repud. non poteſt, quia deliquit. nam aduerſus leges facit, qui ſine cauſa diuertit.

Pœna diuortij eſt dotis amiſſio.

Aliud exemplum eſt, ſi minor dolo malo non ſoluerit vectigal mercis nomine, quia merx committitur. l. commiſſa. inf. de publ. & vectig. nec aduerſus commiſſum reſtituetur in integrũ minor. Quamuis autem nihil referat, an ex dolo admiſſo in contractu, an ex dolo admiſſo extra contractum quis conueniatur: multum tamen refert ſcire cuius ætatis ſit minor. Poteſt enim eſſe impubes, poteſt eſſe infans. Vnde quæritur, ſi ſit impubes, aut etiam infans, an locum habeat quod hîc dicitur. In hoc ſequenda eſt diſtinctio, quæ traditur in l. infans. inf. ad legem Iuliã de ſicar. l. impuberẽ. de furt. l. impunitas. Cod. de pœn. l. pupillũ de regul. iur. & ſimil. Diſtinguitur impubes, qui doli capax eſt, & proximus pubertati, ab eo, qui doli capax non eſt. Impubes, qui doli capax eſt, tenetur: ſi verò doli capax non eſt, quia longè abeſt à pubertate, non tenetur, nec ei vlla reſtitutio eſt neceſſaria. Nã perinde eſſet, ac ſi diceremus pecudem teneri. d. l. infans. infrà de ſicar. Fruſtra ergo quæritur, an reſtitutio ſit concedenda, cùm perſona ſit huiuſmodi, quæ non tenetur ex delicto. Sed hîc de minore loquimur, qui doli capax eſt, & pubertati proximus.

Hæc ſententia, etſi vera ſit, multas tamen habet cautiones. Quid enim enim ſi delictũ admiſſum ſit ſine dolo & culpa, ſed tantum negligentia, & non ex animo? Durũ eſſet hoc caſu denegare reſtitutionẽ, vt dicitur in l. 1. hîc. id eſt, ex dolo & cõſilio, & ex propoſito. Delictũ certè poteſt eſſe ſine propoſito, & ſine dolo. l. perſpiciẽdum. §. delinquitur. inf. de pœnis. ergo tunc ſubuenietur

minoribus. Sequitur: *Etiam ſi pœnæ cauſa pecuniæ damnum irrogetur.* Pœnæ cauſa pœna pecuniæ irrogatur, ſi quis culpa tantùm deliquerit, imò & ſi caſu quis tãtum deliquerit. Lex enim eſt, inquit Papinianus, delictorum quę ſpõte vel ignorantia cõtrahuntur, coercitio. l. 1. ſup. de legib. Vel, vt dicit Demoſthenes in orat. aduerſus Ariſtogitonem, *ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων.* Exemplum aliud eſt in l. 2. hîc Senatuſconſulto Tertulliano mater excluditur ab hæreditate filij ſi eitutorem non petierit dari. l. matres C. ad Tertullia. Hic maximus rigor obſeruatur. Nam niſi tutorem ei pētierit dari, ne prætextu quidem iuris ignorantiæ excuſatur ab hac pœna. l. vlt. C. qui pet. tut. quãuis alioqui mulier iuris ignorantia excuſatur. Sed hoc eſt intelligendum de muliere maiore vigintiquinque annis. Si verò minor ſit mulier, reſtituitur, vt admittatur ad filij ſui hæreditatem. Creditur enim ex leuitate quadam mulieris magis quàm ex malitia id actum eſſe. Itaque facilè ignoſcitur mulieri. Huc pertinet l. ferè. infrà de reg iur. Ferè, inquit Paulus, in omnibus pœnalib. iudiclis ætati & imprudentiæ ſuccurritur.

Exemplum eius regulæ ſumendum eſt ex edicto de in ius vocando, quod multa capita continet. Vnum eſt de filio ſine decreto vocato: is non venit: petitur quinquaginta aureorũ pœna. Quid ſi minor ſit, an ea pœna exigetur? Minimè verò, quaſi dolo non fecerit: quia inquit, ætati & imprudẽtiæ ſuccurrẽdũ eſt. Idem dicẽdum eſt in edicto, quo cauetur. *Ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat.* Si enim, qui exemerit, minor ſit videtur quoque reſtituendus. Et hæc ratio eſt, quia hæc edicta ferè in dolum concipiuntur. vnde cum aduerſus edictum minor quid admiſit, facilè creditur iuuenili ætate id admiſiſſe, quàm malo animo, niſi dolus eius arguatur. Ideoque ait Paulus: *Ferè in omnibus pœnalibus iudiciis. &c.* Hæc exempla adduxi ex tit. de in ius vocan. & titul. ne quis eum, qui in ius vocat. &c. quia Paulus ad interpretationem illorum edictorum ea ſcripſit. Inſcriptio enim eius regulæ eſt, Paulus lib. 4. ad edictum, in quo explicauit Paulus tit. de in ius vocan. & ſequen. tit. qui ferè eandem interpretationem habent.

Ex his igitur locis colligenda ſunt exempla eius regulæ: & ſic in ſimilibus faciendum, quæ aliàs intelligi non poſſunt ſub titu. de regul. iur. vt aliàs admonui. Addendæ ſunt plures exceptiones ex d. l. ſi ex cauſa. §. nunc videndum. Quarum hæc prior eſt. Ait enim minorem reſtitui aduerſus inficiationem actione legis Aquiliæ. damnatus eſt in duplũ ob inficiationem. Nam inficiationis pœna eſt duplum. l. inde Neratius. infrà ad leg. Aquil. an poſſit reſtitui? Quæſtionem facit quod dicitur ex delicto minorem non reſtitui. Sed Vlpianus ait eum reſtitui hactenus, vt pro confeſſo habeatur, & non teneatur ob inficiationem ad pœnam dupli. Non igitur reſtituitur aduerſus delictum, ſed aduerſus inficiationem, qua in iudicio vſus eſt.

Minor cõueniebatur actione legis Aquiliæ.

Sed nonne delictum eſt inficiari ſe damnum dediſſe iniuria? Delictum quidem eſſe poteſt, & poteſt inficiatio dolo malo fieri: quia tamen in minore creditur ex temeritate id potius proficiſci, quàm ex dolo, facilè ei ignoſcitur, niſi euidens dolus arguatur. Et id eſt, quod vulgò dicitur hoc loco, diſtinguendum aduerſus dolum præſumptũ quidẽ reſtitutionẽ dari, ſed aduerſus dolum verum non reſtitui. Hoc non ineptè dictum eſt. In id enim recidit quod nos diximus, tunc fauendum ætati, & reſtitutionem procedere, cùm aliqua tantùm ſuſpicio doli eſt: non tunc cum euidens eſt dolus.

Alia eſt exceptio d. l. ſi ex cauſa. §. ergo & ſi. Cum minor furti teneatur, potuit decidere cum aduerſario ſuo, & pœnam vitare, qua ſue actione furti tenetur dupli, ſcilicet, vel quadrupli. nam ſi id non eligit, reſtituitur. Hoc eſt diligenter notandum. Exempli gratia: Paratus erat aduerſarius cum minore tranſigere, ſi voluiſſet rem reſtituere: maluit tamen iudicium ſubire minor: quæritur an poſſit reſtitui? Aduerſus delictum quidem non reſtituitur minor, ſed tamẽ aduerſus tranſactionẽ omiſſam poterit reſtitui, vt negotium pro tranſacto habeatur, quod tranſactum non eſt, & de quo tranſigere potuiſſet, niſi fuiſſet circumuentus.

Hinc notandum eſt, quàm vtile ſit minori, tractatum habere & ſermonem cum aduerſariis de decidendo negotio, vel tranſigendo. nam tunc ſi paratus ſit aduerſarius decidere cum eo, & maluerit minor ſubire iudicium, & condemnatus fuerit, poterit reſtitui. Ideoque, qui habent litem cum minoribus, diligenter cauere debent, ne quid eis offerant, vel cum eis tranſigere inſtituant. nam ſi poſtea minores eo neglecto condemnati fuerint, poterunt ad id reſtitui.

Hæc eſt cautela Cæpolica, quæ diligenter eſt menti tenenda. Hæc autem ſpecies ſimilis eſt ſuperiori: vt enim illic non reſtituitur minor omnino contra delictum, ſed inficians pro confeſſo habetur: ita hîc non omnino reſtituitur contra furtum, ſed habetur negotium pro tranſacto, hactenus vt vitet pœnam tripli, vel quadrupli. Sequens locus eſt de minore ex delicto agente, an reſtitutio in eo locum habeat. De hac verò quæſtione videte l. auxilium. D. de mino. in Florentinis Pandect. ſic legitur: *Auxilium in integrum reſtitutionis executionibus pœnarum paratum non eſt.* quæ vera eſt lectio. In C. Norico, pro *executionibus*, legitur *exceptionib.* cum dictione, *in*, corruptè. Quomodo autem id ſit accipiendum, docet Iuriſconſ. exemplis. Sequitur enim: *ideóque iniuriarum iudicium ſemel commiſſum repeti non poteſt.* Iniuriarum actio omiſſa eſt pacto fortè, vel diſſimulatione eſt abolita: vt ſi quis cum eo potauerit quem iniuria affecit. §. vlt. Inſtitut. de iniur. vel expreſſa remiſſione. Ponamus igitur omiſſum iudicium iniuriarum à minore, quæritur an poſſit reſtitui? negat Tryphoninus poſſe. *Executionibus. n. pœnarum*, inquit ille, paratũ non eſt auxilium in integrũ reſtitutionis. Id eſt, Cum minor perſequitur quod ſua intereſt, tunc enim ſubueniri poteſt: ſed hoc remedio nõ ſuccurritur ei qui pœnas exequitur. Exequi quid ſit, conſtat ex l. in executione. infrà de verborum obligat. quod non intelligens fortè Holoander, mutauit hoc verbum *executionibus*, & repoſuit, *in exceptionibus*, Legendum ergo *executionibus*, ſina voce *in*. Hoc igitur auxilium non eſt paratum executionibus pœnarum. Cum enim quis ea actione agit, qua pœnam perſequitur, vt eſt iniuriarum; rem ipſam non perſequitur nec quod ſua intereſt, ſed pœnã tãtùm, & merã vindictã. leg. prætor. §. ſi dicatur. infrà de iniur. vbi ait Iuriſcõſul. eũ qui agit iniuriarũ, non petere ſibi damnum ſarciri, ſed vt vindicetur contumelia illata. Sic euidẽs eſt differẽtia inter actionẽ iniuriarũ, & actionem legis Aquiliæ. Exemplum huius differentiæ eſt in l. ſi ſeruus. §. cæterũ. ad leg. Aquil. Si quis ſeruũ meũ vulnerauerit, datur actio legis Aquiliæ, quia damnũ mihi dederit, ſi quis autẽ percuſſerit ſeruũ meũ, & iniuria affecerit, nõ datur actio legis Aquiliæ: quia nõ deterior eſt factus ſeruus, nullúmq; eſt mihi damnũ datũ. Ideóq; datur actio iniuriarũ, qua peto, vt iniuria vindicetur. Igitur actio iniuriarũ nudã vindictã perſequitur, nõ tantum pœnã. Quædã enim ſunt actiones, quæ etſi ad vindictam pertineant, tamẽ damnum etiam perſequuntur. hæc verò damnum nõ perſequitur, ſed meram pœnam, vt diximus. Igitur aduerſus eã actionẽ omiſſam nõ reſtituitur minor. An de pœna furti, & de aliis actionibus idem ſit dicendũ quod de actione iniuriarum, hîc quæri ſolet. nam inter actionem iniuriarum, actionem furti, & actionem vi bonorum raptorum, multum intereſt, quamuis omnes ſint pœnales: quia, vt dixi, actio iniuriarum ad vindictam tãtùm pertinet: hæ verò ſunt,

Cautela contra minores.

quibus

quibus rem perſequimur. Mihi tamen probabilius videtur, idem dicendum de aliis actionibus, quæ meram pœnam perſequuntur, ſicut actio de furto, quæ quadruplum, perſequitur, & actio vi bonorum raptorum. Mouet me, quod Tryphoninus generaliter loquitur. Ex eo enim id infert, & colligit in iniuriarum actione: illius regulæ vnum adducens exemplum, à quo cætera non diſtinguuntur. Neque enim illud vnicum exemplum eò appoſuit: quod id tantum locum habeat in actione iniuriarum. Et magna videtur ratio in aliis pœnis, vt pœna furti. Pœnæ enim executio odioſa eſt. l. ſeruus ea lege. infrà de ſeruis export. Seruum vendidi, ne in Italia commoraretur puniendi ſerui cauſa, eóque nomine promiſſa eſt pœna ab emptore, ſine ſtipulatione, ſi id non factum ſit, non poſſum agere, ſed ſi conueniſſet, vt manumitteretur, id eſt, de eo quod vſui eſt homini, ſi factum non ſit, dabitur eo nomine actio, quia hominem affici beneficio intereſt hominis. Non tam benignè interpretamur leges pœnales, quàm eas quæ fauorem aliquem continent. Hic obiicitur l. 1. §. accuſationem. infrà ad Turpil. vbi dicitur, ſi deſtiterit minor ab accuſatione, non impetrata abolitione, ignoſcitur ei, quominus puniatur pœna S. C. Turpil. Ea pœna eſt quinque aureorum, cuius mentio eſt in loco ſingulari. l. 3. infrà de præuaric. Si enim quis nõ impetrauerit abolitionem, pœna hæc ei infligitur: quam tamen minori remittit Iuriſconſultus. Cur igitur hic dicimus in accuſationibus minorem non reſtitui? Hæc diuerſa ſunt. Aliud enim eſt pœnam perſequi, & aliud petitio pœnæ exemptionis. Cùm igitur minor vult reſtitui, vti pœnæ eximatur, datur ei reſtitutionis auxilium: cum verò vt pœnam perſequatur, denegatur reſtitutio, cùm auxilium huius reſtitutionis regulariter nõ ſit paratum pœnis. De pœnis conuentionalibus hic etiam quæri ſolet, videlicet an ſit hoc intelligendum de pœnis, quæ ex contractu minori debentur, & ab eo omiſſæ ſunt, & an in iis poſſit minor reſtitui. Si hæreamus verbis Iuriſconſulti, omnino minor excluditur. Sed ratio non patitur, vt de pœna conuentionali hoc intelligatur. Mouet me quod dicitur in l. ait prætor. in princip. D. de minor. vbi ait Iuriſconſ. Geſtum generaliter accipi, ſiue conuentũ ſit, ſiue aliud quid cõtigerit. Neque refert an de damno, an de lucro agatur, vt dic. l. ait prætor. §. hodie. Agitur autem de lucro, non de damno, cum de pœna agitur. Et ſanè tota hæc noſtri Iuriſconſ. Tryphonini diſputatio ſatis oſtendit, ea verba de delicto eſſe accipienda, & cum quis ex delicto pœnam perſequitur, non autem cum ex conuentione.

Hominum intereſt, hominem beneficio affici.

Minori ſi abolitionem non impetrauerit, ignoſcitur.

IN TIT. XXXVI. LIB. II. COD. SI ADVERSVS VSVCAPIONEM.

EDictum prætoris, in cuius interpretatione verſamur, ad vſucapionem pertinet, ſicut ad aliud quodcunque genus alienationis. Ideóque minor reſtituitur aduerſus vſucapionem. Hæc autem reſtitutio ideo eſt neceſſaria, quia vſucapione dominiũ acquiritur poſſeſſori, & minor amittit rei ſuæ dominiũ. De pupillo quæritur. Et dicitur in l. bonæ fidei. inf. de acquir. rer. dom. non poſſe rẽ pupilli vſucapi, ideóq; reſtitutio in integrũ non eſt neceſſaria. Sed diuerſum eſt in minore. Nec verò refert, an res mobilis, an immobilis, vt fundus, vſucapta ſit: nam etiam aduerſus vſucapionem fundi neceſſaria eſt reſtitutio. Nec audiendi ſunt, qui hæc verba tãtùm de rebus mobilibus interpretantur, quaſi immobiles res nõ vſucapiantur. Aiunt dominium vtile, non directum vſucapione acquiri. Hæc ſunt commenta Bartoli, quibus obſcurauit iuriſprudentiam. Omnes enim res vſucapiuntur, vt eſt in princ. tit. Inſtit. de vſuc. & l. 3. D. eod. in prin. & ego aliàs docui. Ergo cũ dicitur fundus vſucapi, vt crebrò dicitur, neceſſe eſt intelligamus fundi dominiũ acquiri poſſeſſori. Hinc illud Horat.

Quædam ſi credas conſultis, mancipat vſus.

Mancipare enim eſt dominium transferre. Ergo intelligamus tam res ſoli, quàm res mobiles vſucapi poſſe. Sed dixerit quis, in alienatione prædiorum minoris neceſſarium eſt decretum, alioqui non valet, alienatio. Cum autem alienatio non valet, non eſt opus reſtitutione in integrum. leg. in cauſæ. D. de minor. At vſucapio eſt alienatio. leg. alienationis verbum. infra de verbo. ſignific. l. 1. C. de fundo dota. Si alienatiò rerum minoris ſine decreto prætoris nulla eſt: ergo ſine decreto vſucapio rerum minoris nulla eſt. Sed certum eſt vſucapionem valere etiam fundi, & prædij quod minoris eſt: nec locum habet quod dicitur de alienatione facta ſine decreto, titul. de rebus eor. & ſimil. nam ad vſucapionem non pertinent: nec alienationem in eo loco ita debemus intelligere. Quod enim ſcripſit Paulus in dict. leg. alienationis verbum. de verbor. ſignificat. non ſcripſit ad hanc rerum alienationem minorum, ſed ad edictum de rei vindicat. quod facile ex inſcriptione capitum animaduertimus. Ea enim lex habet inſcriptionem Pauli lib. 21. ad edictum, quam etiã inſcriptionẽ habet, quæ ex Paulo leguntur ſub titul. de rei vendic. Ergo hoc à Paulo ſcriptum eſt, cum de rei vindicatione diſſereret. Rei autem vindicatio dicitur competere domino, qui rem ſuam alienauit. Ideóque poſſeſſori, qui vſucepit rem, competit rei vindicatio, non ei, cuius res vſucapta eſt. Quia igitur videbat Paulus eandem rationem eſſe in venditione, quam in vſucapione, ſic interpretatus eſt verbum alienationis, atque ita receſſit à proprietate verborum. Sed ſub tractatu de rebus eorum, qui ſub tutela, vel cura ſunt, &c. hoc verbum non ita accipitur. Eſſet enim ineptum quærere, an decretũ in vſucapione deberet interuenire. Ergo quod hic dicitur de rebus minoris, de quibuſcunque rebus accipi debet: quia etiam vſucapiuntur prædia minoris. Et regula vulgaris eſt, quæ traditur in leg. quæ ſub conditione. §. fina. infrà de conditio. inſtitut. Non eſt neceſſe adire prætorem in his, quæ lex permittit. In executione legis non eſt decretum neceſſarium prætoris. Hic obiter notãdum eſt exemplum reſtitutionis, quæ in rem datur, de qua diximus in leg. in cauſæ. §. interdum. de minoribus. Vbi admonuimus, quomodo hoc ſit accipiendum, non quòd in rem ſit ſcripta hæc actio, vt Bartol. & alij exiſtimauerunt: ſed quia ita reſcinditur interdum negotium, vt detur actio in rem, interdum actio in perſonam. Si amiſerit actionem in rem, reſtituetur ei actio in rem: ſi actionem in perſonam, reſtituetur actio in perſonam. Et ſi quis hac executione vti velit, diplomate impetrato vti poterit, vt hodie fit, ſi quæratur quo in loco ſit agendum, ſequemur naturam actionis, quæ reſtituta eſt, vt ſi actio in rem reſtituta ſit, actor experiatur ea. leg. vltim. vbi in rem actio. tunc enim dabitur actio actori, vt agat, vel vbi domicilium habet reus, vel vbi res ſita eſt. Si verò in perſonam actio eſſet reſtituta, agendum eſſet, vbi reus habet domicilium. Hinc quæritur l. etiam. 2. de minorib. de eo qui priuſquam naſceretur, vſucaptum amiſit. Cœpit, exempli gratia, poſſideri res Titij, qui decedens reliquit vxorem prægnantem: perfecta eſt vſucapio, dum eſſet prægnans mulier: quæritur an poſſit pupillus aduerſus vſucapionem reſtitui. Quod hic dicitur nõ caret dubitatione: quia dicitur rẽ pupilli vſucapi non poſſe. leg. bonæ fidei. inf. de acquiren. rer. domi. dicta autem l. etiam. loquitur de eo, qui minor eſt quàm infans. Cum igitur res non vſucapiatur, non videtur locus eſſe reſtitutioni, iuxta l. in cauſæ. At mihi videtur duplici ratione reſtitutionem hîc locum habere. In primis, quia vſucapio non fuit cœpta contra pupillum, ſed contra patrem, cui hæres extitit,

Neceſſe enim eſt, intelligamus, vſucapionem cœptam antequam natus & conceptus eſſet hic minor. nam non potuit tanto tempore in vtero fuiſſe, ideoque quia non fuit cœpta vſucapio contra eum, ſed contra eius deceſſorem, datur reſtitutio. Secūdò, quia nondū natus erat, & erat adhuc in vtero. nā d. l. bonæ fidei. loquitur de pupillo, non de eo, qui adhuc erat in vtero. Scio haberi pro natis eos, qui in vtero ſunt quād ad eorum commodum attinet. l. qui in vtero. ſuprà de ſtatu hominum. nō tamen ideo ſequitur tunc eum haberi debere pro nato. Nam mero iure nolium differunt à natis hi qui adhuc in vtero ſunt, cum de ipſorum commodo & incommodo agitur. l. vlt. infrà de collat. bono. vbi dicitur non eſſe in poteſtate patris eum, qui nondum eſt editus: ſed tamen benigniore interpretatione intellige natum eum, qui adhuc in vtero eſt. Occurrunt quædam aliæ quæſtiones de præſcriptionibus, de quibus dicemus in l. vltim. Cod. in quibus cau. in integ. reſtit. non eſt neceſ.

IN TIT. XXXVII. LIB. II. COD. SI ADVERSVS Fiſcum.

QVia multa ſingularia habet fiſcus, ideo quæritur, an minor ex edicto prætoris contra fiſcum ſit reſtituendus, & quatenus. Multa ſingularia in cauſis fiſcalibus eſſe neceſſe eſt, propter vtilitatem, vt fiſcus ſcilicet augeatur, ſine quo ſtatus Reipublicæ conſeruari non poteſt. Fiſcus eſt pecunia publica, inquit Aſconius Pedia. ſiue illa principis ſit, ſiue imperij. Ærarium dicitur populi apud Plinium in Panegyrico: fiſcus autem principis. Sed in iure ciuili his verbis promiſcuè vtimur, quia idem ius principis eſt in omnes. l. bene à Zenone. Cod. de quadr. præſcript. Fiſcum autem vocamus per metonymiam, eum qui adminiſtrat res fiſci, vt hîc. l. ſi aduerſus fiſcum. Eſt tit. lib. 1. D. de offic. procurat. Cæſa. id eſt, de eo qui res Cæſaris adminiſtrat, qui etiam Rationalis dicitur, vt & à Lāpridio in Alexan. & l. 2. C. de modo mulcta. vbi ait Imperat. Alexan. Rationalem nō habere poteſtatē mulctæ dicendæ. Dicitur etiam curator Cæſaris, l. vltim. de offic. procur. Cæſar. Et etiam procurator priuatæ rationis. l. procurator. C. de eden. Seuerus Imperat. vocat diſpenſatorem ſuum. l. 1. hîc. Diſpenſare, curare, procurare, eundem ſenſum habent. Ἰδιος λόγος dicitur apud Strabonem lib. 1. Dicitur etiam procurator priuatæ rationis. l. 7. Cod. de eden. & ex eo quod ſcribitur tit. de offic. procu. Cæſar. & ration. & præfectus fiſci. Apparet autem hunc procuratorem eodem munere functum, quo procurator priuatorum hominum, licet quædam ei attributa fuerit iuriſdictio, vt ſcribit Cornelius Tacitus lib. 12. Sueton. in Claud. & Dion in Tyberio, quàm primùm ab Imperatore Claudio fertur accepiſſe. Hodie iuriſdictionem habent, quoties lis eſt inter priuatum & fiſcum, vt explicatur l. 1. C. de iuriſdict. omn. iudic. & toto tit. C. vbi cauſæ fiſca. & colligitur ex omnibus legibus huius tit. & præſertim ex l. 1. Sed vt ad quæſtionem propoſitam redeamus, videndum an minor reſtituatur contra fiſcum? Et dicendum eſt eum reſtitui, l. 1. hic. ſi captus ſit, ſi longè minori pretio contraxerit. Fiſcus enim, inquit Seuerus, iuris publici ſequetur auctoritatem. Publicum ius, commune vocat, per ἀκυρολογίαν, quia nonnunquam ab eo diſtinguitur, l. iuriſgentium. ſi paciſcar. ſuprà de pact. hoc eſt quod dicitur vulgò, fiſcum vti iure priuatorum, vt l. item veniunt. §. in priuatorum. infrà de petit. hæred. Igitur ſingularia tributa fiſco diligenter ſunt notanda. Contra fiſcum igitur minor captus reſtituitur. Huc pertinet l. in fraudem. §. vlt. infrà de iure fiſci. vbi dicitur prædia fiſci non debere minoribus locari, ne fortè eis poſtea ſubueniatur ætatis beneficio: ideoque è re fiſci non eſt, vt contrahat cum minore. Huc pertinet l. ſi ex cauſa. §. ſi in commiſſum. D. de minor. Quia minor non ſoluit vectigal, quod mercis nomine peteretur, dicitur in commiſſum incidiſſe. Cōfiſcatur enim merx propter non ſolutum vectigal. leg. commiſſa. infrà de publ. ob minorem tamen ætatem ſubuenitur ei, niſi dolus eius interuenerit. Nam aduerſus dolum non reſtituitur minor, vt iam diximus. De hac autem reſtitutione quis cognoſcat inter fiſcum & minorem. traditur in l. 2. hîc. vbi Imperat. Alexan. ait, patronum fiſci, qui dicitur etiam rationalis. l. vltim. hîc, & procuratorem Cæſaris vnà cum præſide de ea cognoſcere. Hinc quæſtio naſcitur, quæ tractatur l. 3. vbi diſtinctio ponitur, quæ magnopere huc pertinet, qua cognoſcitur cauſa huius reſtitutionis. Explicandæ huius quæſtionis gratia, quædam prius ſunt intelligenda. In primis cum minor reſtituitur aduerſus fiſcum, cum quo contraxit, multum refert qua ex cauſa & quomodo cum fiſco contraxerit. Contingit aliquando, vt fiſcus rem aliquam vendat vt propriam, quæ tamen ſua non eſt: aliquando vt rem alienam vendat non vt propriam, ſed vt alienam, quia debitor fiſci non ſoluerit. Cum rem vendit vt ſuam, ſequendum eſt id, quod conſtitutum eſt variis Imperatorum cōſtitutionibus, quarum meminit Iuſtinianus tit. de vſucap. in Inſtit. Meminit in primis edicti cuiuſdam. D. Marci, cui ſucceſſit Zenonis conſtitutio, deinde alia Iuſtiniani. Videamus quid his conſtitutionibus caueatur. Edicto D. Marci cautum eſt, vt ſi fiſcus rem alienam alicui vendat vt ſuam, poſt quinquennium, ſi ea res vindicetur, emptor exceptione ſubmoueat agentē. Nam ſi dominus rei velit rem à poſſeſſore vindicare, poterit equidem, ſed poſt quinquennium ſummouebitur exceptione. §. vltim. de vſucap. Inſtitut. Hoc edicto excipiuntur minores, quibus ſuccurritur beneficio ætatis, vt poſt quinquennium reſtitutione impetrata poſſint agere, vt d. l. vlt. hic ſignificatur. Dum enim dicit Imperat. *Edicto diui Marci res minorum exceptæ, nihil tuum adiuuant deſiderium.* ſignificatur minori ſuccurri, ſi aduerſus emptorem & poſſeſſorem agere & rem vindicare potuerit ex edicto D. Marci. Deinde facta eſt conſtitutio de eadem re ab Imperatore Zenone, quæ extat l. omnes. C. de quadrien. præſcript. qua ſimulátque fiſcus rem aliquam, vt ſuam vendidit, ſtatim fit emptoris, etſi aliena fuerit res. Hoc admodum ſingulare eſt, & reſpicit ad ſingularem fiſci vtilitatem, vt alliciantur homines facilius ad res fiſci emendas, cum intelligunt ſe ſtatim ſecuros, nec poſſe inquietari: iure communi ſi rem meam quis vendit, ego eam vendico à poſſeſſore: ſed hic tantum conſulitur domino rei venditæ, vt agat aduerſus fiſcum, ad pretium rei ſuæ. De domino nihil poteſt amplius quæri, ſed quadriennij præſcriptione ſummouetur. Intra hoc tamen quadriennium non pretium, ſed ipſam rem vindicare poteſt. Secuta eſt alia conſtitutio, qua hæc Zenonis lex eſt producta ad omnes res, quæ ſunt principis, vel Auguſtæ. hac enim cautum eſt, nil referre, an quid priuatum an proprium ſit principis, quod nos vocamus *Domaine*, an vero fiſci. Ea enim omnia intelliguntur principis, quia in ea fiſcus habet imperium. Non quod omnia ſint principis, etiam priuatorum res, vt quidam ineptiſſime intellexerunt. Hæ igitur conſtitutiones locum habent, cum fiſcus vendit rem alienam, vt ſuam, & hoc caſu ſuccurritur minori, ne noceat minori præſcriptio quadriennij. Edicto autem Diui Marci, cum eſſent excepti minores, vt hic dicitur, idem intelligendum eſt in aliis conſtitutionibus ſecutis Diui Marci edictum, vt minores ſcilicet excipiantur, ne noceat præſcriptio minoribus. Exempli gratia, publicata ſunt bona cuiuſdam propter crimen perduellionis; atque interea prædium cuiuſdam minoris, cum damnatus eſſe crederetur, captum eſt à fiſco, &

Fiſcus quid.

Ærarium quid.

Rationalis quis.

diſtractum

Digitized by Google

diſtractum: quæritur an minor ſit ſummouendus exceptione, ſi lapſum ſit quadriennium? Et dicendum eſt, et beneficio ætatis ſuccurri aduerſus fiſcum, non aduerſus poſſeſſorem. At ſi fiſcus rem alienam vendit non vt ſuam, ſed fortaſſis propter debitum, vt fit aliquãdo, cum fiſci debitor non ſoluit, & ideo in bona eius miſſio facta eſt, quod nos dicimus *Saiſine*, an aduerſus illam bonorum diſtractionem minor ſit reſtituendus, quæritur? Et dicendum eſt, ſi ſubhaſtationis ſolennibus ſeruatis ſit facta venditio bona fide, minorem non eſſe reſtituẽdum, l. quæcunque. Cod. de fide & iure haſtæ fiſca, & de adie. nam ob omiſſam ſolennitatem in ſubhaſtatione, vel dolum malum interpoſitum, ſuccurritur non ſolum minori, ſed etiam maiori. Quibus perceptis facile intelligemus quæſtionem tractatam in l. vltim. hic. Minor adiit Imperatorem, apud quem expoſuit, à fiſco rem ſuam venditam eſſe: petitque ab eo, vt poſt quinquennium lapſum agere poſſet, & ei præſcriptio quinquennij non obſtaret. Mouebatur minor edicto D. Marci, quo excipiuntur minores, vt ſuprà demonſtrauimus. Sed Diocletianus reſpondet: *Nihil tuum adiuuat deſiderium, edicto Diui Marci res minorum excepta.* Edictum enim D. Marci pertinet ad res quas fiſcus vt ſuas vendidit. At in hac ſpecie proponitur fiſcum non vendidiſſe res vt ſuas, ſed vt debitas propter æs alienum, ſcilicet non ſolutum. nec enim quæritur de præſcriptione quinquennij ex edicto D. Marci. Sequitur tamen: *Sed quoniam per colluſionem, ſiue fraudem tunc temporis procuratoris noſtri, &c.* Quia enim proſpexit Imperator, ita exprimi ſpeciem oblato libello ſibi, quaſi dolo fiſci fuiſſet circumſcriptus minor: pronuntiat, etſi minori propter ætatem non ſuccurratur, nihilominus tamen ob ſimplicitatem ſuam, ſi dolus procuratoris fiſci interuenerit, & venditio bona fide non ſit facta, reſtitutionem in integrum minori competere. Adde etiam propoſitum fuiſſe, ſolennitatem haſtæ hic non fuiſſe ſeruatam. Quæ diſtinctio facilis eſt, his perceptis quæ iam diximus.

IN TIT. XXXVIII. LIB. II. COD. SI ADVERSVS CREDITOREM.

QVod dicitur in edicto prætoris, *ſi quid geſtum, &c.* diximus ad omnes contractus pertinere, nec tantum ad contractus, ſed & ad quoſcunque actus, & negotia quæ cum minoribus geruntur. vnde ſi quis negotium cum minore geſſerit, non eſt dubium, quin reſtitutio habeat locum. Sic enim Vlpianus interpretatur verba edicti in l. ait prætor. vbi admonui in l. Labeo. infrà de verb. ſignifi. referri tãtùm Labeonis ſententiam: aliàs nec mutuum quidem contractum eſſe dicemus: cum dicat Labeo, contractum vltro citróque obligationem eſſe: in mutuo autem non ſit mutua obligatio. Sed quia prætor generaliter loquitur, docuimus etiam edictum ad mutuum pertinere: quod vel maximè apparet ex hoc titu. Si aduerſus creditorem. nam etſi crediti appellatio ſit generalis, tamen contrahitur plerunque, & accipitur pro mutuo. l. ſingularia. l. in creditum ire. infrà de reb. cred. l. creditorum. de verbor. ſignificatio. Vt autem ſignificationem huius verbi ita reſtringamus, argumento ſunt ſuperiores tituli huius libri. Apparet enim ex illis voluiſſe Imperatorem hic tractare generaliter de his, quibus ex quacunque cauſa debetur: ſed ex cauſa mutui debetur: ergo minor aduerſus mutui obligationem ex edicto reſtituitur. Duo tamen ſunt neceſſaria, vt hæc reſtitutio locum habeat. Primum eſt, quod teneat contractus ipſo iure: aliàs enim ceſſaret reſtitutio, vt diximus in l. in cauſæ. de minoribus. Nihil enim eſſet, quod poſſet reponi in priſtinum ſtatum. Minor autem obligatur ex mutuo, ſecundum diſtinctionem l. 3. C. de in integr. reſtit. vt ſi tutorem habeat, & acceſſerit auctoritas tutoris, tunc quamuis ipſo iure valeat mutui obligatio, captus poſſit reſtitui: ſi verò non acceſſerit tutoris auctoritas, ipſo iure non valeat contractus. Siu tutorem non habeat, & mutuum contraxerit, ipſo iure nullus ſit contractus. Alterum eſt, quod captus ſit minor, nec enim ideo reſtituitur minor, quod minor ſit: ſed quod lubrico ætatis ſit captus: vt ſi in rem ipſius pecunia verſa non ſit, vt oſtendunt leges huius tituli. Oportet igitur pecuniam creditam in minoris vtilitatem non eſſe verſam, vt ſit locus reſtitutioni. Huc pertinet l. patri. 27. § 1. de minor. Meminit autem hic Caius Iuriſconſultus Proconſulis, quia hoc fuit ſcriptum ad edictum prouinciale, quod ſcilicet proconſul propoſuerat in prouincia. Ergo ſi totam pecuniam amiſit minor, nihil reddet. Quid ſi minor egenti viro dedit pecuniam acceptam mutuo, aduerſus quem inanis eſt actio, damnabitur minor non vt reddat pecuniam, ſed vt actionem quæſitam cedat creditori ſuo, aduerſus eum cui pecuniam illam credidit. Huc ſpectant quæcunque extant ſcripta in eo loco. Hactenus omnia ſunt perſpicua. Sed magna eſt quæſtio, vtri incumbat probatio, an minori, an creditori, cum quæritur, an minor ſit locupletior factus, & an minor debeat docere eam pecuniam in ſuam rem verſam non eſſe, an creditor, in ius rem verſam eſſe, docere cogatur. Ex vtraque lege huius tituli nihil aliud colligi poteſt, quam creditori onus probationis incumbere. Dicit enim l. 1. Imper. Antoninus: *Nec doceri potuiſſe prætorem ex eo contractu locupletiorem eum eſſe factum.* Ergo onus probationis in creditorem transfertur, vt probet minorem locupletiorem factum. Sed contrà multa obiiciuntur. In primis l. minoribus. Cod. de in integrum reſtitut. Minoribus, inquit Imperat. competit reſtitutio, in quib. ſe captos probare poſſunt. eodem pertinet l. nam poſtea § ſi minor. infrà de iureiur. Expendenda ſunt diligenter verba huius legis. Dicit enim Vlpianus: *Nec enim vtique qui minor eſt ſtatim & circumſcriptum ſe docuit.* Ex quibus apparet minorem docere debere ſe ſcriptum eſſe. Difficultatem auget l. ſi prædium. Cod. de prædiis mino. ne quis fortè eò confugiat, vt mutuum diſtinguat ab aliis contractibus, & has duas leges de mutuo intelligat, alias autem leges de aliis contractibus, nam d. l. ſi prædium. Cod. de præd. minor. loquitur de venditione. In ea tamen ait Imperat. aduerſarium docere debere minorem locupletiorem factum. Quæſtio enim eſt de venditione prędij minoris, non de mutuo, & cogitur probare emptor eſſe conuerſum pretium in rem minoris: alioqui pretium amittit. Videndum igitur eſt, quomodo hic nodus ſoluendus ſit. Quatuor variæ ſolutiones apud Accurſium referuntur: cæteri alias adducunt, quas excutiat qui otio abuti volet. Mihi ſic videtur diſtinguendum, ex ſententia eorum, qui ſanioris ſunt iudicij in hac diſputatione. Et in primis, quia hic locus omnino tractat de probatione, & pertinet ad titulum de probatio. meminiſſe oportet vulgaris regulæ l. 2. de probat. ex qua dependet deciſio noſtræ quæſtionis. Ait enim Paulus: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* Non dicit reo aut actori, ſed ei qui dicit, ſiue ſit actor, ſiue reus. nam vterque dicit, & vterque negat plerunque. Aliquando reus dicit excipiendo, & probare debet exceptionem. Et exemplum eſt appoſitum l. ſi minorem. Cod. de in integrum reſtitutione. Minor implorat reſtitutionem, & ait, ſe minorem fuiſſe cum contraheret. Obiicit aduerſarius eum tempore excluſum: intra quod tempus debuit reſtitutio impetrari, vtri incumbat probatio? Videndum eſt vter eorum dicat: & quia vterque dicit, vtrique incumbit probatio. Minor enim, dum ait ſe fuiſſe minorem quo tempore contraheret, illud debet

probare. Aduerſarius autem dum dicit minori tempus lapſum eſſe, id quoque probare debet. Nec poteſt adferri commodius exemplum eius regulæ. Cum ergo quæritur vtri incumbat probatio, in ſpecie, de qus hic differimus, ſemper videndum, vter neget, vter intendat. nam modò minor ait, modò negat, iuxta varietatem negotiorum: quæ diligenter in ſingulis ſpeciebus conſideranda eſt. id quoque ſpectatur in quaque ſpecie. Quod vt commodius explicetur, vtar diſtinctione, vulgò recepta. Plerunque contingit, vt contractus nullus ſit ipſo iure, propter quem minor vult reſtitui: plerunque vt valeat, ſed aduerſus eum minor reſtitutionem deſideret. Hinc dependet explicatio totius huius diſputationis. Huius diſtinctionis pars prima eſt, cum ipſo iure nullus eſt contractus initus à minore: quo pertinet d.l. ſi prædium. C. de præd. min. vbi proponitur prædiũ ruſticum vel vrbanum, ſine prætoris decreto venditum, ex quo apparet nullam eſſe venditionem, ex l. I. infrà de reb. eor. ideóque ipſo iure nihil eſt actum: & perinde minor vindicabit prædium ſuum, atque ſi nihil actum eſſet. Ponamus ergo emptorem hoc caſu petere ſibi reddi pretium quod ſoluit minori eius prædij nomine. Ait Imperat. dari emptori axceptionem doli aduerſus minorem prædium repetentem ad pretium recipiendum, ſi minor ſit locupletior factus ex eo pretio. Nam licet ipſo iure deficiat auxilium, tamen propter æquitatem datur exceptio, ſi minor ſit locupletior factus, arg. l. nam hoc, infrà de condict. indebi. Si quæratur, vtri incumbat probatio, minori an aduerſario: videndum eſt quis dicat. Et certum eſt onus probandi hîc aduerſario incumbere, cum is dicere debeat, minorem eſſe factum locupletiorem, quia id dicit, & id intendit. Minor non intendit ita agendo, eam pecuniam eſſe in rem ſuam verſam. Neceſſarium enim id non eſt in rei vindicatione: in qua ſatis eſt, ſi dicat fundum ſuum eſſe. Sed emptor, contra quem agit minor, non poteſt ſe aliter tueri. Nam etſi dicat venditum ſibi prædium fuiſſe, & pretium ſe tradidiſſe, nihil aget, quia venditio ipſo iure nulla eſt. ergo propter æquitatem datur ei exceptio, quia non patitur æquitas, vt prætium retineat minor ex quo aſt factus locupletior, & recipiat prædium. ideoque cogitur docere minorem locupletiorem factum ex ea pecunia, quia id dicit. Hoc exemplum pertinet ad contractus, qui ipſo iure non valent. Videamus de aliis contractibus initis cum minoribua, qui ipſo iure valent: vt ſi prædium ſit venditum decreto prætoris. tunc enim valet venditio, ſed tamen ſi captus ſit minor, poteſt reſtitui ex bono & æquo. Sed ſi de pretio quæratur, an ſit locuplerior factus minor, vtri incumbat probatio. Sequenda eſt regula noſtra, ei incumbere probationem, qui dicit. videndum enim, an ita intendat actor, idémque minor, vt dicat ſe eam pecuniam amiſiſſe, & non eſſe verſam in rem ſuam, an quid aliud alleget. Id exemplis declarandum eſt. Ponamus minorem velle reſtitui, quod dicat ſibi vtile non fuiſſe prædium venditum eſſe quocunque pretio. Iuſta eſt cauſa reſtitutionis, ſi non expediat minori fundum ſuum alienari. De pretio nihil dicit, nec quod ſit factua locupletior, ſed ait tantùm, nõ expediſſe ſibi, ſuum prædium vendi. Reperitur igitur ab emptore prædium, reſtituto minore integrum. Aduerſarius tamen vult recipere pretium, vel vult retinere prædium, donec ſibi in reddatur pretium. Ait enim minorem locupletiorem factum ex pecunia, quod minor negat. proculdubio incumbit probatio aduerſario, quia ita ſe tuetur aduerſus minorem, vt dicat eum locupletiorem factum. Sed quia contingit aliquando, vt non ideo petat reſtitutionem minor, quod captus ſit in venditione, ſed quod locupletior non ſit factus ex pretio, vt ſi fortè ob vrgens æs alienum, cui aliunde ſatisfieri noo poterat, expediebat minori prædium vendi, modò iuſto pretio venderetur. nihil enim in hac ſpecie aliud poteſt cauſari minor, quàm eam pecuniam in eius cauſam, rem & vtilitatem verſam non eſſe: vtri incumbet probatio. Et cartè, ſit minor dicat ſe locupletiorem factum non eſſe: aduerſarius contrà inſtet, minori incumbet probatio: quia dum hoc dicit, nihil aliud intendit, quàm quod ea pecunia in ſuam rem verſa non ſit. Et ſic intelligendum eſt, quod dicitur l. minoribus. Cod. in integrum reſtitut. l. nam poſtea §. ſi minor. de iureiuran. & ſimi. Sed huic diſtinctioni aduerſatur l. 2 hîc, cuius hæc eſt ſpecies, & qua hic tractatur quæſtio. Quidam mutuam pecuniam dedit minori: obligatua eſt eo mutuo minor, quia acceſſit curatoris auctoritas: creditor agit ex mutuo, & petit ſibi id reddi. Minor ita ſe tuetur, vt dicat ſe non locupletiorem factum ex ea pecunia. & ſe eam pecuniam amiſiſſe. Secundum regulam noſtram viderur minori incumbere probatio, quia hoe dicit: & tamen verba legis noſtræ oſtendunt, aduerſario incumbere probationem. *Dicit enim Imper. Si (vt allegas) minor annis pecuniam fœnori accepiſti, nec ea in rem tuam verſa eſt.* Quibus verbis oſtenditur hoc à minore propoſitum fuiſſe, eam pecuniam in rem ſuam verſam non fuiſſe. Sed ab eo quod diximus, mutuum eſt accipiendum. nam quoties aduerſus mutuum petitur reſtitutio, onus probandi ſemper incumbit aduerſario, minorem factum eſſe locupletiorem ex pecunia numerata. Vtilitatis enim & æquitatis gratia hoc conſtitutum eſt, propter fraudem, quæ interueniebat in mutuo, cùm multis documentis eſſet expertum, damnoſum eſſe minori credere pecuniam. Argumento eſt S.C. Macedonianum. Obligatur enim filiusfamiliâs ex omni contractu. l. filiusfamilias. infrà de obligat. & actio. Ex mutuo tamen non poteſt obligari, propter ſenatuſconſultum Macedonianum, in odium eorum, qui pecuniam mutuam dant filiisfamilias. Hoc enim ſenatuſconſultum ad mutuum tantùm pertinet, non ad venditionem. Ratio eſt l. 1. & 3. infrà ad ſenatuſconſul. Macedon. Nam obruti ære alieno filijfamil. inſidiabantur morti paternæ. Hoc experientia rerum docuit, maiora damna ex mutuo, quàm ex aliis contractibus minores conſequi. Et tamen ſenatuſconſultum Macedonianum pertinet ad alios contractus, ſi in fraudem ſenatuſconſulti ſint initi à minore. Hoc igitur in mutuo, ſingulari iure conſtitutum eſt, vt incumbat aduerſario probatio. Ex quo intelligitur quàm ſit periculoſum credere minori pecuniam, vel credere etiam filiofamilias: quia filiusfamilias ex mutuo non obligatur, etiam ſi maior ſit vigintiquinque annis. Nec ergo minori, nec filiofamilias, tutum eſt pecuniã credere. Quod ſi minor ſit, & filiusfamilias, periculoſum eſt & temerarium, & nihil magis aduerſatur vtilitati publicæ. Igitur puniuntur grauiter apud nos creditores. Vnde ſæpe iudicatum fuit etiam S.C. Curiæ Pariſienſis, ne mercatores filiisfamilias vel minoribus pecuniam mutuam dent, vel merces ad tempus: idq́ua conſtitutum eſt ſub pœna amiſſionis mercium, vel etiam mulctę arbitrariæ. Sũt qui dicant de mutuo fœneratitio hanc legem intelligendam, in odium fœneratorum, & aliam cauſam eſſe mutui ſimplicis. Ego exiſtimo cum aliis quam plurimis, nihil referre, an ſub vſuris, an ſine vſuris credita ſit pecunia minori, & ſemper creditori onus probandi incumbere. argumen. eſt quod dicitur in leg. ſed Iolianus. §. ſiue autem. inf. an ſenatuſconſul. Macedon. nam etſi Senatus de fœnore locutus eſt, quia frequentius accidebat, vt ſub vſuria crederet, qui eam ſubibat aleam credendi filiisfamil. ideoque de fœoore ſit factum ſenatuſconſultum, ita tamen Iulianus eſt interpretatus Senatuſconſultum, vt ad mutuum quoque ſimplex pertioeat. Quod ad l. 2. huius titoli attinet, quæ de fœnore loquitur, nihil ad rem facit. nam hoc reſcri-

ptum

ptum eſt ad ſpeciem Impetatori propoſitam, & reſcriptum perſonale eſt, quia ex facto ita inciderat. Sed quęritur, quomodo probabit creditor pecuniam creditam verſam eſſe in rem minoris. Eſt ſanè difficilis probatio: ideoque eo periculoſius eſt minoribus credere. Sed puto ſequendas eſſe coniecturas, quæ traduntur leg. vlt. de exerc. actio. De ciuitate & eccleſia, hic quæſtiones tractantur, quæ noo ſunt huius loci. De ciuitate videte leg. ciuitas. infrà de reb. credit. De eccleſia videte quod eſt in Nouel. 120. de alien. & emphy. rerum eccle. §. ſi verò quod. Aget enim ſemper creditor aduerſus adminiſtratores, non aduerſus eccleſiam vel ciuitatem, niſi docere poſſit in rem illarum verſam eſſe. Sed de his ſuis locis.

IN TIT. XXIX. LIB. II. COD. SI MINOR AB HÆREDITATE ſe abſtineat.

QVod ait prætor in edicto, Quod cum minore viginti quinque annis geſtum eſſe dicetur, &c. pertinet non tantùm ad contractus, ſed ad aliud quodcunque negotium, quamuis contractus non ſit, veluti ſi minor ſit obligatus ex quaſi contractu latiſſimè enim pateni hæc verba: Vnde etſi ſe minor hæreditati immiſcuerit, reſtituitur, quia ex quaſi contractu obligatur, per aditionem hæreditaria ad ſoluenda legata, & ad id quod defunctus debebat, quaſi tacite ſe legatariis & creditoribus obligauerit. §. hæres. de obligat. quæ ex quaſi cont. naſ. Dicitur etiam teneri vltra modum hæreditatis, ſi ſine inuentario eam adierit. l. vltim. C. de iure de lib. quod ſi minor ſit qui ſe immiſcuerit hęreditati, certum eſt eum obligari, ſecundum diſtinctionem l. 3. C. de in integr. reſtit. id eſt, ſi auctoritate tutoris interueniente adierit, ſi tamen captus ſit, reſtituetur. ſed ſi curatorem ipſe habens adierit ſine eius auctoritate, ipſo iure non erit obligatus. Si autem non habuerit, & adierit, obligatur ipſo iure: ſed captus reſtituetur. Et ſic ſi de pubere loquamur, ſequenda eſt diſtinctio d. l. 3. Si vero de impubere loquamur, aliud ſtatuendum. nam impuberibus etiam ſine reſtitutione præſtatur à Prætore abſtinendi facultas, quæ diſtinctio planior eſt in leg. neceſſariis. infrà de acquir. hæred. Quod ad filium attinet, qui ſuus hæres dicitur, is non obligatur niſi immiatione. Ipſo quidem iure hæredes ſunt ſui hæredes ſine aditione. §. ſui autem Inſtitut. de hæred. qualitat. & differ. l. in ſuis. infra de libe. & poſthum. l. 1. §. qui ſunt. infra ſi quis omiſ. cauſ. ſed vt obligentur, neceſſaria eſt immiatio, propter beneficium prætoris. quo eis conceditur ſe abſtinendi poteſtas ab hæreditate. d. §. ſui autem. de hæred. qualitat. & differ. ideo vulgare illud Diui Pauli, *Filius eſt, ergo hæres*, non habet hic locum, propter beneficium prætoris. Cum igitur minor hæreditati ſe immiſcendo, obligatur, neceſſiria eſt ei reſtitutio, ſi captus eſt. Et ſic interpretatur Vlpianus edictum l. ait Prætor. §. non ſolum. de minor. & nominatim exemplum adfert, de eo qui hæreditatem adiit. Quomodo autem captus eſſe dicendus ſit, tractatur in leg. verum. §. ſciendum. & §. ſeq. de minor. veluti ſi minor adiit hæreditatem in qua erant multæ res mortales, nam inconſulto facit adeundo hæreditatem, quam bonus & prudens paterfamilias non adiiſſet. Vel ſi hæreditatem adiit implicitam multis litibus. l. minoribus. 6. de mino. & ſi alias ſatis ſit locuples hæreditas. ex his enim cauſis minor reſtituetur. Reſtituitur autem cauſa cognita: & hoc generale eſt in omnibus reſtitutionibus. leg. in cauſæ. §. cauſa. de minoribus. Si ſine cauſæ cognitione reſtitueretur minor, deterior eſſet minorum conditio, quam maiorum, quia nemo cum eis vellet contrahere, dict. l. verum. §. ſciendum. Et quia in his cauſæ cognitio neceſſaria eſt, oportet creditores hæreditarios præſentes eſſe, eiſque denunciandum eſt quorum intereſt, vt adſint. alias quod geſtum erit ipſis abſentibus eis nõ nocebit. leg. etiam. §. vltim. de mino. & leg. 1. C. de prædiis minor. Ratio autem denunciandi & conuocandi creditores traditur Nouella 119. vt ſponſa. lar. §. ad hæc. & relata eſt ab Irnerio vetere iuris interprete, in hunc tit. Ait igitur illa conſtitutiõ, ſi ſint in ciuitate creditores, denunciandum eſt eis, vt adſint: Sin abſint, ſolenniter citandi ſunt. Hinc orta eſt magna diſputatio inter doctores, an mittendus ſit nuncius ad eos, an voce præconis ſint citandi. Si inſpexiſſent Græcam conſtitutionem non incidiſſent in has altercationes. Loquitur enim dicta Nouella de conuocatione creditorum, quę fit à Prætore, *διὰ τῶν συνηθισμένων κηρυγμάτων* id eſt, per conſuetas citationes: *κήρυγμα* enim præconium ſignificat, vel edictum quod proponitur. Igitur dubium non eſt, quin abſentes recte vocentur edictis propoſitis, vel per præconem: tamen conſuetudo cuiuſque loci eſt ſequenda, & omnes euocandi ſunt, quorum intereſt. Nam poteſt intereſſe creditorum, quia forte poſſunt oſtendere hæreditatem eſſe ſoluendo, nec eſſe cauſam reſtitutionis. Et notandum eſt, vno ex creditoribus non vocato, nihilominus valere ſententiam: quod pleriſque imperitis viſum eſt falſum: nam etſi creditorum quis non ſit vocatus, tamen ſententia valet, licet ei non præiudicet: idque ſatis eſt expreſſum in d. l. etiam. §. vlt. de minoribus.

Addendum eſt ſupradictis, ſi minor poſtquam ſe immiſcuerit hæreditati, aliquid geſſit ſine dolo, vel ſoluit: deinde reſtitutus eſt, quod interim geſtum foit, ratum manere. Id enim vtilitas exigit, quamuis ſtricto iuri videatur repugnare. Quod autem dixi, expreſſum eſt in leg. quoties, infra, de acquirenda hæreditate. Sed quod ex ea adminiſtratione peruenit in rem minoris, ei reſtituere debet minor, ad quem pertinent hæreditaria bona. leg. ait Prætor §. non ſolum. de minoribus. vt ſi vendidit rem hæreditariam, & precium accepit, debet id reddere ei, ad quem commoda hæreditaria pertinent. De eo tamen, ex quo noo eſt factus locupletior, minor non tenetur. Exemplum eſt in leg. in integrum. 22. de minor. Minor legata ſoluit quibuſdam legatariis, vel ſeruos manumiſit ex teſtamento, ex quorum manumiſſione precia ad eum peruenerunt: quia tamen nihilo eſt factus locupletior, non tenetur ad reddendum: ideoque ſi legata ſoluit ex teſtamento, rata manet ſolutio, ſi tamen hæreditas ſoluendo noo eſſet, condictio indebiti daretur, ad repetendum, quod ſolutum eſt legatariis. Datur autem condictio indebiti, non minori, ſed ei, ad quem hæreditas pertinet. Exemplum igitur eſt condictionis, quæ competit alij quam ei qui ſoluit, l. 5. de cõdict. indebiti. Similis locus eſt in l. ſi mulier. 31. de minor. Mulieris hic facit mentionem, quia ſpecies ita inciderat. Eſt ex libris reſponſorum Papiniani: Si mulier manumiſerit ſeruos hæreditarios, rata eſt manumiſſio.

Dubitatio oritur ex eo, quod alibi ſcriptum eſt, de reſciſſione teſtamenti inofficioſi, l. Papinianus. §. vltim. infra de inoffic. teſtam. Reſciſſione teſtamenti inofficioſi facta, ex igitur interdum precium viginti aureorum pro libertate, teſtamento relicta à ſeruis hæreditariis retinenda. Sed ſi ſoluta ſit pecunia aliquibus ex creditoribus, aliis non, nec poſtea omnibus creditoribus poſſit ſatisfieri ex bonis hæreditariis, tamen alij creditores petant ſibi communicari id, quod aliis fuit ſolutum, non audientur, ſed erit melior cauſa eorum, qui occuparunt. Recte enim ſolutio facta exiſtimanda eſt, nec poterit reuocari quod ſolutum eſt. Cum ergo minor reſtituitur in integrum, vt abſtineat hæreditate, omnia in priſtinum ſtatum reponuntur, perinde ac ſi hęres noo fuiſſet. Excipiendus eſt hæres neceſſarius, vt di-

cit l. ait Prætor. §. non ſolum. quamuis ſuus ſit. Sed ſi aliquis ſit omnino ex neceſſariis, vt ſeruus, non reſtituitur ſimpliciter. Notandum eſt ſeruum qui eſt hæres neceſſarius, reſtitui non ſimpliciter, ſicut cæteri hæredes, ſed ita vt habeat ſuorum bonorum ſeparationem. Exemplum autem ſeparationis bonorum, de qua titulus eſt lib. 42. Pandectarum, eſt d. l. ait Prætor. §. non ſolum. Diſcretio bonorum & ſeparatio, variis ex cauſis permittitur. Et hoc exemplum refertur ſub eo. tit. de ſeparatione bonorum, l. 1. §. vltim. Seruus impetrauit reſtitutionem, ſed eatenus vt ſeparatio bonorum fiat: ſcilicet vt defuncti bona ſeparentur ab ipſius bonis, ſi bona acquiſierit poſt mortem domini, à quo ei libertas eſt relicta. Et huic ſimile exemplum eſt in prin. tit. Inſtitut. de hæred. quali. & differ. non igitur cogitur ſatiſfacere creditoribus hæred. ex ſuis bonis, ſed ex defuncti.

IN TIT. XL. LIB. II. COD. SI VT OMISSAM HÆREDITATEM, VEL bonorum poſſeſſionem, vel quid aliud acquirat.

Sicut minor qui adiit hæreditatem, reſtituitur vt eam repudiet, ſic is qui omiſit hæreditatem, reſtituitur in integrum, vt eam adeat. non enim tantum in propriis bonis reſtituitur, ſed & ſi omiſerit lucrari, l. ait Prætor. §. hodie. de minor. veluti ſi quid lucratus non fuit ſua ſocordia & deſidia. Alia exempla affert Vlpianus dict. §. hodie. Verbi gratia, legatum quid minori fuit: id repudiauit: petit reſtitui vt poſſit id conſequi. Iuriſconſultus ait reſtitui eum poſſe. Habetur igitur ratio lucri cuiuſuis omiſſi: vnde inſcribitur hic titulus, *Si vt omiſſam hæreditatem vel bonorum poſſeſſionem, vel quid aliud acquirat*. His verbis ſignificatur, ſi quid omiſerit minor quod potuit acquirere, aduerſus negligentiam ſuam reſtitui. Bonorum poſſeſſio eſt prætoria. Quandoquidem cum vocat Prætor aliquem ad ſucceſſionem, dicitur quidem illum bonorum poſſeſſorem facere, non autem hæredem facere. Non enim lex eam defert, ſed Prætor, cum aliquem ad bonorum poſſeſſionem vocat Prætor: Is enim non dicitur hæres, ſed bonorum poſſeſſor, nec ea hæreditas dicitur, ſed bonorum poſſeſſio: non quod vocatus à prętore ad bonorum poſſeſſionem reuera poſſideat, ſed eſt quædam poſſeſſio iuris. Quod autem hic dicimus, de omiſſa hæreditate acquirenda, Scæuola ait accipiendum eſſe, ſi omnia in integro ſint, l. quod ſi minor. 24. §. Scæuola. de minor. Scæuolæ ſententia fuit, ſi minor hæreditatem delatam omiſit, quæ delata eſt ad ſubſtitutum, & vult reſtitui aduerſus ſuam repudiationem, reſtitui poſſe, ſi res adhuc integra ſit. Sed huic ſententiæ aduerſatur l. vlt. C. de repud. hæred. Ait enim ibi Iuſtinianus, ſi hæreditariæ res ſint diſtractæ, cum adhuc eſſet minor, tūc eū reſtitui in integrum, vt eas res recuperet. Hæc videntur mirabiliter pugnantia: & ſeptem variæ ſolutiones apud Accurſium referuntur. Ego dupliciter reſpondeo: In primis apud Paulum l. quod ſi minor. id eſt, apud Iuſtinianum: quia omnia hęc ei attribuēda ſunt, vt videre eſt ex leg. 2. §. tanta autem. C. de vet. iure enucl. recitatur ſententia Scæuolæ. Scæuola noſter, inquit, aiebat: Videtis Paulum, vel potius Iuſtinianum nihil definire, ſed referre tantum Scæuolæ ſententiam. Cum hic ergo Iuſtinianus tantum referat ſententiam Scæuolæ, & in alio loco definiat, quid ipſe da ea re ſentiat, quomodo poteſt contraria ſcripſiſſe dici Iuſtinianus?

Aliter reſponderi poteſt: Etſi Iuſtinianus l. quod ſi minor probaſſet Scæuolæ ſententiam, tamen ab eo poſtea reuocata eſt. Nam dict. lex vltim. eſt noua conſtitutio, qua ius antiquum emendatum eſt. Nam certum eſt eam inſertam fuiſſe Codici, poſt alteram codicis editionem: quod hæc inſcriptio ſatis indicat, Poſt Coſſ. Lampadij & Oreſtis. Renouatus enim fuit Codex poſt compoſitionem Pandectarum, vt patet ex hiſtoria Romana. Atque ideo mirum videri non debet, nec abſurdum, ſi derogetur per dictam leg. fin. dict. lex quod ſi minor §. Scęuola. cum prioribus conſtitutionibus derogetur per poſteriores, l. vltim. de conſtitut. principum. Non voco poſteriores & priores conſtitutiones, quæ à diuerſis Imperatoribus ſunt editæ. Nam quæ ſunt editæ cum prima editione Codicis, perinde accipiendæ ſunt, ac ſi ab eodem Imperatore eſſent editæ: ſed de iis quæ ſunt editæ in ſecunda repetitione Codicis, aliud eſt dicendum aliàs: & de nouellis idem quoque iudicandum eſſet. Hinc variæ quæſtiones exiſtunt. Vna eſt in l. ait Prætor. §. reſtitutus. Si quis petierit reſtitui, vt adiret hæreditatem: ſi petat rurſus reſtitui, vt ſe ea abſtineat, ait Iureconſultus audiendum eſſe. Videtur obſtare l. 1. C. ſi ſæpius in integ. reſtitut. vbi Imp. ait; minorem qui remedium in integrum reſtitutionis non obtinuit, non aliter ſubueniri vt rurſus ea quæſtio agitetur, quam per appellationem. Sed hæc quomodo debeant accipi, dicemus eodem titulo?

Alia quæſtio eſt in eadem leg. ait Prætor. §. ſed quod Pap. Duplex eſt quæſtio in hoc. §. ad ſubſtitutionem pertinens, & ſimul ad reſtitutionem: nam tractatur quæſtio duplex apud Vlpianum, ad quas ſententias duas Papiniani refert, & reprehendit. Prior quæſtio eſt, cum minore non adeunte hæreditatem, ſeruus qui ſubſtitutus ei erat, adiit hęraditatem. Deinde minor eſt reſtitutus vt adiret. Minor eſt inſtitutus in primo gradu, noluit adire hæreditatem, eamque repudiauit: delata eſt hæreditas ad ſeruum ſubſtitutum, qui eam adiit. Minor pœnitudine ductus, & videns è re ſua fore aditionem hæreditatis, petiit reſtitui: reſtitutus eſt. Papinianus conſultus reſpondit, hoc caſu, quo pupillus non adiit hæreditatem, ſed eam repudiauit, ſeruum liberum manere: idque fauore libertatis. Quæritur enim in hac ſpecie an ſeruus liber maneat, & an etiam hæres. Papinianus exiſtimat ſeruum liberum manere. Non putauit quod ei libertas data auocetur. Hanc ſententiam ita probauit Vlpianus, quod dicat non tantum ſeruum hūc liberum manere, ſed & hæredem: nec Prætorem facere poſſe, quominus hæres maneat Nam iure ciuili delata eſt ei hæreditas, licet quod ad effectum hæres non ſit. Sicut enim dicitur Prætor hæredem facere non poſſe: ſic nec poſſe facere, quominus is, cui delata eſt hæreditas teſtamento, non ſit hæres ipſo iure. Nec fortaſſis aliter ſenſit Papinianus. Altera quæſtio eſt, cum minor adiit hæreditatem, & poſtea abſtentus eſt ab hæreditate, & ſeruus ſubſtitutus hæreditatem adiit, an ſeruo ſubſtituto acquiratur hæreditas, & locus ſit reſtitutioni, de qua eſt videnda l. poſt aditam. C. de impub. & aliis ſubſtitutio. in qua hæc refertur regula: ſimulatque adiit minor hæreditatem, videri omnino extinctam vulgarem ſubſtitutionem, quam ſecutus eſt Papinianus. Sed tamen ab hac ſententia Papiniani recedit Vlpianus, qui etiam ait huic ſubſtitutioni locum eſſe, ſi non ſit ſoluendo hæreditas. Idem de quouis extraneo debet dici, vt videre eſt ex l. ex contractu. de re iudicata.

Ratio eſt, quia reſtitutio facit, vt non videatur adiiſſe. Et quamuis hæres in primo gradu ſit inſtitutus, quia tamen reſciſſum fuit quicquid ab eo geſtum eſt, perinde eſt ac ſi nunquam adiiſſet. de quo plene dicemus in tractatu de ſubſtitutionibus. Alia quæſtio eſt in l. 2. tit. ſuperioris. Aui hæreditas cuidam delata eſt, omiſit eā: Delata ei eſt hæreditas paterna, eam adiit: peccatum eſt in duobus, in eo quod hæreditatem repudiauit aui, quæ erat lucroſa: deinde quod adiit hæreditatem patris, quæ erat damnoſa: vult autem ita reſtitui vt hæreditatem patris

patris

tris quam adiuerat repudiet, & adeat auitam: dicitur reſtitui poſſe. Quomodo hoc ſit accipiendum dicam in l. qui ſe patris, C. vnde liberi.

IN TIT. XLI. LIB. II. COD. IN QVIBVS CAVSIS IN INTEgrum reſtitutio neceſſaria non eſt.

IN titulis ſuperioribus varias cauſas deſcripſit, ex quibus poteſt quis reſtitui, quæ omnes referuntur ad verba edicti: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſſe dicetur, &c.* eius enim tantum ſunt exempla. Exemplum vidimus de re iudicata, tranſactione, diuiſione & aliis. Docet nunc Iuſtinianus in quibus cauſis reſtitutio non habeat locum. Nec mirum videri debet, quod in peculiares titulos hæc non digeſſit, vt cum quæritur an minor ſit reſtituendus, ſi tempore excluſus ſit. videtur enim adiicere debuiſſe, peculiarem titulum, ſed poſiti ſupra tituli ſingularum cauſarum nomine ideo fuere, propterea quod in his cauſis neceſſaria ſit reſtitutio quæ non habet locum, cum ipſo iure munitus eſt minor. Vidimus exempla in leg. in cauſæ. & tit. ſi aduerſ. vendit. & aliis. Huius rei demonſtrandæ gratia quædam exempla hic deſcribit. Nos ordine ſingula capita huius tituli explicabimus. Primum exemplum eſt in primo capite huius tituli.

Ad legem primam.

SI mortem defuncti parentis non vlciſcatur hæres, ei adimitur hæreditas tanquam indigno. Hic locus pertinet ad tit. de his quibus vt indignis. Si occiſus ſit is cui hæres extitit alius, nec vltus eſt necem defuncti, hæreditas ei aufertur, ex Senatuſconſulto Silaniano. Sed tamen excipitur minor. l. minoribus. C. de his quibus vt indign. qui etſi mortem parentis vltus non fuerit, non tamen repellitur ab hæreditate vt indignus: nec hic reſtitutione opus eſt: quia ipſo iure eſt ſatis munitus. Veriſimile eſt lege ipſa aliquid exceptum fuiſſe de minoribus. Sic autem interpretati ſunt veteres legem illam, quæ de morte defuncti vlciſcenda erat promulgata, quaſi ad minorem non pertineret. Vnde dicitur, Ipſa lege, id eſt, ex verbis legis: ſicut in leg. Aquilia dicitur, Ipſa lege cauetur, id eſt, ex verbis legis. Præterea hoc fortaſſis mouit Iureconſultos, vt ita interpretarentur edictum, in quo minorum non fuerat facta mentio, quod videbant odioſam eſſe legem, qua hæreditas auſertur indigno, & fiſco vindicatur. Nihil poſſum probabilius adſerre.

Odioſa videtur illa lex, qua hæreditas auſertur indigno, fiſcoque vindicatur.

Ad legem ſecundam.

ALiud exemplum eſt. Ad querelam inofficioſi teſtamenti inſtituendam conceſſum eſt quinquennium, l. Papinianus. §. vlt. de inoffic. teſta. opponi enim debet intra quinquennium: poſt quinquennium vero non eſt audiendus, qui velet queri de inofficioſo teſtamento. Sed hoc tempus non currit minori, nam ſatis munitus eſt ipſo iure. Et eſt veriſimile aliquid fuiſſe exceptum de minoribus, & aliquid adſcriptum, ex quo intelligebatur, eos ipſo iure munitos eſſe. Ait Impe. *Non integratio amiſſæ cauſæ his datur, ſed integra ipſa cauſa ſeruatur.* Id eſt, reſtitutio, per periphraſin. Sic reſtitutionem definit Paulus lib. I. ſententiarum. de minor. reſtitut. integra ipſa cauſa ita minoribus ſeruatur, vt nihil opus ſit reſtitutione. Nec tantum eſt dicendū, non eſſe reſtitutionem neceſſariam, ſed nec ei locum eſſe. Obiicitur l. 1. C. de in integ. reſtit. vbi Alexander conſultus de querela inofficioſi teſtamenti, cui erat renunciatum, an poſt renunciationem poſſit reſtitui: de minore quodam loquitur, in cuius perſonam illud cadere non poſſe, auxilium quod illi ætati impertitur, (vt inquit) oſtendit: de auxilio autem reſtitutionis in integrum loquitur. Reſtitutio enim vocatur auxilium. l. auxilium. ſupra de minor. Significat igitur auxilio reſtitutionis in integrum locum eſſe: & tamen loquitur de eo qui diſſimularat, & tacite renunciauerat, veluti ſi quis paſſus ſit labi quinquennium. hic autem dicitur, non integratio cauſæ amiſſæ his datur, ſed integra cauſa ſeruatur. Sed ea verba, vt alij admonuerunt, poſſunt etiam aliter intelligi, videlicet vt non loquatur Imperator de temporis lapſu, ſed de renunciatione tacita, quæ reipſa ſine verbis fit. Poteſt enim quis palam renunciare querelæ teſtamenti inofficioſi, videlicet pacto, conuentione, reipſa: vt ſi quis ſe quodammodo pro herede geſſerit, vel aliquo modo iudicium defuncti comprobauerit, vt dicitur l. Papinianus. §. ſi conditioni. l. vltim. infra de inoff. teſta. Si hæres ſcriptus parere iuſſus conditioni, dederit legatum ei qui querelam poteſt mouere, & id acceperit, videtur agnouiſſe iudicium defuncti, nec poteſt inſtituere querelam inofficioſi teſtamenti. Is enim qui accepit ex teſtamento, probare teſtamentum videtur, quia non niſi rato teſtamento, poteſt quid ex eo accipere, ideoque præcludit ſibi viam accipiendo ex teſtamento ab omni querela inofficioſi teſtamenti, vt eam inſtituere poſtea non poſſit. Igitur neceſſaria eſt hic reſtitutio.

Ad legem tertiam.

ALiud exemplum eſt. Quæſtio eſt, ſi minor debitorem ſuum non interpellauerit, vt quod vel ex teſtamento, vel contractu debebat, ſolueret, quo caſu poſt moram conſequeretur vſuras & alias acceſſiones, an ſit reſtituendus aduerſus hanc ceſſationem. Aiunt Impp. non eſſe neceſſariam ei reſtitutionem. Sic enim hoc eſt accipiendum, vt conueniat huic titulo, in his quæ moram deſideraot. Mora enim dicitur fieri in minoris perſona ſine interpellatione re ipſa: quamuis alias interpellatio ſit neceſſaria, vt quis ſit in mora, l. mora. inf. de vſuris. Et hic ergo dicitur moram fieri quaſi res ipſa interpellet pro homine. Sic loquuntur Iurecōſulti l. cum vero. §. apparet. infr. de fideicom. libert. l. 5. ſupra de minoribus. Quorum verborum ſenſus petendus eſt ex ſuperiori capite, in quo dicitur ſeruum minorem, ſi ſit in poteſtate domini, non reſtitui. Nulla enim cauſa ſuadet ſeruo minori ſuccurri. Nam quicquid gerit, domino gerit, cui eſt imputandum quod minori negotia ſua commiſerit. Si tamen, inquit, ſeruus fuerit cui fideicommiſſaria libertas præſens relicta eſſet, & is captus fuerit, Prætor ei ſuccurret. Nam ſi ei fideicommiſſaria libertas eſſet relicta, poſt moram conſequitur ſine vlla manumiſſione libertatem, idque conſtitutionibus multorum Principum cautum eſt, præſertim d. l. cum vero, de fideico. libert. Ergo hic dicitur re ipſa moram fieri, cum pure libertas ei relicta eſt. Quod autem dicitur ſeruum non reſtitui ex eo quod geſſit, ad hunc caſum non pertinet. Nam hic non poteſt dici cum ſeruo geſtum, ſed cum libero, qui poſſet liber iam eſſe, cum per eum non ſteterit quominus liber eſſet. Aiunt Impp. *In bonæ fidei contractibus.*

In bonæ fidei enim contractibus vſuræ ex mora debentur, l. mora. infr. de vſuris. debentur etiam ex teſtamento, legatis & fideicommiſſis, quæ etſi non ſint bonæ fidei, tamen fere ſunt eiuſdem naturæ, vt diximus. *Moram.* Moram igitur interpretamur ex perſona minorum, etſi nulla ſit facta interpellatio: ideoque Imperatores reſcripſerunt, ad petendas vſuras, non eſſe neceſſariam reſtitutionem. Ipſum ius eſt quod moribus receptum eſt: Ius receptum ipſum, quod de minoribus receptum eſt. Sic diſtinguitur ius à Gell. lib. 12. c. 4. nec enim hic interpretor receptum ius, quod moribus introductum eſt. Sed plerunque contingit, vt quod de minoribus dicitur, ad maiores quoque producatur in bonæ fidei iudiciis, & quoties id bona fides exigere vide-

Varia iuris ſignificatio.

tur, vt l. curabit. C. de act. empt. Vendidi tibi fundum, & tradidi, non ſoluiſti partem pretij: illam peto actione ex vendito: non tantum partem illam pretij, ſed & vſuras pretij ſolues, etſi de vſuris nihil inter nos conuenerit. at vſuræ non debentur, niſi ex mora, & hic nulla mora interueniſſe dicitur. Sed moram nihilominus intelligimus interueniſſe etiam ſine interpellatione, in bonæ fidei iudicijs, cum tanta eſt in re æquitas, vt emptor intelligere debeat ſe ſoluere debere: & certe cum fructus ex fundo vendito percipit, æquitas ſuadet vt ſoluat vſuras & acceſſiones. in iudicijs enim bonæ fidei debet æquitatis huius ratio haberi. Additur in eadem l. curabit. *Et minoris ætatis fauor.* Duabus enim de cauſis præſtantur vſuræ in hac ſpecie: primò propter fructus perceptos: ſecundò propter fauorem ætatis. Igitur non tantum propter minorem ætatem, ſed etſi nulla mora interceſſerit, quia tamen re ipſa mora interceſſit, peti poſſunt, non ſoluto precio, vſuræ: quod etiam expreſſum eſt l. Iulianus. § ex vendito. inſt. de actionibus empti & venditi.

In bonæ fidei contractibus vſuræ ex mora debentur.

Ad legem quartam.

ALiud exemplum eſt de ſententia aduerſus tutorem, qui non haberet tutelæ adminiſtrationem. Quæ ſententia dicitur ipſo iure nulla eſſe, adeo vt non ſit opus reſtitutione. Quod enim geritur à tutore, qui non habet legitimam adminiſtrationem, nullum eſt ipſo iure. Tunc autem dicitur non habere adminiſtrationem, cum non ſatiſdedit rem pupilli ſaluam fore. Sic enim eſt intelligendum quod hic dicitur: Qui pro tutelari officio non caueat. nam tutor qui non ſatiſdedit, non habet adminiſtrationem rerum pupillarium: præterquam in exceptis caſibus, vt ſi tutor teſtamento datus ſit. Inſtit. de ſatiſd. tut. in prin. Alias vetatur res adminiſtrare. l. 3. C. de tut. & curat. qui non ſatiſ. Secundo dicitur non habere poteſtatem adminiſtrandi, qui rerum repertorium non fecit, l. tutor, qui repertorium. infra de admin. tut. & l. vlt. C. arbit. tut. Dicitur autem repertorium, vel inuentarium. Vnde ſequitur, ſi tutor agat nomine pupilli aduerſus alium, tria eſſe probanda ab eo, ſi aduerſarius id poſtulet: primum ſe eſſe tutorem: deinde ſe ſatiſdediſſe rem pupilli ſaluam fore: tertio deſcriptionem certam rerum pupillarium conſcripſiſſe. alias iuſta eſt allegatio rei conuenti, ſi nolit eum admitti ad agendum. Et hæc omnia in initio litis probare debet tutor. Vnde dicendum eſt, nihil referre, an quis tutor non ſit, an non habeat tutelæ adminiſtrationem: quod ex hoc loco & alijs colligitur. Is igitur qui tutor eſt, cum non habeat adminiſtrationem, perinde repellitur, ac ſi tutor non eſſet: ac proinde irritum eſt, quòd cum eo geritur. Et hæc produci debent ad ſimiles caſus, & vbi eadem eſt ratio. nam idem dicendum de iudice, qui habet facultatem iudicandi propter ſimilitudinem rationis, vel quia nondum fuerit introductus in poſſeſſionem iuriſdictionis, vel quia ſuſpenſus à magiſtratu, tempus iuriſdictionis nondum venit: quia nihil refert an iudex non ſit, an facultatem non habeat iudicandi. Non tamen loquor de eo iudice quem iudicem fecit error communis, de quo l. Barbarius. ſup. de off. Prætor. vt ſatisfaciam his quæ aduerſus hæc adducuntur. Sed in hoc caſu eſt notandum, valere ſententiam pro minore latam, ſi ipſam ratam habeat. Cum enim dicimus non valere ſententiam aduerſus tutorem latam, intelligimus ſi minori præiudicet: ſed ſi pro minore lata ſit, vel pro tutore agente nomine pupilli, etſi nondum haberet adminiſtrationem receptum eſt ab omnibus valere, quod geſtum cum tutore & minore. Nã vtilitas exigit, vt id recipiamus in minoribus idque ſatis expreſſum eſt, l. non eo minus. Cod. de procur. Vbi ſententia aduerſus minorem lata eſt nulla ipſo iure, ſed pro minore valet. De procuratore an idem dicendum ſit, & quouis alio adminiſtratore, quæſtio eſt iuris controuerſi, id eſt, an ſi talſus procurator litigauit in iudicio, & vincat, proſit domino pro quo lata eſt ſententia. Sed hęc quęſtio huius loci non eſt, pertinet enim magis ad tit. de proc. & l. licet. C. de proc.

Tria à tutore nomine pupilli agente probanda, ſi aduerſarius id poſtulet.

Ad l. fin.

HIc attendite: maior enim eſt difficultas huius capitis quam ſuperiorum. Hac conſtitutione ſummatim continetur, ex quibus cauſis olim minores reſtituebantur aduerſus temporariam præſcriptione, hodie nihil eis nocere præſcriptionem, & aduerſus eos non currere. Ante hanc enim conſtitutionem currebat præſcriptio contra minorem, in exceptione non numeratæ pecuniæ, cuius exemplum hic refert Iuſtinianus, quæ poſt biennium non poteſt obijci agenti, Inſtit. de literarum obligatione. & tit. C. de non num. pecu. Sed tamen Iuſtinianus ante hanc conſtitutionem videtur conſtituiſſe, præſcriptionem huius biennij non obſtare minori: vtque ius minoris maneret illæſum, vel curſus temporis ei non noceret. quod hoc loco producit longius ad omnes temporarias præſcriptiones, præterquam ad præſcriptionem triginta, vel quadraginta annorum. Ait igitur: *Fauore imperfectæ ætatis.*

His verbis ſignificat ſe motum eſſe fauore ætatis, vt hoc ſtatueret. Sed videtur hic nullus fauor eſſe ætatis, nullumque commodum minori accedere, ſed incommodum. Id oſtendere quidam nituntur hac ratione: ſecundum ius antiquum. poſtquam minor maior factus erat, quadriennium habebat ad petendam reſtitutionẽ, l. vlt. C. de tempo. in integ. reſtitut. Sed ſecundũ hanc conſtitutionem loco quadriennij, habet biẽnium. Exceptio enim non numeratæ pecuniæ opponitur intra biennium. nam poſt maiorem factum opponere intra biennium, audietur: ſi poſt biennium opponat, non audietur: ergo nullus eſt fauor ætatis, nullum accedit ex hac conſtitutione commodum minoribus. Sed reſpondendum eſt, ad commodum & ad fauorem minoris nihilominus pertinere, tametſi nõ habeat quadriennium, ſed biennium ad opponendam exceptionem non numeratæ pecuniæ. Longe eſt enim vtilius minori ius integrum ſemper habere, quam reſtitui in integrũ. quod Iuſtinianus his verbis oſtendit, *Melius enim eſt intacta eorum iura ſeruari, quam poſt cauſam vulneratam remedium quærere.* Nam magnum incommodum in eo verſatur, quod reſtitutio tantum cognita cauſa datur, & cõceditur tantum his præſentibus quorum intereſt. leg. in cauſæ. § cauſa cognita. ff. de minor. & ſimilibus. Sed cum integra eſt cauſa, perinde eſt, ac ſi nihil eſſe geſtum, illibataque ei omnia manent, nec cauſæ cognitio eſt neceſſaria. & præterea parum tuta ſunt, quæ ex iudicantiũ pendent arbitrio. Ideoque maxime conſultum eſt minoribus hoc caſu, cùm multo ſit conſultius minori actionem ſeruare, quam actionem repetere à Prætore, vt hic dicitur. Ergo ex hac conſtitutione notandum eſt, aduerſus temporariam præſcriptionem reſtitutionẽ minori non eſſe neceſſariam. Sequitur, *Sed humanius eſt, ſanum eandem legis interpretationem extendere, &c.* Videtur initio eſſe legendum, *Sancimus*: nam videtur interpretatione oſtendere Iuſtinia. quod ante ſtatuerat alia conſtitutione. Ideoque addit, *In omnibus caſibus in quibus vetera iura, currere quidem temporales præſcriptiones aduerſus minores conceſſerunt.*

Longe vtilius eſt minori, ius ſemper integrum habere, quã reſtitui in integrum.

Hæc verba diligenter ſunt obſeruanda, quibus oſtendit Iuſtinian. conſtitutionem ſuam tantum ad eas præſcriptiones temporarias pertinere, quæ olim currebant minoribus, in quibus tamen ſubueniebatur eis per reſtitutionem. Nam iure antiquo ante hanc conſtitutionem pleræque huiuſmodi erant præſcriptiones, quæ currerent aduerſus minores, in quibus tamen eis non ſubueniebatur per reſtitutionem, vt leg. auxilium. de minoribus.

minoribus.& l.1.C. ſi aduerſ.de lict. Sed & ſi quis intra annum non agat iniuriarum, non poteſt poſtea agere & aduerſus eum currit præſcriptio, nec reſtituitur. At huiuſmodi præſcriptiones non pertinēt ad conſtitutionē Iuſtiniani. Nam loquitur tantum de his præſcriptionib. quæ olim currebant minori, ſed aduerſus eas dabatur reſtitutio. Addit Iuſtinianus, *Eas ipſo iure non concurrere.*

Hoc exemplo poteſt demonſtrari in quadriēnij pręſcriptione, l. omnes. C. de quadrien. pręſcrip. & l. vlt. Diximus etiam in l. 3. ſupr. ſi aduerſus fiſcum, Si fiſcus rem alienam, vt ſuam vendiderit, dominum rei agere intra quadriennium poſſe contra emptorem. Hæc præſcriptio non curret minori, adeo vt ne reſtitutio ei ſit neceſſaria. De aliis igitur quę non currebant iure antiquo, non eſt intelligendum. Simile exemplum eſt etiam in l. ſi mater. C. ne de ſtatu defunct. poſt quinqu. de matre quæ vt ingenua communi opinione vixerat, à cuius obitu quinquennium exceſſerat.

Sed quæritur, quare illæſi conſeruantur minores aduerſus has præſcriptiones temporales magis, quam aduerſus contractus? Diximus aduerſus venditionē, tranſactionem & alios contractus, opus eſſe reſtitutione: cur idem de temporaria præſcriptione non dicemus? Mihi ratio videtur hæc eſſe, tametſi alij aliam adducere ſoleant, quia hæ præſcriptiones temporariæ cum ex quodam iuris rigore proficiſcantur, & odioſæ quodammodo ſunt, contra has non eſſe opus reſtitutione, ſed contra has illæſos ſeruari minores. Durum enim eſt quempiam ſolo temporis lapſu iure ſuo priuari. Itaque rectius conſulitur minori, cum de contractu agitur, quam ſi de alio negotio. His explicatis veniendum eſt ad antinomias, quæ hic difficiles & obſcuriſſimæ reperiuntur. In primis obiicitur quod dicitur tit. ſi aduerſ. vſucap. ſup. ſi quis longo tempore rem aliquam minoris poſſederit, eamque vſuceperit, neceſſaria eſt ei reſtitutio. Et tamen hic dicitur in temporaria præſcriptione locum nō eſſe reſtitutioni in integrum. Vulgo dicitur, legem illā de vſucapione intelligendam, quæ cum defuncto non cum minore eſt contracta. Sed ſomnium eſt: nullum enim eſt verbum, ex quo hæc diſtinctio poſſit colligi, quia ſimpliciter dicitur, reſtitutionis auxilium decerni minoribus, ſi vſucapione dominium rerum minorum ſit acquiſitum. Ego igitur aliter puto diſtinguendum. Cauſa tamen huius erroris mihi videtur fuiſſe, quod exiſtimatum ſit præſcriptionem vſucapionem eſſe, nec ſatis ſit intellectum diſcrimen. Vſucapio eſt acquiſitio dominij, l. 3. infra, de vſucap. Præſcriptio autem eſt exceptio, vt tit. de except. ſeu pręſcrip. Præſcriptio igitur eſt exceptio temporis: quod & colligi poteſt ex ſerie titulorum. nam ponitur titulus de temporalibus præſcrip. poſt generalem titulum de exceptionibus. Exempli gratia: Ego poſſedi rem longo tempore, vel longiſſimo tempore ceſſaſti: ego me tueor exceptione temporis, ego allego tantum temporis pręceſſiſſe. Præſcribere igitur non ſignificat vſucapere: vel vſu rei dominium acquirere, nec quiſquam latine eo ſenſu vſurpauit. Barbari tamen ita loquuntur, & ex vſu barbarorum hoc deſcendit in forum. Sed ſi quis rem vſuceperit cum bona fide, non tantum præſcriptionem habet, id eſt, exceptionem ſi conueniatur, ſed & dominium habet: veluti ſi quis rem immobilem decem annis inter præſentes, vel viginti inter abſentes poſſederit, non tantum præſcriptionem, id eſt, exceptionem acquirit, qua agens remouetur, ſed acquirit quoque dominium, l. 1. ſi aduer. vſucap. Fauorabilior autem eſt vſucapio, quam præſcriptio propter bonam fidem. Vnde mirum non eſt, ſi opus ſit reſtitutione aduerſus vſucapionem, propter fauorem eius vſucapionis: ſed de præſcriptione temporaria non idem dicemus, ſi quis longo tempore non egerit, cum actio ei competeret.

[illegible] obſcuriſſima ſolutio.

Vſucapio & præſcriptio quid differant.

Multum ergo intereſt inter præſcriptionem, & vſucapionem. Et ſic accipiēda eſt lex etiam 45. de minoribus. nam reſtituitur minor aduerſus vſucapionem. Verum tamen eſt, aduerſus pupillum rem non vſucapi, propter rationem quam adduximus alio loco.

Diſtinguendæ igitur ſunt leges, quæ de vſucapionibus loquuntur, ab his quæ de præſcriptione temporaria. Rurſus obiicitur l. Æmilius. 38. de minorib. in qua dicitur minorem reſtitui aduerſus pręſcriptionem temporariam, quod videtur contrarium ei quod dicimus hic, reſtitutionem in integrum non eſſe neceſſariam, nam in leg. Æmilius cum venditus eſſet fundus lege commiſſoria, id eſt, ea lege, vt is eſſet inemptus niſi emptor ſolueret preciū intra duos menſes: poſt duos menſes agenti minori obiicitur lapſus temporis: quęritur an poſſit reſtitui. Diximus ſi cum minore ſit contractus initus eum eſſe reſtituendum: at in caſu leg. Æmilius cōtracta proponitur venditio non cum minore, ſed cum patre. Quo caſu iure communi nō videbatur competere reſtitutio, quia cū defuncto erat contractū: ſed tamen Imper. motus variis circumſtantiis pronunciauit eſſe reſtituendum minorem. Ergo reſtituitur minor, & ipſo iure currit contra eum tempus: hic tamen dicimus reſtitutionem nō habere locum. Faciliimum eſſet elabi, ſi diceremus hanc conſtitutionem derogare iuri antiquo. Eſt enim vna ex nouis conſtitutionibus: quod & ſubſcriptio eius ſignificat. Verum aliter concilio hæc capita. nam lex Æmilius. loquitur de præſcriptione, quæ ex conuentione contrahentium naſcitur, quæ longe eſt fauorabilior, quam ea quæ ex ſolo rigore iuris proficiſcitur. Æquum enim eſt ſeruare quòd conuenit inter contrahentes. Vnde vulgo diſtinguitur præſcriptio conuentionalis à legali. Conuentionalis enim eſt, ſi fundum emerim ea lege, vt niſi ſoluerim intra duos menſes, is ſit inemptus: ſi poſt duos menſes offeram precium, remouebor conuentionali præſcriptione, qua conuenit vt res ſit inempta, ſi intra duos menſes precium non ſoluerim. Legalis autem eſt quæ à rigore ipſo legis proficiſcitur. Sed hic nos loquimur de ea pręſcriptione quæ ex ſolo rigore iuris proficiſcitur, quæ odioſa eſt cum ea quæ ex conuentione oritur, fauorabilior ſit: ideoque mirum nōn eſt, ſi minori hæc currat.

Et idem de ea dicendum, quæ ex teſtamento oritur, de qua exemplum eſt in l. 3. §. & ſi hæres. ff. de minorib. Hæres eſt inſtitutus filiusfamilias ſub conditione, Si emancipatus eſſet in diebus centum. Is non effecit vt emanciparetur: & ideo cum non eſſet emancipatus, amiſit hæreditatem, reſtituitur nihilominus in integrum: quia naſcitur ea præſcriptio ex teſtamento, & fauor teſtamenti exigit, vt defuncti volūtas ſeruetur. Sed noſtra conſtitutio pertinet ad exceptionem, quæ ex ſolo rigore iuris proficiſcitur. In hac autem conſtitutione excipitur præſcriptio lōgiſſimi temporis, id eſt, triginta vel quadraginta annorum. Et hoc apertius declaratur l. ſicut, C. de pręſcriptione triginta vel quadraginta annor. Graue enim viſum eſt actionem ſaluam manere poſt tātam ceſſationem & negligentiam & ideo in d. l. ſicut. dicitur eam præſcriptionem aduerſus minorem currere, non aduerſus pupillum, qui tutorum auxilio regitur. Si igitur minor ceſſarit agere aduerſus debitorem ſpatio triginta vel quadraginta annorū, currit aduerſus eū pręſcriptio, nec reſtituitur in integrū, niſi ex magna cauſa.

Alia exceptio eſt in l. properandum. §. vlt. C. de iudic. de tempore triennij, quo finitur inſtantia litis, qua cautum eſt vt citius finiantur lites, ne extendantur vltra triennium, vbi etiam dicitur non facile reſtitui minorē in integrum, niſi in ſubſidiū. Publica enim vtilitas, quæ ad lites finiendas ſpectat, ſuadet, vt minoribus hic non faueatur, ſicut in aliis præſcriptionibus: imo nec reſtitui quidem poſſint niſi omni auxilio deſtituantur, veluti

cum omnis actio inanis eſt aduerſus tutores, vel curatores. De his præſcriptionibus, quæ ſpecialiter legibus cuiuſcunque ciuitatis ſunt introductæ, magna eſt quæſtio, & quotidie vſitata in foro. Quædam enim præſcriptiones certis legibus ſunt introductæ.

Exemplū retractus linearii. Exemplum vnum eſt de retractu lineari, quo ſi quis vendidit prædium, proximi gentiles ius habent intra annum & diem retrahendi illud prædium, poſt id tempus opponitur præſcriptio. Hoc ſpeciali iure eſt introductum. An hæc præſcriptio minori currat? Certe in iure pontificio eſt expreſſum reſtitutionem eſſe neceſſariam, nec poſſe poſt illud tempus offerri precium, cap. conſtitutus. de in integrum reſtit. in Decret. Sed an noſtra conſtitutio ad huiuſmodi præſcriptionem pertineat? Certe verba conſtitutionis oſtendunt, illam non pertinere ad has præſcriptiones, cum ait, *In omnibus caſibus in quibus vetera iura, &c.* Referuntur enim hæc verba ad præſcriptiones, quæ veteri iure ſunt inductæ. Ergo non poteſt intelligi de his quæ nouo iure, & ſtatutis, vel conſuetudinibus poſtea ſunt introductæ.

IN TIT. XLII. LIB. II. COD. QVI ET ADVERSVS QVOS IN INTEgrum reſtitui non poſſunt.

VIdimus quibus ex cauſis reſtitutio in integrum cōcedatur: nunc videndum quando denegetur minori reſtitutio, ita vt nullo modo ei ſuccurratur. Diximus ſupra certis ex cauſis ceſſare reſtitutionem, non quod minori non ſuccurratur, ſed quod neceſſaria non ſit: ſed variis ex cauſis ita plerunque denegatur reſtitutio, vt nullo modo ei ſuccurratur. De his titulis ſequētibus tractatur. Hoc autem contingit plerunque propter conditionem perſonarum. Exemplum eſt de conditione eius qui petit reſtitui, l. prim. Si enim minor qui petit reſtitui in integrum, prudens, ſagax, & cautus eſſe dicatur, & quamuis iuuenis ſit, dicatur tamen ſenilis prudentiæ, tunc ei deneganda eſt reſtitutio. In cauſæ enim cognitione, quam diximus eſſe neceſſariam in reſtitutione, hoc eſt inſpiciendum, leg. in cauſæ. §. ex cauſa. de minoribus. Hoc eſt quod vulgo dicitur, prudentiam ſupplere ætatem: ſicut dicitur, malitiam ſupplere ætatem, l. ſi alterius. infra. tit. ſeq. Induſtria igitur iuuenilis ætatis defectum ſupplet. Aduerſus hanc ſententiam argumentatur Accurſius ab enumeratione partium. Aut minor probat ſe captum eſſe, & reſtituitur: aut non probat, & non reſtituitur: ergo non poteſt incidere ſpecies in qua quæratur, an fuerit diligens paterfamilias. Eſt enim minoris probare ſe circumuentum eſſe, leg. nam poſtea. infra de iureiur. leg. minoribus. de in integ. reſtit. In quo igitur caſu erit ſpectandum quod diximus an fuerit diligens paterfamil. Sed ego exemplo demonſtraturus ſum id quod ab Imp. ſcriptum eſt, ex quo vſus huius reſcripti intelligi poterit: minor reſtitui vult in integrum aduerſus venditionem prædij: docet ſibi non fuiſſe vtile prædium diſtrahi, aut viliori precio eſſe diſtractum. Hæc iuſta cauſa eſt reſtitutionis in integrum, ex his quæ diximus, quia ſibi non expediebat vendi prædium, petit reſtitui, quaſi captus ſit ea venditione. Sed aduerſarius obiicit ei, non eſſe captum lubrico ætatis, & inconſulta facilitate, allegat eum induſtrium eſſe patremfam. & Iuriſperitum, & forte cauſidicum, qui in foro verſetur, & aliis cauere ſoleat. Hac allegatione aduerſarius elidit minoris petitionem, nam etſi minor oſtendat læſionem, tamen aduerſarius oſtendit non eſſe peccatum lubricæ ætatis, ſed talem læſionem eſſe, quæ in quemcunque cadat, & in qua prudentiſſimus quiſque paterfamilias peccet in rerum ſuarum alienatione. Videmus quidem reſcindi venditionem propter læſionem. leg. 2. C. de reſcin. ven. etſi non ſit minor 25. annis. Cum igitur minor læſionem probat, quia non expediebat fundi venditio, vel quia viliore precio eſt diſtractus, præſumitur quidem inconſulta facilitate læſus, niſi contrarium probetur, veluti ſi contrariis coniecturis vtatur aduerſarius, vt qui aſſerat eum fuiſſe diligentem & induſtrium patremfam. cuius prudentia erat cognita in actibus publicis: tunc enim iuſta eſt cauſa denegandæ reſtitutionis. Illud autem aut probat minor, aut non probat ſe captum, nihil pertinet ad rem: quia non eſt ſufficiēs partium enumeratio. Fieri enim poteſt, vt probet læſionem, ex qua præſumatur inconſulta ætas: ſed hoc verum eſt, niſi contrarium probetur, eum non eſſe captum lubrico ætatis: quod ſit, vbi eius induſtria probatur publice. Vnde hodie ei, qui ſe iureconſultum profitetur, ac de iure reſpondet, non ſubuenietur prætextu ætatis. Sequitur, *Propter hoc ſolum velut præſcriptione à ſolito auxilio remoueri non debet, &c.* Extat hic alia quæſtio: Si minor probet ſe læſum eſſe in venditione, & aduerſarius dicat eum non eſſe captum lubrico ætatis, quia inquit decurionem eum creatum eſſe, vel liberos ſuſcepiſſe: an hac præſcriptione ſit ſubmouendus minor, quæritur. Ait Imp. non eſſe ſubmouendum, nec ei denegandam reſtitutionem. Nam ex eo qui decurio eſt creatus, nulla eius arguitur vel prudentia, vel induſtria. Plerunque enim neceſſitate ita vrgente, & inopia ciuium, hi decuriones creantur, qui per ætatem ſibi non poſſunt ſuccurrere, l. 2. C. qui ætate vel profeſſ. ſe excuſ. Apud nos plures huiuſmodi exiſtunt, ſed cæteris non prudentiores: ſunt igitur illiuſmodi allegationes impertinentes, quas vocāt cauſidici: quia etſi liberos ſuſceperit, non ideo eſt doctior, quia forte liberis magis, quam libris operam dedit. Et ſic hæc intelligenda ſunt.

Ad l. 2.

ALiud exemplum eſt in hac lege, in qua inſpicitur conditio eius, contra quem petitur reſtitutio: in ſuperiori exemplo ſpectatur conditio eius, qui petit reſtitui. Interdum enim ob conditionem eius, contra quem petitur reſtitutio denegantur, vt ſi filius petat reſtitui contra parentem, libertus contra patronum. Hæc conſtitutio vna eſt ex nouis conſtitutionibus Iuſtiniani. Refert initio opiniones veterum Iuriſconſultorum. Diſtinguebāt enim veteres variis modis ſuper hac quæſtione, ſed ſanxit Iuſtinianus, ſine diſtinctione, denegādam eſſe reſtitutionem filio contra parentem, liberto contra patronum, ob reuerentiam huiuſmodi perſonis debitam, vt diximus leg. non debet. ſupra de dolo. Quidam enim putabant diſtinguendum eſſe, an allegaretur dolus malus parentis, contra quem reſtitui quis poſtulabat, & hoc caſu reſtitutionem denegandam: an vero allegaretur tantum ſimplicitas eius, qui vult reſtitui, & hoc caſu concedendam. Diximus enim ita actionem cum parente & patrono eſſe temperandam, vt non doli, ſed bonæ fidei mentio fiat, dict. leg. non debet. & ve ſic pareatur honori parentis vel patroni. Sed Iuſtinianus hic oſtendit hac ratione non ſatis conſuli honori patris, vel patroni. *Cum procul dubio ſit*, inquit Imp. *etiam ipſas perſonas cauere, nequid ſua opinioni contrarium exiſtat.* Actio famoſa aduerſus parentem vel patronum non debet intendi, ſed temperanda eſt verbis: ſed vtcunque temperetur, ſemper tamen oneratur exiſtimatio patris apud bonos & graues viros, quamuis iure nō infametur, quod vitandum eſt. *Parcendum in omnib. & parcendū eſt honori parētis & patroni.* Sicque puto accipienda eſſe verba poſtrema huius conſtitutionis, *Ne quid ſuæ opinioni contrarium exiſtat.* Quamuis non negem hæc nō Latine, nec commode ſatis ſcripta, vt pleraq; alia Iuſtiniani reſcripta. Ergo aduerſus patrem vel patronum omnino non datur reſtitutio. Sed hic occurrunt antinomiæ, quæ totam hanc diſputationem difficilem reddūt.

Vna ex

Digitized by Google

Vna ex l.2 C.ſi aduerſ.rē iud.aliæ ex l.2 C.ſi aduerſ. donar. ex l. vlt. de bonis quæ lib. & l. non debet. de dolo mal. Sed animaduertendū eſt hanc conſtitutionem eſſe vnam ex nouis deciſionibus quę inſerta eſt Codici poſt primam eius editionem,cuiuſmodi pleræque iuri antiquo derogant. Ideoque facile poteſt dici, ſi quid contrariū vel in Pandectis,vel in Codice reperiatur,id correctum eſſe. Sed videndum eſt an quæ adducuntur,ſint pugnantia.Excutiamus omnes locos qui obiiciuntur.In primis dict.leg.2.C.ſi aduerſ.rem iud.Quęſtio inter patrem & filiam orta eſt de ſtatu filiæ. Dicebat illa ſe emancipatam:pater contra: pronuntiatum eſt contra filiam:quęritur an poſſit reſtitui,& dicitur reſtituendam. Filia hic agit contra patrem:damnata eſt, & eſt reſtituta aduerſus patrem. Vulgo dici ſolet,ibi reſtitutionem concedi non contra factum patris, ſed iudicem potius,qui aduerſus minorem pronunciauit. Et ſane conſtitutio noſtra loquitur de facto patris, idque principiū eius indicat: *Quaſi non rite in eos verſatos*.Ergo conſtitutio intelligenda eſt cum de facto patris quęritur:is enim qui petit ſe reſtitui aduerſus rem iudicatam, non conqueritur de facto eius cum quo litigauit.ſed iudicis,qui iniq; iudicauit.Hæc opinio eſt ſpecioſa, ſed vix eſt quin arguatur factum patris,qui agit aduerſus filiam,quę petit reſcindi rem iudicatam.Igitur rectius dicendum puto,hanc legem abrogatam eſſe cōſtitutione noſtra. Opponitur quoque dict.l.2.C. ſi aduer.donat. Pater donauit prædium filio. Deinde conſentiente eodem filio idem prædium alij donauit. In hoc cōſenſu filius eſt circumſcriptus:ideoque vult reſtitui. Nam ſicuti minori ſuccurritur qui captus eſt per donationem,ſic ſuccurritur ei, ſi conſenſit alij donanti, vt in ea lege diximus. Hic locus eſt reſtitutioni,etſi petatur cōtra patrem, qui proponitur alienaſſe fundum filij conſenſu. Vulgo ita reſpondent, hic dari reſtitutionem contra factum patris, ſed non contra patrem: reſcinditur enim factum patris alienatio,& donatio patris. Proponitur enim pater donaſſe filio,& deinde alij:poterit ergo reſcindi poſterior donatio:quæ proculdubio eſt factum patris. Sed non petitur reſtitutio contra patrem.In priori exemplo reſtitutio petitur contra patrem, non contra factum patris.Poterit ergo reſtitui minor contra donationem patris,qui poſſeſſor eſt fundi donati. Verum eſt peti contra id, quod à patre factum eſt, & contra eius donationem:ſed cum reſcinditur id quod factum eſt à patre, vix poteſt dici quin petatur contra patrem reſtitutio,idque præſertim cum neceſſarium ſit patrem intereſſe reſtitutioni. Scio reſtitutionem in rem ſæpe peti.l. in cauſæ.§. interdum.de minoribus, ſi poſſideatur res quæ alienata eſt:ſed fieri non poteſt,vt non contra vnumquemque agatur.Sed aiunt id fieri in conſequentiam. Ego concedo.Huius poſterioris membri exemplum eſt appoſitum l.vlt.§.ſin autem.C.de bonis quæ liber.Delata eſt hæreditas aduentitia filio minori: noluit eam hæreditatem adire,quam pater adiuit: pœnitentia filius ductus, vult reſtitui. Et ait Imp.reſtitui eum poſſe,ita vt auferat hæreditatem à patre.Perinde enim erit ac ſi eſſet hæres,pater nunquam adiiſſet,& filius nunquam repudiaſſet.Nō petit ſe reſtitui cōtra patrem, nihil enim poteſt dici geſtum inter eum & patrem: quia repudiauit tantum hæreditatem,nihilque cum patre geſſit.Et ſane cum ſe petit reſtitui, nihil ea res habet commune cum patre. Igitur quod dicitur in dict.leg.vlt. C. de bon. quæ lib.non poteſt dici eſſe emendatum noſtra conſtitutione: cum & noua ſit conſtitutio,& vtraque miſſa ad eūdem præfectum, vt inſcriptio indicat:ſed in ſuperioribus exemplis videtur idem dici non poſſe. Ideoque diſſimilitudo eſt. Rurſus aduerſus hanc conſtitutionem obiicitur l. non debet.ſupr.de dolo,& l. ſi ſupr.ſtiterit. C. eo. In vtraque lege dicitur, ſi pater filium ſuum circumuenerit dolo,ita eſſe in factum verbis temperandam de dolo actionem, vt bonæ fidei mentio fiat: ita vt filius dicit bona fide factum,quod factum eſt à patre,ſed tamen ſe eſſe læſum in ea re. Hanc diſtinctionem veterum Iuſtinia.in hac conſtitutione improbauit,& conſtituit, ſine diſtinctione denegandam eſſe actionem. Vulgo receptum eſt d.l.non debet.& d.l.ſi ſuperſtiterit, eſſe accipiendas de reſtitutione,quæ iure actionis petitur, cum quis per actionem reſtituitur: ſed hic loquimur de reſtitutione,quæ fit officio prætoris,ſine actione. Verum quidem eſt reſtitutionem non fieri per actionem à prætore datam,ſed per prætoris cognitionem.l.minor. & l.quod ſi minor.§.vlt. de minoribus totum hoc pendet ex officio prætoris.Ipſe enim prætor cognoſcit,non dat formulam, ſiue iudicem, & iudicis officio minor non reſtituitur. Sed cum quis dolo alterius dicit ſe eſſe circumſcriptum, prætor ita eum reſtituit, non vt ipſe cognoſcat,ſed vt det formulam,& iudex cognoſcat. Sic aliæ leges de actione intelligendæ ſunt. Hæc de cognitione prætoria. Vtuntur vulgo aliis verbis:nam loco iudicij à prætore dati, dicunt per viam actionis. Certum quidem eſt hæc eſſe diuerſa, ſed recte ratio diuerſitatis non apparet. Quid enim refert quod ad parentis,patroniue honorem,an per cognitionem prætoris, an per actionem filius reſtituatur? quia ſemper reſtitutio eſt. Reſtitutionis genus eſt, cum datur actio de dolo, cum iure ipſo valet quod geſtum, ita vt neceſſaria ſit doli actio. Certe cum Iuſtinianus voluerit conſulere honori parentum & patronorum, probabilius videtur, quod dicitur in vtraque lege, hac conſtitutione eſſe emendatum.

Dicendum eſt igitur, quoties prætoris auxilium extraordinarium petitur aduerſus patrem, vel patronum non audiendum eſſe filium,vel libertum. Et licet Iuſtinianus tantum de minoribus loquatur, tamen mihi eadem eſſe videtur ratio maiorem: & vtile tantum minorum ibi mentionem fieri pro exemplo, ſed idem videri dicendum, ſi maior aduerſus patrem vel patronum velit reſtitui: quia eadem eſt ratio.

IN TIT. XLIII. LIB. II. COD. SI MINOR SE MAIOREM DIXERIT.

SEquitur alia cauſa,ob quam denegatur reſtitutio in integrum, nec minori ſuccurritur. Diximus ſuperiori titulo, propter conditionem eius, qui vult reſtitui, interdum denegari reſtitutionem. Hic alia cauſa eſt,cum minor ſe maiorem eſſe dixerit. Sed hoc eſt intelligendum cum diſtinctione, quæ ex variis capitibus huius tituli colligitur. Quare vt ſummatim complectamur quicquid ſub hoc titulo tractatur, diſtinguendi ſunt tres caſus. Primus eſt ſi minor dolo malo ſe maiorem eſſe dixerit, vt induceret alium ad contrahendum: & tunc ei non ſuccurritur: veluti ſi minor fingat ſe maiorem eſſe,cum minor eſſet,de quo leg.ſecund. hoc tit. Cum enim quis vellet contrahere cum aliquo, & dubitaret an maior eſſet, an minor: ſi dolo minor affirmauit ſe maiorem eſſe, non ſuccurretur minori, ſi captus fuerit. idem eſt in leg.3. qua conſtituunt Impp. minorem non reſtitui, ſi aliquem circumueniendi cauſa ſe maiorem dixerit. vbi etiam locus eſt communis & obſeruatione dignus, de dolo in his verbis, *Malitia ſupplet ætatem*: ſicut ante diximus, prudentiam ſupplere ætatem. Notandum autem eſt, non eſſe facile præſumendum aliquid dolo factum, niſi probetur. Eſt enim quæſtio magis facti, quam iuris, & controuerſi iuris. Sed verius eſt & receptius,

dolum non eſſe præſumendum ſecundum vulgarem regulam, leg. quoties. §. qui dolo. infra de probat. Qui enim, inquit Vlpianus, dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admiſſum debet. Si igitur appareat circumueniendi alterius cauſa eum minorem ſe finxiſſe, non debet reſtitui. Quod autem diximus minorem non eſſe reſtituendum, intelligendum eſt cum exceptione, quæ traditur in l. minor viginti-quinque. ff. de minor. l. de tutela. de in integrum reſtit. Minor falſo probauit coram iudice ſe perfectæ ætatis eſſe, cum tamen minor eſſet: deinde ſoluta ei eſt pecunia à debitore: eam pecuniam perdidit: quæritur an tutores teneantur?

Ait Paulus, ſi curatores ſciuerint eum eſſe minorem, quamuis falſo in iudicio ſe maiorem eſſe probauerit, reſtituitur minor aduerſus eos: ſed ſi ignorauerint, & fidem habuerint iudici, non reſtituitur. Hinc ergo colligitur quod diximus. ſi minor alterius circumueniendi cauſa ſe maiorem affirmauerit, non eum reſtitui, niſi aduerſus curatores ſuos, qui eum ſciuerunt minorem eſſe. Simile eſt in l. de tutela. Cod. de in integru. reſtitut. Hic proponitur minor falſo ætatem probaſſe, cum tamen curator non eſſet ignarus ætatis eius, nec eſſet credibile eum eius ignarum eſſe, cum eius curam ipſe gereret. Ea res, vt vult Imp. non releuat curatorem, quominus reſtituatur minor.

Secundus caſus, ſi tantum dolus aduerſarij arguatur, de quo l. vlt. hic. Si aduerſarius cum minore contracturus, induxit eum, vt affirmaret ſe maiorem eſſe, ſperans fore, vt nullus poſtea aditus eſſet ad reſtitutionem. & appareat hoc dolo aduerſarij factum, ſubuenietur minori, vt reſtitutionem impetrare poſſit.

Tertius caſus, Si neutrius dolus arguatur, nec minoris, nec aduerſarij, ſed minor ſimplicitate ſua forte dixerit, ſe maiorem eſſe. Et certum eſt eum reſtituendum eſſe hoc caſu, quia non præſumitur dolus, niſi probetur, de quo l. 1. hic. *Tabulis quæ ſunt tuarum profeſſionum.* Quid ſit profeſſio, docui ſub titulo de probationibus. Parentes olim profitebantur liberos ſibi natos in æde Saturni. Hæc profeſſio proderat ad probandam ætatem, de qua l. etiam. infra, de probat. l. cum de ætate. eo. Huiuſmodi profeſſio fit hodie cum baptiſantur pueri. In his omnibus caſibus, cũ minor ſe dixit maiorem ſine vlla fraude, ſuccurritur minori, propter ſimplicitatem. Hoc eſt tamen intelligendum cum diſtinctione quæ eſt in l. 3. hic. vtrum in inſtrumento per ſacramenti religionem maiorem ſe aſſeuerauerit: vel ſe tantum maiorem falſo probauerit. Multum enim refert, an quod geſtum eſt cum minore, iureiurando ſit confirmatum, & quomodo ſit iuratum. Nam ſi non tantum adfirmarit, ſed iurauerit ſe maiorem eſſe non reſtituetur, niſi palam ex inſtrumentis, non ex teſtium depoſitione, docuerit ſe minorem fuiſſe. Neceſſe eſt igitur vt profeſſione, & tabulis probet, ſe minorem fuiſſe, non teſtibus prolatis. Sed cur non teſtibus? Nonne eandem habent vim, & depoſitiones teſtium, & fides inſtrumentorum, leg. in exercendis? Cod. de fide inſtrumen. Hoc verum eſt: ſed non tamen perpetuo. Nam pleraque ſunt, in quibus maiorem vim habent inſtrumenta, quam teſtes, vt in ætatis probatione, quæ facile excidit. Eſt hic locus communis de probatione teſtium, & fide inſtrumentorum. Similem locum de iureiurando à minore præſtito vidimus leg. 1. ſupra, ſi aduerſus vendit. Si iureiurando fuerit confirmata venditio, non facile ab ea recedi. Subiicit poſtea, *Sacramento corporaliter præſtito.* Multum refert an iuratum ſit ſimpliciter, an corporaliter præſtitum ſit ſacramentum. Hoc quid ſit, docui ſupra ſub titul. ſi aduerſus vendit. Tactis euangeliis iurare, eſt corporaliter iurare, Noual. 9. Hoc autem ita conſtituitur, quia magis ſerium eſſe iudicatur, quod cum tanta ceremonia geritur, maiorque eſt impietas, & contemptus religionis. Hoc autem admonuimus ita conſtitutum, ne via periuriis aperiatur. Si enim reſtitueretur minor, qui ſe maiorem eſſe iurauerit, probata ætate, aperiretur via periuriis, ſemperque diceret, ſe putaſſe eſſe maiorem. Atque ita facile eſt reſpondere leg. ſi ex falſis. Codic. de tranſact. quæ pro contraria hic adducitur, de qua dixi leg. 1. Codic. ſi aduerſ. venditio. nam in dict. leg. ſi ex falſis, ait retractari contractum iureiurando confirmatum prætextu ætatis, & hic ait non retractari. Sed dicta lex ſi ex falſis. loquitur de eo, quod contractum eſt dolo malo: quoniam eo caſu nullus eſt metus periurij. Cum enim quis dolo inductus eſt vt tranſigat, & prolatis falſis inſtrumentis iurat ſe non receſſurum à tranſactione, etſi recedat, non dicitur peierare, quia ineſt tacita conditio in eo iureiurando, ſi inſtrumenta vera ſint: aliàs iuraturus non fuiſſet, niſi dolo fuiſſet circumuentus. Sed in hoc caſu noſtro non eſt idem dicendum, quia loquitur de eo, qui nullo aduerſarij dolo fuit inductus. Incertum ſiquidem eſt, an dolo, an ſimplicitate ſua inductus ſit minor. Cautum igitur eſt hac conſtitutione, ne facile reſtituantur minores hoc caſu, ne via periuriis aperiatur, facileq; inducantur minores, vt dicant ſe iuraſſe, quia exiſtimaſſent maiores ſe eſſe.

IN TIT. XLIIII. LIB. II. COD. SI SÆPIVS IN INTEGRVM REſtitutio poſtuletur.

Hic ſubiicitur alia cauſa denegandæ reſtitutionis in integrum, ſi ſæpius in integrum reſtitutio poſtuletur. Iuſta enim eſt cauſa reſtitutionem denegandi, ſi quis ſemel petierit reſtitutionem, & in ea cauſa non obtinuerit, quod Gallice dicimus, *S'il a eſté debouté*, id eſt, ſi pronunciatum fuerit aduerſus cauſam reſtitutionis, atque ea de cauſa velit iterum reſtitui. Exemplum eſt in leg. 1. hic. Quidam damnatus fuit ſententia proconſulis, voluit reſtitui: cum lis eſſet agitata in iudicio, tandem eſt pronuntiatum, eum non eſſe reſtituendum aduerſus ſententiam: vult reſtitui aduerſus hanc poſteriorem ſententiam, quaſi aliquid omiſerit, & non omnia allegarit: & dicitur reſtitutionem ei denegandam: aliàs res in infinitum abiret, nec eſſet vllus litium finis, nam ſi diceremus aliquem ſæpius eſſe audiendum, modus reſtitutionum nullus eſſet: itaque optima ratione eſt conſtitutum, vt ſemel denegata reſtitutione vel aduerſus rem iudicatam, vel aduerſus contractum, amplius non audiatur. Aduerſus hanc ſententiam adducitur l. ait prætor. §. reſtitutus. de minor. Quidam ſe abſtinuit ab hæreditate, reſtitutus eſt vt eam adiret, deinde voluit reſtitui, vt eam repudiaret, quia pœnituit eum reſtitutionis impetratæ.

Ait Iureconſultus Vlpianus eum denuo reſtituendum. Videris igitur, ſæpe obtineri & peti reſtitutionem. Sed notandum eſt non ſimpliciter nos dicere ſæpius reſtitutionem peti non poſse. Verum quidem eſt titulum eſse generalem, ſed in legibus ſub hoc titulo dicitur tantum, ſi quis petierit, reſtitutionem, quæ cognita cauſa ei ſit denegata. tunc eum amplius non eſse audiendum, ſi velit reſtitui aduerſus eam pronuntiationem. Itaque nihil aduerſatur d. §. reſtitutus. Non enim ait poſse eum iterum audiri, cui denegata eſt reſtitutio: ſed loquitur de eo, qui petiit ſemel reſtitutionem, eamque obtinuit, ſed poſtea pœnituit eum reſtitutionis, petiitque reſtitutionem aduerſus præcedentem reſtitutionem: neque enim petit ſe reſtitui aduerſus reſtitutioñe denegatã. Itaq; magna diſſimilitudo & diuerſitas eſt: nã quæſtio nõ eſt de eo, qui petiit reſtitutioñe, quæ ei dene-

Digitized by Google

ei denegata eſt; verum de eo, qui variauit in reſtituendo. Et ait Iuriſconſultus eum audiendum eſſe, licet ſemel iam fuerit reſtitutus. Sed ſi cauſa cognita ei denegata fuerit reſtitutio, aduerſus eam pronuntiationem non poteſt reſtitui. Quod autem diximus, non poſſe minorem reſtitui, ita eſt intelligendum, ne reſcindatur ea ſententia, qua ei denegata eſt reſtitutio: ſed tamen reſtitui ita minor poteſt, vt ab ea ſententia appellare poſſit. Eatenus igitur reſtituitur, vt ei liceat appellare. Multo minus eſt reſtitui ad appellandum, quam reſtitui ad vniuerſam cauſam, leg. vltim. ſupra, de in integrum reſtitut. Inter hæc enim duo multum intereſt in effectu: quia cum reſtituitur ſimpliciter aduerſus rem iudicatam, perinde habetur, ac ſi nihil eſſet iudicatum: hoc enim eſt reſtitui, ſed cum reſtituitur ad appellandum aduerſus ſententiam, ſententia firma manet, donec iudex appellationis pronuntiauerit male iudicatum eſſe.

Currunt ea tempora, quæ data ſunt ad appellandum, quæ minime currerent, ſi reſtitutus eſſet in priſtinum ſtatum. Quamobrem, ſi tempus appellationis præterierit, ipſo iure ei amplius permiſſum non eſt appellare, ſed reſtitui poteſt ad hanc appellationem omiſſam. Ex hoc igitur loco obiter notandum eſt tempora appellationis currere minori. Tempora ſunt, veluti decem dierum, de quibus Nouella de appellat. vel biennij, &c. Cod. de tempor. appellat. quamuis aliàs præſcriptiones non currant minori, l. vltim. in quibus cauſis reſtit. de in integrum neceſſa. Simile adduximus ex l. properandum. §. vltim. C. de iudic. vbi minori currit tempus præſtitutum finiendis litibus, neque reſtituitur aduerſus inſtantiam litis, niſi curator ſoluendo non ſit. Ergo minor, denegata ſemel ei reſtitutione non reſtituitur. Addenda eſt exceptio, niſi ex noua cauſa reſtitutio poſtuletur, vt l. 2. & 3. hic. Idem dicitur in iure pontificio cap. vltim. extra de in integrum reſtitut. Si qua enim noua defenſio ſuperuenerit, poteſt peti in integrum reſtitutio, quamuis ſemel fuerit denegata. Nam tunc non videtur quæri de eadem re: ſicut dicitur de exceptione rei iudicatæ, leg. cum quæritur. de exceptio. rei iudica. Etſi eadem res petatur, tamen ſi ob aliam cauſam petatur, non dicitur eadem cauſa eſſe. Sed hic non ſatis eſt aliam cauſam eſſe, ſed nouam. Exemplum ſumi poteſt ex dict. leg. properandum. §. vltim. Cod. de iudic. ſi litis inſtantia ſit perempta lapſu triennij culpa curatoris, minor ita poteſt reſtitui, ſi curator non ſit ſoluendo, ſi vero ſit ſoluendo, non quidem reſtituetur ei litis inſtantia, ſed aget aduerſus curatorem ſuum, quanti eius interſit litem non eſſe peremptam.

Pone igitur, minorem nõ egiſſe aduerſus curatorem, ſed maluiſſe petere reſtitutionem pro inſtantia litis amiſſa recuperanda: cognita autem cauſa quod reſtitutio ei denegata fuerit, & pronuntiatum ſit aduerſus eum, quoniam videbat iudex litem non eſſe reſtituendam, cum intelligeret tutorem eſſe ſoluendo: deinde curator facultatibus lapſus ſit, & actio inanis reddita ſit minori: ſi vult reſtitui minor, dicitur reſtituendus. Poteſt enim ex ea cauſa reſtitui, quia ſuperuenit noua cauſa, ex qua æquum eſt eum reſtitui. Hoc exemplo illuſtrata eſt lex 2. & 3. cum loquantur de noua cauſa.

IN TIT. XLV. LIB. II. COD.

DE HIS QVI VENIAM ÆTAtis impetrauerunt.

SEd & hic proponitur alia cauſa, propter quam reſtitutio denegatur, ſi minor veniam ætatis à principe impetrauerit. Si enim permiſerit ei princeps, vt res ſuas adminiſtret, ac ſi maior eſſet, tunc ſi velit reſtitui, deneganda eſt ei reſtitutio, ne quis principali auctoritate circumſcriptus eſſe videatur, vt dicitur in l. 1. hic. Sed vt vim huius veniæ cognoſcamus, de ea per locos communes tractabimus. Videndum igitur eſt, qua ex cauſa minor petat hanc ætatis veniam: Deinde quid conſequatur hac impetratione. Hæc ſunt neceſſaria cognitu, vt diplomata poſſimus concipere, quæ hoc nomine ſolent impetrari. Diploma enim continet cauſam permiſſionis, & alia huiuſmodi de quibus dicemus. In primis igitur cauſa huius veniæ, & reſtitutionis denegandæ, eſt grauitas morum, prudentia, honeſtas vitæ quæ in minore requiritur: quamquam raro id fiat, vt dicitur l. 2. Ingenium & prudentia velox ante pilos, vt Perſius ait. Hanc veniam Caſſiodorus lib. 7. Variarum, vocat glorioſam ſupplicationem.

Altera cauſa eſt, ætas: non enim paſſim conceditur minoribus, ſed certæ tantum ætatis. In maſculo requiritur ætas viginti annorum, in fœmina octodecim: non quod prudentiores ſint, vt inquit Accurſ. ſed quod mala herba citius creſcat. Sed tamen apud nos qui valent gratia, ſolent hanc veniam ante hos annos impetrare. Memini quendam in curia principis impetrauiſſe veniam hanc, cum tantum eſſet decem & ſeptem annorum. Ex his quæ diximus, conſtat cauſæ cognitionem eſſe neceſſariam in hac impetratione, & probationem eorum omnium, ob quæ diximus hanc veniam concedi, & ab eo fieri, qui hanc veniam impetrat, vt dicitur in leg. 2. Hæc autem probatio exigitur coram iudice, non coram principe: quia princeps facile hanc veniam concedit ſine vlla examinatione.

Sed deinde literæ ſunt examinandæ apud iudicem, & tunc probatio exigitur eorum, quæ reſcripto continentur. Intimatio eſt neceſſaria, vt eam vocat l. ea quæ. C. de tempor. in integ. reſtit. Intimationem autem vocamus *enterinement*. Debet igitur ille qui veniam impetrat, reſcriptum exhibere coram iudice competenti, & ibi examinabuntur cauſæ, & probatio exigetur.

Et notandum in hoc iudicio præſentiam eius, qui petit veniam, eſſe neceſſariam, nec ſufficere procuratorem, vt dicitur in l. 2. Excipit fœminas, quibus tametſi venia concedatur, tamen reſcriptum poſſunt intimare per procuratorem. In hac autem cauſæ cognitione non requiritur vocatio cuiuſquam, ſicut diximus in reſtitutione in integrum vocandos eſſe quoſcunque, quorum intereſt, l. in cauſæ. §. cauſa. de minoribus. quia nullius hoc intereſt.

Siquis velit reſtitui aduerſus id quod contraxit, ratio exigit vt eo audito, cum quo contraxit, reſtituatur, quoniam aduerſarij intereſt: ſicut in quauis cauſa audiendi hi ſunt, quorum intereſt, leg. de vnoquoque. de re iudic. l. Nam ita diuus. de adopt. Atque ideo dicimus hic cauſæ cognitionem requiri ſine vllius vocatione, quia nullius intereſt, minorem ætatis veniam impetrare, quia tantum reipublicæ intereſt, reſtitui minorem. Præſentiam procuratoris fiſci, vel regij, hodie requirimus, ſed nullius priuati præſentia requiritur, quia nullius intereſt. Non enim poteſt vllius, ſed ius publicum, lædi.

Sed cur præſentia minoris requiritur? Cur non licet per procuratorem hoc tractare? Reſpondeo, ideo neceſſariam eſſe præſentiam, quod exploranda ſit conditio perſonæ, ne obrepſerit principi, ex ſermone, vultu, geſtu. Poterit enim iudicium fieri morum, prudentiæ, & ætatis, ne obrepſerit principi in perſequenda hac glorioſa ſupplicatione, vt Caſſiodorus ait in loco iam ſuperius adducto. Hactenus de cauſis huius veniæ, ex quibus intelligimus quomodo ſit concipienda formula, qua petitur hæc venia. Sequens vero locus eſt de eo, à quo hæc venia impetrãda eſt. Et dicendũ hanc veniam tantũ à principe impetrari, leg. 1. & 2. Et formula,

quæ legitur apud Caſſiodorum, concepta eſt principis nomine. Huc pertinet quod dicitur l. 3. de minor. in princip. vbi eſt quoque mentio huius veniæ, quamuis rara ſit in libris Digeſtorum. Nam cum conſules & præſides permittebant minoribus adminiſtrare res ſuas, & veniam ætatis concedebant, principes interpretati ſunt ea decreta eſſe ambitioſa, id eſt, in fauorem & gratiam conceſſa, vt dicitur leg. ambitioſa, infra de decreto ab ordine faciendo. Quamobrem conſulibus atque magiſtratibus hoc denegatur, & ſoli principi permittitur. Vnde hodie quoque à cancellario non impetratur hæc venia, ſed adeundus eſt princeps, vel præfectus libellorum, qui ſimilis eſt prætoribus: quamuis diplomata concipiantur ſemper regis nomine. illi tamen literas gratiæ concedunt.

Poſtremus locus eſt atque præcipuus huius tituli, Quid conſequatur minor hac venia ætatis impetrata: nam vtrumque ſciendum eſt, & quare detur, & quid ea venia conſequatur. Hac autem veniæ impetratione cõſequitur minor, vt rem ſuam ſibi liceat adminiſtrare, perinde ac ſi maior eſſet, & vt cum quouis poſſit contrahere, leg. 1. hoc titul. Itaque ſi quid geſtum ſit cum eo, qui hanc veniam impetrauit, non erit vllus locus reſtitutioni, vt dicitur leg. 1. Sed quæſtio eſt controuerſi iuris, an poſſit minor reſtitui aduerſus hanc impetrationem veniæ. Minor, verbi gratia, qui veniam ætatis impetrauit, quandam rem ſuam alienauit, an poterit reſtitui non aduerſus alienationem, ſed aduerſus impetrationem veniæ, ſi leuitate aliqua hanc veniam impetrauerit? In primis videtur ſpectandum quod dicitur in edicto prætoris, *Quod cum minore viginti quinque annis geſtum erit.* Hic enim cum minore aliquid geſtum eſt, cum impetrat veniam: ergo videtur reſtituendus. Sed poteſt etiam obiici, quod minor habetur pro maiore: deinde quod ſolemnia interuenerint, & cauſa cognita hæc venia ſit impetrata: quamobrem denegandam ei videri reſtitutionem in integrum. Et ego exiſtimo aduerſus talem impetrationem veniæ non niſi ea magna & graui cauſa minorem reſtituendum eſſe, l. Diuus, ſupra, de in integrum reſtit. & leg. ſi ex cauſa. de minoribus. Etſi nihil facile ſit mutandum ex ſolemnibus, tamen ex magno damno minori poteſt reſtitutio concedi, ſi magna æquitas id poſtulet. Minor ergo impetrata venia ætatis ſuam rem gerit, ſicut quiuis maior, nec reſtituitur niſi magna æquitas id ſuadeat. Hoc tamen ita eſt intelligendum, vt prædia non poſſit alienare ſine decreto leg. 2. hic. Permittitur ei quidem alienare, ſed ita, vt interponatur decretum. Et hoc eſt in formula Caſſiodori libr. Variarum 7. Quod de alienatione dictum eſt, Iuſtinianus producit ad hypothecam, leg. 3. hic Memini hanc quæſtionem agitatam fuiſſe, an minor poſt veniam ætatis impetratam poſſit eſſe in iudicio, & in iudicium deducere, cum quæſtio eſt de re immobili, id eſt, quam ſine decreto non poteſt alienare? Verbi gratia, cum lis eſt de prædio in iudicio. Plerique putant poſſe: & vtranque legem intelligunt de alienatione prædiorum minoris. Memini tamen iudicatum, vbi lis eſt de prædio minoris, aut de poſſeſſione eius, quæ non poteſt alienari ſine decreto, minorem non poſſe ſine curatore rem deducere in iudicium. Nam generaliter notandum eſt, eum qui rem non poteſt alienare, non poſſe eam in iudicium deducere, leg. iuſiurandum quod ea conuentione §. ſi tutor. infra, de iureiuran. Sed ex his naſcitur quæſtio tractata in leg. vltim. hic. ſi in teſtamento facta fuerit legitimæ, aut perfectæ ætatis mentio, veluti, Lego Titio centum, cum perfectæ fuerit ætatis, quo ſenſu erunt accipienda hæc verba, & an perfectæ ætatis verbo intelligamus eum quoque, qui veniam ætatis impetrauit. Dubitatio ex eo naſcitur, quod dicitur eum, qui veniam ætatis impetrauit, perinde habendum eſſe, ac ſi eſſet legitimæ ætatis. Ergo videtur in eo legato hunc quoque contineri, qui veniam ætatis impetrauit. Sed tamen Iuſtinianus ait hæc verba, cum quis fuerit legitimæ ætatis aut perfectæ ætatis, non eſſe accipienda de eo, qui veniam ætatis impetrauit, niſi id actum ſit, & ex venia quoque ætatis id procedat, nam in teſtamentis ſequimur proprietatem verborum, nec aliter ab ea recedimus, niſi euidenter appareat aliter teſtatorem ſenſiſſe, vt dicitur in l. non aliter 69. de legat. 3. vnde cum dicitur, cum legitimæ ætatis fuerit, legitimam ætatem accipimus, quæ legibus eſt definita. Ergo ſi quis veniam ætatis impetrauerit, non intelligimus eum fuiſſe legitimę ætatis. Eſt tamen quæſtio voluntatis, de qua copioſa eſt diſputio in leg. cum filio. infra, de legat. 3. quæ ad hunc locum maxime pertinet, in qua quæritur in primis, quid teſtator ſenſerit, vt ſi id nõ appareat, ſequi debeamus proprietatem verborum. Ideoque addit Imper. *Niſi ſpecialiter quiſquam addiderit ex venia ætatis velle aliquid procedere.* Si enim ſpecialiter id fuerit expreſſum in teſtamento, res non habet dubitationem, quia cum in verbis nulla ambiguitas eſt, non debet admitti voluntatis quæſtio. l. ille aut ille. 25. infra, d. l. 3. Hic mihi videtur ſenſus huius conſtitutionis. Annotant alij, verba eſſe accipienda naturaliter, & proprie non ficte, neque ciuiliter. Sed hæc ſunt brocardia & quolibetica reliquenda doctoribus brocardicis: qui ſimiles ſunt pleriſque magiſtris noſtris, qui theologiam exacte ſe profitentur noſſe, & neque nouum, neque vetus teſtamentum didicerunt.

IN TIT. XLVI. LIB. II. COD.

SI MAIOR FACTVS RATVM habuerit.

HIc alia ſubiicitur cauſa, denegandæ reſtitutionis in integrum. Iuſta enim eſt cauſa denegandæ reſtitutionis, ſi maior factus ratum habuerit, quod cum eo minore geſtum fuerit. Nam ſi quis in minori ætate contrahendo ſit captus, & maior factus id comprobauit, perinde eſt ac ſi maior id negotium contraxiſſet, de quo quæritur, & aduerſus quod vult reſtitui. omnis enim ratihabitio retrotrahitur, & confirmat ea, quæ ab initio ſubſecuta ſunt, leg. vltim. Cod. ad Macedonia. Nihil aliud continetur his capitibus, quæ breuiſſima ſunt. Si quis ergo ratum habuerit, quod geſſit cum adhuc minor eſſet, fruſtra petit reſtitutionem, dummodo ſine dolo ratihabitio facta ſit. Nam qui ratum habet. quod geſtum eſt, non videtur ratum habere, quod dolo factum eſt, niſi nominatim etiam ratum habuerit, quod dolo cum eo geſtum eſt, quia videtur id ratum habere, ſi maior factus id comprobauerit. Exemplum eſt in leg. tres fratres. ſupra de pactis. leg. cum Aquiliana, ſupra, de tranſact. Cum diuiſio ſit inter hæredes, & pactio generalis ſit, non pertinet ad ea, quæ dolo cohęredis ſubrepta ſunt, quia non eſt veriſimile contrahentes de eo ſenſiſſe, quod dolo factum eſt. Sed ſi quis ſciens, & prudens remiſerit, quod dolo geſtum eſt, & expreſſum comprobauerit, dubiaque non ſit eius voluntas, certe talis ratihabitio ei nocet. Sic eſt intelligenda lex Aurelio. §. Gaius. infra, de liberatione legat. vbi curatores liberatos de dolo tantum poſſe conuenire refert Modeſtinus. Addendum eſt hanc ratihabitionem quoque confirmare, quod ita geſtum eſt cum minore, vt ipſo iure non valeat, non tantum ſi valeat contractus, aduerſus quem vult reſtitui: vt ſi fundus ſine decreto ſit venditus, quo caſu non valet ipſo iure venditio: & tamen ſi ratihabitio acceſſerit, confirmatur quod geſtum eſt. Quo pertinet alius titulus Cod. lib. 5. Si maior factus alienationem factam ſine decreto ratam

to ratam

to ratam habuerit. Ratihabitione igitur etiam confirmatur fundi alienatio ſine decreto facta, quamuis ipſo iure nulla ſit. Eſt autem ille titu. ſub lib.5.Codic.poſitus. quia non pertinet ad reſtitutiones in integrum, quia alienatio ſine contractus eſt ipſo iure nullus: Sed titul. de quo hic fit mentio, pertinet ad reſtitutiones in integrum,& tunc locum habet quando alienatio valet. In his verbis nulla alia eſt difficultas. Sed difficultas magna naſcitur ex antinomia leg.3.§.ſcio. de minor. Nam nihil fere obſcurius in hoc tractatu habetur, & de quo frequentior ſit quæſtio in foro. Minor adiit hæreditatem, qui maior factus à debitoribus hæreditariis aliquid exegit: vult reſtitui: obiicitur ei quod maior factus ratam habuerit aditionem hæreditatis: quia maior factus exegit nomina à debitoribus hæreditariis: quæritur an ei deneganda ſit reſtitutio. Et videtur deneganda ex his quæ diximus, quia maior ratum habuit, quod minor geſſerat. Exigendo enim à debitoribus paternis, vel hæreditariis videtur ratam habuiſſe aditionem, vel immixtionem hæreditatis. Ratum enim habemus non tantum verbis, ſed & re, leg. non ſolum. alias. leg. Paulus infra, rem ratam haberi. Ait tamen Vlpianus, ſe putaſſe reſtituendum minorem initio inſpecto. Credidit Vlpianus ſpectandum eſſe initium, aditionem nempe quo tempore ſe minor immiſcuit hereditati. Quare ait: *Initio?* Initium ſpectari voluit, quia quæſtio fuit propoſita de contractu, qui incidit in tempus quo quis maior factus eſt. Ait prætor in edicto: *Quod cum minore viginti quinque annis geſtum eſſe dicetur.* Cum igitur quæritur, an minor ſit reſtituendus, videndum an eo tempore, de quo quæritur, minor fuerit. In his enim actibus, qui non habent tractum temporis, facile iudicatur an quid cum maiore, an minore ſit geſtum: ſed in his, qui tractum habent temporis, id non facile eſt iudicare: vt ſi quis aduerſus iudicatum petat reſtitui. Nam iudicium plerunque habet magnum tractum: quia fortaſſe cœptum eſt cum minore, ſed finitum cum maiore: an ergo dicemus cum minore geſtum, quia cum eo cœptum eſt, an cum minore, quia cum eo finitum? In hac ſpecie videbatur de eo quoque iudicari. Nam vnus & idem videtur actus, qui initium habet & finem, aditio hæreditatis & exactio debitorum. Sunt quidem duo actus, ſed quia poſterior actus eſt prioris acceſſio, ſequitur quod videatur idem actus, cum & initium & finem ſpectare debeamus. An ergo initium, an finem ſpectabimus? Sententia Vlpiani eſt, initium eſſe ſpectandum: ſed ita tamen vt videamus, vtrum ratihabitio interuenerit: quaſi dicat, niſi ex fine facti appareat, maiorem ratum habuiſſe id, quod cum ipſo minore geſtum eſt. Vnde Vlpianus in propoſita quæſtione, ſtatim ſubiicit: *Quaſi maior factus, &c.* Quaſi dicat, ſi proponatur talis ſpecies, in qua appareat poſtea maiorem probaſſe, quod cum eo minore geſtum fuit, ceſſabit reſtitutio.

Duæ autem ſunt ſpecies apud Vlpianum, quæ ex facto inciderunt. Vna qua dicit finem eſſe ſpectandum: altera qua initium. Videamus de poſteriore ſpecie, quæ magis ad rem noſtram pertinet: inde aliam tractabimus. Quoties ergo idem actus eſt potius quam diuerſus, tunc debemus magis initium quam finem inſpicere: quod eſt intelligendum niſi ratihabitio interceſſerit, eius quod cum eo geſtum fuit, vt ego exiſtimo.

Exemplum eſt in l. 2. Cod. de his quæ vi metúſve cauſa geſt. Maior metu impulſus cauit ſe quid ſoluturum: Is poſtea ſponte, nec coactus id ſoluit: non reſtituitur. videtur enim ratum habuiſſe, quod cum eo geſtum fuit. Cur non idem de minore quoque dicemus, vt ſi minor quid geſſerit, maior comprobauit non reſtituatur, quia id poſtea ratum habuit? Nam idem de minore videretur dicendum. Exempli gratia, ſi minor lubrico ætatis ſe obligauerit, & maior factus ſciens prudenſque ſoluerit, vt non reſtituatur in integrum. Ratihabitio enim ei nocere deberet, quamuis tacita, quia euidenter apparet eum ratum habere quod geſtum eſt. Cur igitur idem in hoc caſu non dicemus, cum minor adiit hæreditatem, & maior factus exegit à debitoribus hereditariis nomina: nam videtur ratam habere aditionem antecedentem? Certe is videtur adire hæreditatem, qui exigit aliquid à debitoribus hæreditariis. nam & ſi nondum adiiſſet hæreditatem, tamen hoc ſolo facto videretur adire, quia non tantum verbis fit aditio, ſed etiam facto, & pro hærede gerit, tunc dicendum eſt, quoties quis accipit, quod citra nomen & ius hæredis accipere non poteſt. l. pro hærede. §. Papinianus. infra, de acquir. hæred. Et certe non videtur exigi poſſe à debitoribus hereditariis, niſi iure hereditario. Quid igitur dicemus? Reſponde, hic præſumptionem eſſe & ſuſpicionem ratihabitionis aditæ hæreditatis, ſi exegit à debitoribus paternis quaſi animum habuerit adeundæ hæreditatis, & comprobarit mixtionem: ſed tamen non adeo eſt certa hec coniecta, ac ſi ſoluiſſet maior factus quod minor promiſerat. Tunc enim indubitatum eſt eum comprobare, quod cum eo geſtum fuerat. Sed de eo, qui à debitoribus hæreditariis exegit, idem dici non poteſt. Potuit enim alio animo exigere, vt ſi aduerſarius non conſentiat, & eam pecuniam retineat: & præterea fauor ætatis exigit, vt in re obſcura benignius interpretemur. Hac re motus mihi videtur Vlpianus, vt ita reſponderet in ſpecie dict. §. ſcio. Huc pertinet, quod Paulus ſcribit lib. 1. ſententiarum. titu. de minoribus. *Si maior factus, res quas minor egit, pacto vel ſilentio comprobauit, aduerſus hoc quoque in integrum reſtitui fruſtra deſiderat.* Ergo vult pactum interuenire, vt vel ſaltem huiuſmodi ſit actus, vt non poſſit dubitari de voluntate, & animo eius, qui vult reſtitui. Si pactum ſit nominatim interpoſitum de comprobatione eius, quod geſtum eſt cum minore, nulla eſt dubitatio: Si etiam talis ſit actus, vt appareat eum ita ſenſiſſe. Paulus in dicto loco ait, *Silentio.* quod addidit propter conſtitutiones, quibus cautum eſt, vt lapſu certi temporis intelligatur minor probaſſe, quod ſecum geſtum eſt. Extat conſtit. quæ eſt vlt. ſub tit. ſi maior factus alienat. ſine decret. fact. rat. qua cauetur, Si minor maior factus alienationem factam ſine decreto, per quinque annos continuos non retractarit, tunc non poſſe obiicere, contractum eſſe nullum, propter decretum prætoris omiſſum: quia lapſu quinque annorum intelligitur comprobaſſe id quod geſſit. Ergo ſilentio poteſt ratum haberi, quod cum minore geſtum eſt, propter lapſum certi temporis: quia tunc interpretamur minorem ratum habuiſſe, quod geſtum eſt.

Sed quomodo ſit accipienda ea conſtitutio, plenius tractaturi ſumus, cum diſputabimus de temporibus in integrum reſtitut. Ad alteram quæſtionem, quæ proponitur in eadem leg.3. § 1. accedendum nunc eſt, vt intelligamus quid interſit inter priorem & poſteriorem ſpeciem. nam, vt diximus, in dict. leg. 3. proponitur duplex quæſtio. Vna eſt, & prima, cum minor vigintiquinque annis actionem tutelæ inſtituit aduerſus hæredem tutoris, & lata eſt ſententia quo tempore maior factus eſt: vtrum pro hærede ſententia lata locus ſit reſtitutioni. Altera quæſtio eſt ea quam abſoluimus. In poſteriori ſpecie, vbi minor maior factus exigit à debitoribus hæreditariis, ait ſpectandum eſſe initium: in priori ait ſpectandum eſſe finem, & tempus rei iudicatæ. Hæc videntur eſſe pugnantia apud Vlpianum: nec hoc facilè quis aſſecuturus eſt, niſi diuerſitatis rationem intelligat. De poſteriori ſpecie diximus: in priore vt diximus: in priore vt diximus, minor agit aduerſus tutorés, vel eius heredes: maior factus, lata eſt ſẽtẽtia aduerſus eũ: & in ea quæritur an poſſit reſtitui. Hic nulla eſt quæſtio de ratihabitione: quod eſt diligẽter notãdũ. Cõtractus, n. hic pro

pric non eſt,ſed quaſi contractus,ſcilicet iudicium.leg.3.§.idem ſcribit. infra, de peculio.Hic ergo quaſi contractus, ſiue iudicium incidit in vtrunque tempus:cœptum eſt cum minore, finitum cum maiore. An igitur principium,an finem ſpectabimus?Ex his quæ diximus videtur initium ſpectandum.Sed Iureconſultus ait initium non eſſe ſpectandum, niſi appareat calliditate aduerſarij factum eſſe, vt ſententia in id tempus protraheretur quo maior eſt factus: tunc enim certum eſt poſſe eum reſtitui. In priori ergo ſpecie minor non reſtituitur,quia finis inſpicitur: in poſteriori ſpecie initium. Mirabilis eſt diuerſitas.Sed notandum eſt in hac ſpecie recte eſſe reſponſum, minorem non eſſe reſtituendum aduerſus ſententiam, quæ lata eſt tempore maioris ætatis.Intelligere præterea debemos minorem implorare reſtitutionem aduerſus rem iudicatam: ideoque inſpiciendum, an quo tempore lata eſt ſententia,maior fuerit.Nihil ad rem facit, quod quo tempore eſt cœptum iudicium, minor fuerit: non enim petit ſe reſtitui aduerſus id,quod actum eſt in iudicio cũ minor eſſet,ſed aduerſus rem iudicatam. nam proponitur ſpecies,quæ ex facto inciderat. tum vero quia in materia reſtitutionis aduerſus rem iudicatam inſpici debet tempus quia eſt res iudicata. leg.1. Cod. ſi aduerſus rem iudicat. Ergo denegari debet reſtitutio, ſi res iudicata ſit,cum iam maior quis eſſet factus.Si vero proponeretur velle reſtitui aduerſus ea, quæ male ab eo geſta ſunt in iudicio, vt puta quia forte omiſiſſet allegationem, vt leg. minor. 36. de minor. tunc certe poſſet reſtitui, quia allegatio eſt omiſſa quo tempore erat minor. Hic autem cum quæratur de ſententia, aduerſus quam minor vult reſtitui, & conſtet ſententiam latam eſſe tempore maioris ætatis: dubium eſſe non debet, denegandam eſſe reſtitutionem,niſi dolus aduerſarij interuenerit, vt hic dicitur. ſic videtur intelligenda vtraque ſpecies apud Vlpianum in dict. leg 3.§.1.prior de re iudicata, poſterior de exactione à debitoribus hæreditariis.Sed obiicitur leg. liberis.§. ſi quis minor.2.infra de liber. cauſ. Ibi ait Vlpianus, ſi quis minor vigintiquinque annis venundari ſe paſſus ſit, ad pretium participandum, ea venditio non nocet eius libertati,quamuis noceret maiori vigintiquinque annis, vt dicitur leg. ſi ex cauſa.§.Papinianus.de minoribus. Minori igitur non nocet, nec ideo in ſeruitutem redigitur. Addit exceptionem, niſi pretium partiretur cum venditore, poſtquam maior factus eſt. Nam ait eam participationem pretij ei nocere. Hæc ſpecies videtur ſimilis quam tractat Vlpianus dict. leg. 3.§.1.de eo, qui adiit hæreditatem minor,& maior exegit debitum à debitoribus hæreditariis. Hic enim minor paſſus eſt ſe vendi,& maior factus participauit pretium: id eſt, exegit maior factus pecuniam ab eo, cum pactus fuerat minor. Videndum quo modo hic nodus debeat ſolui. & diuerſitas vtriuſque ſpeciei eſt cognoſcenda.in dict. leg. liberis.§. ſi quis minor. non nocet ratihabitio libertati.nec enim ideo dicitur libertatem eum amittere, quod ratum habuerit pretium participando, ſed nocet ei turpitudo facti.Inſpexerunt Iureconſulti maxime pretium,quod accepit eo nomine.nam ſeruile quidem eſt & abiecti animi,pati ſe venundari, & redigi in ſeruitutem:ſed turpiſſimum eſt,& indigniſſimum pretio accepto,& mercede de ea re paciſci. Videte de hac re l.1.infra,quibus ad libertat.proclam.non licet. Non igitur tantum ſpectandum eſt an quis pactus ſit, ſed an pretium participauerit. Eſt enim indigniſſimum eius rei nomine pretium accipere,& pretio libertatem vendere. Ita vt non dicendum ſit denegari ei libertatis proclamationem debere, ſi poſtquam maior factus eſt in ſeruitute durauit:ſed ſi pretium acceperit.Ex quo apparet Iureconſultos eos non habuiſſe rationem ratihabitionis: quia tunc ſatis fuiſſet, ſi manſiſſet in ſeruitute: ea enim ratione ſatis oſtendiſſet quis ratam ſe habere ſeruitutem: ſed præcipue participationis pretij: quo facto nihil eſt fœdius, nihilque turpius. Atque ita concilianda venit lex liberis.§.ſi quis.de liberali cauſa. cum dict.leg.3.

IN TIT. XLVII. LIB. II. COD.

VBI ET APVD QVEM COGNITIO in integrum reſtitutionis agitanda ſit.

SEquitur alius locus, qui eſt de foro competenti:de quo nonnulla ſup.ſub tit. de minoribus diximus, & dicemus fuſius ſub titul.de iudiciis. Quæritur enim, in quo loco cauſa in integrum reſtitutionis ſit agitanda,& apud quem magiſtratum. Sic hic duplex eſt quæſtio, vna de loco,altera de perſona iudicantis. Ad primam quæſtionem pertinet lex.2.hic. Quidam volebat reſtitui aduerſus tranſactionem, in qua aliquid dederat, ex eius cauſa volebat id per reſtitutionem repetere, quærebatur in quo foro hæc quæſtio eſſet examinanda. Reſpondent Impp.Præſidem domicilij eorum, qui conueniuntur, adeundum. Hinc ergo colligitur,ſicut in aliis cauſis,forum rei actor ſequi debet,vt leg.iuris ordinem.Cod de iuriſdict.omn.iudic.ita in hac cauſa,vt quo in loco reus contra quem petitur reſtitutio, domicilium habet, in eo foro examinetur hæc cauſa. Hinc obſeruare poſſumus, non eſſe hanc cauſam agendam in loco contractus, ſicut dicitur in leg. hæres abſens.infra,de iudic. Nam id accipiendum ita eſſe hic locus nos admonet quoties agitur vt ia contractus ſeruetur:ſed ſi agatur, vt ab eo contractu recedatur, aliud eſt dicendum, vt hic dicitur. Si igitur petatur reſtitutio contra contractum, in eo loco eſt petenda,in quo domicilium habet reus.Sed hic quæritur,quid ſi res de qua lis eſt, alio in loco ſit ſita: veluti ſi agatur de fundo,& prædio,quod eſt in alieno agro, quam in quo domicilium habet reus, vbi agatur hæc cauſa reſtitutionis. Hæc quæſtio proprie de re immobili eſſe videtur: nam ſitam eſſe rem cum dicimus, intelligimus de re immobili. Sunt qui exiſtimant locum domicilij ſemper ſpectandum eſſe, propter verba huius reſcripti. Sed non animaduertunt reſcriptum eſſe ad certam cauſam & perſonam, & reſcriptum conueniens eſſe huic ſpeciei. in ea enim propoſitum erat, rem in eo loco ſitam eſſe, in quo reus habebat domicilium: ideoque reſcriptum eſt,vt præſes domicilij adiretur:quia res ipſa ſita erat in eo loco. Alij putant, vbi res ſita eſt,exercendam eſſe quæſtionem reſtitutionis, per leg. vltim.vbi in rem actio.in qua dicitur,in rem actionem exerceri vbi res ſita eſt. Alij putant electionem actoris eſſe, qui reſtitutionem petit,vt agat vel in loco in quo domicilium habet reus,vel vbi res eſt ſita. Alij aiunt reſtitutionem in rem ſcriptam eſſe. Quæ verba ita intelligunt,vt exiſtiment reſtitutionem tam in rem, quam in perſonam eſſe,& partim habere naturam perſonalis actionis,partim realis: ideoque actorem habere electionem. idque colligunt ex eo, quod dicitur in l.in cauſæ 13.§.interdum. de minoribus. Sed admonui in eo loco, eos non intellexiſſe ſenſum dict.§.interdum.Actiones quædam in rem ſcriptæ dicuntur, vt hæ, in quibus non exprimuntur perſonæ in edicto, vt eſt actio, Quod metus cauſa,l.metum.§. vltim. ſicut pactum in rem ſcriptum eſſe dicimus, cum paciſcitur quis,ne petat,non expreſſa perſona,leg.iuriſgentium. §. pactorum. ſupra,de pactis. Hoc non poteſt dici de reſtitutione, quæ nec actio quidem eſt,nec ad rem pertinet. nam etſi Iuriſconſultus in dict.§.interdum. reſtitutionem quandoque fieri

dicat

dicat dato io rem iudicio; non tamen in rem eſſe dicit. Et certe ſi quis minor amiſerit vel ſimplicitate ſua vel dolo aduerſarij actionem in perſonam, reſtituitur ei actio in perſonam, quæ fuit aomiſſa: ſi vero actionem in rem, dabitur ei actio in rem, vt dicitur in dict. §. interdum. Sed & ſi quia ſimplicitate ductus acceptilatione liberauerit aduerſarium, reſtituetur ei actio io perſonam, quæ fuerat extincta, & ea reſtituta experietur, quæ dicitur reſtitutoria aut reſciſſoria. Sin autem amiſerit dominium rei ſuæ metu, dolo, vel circumuentione, actio in rem ei reſtituetur, vt poſſit eam rem vindicare, quam non poſſet vindicare ſummo iure. Cuius rei exemplum eſt in §. interdum. Vendidi tibi rem meam, quam alij vendidiſti: æquum'eſt me reſtitui, vt dominium rei meæ mihi reſtitoatur. Et datur actio in rem quam agam non tantum aduerſus te, ſed & aduerſus poſſeſſorem. Is eſt verus ſenſus dict. §. interdū. Et quod ab aliis adfertur, omnino alienum eſt à ſenſu huius loci. Hinc facile eſt iotelligere, quid ad propoſitam quæſtionem ſit reſpondendum, ſi quæratur, quo in loco ſit agendum. Duæ ſunt regulæ, quæ diligenter ſunt notandæ. Aut enim amiſſa eſt actio in perſonam, aut in rem. Si actio in perſonam ſit amiſſa, videndum vbi reus domicilium ſuum habeat: ſi vero in rem actio ſit amiſſa, poteſt actor etiam agere, vbi res ſita eſt. leg. vltim. Codic. vbi in rem actio. Ergo in propoſita quæſtione, videndom eſt quam actionem ſibi petat reſtitui minor, an actionem in perſonam, an in rem. Si in perſonam actionem ſibi reſtitui petat, ſequemur quod dicitur in leg. in cauſæ. §. interdum. de minoribus. & leg. hæres abſens. §. vltim. infra de iudic. Si actionem in rem, ſequemur quod eſt in dict. leg. vltim. Cod. vbi in rem actio exerc. deb. Sic mihi videntur hæc concilianda & intelligenda, de quibus magna eſt controuerſia in vulgariom doctorum commentariis Hic tractari ſoler quæſtio de eccleſia. Si eccleſia reſtituatur aduerſus venditionem alienationémve rei ſuæ, (reſtituitur enim, vt ciuitas, vel minor,) in quo loco ea cauſa ſit agitanda, an in foro eccleſiaſtico, an in foro ſeculari. Et ex diſtinctione ſuperiori facile poteſt intelligi quid ſequendum ſit, ſecundum mores & conſuetudines. Nam apud nos nec clerici, nec eccleſia in actione in rem vllo priuilegio fori vtuntur. Magna tamen pugna eſt apud pontificios an vtantur priuilegio fori in actionibus in rem. Sed apud nos induhitatum eſt, quicquid ſentiant pontificij, nullo prioilegio eos vti in actionibus realibus: in his enim magis res, quam perſona videtur conueniri. Sed tanta eſt pontificiorum [illegible], vt omnia ad forum ſuum trahant. vnde facile ſciri poteſt, quid in his ſequendum ſit: vt ſi eccleſia petat reſtitutionem actionis in rem, in foro ſeculari petat: ſi autem actionis in perſonam, in foro eccleſiaſtico, capit. cum ſit: de foro competenti.

Altera eſt quæſtio de perſona cognoſcentis in foro, in quo ſunt varij magiſtratus. Nam & ſi conueniat de foro, adhuc quæritur de iudice. Et dicendum eſt, cauſam reſtitutionis tractari apud prætorem, vel præfectum prætorio, vel alium magiſtratum, qui iuriſdictionem habet. Hoc adieci, quia reſtitutio eſt imperij magis quam iuriſdictionis. Eſt enim imperij mixti. leg. ea quæ. infra ad monicipal. ideoque magiſtratus municipales non poſſunt reſtituere. Nos ergo intelligimus magiſtratum populi Romani, qui imperium habet. Nam ea quæ imperij ſunt, non competunt magiſtratibus municipalibus: cuiuſmodi ſunt quos Scabinos vocamus. Et certe quæ dicuntur de magiſtratibus populi Romani, fere ad magiſtratum municipalem haudquaquam pertinent. Exemplum eſt in titu. ſi quis ius dicenti non obtempera. omnibus enim magiſtratibus conceſſum eſt auctoritatem ſuam defendere pœnali iudicio, non tamen duumuiris. Duumuiri autem ſunt magiſtratus monicipales. De magiſtratibus, qui in integrum reſtituendi ius habent, eſt diſtinctio obſeruatione digna. in leg. in cauſæ. §. vltim. & leg. præfecti. & leg. ſequ. de minoribus. Dubitatum fuit de præfecto prætorio, vtrum aduerſus eius ſententiam poſſit peti reſtitutio. Nam à præfecto prætorio non licet appellare, leg. 1. ſupra de offic. præfect. prætor. Et ait Hermog. poſſe. Sic videtis etiam hodie dari reſtitutionem aduerſus curiam parlamenti, à qua tamen non poteſt appellari. Deinde docet rationem diuerſitatis. Appellatio continet iniquitatem ſententiæ. nam qui appellat, dicit inique iudicatum: is autem, qui petit reſtitui in integrum, non contendit iniquam ſententiam, ſed allegat errorem ſuum, & ſimplicitatem. Subiicit magiſtratus poſſe reſtituere, tam aduerſus ſuam, quàm aliorum ſententiam. Hoc eſt intelligendum, niſi minor magiſtratus contra maioris ſententiam velit reſtituere: quia id non permittitur. Sed quid ſi princeps ſententiam dixerit, num alius magiſtratus poterit reſtituere? Minime vero. nam tunc ſolius erit principis reſtituere. Non docet an reſtituere poſſit, an non: idenim eſſet diſputare de poteſtate Principis, quod ſacrilegio proximum eſſet, l. 2. C. de crim. ſacril. Adfert deinde Vlpia. exempla, in quibus cauſis non permiſerint Imperatores reſtitui minorem in auditorio ſuo, & in quibus permiſerint. Cum quis enim dixiſſet ſententiam aduerſus minorem, & is appellaſſet ad principem: princeps autem dediſſet iudices, qui de cauſa huius appellationis cognoſcerent: pronuntiarunt iudices, vice principis. (Solebant enim principes cauſas appellationis delegare examinandas certis iudicibus, Nouel. de appellat.) quæſitum fuit, petita reſtitutione aduerſus huiuſmodi ſententiam, quis reſtituere debeat. Reſpondet Vlpia. neminem niſi ipſum principem, aduerſus horum iudicum ſententiam reſtituere poſſe. Sicut dicimus de priuato conſilio regia, noſtris motibus. Huc pertinet l. 1. hic. Dixi ſub tit. Codic. ſi aduerſ. fiſcum. Si inter fiſcum & priuatum res ſit iudicata, neminem aduerſus hanc ſententiam reſtituere, niſi principem. Quod non videtur percepiſſe Accurſ. cum ait: Procurator Cæſaris habet cognitionem inter priuatum & fiſcum, quare Imperator hoc loco vult, ſi quid à procuratore ſuo ſit iudicatum inter priuatos & fiſcum, & petatur reſtitutio, ſolius principis eſſe hanc concedere reſtitutionem. Eſt ius ſingulare de fiſco quod eſt notandum, nec eſt alia ratio requirenda. Sed hic quæſtio eſt, an hæc reſtitutio minoris poſſit mandari, vel delegari, & an etiam iudices compromiſſarij, vel delegati poſſint cognoſcere. Extat hac de re Conſtitutio Iuſtiniani leg. vltim. hic. Meminiſſe autem oportet eorum, quæ diximus de mixto imperio: vbi & diximus hanc reſtitutionem eſſe mixti imperij, ex leg. ea quæ. infra ad munici. Ideoque dubitandum non eſt, quin poſſit mandari, ſicut alia, quæ ſunt mixti imperij, quamuis Accurſius & alij aliter ſentiant. Aiunt, ea quæ imperij ſunt non competere iure magiſtratus, ergo cum iuriſdictione mandata non tranſire. Hanc ſententiam confutauimus ſub titulo de offic. eius cui mand. eſt iuriſdict. vbi oſtendi delegantem, ſicut iuriſdictionē mandat, ſic & imperium quod ei coniunctum eſt. mandatur enim generaliter iuriſdictio, & cum ea transferuntur in eum, cui eſt mandata: ea quæ cohærent iuriſdictioni. leg. 1. & vltim. de offic. eius. Tale eſt imperium mixtum, quod conſiſtit in danda bonorum poſſeſſione, in mulcta dicenda, in mittendo in bonorum poſſeſſionem. Sed in hac quæſtione eſt diſtinctio ſequenda, quā Iuſtinianus tradit in hac leg. vltim. Hæc conſtitutio eſt ſubobſcura his, qui non animaduertunt ἀκυρολογίαν, nec propriè locutum Iuſtinianum. Docui ſuprà quid inter prætorem & iudicem interſit, & quid ſit iudex datus, & quid pedaneus. Dixi eum qui iudex datus eſt, a iuriſ-

dictionem quidem mandatam habere : & hoc intereſt inter iudicem datum, & eum qui habet iuriſdictionem. in hac autem conſtitutione Iuſtinianus vocat iudices etiam hos, quibus eſt mandata iuriſdictio , cum veteres iuris auctores iudices vocent, iudices priuatos, & delegatos. Sed hic ideo receſſit à forma loquendi veterum, quia tempore Iuſtiniani exoleuerat ille mos iudicum dandorum. Vocat autem iudices datos, quia dari videntur, cum eis mandatur iuriſdictio. Hac *ἀκυρολογίᾳ* animaduerſa, nihil erit obſcuri in hac conſtitutione. Magiſtratus iuriſdictionem habent : is vero qui datus eſt iudex, iuriſdictionem non habet. His aut verbis : *Sed & apud eos iudices, &c.* Significat delegari poſſe non tantum à ſe , ſed etiam à magiſtratu, cognitionem reſtitutionis. Hoc eſt quod iam diximus, quæ mixti imperij ſunt , mandari poſſe. videtur enim ipſe cognouiſſe qui mandauit. Sequitur: *Sic etenim non difficilis erit cauſarum examinatio.* His verbis oſtendit hoc ſe conſtituiſſe, vt facilior eſſet harum cauſarum expeditio , ſi poſſet magiſtratus reſtitutionis cognitionem mandare. Addit deinde, *Sed ne quis ita diffuſe, &c.* Quia dixit delegari poſſe cognitionem reſtitutionis in integrum, addit diſtinctionem, qua ſignificat cognoſcere poſſe iudices eos, quibus mandata fuerit iuriſdictio : non autem eos, qui dati fuerunt iudices ad iudicandum. Quaſi dicat: datus iudex non reſtituit , ſed is cui mandata eſt iuriſdictio, quia reſtituere eſt iuriſdictionis. Ergo ſi quis tantum notionem vel iudicandi facultatem habet , non iuriſdictionem, non poteſt reſtituere, nec cauſas reſtitutionis examinare. Is mihi ſenſus videtur verborum Iuſtiniani, licet aliis verbis vtatur. Cum autem dicit: *Qui propriam iuriſdictionem non habent.* Qui, id eſt, qui iudices dati propriam iuriſdictionem non habent. Alij alio referunt, & aiunt intereſſe, an ordinarius magiſtratus habeat adminiſtrationem, an non. Quidam etiam aliter intelligunt, dicuntque referre an is , qui delegit mandatam habeat iuriſdictionem, an non: & ita interpretantur c. pen. extra, de in integr. Sed apparet eam conſtitutionem hauſtam eſſe ex fæce commentatorum iuris ciuilis, vt ſunt aliæ multæ in iure pontificio. Ego aliter intelligo, & refero relatiuum hoc qui, ad datum iudicem , non ad eum qui dedit. Obiicet fortaſſis quis, pontificem errare non poſſe, iuxta c. 1. de conſtitut. in 6. Ego ſic reſpondeo, & ſic interpretor : Habet quidem omnia iura in ſcrinio pectoris pontifex, id eſt, fingitur habere propter vtilitatem: ſed Gregorius forte cum illa ſcribebat, multa bona iura habebat in ſcrinio pectoris ſui, id eſt, ventris ſui, vt accidit bonis patribus , cum bene pranſi ſunt. Sequitur: *Vel ab his fuerint dati, &c.* Dati ſcilicet cum iuriſdictione, vt ex ſuperioribus colligitur. Poſtremo dum ait : *Sed ne quid penitus, &c.* His poſterioribus verbis oſtendit, nihil referre, an ſpecialiter, an generaliter ſit mandata hæc iuriſdictio. Nam omnia, quæ mixti imperij ſunt, generaliter transferuntur, ſicut ſupra diximus, tit. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſdict.

IN TIT. XLVIII. LIB. II. COD. DE REPVTATIONIBVS, QVÆ fiunt in iudicio in integrum reſtitutionis.

HVnc locum breuiter perſtringemus, quia iam ſatis eum expoſuimus in interpretatione horum verborum edicti prætorij: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſſe dicetur , vti quæque res erit, animaduertam.* His enim verbis prætor oſtendit omnia ſe reſeruare cognitioni ſuæ. nam cum prætor videret multa eſſe, quæ non poſſent definiri, & quæ penderent ex boni viri arbitrio, ſubiicit, ſe omnia ſuæ cognitioni reſeruare. Vnde fit vt cum reſtituitur minor , ſubueniatur quoque eius aduerſario , & plerunque reputationes fiant, id eſt, computationes, & compenſationes. Et certe ſi minor repetat fundum , quem forte vendidit, & quid ex pretio ad minorem peruenerit, ex quo locupletior ſit factus, æquum eſt id compenſari & deduci, quod reputare vocant Iuriſconſulti. Æquitas enim exigit, vt ſuccurratur aduerſario , ita vt omnia in priſtinum ſtatum reſtituantur. Ideo ait Imper. *Qui reſtituitur in integrum, ſicut in damno morari non debet, ita nec in lucro.* Huiuſmodi multos locos adduximus, in tit. ff. de minoribus vt l. quod ſi minor. §. reſtitutio. leg. tutor. § vltim. & alias. Obiicitur l. ſi iudex. ff. de minor. quam explicauimus in dict. tit. de minoribus. Obiicitur etiam l. ſi per vim. Codic. de his quæ vi metuſve. quam etiam explicauimus eodem titul. Sicut igitur æquum eſt minorem damno non affici , ſic cum damno alterius non debet locupletior fieri. Igitur compenſatio eatenus admittitur, quatenus aliquid ad eum peruenit. Sequitur, *Sed etſi interceſſor minor vigintiquinque annis interuenerit.* Eſt caſus obſeruandus. hic enim non tantum deducitur, quod peruenit ad minorem, ſed quod ad aliquem extraneũ, vt cum actio contra veterem debitorem reſtituitur. Exempli gratia, Titius debebat centum. Minor interceſſit animo nouandi , quod eſt notandum: atque ita liberatus eſt Titius. Minor eſt reſtitutus. Quomodo mihi ſuccurretur aduerſus debitorem meum veterem? Reſpondet Imperat. reſtituetur tibi actio. Idque æquitati maxime eſt conſentaneum. Quod & videmus fieri in Senatuſconſulto Velleiano. nam ſi agat quis aduerſus mulierem, quæ interceſſit: actor quidem ſummouetur, ſed ei reſtituitur actio aduerſus veterem debitorem. leg. prima, ad Velleianum. Sed hoc intereſt inter Senatuſconſultum Velleianum, & hanc reſtitutionem, quod ſine reſtitutione beneficio Senatuſconſulti Velleiani ſuccurritur mulieri, hic non ſine reſtitutione. Ideo debemus intelligere hic nouationem eſſe factam. Sed difficultas naſcitur ex §. præterea. Inſt. quib. mod. toll. obligat. vbi ait, ſi perſona, in quam per nouationem obligatio eſt tranſlata, pupillus ſit, non teneri, & tamen liberari eum, à quo fuit in pupillum tranſlata obligatio. Sed magna diſſimilitudo conſiſtit in his duobus. Primum eſt , quod hic dicimus reſtitui actionem aduerſus veterem debitorem : quibus verbis ſignificat , non teneri ipſo iure veterem debitorem : nam alias ipſo iure non teneretur vetus debitor. Præterea ille §. præterea. loquitur de pupillo , in quem nulla cadit obligatio, non de minore. Hæc multum diuerſa ſunt. nam ſi in pupillum ſit tranſlata vetus obligatio per nouationem , certe pupillus non eſt obligatus , & tamen liberatus eſt vetus debitor: ſed ſi ponas minorem eſſe, tenet obligatio poſterior ipſo iure, ſed reſtituitur. Vis autem reſtitutionis eſt, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur, & omnia reſtituantur non tantum ex minoris , ſed ex aduerſarij quoque parte. Sed cum non tenet obligatio poſterior ipſo iure, non poteſt ſubueniri creditori aduerſus veterem debitorem , quia ipſo iure iam liberatus eſt, neque datur reſtitutio, qua ſuccurratur ei qui interceſſit , cum ipſo iure tutus ſit. Sic per conſequentiam vetus debitor manet liberatus , cum non detur reſtitutio qua omnia poſſint reſtitui in priſtinum ſtatum. Aliud eſt vbi ipſo iure tenet obligatio poſterior: quia tunc cum detur reſtitutio , omnia in priſtinum ſtatum reponuntur, & per conſequens obligatio in veterem debitorem. Ergo hæc facile conciliari poſſunt.

IN TIT. XLIX. LIB. II. COD. ETIAM PER PROCVRATOREM CAVSAM in integrum reſtitutionis agi poſſe.

HIc ſequitur alius locus de reſtitutione in integrũ, pertinens ad cauſæ cognitionem, quæ requiritur in reſti-

Digitized by Google

in reſtitutione, qui & pendet ex edicto Prætoris in expoſitione horum verborum, *Vn quaque res erit animaduertam.* Diximus enim cauſæ cognitionem eſſe neceſſariam, & reſtitutionem concedi cum cauſæ cognitione. Vnde quæritur an minore tantum poſtulante, ac præſente, an etiam eius procuratore petente, detur reſtitutio. Et dicitur hic hanc cauſam reſtitutionis etiam per procuratorem agi poſſe. Hic igitur præſentia perſonæ non eſt neceſſaria, ſicut diximus in impetratione ætatis veniæ, ex l. 2. C. de his qui veniam ætatis imp. Æquiſſimum enim ſic eſt, præſentem eſſe eum qui veniam ætatis impetrat, in cauſæ cognitione, vt ex ſermone eius & geſtu poſſit æſtimare iudex an mereatur veniam ætatis. In hac autem cauſæ cognitione præſentia eius, qui reſtituitur non eſt neceſſaria, & ſufficit per procuratorem id agi. Procuratorem autem eum debemus accipere, qui ſpeciale mandatum habet, quia procurator habens liberam omnium bonorum adminiſtrationem, & generale mandatum non ſufficeret, l. illud. §. ſi talis. ff. de mino. Si minor procuratorem habeat generaliter conſtitutum cum omnium bonorum adminiſtratione, quamlibet plenam habet adminiſtrationem, non tamẽ poterit reſtitutionem petere minori, quamuis alias lites poſſit mouere nomine domini, nec requiratur ad eas ſpeciale mandatum. Nam quamcunque actionem poteſt inſtituere eius nomine à quo eſt procurator inſtitutus. De actionibus ordinariis hoc eſt ſatis expreſſum in l. ſed etſi vnius. §. procuratorem. infra de iniur. vbi ait Vlp. procuratorem accipi eum cui generaliter eſt conceſſa adminiſtratio omnium bonorum. Sed in hoc auxilio extraordinario, quod datur contra ius ciuile, vt dicitur in l. in honorariis. infra, de oblig. & actio. non eſſet audiendus is procurator qui non haberet ſpeciale mandatum à domino. ſubiicit Paulus in c. ſeq. d. tit. de mino. quæſtionem. Pone enim, dubium eſſe an mandatum ſpeciale habeat procurator, an non, & probatio non ſit firma, an deneganda erit procuratori reſtitutio, an in dubio ſit audiendus. Ait iureconſ. eum audiendum, ſed exacta cautione de rato. Idque etiam alias obſeruatur, cum dubitatur de mandato procuratoris, l. 1. Cod. de procur. Hinc naſcitur quæſtio de coniunctis perſonis, ex l. patri. 37. de minorib. coniunctæ enim perſonæ, & neſſariæ, plerunque abſque mandato admittuntur ad agendum, l. ſed & hæ. ſupra, de procur. Quæritur igitur an in petenda reſtitutione, hæ perſonæ coniunctæ ſint audiendæ? Sed dicitur eas non eſſe audiendas, excepto patre. Inter coniunctas enim perſonas ſolus pater admittitur ad petendam reſtitutionem, etiam ſine mandato, & nolente & inuito filio. Duplex eſt huius iuris ratio: Vna, quia pater eſt legitimus adminiſtrator bonorum filij, à legitimo autem adminiſtratore non exigitur mandatum, l. præſes. C. de tranſact. l. mandato generali. ſupra, de procur. quia legitimam adminiſtrationem habet. Eadem eſt tutoris ratio, qui à lege datur, ne mandatum ab eo exigatur, idque vulgo eſt receptum. Sed ratio firmior eſt, quia patris intereſt filium reſtitui in integrum. Periculum enim eſt, ne ſi non fuerit reſtitutus filius, executio rei iudicatæ fiat in peculio, quod alias patris eſt, & quod alias pater retineret in ſubſtantia ſua. Sic eſt intelligendum quod hic dicitur, ne aduerſetur l. 3. §. ſed vtrum. de minoribus. vbi dicitur, reſtitutionem non prodeſſe patri, quam impetrat filius. Non enim prodeſt patri, ſi de peculio conuenіatur. quia minor velut pater conuenitur: aliud eſt cum pater petit non ſe reſtitui, ſed filium. Hæc enim reſtitutio prodeſt patri, ſi nihil aliud ſit vnde poſſit mandari ſententia executioni. Sed ſi agatur de peculio aduerſus patrem, non poterit pater ſe vlla exceptione tueri. Alia exceptio eſt, in qua mandatum non exigitur, veluti ſi petatur reſtitutio minoris, ex eo quod luxurioſus ſit adoleſcens, vt merito ei debeat interdici bonorum adminiſtratione, tunc enim audiendi ſunt cognati, etſi nolit filius. Cum his igitur exceptionibus intelligendum eſt quod hic dicitur procuratorem non admitti ad petendam reſtitutionem in integrum ſine ſpeciali mandato. Sed quæri ſolet an idẽ dicendum ſit, ſi incidenter petatur reſtitutio, & principaliter filij nomine requiratur reſtitutio. Cautum quidem eſt ſpeciale mandatum requiri: ſed ſi in aliam litem hæc quæſtio de reſtitutione incidat, an idem dicendum ſit? Vulgo receptum eſt, idem non eſſe dicendum: quam ſententiam ſequor. Exempli gratia, datus eſt procurator ad certam actionem: in ea lite aliquid eſt commiſſum, quod nocet minori, vtpote aliqua allegatio eſt omiſſa. Petitur reſtitutio: an neceſſarium eſt mandatum ſpeciale? Non videtur eſſe neceſſarium, quoniam is qui procuratorem dedit, videtur omnia permiſiſſe ſine quibus non poteſt iudicium peragi. l. ad legatum. & l. ad rem immobilem. ſupra, de procuratoribus. Hæc ſententia ratione nititur, & æquitate. & cum hac exceptione hoc eſt intelligendum, quod dicitur in hac lege.

IN TIT. L. LIB. II. COD. IN INTEGRVM RESTITVTIONE postulata ne quid noui fiat.

Hic locus ſpectat ad effectum reſtitutionis: quia hæc vis eſt reſtitutionis, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur. Igitur cauendum eſt, ne quid noui fiat pendente cauſa reſtitutionis. Exemplum id oſtendi poteſt. Ponamus enim ſententiam latam contra minorem, aduerſus quam minor vult reſtitui, & interim ille pro quo ſententia lata eſt proſequatur ſententiam executioni mandari: an interim mandanda erit ſententia executioni? Et dicitur interim ceſſare executionem: ſic enim eſt intelligendum quod hic dicitur. Ex quo perſpicuum eſt, ſimilem eſſe reſtitutionem in hac re appellationi, licet in aliis multum interſit. Eſt enim tit. Ne quid appellat. pendente innouetur, id eſt, vt ne quid attentetur (vt vulgo loquuntur) donec cognoſcatur de cauſa appellationis. Huc pertinet l. ſi cauſa cognita. C. de tranſactio. Poſt rem iudicatam non valet tranſactio, niſi inquit Imp. reſtitutione in integrum vel appellatione executio ſententiæ dilata ſit. Ergo non minus ſuſpẽditur ſententia per reſtitutionem, quam per appellationem. Solet addi exceptio, quæ ex decretalibus conſtitutionibus ſumitur, c. ſuſcitata. extra de in integ. reſtit. quę diligenter notanda eſt, videlicet niſi ex circumſtantia cauſæ æquum videatur, ſententiam pendente cognitione reſtitutionis, interim eſſe exequendam, quod iudicis arbitrio committitur. Exemplum eſt, ſi cauſa reſtitutionis requirat longiorem inquiſitionem, & non ſtatim poſſit docere is qui petit reſtitutionem, id quod aduerſus ſententiam propoſitum eſt. Inſpicere ergo debet iudex an ſtatim poſſit docere iuſtam cauſam eſſe reſtitutionis, an vero res requirat altiorem inquiſitionem, & in qua non facile queat expediri negotium. Huc pertinet l. ſi is à quo, vt in poſſeſſ. legat. Videndum etiã eſt, an malitioſe petatur reſtitutio, & cauſa remorandæ executionis ſententiæ: veluti, ſi veriſimiliter appareat diploma reſtitutionis per malitiam impetratum fuiſſe, & de induſtria vt impediatur executio: tunc enim ratio exigit, vt interim ſententia mandetur executioni. Hę circumſtantię & alię huiuſmodi mouere debent iudicem vt hoc caſu mandet ſententiam executioni, modo is, ſecundum quem lata eſt ſentẽtia, cautionem idoneam pręſtet, ſe rem reſtituturũ, ſi obtineat minor in reſtitutione petenda. Hæc exceptio nititur ſumma æquitate. Cõſtitutionẽ hãc Põtificis vberi' multo interpretamur moribus noſtris: nempe vt cum petitur reſtitutio aduerſus ſententiam, aut publicum inſtrumentum, non

Digitized by Google

differatur eius executio prætextu reſtitutionis petitæ. Hodie enim vſu eſt notum frequenter accidere, vt reuocandæ ſolutionis, & executionis cauſa, hæ impetratinnes fiant: ideoque vt eiuſmodi fraudibus occurreretur, receptum eſt apud nos, vt nunquam differatur executio ſententiæ, aut publici inſtrumenti propter reſtitutionem. Hnc ius noſtrum præter conſtitutionem Pontificiam, etiam comprobatur argumento ducto ex leg. ſatis aperte. C. ad leg. Cornel. de falſ. Si quis ex chirographo conueniatur, quod arguatur falſi ab aduerſariis, interim cogitur ſoluere is aduerſus quem inſtrumenta proferuntur. nam *ſolut per prouiſionem*, vt dicitur in foro, ſalua accuſatione falſi, ne morandæ ſolutionis cauſa facile comminiſcantur litigatores quod moretur executionem Ergo etiam hodie damnatus, non obſtante appellatione, aut in integrum reſtitutione, cogitur ſoluere. Nec tantum hoc iure vtimur, ſi de ſententia quæratur, ſed et ſi reſtitutio petatur aduerſus quemcunque contractum. Is enim contra quem reſtitutio petitur, poteſt petere vt interim contractus ſeruetur, *que le contract ſoit entretenu.* Imo præſcriptione remouetur à petenda reſtitutione. Nam debet præſtare quicquid conuenit in eo contractu, contra quem petit reſtitui, idque antequam admittatur ad cauſam reſtitutionis, alias repellitur, *par fin de non receuoir.* Hocque eſt vſitatiſſimum. Ex quo apparet, moribus noſtris à iure ciuili multum receſſum, propter vtilitatem. His titu. lib. 2. C. abſolutis redeundum nobis eſt ad reliquorum titulorum explicationem primæ partis Digeſtorum, ſeu Pandectarum, quæ ad τὰ πρῶτα.

IN TIT. V. LIB. IIII. DIGEST. DE CAPITE MINVTIS.

CApitis minutio, ſiue mutatio ſtatus, inter cauſas reſtitutionis in integrum refertur, l. 2. ſupra, de in integrum. reſtitu. Ordo igitur poſtulat, vt nunc de ſtatus mutatione & capitis minutione tractemus, propter quam impetratur reſtitutio. Sed antequam ad edictum Prætoris quod de hac capitis minutione hic extat, accedamus, vidēdum eſt, quid ſit capitis minutio, & quotuplex. Gaius in l. 1. hic ita definit: Capitis diminutio, eſt ſtatus imminutio, ſeu mutatio. Quid ſit autē ſtatū mutare, poteſt intelligi ex diuiſione, quæ traditur in l. vlt. hic. mutare enim ſtatum dicitur, qui vel libertatem, vel ciuitatē, vel familiā amittit. nā ſic ſtatus in hoc loco accipitur: licet alias latius accipiatur, vt tit. de ſtatu hominū, videlicet pro ſexu, dignitate, & pleriſq; aliis. Ergo ſtatus, de quo hic loquimur, in tribus conſiſtit, in libertate, ciuitate, vel familia, & tunc dicitur aliquis ſtatum mutaſſe, & capite eſſe minutus, cum vnum horum amiſit. Sic omnes veteres loqui conſueuerunt. Diuiſio hæc quæ tradita eſt in d. l. vlt. ſumitur ex Pauli libris. Eadē plenius deſcribitur lib. 1. Inſtit. titu. de capit. diminut. Capitis ergo diminutio hinc triplex conſtituitur, maxima, media, & minima. Maximam vocant, cum libertas, ciuitas, & familia amiſſa eſt, mediam, cum ſolum ciuitas, minimam cum ſola familia amittitur. Videamus de maxima capitis diminutione. illa eſt, vt dictum eſt, cum amittitur libertas, ciuitas, & familia, & cum non tantum ciuitas, ſed & libertas, nec tantum deſinit quis cognatus eſſe, ſed etiam ciuis, nec tantum ciuis, ſed & liber: denique cum quis ex libero homine in ſeruitutem redigitur. Exempla ſunt in Inſtitutionib. eod. tit. veluti cum quis ſe venundari paſſus eſt, ad pretium participandum. Redigitur enim tunc in ſeruitutem. § pen. de iure perſon. l. liberis. §. ſi minor. infra de liber. cau. l. ſi ex cauſa. §. Papinianus. de minor. Item ſi libertus propter ingratitudinem commiſſam aduerſus patronum pœna legitima ſit affectus, & redactus in ſeruitutē. Hæc enim eſt pœna ingratitudinis, l. nō ſolum. & l. ſeq. de reſtitu in integ. Aliud exemplum, cum ſerui pœnæ quidam efficiuntur atrocitate ſententiæ, vt cum damnantur in metallum. §. pœnæ. quibus mod. ius patriæ poteſt. Inſtit. Addicuntur enim fodiendis metallis, qua pœna adimitur libertas. Aliud etiam exemplum eſt in his qui vltimo ſupplicio damnantur iure veteri, l. qui vltimo. infra, de pœnis, ita vt ante executionem ſententiæ ſerui ſint. Hoc ius eſt mutatum Nouel. de nupt. §. quod autem. qua conſtituit Iuſtinianus vt ſtatum quis non mutet, ſi ingenuus fuerit, & libertatem non amittat per vltimum ſupplicium. Alia capitis minutio eſt, quę media dicitur, vt cum contingit vt libertatem quis nō amittat, ſed ciuitatem. Exēplum eſt in Inſtitut. de eo cui aqua & igni interdicitur, vel qui deportatur in inſulam. Deportatus enim amittit ciuitatem, & ex ciue efficitur peregrinus. Sic loquuntur Iureconſ. l. ſed etſi ſupra, de in ius vocan. & l. 1. Cod. de hæredib. inſtit. Accurſius non intellexit quid eſſet peregrinus, nec eo loco peregrinum opponi ciui. ex teſtamento enim tantum capiunt ciues, quia eſt publici iuris. Hinc in l. falcidia ita ſcriptum eſt, *Qui ciuis Romano legare volet.* Cicero in Topic. Quod defertur iure ciuili, ad peregrinos non pertinet. Igitur cum teſtamenti factio ſit publici iuris, & iure ciuili ex teſtamento capiatur merito ex teſtamento nihil capere poteſt peregrinus. Exemplum eſt in l. amiſſione. §. nunc reſpiciendum. hoc titu. Qui deficiunt ad hoſtes, etiam capite minuuntur, de quibus videnda eſt l. poſtliminij. infra, de cap. & poſtli. reuerſ. Quos inquit Paulus hoſtes Senatus iudicat, ij in numero peregrinorum ſunt, ſiue etiam lata lege à populo factum id ſit. Quod Neroni & pleriſq; Imperatorib. accidit, vt hoſtes declararētur populi, vel à ſenatu, vel à lege. Qui autem hoſtes iudicati ſunt, ciuitatē amittūt. Lex vero ibi dicitur quæ de certa perſona & refertur, nec dubium eſt legem ita ſæpe vſorpari. Nam ſic dicitur lex Manlia, quæ de Pompeio lata eſt. Alias dicitur priuilegium in eo ſenſu. Hic difficultas incidit ex l. cognitionum. infra, de extraord. cognit. in qua explicanda hic breuis ero, quia de ea quid ſentiā docui c. 9. lib. 1. Diſput. Diximus mediam capitis diminutionē eſſe non maximam, cum quis ciuitatem tātum amittit, non libertatem. Atqui in d. l. cognitionum, Calliſtratus vocat magnam capitis diminutionem, cum quis libertatem amittit: quod in perſona deportatorum venire ait. Hæc videntur valde pugnantia inter ſe. Ego tamen hæc vt conciliarem admonui, à veterib. diuidi capitis diminutionem in duas ſpecies, vt vna dicatur magna, altera minor. Et magnā quidē vocare, quæ & maxima & media dicitur, quia vtraq; magna eſt: & ſic accipitur l. 1. infra ad Tertul. Siue quis ante delatā ſiue poſt delatā capite minuatur, ad legitimā hæreditatem admittetur, niſi magna capitis minutio interueniat, quę vel ciuitatem adimit: vt puta ſi deportetur. Reuera autē magna eſt vtraque reſpectu minimæ capitis diminutionis, quæ ex emancipatione venit. Quod ad ſecūdū attinet, reſpōdi libertatem adimi, cum ciuitas amittitur, id eſt libertatem minui, nō quod omnino auferatur: eadem ratione, qua ſenecta adimere vires dicitur, id eſt diminuere, nō penitus auferre. Tam multa enim ſunt propria ciuiū, vt liber vere pleneque dici non poſſit, qui ciuitatem amittit. Sed locus Ciceronis ex Oratione pro Cecinna quē eo in loco adduxi, facile cōfirmat noſtrā ſententiā: quo lecto nemo facile de his dubitaturus eſt. Iā vidēdū eſt de minima capitis diminutione. Minima igitur dicitur: cū familia tātum mutatur, ſalua libertate, & ciuitate, l. vlt. hoc tit. Veluti cum quis deſinit agnatus eſſe alicuius familię, manet tñ liber & ciuis, dicitur minui capite, ſed minima capitis minutione. Minima. n. capitis minutio agnationem tantū tollit, ciuitatē, aut libertatē non tollit.

Quid ſit capitis diminutio & quotuplex.

Similitudo de capitis diminutione & ſenectute.

Digitized by Google

lit. §. vlt. de legiti. agnat. tut. vt ſi emancipatus quis ſit, dicitur agnationem amittere. Familia enim, & agnatio, quiddam ciuile eſt magis, quam naturale. Sunt autem agnati qui per virilem ſexum coniuncti ſunt. Qui vero cognati ſunt, etſi per virilem ſexum deſcendant, inter ſe tamen non agnaſcuntur, nec dicuntur agnati. Argumento eſt, quod eadem nomen non retineant: Ciuile quiddam hoc eſt. Natura enim non diſtinguit eos, qui per fœmineum ab his qui per maſculinum ſexum coniunguntur: ita vt hoc nomen iuriſperitis tantum ſit notum. Qui enim ſint cognati, omnes idiotæ norunt: qui vero ſint agnati, tantum iuriſperiti. Igitur minima capitis diminutio dicitur, per quam agnatio tollitur, quamuis retineatur & libertas & ciuitas. Exemplum eſt in arrogato & emancipato. l. 3. hoc titu. Is enim qui arrogatur, in alienam familiam adſciſcitur, tanquam eius ſit filius, qui eum arrogat. Emancipato etiam hoc manifeſte accidit: *cum emancipari nemo poſſit*, inquit Paulus, *niſi in imaginariam ſeruilem cauſam deductus*. Ea erat ratio temporis Pauli, cur filiusfamilias minueretur capite per eius emancipationem, quia non poterat emancipari, niſi imaginaria quędam venditio intercederet. Huius imaginariæ venditionis ritum deſcribit Caius lib. 1. Inſtit. Mancipatio, inquit, eſt manus traditio, & quædam ſimilitudo venditionis eſt: quia & in emancipationibus præter illum, hoc eſt certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciatius nominatur. Ergò iſte naturalis pater filium ſuum fiduciario patri mancipat, hoc eſt, manu tradit, à quo fiduciario patre naturalis pater vnum aut duos nummos, quaſi in ſimilitudinem pretij accipit. & iterum eum acceptis nummis fiduciario patri tradit. Hoc ſecundo & tertio fit, & ſic de patris poteſtate exit. Plenius hæc traduntur apud Theophil. §. præterea. quib. mod. ius patriæ poteſt. ſoluit. Hic autem ritus originem traxit ex lege duodecim tabul. cuius mentio eſt apud Vlpian. titu. 10. in fragment. his verbis: *Si pater filium ter venundedit, filius à patre liber eſto.* Scribit Dionyſius Halicar. plus iuris patrem habuiſſe in filium, quam dominum in ſeruum. Quia ſi dominus ſemel ſeruum vendidiſſet, & fuiſſet manumiſſus ab emptore, non poterat recidere in poteſtatem veteris domini: ſed filius vſque ad tertiam venditionem recidebat in poteſtatem patris, ſi vendidiſſet eum emptori, qui eum manumiſiſſet. Hunc ergo ritum excogitarunt veteres emancipandi filios, quaſi conuenientem legi duodecim tabul. Sequitur in d. l. 3. *Aliter atque cum ſeruus manumittitur.* Cum ſeruus manumittitur, non dicitur capite minui, ſicut filius cum emancipatur. Ratio eius diuerſitatis liquida eſt. Cum enim capitis minutio, ſit ſtatus mutatio, vt diximus, quæ conſiſtit in libertate, ciuitate, & familia: horum autem nihil habeat ſeruus: ſequitur non poſſe dici ſeruum capite minutum. Ergo & is qui dignitatem mutat, non ideo minui dici poteſt capite, Inſtit. de cap. minut. Ordine enim ſenatorio motus, non dicitur capite minutus. etſi ordine motus ſit. Admonui enim paulo ante ſtatum non tam late hic accipi, quam tit. de ſtatu hominum. Ex his igitur quæ diximus apparet, hoc ius, quod ad capitis diminutionem pertinet, ſubtilitate quadam niti. Hodie vero nulla eſt huiuſmodi venditio, & ne imaginaria quidem, propter conſtitutiones Principum, de quibus dixi tit. de emancipa. Sufficitque ſi voluntas patris coram magiſtratibus declaretur ex l. iubemus. & l. vlt. Co. de emancip. Sed etſi hodie non vtamur huiuſmodi imaginaria venditione, tamen ius idem retinemus, quod olim in emãcipationibus. Et hoc quidem productum eſt vſque ad arrogationem. De emancipatione enim nulla fuit dubitatio tempore horum Iuriſconſ. ſed hoc productum fuit vſque ad arrogatos, quia in familiam aliam tranſeunt. Ex hac autẽ ſubtilitate iuris multa ſequuntur. Vnũ eſt de quo dixi, quod quæ iuris ciuilis ſunt, facile tollũtur hac capitis diminutione quæ ciuilis eſt, velut agnatio, obligatio & actio ciuilis. Siue enim emancipatus obligatus fuerit alteri, ſiue alter ei fuerit obligatus ex ſtipulatione, poſt emãcipationẽ deſinit teneri, propter capitis diminutionem. l. 2. hic. Ita enim ſublata eſt ea ciuilis obligatio, vt cõueniri nõ poſſit iure ciuili. Si etiã actio aliqua ciuilis ei competierit, iure ciuili ea nõ poterit exerceri. nã certis ex cauſis permittitur filiofamilias agere, quamuis nõ ex omnibus, de oblig. & act. l. filiusfamilias. 39. Tolluntur ergo tantum obligationes ciuiles, naturales non item: quia hæc capitis diminutio nullum aliud habet fundamentum, quam ſubtilitatem iuris antiqui. Et certe, inquit Imp. ciuilis ratio ciuilia iura corrumpere poteſt, naturalia non vtique. §. vlti. de legit. agnat. tutel. Inſtit. Ideoque ait Vlp. l. 2. hic. *Hi qui capite minuuntur, ex his cauſis quæ capitis diminutionẽ præceſſerunt, manent naturaliter obligati.* Id eſt, manet naturalis obligatio in ſuo ſtatu. Eodem pertinet l. eas. hic. Actio ex ſtipulatu tollitur hac capitis diminutione: Actiones quæ præſtationẽ naturalem habent, non amittuntur: quia ciuilis ratio non corrũpit ea quæ ſunt iuris naturalis. Nullũ eſt aliud fundamentũ huius diſputationis. Sequitur in d. l. eas. *Itaque de dote actio, quia in bonum & æquum cõcepta eſt, nihilominus dura etiã poſt capitis diminutionẽ.* Actio de dote naturalẽ habet præſtationẽ, vt mulier quæ dotem dedit eam repetat ſoluto matrimonio. Igitur merito durat poſt capitis diminutionẽ. Ideoque addit Paulus: *Vt quandoque emancipata agat.* Id eſt, etſi filia quæ dotem dedit, fuerit emancipata, vt nihilominus poſſit de dote agere. Obligationes igitur naturalẽ præſtationem habentes, in ſuo ſtatu manẽt, nec amittuntur per capitis diminutionem: ſed ſi ex ſtipulatione aliquid debeatur poſt emancipationem, dicitur ſublata obligatio & actio. Quod autem dicitur actionem tolli, intelligendum eſt de actione quæ ex cõtractu naſcitur, non autẽ ſi ex delicto. Quod enim hic dicimus, nõ pertinet ad actionem, quæ ex delicto deſcẽdit, ſiue ipſe de delicto quid debeat, ſiue ei quid debeatur. nemo enim, inquit Vlpian. delictis exuitur, quamuis capite minutus ſit, l. 2. §. nemo. hic. Id enim æquum non eſt, vt actio quæ ex delicto naſcitur, tollatur. Eodem pertinet l. tutelas. §. iniuriarum. eo. Etſi enim quis fuerit capite minutus, tamen obligationes ex delicto deſcendentes, quemcunq; ſtatum perſona acceperit, cum capite ambulãt: ſicut dicimus de actione noxali. Quod autẽ dicimus amitti hac capitis diminutione quæ iuris ciuilis ſunt, hoc eſt accipiẽdum cum hac exceptione, niſi ad iura publica pertineant. Iura enim publica non tolluntur capitis diminutione, quæ ſalua ciuitate accidit. l. amiſſione. §. vlt. & l. ſeq. nã ſi filiusfamilias ſenator vel magiſtratus, ſit emãcipatus, nõ deſinit eſſe ſenator vel magiſtratus, quia abſurdum eſſet iura publica interuerti actis priuatorum hominum. vnde diximus amitti tantum quæ ſunt iuris ciuilis, modo ea ad publicum ſtatum non pertineant, ſed ad ciuilem priuatorum. Quæſtio eſt de tutelis, an eæ finiantur ſi tutores ſint capite minuti, hęc tractantur in d. l. tutelas. Et breuiter dicendum eſt, legitimam tutelam quæ agnatis defertur, perire hac capitis diminutione, cæteras non item. Idem dicitur in §. vlt. Inſt. quib. mod. tutel. finia. Verba ſunt notanda apud Iuſtinianum: quia Pauli verba in hoc loco ſunt ſubobſcura. Legitimæ igitur tutelæ quæ agnatis deferuntur, pereunt capitis minutione. Et ratio ex iam dictis eſt perſpicua: nam deſinit in familia eſſe is, qui capite minutus eſt. Cum ergo deſinat agnatus eſſe, neceſſe eſt eam tolli, agnatione ſublata. Cæteræ tutelæ, quæ teſtamẽto deferuntur, non pereũt per hanc capitis diminutionem, ſicut nec aliæ, quæ vel lege, vel ſenatuſconſulto deferuntur, vt ea quæ patri, vel matri defertur: quia hæ perſonæ in lege naturaliter de-

Iura publica non tolluntur capitis diminutione quæ ſalua ciuitate accidit.

Digitized by Google

ſignātur.nam pater,& mater nomina ſunt naturalia,ſed agnatus nomen tantum ciuile eſt. Cū igitur agnatio ex iure ciuili tantum naſcatur, ideo hæc tantū tollitur. Sequitur in d.l.tutelas. *Exemplis his quæ in iure alieno perſonis poſitis deferūtur.* Varia eſt huius loci lectio. In quibuſdam libris legitur, *Exceptis his quæ in iure alieno poſitis perſonis deferuntur.* Et ſic legitur in Pandect. Florent. in aliis eſt negatio,& legitur, *Exceptis his quæ in iure alieno poſitis perſonis non deferuntur.* Apparet lectionē eſſe corruptam: ſed ex his quę ſequuntur ſenſus eſt facilis. Nam Paulus diſtinguere videtur tutelas legitimas, quæ agnatis deferuntur, quæque deſignantur ciuili nomine ab aliis. Vult igitur eos qui tutores teſtamento vel lege, vel ſenatuſcon. dantur, nihilominus eſſe tutores. Lex enim permittit patri filiis tutores dare. Ideoque ſi pater filiis ſuis tutorē teſtamento dederit, & is capite minutus ſit, nulla eſt cauſa, cur finiatur ea tutela: quia etſi agnationē amittat, tamē agnatione nō eſt opus in hac tutela. Eadē eſt diſtinctio hæreditatū in l.capitis. inf. de ſuis & legitimis hæredibus. Legitima enim hęreditas, vt ait ibi Pōpon. quæ agnatis defertur ea lege duodecim tabularum tollitur capitis deminutione: aliæ quæ naturali nomine deſignantur,& ex legibus nouis, aut ſenatuſcōſulto veniunt, non tollūtur. Legitimæ igitur tutelæ ex lege duodecim tabularum tolluntur, quia agnatis deferūtur: qui vt inquit Paul. d.l.tutelas. (ſic enim eo in loco legēdum, vt in Pand. Flor. non quia) deſinunt eſſe familia mutati. Sed non eæ, quæ ex nouis legibus deferuntur, in quibus naturaliter perſonæ deſignantur. Exempli gratia, cū Senatuſconſultum Orficianum & Tertullianū defert matri hæreditatem filij: nam mater & filius nomina naturalia ſunt,& quæ deſignantur naturali nomine: agnatorum vero nomen magis ciuile eſt. Hodie autē ob cōſtit. Nouel. de hęredit. ab inteſt. hęc differētia eſt ſublata, inter agnationē & cognationem. Statuit enim eo in loco Iuſtinianus nullam eſſe habēdam rationē veteris huius diſtinctionis nec in tutelis, nec in hæreditatibus. Hac igitur conſtitutione derogatum eſt iuri veteri. Quæſtio alia eſt de vſufructu,& de eo quod in annos ſingulos relictum eſt, quæ tractatur in l.legatum. hic. Si vſusfructus ſit relictus, vel habitatio, ſeu in ſingulos annos aliquod legatū, an capitis diminutione id pereat. De vſufructu fuit dubitatio inter veteres Iureconſultos: quia vſusfructus eſt nomen iuris ciuilis: ſed noua cōſtitutio Iuſtiniani eatat edita. Lampadio & Oreſte coſſ. qua cōſtituit nō amitti vſumfructum in hac capitis diminutione, l.corruptionem,& l.pen. ad fin. C. de vſufruct. §. finitur autē. de vſufruct. in Inſtit. Sed quid de eo quod eſt relictū in ſingulos annos? Hæc quæſtio non eſt huius tractatus: nam hoc legatū non amittitur capitis diminutione: quia hoc legatum in facto magis, quam in iure cōſiſtit, id eſt, legatū hoc iuris ciuilis non eſt. Nam quæ ciuilia ſunt magis quam naturalia, tantum tollūtur hac capitis diminutione: ciuilis autem ratio tollere iura naturalia non poteſt. Et certe multū intereſt inter vſumfructum & legatū in ſingulos annos, l. in ſingulos. infra, de annuis legat. Nam non ideo dicitur vſusfructus. etſi quid mihi ſit legatum in ſingulos annos. Vſusfructus enim eſt nomen ciuile, legatum in ſingulos annos, eſt nomen naturale. Quid ſit legatum in ſingulos annos idiotæ intelligunt, ſed non intelligunt quid ſit vſusfructus, ſed tantū iuriſperiti. In iure enim quodam vſusfructus dicitur conſiſtere,& ciuile quiddam magis eſt quā naturale. Deniq; hoc intereſt inter vſumfructum & legatum in ſingulos annos, quod inter agnationem & cognationem. Ideoq; dicit Modeſtinus d.l.legatum. Quia tale legatū in facto potius, quam in iure conſiſtit. Modus eſt loquendi apud Iureconſultos veteres vſitatus, quoties in eo de quo quæritur nudum factum eſt, ſine vllo iure: ſicut de pactis dicitur, l. ſi vnus. § pact. ſupra de pact. In ſtipulationibus ius contineri, in pactis factū verſari. Hoc enim intereſt inter hęc duo ſtipulari & paciſci, quod inter agnationē, & cognationem. Nam ſtipulari eſt iuris ciuilis, paciſci eſt naturalis. Pactum non confirmatur legibus Romanis, & ideo pręter factum nihil eſt ciuile. ſic factum accipitur l. nec ſeruus. infra de pecu. Sic eſt intelligendū quod hic dicitur, quid inter legatum vſusfructus,& hoc legatum in ſingulos annos interſit, plenius, ſi dederit Deus, dicemus ſub tit. de vſufruct. Hactenus de his quæ amittuntur capitis diminutionę minima: nūc videndū quid reſtituatur edicto Prætoris: neceſſaria enim eſt reſtitutio ad ea quæ ſunt amiſſa. De reſtitutione igitur edictū quod propoſitum eſt à Prætore, pertinet tantum ad minimam capitis diminutionem. Nam reſtitutio is eo locum non habet quod eſt amiſſum maxima & media capitis diminutione. Edictum eſt, aut ſaltem pars edicti Prætoris, vt ego puto in l.2. hoc tit. ſub his verbis: *Qui quæve poſteaquam quid cum eis actum contractumue ſit, capite deminuti deminuta eſſe dicentur, in eos eaſve perinde quaſi id factum non ſit, iudiciū dabo.* His enim perſonis prętor actionem quandam reſtitutoriam proponit. Nam ſi actio ſit amiſſa aduerſus aliquem propter emancipationem, Prætor perinde in eum emācipatum dat actionē, ac ſi capite nunquam minutus fuiſſet. Hæc fuit viſa iuſta cauſa reſtitutionis in integrū. Vlpianus enim in initio huius capitis admonet edictū hoc pertinere ad eam capitis diminutionem, quæ ſalua ciuitate cōtingit, qualis eſt ea quæ fit per emancipationem. Et credibile eſt aliquid in edicto de hac re fuiſſe expreſſum. Si cui vero alia contingat capitis diminutio, videlicet ſi damnatus ſit in metallum vel in inſulam deportatus, non reſtituitur actio amiſſa. Ait enim Iureconſultus hos non poſſe penitus conueniri, cum bona eorum confiſcata ſint in fiſcum, igitur ei qui ſucceſſit dabitur actio, ſed aduerſus eum qui damnatus eſt, actio non reſtituetur. Huc pertinet quod dicitur l.tutelas §. pen. & vlt. Hic in. loquitur Paulus de eo, qui redactus eſt in ſeruitutem, in quem ait non reſtitui actionē quæ prius cōpetebat, quia non poteſt eſſe actio cum eo, qui ſeruus eſt: ſed in dominū vtilem actionem. Sequitur, *Item cum ciuitas amiſſa eſt.* Exēplum eſt mediæ capitis diminutionis. Hic oſtendit Paulus cur in deportatū non reſtituatur actio, vt poſſit conueniri: quia iniquum eſſet eum qui cogitur inuitus exulare, adhuc conueniri: ſed dabitur actio aduerſus eos, ad quos bona eius peruenerunt. Hoc igitur edicto proponitur actio reſtitutoria, ſiue reſciſſoria. Sed etiam actio emancipato reſtituetur, quamuis nihil ſit de eo expreſſum in edicto. Itaque ſuſpicor multa in eo deſiderari. Et certe apparet iuriſcōſultos interpretari particulam edicti in l. eas obligationes. hic. Ait enim Gaius emācipatam filiam poſſe agere de dote. Cum igitur quæritur in hoc edicto an reſtitui debeat actio filiofa. diſtinguendę ſunt actiones ciuiles ab his quæ præſtationem naturalē habent, vt iam diſtinximus. Nam ſi ciuilis eſt actio,& ex cōtractu deſcēdat, reſtituitur actio ſi vero naturalis, aut ex delicto deſcēdat, nō reſtituitur, quia non tollitur. De natura autē huius actionis duo ſunt notanda. Primo, q. hęc actio non datur in ſolidū, ſed quatenus facere poteſt emancipatus, l.2. C. quod cum eo qui in aliena poteſtate. hocq; eſt intelligendum de alia parte edicti. Boni. n. cōſulere debet creditor, qui mero iure amiſerat actionem, ſi obtinere poſſit actionē in id quod facere poteſt emancipatus. Deinde quod hæc actio dicitur perpetua, & hæredi & in heredem competere, l.2. §. vlt. non enim videbatur perpetua eſſe debere, & in hæredē & hæredi cōpetere, quod reſtitutio contra ius ciuile concedatur: cum aliæ actiones Prætoriæ habeant pręfinita tempora. Nam actio quod metus cauſa, intra annū tantum datur in quadruplum alię intra certa tempora. Tum vero maxime, quòd contra ius ciuile hęc actio detur. Sed prętori

Reſtitutio tantū pertinet ad minimam capitis diminutionem.

viſum

viſum eſt hoc conſtituere, nullúmq; præfinire tempus, quia hac actione emendatur tantum mera iuris ciuilis ſubtilitas. Nihil enim poteſt cauſari emancipatus, quominus ſoluat, quam iuris ſubtilitatem. Sed ſi quis contraxerit, aliud eſt, quia poteſt cauſari vel dolum, vel ſimplicitatem. Poſtremum eſt hanc actionem denegari, cũ ratio aliqua id poſtulat, vt l. 2. §. ei qui debitorem. Si. enim quis debitorem ſuum arrogarit, amittit quidem actionem. d. §. ei qui debitorem, ſed ſi emancipauit eum, quæri poteſt an ei reſtitui debeat actio. Videtur reſtituenda ex edicto: quia conſtat debitorem fuiſſe anta capitis niminutionem, & reſtituitur capite minutus. Sed alia ratio eſt cur non reſtituatur, quia conſenſu creditoris amiſſa eſt ea actio, & tacito conſenſu arrogato remiſiſſe videtur actionem.

IN TIT. VI. LIB. IIII. DIGEST.

EX QVIBVS CAVSIS MAIORES viginti quinque annis in integrum reſtituuntur.

HIc ſubiicitur ea cauſa reſtitutionis, quæ pertinet ad abſentiam, propter quam maioribus etiã ſuccurritur. Sub titulo generali de reſtit. diximus varias eſſe cauſas reſtitutionis, metum, dolum, ætatem, & abſentiam. De hac abſentia ſub hoc titulo tractatur, & de aliis quibuſdam cauſis, ob quas non tantum minoribus, ſed & maioribus ſuccurritur. Huic titulo reſpondẽt tres alij tituli in C. tit. de reſtit. milit. & eorum qui reip. cauſa abſunt. tit. de vxorib. milit. & tit. quib. ex cauſ. maiores in integr. reſtit. Argumentum totius huius tractatus cõtinetur edicto Prætoris, quod extat in l. 1. hic. his verbis: *Si cuius quid de bonis, cum is metu, aut ſine dolo malo reipublic. cauſa abeſſet: ſiue vinculis, ſeruitute, hoſtiumq; poteſtate eſſet, ſiue cuius actionis eorum cui dies exiſſe diceretur: item ſi quis quid vſu ſuum feciſſet, aut quod non vtẽdo amiſit conſecutus, &c.* Hoc igitur ſummatim continetur hoc edicto, ſi læſum ſit ius alicuius propter eius abſentiã vel caſum, vel impedimentum aliquod, vt puta propter ſeruitutem & captiuitatem, ei ſuccurritur per reſtitutionẽ, ſi forte ex eius bonis quid vſucaptũ ſit, ſi quid de bonis eius exierit, aut ſi dies actionis exierit (de vtroque enim loquitur Prætor) id eſt ſi dominium amiſerit rei ſuę, per abſentiam, vel quia actio erat temporaria, quam intra diem conſtitutam non inſtituit. Ita enim læditur ius abſentis propter abſentiã: & iuſtiſſima cauſa reſtitutionis eſt, cũ ius abſentis propter caſum aliquẽ lęditur. Deinde ſi læſum ſit ius alicuius præſentis propter abſentiã alterius: vt quia non potuit agere propter abſentiam aduerſarij contra quem volebat agere. Hæc fere continentur edicto prætoris. Suſpenditur autem ſentẽtia totius contextus edicti vſque ad finẽ edicti. Cuius actionis, id eſt, alicuius actionis. Eorum cui: id eſt, alicui eorũ. Deinde verbum reſtituendum eſt ſub finem edicti, *Earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi poteſtas erit: item ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam.* Nam poſtrema verba ad ſuperiorem locum referuntur, & ſententia hucuſq; ſuſpẽditur. Totũ enim hoc edictũ eſt vna periodus. Hoc ſit veluti argumentum totius diſputationis. Duo autem ſunt pręcipua capita huius edicti, vt ex eius recitatione animaduertiſtis. Priore capite ſuccurritur abſentibus vel aduerſo caſu laborantibus, ſi lęſum ſit ius eorum vel propter abſentiam, vel propter caſum aliquem: poſteriore ſuccurritur contra eos quorum abſentia nocuit, & ius aliorum læſum eſt. Hæc capita diſtinguemus, vt omnia commodius explicentur. Videamus de abſentibus.

De abſentia.

VT igitur reſtitutio detur ex hac parte edicti, duo ſunt neceſſaria. Vnum eſt abſentia eius qui petit reſtitutionem, aut caſus, aut impedimẽtum: alterum eſt damnum ex ea re contingens. Hæc duo ſunt diligenter notanda & obſeruanda, ob diplomata & reſcripta quib. petitur reſtitutio. Nam oportet vtrunque allegare, & abſentem fuiſſe, vel aliquid caſu eueniſſe ei, tum quoq; damnum ei contigiſſe. Summatim hoc continetur non tãtum edicto, ſed & l. a. C. de reſtit. milit. Si quid de bonis eorum, qui reip. cauſa abſentes ſunt, deminutum eſt, actioneve qua competẽte eis aliquis liberatus fuit, in integrum reſtitutio perpetua iuriſdictione intra annum vtilẽ permittitur. Nihil potius breuius dici, multoque hoc caput eſt breuius quam edictum Pręторis, & multo clarius. Hic tamen loquitur de abſentibus Reipub. cauſa, quia ſpecies inciderat de huiuſmodi abſentibus *Si quid de eorum bonis deminutum.* In prætoris edicto idem dicitur, de bonis deminutum. Et quod ſubiicit *actioneve qua competente, &c.* idem eſt quod in edicto prætoris, ſi actionis dies exiiſſe dicetur Cum autem ait, *Perpetua iuriſdictione.* Id eſt edicto perpetuo prætoris, cuius mentio eſt in l. 1. hic. Edicta enim proponebãtur perpetuæ iuriſdictionis cauſa, de quo diximus l. ſi quis id quod. ſupra, de iuriſdict. Duo ergo ſunt neceſſaria, vt ex hoc capite reſtitutio impetretur, vel abſentia eius qui petit reſtitutionem, vel abſentia alterius. Videamus de priori. Exempla varia ſunt, tam ex edicto ipſo, & ea interpretatione prudentum, quam etiam ex reſcriptis Principum. In primis in edicto dicitur, *Cum is metu abeſſet.* Primum ergo exemplum eſt, cum quis metus cauſa abfuerit: non dico, ſi quis metu cõpulſus fuerit quid dare de bonis ſuis, ſed ſi metu abfuerit à domo ſua, forte imminente bello, & ob eam cauſam ſi forte ius eius læſum, & dies actionis exierit, in integrum reſtituetur. Hæc autem verba interpretantur Iuriſconſulti l. 2. §. vlti. & l. 3. hic. vbi quomodo metum accipere debeamus docet, & diximus ſub tit. quod metus cauſa. Affectum ridicule interpretatur Accurſius defectum. Affectus πάθος eſt Græcis. Nã an quis metu abfuerit intelligitur ex eius affectu, id eſt quo animo, qua opinione abfuerit. Metus eſt (inquit Cic.) affectus ex opinione magni mali impendentis. ſubiicit poſtea in d. l. 3. *Sed non ſufficit quolibet terrore abductum timuiſſe, &c.* Tota igitur inquiſitio huius rei iudicis relinquitur arbitrio, quia pendet ex coniecturis, nec poteſt in vniuerſum definiri, quando ſit danda reſtitutio. Alterum exemplum eſt in eodem edicto, de eo qui abeſt ſine dolo reipublicæ cauſa. Hæc verba interpretantur iuriſconſulti in l. 4. & ſeq. Tria ergo hic requiruntur: primum quod abfuerit: alterum quod Reip. cauſa: tertium, quod ſine dolo malo. Oportet enim abfuiſſe, nec ſufficit eum Reip. cauſa occupari, vt dicitur in l. ſeq. Magiſtratus enim qui ius Romæ dicebant, etſi reipub. operam darent, tamen non habebantur pro abſentibus. Aliud in militibus eſt conſtitutum iure ſingulari, vt habeãtur pro abſentibus. Qui autem dicantur abeſſe docet Iuriſconſultus in l. abeſſe, hic. Solet ſæpe tractari quæſtio de præſentia & abſentia in vſucapionibus. Aliquando eſt probabiliter dubitatum: cum dicitur vſucapio locum habere decẽnio inter abſentes, triennio inter præſentes, an præſentes ſint qui in eadem vrbe ſunt, an qui in eadem prouincia. id definitur in l. vlt. Cod. de præſcript. longi temp. vbi ait Iuſtin. hoc de prouincia eſſe intelligendum. Præſentes enim ſunt qui in eadem prouincia ſunt. Sed aliter hic hoc verbum interpretamur quam in vſucapione: nec mirum. Nam verba debent capi pro materia ſubiecta. Inſpiciendum enim eſt quid ſpectarit, vel quid voluerit Prætor, vel iuris author. In vſucapionibus ratio exigit, vt ita interpretemur abſentem: quia eadem eſt ratio eius, qui ab vrbe profectus eſt, & eius qui prouincia exceſſit. Aliud eſt in reſtitutione: quia eum abeſſe hic intelligimus, qui iam in ea cauſa eſt, vt non poſſit incom-

modũ & læſionem vitare, quæ accidit ſi ab vrbe profectus ſit, licet adhuc ſit in prouincia: quia ſuccurritur his, qui non potuerunt cauere ne ius ſuum læderetur. Ergo re publicæ cauſa dicuntur abeſſe, qui abſunt prouinciæ alicuius adminiſtrandæ cauſa, legationis cauſa, militiæ cauſa, vt hic leg pen. & tit. Cod. de reſtit. militum. Et locus apertus de militibus leg. 3. Cod. de reſtit. mil. Et hic poſſunt obſeruari loci communes de militibus, & iure militari. Deinde dicitur, *Si qui abſuerit reip. cauſa, ſine dolo malo.* Doli mali facta eſt mentio plenioris declarationis cauſa, vt oſtendit l. 4. hic nam ſi cum quis abeſſet legationis cauſa, commodi alicuius captandi gratia tardius redit, quam oportebat: vult Iuriſcon. ei non eſſe ſuccurrẽdum quaſi dolo malo abfuerit: quia qui ſui commodi gratia abeſt, non abeſt reip. cauſa. Hoc igitur addidit Prætor ne quis cauillari poſſet edicti verba. Reipub. autem cauſa eos ſolos abeſſe intelligi vult Vlpian. qui non ſui commodi cauſa, ſed coacti abſunt, l. reipublicæ. 36. idem in leg. non vere, 42. ideoque cum aliqua dubitatio eſſet de his qui re vera reipub. cauſa ſunt profecti, ſed diutius manſerunt ſui commodi cauſa, Prætor hæc verba addidit, *Sine dolo malo.* Idem dicitur de eo qui data opera hoc affectauerit, etiam ſi forte non captandi lucri cauſa diutius manſerit in legatione, vt hoc caſu ei non ſuccurratur. Et eſt locus communis de affectato munere, puta de affectione. Affectatum munus nemini prodeſt. & ſimile dicitur in l 2. §. vlt. ſupra ſi quis cau. Si quis iudicio ſe ſiſtere nõ potuerit, quod à magiſtratu retentus ſit, datur exceptio contra pœnam petentem, ex ſtipulatione iudicio ſiſti. Sed ſi hoc affectauerit, non dabitur ei exceptio. Simile de affectata tutela. l. ſpadonem. §. vlt. infra de excuſ. tutor. & §. idem tria. Inſtit. de exc. tut. Sed & ei qui litis vitãdæ cauſa militiam appetierit, non ſuccurritur, ſi læſus ſit: de quo l. t. C. qui militare poſſ. lib. 12. Poſſet tamen hoc in loco, pro litis cauſa, legi, dicis cauſa, vt alias monui: quod quid ſit. videte in l. iuriſgentium §. dolo, ſupra de pact. & libr. 1. Diſputa cap. 47. Deinde dicitur in edicto Prætoris, *In vinculis*, Si quis cum in vinculis eſſet, ius ſuum amiſerit, iuſta eſt cauſa reſtitutionis. Hæc verba interpretantur Iureconſ. in l. ſuccurritur. & l. ſeq. Illa autem verba, *In vinculis*, eſſe latius accipienda refert Calliſtratus, & fere de cuſtodia publica intelligi, ſicut & tit. de cuſto. reo. Carceres enim priuati legibus vetiti ſunt, l. vn. C. de priua. carcer. Cuſtodia autem militaris eſt, cũ conſules in prouincia milites ſuos cuſtodiendos dabãt. Conſules enim in prouincia ſuos habebant milites, vt alias monui: quia fungebantur magiſtratu militari. Sed notandum eſt, cuſtodiam, quæ ſpecies eſt carceris, non ad puniendos, ſed ad continendos homines haberi debere, vt l. aut damnum. §. ſolent. infra, de pœn. quamuis iure Pontificio pœna ſit carceris. c. quamuis de pœnis. in 6 Sed vinculorũ nomen latius accipimus, vt tam priuata quàm publica vincula ſignificet, l. vinculorum. infra, de verb. ſign Vincti dicuntur, qui quoquomodo detinentur, ne poſſint diſcedere, etiam ſi nullis ſint compedibus ligati: tamen pro vinctis habentur, qui in latumiis ſunt. Addit Vlp. in eadem cauſa eſſe eos qui à militibus ſtatoribuſque, vel à municipalibus miniſteriis aſſeruantur. In interpretatione huius edicti non tantũ ea ſunt obſeruanda, quæ pertinent ad abſentes, ſed exempla interpretationum ſunt etiam obſeruanda: & ſi in his exemplis fuerimus attenti, magis nos iuuabunt, quã regulæ ab Accurſ. doctoribus excogitatæ. Aliquando ſequuntur Iuriſconſ. verborum vim & proprietatem: aliquando quod ſcriptum eſt in lege producunt longius, cum id eadem æquitas & ratio ſuadent, & credibile eſt Prætorem idem fuiſſe dicturum. De his igitur qui in his locis agunt, ex quibus diſcedere non poſſunt, idem videbatur dicendum quod de his qui in vinculis detinentur, vt illi quoque reſtituantur. Municipalia autem miniſteria ſunt hi, quos Sergentes vocamus. Hinc igitur colligitur, vidẽdum eſſe an potuerint hi qui abſunt ſuperesse, an aliquod fuerit impedimentum, vel aliquod paſſi fuerint detrimentum, per quod non potuerint cauere, ne dies actionis exiret. Et quoties id perſpicitur ex aliqua ſpecie, id ſequi debemus: & ſi verbis minus fuerit expreſſum, tamen interpretatione id conſequemur. Sequitur, *In vinculis autem etiam eos accipimus, qui ita alligati ſunt, vt ſine dedecore in publico parere non poſſint.* Eſt aliud exemplum interpretationis extenſiuæ, cum deficiunt verba: vt is qui ita omnibus ſuis veſtimentis eſt exutus, vt ſine dedecore non poſſit apparere, dicatur vinctus eſſe, & ſi forte non contineatur locis: nam quia honeſte non poteſt apparere, dicitur apparere non poſſe. Et eſt locus communis, *vt ea facere non poſſe dicamur, quæ honeſte facere non poſſumus.* de quo l. filius infra de condit. inſti. Sequitur in edicto, *In ſeruitute.* Horum verborum interpretatio eſt in l. ei quoque. & l. ſeq. Si enim liber homo deducatur in ſeruitutem, & quis contendat eum ſeruum eſſe, quamuis forte ſeruus non eſſet, iuſta cauſa eſt ei ſuccurrendi per reſtitutionem in integrum. Hoc autem edicto non continetur, qui de ſtatu ſuo litigat. Nam poſtquam lis eſt ordinata. habetur pro libero, l. ordinata, infra de lib. cauſ. l. lite. C. eo. vbi ea de re eſt plena diſputatio. Additur in edicto, *In hoſtium poteſtate.* Interpretatio eſt in l. item ei. 14. Non admodum fuit neceſſaria hæc adiectio: quia ſufficiebat dixiſſe in ſeruitute. Capti ab hoſtibus ſunt ſerui hoſtium, vt admonet Iureconſ. hac lege. Nec vero ait omnibus qui apud hoſtes ſunt eſſe ſuccurrendum, ſed captis tantum, nõ autem transfugis. De transfugis diximus in l. amiſſione. §. vlt. ſuperio. tit. Cum autem addit Iuriſconſ. in d. l. item ei ſuccurritur: *Poterant tamen qui in hoſtium poteſtate eſſent, illa parte edicti contineri, &c.* Admonet hos captos potuiſſe contineri huius edicti parte. Sed etſi poſtliminio ſit quis reuerſus cum ab hoſtibus eſſet captus, ei ſuccurritur, cum aliis ſupraſcriptis ſubuenitur, & ſi potuerunt habere procuratorem: vt & iis qui ibi ſunt mortui, cum multo maior ſit ratio his ſuccurrendi, qui procuratorem habere non potuerãt, vt ſcribitur in l. ab hoſtibus. hic. Hoſtium potiri autem, quo genere loquendi hic vtitur Vlpia. eſt in poteſtate eſſe hoſtium: quod & vſurpauit Plaut. in Aulul. quod Budæus non animaduertit in annot. Hæ cauſæ ſunt expreſſæ edicto Prætoris, propter quas reſtituitur quis ex priori parte edicti: aliæ ſunt cauſę varię, quę cõtinentur generali clauſula edicti, *Si qua alia mihi iuſta cauſa videbitur, in integrum reſtituam*, inquit Prætor quæ quidem clauſula ad vtrumque caput edicti refertur, & ad primum, quo propter abſentiam ſuccurritur, & ad ſecundum quo ſuccurritur his quorum ius læſum eſt ob abſentiam aliorum. Huius clauſulæ mentio eſt in l. ſed & ſi per Prætorem. §. vlt. & ll. ſequen. in quibus docent Iuriſcon. variis exemplis, quid contineatur generali edicti clauſula. Primum eſt, ſi quis abſit pro ciuitate ſua, non continetur verbis edicti: quia non dicitur reip. cauſa abeſſe. Nam in legibus, & edictis Prætorum rempub. intelligimus pop. Rom. non rempub. cuiuſuis populi, & cuiuſuis municipij, l. eum qui vectigal. infra de verb. ſignif. & nos remp. ita in hoc loco accipimus. Sed tamẽ ſi quis legatione fungatur pro ſua ciuitate, æquitas ſuadet eum eſſe reſtituendũ, d. §. vlt. Alia ſunt, veluti ſi teſtimonij cauſa quis abfuerit, vel appellationis. Et generaliter, aiunt Iuriſc. quoties quis ex neceſſitate, non ex voluntate abfuerit, ſuccurrendum eſt ei. Hæc verba ſunt diligẽter notanda. Exempla ſunt de Prætore, ſed idem de aliis dicendum. Addit Vlp. in l. necnon, in princ. poſſe eſſe cauſam tam probabilẽ abſentiæ, vt etiam quis reſtituatur, & ſi cauſa neceſſaria non ſit. Et de hac cauſa delibe-

rare

rare debet Prætor, an ei ſuccurrendum ſit. Exempli gratia, ſi ſtudiorum cauſa quis abſuerit. Studiorum enim cauſa nõ eſt neceſſaria, ſed iuſtior & probabilior nulla eſſe poteſt, & vtilior reipublicę. Eſt locus cõmunis de fauore ſtudiorum, & de abſentia ſtudiorum cauſa. Edictum autem Prætoris de his loquitur qui in vinculis ſunt: ſed quid ſi quis promiſerit non recedere à loco, quo ſiſti iuſſus eſt, & fideiuſſorẽ dederit eo nomine, & vterque ad pœnam eſt obligatus? hic dicitur etiã ei ſuccurrendum per reſtitutionem: quod colligitur ex clauſula generali. Ad hunc locum pertinent alia exempla in l. abeſſe. 32. §. inter eos. l. qui mittuntur. & ll. ſeq. Sed quid de fiſci patrono? Fiſci quidem patronus non continetur priori parte edicti: quia is non dicitur recte reip. cauſa abeſſe, qui cauſa fiſci abeſt, vt ſupra docui tit. ſi aduerſus fiſcum: ſed tamen ſuadet generalis clauſula edicti vt reſtituatur, d. §. inter eos. Sed qui notis ſcribunt acta, qui dicuntur notarij, non dicuntur abeſſe reip. cauſa, quia operam dant ſcripturæ: & ex vrbe non remittuntur cum Conſulibus, & Præſidibus, ſed eis dant operam ob mercedem aliquã, nec ſunt relati in commentarium Principis, vt dicitur in d. l. abeſſe. Alij referebantur in commentarium Saturni, qui dicebantur Principis commentarij, & hi dare operam Reipub. dicebantur. Succurritur tamen militum medicis, vt & ipſis militibus. Aliud exemplum de his qui operas in publicum dant quod cauſa vectigalium locatum eſt, vt reip. cauſa abeſſe non dicatur. l. miles. de quibus tit. de public. & vectigalib. & qui quare ſic dicatur docuit Budæus in annot. Exempla autem quæ ſequuntur, lectionem tantum deſiderant. Nunc videndum de vxoribus militum.

IN TIT. LII. LIB. II. COD.
DE VXORIBVS MILITVM.

Aliud exemplum generalis clauſulæ, ſub hoc tit. continetur, ſi vxor militis cum marito reipub. cauſa peregrinata ſit, & excluſa fuerit temporaria actione, nam ſicut ipſe miles reſtituitur. Hoc notare debent hi quibus res eſt futura cum militibus Germanię, quos vocamus *Les Landſquenets*. Quædam alia non difficilia ſunt in eodem titulo. Obiicitur quod dicitur in l. obſeruare. de offi. proc. melius eſſe proconſulem ſine vxore proficiſci, quod difficile non eſt. Non enim vetat quo minus proconſules ducant vxores ſuas, ſed ait melius eſſe, ſi non ducant: tamen eas ducere poſſe, modo præſtent factum vxorum ſuarum, ex S.C. quod factum eſt Cotta & Meſſala cõſulibus. Huius S.C. mentio eſt apud Cornel. Tacit. lib. 3. & lib. 4. Hæc autẽ exempla demonſtrant vim effectũmque huius clauſulæ. Alia exempla crebra occurrunt in iure ciuili, quæ debent obſeruari, vt l. 1. §. ſi quis propter. inf. de itin. actúq. priuat. l. Pannonius. inf. de acqui. hæred. l. Præſes. C. de appel. Alij caſus quotidie occurrunt, qui nõ poſſunt ſigillatim tradi, in quibus ſequenda eſt regula quæ hic traditur. l. ſed & ſi. §. vlt. vt quoties æquitas reſtitutionem ſuggerit, ad hanc clauſulam generalem ſit deſcendendum. Eſt ſimilis regula in l. Diuus. ſupra de in integ. reſtit. vbi aliud eſt exemplum huius reſtitutionis, de eo qui citatus per præconem non adfuit, ſed confeſtim adiit Prætorem pro tribunali ſedentem: cui per reſtitutionem ſuccurri ait Iuriſconſ. Hinc quæſtio difficilis & obſcura naſcitur de eo qui procuratorẽ habuit, vel habere potuit. Dicimus abſenti ſuccurri ex mente Vlpiani. Exempli gratia, erat abſens quis, vel in vinculis, qui dimiſit procuratorem, vel dimittere potuit. Poteſt enim ei obiici: potuiſti agere & interrumpere vſucapionem per procuratorem quem habuiſti, vel habere potuiſti. Variant iura in hoc caſu. nam in quibuſdam locis videtur permitti reſtitutio, vt relegato in l. ſed & ſi. §. 1. nam quia procuratorem potuit relinquere, quẽ non reliquit, putabat Pomp. ei nõ ſuccurrendũ. Vlp. tamẽ exiſtimat, ei ex magna cauſa ſuccurri poſſe: & recedit à ſententia Pomp. Similis locus eſt in ea. l. ſed & ſi. §. vlt. de eo qui legatione pro ciuitate ſua functus eſt. nam ſiue procuratorẽ habuit, ſiue nõ reliquit, tamẽ ei ſuccurri debere, & eum reſtitui in integrum ſcribit Vlp. in aliis locis videtur denegari reſtitutio ei qui procuratorem habuit, vel habere potuit, vt l. is qui. 39. de eo qui reip. cauſ. abfuturus erat, & procuratorẽ reliquit. Quibus verbis nihil videtur clarius. Ei tamen aduerſatur l. ſed etſi. §. vlt. Et ſimile eſt in l. Papinianus. ſupra de minoribus. Quidam cum in exilio eſſet, amiſit tẽpus ſtatutũ reſtitutionib. in integrũ: abſentia hæc eſt neceſſaria. Papinianus ſubiicit, nõ ſuccurri ei, quia procuratorẽ habere potuit. Hæc ſunt valde difficilia explicatu, nec nodus eſt difficilior in hoc tractatu. Pro cuius tamẽ explicatione diſtinguenda ſunt genera abſentiæ. Etſi.n. abſentibus læſis ſuccurratur, tamẽ nõ omnib. ex quacunq. cauſa abſuerint. Nam abſentia alia fauorabilior eſt alia, vt abſentia reip. cauſa. Fauor.n. reip. ſuadet vt abſenti reip. cauſa ſuccurratur plenius, quam ei qui propter carcerẽ, aut exiliũ abeſt. Vnde cũ loquimur de abſentib. reip. cauſa, dicendum eſt eis ſuccurri ſine diſtinctione, ſiue procuratorẽ habuerint, ſiue nõ. vt dicitur in l. ſed & ſi. §. vlt. Imo & ſi quis ob ciuitatẽ ſuã abſit tantũ, tamẽ fauorabilior eſt eius reſtitutio, quam aliorũ. Et hoc ait Iuriſconſ. conſtitutũ. Nã quia videbat hũc nõ abeſſe reip. cauſa, qui ſuæ ciuitatis cauſa abeſt, voluit cõfirmare ſententiã ſuã authoritate conſtitutionum. Nã cum late accipimus rempub. etiã poſſunt dici reipu. cauſa abeſſe hi qui abſunt in legatione ciuitatis ſuę cauſa. Sed magnũ negotiũ faceſſit d. l. is qui. 39. Nos tamẽ hoc caput cũ pleriſque aliis ita interpretari ſolemus, vt id referamus ad poſteriorẽ partẽ edicti, non ad eã partẽ quã nunc interpretamur. Dum.n. ait Paulus: *Is qui reipub. cauſa abfuturus erat, ſi procuratorem reliquerit, per quẽ defendi potuit, in integrũ volẽs reſtitui nõ audietur:* perinde eſt ac ſi dicat, ſi is qui reipub. cauſa abeſt, reliquit procuratorem, non audietur qui cupiet aduerſus eum reſtitui. Diſtinxi enim duo cap. edicti: priori dixit ſuccurri abſentibus qui reipub. cauſa abſint, &c. altero præſentibus quibus nocuit aliorum abſentia. Exempli gratia: Res vſucapta eſt, quia non potuit aduerſarius conueniri propter abſentiam ſuam: æquitas ſuadet vt reſtituatur. Hoc intelligitur, niſi procuratorem reliquerit, quem potuit cõuenire is, cuius res vſucapta eſt. Alij dicunt ſyntaxin non pati hanc interpretationem: quibus non aſſentior. Hæc interpretatio colligitur ex l. itẽ ait Prætor. ſed quia pertinet ad poſterius caput edicti, & plenius ibi dicturi ſumus, non vlterius perſequemur. Abſentibus igitur reip. cauſa ſuccurritur, ſiue procuratorem habuerint, ſiue non: quia plenius eis ſuccurritur propter fauorem reipub. Cæteris non ſuccurritur, ſi procuratorem habuerint, ſiue habere potuerint, vt dicitur l. Papinianus. ſupra de minor. Hoc tamen eſt intelligendum, niſi ex magna aliqua cauſa eis videatur ſuccurrendum. Hæc exceptio colligitur ex l. ſed & ſi. §. s hic. *Ex cauſa*, inquit Vlpian. *puto ipſi ſuccurrendum.* Non.n. improbat ſententiã Pomponij, ſed ait aliquando ex cauſa ei poſſe ſuccurri. Id exemplo ſum demonſtraturus, vt facilius res intelligatur. Si grauis ſit cauſa quæ præſentiam domini maxime requirat: (*Non facile enim ſuccedunt, quæ oculis geruntur alienis*, inquit Liuius lib. 20.) Tunc æquum eſt ei ſuccurri, etſi procuratorem reliquerit, vel habere potuerit. Ergo ſi relegatus, vinctus, incarceratus procuratorẽ habuerit, aut dimiſerit, vel dimittere potuerit, nec dimiſerit, ſi læſus petierit reſtitutionẽ, ſuccurretur ei in graui cã. Sic ex Germania

conſultus reſpondi pro Illuſtriſſimo Principe Landgrauio Haſſiæ cum eſſet in vinculis. Quærebatur enim an poſſet reſtitui aduerſus rem iudicatam. quia res erat iudicata eo tempore quo erat in vinculis. Dicebatur potuiſſe habere procuratorem. Sed ego conſultus reſpondi ei ſuccurrendum, quia cauſa erat magni ponderis. Nam cum potens ei eſſet aduerſarius, Comes Naſſouiæ, gratioſus apud Principem, iniquiſſimum fuiſſet ei denegare reſtitutionem, & ſi forte ob delictum fuiſſet in vinculis. Nam hoc de relegatis dicitur, & tamen ex cauſa eis ſuccurrendum eſſe dicitur. Sic eſt intelligendum quod dicitur in l. necnon. hic, de eo qui ſtudiorum cauſa abſuit. Intelligenda enim ſunt hæc omnia, cum hac diſtinctione, & reuocanda ad æquitatem. Æquitas & ratio naturalis eſt in conſilium adhibenda, ſecundum regulam quæ traditur in l. ſed & ſi. §. 1. vt quoties æquitas ſuggerit, reſtitutionem eſſe concedendam. In hac autẽ cauſa æquitas ſuggerit, vt reſtitutio detur: quæ quidem æquitas facile iudicatur ex circumſtantiis: nam quæ in æquitate poſita ſunt, non poſſunt definiri, l. de acceſſionibus. de temp. præſcrip. & ideo committuntur boni viri arbitrio. His addẽdum eſt, vt quamuis reſtituatur is, qui habuit procuratorẽ, ex cauſis, de quibus diximus, tamen in ratione reſtituendi multum intereſt, an procuratorem habuerit, an non, l. vlt. de reſtit. in integ. Si enim abſens reip. cauſa procuratorem reliquerit, & tandem damnatus ſit, nihilominus reſtituitur, ſed eatenus vt ei permittatur appellare. Multum autem refert, an ad totam cauſam reſtituatur, an ad appellandum: ſi ad appellandum tantum, manebit res iudicata, nec reſcindetur ſententia: ſi reſtituatur ad totam cauſam, tota ſententia reſcindetur, & hoc intereſt inter minores, & eos qui abſunt reip. cauſa: ex quo intelligimus fauorabiliorem eſſe cauſam minorum quàm eorũ etiam qui abſunt reip. cauſa. Hactenus de abſentia ſiue impedimento, vel caſu, propter quem maior debet reſtitui. Admonui enim duo ſpectanda eſſe cum quæritur, an maior ſit reſtituendus ex hac parte edicti: primũ an abſens fuerit, vel alio caſu impeditus, deinde an ius ſuum læſum ſit, propter illum caſum. Vtrinque colligitur ex verbis edicti, l. 2. Et ſimile eſt de reſtitutione minorum. l. nam poſtea. de iureiur. Sic non ſufficit aliquem abſentem fuiſſe, ſed oportet eum quid amiſiſſe quod ei ſit reſtituendum. Exemplum. Si quid de bonis exierit, vt ſi res eius poſſeſſa longo tempore, vſucapta ſit, & eius dominium eſt acquiſitum. ſic enim de bonis aliquid exiit: vel cum dies actionis exiit, & debitor liberatus eſt tẽpore, quia creditor actionem non inſtituit intra tempus præfinitum, nam tunc dicitur ius ſuum læſum, ideoque reſtituetur. Proprie autem dicitur quid de bonis exire, cum id amittitur, quod in dominio noſtro eſt: ſed tamen late porrigitur etiam ad obligationes, vt dicitur in l. bonorum appellatio. de verb. ſignifi. Sed tamẽ ea proprie dicũtur eſſe in dominio, vel quaſi dominio, quæ in bonis noſtris ſunt, nõ obligationes. Et viſũ eſt Iurecõſulto hæc ſeparare melioris interpretationis cã, ita vt poſterior hæc ad obligationes referatur, prior ad bona corporalia. Deinde hæc verba ſic interpretantur Iurecõſulti, vt permittant etiã reſtitutionẽ in integrum, ſi lucrari quis deſierit, nam producunt etiam ad lucrum hæc verba, quamuis de damno videantur potius accipienda: quia ſi quis deſierit lucrari, non videtur ex bonis eius exiiſſe. Sed tamen ita accipiuntur verba Prætoris, vt pertineant quoque ad lucrum. l. & ſine. 27. Idem dictum eſt à nobis de minoribus, l. ait Prætor. §. hodie, de minorib. Exemplum huius rei habetis in l. Iulianus. l. 57. Si quis velit reſtitui ob legatum in ſingulos annos relictum. agitur enim hic de lucro, non de damno, & tamen propter hoc lucrum omiſſum reſtituitur. Siue igitur quid è bonis exierit, ſiue quid lucrari quis deſiit, reſtituitur. Hoc autem eſt intelligendum, niſi quis lucrari velit ex alterius pœna, vel damno. l. ſciendum. 18. quia tunc non audietur. De pœna ſimile vidimus l. auxilium. de minoribus. vt ſi minor velit iniuriarum agere & furti, & nõ perſequatur rem, ſed pœnam, non reſtituetur. Auxilium enim reſtitutionis perſecutionibus pœnarum non eſt paratum. Sic intelligo illa verba l. auxilium, vt propter abſentiam ad maiores quoque pertineant. De damno exempla ſunt in l. ſciendum. l. denique. & l. nec vtilem. vbi ſunt hæc verba, *Auferre domino.* Sic eſt legendum, vt in Florentinis. Nota in l. denique. non reſtitui ea quæ facti ſunt, ſed ea quæ iuris. Ergo tota reſtitutio ex æquitate pẽdet, & quoties quid alienum videtur ab æquitate, denegatur reſtitutio, vt ſi de lucro acquirendo, cum damno alterius agatur. Eſt tamen alia ratio cur hic non poſſet reſtitui aduerſus hanc vſucapionem, de qua ſuo loco dicemus.

IN TIT. LI. LIB. II. COD. DE RESTITVTIONE MILITVM, ET EORVM QVI *reip. cauſa abſunt.*

Alia exempla varia reperiuntur ſub hoc tit. C. vt in l. 1. Quod miles cui bonorum poſſeſſio delata erat, non petierat bonorum poſſeſſionem, nunc cauſatur abſentiam ſuam. Dicitur eum poſſe reſtitui, quia ius ipſius læſum eſt: nam acquiſiſſet ſibi hæreditatem. igitur enim reſtitui oportet. Vnde notandum, tempora bonorum poſſeſſionis currere abſenti reip. cauſa, ſed tamen eum reſtitui. Simile exemplũ eſt in l. hoc tit. De hac præſcriptione dixi tit. ſi aduerſus fiſcũ. & l. omnes. C. de quadriennij præſcrip. Aduerſus hãc pręſcriptionẽ reſtituitur non tantum minor, ſed & maior. Hîc notandum aduerſus fiſcum etiam abſentem reip. cauſa reſtitui. Aliud eſt exemplum in l. 6. ſi vendita ſint pignora, & debitor cauſetur abſentiam ſuam reip. cauſa, ob quam factum ſit, vt pignora ſua non liberarit, reſtituitur. De hac reſtitutione dixi tit. C. ſi aduerſus fiſcũ. Exempla hęc ſufficiunt in arte tradenda. Infinitũ enim eſſet omnia tradere. In hac igitur priori edicti parte quod interpretamur, diximus duo eſſe neceſſaria. Primum eſt quod oportuit eum fuiſſe abſentem qui reſtitutionem petit, vel alio quouis modo fuiſſe impeditũ, deinde oportet eum aliquo affectum fuiſſe dãno, alias nõ reſtituitur. His igitur duobus cõcurrentibus, locum habet reſtitutio. Quod tamen ita eſt accipiendum, ſi damnum ob eam abſentiã ei contigerit. Nam hæc duo poſſunt concurrere, abſentia ſcilicet & damnum eius, qui vult reſtitui, ita tamẽ, vt damnum ex ea abſentia nõ ſit conſequutus: quo caſu tunc non reſtituitur. Intelligimus .n. reſtitutionem, cum ex bonis eius quid exiit. Huc pertinet l. is qui 44. Lęſus eſt abſens reipub. cauſa, quo tẽpore aberat, in qua re etſi nõ abfuiſſet reip. cauſa, damnũ tamẽ erat paſſurus, vel caſu, vel etiam ipſius culpa, non reſtituetur, quia damnum non accepit propter abſentiam. Et ſimile eſt quod diximus de minoribus. l. verum. §. ſciẽdum. de minor. oportet enim minorem vt reſtituatur circumſcriptum eſſe lubrico ætatis, non tantum captum eſſe. nam ſi in re captus eſt in qua aliquis prudens fuiſſet captus, non reſtituetur. Ergo idem de maiore dicemus: quia non ſufficit quem abſentem fuiſſe, damnum paſſum, ſed damnũ paſſum propter abſentiam: nam alias non reſtituitur. Et hoc eſt exprimendum diligenter in formula diplomatis, in qua impetratur reſtitutio. Ex iã dictis naſcitur quæſtio, an ob damnum poſt abſentiam contingens quis reſtituatur ex hac parte edicti: nam hic diximus ſuccurri abſentibus quorũ ius læſum eſt. Quid igitur ſi abfuerit quis

quis reipubl. cauſa, & ius eius ſit læſum, poſtquam reuerſus eſt, an reſtituetur? Quæſtio naſcitur ex eo quod reſcriptum fuiſſe Vlpian. ait, in edicto Prætoris. leg. ab hoſtibus. §. ſed quod ſimpliciter. Interpretatur Iurecõſ. hoc verbum, *Poſteave.* in editione. Norica legitur, *Poſteave.* in hac priori edicti parte. Quib. verbis ſignificat Prætor, non tantum ſuccurri ei, ex cuius bonis quid exiit cum abſens eſſet, ſed & ſi poſteaquam exierit è bonis eius. Hoc verbum in vulgaribus codicibus qui impreſſi ſunt, ante editionem Holoandri non legitur, ſed legitur *Siue.* In editione Norica, non legitur *Siue*, ſed *Poſteave.* Hoc *Poſteave* ne in Florentino quidem Codice legitur, ſed *Siue.* Sed manifeſtum eſt, in edicto legẽdum eſſe, in aliqua parte, *Poſteave.* In omnibus Codicibus ita legitur in hac lege, ab hoſtibus. §. ſed quod ſimpliciter. Prætor edixit, *Poſteave.* Ego puto vtrumque verbum legendum, & *Poſteave*, & *ſiue*, hoc ſenſu, *poteſtate eſſet, poſteave, ſiue cuius act. &c.* Hæc videtur verior lectio, hoc ſenſu, Si quid exierit cum quis abeſſet reipub. cauſa, vel poſteaquam abeſſe deſiit, ſiue dies actionis exierit. Nam ob vtramq; cauſam datur reſtitutio, ſiue quid ex bonis exierit, ſiue actionis dies exierit. Sed ad quæſtionem propoſitam hic reſpondet Vlpianus di. t. leg. ab hoſtibus. §. ſed quod ſimpliciter. Si poſtquam quis abfuit reip. cauſa, aliquid è bonis eius exiit, an ſit reſtituendus: Cum ait Prætor, *Poſteave*, videbatur ſimpliciter accipiendum: ſed quia abſurdum eſſet, generaliter interpretari quod ſimpliciter Prætor dixit, adfert Vlpianus interpretationem de modico tempore ſicut diximus hanc vocem accipiendam eſſe, *Pluriſve.* Hæc res eſt tanti, pluriſve Hæc enim adiectio ad modicam ſummam pertinet l. hæc adiectio. de verbor. ſigni. Ergo hoc loco ſuccurritur ei qui dum abſens eſſet Reipub. cauſa, læſus eſt, poſteave, quod ad modicum tempus eſt referendum. Id demonſtrat exẽplo Vlpianus: Pone rẽ meã mobilem poſſeſſam eſſe non triennio integro, ſed ſupereſſe modicum tempus, puta diem vnum, aut alterũ, dominus eius rei ab hoſtibus eſt reuerſus, completa eſt vſucapio. Reuerſus petit reſtitui, quæritur an poſſit? Ait Vlpianus eum poſſe reſtitui, & hoc tempus modicum, quo præſens fuit, pro tempore abſentiæ accipiendum. Nec tam præciſè accipiendum, quod hic dicitur, ſed debet accipi [illegible], vt Iuriſconſulti loquũtur. Sed interpretatur Iureconſultus verba Prætoris. *Quandoque.* Sic legitur in Florentinis, & apud veteres ſignificat, *Quandocunque.* Dicit igitur Vlpian. *Sed ita demum ſi intra modicum tempus quam redit*, &c. Hoc adiecit vt oſtenderet, quod ſimpliciter à Prætore adiectum eſt, cum moderatione eſſe accipiendum, & cum ea interpretatione ex eo quod principaliter fuit propoſitum Prætoris, ſuccurrere neceſſitate impeditis, non negligentibus. Hæc verba in ipſo edicto interpretabimur, quia hoc tempus non expreſſum: nec præfinitum in edicto, & committitur Prætoris arbitrio, ſicut de tempore dicitur quod ad deliberandum adeundæ hæreditatis cauſa datur, leg. 1. de iure deliber. vt exempli gratia: Si poſſeſſa fuerit res biennio, & annus ſupererat ad implendam vſucapionem, redijt ex legatione, toto anno neglexit agere aduerſus poſſeſſorem, ait Vlpianus ei non ſuccurrendum, quia tantum impeditis rerum neceſſitate ſuccurritur. Hæc exempla adduxi vt rem magis illuſtrem. Sed magis quæſtio eſt, an illud biennium ſaltem deducendum ſit, an poſſit reſtitui aduerſus illud biennium quo abſuit reipubl. cauſa: & ſi anno præſens fuit, de quo l. quod tempore. Cod. de reſtit. milit. Nos hanc quæſtionem tractabimus in ſequenti cap. huius edicti. Ex his quæ dicta ſunt intelligimus: Si quis propter ſuam abſentiam ius ſuum amiſerit, eum reſtituendum. Hoc tamẽ eſt intelligendum, ſi modo per leges & edicta id liceat. Hoc eſt expreſſum generali huius edicti clauſula, quæ quidem ad vtrunque caput edicti pertinet. Quod adiecit Prætor, vt oſtenderet ſe neminem contra leges velle reſtituere. Dum autem dicit, *Et edicta*, edicta ego intelligo Principum Principes enim aliquando diſcernunt, vt dix. l. 1. de conſtit. Princip. & Theophil. tit. de iure natu. gent. & ciuili, in I. ſtit. Nam Prætor nunquam iura populi Romani auſus eſt abrogare, l. cum ſponſus. de publiciana in rem actione. Prætor dicitur iuris ciuilis cuſtos, apud Cic. Adiuuat Prætor, & ſupplet quod deeſſe videtur iuri ciuili interpretatione, l. ius autem. de iuſtit. & iur. vbi viua vox dicitur iuris ciuilis. hoc nõ eſt legẽ tollere, quãuis corrigere legẽ dicatur. Vocat Ariſtoteles ἐπανόρθωμα τοῦ νόμου, quod ciuilius nõ eſt, ſed tãtũ Iuriſperiti leges etiã cupiunt vt iure regantur. Nam temperantur leges interpretatione ex bono & æquo, vel vt ait Philoſophus, [illegible]. Ait ergo Prætor, *Quod eis per leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, edicta, decreta Principum licebit.* Exemplum huius clauſulæ non poteſt ab alijs reperiri: vnum videor reperiſſe ſub hoc tit. l. 38. Cætera quæ ab alijs afferuntur, non ſunt conuenientia huic tit. Iuriſconſultus in l. nec non. in interpretatione huius clauſulæ oſtendit, Prætorem hac clauſula ſupplere, ſi ita res exigit, quod deficit in legib. & Principum Decretis ſe tamen nõ velle reſtituere, cum nominatim prohibent, ſed cum non prohibent leges. Exemplum eius quod lex prohibet eſt in l. ſi cui in prouincia. lege cautum eſt, ne quis in prouincia ſua aſſideat. l. 3. de officio aſſeſſoris, & l. in conſiliarijs. de aſſeſ. l. vlt. C. de cri. ſacrileg. Hoc eſt intelligendum niſi Princeps id alicui permiſerit. Pone aliquem aſſediſſe in prouincia ſua ſpeciali permiſſu Principis, an reſtituetur ſi ob eam cauſam ſit captus? In edicto prætoris cautum eſt vt ita reſtituatur, ſi leges non prohibeant. Hoc autem legibus omnino vetitum eſt. Igitur non reſtituitur.

Prætor iuris ciuilis cuſtos.

ALTERA PARS EDICTI, De reſtitutione in integrum maiorum.

HActenus de priori parte edicti quod interpretatum eſt: iam ad alteram partem edicti accedendum eſt. Inter vtrunque autem caput edicti Prætorij hoc intereſt, quod primo capite ſuccurritur abſentibus, ſi quid ex bonis eorum exierit propter abſentiam. Poſteriori vero his quibus abſentia aliorum nocuit. Succurritur præſentibus contra abſentes. Propoſitum hoc fuit Prætoris, vt abſentibus non noceat abſentia ſua, nec proſit cum alieno incommodo. leg. 1. §. item ſi quid. ſi ius præſentis læſum ſit, propter abſentiam alterius, quia non defendebatur. Veluti: Quidam abſens Reipub. cauſa poſſidebat rem meam, non poteram cum eo agere ad vſucapionem impediendam, quia neminem reliquit procuratorem. Non eſt æquum vt abſentia ſua ei proſit cum meo damno & fraude. Hoc tractat Vlpianus. l. item ait Prætor. Dicit igitur, *Non vtendo amiſit.* Hoc pertinet ad ſeruitutes quæ non vtendo amittuntur. tit. quemadmod. ſeruit. amit. Abſens tenebatur mihi temporaria actione, dies eius actionis exiit, iuſta eſt cauſa reſtitutionis aduerſus hunc abſentem, ne ei proſit ſua abſentia. Eſt autem notandum quod ait, *cum abſens non defenderetur.* Erat abſens vel præſens, ſed in vinculis, vel erat magiſtratus, nõ licebat eum inuitum in ius vocare, l. 2. de in ius vocand. Idem & per ipſum Prætorem ſtetit quo minus ius mihi diceretur, reſtitutio mihi competit. Hac igitur in parte edicti ſuccurritur non abſenti, ſed contra abſentem, ei qui abſens non fuit. nec vllo priuilegio vtitur is qui abſens fuit Reipub. cauſa: Nam aduerſus eum reſtituitur is, qui propter abſentiã eius læſus eſt, nõ minus quam aduerſus quemuis alium abſentem. Hinc ratio colligi poteſt l. vlt. [illegible] non ſatis

vulgo intelligitur. Duo erant abſentes reipub. cauſa, vnus aduerſus alium vult reſtitui, quaſi hæc ſpecies ſit ſimilis ſpeciei l. verum. §. vlt. de minor. vbi quæſitum eſt, an minor aduerſus minorem reſtitueretur, ſed non eſt ſimilis. Hic nulla eſt difficultas. Is qui nullo priuilegio vtitur, nec abeſt Reipub. cauſa, reſtituitur aduerſus alium, qui abeſt Reip. cauſa, vt ex iam dictis apparet: ergo multo magis ſuccurretur ei, qui abeſt Reip. cauſa aduerſus alium qui abeſt itidem reip. cauſa. Exempli gratia. Quidam erat legatus in Germania, alter in Anglia. Legatus Angliæ rem legati Germaniæ poſſidebat longo tempore, eamque vſucepit: alius vult reſtitui. Quæritur an poſſit. Et dicitur reſtitui in integrum legatum Germaniæ poſſe. Nec ad rem pertinet, quod vterque ſit priuilegiatus. Non inſpicimus, an priuilegio nitatur alteruter. Prætor voluit conſulere his quibus abſentia aliorum nocet. Cum eſſet propoſitum Prætoris ſuccurrere abſentibus Reipub. cauſa, voluit abſentibus ſuccurrere, vt eorum abſentia nemini foret pernicioſa. In hac autem parte edicti explicanda & obſeruanda ſunt ea de quibus ante admonui: nempe ſicut in priori parte duo ſunt neceſſaria vt reſtituatur aliquis ex illa parte edicti, abſentia videlicet eius qui petit reſtitui, & damnum quod ex ſua abſentia percepit: Sic in hac parte edicti itidem duo eſſe neceſſaria dicendum eſt, primo abſentiam, vel vt in vinculis fuerit, vel in contumacia, vel magiſtratus, is contra quem petitur reſtitutio. Secundo oportet quid ex bonis eius exiſſe, qui petit reſtitutionem, & exiſſe de bonis ob eam abſentiam, vt iam admonui: quia ſcilicet abſens aduerſarius erat, vel in vinculis, vel quia magiſtratus erat. His intellectis facilius aſſequemur mentem Iureconſultorum ad hanc partem edicti quæ incipit ad leg. item ait Prætor. Dicit igitur Vlpian. *Vt quemadmodum ſuccurri ſupraſcriptis perſonis*. Hoc eſt quod dicitur in l. 1. in princ. vbi dicitur abſentibus reip. cauſa ſuccurri, & aduerſus eos. Hæc verba expungenda ſunt, *Qui vel abſentes reip. cauſa fuerint, vel apud hoſtes detenti.* Nam in hac poſteriore edicti parte continentur omnes, qui non abfuerunt, vt cum eis agi poſſet, ob quamcunque cauſam abfuerunt: in priore parte non generaliter loquitur Prætor. Et certe non ſine delectu Prætor debuit enumerare perſonas in priori parte. Oportet enim probabilem vel neceſſariam eſſe cauſam abſentiæ, vt quis reſtituatur. Sed cum aduerſus abſentem petitur reſtitutio, nihil intereſt qua de cauſa abſit, vel agi cum eis nō poſſit: ſufficit enim cum eis agi non poſſe Sed cum Prętor ita edixit, *Cum abſentes non defenderentur*. merito hoc adiecit, quia & ſi quis abſens fuit, non ideo conceditur reſtitutio aduerſus eum, ſi modo potuerit defendi à procuratore: veluti ſi forte procuratorem domi reliquerat. Nō enim potes dicere, te mecum agere non potuiſſe, ſi reliqui procuratorem. Nam etſi mecum agere non potuiſti, tamen habebam procuratorem, quem poteras conuenire. Ex hoc loco intelligimus l. is qui reip. 39. de qua iam mota eſt quæſtio. Habetur valde obſcura & difficilis lex, & reperiuntur ſex vel ſeptem opiniones apud Accurſium. Sed iam admonui hanc legem ad poſterius caput edicti referendam eſſe. Quo colore poſtulabit reſtitutionem in integrum aduerſus hunc abſentē reip. cauſa, cum procuratorem dimiſerit per quem defendi potuit is qui reipu. cauſa abſuturus eſt? Nemo aduerſus eum reſtitui volens audietur. Hæc interpretatio maxime conuenit cum his quæ hic dixit Prætor in hac parte edicti. Satis apparet abſentem reip. cauſa ambiguam eſſe orationem, & poſſe referri tam ad eum, qui præſens læſus eſt ob abſentiam alterius, quam ad abſentem, cui ſua abſentia nocuit, ſed ſequenda eſt regula iuris de interpretatione legum ambiguarum, l. in ambigua. de legibus & ſenat. In ambigua oratione ſequendam eam interpretationem quæ vitio caret. Id eſt quoties ambiguitas in lege reperitur, is ſenſus eſt accipiendus qui vitio caret. Diximus ſuperius eum, qui abſens eſt reipub. cauſa, poſſe reſtitui. Ergo neceſſe eſt intelligi hæc verba de abſente, cuius abſentia ius alterius læſum eſt. Nec me mouet quod de ſintaxi dicitur: quia ſine incōmodo ita poteſt conſtrui: Si is qui reipublicæ cauſa erat abfuturus, procuratorem reliquerit, non audietur is, qui volet aduerſus eum reſtitui in integrum. Sed loquitur (dicet aliquis) de abſente qui reipub. cauſa abeſt, cum iam dictum ſit in ea parte edicti, nihil referre qua de cauſa quis abſit, vt aduerſus eum detur reſtitutio? Dico hoc exempli gratia eſſe adiectum. Hic mihi videtur planus ſenſus huius legis, & receptus vulgo. Si quis requirat cur in poſteriori parte edicti diſtinguatur, an is, qui abeſt reipub. cauſa procuratorem habeat an non, in ſuperiori parte num diſtinguatur, dico, in priore parte edicti non diſtingui, an abſens reip. cauſ. procuratorem reliquerit an non, quia magna cauſa eſſe poteſt, vt ſuperius diximus, ſed tamen in hac parte nihil refert an mecum agas, an cum procuratore meo, in poſteriori enim parte edicti reſtitutio petitur, contra abſentem. Non potes obiicere tanto conſultum tibi nō fuiſſe cum procuratore experiri, quam cum domino. ideoque merito hæc diſtinctio adhibetur. Extat tamen Iuſtiniani conſtitutio, leg. vt perfectius. C. de annali exceptio. qua plenius conſulitur præſentibus, contra eos qui abſentes ſunt, quam edicto Prætoris. Nam inuenta eſt ratio aditionis iudicis, quo fit, vt præſcriptio nullo modo currat nec noceat alterius abſentia. & ſi quis abſit quocunque modo, non curret præſcriptio, ſed manet ius meum illæſum, quia poſſum adire iudicem eius loci cum proteſtatione, & cum forma quę ibi proponitur, & ſic omne ius ſaluum manet, nec opus eſt reſtitutione. Ideoque non facile quis reſtitueretur in integrum propter abſentiam alterius. Nam & ſi quis abſens ſit, poteſt tamen ſibi conſulere, dicta leg. vt perfectius. C. de annali exceptio. quæ vna eſt ex nouis conſtitutionibus, quibus ius antiquum emendatum eſt. Ideoque ei, qui propter abſentiam alterius ſe læſum contendit, imputandum eſt, quod iudicis aditione, quæ ibi proponitur, ius ſuum illæſum non ſeruarit.

Diximus igitur in hoc ſecundo & poſteriore capite edicti prætorij, quo reſtitutio datur præſentibus aduerſus abſentes, eum qui propter abſentiam alterius læſus eſt, reſtituendum eſſe in integrum, quacunque ex cauſa is abſens fuerit, ſufficit abſentem fuiſſe, nec defenſum ab alio, quamuis referat in priori parte edicti abſentem fuiſſe, ex neceſſaria, vel probabili cauſa. Hic autem ſufficit abſentem fuiſſe, vt dicitur in leg. item ait Prætor. §. 1. quam cœpimus explicare ſuperius. In eadem lege, item ait Prætor. §. vltim. ſequitur locus de defenſione. Ait Prætor in edicto, *Si abſens non defendatur*. quod ait Prætor, ſi non defendatur, non ita hæc verba concipienda ſunt, ſi nemo ſe vltro offerat defenſioni, ſed potius ſi nemo requiſitus ab alio, velit defendere. Requiſitio eſt neceſſaria, ſi quis rem meam poſſideat, & verear ne vſucapiat, requirere debeo rei amicos, vt defendant eum, ſi tunc nemo velit eum defendere, locus erit reſtitutioni, ait enim Prætor, ſi non defendantur abſentes. Sequitur in eadem leg. ait Prætor. 23. *inve vinculis*. Interpretatur Iureconſultus verba edicti ſequentia, Prætor ait, Cum abſens non defenderetur, inve vinculis eſſet. Hæc particula merito eſt adiecta, fieri poterat vti quis eſſet præſens, & tamen poteſtatem nemo haberet cum eo agendi, cum quis eſt in vinculis. Præſens etiam poteſt eſſe in vinculis vel publicis, vel priuatis. Deinde ſequitur in edicto) ſecumve agēdi poteſtatem non faceret) ſi non ſit poteſtas agendi cum eo,

vt

vt vſucapionem poſſit interrumpere. Iurecõſul.ait eam clauſulam pertinere ad eos qui apud hoſtes ſunt, non agit hic de vinculis, ſed tamen continentur hac clauſula, hi qui apud hoſtes ſunt, & de his loquitur Iuſtinianus. §. rurſus. de act. in Iuſtitut. vbi ſummatim complectitur Iuſtinianus hanc poſteriorem edicti partem, quia cum illis quoque poteſtas agendi non eſt, ſed tamen ratio iuris videtur aduerſari, quia captus ab hoſtibus non videtur vſucapere poſſe, quia poſſidere non poteſt. leg. ſiue poſſeſſioni. de vſuca. l. homo liber. ad fi. de acquir. rerum domin. vſucapio per poſſeſſionem impleri debet. leg. 3. de vſucap. ſed docet Iureconſultus, eum poſſe vſucapere, ſi ſeruus eius ex peculiari cauſa rem poſſederit, aliter autem non poteſt vſucapere. l. iuſto. §. vltim. de vſucap. l. neque ſeruus, de vſucap. *Hi plane qui fuerunt in poteſtate.* Captiui puta, ſerui. Poteſt qui captus eſt ab hoſtibus per ſeruos vſucapere, modo in cauſa peculiari, tunc erit æquum vt reſtituatur aduerſus captum is, cuius res vſucapta eſt. *Sed etſi dies actionis.* His verbis docet, quomodo ad captiuos edictum pertineat, dictum eſt pertinere ad captiuum, ſi quid vſucaptum ſit per ſeruos, imo etſi ſeruos nullos habeat captiuos, poteſt vſucapere ſi præſcriptionis dies lapſus eſt: actio pœnalis cõpetebat aduerſus captũ ab hoſtibus: liberatus eſt præſcriptione temporis, quia actor non poterat agere, dum captiuus abeſſet. Hæc reſtitutio locum habet aduerſus captiuum, quia non habuit poteſtatem agendi cum eo actor. Sed quid intereſt inter priorem & poſteriorem caſum? Per ſeruum tamen vſucapere poteſt captiuus, quia neceſſaria eſt poſſeſſio ad vſucapionem, ſed in poſteriori caſu non eſt opus poſſeſſione. Nulla eſt neceſſaria poſſeſſio. Nam tantum negligentię meæ nomine præſcriptionis commodo excludor, non aliqua poſſeſſione. Deinde ſequentibus verbis docet Vlpianus, aduerſus eum dari reſtitutionem, qui non patitur ſecum agere ſiue ex iuſta cauſa ſiue iniuſta id fiat. non enim inſpicimus, an iuſta de cauſa id faciat: nam non ideo datur reſtitutio, quod aliquid iniuſte abſens fecerit, ſed quod aduerſarius cum eo agere non potuerit, *Nec enim ſemper ſufficit.* Occurrit obiectioni tacitè. Poteſt obiici reſtitutionem locum non habere: quia actori conſulitur ex edicto Prætoris, *Quibus ex cauſis in poſſeſ. eatur,* Sed ait Iureconſultus edictum illud Prætoris locum tantum habere aduerſus latitantem, & ſpeciem eſſe poſſe, in qua locum non habeat, l. Fulcinius. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eatur. vbi adducuntur multæ ſpecies in quibus locum habet reſtitutio: igitur reſtituitur: quia etſi non latitet, ſed poteſtatẽ faciat ſui, l. ſed ad eos, etſi tergiuerſetur, ne lis poſſit cum eo conteſtari, vel fruſtretur, ne cum eo agi poſſit, reſtituetur: ſed tamen poſterioribus conſtitutionibus plerumque ſola litis conteſtatione interrumpitur vſucapio. l. ſicut. de præſ. 30. vel 40. anno. Præterea iam dixi aliud remedium eſſe comparatum. l. vt perfectius. C. de annali except. *Quod quidem ſimili modo.* Hoc eſt quod dixi nihil referre, an ex cauſa iuſta, an ex iniuſta poteſtatem agendi ſecum non fecerit: ſatis eſt non licere aduerſario cum eo agere, etiamſi ſteterit per Prætorem, quia Prætor ius non dixit, cum eſſet appellatus, ſi dies actionis exierit, tamen reſtitutio concedetur. leg. ſed etſi. §. primo, & ſe. Aduerſus relegatum etiam ex hac clauſula poteſt reſtitutio dari, quia non fecit ſecum agendi poteſtatem: & poteſt vſucapere rem quia manet ciuis. Differentia eſt in titul. de interdict. & relegat. inter relegatos, & deportatos. Etiam datur reſtitutio aduerſus eos, quos ſine fraude non licebat in ius vocare: de quibus in titul. de in ius vocando, cetera ſunt facilia vſque ad leg. ſed etſi. §. ſed etſi. dum ſi actio ſit alicui exempta reſtituitur, hoc eſt intelligẽdum, niſi actio ſit exempta dum non obtemperat Prætori, non reſtituitur. Hunc locum ſum interpretatus ſupra in edicto, ſi quis ius dicenti non obtemper. Dixi enim eum litis damno affici, vt dicitur in leg. contumacia. de re iudi. id eſt, perditione cauſæ: hic dixi legem illam, ſi quis ius dicenti non obtemper. eſſe accipiendam ſiue reus, ſiue actor fuerit. de reo propoſitum fuit edictum, quia frequentius accidit, vt ipſe non obtemperet decreto Prætoris, ſed tamen de actore quoque accipiendum eſt. & Labeo de actore loquitur, ſi non obtemperauerit, denegatur ei iuriſdictio, ſcilicet vt Prætor ei non det iudicem, non det actionem: hoc enim eſt denegare iuriſdictionem. Afficitur damno litis vterque, ergo damno litis afficitur & reus & actor: ſic eſt intelligendum quod hic dicitur. Hæc ſententia Labeonis recitatur in hoc loco & d. titu. ſi quis ius dicenti non obtemper. *Si feria extra.* Si per magiſtratum factum fuerit, quominus ius ſuum actor perſequi potuerit, nominatim reſtituendus eſt. Exemplum adfert de feriis, quas magiſtratus extra ordinem inducit. & diſtinctio hęc feriarum notanda eſt inter ordinarias & extraordinarias ferias. hæ ſunt cauſæ reſtitutionis hac parte edicti expreſſæ. Addenda eſt generalis clauſula, *Si qua mihi alia iuſta cauſa videbitur, in integrum reſtituam.* Nam admonui eam clauſulã ad vtrumque edicti caput pertinere. Addenda eſt & alia clauſula, *Si quod eius, per leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, edicta, decreta principum licebit.* Dixi enim vtramque clauſulã ad vtrumque caput edicti pertinere, alias maior non reſtituitur. Nam cum quæritur ex quibus cauſ. reſtituatur maior, dicendũ eſt ex his cauſis ex quibus æquitas ſuadet eſſe reſtituendum. l. ſed etſi. §. vl. officio iudicis maiori ſuccurritur interdum ſine reſtitutione, nempe in contractibus bonæ fidei. l. 3. §. eod. iniquitas corrigitur & emendatur. In actionibus bonæ fidei ſpectamus id quod æquum & bonum eſt, quod bonæ fidei conuenit. §. in bonæ fidei, de actio. l. conſenſu. C. de obli. & actionib. l. quia. de neg. geſt. & Cic. lib. 3. offi. Exemplum vnum vide in l. ſocietatem. pro ſocio. Si duo ita coierint ſocietatem, vt Titius partes ſocietatis cõſtituat, ſequẽdum eſt illud arbitrium, quia bonæ fidei iudicium eſt, ſed hoc fit ſine reſtitutione, propter bonam fidem, & officium iudicis, quod eſt latiſſimum in bonæ fidei iudicis. Quod autem dicitur ex aliis cauſis non reſtitui. l. Reipub. C. eod. quæ hic de maiore dicuntur, de rep. nõ ſunt intelligenda. Nam reſpublica vtitur iure minorũ, intelligimus autem remp. Romanam. l. eum qui vectigal. de public. in rem actione. Quæſtio eſt an aliæ ciuitates poſſint reſtitui: ego puto idem dicendum de quouis municipio. moueor in primis. l. legatus. leg. ſed etſi per procuratorem. §. vltim. Et nos latius edictum Prætoris interpretamur, & in lata ſignificatione publicum dicitur, quod etiam ad municipium pertinet. Si ſuccurratur legatis municipiorum, multo magis eodem edicto municipiis ſuccurritur. Deinde mouet me l. remp. C. de iure reip. Nam animaduertendum eſt tractari eo. tit. de ciuitatibus. Diſcutite omnes leges eius tituli & videbitis. eo iure etiam hodie vtimur. ſed quid de fiſco dicemus? Magna eſt quæſtio in fiſco. hærent plerique, quia aiunt nihil reperiri conſtitutum de fiſco, niſi de ſententia aduerſus eum lata. Eſt titulus in Codic. de ſententia aduerſus fiſcum retract. De contractibus non loquitur ille titulus, arbitror tamen idem de fiſco eſſe dicendum, moueor quod dicitur rempub. reſtitui. Fiſcus autem pars eſt reip. ſcio inter vtrumque intereſſe, vt docui titu. ſi aduerſus fiſcum. ſed fiſcus eſt pecunia reipub. vel perſona, quę adminiſtrat pecuniam reipublicæ. Ergo cum dicimus rempub. vti hoc iure, cur non dicemus fiſcum eodem iure vti, argumento à toto ad partem? nec aptius exemplum poteſt adferri huius legis quæ de repub. loquitur, quam cum fiſcus læſus eſt: igitur itidem reſtituitur. procuratores regij

Officium iudicis in bona fidei iudiciis eſt latiſſimum.

Fiſcus eſt Reipub. pars.

Fiſcus eſt Reipu. pecunia, vel perſona qua eam adminiſtrat.

vel fiſci ſolent ſæpe reſtitui. Quæritur de eccleſia, de qua nihil reperitur cautum iure ciuili quod ad reſtitutionem attinet, ſed tamẽ videmus eccleſiam reip. comparari.l.vltim.de ſacroſanct.eccleſ. Ergo ad eam quoque produci debet quod de repub.dicitur, ſed in iure pontificio ſatis id expreſſum eſt toto tit. de in integr. reſtit.in 6.& in decretalibus. Hactenus igitur de cauſis ex quib.maiorib reſtitutio in integrum conceditur, vel denegatur, ſequens locus eſt in quo quæritur quid reſtituatur, & quomodo:& hic locus pertinet ad interpretationem horum verborum edicti, *earum rerum actio*. Valde vtilis eſt hic locus & neceſſarius poſtquam cauſas reſtitutionis cognouimus, vt intelligamus formam diplomatis,& reſcripti.edictum oſtendit actionem reſtitui, actio quæ amiſſa eſt ob cauſas quas dixi, reſtituitur hoc edicto, vt perinde poſſim agere ac ſi nunquam actio fuiſſet amiſſa, ſi dies perſonalis actionis exiit, actio in perſonam reſtituitur, perinde ac ſi nihil geſtum eſſet.§.rurſus. de actionibus in Inſtit. & leg.in honorariis.de obliga.& act. Vſucepiſti rem meam, ago reſtitutoria aduerſus te, reſcindetur vſucapio: reſciſſa vſucapione ita rem peto, vt dicam non vſucepiſſe eum qui vſucepit.Ex quo concludit Accurſius.Ergo Prætor permittit mentiri: ſed hoc ineptum eſt, quia prætor reſcindit quod geſtum eſt, ſi plenam iuriſdictionem inſpiciamus, & perinde eſt ac ſi res vſucapta non ſit, quamuis iure ciuili ſit vſucapta. Permittitur ei rem ita petere, perinde ac ſi non eſſet vſucapta. ſi ius ciuile ſpectemus, res eſt amiſſa, ſed tamen reſpectu iuris pretorij habetur res perinde, ac ſi ſemper in bonis manſiſſet.nec eſſet vſucapta. hinc dicitur actio reſciſſoria, quia datur reſciſſo eo quod geſtum eſt.l.nec non.§.pen.& vlt. Sic in l.ab hoſtibus.de capt.& poſtlim.reuerſ. reſciſſoria non poteſt aliter competere. Poteſt etiam dici reſtitutoria, vt in l.3.de eo per quem factum eſt. quia reſtituta eſt ei actio, qui eam amiſerat. Reſciſſoria dicitur, quia agatur reſciſſo eo, quod geſtũ eſt. Dicitur.etiam vtilis actio.l. nec non hic.l.vl.C.eo quia directa actio nõ poteſt dari, ſi quis vſuceperit rẽ meã, directo iure non poſſum agere, ſed reſciſſa vſucapione mihi datur vtilis actio deficiẽte directa.Prætor nõ poteſt tollere ius ciuile, vt ſæpe dixi.ideuque nõ poteſt directa competere. hinc quæritur de remedio reſcindẽte,& reſciſſorio, de quo dixi tit. de in integr.reſtit. Breuiter repetam quod dixi tit.de in integrum reſtit. Eſt enim magna digladiatio de hac re, cum Prætor actionem reſtituit. ex hoc edicto diſcernitur officium Prætoris à iudicis officio, qui cognoſcit ſecundũ veterem iudiciorũ formam & ritũ: huius reſtitutionis cauſa adeũdus eſt Prætor qui reſcindit vſucapionem, reſciſſa vſucapione dat actionẽ vtilem, perinde ac ſi ea res vſucapta non eſſet. Deinde adeundus eſt iudex qui cognoſcit de vindicatione rei. Sic diſtinguitur iudicis dati officium à Prætoris officio. Hæc remedia diſcernuntur ſæpe ſecundum veterum iudiciorum morem. Sed poſtquam exoleuit ritus ille, exoleuit quoque differentia illa inter officium Prætoris & iudicis, & eadem opera petebatur reſciſſorium, & reſcindens remedium, adibatque Prætorem ſi quis volebat reſtitui. Exempli cauſa, cam abeſſem, vſucapta eſt res mea. Peto rem meam, mihique ſuccurri, id eſt, Peto vſucapionẽ reſcindi, & vindicatione vtili repeto rem meam eadem opera: ſic vtrumque remedium & reſcindens & reſciſſorium concurrebat. Hodie videmus in Gallia veterum morem iudiciorũ, qui vſitatus erat ante tempora Iuſtiniani vſurpari. Non enim idem reſtituit & cognoſcit de actione vtili. Cancellarius reſtituit, & actionem dat apud iudicem perſequendam. De hac re diximus titul.de in integrum reſtit. reſtituuntur igitur actiones. Notandum tamen interdum contingere vt in hac reſtitutione magis noua actio detur quàm vt vetus reſtituatur. hoc fit in quibuſdam ſpeciebus, quod eſt notandum. Exemplum eſt in leg. ſi quis ſtipulatus, 45. hoc titul. Stipulatus ſum centum in ſingulos annos, quibus annis eſſem in Italia: ego abfui ab Italia propter rempubli. volo reſtitui. quomodo reſtituer? Non dicendum eſt mihi reſtitui actionem. nullam enim habebam, igitur ita ſuccurretur mihi vt magis inſtituatur actio, quàm vt à Prætore eo caſu reſtitui poſſim, id eſt, dabitur vtilis actio inſtituta magis, quàm reſtituta à Prætore. Simile exemplum eſt de teſtamento in leg. ſi quis Titio.& leg.Iulianus, 17.§.vltim. Simile quiddam eſt ad Senatuſconſultum Velleianum. leg.quamuis.§.ſi cum eſſem, ſi mulier intendit pro alio, & transferat in ſe obligationem alienam, iuuatur Senatuſconſulto Velleiano, nec damnatur ad ſoluendum, ſed ſenatuſconſulto reſtituitur actio in veterem debitorem, accidit tamen aliquando vt magis inſtituatur, quàm reſtituatur actio.d.leg quamuis. §.ſi cum eſſem. Mulier ſe ream conſtituit, cum tecum volebam contrahere, ſuccurritur mihi, vt cum eodem cum quo volebam contrahere mihi inſtituatur noua actio, quæ nunquam competiit. Diximus reſtitui actionem amiſſam, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonã, vel quia perpetua eſt actio, vel quia temporaria. Et dicitur reſciſſoria vel reſtitutoria actio. Tametſi autem detur actio reſciſſoria vel reſtitutoria, tamen quibuſdam perſonis ſine hac actione extra ordinem ſubuenietur. leg.2. cuius verba ſunt obſcura his qui non nouerunt veterum morem iudiciorum. Sed dicendum eſt contingere aliquando, vt non reſtituatur actio omiſſa, puta rei vindicatio: ſed vt ipſe prætor extra ordinem cognoſcat. Cum enim ipſe prætor cognoſcit non datur actione ſecundum ſolennem modum dandarum actionum.titul.de extraordin. cognit.leg.1. veluti cum profeſſores liberalium artium ſuum ſalarium petunt, prætor extra ordinem cognoſcere dicitur, non ſeruato ordine iudiciorũ dãdorum, quem ſeruat cum reſtituit actionem amiſſam. Diximus enim prætorem reſtituere actionẽ amiſſam, deinde ea actione agendum coram iudice dato, ſic nõ receditur à ſolenni ritu dandorum iudiciorum, ſed cum nõ dat iudicem, ſed ipſe cognoſcit extra ordinẽ. *Ex ſenatuſconſ. & principalib.* Quibuſdam forte Senatuſconſultis cautum fuit, vt ſi miles ius ſuum amiſerit propter abſentiam, Prætor ipſe ſubueniat. Similis locus eſt in l. 1. de migrando, qui locus eſt inſignis, & vix vnquam ſine eo intellexiſſem quod hic dicitur. Interdictum de migrando datur inquilino, ſi res ſuas exportare impediatur, ſi nulla iuſta cauſa ſit earũ rerum retinendarũ: ſed infrequens eſt interdictũ illud, inquit, quia ei etiã extra ordinem ſubueniri poteſt, id eſt, nõ datur interdictum, quia cum datur interdictũ, datur iudex qui inter duos litigatores de poſſeſſione pronuntiet. Sed fauor cauſæ poſtulat, cum inquilinus perſoluit pẽſionem, & velit exportare res ſuas, vt Prætor ipſe cognoſcat extra ordinem: vnde infrequens eſt, inquit, illud interdictum: ſic ex cuiuſque loci collatione facile vtrumque interpretabimur. Similis Prætoris cognitio etiam eſt in reſtitutione minorum.l.quid ſi minor.§.vltimo. Nam in reſtitutione minorum non datur actio ſicut in hoc edicto, ſed ait, vti quæque res erit animaduertam, ſignificans ſe cogniturum, ſi videtur. Et eſt hæc cognitio extraordinaria. Apud nos hæc cognitio extraordinaria non habet locum, cum reſtitutiones impetrantur ab eo, qui de re non agnoſcit, puta à Cancellario, vel magiſtris libellorum: ſed locum habere poteſt ſecundum morem iudiciorum vſitatum. Tempore Iuſtiniani quo magiſtratus cœperunt cognoſcere de rebus pecuniariis, & tempore Iureconſultorum extra ordinem tantum cognoſcebant magiſtratus fauore certarum perſonarum, & cauſarum. Præterea nõ tantum datur a-

Locus inſignis & notandus in l. 1. de migrando.

ctio

ctio datur, ſed & exceptio, quamuis tamen Prætor de actione loquatur. ſed Iurecõſulti in huius edicti interpretatione aiunt, non tantum actionem, ſed exceptionem quoque dari, leg. nec non. §. exemplo. 29. Hic appellatione actionis exceptio quoque continetur, vt diximus tit. de dolo malo. Cui enim actionem damus, multo magis exceptionem competere dicendum eſt. l. 1. de ſuperficieb. Ergo ſi quis nactus ſit poſſeſſionem rei ſuæ, quã quis vſucepit, & petat is, qui eã vſucepit, dabitur ei exceptio, qui eius poſſeſſionẽ nactus eſt. Simile exẽplũ eſt in l. ſi is cuius. 31. Sed quęritur an reſtitutio ſit neceſſaria vt quis hac exceptione vtatur aduerſus vendicantẽ. Quidã vſucepit rẽ meã, dũ abeſſem reip. cauſa: ego eius nactus ſum poſſeſſionem, is eam vindicat, ego me tueor exceptione, ſed an reſtitutione opus ſit ad hanc exceptionem opponendam? & hic locus ſatis mihi videtur oſtendere opus eſſe reſtitutione, ideo agitur reſciſſoria, ergo reſtituitur quod amiſſum eſt, & deinde datur actio. Cum ergo Iureconſultus ait exemplo reſciſſoriæ dari exceptionem, hoc intelligi debet, vt reſtitutio prius impetretur. Id autem alibi ſatis expreſſum eſt, ne quis de eo dubitet, præſertim in leg. exceptiones. de except. leg. nam poſtea. §. ſi minor. de iureiurand. in dict. leg. exceptiones, ait Iureconſultus, quaſdam exceptiones eſſe rei, quaſdam perſonæ. Cum circumſcribitur minor, exceptio poteſt eſſe rei, poteſt etiam eſſe perſonæ: cum dolo eſt circumſcriptus, exceptio non eſt perſonæ, ideoque competit fideiuſſori eius, quia etiam maiori daretur ea exceptio, nec datur propter perſonam minoris. Sed ſi nullus dolus interuenerit, ſed re ipſa captus ſit, dicitur perſonæ eſſe exceptio: tunc, inquit, non ipſe habebit auxilium niſi reſtitutus fuerit. ſic enim legendum eſt, vt in Florent. Opus eſt reſtitutione ſi ſine dolo alterius captus fuerit, quia ea exceptio datur propter perſonam. Hoc quoque ſatis colligitur ex dicta leg. Nam poſtea. §. ſi minor. de iureiurando. Minor detulit iuſiurandum aduerſario, aduerſarius iurauit ſe non debere, & ita incipit ei competere exceptio iuriſiurandi. Minor agit denuo aduerſus eum, aduerſarius vtitur exceptione iuriſiurandi, vult ſummouere minorem illa exceptione, ſed minor replicatione vult elidere illam exceptionem aduerſarij. Ego, inquit, inconſulta facilitate detuli iuſiurandum, cum non deberem, an dabitur ei replicatio? Pomponius dixerat ei ſimpliciter dandam, ſed Vlpianus ait neceſſariam eſſe reſtitutionem vt replicatione vti poſſit. Hæc cognitio quoque, ſtatutum tempus vnius anni, poſt 25. annos ſecundum ius antiquum, vel quadriennium, ſecundum Imperatorum conſtitutiones non debet egredi. Aliæ exceptiones ferè ſunt perpetuæ. Hæ autem temporariæ. leg. exceptio. de except. leg. pure. §. vltim. de dol. mal. except. Ergo neceſſaria eſt reſtitutio, vt poſſit agi actione neceſſaria. Hæc autem exceptio vulgo dicitur in modum contradictionis poſſe proponi, idque verum eſt. Reſtitutio interdum petitur principaliter, indum per modum defenſionis ſicut querela inofficioſi. l. Papinianus. §. ſi filius. de inoffic. teſtam. vbi ait principaliter interdum intendi querelam, interdum vero per modum defenſionis ſeu contradictionis, ſi filius exhæredatus iam obtineat poſſeſſionem hæreditatis, & hæres ſcriptus aduerſus eum agat, is opponendo querelam ſeu exceptionem inofficioſi teſtamenti, ſe tuebitur in modum contradictionis: ſic hoc loco reſtitutio aliquando impetratur à Prætore principaliter: ſed ſi minor vel alius poſſideat res, quas amiſerat, per modum defenſionis poterit implorare reſtitutionem. Apud nos non poteſt ita peti, quia is, à quo impetratur reſtitutio, non ſolet cognoſcere: is enim reſcindit quod geſtum eſt, & reſtituit actionem, deinde alius iudex cognoſcit. Sic hodie ſi minor, vel maior qui abfuit reipub. cauſa; nactus ſit poſſeſſionem rei, poterit exceptionem opponere contradictione, non apud eundem iudicem, ſed impetrandum erit diploma, quod nomine principis concipietur. Princeps reſtituit ei exceptionem, ſic apud nos non impetratur per modum defenſionis, licet in aliis locis, vbi ſeruatur ius Romanum, id obſeruari poſſit. Ex his intelligitur actionem competere, vel exceptionem ſi rem poſſideat. Præterea cognitionem extraordinariam interuenire poſſe. Deinde notandum reſtitutionem ex hoc edicto non tantum in perſonam, ſed in rem quoque competere: vt diximus leg. in cauſæ. §. interdum. de minori. Exemplum eſt in l. Iulianus. Species hæc eſt: Militi cùm abeſſet militiæ cauſa, delata eſt hæreditas, quam non adeunte eo, alius adiuit, res hæreditarias poſſedit, exegit, deinde vendidit. Emptor poſſidet, miles vult reſtitui, quæritur an aduerſus emptorem qui res iam vſucepit, ſit reſtituendus, an aduerſus venditorem? Ait Iureconſultus aduerſus emptorem reſtitui, id eſt, ita reſtitui, vt poſſit rem perſequi tanquam ſuam, hoc enim eſt in rem reſtitui, ſic enim agi diximus vt petat actor reſciſſa vſucapione poſſeſſorem non vſucepiſſe rem, quam vſucepit. Secundum iuriſdictionem Prætoriam, quæ reſcindit vſucapionem, recte dicitur nunquam vſucapta fuiſſe res, ſemperque in bonis manſiſſe. Igitur hæc reſtitutio datur in rem, ſi minoris rem aliquis vendiderit, & emptor vſuceperit, miles propter abſentiã hęreditatẽ omiſit, eãque poſſeſſor interea vendiderit: miles reuerſus agnouit hæreditatem, tunc demum datur reſtitutio in rem, ſi non agnouerit, rata eſt vſucapio emptori. ſimile eſt quod dicitur in l. cùm miles. §. ſi is qui, 30. Quidam abſens reipubli. cauſa me præſente vſucepit rem meam. Ait Iureconſultus me reſtituendum, vt non tantum aduerſus eum qui vſucepit, ſed & aduerſus eum qui alienauit, poſt vſucapionem reſtitutio detur. Ex iam dictis conſtat, cum quæritur de reſtitutione, ea hoc edicto reſtituitur quod amiſſum eſt, & quatenus ius læſum eſt, eatenus reſtitui. Videndum quis fuerit ſtatus rei, antequam læſus eſſet: in eum enim ſtatum res reponenda eſt. id enim eſt reſtituere, quod eſt notandum, leg. minori. de minor. vnde etiam fructus reſtituendi ſunt, leg. nec non. §. vltim. Abſens reipublic. cauſa rem meam poſſedit, & vſucepit toto eo tempore, quo aberat. Non poteram interrumpere vſucapionem, quia non defendebatur. Actio eſt mihi reſtituta, ſed præter actionem etiam fructus eius temporis, quo non potui cum eo experiri, ſunt reſtituendi. latam enim ſignificationem habet verbum, *Reſtituendi*. l. videamus. §. in Fauiana. de vſuris. & de minore id eſt expreſſum l. quod ſi minor. §. 1. de minor. ſiue quis aduerſus militem ſit reſtitutus, ſiue quis militis abſentia rem vſuceperit. ergo videndum quatenus cuiuſque ius læſum ſit, vt eatenus reſtitutio fiat. Alia eiuſdem rei exempla in l. ſed & ſi. §. ii feriæ. & §. quoties. Quidam poſſedit rem mobilem ſpatio triennij minus vno die: vnus dies ſupererat, ad tempus triennij computandum. eo die volui interrumpere vſucapionem. Prætor indixit ferias eo die, vel ego cœpi abeſſe reipub. cauſa. Ergo eo die reſtituitur actio, quia eo exempta fuerit, ſed cuius diei reſtitutio fiet? vnius diei tantum, quia facto magiſtratus, vel mea abſentia, ſiue aduerſarij, id tantum mihi exemptum eſt. Id eſt ſatis clarum eſt in exemplo noſtro. eo tamen die agere volui. ſimile exemplum de abſentia. ſequitur ſimile in l. vltim. de minor. Aliud exemplum in l. ſi quis Titio. 4. Quidã abſens reipub. cauſa eſt hæres inſtitutus cũ onere legatorum, ſi reſtituatur ad hæreditatis petitionem, reſtitutũ eũ intelligandũ eſt cum onere legatorum: nam quatenus quis læſus eſt, eatenus reſtituitur, quia in priſtinum ſtatum reponitur,

Quæſtio de reſtitutione militis propter abſentiam.

in quo manſiſſet, ſi non abfuiſſet reipublicæ cauſa, atqui legatorum onus illud ſubiiſſet, ergo reſtitutio hæreditatis intelligenda eſt cum onere illo reſtituta: ait enim (reſciſſio) hæc ſunt verba Iuliani. Deinde ſunt notæ Marcelli. Marcellus notas ſcripſit in Iulianum. Hinc naſcitur quæſtio, quam cœpimus tractare in l. ab hoſtibus. §. ſed quod ſimpliciter. 25. Martinus & Burgarius quorum de hac re diſſenſio eſt apud Accurſium, varie ſentiunt: dixi ſi quis abfuerit reipublicæ cauſa, & res eius ſit vſucapta dum redit, ſi modico tempore, poſtquam rediit, fuerit vſucapta, modicum illud tempus habetur pro tempore abſentiæ. quid ſi modicum tempus non ſit, ſed abfuit reipublicæ cauſa biennio & res etiã poſſeſſa eſt, redit cum ſupereſſet annus vnus integer, ad perficiendum triennium, toto illo anno non egit aduerſus poſſeſſorem, vult reſtitui. ait Iureconſultus non debere reſtitui: quia negligentibus non ſuccurritur. Hoc edicto Burgarius & quidam Burgariani putauerunt, hoc ita eſſe intelligendum, vt nõ reſtituatur tempus quo ille abſens fuit. Et cum hac exceptione intelligendum, quod dicitur dicto §. ſed quod ſimpliciter. Alij autem nihil omnino eſſe reſtituendum, ſed reſtitutionem ſimpliciter denegandam. quam ſententiam probo. Mouet me quod Vlpianus ait, *Simpliciter non eſſe audiendum poſt longum tempus.* Si præſens fuerit, nõ modico tempore, id eſt, quod bonus & prudens iudex æſtimauerit longum tempus. Cùm ait nullo modo reſtituendum, oſtendit, nec tempus illud quo abfuit reſtituendum. Ratio quoque id ſuadet, quia potuit agere, ex quo redijt, & ei eſt imputandum, quod non egerit. Præterea ſi rem recte perpendamus, dicitur læſus præſens, non abſens. Hoc edicto ſuccurritur vel his, qui præſentes læſi ſunt propter abſentiam alterius, vel his, qui propter ſuam abſentiam læſi ſunt. Hæc læſio intelligitur in præſentia eius, ante finem eius triennij, quo res vſucapi poteſt, vere & proprie nõ poteſt dici læſus eſſe. Non poteſt dici læſus eſſe in biennio & triennio, ſed anno poſteriore illo præſens fuit, igitur eo anno læſionem vitare potuit, nec danda eſt ei reſtitutio triennij, cum eo læſus non ſit. quoties enim ſuccurritur alicui, eatenus ei ſuccurrendum eſt, quatenus læſus eſt. Sed aduerſus hanc ſententiam quædam obiiciuntur à Bulgarianis. Primum dicunt, Pœna non debet eſſe maior delicto. At hic negligentia vnius anni perinde nocet, ac ſi pro triennio abfuiſſet, hîc pœna eſt maior delicto, cum negligens vno tantum anno fuerit, in eo tantum ei anno debet nocere, non in eo quod proceſſit. Iniquum eſt ei nocere negligentiam vnius anni, quantum ei nocere poſſet negligentia trium annorum. Sed reſpondeo, id ideo non eſſe viſum iuris authoribus, quia diligentia ſua potuit toto tempore poſtremi anni ſibi cõſulere, & vitare, ne vſucapione amitteret rem ſuam. Hoc eſt quod aiunt Iureconſulti, Impeditus rei neceſſitate ſuccurri hoc edicto: igitur modicum ei concedere viſum eſt tempus, ne iniuria aliqua afficeretur. Sed ſi poſt modicum tempus non egerit, noluerunt eum omnino excludi. Ratio oſtendit non eſſe alienum ab æquitate, vt ei tantum noceat negligentia vnius anni quàm triennij. Aliud argumentum priori ſimile eſt. Læſus hîc reſtituitur hoc edicto, ne officium ſuum damnoſum ſit cuiquam, vt dicitur. l. videlicet. 27. Et hæc eſt ratio ad quam reſpexerunt Iureconſulti. At hoc officium damnoſum eſſe deprehenditur in hac ſpecie, quia abbreuiatum eſt tempus propter abſentiam. Habebat triennium propter abſentiam: ei eſt exemptum triennium, igitur damno aliquo affectum conſtat propter officium ſuum. Sed reſpondeo, hoc non eſſe viſum iniquum iuris authoribus. Nam longo temporis ſpacio poſt reditum potuiſſet ſibi conſulere, & vitare hoc damnum. Simile eſt quod dicitur l. ab hoſtibus. §. ſi damni. Si damni infecti nomine nõ cauerit miles, & præſente eo rem iuſſerit Prætor poſſideri, non reſtituetur, Quia hoc eo præſente accidit. Inſpicitur poſtremus actus, potuit miles hoc damnum vitare, cauendo damni infecti. Et ſimile eſt quod dicitur in hac ſpecie: dicunt eandem eſſe rationem temporum & rerum, ſed ſi quis negligens fuerit circa rem vnam, eam negligentiã non obeſſe in re alia quo minus reſtituatur rei alterius nomine: ſed hoc eſt argumẽtum ſophiſticum. Ergo idem de tempore eſt dicendum, vt etſi negligens fuerit vno tempore tantum, reſtituatur circa aliud tempus, nec noceat ei negligentia circa vnum tempus. Sed reſpondeo, hæc argumenta ſunt à ſimili, vbi eſt eadem ratio, verum eſt, & ius idem fuiſſe, ſed hic non eſt par ratio. Eſt magna diſſimilitudo & in rebus & in temporibus. Neque poſtremo anno poteſt corrigi quod peccatum eſt ſuperiori tempore. Capta eſt vſucapio, dum abeſſet reipublicæ cauſa, ſed diligentia adhibita poſteriori anno poteſt corrigere, quod amiſſum eſt ſuperiori anno, idem in rebus non poteſt euenire. Et hoc argumentum à re ad tempus nihil ad rem facit. Si poſt alicuius abſentiam vſucapio fuerit completa, an ſaltem reſtitutio fieri debeat, pro eo tempore, quo quis abſens fuit: abſens fuit biennio, cum ſupereſſet annus ad vſucapionem, redit, toto tertio anno non egit ad interrumpendam vſucapionem, an ſaltem biennium ei ſit reſtituendum, quoniam ſimpliciter dicitur, eum non audiendum, d. §. ſed quod. nec ratio ſuadet, quia læſis tantum ſuccurritur, & nõ poteſt excuſari à culpa quòd toto anno potuerit purgare quod neglexit. id non fecit. Ad ea quæ obiiciunt alij cœpimus reſpondere. ſequamur nunc cætera. Rurſus obiicitur lex, ſed etſi per prætorem. §. quoties. Ego toto triennio neglexi fundum petere, cum ſupereſſet vnus dies eius triennij, abeſſe cœpi reipublicæ cauſa, poſt abſentiam meam vſucapio eſt impleta. Ait Iureconſultus reſtitui mihi tempus vnius diei. Quia eo die abeſſe cœpit reipub. cauſa. Reſtitutio fiet tantum vnius diei, quo non poteſt mihi negligentia imputari. Hinc ita argumentantur. Reſtituitur ad eum diem quo non negligens fuit, etſi toto alio tempore negligens fuerit, ergo idem in noſtra ſpecie dicendum. Proponitur abſentem aliquem fuiſſe biennio reipub. cauſa, ſed præſentem fuiſſe vno anno, ideo videtur, etſi non totum triennium ei ſit reſtituendum, tamen tempus biennij ei eſſe reſtituendum. Hoc argumento vtuntur, quod parum me mouet. nam parum eſt noſtræ ſpeciei ſimile. In noſtra ſpecie vſucapio eſt impleta, eo præſente, & certum eſt abſentiam præcedentium temporum non excludere reſtitutionem, ſed ſequentis temporis tãtum: vt quidam præſens fuit toto fere triennio, vltimo die cœpit abeſſe reipub. cauſa, is reſtituitur aduerſus eam vſucapionẽ. Nec ei poteſt obiici ſuperioris temporis negligentia, quod vſucapionẽ non interruperit toto eo tempore, clariſſime id conſtat ex d. §. quoties. l. nec non. §. ſi quis. ſed ſequentis temporis abſentia nõ nocet, vt dicitur in d. §. ſed quod ſimpliciter. Ratio diuerſitatis hæc eſt, Is qui abeſſe cœpit vltimo die triẽnij, forte non cogitauit fore vt abfuturus eſſet vel ipſe, vel eius aduerſarius reipub. cauſa: ideoque nõ putabat neceſſariã eſſe interruptionẽ vſucapionis. Sperabat ſe vel poſtremo die eius vſucapionis acturum: ſed ſi de antecedente tempore loquamur, quo abeſſe cœpit reipub. cauſa, aliud dicendum eſt. Is qui biẽnio abfuit reipub. cauſa, & rem ſuam poſſeſſam eſſe ab alio ſciebat, reuerſus cogitare debet vſucaptã eſſe poſt annum rem ſuam. Ideoque diligens eſſe debet in interrumpenda poſſeſſione, & niſi id fecerit ei imputandum quod non emendarit, quod biennio antecedẽte neglexerit: ſic accipiẽda eſt lex. nec nõ. §. ſi quis 28. Dixi iam, tantum temporis reſtituendum quanto tempore læſus

eſt,

eſt,vt dicitur.dict.§. quoties. Si quis temporis lapſu dãno ſit affectus,ſi vno anno læſus eſt, vnus annus ei reſtituendus eſt:ſi vno anno abſens fuit,alio præſens,ait Iureconſultus hæc tempora coniungenda, & videndum quantum temporis ex eo colligi poſſit, & totum illud tempus reſtituendum eſt.Sed hoc ita eſt intelligendum ſi vſucapio eſt impleta tempore abſentiæ. Nam poſt abſentiam nihil reſtituetur, niſi poſt modicum tempus ſit impleta. Præterea opponitur lex ſecun. quod tempore. Cod.de reſtitut.militum. Sed facile eſt hoc obiectum diluere, ſufficit eius explicatio ad ſolutionem. Nos ita interpretamur impletam fuiſſe vſucapionem, præſente milite, non abſente. Quamuis poſſeſſionis verbum ſit ambiguum, quia non exprimitur quanto tempore ſit poſſeſſum. tamen ita eſt accipiendum ne quid abſurdi occurrat,ſicut in omni ambigua oratione. leg. in ambigua.de leg. & Senatuſcõſultis.Propoſitũ fuit poſſeſſum fuiſſe,quia non erat de ea re quæſtio. Nihil aliud dicit quam ſi tempore militiæ reipublic.cauſa res ſit poſſeſſa, poſſe reſciſſa vſucapione rem peti intra annum.Nam iuſta eſt cauſa militis reſtituendi,reſtitutionis beneficium intra annum petentis, non intra quod cœpit poſſidere. Deinde poſtquam rediit, vſucaptam eſſe rem:nam nec hoc quidem expreſſum eſt. Obiicitur etiam lex præſcript. C. quibus non ob præſcript. long.tempo.Sed illa lex ad rem non pertinet.Quamuis bona fide poſſidens acquirat præſcriptionem, tamen tempus, quo abſens fuit reipublicæ cauſa deducendum eſt.Nos non negamus,quin deducendum ſit.Deducitur illud tempus, ſi præſens fuit modico tempore. leg. ſed etſi.§.quoties.leg.nec non.§. ſæpe. Si tempus non modicum ſit lapſum poſt reditum,tunc non admittitur reſtitutio,ſed ſi quis eo tempore non egerit,non audietur. Nos autem loquimur de præſente, qui habuit commodum tempus ad interrumpendam vſucapionem. Obiicitur etiam lex cum miles,de qua mox dicemus ſequẽti capite, ex quo intelligetur ſolutio huius nodi.Ex iam dictis intelligimus, quid hoc edicto reſtituatur, nunc quædam pertinentia ad hanc actionem reſtitutoriam tractanda ſunt. Inprimis quæritur de hæredibus, & dicendum dari hæredi & contra hæredem: idque generaliter de reſtitutione dicitur, non ſolum de reſtitut. in integrum. Hinc naſcitur quæſtio.leg.cum miles. *Quaſi iuncta deſcendit*. Sic legẽdum eſt vt in Pandect.Florent. Miles cum abeſſet reipub. cauſa cœpit rem vſucapere. Hæres eius impleuit vſucapionem, poſtquam miles cui ſucceſſit deceſſerat. Quæritur an reſtituendum ſit quod geſtum eſt,& contra hæredem danda ſit reſtitutio. Dixi contra hæredem dandam, ſed aliud hic dubitationem adfert. Proponitur enim cum hærede non cum milite defuncto impletam vſucapionem,præſens contra præſentem vſucapionem impleuit. Igitur non videbatur reſtitutio locum habere, quomodo præſens contra præſentem reſtituetur? Ex edicto Prætoris præſentem contra abſentem reſtituitur. Sed præſens erat hæres,vt hic proponitur. Ergo videtur non eſſe reſtituendum in integrum. Hinc argumentum ducunt aduerſus noſtram ſentẽtiam. Aiunt reſtitui, quamuis poſt mortem militis ſit impleta vſucapio, ſed ſingularis hic eſt ratio, propter quam reſtituitur. Animaduertendum eſt igitur vſucapionem cœptam à defuncto poſſe compleri ab hærede, vel ab hæreditate, etiam ſine apprehenſione, ſiue poſſeſſione. leg. captam. de vſucap. leg. nunquam.§.vacuam.eodem.Hæreditas non dicitur poſſidere, in his quæ facti ſunt,hæreditas perſonę vice non fungitur.leg.prim,§.Scæuola.ſi quis teſtam.lib.Quamuis in his quæ iuris ſunt, in illis perſonæ vice fungatur hæreditas.l.hæreditas. de acquirendo rerum domi. Sed hic nos fingimus poſſideri hæreditatem, quæ non tenetur vtilitatis cauſa,propter complendam vſucapionem. Idem etſi hæres hæreditatem adierit.dict.le.nunquam. §.vacuam. de vſucap. In hac ſpecie ſine vlla apprehenſione hæreditatis,eſt adimpleta vſucapio. Sic intelligere debemus. Si quis tunc obiiciat præſentem fuiſſe vtrumque,& eum qui compleuit, & enim aduerſus quẽ res vſucapta eſt,ergo reſtitutio locum non habet. Reſpondeo,æquum eſſe hunc reſtitui, ſecundum verba edicti videbatur non poſſe reſtitui, quomodo potuiſſet interrumpere vſucapionem? leg.officium.de rei vindic. Sed etſi fingatur rem poſſidere,non ideo poteſt rei vindicatio aduerſus eum competere.Ergo quamuis fingatur poſſidere rem, ciuili fictione, propter impletam vſucapionem, non ideo competit aduerſus eum rei vindicatio.Hinc datur reſtitutio,cum res vſucapta ſit,quãuis hæres non defunctus impleuerit vſucapionem. *Quaſi iuncta de ſe*. Oſtendit his verbis non veram eſſe vſucapionem, ſed fictionem quandam. Et notandum poſſeſſionem defuncti tranſire ad hæredem. Quod longius à noſtris productum eſt:nam moribus noſtris *Le mort ſaiſit le vif*. Mortuus non tantum iura,ſed & poſſeſſionem transfert in hæredem, nec opus eſt apprehenſione, quamuis id ſit neceſſarium iure ciuili. leg. cum hærede.de acquiren.poſſ.Niſi in quibuſdam cauſis propter implendam vſucapionem. At noſtris moribus non eſt opus poſſeſſione, & datur illis interdictum. Deinde quæritur, an hæc actio ſit perpetua, an temporaria. Et certum eſt temporariam eſſe, quia datur intra annum. l.in honorariis.de oblig.& actio.quamuis ea rem perſequantur non pœnam, tamen ideo viſum eſt tantum intra annum eam dare, quia contra ius ciuile datur. ea enim reſcinditur actio, quæ contra ius ciuile eſt, & perinde vindicat,ac ſi nunquam eſſet vſucapta: id quia durum eſt, ideo ſtatuerunt annum, & merito.l.vltim.C. eod. Verum de hoc tempore plenius dicemus. Deo opt. max.iuuante,tit.ſequenti.

Poſſeſſio defuncti tranſit ad hæredem

IN TIT. LII. LIB. II. COD. DE TEMPORIBVS IN INTEGRVM REſtitutionis tam minorum quàm aliarum perſonarum quæ reſtitui poſſunt, quàm etiam hæredum eorum.

Hic titulus pertinet tã ad minores, quam ad maiores qui reſtituũtur. Sub hoc tit. quęritur intra quod tempus debẽt reſtitui minores, & maiores, item hæredes eorum, ſub tit. de mino. nihil de tempore attigimus, quia locus aptior erat dicendi de ea re hoc in loco. Magna autem hic diſſenſio eſt inter iuris interpretes. Et non ſine ratione, cõſtitutionibus regum noſtrorum aliud eſt ſtatutum, ſiue minores ſiue maiores ſint, qui reſtituantur. Videndum eſt de hoc tempore quantum detur tam minoribus, quam maioribus. Hoc tempus definitum eſt conſtitut.Imperat.leg.vltim. Hic ſtatutum eſt quadriennium, loco vtilis anni, qui dabatur iure veteri. Igitur abrogantur hac conſtitutione quæ de anno vtili dicuntur, tam in Pandectis quam in Codice. Multæ ambages reperiebantur circa annum vtilem priſcis temporibus. Quæ res magnam difficultatem pariebat in iudicus. Annus vtilis differt à cõtinuo, in vtili dies tantum continentur quibus agere licet. In continuo omnes dies,etiam feriati, quibus non licet agere. Eſt locus notandus de hac re leg.pri.de diuerſis & tempor.præſcript.Docet ibi Vlpianus quid ſit annus vtilis,quid continuus: vtilis eſt quo experiundi facultas eſt. Si quid accidat propter quod non poteſt agere, illa dies non poteſt dici vtilis.Ergo cum datur annus vtilis, intelligimus dari 365.dies,qui forte non reperiuntur in totis triginta annis ſicut olim accidebat, & inde maxima incommoda ſequebantur. Ideo viſum eſt & hæc

abrogare, & loco vtilis temporis continuum ſubſtituere. Loquitur igitur de anno vtili, qui dabatur olim. Nūc datur quadriennium continuum. Huius vtilis anni mētio ſæpe fit, vt in ipſo edicto Prætoris. tit. de minoribus. l. vltim. C. eo. l. quo tēpore. C. de reſtitut. milit. De anno vtili, qui dabatur minoribus. l. interdum l. intra vtile. & ſimilibus. Sed notandū hic eſt tempus accipiendū, intra quod reſtitutio petenda eſt. Quadriennium datur, intra quod reſtitutio petatur. His verbis multa complectimur. Ex quo apparet conſtitutionem illam quæ eſt. l. ſi quando. C. ſi maior fact. ratam hab. non huc pertinere, nec abrogatam eſſe hac conſtitutione. In ea conſtitutione præſcribitur vel quadriennium, vel ſpatium decem vel viginti annorum. Si minor alienauerit prædium ſuum, & deinde maior factus, & lapſum ſit tempus quinque annorum, quæritur an poſſit venditum prædium petere. Ait ſi venditum ſit, non poſſe petere, ſi donatum ſit, poſſe in integrum reſtitui. Ego contendo dict. leg. hac conſtitutione non eſſe abrogatam, quamuis hæc conſtitutio ſit poſterior. Illa eſt edita Conſule Decio, hæc Lampadio & Oreſte conſulibus, quia diuerſa ſunt quæ vtraque lex continet. l. ſi quando. ad reſtitutionem non pertinet. Ideoque compoſitores Codicis recte fecerunt qui eam non inſeruerunt 2. libro Codicis. Sæpe dixi cum ſine decreto venditur prædium minoris nihil eſſe mutatum, nec reſtitutionem locum habere. Nihil eſt quod poſſit reſtitui, manſit ea res eius qui vendit. Ergo non quæritur de reſtitutionibus. Reſtitutioni petendæ quadriennium eſt præſtitutum. Sed quæritur in ea lege non vt reſtituatur quis in integrum, ſed vt vindicanti rem ſuam quale tempus ſit præſtitutum. Et tunc videndum an maior factus ratum habuerit. Nam ſi ratum habuerit, vel maior factus, vel lapſu temporis alicuius, non auditur. Sed vtilitatis cauſa certo lapſu temporis fingitur ratum habuiſſe, quod egit, ita vt non poſſit hoc colore, quod decretum non interuenerit, reſtitutionem petere. Igitur non intelligitur hac conſtitutione correcta dict. lex ſi quando. Nam hæc conſtitutio pertinet ad tempus quo quis petit reſtitui in integrum. Quod dicitur dict. l. per Prætorem. §. quoties. non pertinet ad hanc legem. dixi in. §. quoties. Poſſeſſa eſt res quædam vſque ad finem triennij, vnus dies tantum ſupereſt illius triennij. Diximus tamen vnius diei reſtitutionem faciendam: id non abrogatur hac conſtitutione. Diximus hanc conſtitutionem pertinere non ad tēpus reſtitutionis, ſed ad petitionem reſtitutionis, dictus autem §. pertinet ad tempus reſtitutionis. Reſtituitur tantum temporis in quanto læſus ſit, ſi diceremus quadriennium, ridiculum eſſet. Duo in eo §. ſunt ſpectanda, primo, tempus quod petit reſtitui, quia eſt vnus dies. Deinde quæritur intra quātum tempus petat reſtitutionem. Dico, intra quadriennium petet reſtitutionem, licet alij diſſentiant, & petere ſibi reſtitui diem vnum. Ergo diſtinguendum tempus quod quis petit ſibi reſtitui, & tempus intra quod quis ſibi petit reſtitui. Neceſſe igitur eſt vt petat intra quadriennium: nam vtriſque datum eſt quadriennium continuum, loco anni vtilis, qui veteri iure dabatur. Ea enim conſtitutio Iuſtiniani derogauit iuri antiquo. Hinc quæritur an hoc tempus in actione reſciſſoria locum habeat, an idē tempus definitum ſit actioni reſciſſoriæ. Quæſtio eſt iuris controuerſi. Sunt qui putant, & receptum eſt reſtitutionem in integrum, ad reſcindendum quod geſtum eſt, intra quadriennium continuum petendam, & ſic accipiendam eſſe conſtitutionem de quadriennio, actionem autem reſciſſoriam quæ intenditur impetrata reſtitutione intendendam intra annum vtilem, quaſi in ea nihil ſit mutatum. Diſtinguitur ab illis remedium reſcindens & reſciſſorium. Aiunt intra annum vtilem remedium reſciſſorium intendendum: Reſcindens autem intra quadriennium. Sed probabilius mihi videtur, vtrique quadrienniū definitum, & remedio reſcindenti & reſciſſorio. Quia autem eſt obſcura hæc quæſtio, breuiter dicam quid ſentiam. Exiſtimo vtrique remedio quadriennium præſtitutum. Primum moueor quod ſeparata non eſſent hæc remedia, tēpore Iuſtiniani, id eſt, officium Prætoris, qui reſtituit actionem, & officium iudicis, qui de reſtituta actione cognoſcit. Ante Iuſtinianum vero hæc erant ſeparata, & officium Prætoris & iudicis, id eſt, remedium reſcindens, & reſciſſorium. Ille mos actionum tempore Iuſtiniani in deſuetudinem abierat. Deinde perpendendum eſt, quod dicitur in conſtitutione Iuſtiniani dict. leg. vltim. quadriennium dari non tantum ad mouendum litem, ſed & ad eam faciendam, vt fuſius poſtea explicabimus. Ergo cum eadem opera reſcindat Prætor, & cognoſcat de reſtituta actione, ſatis ea res oſtendit, vtrique quadriennium præſtitutum. Præterea mouet me quod in edicto prætoris de actione reſciſſoria & reſtitutione maiorum tantum vnius anni, non duorum ſit mentio. Inſpicite leg. prim. hic, videbitis vnius anni tantum mentionem fieri. *Earum*, inquit, *actionem intra annum inſtituam*. Ait ſe reſtituturum intra annū, non inquit, & dabo actionē reſtitutoriā intra alterū annum, quod nō fuiſſet omiſſum à Prætore. Ergo cū de anno ſit mētio, vt leg. in honorariis, de obligationibus & actionibus, de eodem anno debemus intelligere non de duplici. Nullum inueni locum in quo diſtinguatur annus reſtitutionis ab anno reſciſſoriæ actionis, ſed de eodem anno loquuntur non de duplici. Sic Iuſtinia. loquitur §. rurſus. de act. Inſtitut. tam de reſciſſa actione, quam de reſciſſoria actione inſtituenda, ſic loquitur d. l. in honorariis. Idem ergo de hoc quadriennio dicemus. Cum dicat Iuſtin. ſe inſtituiſſe quadriennium loco vtilis anni, ſic accipiendum eſt, vt retineat eius vtilis anni naturam, niſi diſcrimen ſit inductum per conſtitut. Iuſtiniā. Datur ergo tempus quadriēnij ad petendam reſciſſionem vſucapionis. Deinde ad intendendam actionem ad finiendam litem. Intra illud quadriennium eſt petenda reſtitutio, reſciſſa vſucapione, eſt petenda actio reſciſſoria. Id enim eſt expreſſum conſtit. Iuſtiniani. *Ad interponendam conteſtationem finiendamque litem.* Non ſufficit reſciſſa vſucapione rem vindicare, petere, ſeu litem conteſtari, ſed oportet litem finire. Sunt qui exiſtimant tantum ad litem mouendam, non ad finiendum quadriennium hoc concedi. Mutant vt acumen ſuum oſtendant verba Iuſtiniani, putant legendum, *ineundamque litem*, ſed refragantur huic lectioni omnes Codices. Deinde etiam eodem verbo vtitur Pontifex, de ea re loquens in Cle. 1. de reſtitut. in integrum. ſed certiſſimum eſt hanc lectionem veteribus quoque legibus conſentire. Annus vtilis dabatur non tantum ad incipiendam, ſed ad finiendam litem, vt merito idem de quadriennio ſit dicendum, quod anno vtili ſucceſſit. Huius rei exemplum eſt in leg. ea quæ. §. nec veriſimile in tot locis erratum eſſe. Et aliis quoque locis idem probari poteſt, veluti leg. intra vtile. de minor. l. petendæ, hoc tit. Ex vtriuſque loci declaratione facile intelligemus, quod nunc dicimus annum vtilem datum fuiſſe non tantum ad ineundam litem, ſed & ad eam finiendam. Ex his quæ diximus quæſtio naſcitur, ex le. intra vtile. 39. de mino. & dict. leg. petendæ. Quidam minores apud Præſidem petierant reſtitutionem intra annum vtilem. Dicebant ſe captos cum contraherent, & probata eſt ætas, & pro ætate pronuntiauit Præſes. Ita enim Præſides ſolebant pronunciare. Aduerſarij appellarunt ad Imperatorem à præſide, donec iudicatum eſſet ab Imperatore. Præſes pendente appellatione, cætera cognitionis diſtulit. Deinde finita appellationis cognitione pronuntiauit Imperator male appellatum, &

Quod tempus præſtitutum ſit vindicanti rem ſuam.

recte

teſte iudicatum. Interim lapſum eſt tempus pręfinitum reſtitutioni, ſcilicet annus ille vtilis, quæritur an ſit reſtituendus. Quæſtio ex eo naſcitur, quod tempus illud videbatur datum ad finiendam litem, interim lapſum erat tempus, nec finita erat lis, vnde non amplius videbatur audiendus is, qui petebat reſtitutionem. De ęo dubitatum non fuiſſet, niſi tempus illud fuiſſet datum ad finiendam litem. Nihil aliud continetur hac l. quod ad reſtitutionem attinet. Eſt tamen locus communis de appellatione à ſententia interlocutoria, de qua l. ante. C. quorum appellat. non recip. Alius locus eſt in leg. petendæ. Ex iis quæ diximus de temporibus, naſcitur quæſtio, quæ verſatur circa dilationes quæ dantur ſiue actori ſiue reo Iri cauſa reſtitutionis. Quæritur de actore, an ei danda ſit dilatio, ſi forte huiuſmodi dilatio petatur, quæ excedat annum vtilem, ſecundum ius vetus ante Iuſtinianum, vel quadriennium continuum, ſecũdum ius nouum: ait Iuſtinianus non dandam, quia lis non poſſet finiri intra tempus illud vtile. Et imputandum eſt actori, qui arctare debuerat intra metas temporis reſtitutioni præſtitutas, & iudicium ſubire, ne dilatio iſta excederet ſpatium definitum reſtitutioni. l. oratione. & leg. vltim. de feriis. & l. 1. C. de dilat. Facilius dabitur reo dilatio, quia nihil poteſt reo imputari. Reus non potuit intelligere quando conueniretur ab actore: dilatio poteſt ei concedi, etſi excedat tempus legitimum. Ideoque eo caſu tempus illud prorogabitur, ſed eo caſu poterit etiam actor probare, & dilatione à reo impetrata vti, qui per ſe non potuiſſet dilationem impetrare. Eſt locus communis de dilat. & cui non eſt ſimilis in tit. de dilationib.

Si confinio legitimi. Id eſt ſi prope finem anni vtilis vel quadriennij petantur. *Quod ſi defenſor rei dilationis ſuffragium.* Nunc de reo tractat. Si reus petierit dilationem ad probandam exceptionem ſuam, non eſt in poteſtate rei, quando conueniatur, ſed in poteſtate actoris. ideo actiones fere ſunt temporariæ, exceptiones perpetuæ. l. licet. de except. l. pure. §. vltim. de doli except. Hoc ſingulare eſt quod ſequitur. Denegatur actori non reo dilatio, ſed ſi fuerit conceſſa reo intra idem tempus, vtetur actor eadem dilatione. Hoc imperitis in foro notum eſt. Dilationes ſunt communes vtrique parti, vnde quæritur ſi reo ſit conceſſa dilatio, & renuntiare ei voluerit reus, an & actori nocebit ea renunciatio. Si ius aliquod quæſitum eſt, non tantum reo, ſed & actori, quia cœpit eſſe commune, hoc beneficium vtrique nocebit. Sed reus ait ſe velle renuntiare beneficio, actor dicit ſe nolle renuntiare, quia commune eſt factum non reo tantum, ſed & actori, quæſtio eſt, an poſſit renuntiare reus inuito actore. Puto probabilius eſſe renuntiare poſſe. Et argumentum ducitur ex l. ſi iudex. de minoribus. Venditum erat prædium minoris, & in venditione erat circumuentus minor, petiit ſe reſtitui. Pronuntiatum eſt reddi debere prædium, reddito emptori pretio. Hac ſententia vtrique ius quæſitum eſt, minor conſemnit ea quæ decreta ſunt, non vult ea ſententia vti: ſed mauult retinere pretium, relicta in integrum reſtitutione, quæritur an aduerſarius poſſit pretium petere, ex ea ſententia? ait nõ poſſe. Igitur nec hic actor dilatione vti poterit, cum ei reus renuntiauerit. ſcio multa adduci poſſe ad hanc ſententiam refellendam, ſed hic locus pertinet ad tit. de dilationibus. Igitur ſatis ſit ea delibaſſe. Ex his intelligitur quadriennium dari ad reſtitutionem in integ. & ad finiendam litem. Hodie in Galliis loco huius quadriennij habemus decennium continuum, legib. regiis tam minorib. quam maioribus. Quod decennium computandum eſt, ex quo finita eſt minor ætas. Et datur hoc tempus continuum ad petendam tantum reſtitutionem. Sufficit intra illud tempus litem conteſtari. Id longius eſt productum morib. noſtris decennium pertinere ad contractus qui non valẽt ipſo iure, quod eſt diligẽter notandum propter l. ſi quãdo. C. ſi maior facttus vendit. rat. Dixi legem illam accipiendam de contractib. qui non valent ipſo iure. Conſtitutione regia comprehenduntur etiam illi contractus. Ita etſi decretum non interceſſerit venditioni prędij minoris, poſt decem annos, ratus maneat ille contractus. Quod tamen iure Romano cautum eſt. Et notandum quia ea conſtitutio regia ad pleraque negotia non pertinet. Ad præterita enim negotia non pertinet l. lege de legibus. Quæ ante eam conſtitutionem contracta ſunt, iure Rom. deciduntur. Tametſi vere diximus intra quadriennium poſſe peti reſtitutionem tantum, notandum eſt actionem reſciſſoriam, quæ temporaria eſt, interdum perpetuam fieri. Non dico litis conteſtatione, quia non perpetuatur per litis conteſtationem. l. petendæ. hic: Datur illud quadriennij tempus ad finiendam litem, alia tempora dantur tantum ad mouendam litem, & tunc actio litis conteſtatione perpetuatur. Hæc autem non perpetuatur litis conteſtatione, ſed perpetuatur apprehenſione, leg. ſi is cuius. 21. ff. ex quib. cauſ. maio. Similis locus eſt in l. cum notiſſimi. §. imo. C. de præſcrip. 30. vel 40. ann. vbi dicitur, *Poſſeſſionem rei imitari litis conteſtationem*, ſicut litis conteſtatione interrumpitur vſucapio, ſic poſſeſſione. Nihil enim ei imputari poteſt, qui rem tenet, cur non agat. Cetera quæ huc pertinent diximus l. nec non. §. exemplo. tit. ſup. Sequens locus eſt in quo quæritur, quãdo incipiat hoc tempus quadriennij currere. Id docet Iuſtinianus l. vltim. hic. Minoribus currit à primo die 26. anni. Maioribus autem poſt abſentiam, vel aliud impedimentum finitum, ob quod reſtitutio petitur. Quandiu enim quis minor eſt, nunquam ei currit hoc tempus. Item quandiu abfuit, non curret abſenti. Dixerit aliquis, ergo non eſt continuũ hoc tempus, ſed vtile. Quia dicitur iis qui ſunt impediti, non currere. Tẽpus vtile eſt, quo quis facultatem habet experiundi. Continuum currit, etſi nullam habeat agendi facultatem. Et tamen dicitur continuum hoc quadriennium. Sed ideo dicitur hoc eſſe continuum quadriennium, quia vbi cœpit currere, ſemper continuatur nec interrumpitur, etſi dies inciderit, quo non liceat experiri. Et propterea vulgo dicitur continuum vtile eſſe in initio, ſed continuum eſſe in progreſſu, & non currit niſi ex quo cœpit habere facultatem experiundi is qui abeſt reipublicæ cauſa. Ex eo tempore nos inſpicimus an facultatem experiundi habuerit, cum impedimentum ob quod petitur reſtitutio, ſublatum eſt. Hinc dicitur ſi vtraque cauſa reſtitutionis in eandem perſonam inciderat, & ætatis, & abſentiæ, vtriuſque cauſæ rationem habendam. Si minor. ſit, & abſit reipublic. cauſa, quomodo incipiet currere quadriennium? Duo concurrere debent, vt ei tempus incipiat currere, & vt deſierit abeſſe, & factus ſit maior. l. 1. 2. 3. & 4. hic ſunt exempla eiuſdem rei. Tempus quadriennij ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani, poſtquam maior factus eſt, non ſtatim incipiet currere, ſed ex die quo miſſus erit in militiã. Notandę ſunt quędam exceptiones in quibus currit hoc tempus ante ætatem 26. ann. vna eſt cum minor veniam ætatis impetrauit, tunc enim curret ex quo venia fuerit impetrata, & iudici intimata, ſed admiſſa à iudice: locus eſt in leg. ea quæ. in princip. Si impetrauerit veniam ætatis, incipiet ei currere tempus non ex quo impetrauit veniam, ſed ex quo iudici fuerit intimata. Dixit tit. ſi minor veniam ætat. impet. ſup. vt quis poſſit veniam impetrare ætatis, vti debet literis publicis apud iudicem, tunc habetur pro maiore. Alia eſt exceptio, ſi delatum fuerit tempus quadriennij, aduerſarij culpa, & fruſtratione, tunc etiam poſt quadriennium poteſt lis cœpta finiri. leg. intra vti-

Quomodo poſſit quis veniam ætatis impetrare.

lem.de minoribus. Non eſt credendum dict.leg.intra. hac conſtitutione Iuſtiniani eſſe correctam. Poſteriores leges ad priores trahendæ ſunt,leg.non eſt nouum. de legibus & ſenatoſconſul. vt intelligamus poſteriorem legem, cum exceptione ſumpta ex dict. leg. intra vtilem. Niſi fruſtratione aduerſarij factum ſit,vt tempus protelatum ſit. Circa hoc tempus quæſitum eſt de hæredibus,quando hæres petat reſtitutionem. Reſtitutio datur etiam hæredibus, vt diximus l. non ſolum. de reſtitut. in integ. Sed multum intereſt an hæres petat, an is qui captus eſſe dicitur, quod ad tempus attinet. Quæſtio eſt in leg. interdum. de minor. Edictum Prætoris dat annum vtilem minori, ad reſtitutionem petendam. Si hæres minores petat. interdum vltra annum ei datur. Fortaſſis minor ſucceſſit alij minori,ex cuius defuncti perſona reſtitutionem petat. Tunc minor habet quadriennium, non tantum ex quo adiit hæreditatem minoris defuncti,ſed ex quo 25. annum impleuerit; nam tantum tempus ætatis minoris ei deducetur, id eſt dabitur ei quadriennium. poſt 25. annum. In eo enim captus eſt, quod intra tempus defuncto ſtatutum non potuerit reſtitui, ſed ex quo ſucceſſor maior fuerit factus, tantum ei tempus dabitur quantum habuiſſet defunctus, ſiue maior fuerit ſiue minor,id eſt, ſiue defunctus annum vtilem, vel quadriennium iam fuerit ingreſſus,ſiue non. Sed planior eſt diſtinctio in leg. ea quæ. §. ſi quando. Extat tamen Conſtitutio Iuſtiniani Nouella 100.de exceptio.dotis non numeratæ. 100. Inſcribitur de temp.dot non ſolut. Quæ cõſtitutio multa habet ſingularia, quæ non conueniunt cum his quæ diximus, quia ſingularia ſunt. l. in his. & l.quod vero.de legib. & ſenatuſconſul. Sed ea ad hanc diſputationem non pertinent, vt mirum ſit Irnerium eam ſub hunc tit. collocaſſe.

IN TIT. II. LIB. IIII. DIGEST. ET TIT. LV. LIB. II. COD. DE Alienatione iudicij mutandi cauſa facta.

Hic ſubiicitur ſexta cauſa reſtitutionis in integrũ. Proponitur edictum quoddam reſtitutorium, ſicut ſub aliis tit. de metu, de dolo, de minor. de capit. dimi. & aliis. Vnde mirandum non eſt, quod hic tit. ſit hic collocatus,nempe in tractatu de reſtit.in integ. Cõtinetur autem hoc tractatu ſummatim, quod ſi quis rem aliquam alienauerit ante iudicium, dolo malo, mutandi iudicij cauſa vt duriorem efficiat cauſam aduerſarij, eo nomine datur actio in factum, ad id quod intereſt, niſi in priſtinam cauſam ea res reſtituatur. Hanc puto expreſſam fuiſſe edicto Prætoris, quamuis in integr. non ſit: ſed eius particula extat hic l.ex hoc edicto,§.1.Sed quod dixi colligitur partim ex titu. Digeſt. & C.l.1.ff.hic.& l.1. C.eod. Gaius proconſulis edictum interpretatur,non Prætoris. Nam ſicut prætores vrbani Romæ proponebant edicta: ſic Proconſules in prouincia. Vlpian. & Paulus edictum vrbanum interpretantur,Gaius prouinciale.leg.prim.*omnibus modis proconſul ad agit,&c.* Oſtendit quomodo hic tit. cum ſuperioribus cohæreat. Primum, ſicut in ſuperioribus reſtitutio fit propter metum, fauorem, & abſentiam alterius ex alieno facto: ſic in hoc edicto reſpexerunt Prætores, ne ex alieno facto alterius cauſa deterior redderetur, vt ſi quis alienaſſet rem ſuam, vt duriorem cauſam aduerſarij redderet. Id declarabo exemplo ſumpto ex l.1.C. eo. Is qui poſſidebat rem meã, eam vẽdidit:ne poſſet à me conueniri, tranſtulit eam in potentiorem hominem. ſperabat me nõ auſurum eum conuenire vt iudicium hoc eluderet rem alienando, & duriorem aduerſarium mihi opponendo. Quæritur quæ actio mihi danda ſit. De emptore non eſt dubiũ,quin teneatur rei vindicatione,quæ actio rem ſequitur.ſed aduerſus venditorem, qui alienauit rem iudicij mutandi cauſa,petitur ex hoc edicto id quod intereſt, rem alienatam non eſſe:niſi in priſtinam cauſam reſtituerit eam rem. In ſpecie propoſita duplicem actionem habet is, cuius res alienata eſt. In primis habet actionem contra emptorem qui rem poſſidet. Deinde habet actionem ex hoc edicto propter alienationem factam iudicij mutandi cauſa. Hoc eſt argumentum totius tractatus. Nunc de actione huius edicti dicendum per locos communes. Videndum ex quibus cauſis detur, & quid veniat in eam. Cauſæ huius actionis colliguntur ex ipſo Prætoris edicto, ex ea particula, quæ extat hoc tit. in l.8. Ex hoc edicto. In primis vt locus ſit huic actioni,oportet vel alienationem,vel ceſſionem rei,aut actionis factam eſſe,vel ceſſiſſe iuri ſuo, de quo controuerſia erat futura. Vnde I.C. interpretantur hoc verbum variis in locis, quid vocetur alienatio in edicto. Et producunt quod dicitur de alienatione ad alios actus propter ſimilitudinem:vt exempla oſtendunt. Alienatio autem dicitur tranſlatio dominij.l.1.C.de fund.dot. Duo ergo ſunt neceſſaria, vt quis rem ſuam alienaſſe proprie dici poſſit, vt teneatur ex hoc edicto, dominium rei ſuæ admittere,& dominium eius in alium transferre.l.4.item ſi res fuerint.§.1.verſic.poteſt autem.hoc tit. Nec alterutrum ſufficiet. Nam alienationis verbum proprie tranſlationem dominij ſignificat.l. Alienatum.de verbor. ſignif. Non quiſquis vendit,alienare dicitur. dominij tranſlatio per traditionem fit.l.traditionib. C. de pact. Ab hac verbi proprietate recedunt I.C. interpretatione edicti Prætoris.d.l.4.item ſi res fuerint §.Pedius.lib.9.& c.alias eſt l.6.Non ſolum. In aliis lib.legitur. *Etiam ſi res.* Si quis poſſeſſionem,non dominium tranſtulerit an teneatur hoc edicto?Si ſpectemus propriam verbi ſignificationem, non tenetur.nam non transfert dominium. Sed quia eſt eadẽ ratio in eo qui poſſeſſionẽ trãsfert, ad eum quoque verbum hoc producimus, alioqui non tenebitur is,in quem tranſlata eſt poſſeſſio ab eo, qui tenebatur actione in rem,quod eſſet iniquum Rei vindicatio tantum datur aduerſus poſſeſſorem.l.officium.de rei vin. Si igitur is, cum quo actione in rem agebatur, ceſſiſſet poſſeſſione, ſequeretur eum non teneri. Ergo hoc verbum latius interpretantur Iureconſ. & eſt exemplum interpretationis obſeruandum. I.C. enim aliquando propter æquitatem verbis inhærent, aliquando ab illis recedunt. Iuriſconſ. qui hoc ſcripſit, ſatis ſciebat propria alienationis appellatione contineri dominij tranſlationem: ſicut Vlpianus, qui ſcripſit l.alienatum. de verb. ſignific. Sumptum eſt hoc caput ex edicto de litigioſis, quod magnam habet affinitatem cum hoc, vt mox dicemus. Sed dubitandum nõ eſt, quin in interpretatione eius edicti, alia ſubiecerit: quæ hic non leguntur. Nam l.alienatum. habet inſcriptionem Vlpian lib.77.ad edict. Eadem inſcriptio c.1.tit. de litigioſ. vt dubium non ſit,quin ex eodẽ loco ſit deſumptum. Aliud exemplum in d.l.ex hoc edi.in §. *Alienare &c.* Sic eſt legendum, qui alienam rem vendit, non transfert dominium nec quidem transferre poteſt, & tamen alienare intelligitur, & is qui alienam rem vendit. Nam etſi rem non faciat accipientis, nec transfert, dominium, tamen nocet aduerſario, quia poſſeſſionem transfert, & facultatem vſucapiendi. Præterea alienationis appellatione continentur iura incorporalia:vt dicitur d.leg.non ſolum.§.ad iura.hic. Et tamen ſi proprietatẽ verbi ſpectemus, hæredes non dicuntur poſſe alienari,neque etiam tradi.l.ſeruus. §. incorporalia.de acquir.rer.dom.ſed latius id verbum accipimus,ex ſententia Prætoris, qui noluit alicuius cauſam deteriorem fieri:quod hic fieret. Præterea, porrigitur edictum Prætoris

toris ad ſerui manumiſſionem.leg.3.§.1. Si quis manumiſerit ſeruum quem eram vindicaturus, non poteſt dici proprie alienatio. Nam dominium in alium non transfert, quod eſt neceſſarium, vt dicatur alienaſſe. Sed quia eſt eadem ratio, idem de manumiſſione ſerui dicimus, quod de vera alienatione. Idẽ de ceſſione actionis dicendum, vt cum quis cõſtituit procuratorem in rem ſuam. Ponamus eum, cũ quo mihi lis erat futura, rẽ nõ alienaſſe, ſed ceſſiſſe actionem, de qua erat controuerſia futura, edictum hoc ſimiliter locum habere dicitur. Id colligitur ex dict.leg.4.§.item ſi res fuerint.ad leg non ſolum ad dominij, &c. §. ſi quis autem. Si quis litem transtulerit in alium ob iuſtam cauſam, valet tranſlatio. Sed inde colligitur hanc actionem competere, etiam ſi iniuſta fuerit cauſa. Quod autẽ de ceſſione actionis diximus, id mirum videri nõ debet, quia edictũ pertinet tã ad rem, quam ad actionem. Exempla frequẽtiora ſunt de reo: ſed tamẽ ſunt etiã exempla de actore, vt hic.in leg.11 Cum miles poſtulabat: vbi loquitur de actore, cuius eſt experiri, & agere. quidam alienauit rem militi, vt miles eam rem perſequeretur: ſic videtis alienationem ex parte actoris huc quoque pertinere, quamuis plura exempla de reo hic reperiantur. Ex his intelligitis, vt locum habeat hæc actio, rem oportere alienatam eſſe. Secundo alienatio mutandi iudicij cauſa fieri debet, vt detur hæc actio, id exprimitur dict.leg.8 ex hoc edicto. & in ipſo tit.hoc verbum interpretatur Paulus. dict.leg.8 §.ait Prætor.in fin.ibi. *Futuri iudicij cauſa.* His verbis oſtendit ſi iudiciũ iam cœptum ſit, & res ſit iam facta litigioſa, ad hoc edictum non pertinere. Pertinet enim ad tit.de litigioſ. Videte l.2.& l.3 C.de litigioſ. Rẽ religioſam alienare prorſus non licet, & alienatio ipſo iure non valet. Hodie tamen licet reſcripta impetrare ad alienandam etiam rem litigioſam, nec cuique denegantur: ſed iure Romano id nulli conceditur. Ergo hoc edictum pertinet ad alienationem factam futuri iudicij mutandi cauſa, nõ eius quod iam cœptum eſt. Et quamuis Prætor id non expreſſerit: tamen Iureconſul. interpretatur ex ſententia Prætoris edictum, vt litigioſa res non noceat aduerſario. Ait prætor, *Dolo malo.* Certum eſt hoc expreſſum fuiſſe edicto. dict. leg. 4. Item ſi res fuerit.§. ſi quis autem ob valetudinem: Hoc igitur addendum eſt verbis edicti, quæ ſunt in dict.leg.8.ex hoc edicto. Ergo neceſſe eſt alienationem factam eſſe dolo malo, & oportet conſilium interueniſſe, litem magis transferendi, quam rem: licet non erat conſilium trãſferendi rem, ſed litem potius. Hinc enim edicto continetur ia qui hoc conſilio rem alienauit, vt litem magis transferret quam rem, ſic loquuntur I.C. in l.4.& l.cum miles.hic. voluntas eius eſt, vt rem habeat non tantum litem. ſic in dict.leg. cum miles. ſic dolum malum accipimus in hoc edicto. idque eſt, quod Caius ait in l. 1. Exempla quæ ſequuntur in l.1.2.& 3.id declarant, in d.l.1. in fi. Gaius ait, *Alterius prouinciæ hominem,* &c. Si enim aduerſarium qui alterius ſit fori oppoſuerit, durum eſt cũ eo experiri in ſeq.l: *Aut alium &c.* vt vafrum aliquẽ cauſidicum, & ſubdolum.l.3.quia ſi cum eo,&c. ibi. *Potentioribus pares eſſe non poſſumus.* Tanta poteſt eſſe aduerſarij oppoſiti nobis potentia, vt pares ei nõ eſſe poſſimus. Quod ſumptum eſſe videtur ex Heſiodo. Hodie hoc ſæpe fit in ceſſionibus, quæ fiunt ſcholaſticis, vt durior fiat cauſa aduerſarij, & pleriſq; regiis conſtitutionibus, huic fraudi occurritur quæ ſunt notæ in foro. Aliud exemplum adfert Gaius in d.l.3.§.1.in quo durior fit conditio aduerſarij propter alienationem Sed &, inquit, *Si hominem quem petebamus manumiſerit,* noſtra cõditio fit durior, quia Prætores fauent libertati. reſtitutio non admittitur aduerſus libertatem donatam.tit.C. ſi aduerſ.liberta. Quod ſequitur in §.2. *Item ſi locum &c.* pertinet ad tit.quod vi aut clam ad tit. de aqua pld. arc. & ad tit.de oper.no.nunt. Hinc intelligimus, quibus ex cauſis aduerſarij conditio fit deterior, vt actio ex hoc edicto habeat locum quod ad potentiam attinet, hodie non eſt opus hac actione ob conſtit.imp. Nam ſi actor ſit formidoloſus, ob potentiam ſuam, huic rei plenius perſpectum eſt conſtitutione titu. Cod. ne liceat potent. Qua conſtit. cauetur, ſi quid tranſlatum ſit in potentiorem dolo malo, nulla ſit tranſlatio vel alienatio. Ergo ſi quis hoc animo rem alienauerit, dicitur dolo malo alienaſſe. Hic dolus arguitur ex coniecturis, quem ex indiciis perſpicuis probari conuenit. C.de dolo.l.quoties §.qui dolo ff.de prob. Ex facto intelligitur, an quid dolo factum ſit, vt dicitur l.1.de doli excep. Quoties igitur dolus ceſſat, tunc hæc actio locum non habet. Exemplum eſt in d. l. 4. item ſi res §. ſi quis autem. Si quis ea valetudine ſit adfectus, vt ſuam cauſam non potuerit perſequi in iudicio, atque ideo ceſſerit ſuam actionem, non tenebitur hoc edicto: quia dolo caret. Aliud exemplum eſt in d. l. 4. Poteſt autem aliquis, &c. Si quis cum lites abhorreret, maluerit rem donare, non eſt improbandum eius conſilium verecundũ, nec poterit conueneri hoc edicto. *Verecunda cogitatio.* Sic legendum eſt, vt in Floren. non *Verecundia.* Si generaliter intelligeremus edictum, quoties quis transfert iudicium, iniquum eſſet omnib. caſib. dari hanc actionẽ. Aliud exemplũ eſt in l.ex hoc edicto.§.vlt.& ll. ſeq. Ex his cauſis edicto expreſſis, datur hæc actio. Addendũ eſt, & ſi vere deterior cauſa aduerſarij facta ſit. Verbis edicti ſignificatur tantum conſilium fraudis: ſed addendum, etſi re vera fraudatus ſit aduerſarius ob illã alienationem. Nam plerunque conſilium fuit fraudulentum: & tamen euentus non nocuit, quo caſu non datur hæc actio. Sic interpretatur edictum leg 2 Exemplum in l.8. Ex hoc edicto.§.ſi quis alienauerit. Pone aliquem mutandi iudicij cauſa alienaſſe rem quandam, deinde eam rem recepiſſe, an tenebitur? Si verba ſpectemus magis, quam mentem Prætoris, dicemus teneri, ſed dicendum eſt non teneri, vt ibi dicitur. Simile eſt in l.3 §.vlt. Exemplum eſt ſuperiori ſimile omnino. Pone aliquem alienaſſe iudicij mutandi cauſa, deinde paratum ſe oſtendiſſe ſubire iudicium rei vindicationis, & obtuliſſe ſe liti: tunc non intereſt actoris, qui vult hac actione experiri, cũ hic ſe liti offerat perinde, ac ſi rẽ adhuc teneret. Aliud exemplum eſt in l.4.item ſi res.l. Non ſolum. § vlt. ſi res non fuit actoris, nihil intereſſe eius poteſt rẽ non eſſe alienatã. Similiter ſi res, quę alienata eſt, perierit ſine culpa venditoris, non tenebitur quia eo caſu nec malæ quidem fidei poſſeſſor tenetur. l. item ſi. ff. de eo quod met.cauſ. hæ igitur ſunt cauſæ ex quib. datur hæc actio in factum ex alienatione iudicij mutandi cauſa facta, quæ actio ex hoc edicto conceditur in id quod intereſt. Ex quo apparet hãc actionem ex delicto dari ex dolo malo.l.7. hic, quia pertinet. Dolus enim malus delictum eſt. Itaque hæc actio in perſonam eſt, quia datur aduerſus eum, cuius perſona ex delicto obligata eſt.

Sequenti loco quæritur, *Cui &* contra quem detur. Et notum eſt ex iam dictis hanc actionem dari ei, in cuius fraudem res alienata eſt, aduerſus eũ qui alienauit. Eſt enim in perſonã. Datur autem aduerſus eũ qui alienauit dolo malo: non datur aduerſus eum, cui res alienata eſt, quia non eſt in rem, non perſequitur rem, ideo in perſonam eſt actio. & quæ habeat huiuſmodi naturam, ex §.omnium. Inſtit. de act. contẽdimus perſonam teneri ex dolo ſuo, ex delicto ſuo. Hinc quæritur ſi tutor pupilli, vel curator rem alienauerit iudicij mutandi cauſa, an detur actio ex hoc edicto? Quæſtio eſt hic in leg. 10. Nam etſi,§. ſi tutor. Reſpondet I. C. directam actionem non competere aduerſus pupillum vel furioſum: quia actio datur aduerſus eum qui dolo alienauit.

Digitized by Google

nam pupillus & furioſus carent dolo: ſed ob vtilitatem datur etiam aduerſus eos actio. Quod eſt intelligendum cū diſtinctione, quæ eſt in l. hæres. §. ſed & ex dolo. ff. de dolo. Ex ante dictis tit. Quando ex facto tut. vel curat. &c. Hinc quæritur, an hæc actio detur hæredibus & cōtra hæredes? Quæſtio eſt in dict. leg. 4. §. vltim. In hæredem eius qui alienauit non datur. nam rei perſecutoria eſt ex perſona agentis. Ideo dicitur hæredi dari quamuis ex delicto detur. ex parte enim, qui alienauit, eſt ex delicto, ideo contra hæredem non dabitur, ſicut de eo dicemus. ſeq c. Sequens locus eſt, *Quid veniat in hanc actionem.* Hac actione petitur id, quod noſtra intereſt, vt dicitur dict. l. 1. & 4. §. pe. Agitur hac actione in factum, id eſt, verbis conceptis in id, quod factum eſt quia hæc actio nullum proprium nomen habet, ſicut ſtipulatio: ſed agitur verbis conceptis in id quod factum eſt, vt ſæpe diximus. Quia plura ſunt negotia quam vocabula: nec poſſunt ſingulæ res ſuis vocabulis denotari. l. 2. & l. 3. de præſcript. ver. Idem dicitur l. 4. §. pe. datur ad id, quod intereſt, ideo ſpectandum an interſit actoris. vt ſi non interſit, non admittatur agendum. Exempli gratia, ſi res non fuit actoris, nō datur actio ex hoc edicto: quia etiam ſi alienata res non fuiſſet, non poſſet eam vindicare actor, quia eius rei dominus non eſt. Vnde dicitur rei perſecutoria l. 4. §. vlt. Is qui agit, perſequitur id, quod ſibi abeſt. Sic eſt intelligendū, quod dicitur de actione pœnali, & rei perſecutoria. §. pœnales. de act. in Inſtit. Pœnalis actio proprie dicitur, cum pœnalis eſt ex parte vtriuſque, vt actio furti, cum peto, quod mihi abeſt, nec alij adeſt. Sed aliquando eſt rei perſecutoria ex parte actoris pœnalis ex parte rei: vel contra, cuiuſmodi eſt hæc actio. Non eſt enim mere pœnalis. Is qui agit, perſequitur id quod ſua intereſt, alium aduerſarium datum eſſe. Ideo hæredi actio dabitur, ſed in hæredem non dabitur iuxta regulam, quæ traditur in §. non autem de perp. & tem. act. in Inſti. Quia petitur quod ei non adeſt. Pœna eſt ex parte rei, contra quem agitur. Hinc intelligitur quid petatur hac actione, nec id, quod intereſt, rem alienatam nō eſſe iudicij mutandi cauſa. Si hoc verum eſt, dixerit quis, cur reſtitutio dicitur hoc edicto permitti? id enim dicitur l. 1. C. *Permittitur*, inquit, *reſtitutio in integrum.* Quid ergo reſtituitur? Nō reſcinditur quod geſtū eſt, vt diximus in tit. de reſtit. & alijs. Hic nulla talis eſt reſciſſio. Sed ideo hoc edictum dicitur reſtitutoriū: quia actor reſtituitur, vt hac actione Prætoria vti poſſit, cum iure ciuili nullam habeat actionem aduerſus eum qui rem non poſſidet, nulla datur iure ciuili rei vindicatio. Hac de cauſa dicitur reſtitutio cōcedi hoc edicto. id expreſſum eſt l. 3. §. vlt. hoc tit. Quod diximus ex his verbis ſatis eſt perſpicuum. Reſtituit proconſul eum in cuius fraudem res alienata eſt, vt poſſit petere, quod ſua intereſt. Sic in actione de dolo & alia quæ propter reſtitutionem dantur, de quib. diximus ſuperiorib. tit. Actio de dolo ſæpe datur ad id, quod intereſt, etſi non reſcindatur, quod geſtū eſt: ſed reſtituitur actio ei, qui captus eſt, vt poſſit de dolo agere. Sic actio quod metus cauſa ad quadruplū dicitur reſtitutoria: quia reſtituitur actor, vt ea actione agat, cū iure ciuili omni actione careat, vt in actione de reſt. maior. Exēplū eſt in l. Iulianus. Ex quib. cau. maio. in integ. Cum quis reſtituitur, vt legatum capiat. Legatū eſt alicui, ſi in Italia maneat, nō fuit in Italia: reſtituitur, nō vt veteri actione agat, quæ ei nūquam competiit. Aget ex teſtamēto, ex beneficio Prætoris. Sic hoc edictū reſtitutoriū eſt: quia actor reſtituitur, vt poſſit agere ad id quod intereſt, cum alias iure ciuili non poſſit agere. Præterea reſtitutio quædam priſtini iudicij petitur. Petit enim actor ſe reſtitui, vt agere poſſit ad id, quod ſua intereſt rem non alienatam eſſe: ſed ſub conditione, niſi aduerſarius arbitratu iudicis priſtinam iudicij cauſam reſtituat. d. l. 8. §. vlt. Simile eſt l. 2. de eo, quod met. cauſ. vbi cauetur damnari in quadruplum reum, niſi rem metu ablatam reſtituerit arbitrio iudicis. l. item ſi cum exceptione, de eo quod metus cauſa. in his actionibus, & alijs, quarum mentio eſt in §. Præterea quaſdam actiones arbitrarias. de act. in Inſtit. Arbitratu iudex antequam ſententiam ferat quomodo actori ſatisfiat & reum obtemperantem abſoluat, non obtemperantem condemnet. Ab ea arbitrio dicuntur actiones arbitrariæ. Talis eſt hæc actio, vt apparet ex d. l. 8. Ex edicto. & l. 4. §. vl. hic. Vnde rē arbitrio iudicis reſtituens in priſtinam iudicij cauſam, abſoluitur. non ſatis eſt enim rem exhibere ſed oportet in eodem ſtatu exhibere, alias non dicitur priſtina cauſa iudicij reſtituta. Similis reſtitutio locum habet in act. quod metus cauſa. & act. de dolo, vt diximus d. tit. ſupra.

Proxima quæſt. eſt, intra quod tempus danda ſit hæc actio. Et dicitur l. 6. hoc tit. Hanc actionem poſt annum non dari. Idem dicitur de hac actione, in l. poſt venditionem. de aqua plu. arcen. *Eximendi iudicij cauſa.* Vocat ibi Pompo. quod hic nos mutandi iudicij cauſa. Sed vtilem annum hic accipere debemus. vt in omnib. reſtitutionib. quamuis alij diſſentiant, l. 1. ex quibus cauſ. maior. l. intra vtile. de minor. l. item ſi de eo. quod met. cauſ. Semper datur annus vtilis ad petendam reſtitutionem, cur igitur idem de hac reſtitutione non diceretur? Sed an hodie detur quadriennium ex l. vlt. C. de temp. reſtit. Dixi iam ante in tit. ſuperiori, omnib. reſtitutionib. præfinitum eſſe quadriennium continuum, loco vnius anni vtilis. Loquitur .n. generaliter de omnibus reſtitutionibus, quibus erat annus vtilis præſtitutus. Ergo dubium non eſt, quin ea conſtitutio etiam ad hoc edictum pertineat. De actione de dolo, aliud ius erat conſtitutum. Nam ei erat biennium conſtitutum: ſed loquor de reſtitutione minoris & alijs. Rationes etiam alias adduxi alijs locis, quibus probauimus Iuſtiniani conſtitutionem pertinere ad edicta, quibus datur actio reſtitutoria: & non tantum pertinere ad remedium reſcindens.

Poſtremus locus de alijs remedijs & iudicijs cū hac actione concurrentibus. Sunt enim aliæ actiones, & exceptiones, quæ cum hac actione concurrunt. In primis datur rei vindicatio aduerſus poſſeſſorē rei alienatæ, ex quacunque cauſa eam poſſideat. tit. C. eo. Poſſidebas rem meam: quia verebaris, ne eam vindicarem à te, eam alienaſti cuidam potentiori vt duriorem aduerſarium mihi opponeres, etſi mihi detur actio in factum aduerſus te ex hoc edicto ad id, quod intereſt: tamen poſſum rem vindicare à poſſeſſore. Non .n. ideo dominium transferre potuiſti, etſi eā vēdideris. Siquidem eius dominus nō eras. Ergo nihil prohibet me eam rem vindicare, tanquam dominus. Electionem habet dominus rei harum actionum, vt agat vel aduerſus poſſeſſorem rei, vel aduerſus eum, qui alienauit. Agit autem ex edicto in factum, ſi velit, nec ei poteſt obijci, quod aliā habeat actionem: quia potentiorem habeat aduerſarium. Hoc eſt intelligendum, niſi res vſucapta ſit ab eo, cui fuit alienata, d. l. 4. in princ. Si quis vendiderit rem meam, tametſi dominium non transferat, vſucapiendi tamen facultatem transfert: vnde ſi bona fide longo tempore poſſederit emptor, tunc rei vindicatio amplius non competit aduerſus eum: quia datur tantum aduerſus poſſeſſorem Domino. At ex poſſeſſore factus eſt dominus, ſi rem vſuceperit. Ergo eo caſu in rem actio non dabitur aduerſus eum, cui res alienata eſt: ſed ſupererit hæc ſola actio ex edicto aduerſus eum, qui ſe alienauit. Præterea aduerſus eum qui alienauit, datur in rem actio vtilis: quia dolo deſiit poſſidere. Directa actio datur aduerſus eum, qui rem poſſidet. Et in leg. officiū. de rei vindica. dicitur dari rei vindicatio aduer-

ſus

ſus quemque rei detentorem: ſed aduerſus eum, qui rem deſiit poſſidere, non datur. l. vltim. de rei vindic. Sed tamen ſi dolo deſiit poſſidere, perinde tenetur, ac ſi rem adhuc poſſideret, neque vnquam alienaſſet. l. parem eſſe conditione m. de reg. iur. l. qui dolo. eodem. l. ſin autē. §. ſed ſi is. de rei vindic. l. ſed etſi leg. §. proinde. de petit. hęre. Sed hic incidit magna & difficilis quæſtio, cur detur hæc actio ex hoc edicto, cum actor poſſit agere in rem, perinde ac ſi res alienata non eſſet. Dicimus competere hanc actionem in factum eo edicto ad id, quod intereſt rem alienatam non eſſe: ita vt quoties non intereſt, ceſſat hæc actio, vt iam diximus. Sed cum in rem actio detur aduerſus eum, qui alienauit dolo, quomodo poteſt dici intereſſe actoris rem non eſſe alienatam? Ideo dicitur intereſſe actoris rem non eſſe alienatam: quia potentior forte ei aduerſarius eſt oppoſitus, cum quo ei neceſſe eſt cum potentiori contendere: ſed hic neceſſe non eſt contendere cum eo, cui res alienata eſt: imo poteſt experiri cum eo ipſo, qui alienauit rem, perinde ac ſi rem adhuc poſſideret. Quid enim refert, an dolo deſierit poſſidere, an rem adhuc poſſideat? Non datur hæc actio aduerſus eum, qui alienauit rem, niſi dolo malo deſierit poſſidere. At quoties dolo alienata eſt res, datur in rem actio aduerſus eum, qui alienauit, perinde ac ſi rem adhuc poſſideret. Ergo non poteſt dici concurrere cum vtili actione in rem, actio ex hoc edicto. Ego exiſtimo horum iureconſultorum tempore, & prætorum, à quibus edicta hæc ſunt propoſita, nullam fuiſſe actionem aduerſus eum proditam, qui dolo deſierit poſſidere. Rei vindicatio dabitur aduerſus eum, qui rem poſſidebat. Hoc edicto aduerſus eum, à quo dolo malo fuerat quid alienatum, actio erat propoſita. Nulla igitur ex legib. vel edictis Prætorum actio vtilis in rem competebat aduerſus eum, qui alienauerat rem, qui poſſeſſionem tranſtulerat, etſi dolo fecerat: ſed interpretatione magiſtratuum & Iureconſultorum factum eſt tandem vt vtilis actio daretur aduerſus eum, qui dolo deſiit poſſidere. Omnes fatentur directam actionem non dari, idque ſatis etiam colligi poteſt ex l. 3. §. vlt. Vtile, neque directo iure, neque ex lege, neque ex verbis edicti talis actio datur. Sed nullus locus id apertius oſtendit, quam Pauli in l. ſin autem. § Sed & is. de rei vindi. Iureconſul. his verbis ſatis oſtēdit, edicto quo ſpecialis in rē actio eſt propoſita, id non fuiſſe expreſſum, vt daretur in rem actio aduerſus eum, qui dolo deſiit poſſidere. In Senatuſcon. de petitio. hæredita. id fuarat expreſſum, ſcilicet vt non minus teneretur is, qui dolo deſierat poſſidere, quam qui poſſideret. Non fuit abſurdum, inquit, ad ſpecialem actionē id producere, quod dicitur rei vindicatio: ſed oſtendit nullo ſenatuſconſulto, nullis legib. id expreſſum fuiſſe. Ideóque dicitur vtilis actio, quamuis nullis legum verbis detur: tamen ex interpretatione iuriſconſult. datur, quia datur deficiente directo iure, propter vtilitatem aliquam interpretatione prudentum. Vnde mirum non eſt, ſi Prætor propoſuerit hanc actionem, quaſi maxime intereſſet actoris ſibi aduerſarium non oppoſitum, quaſi actio nulla eſſet propoſita, edicto aliquo, vel lege. Tempore horum Iurecon. nōdum certum erat actionem vtilem competere. Actiones vtiles erant, quæ nullis legibus dabantur: quod oſtendi in explicatione l. cum filiusfa. de verb. oblig. & in explicatione antimoniæ l. ſi fideiuſſor. de dolo malo. & d. l. cum filiusfa. de verb. oblig. vbi in vno locu dicitur, actionem vtilem dari: in alio actionem de dolo. Vnde dicitur ob hāc cauſam in l. 3. §. vlt. quod ſi hoc caſu ſubire paratus ſit reus vtile iudicium in rem: nihil intereſt actoris hac actione ex edicto experiri. Igitur denegandam actori actionem. Quare ait, *Quo caſu velit reus ſubire iudicium vtile.* Quia certi iuris nondum erat, nec quod de actionib. vtilibus ſcriptum erat, nihil certo iure ſtatutum erat. Igitur inquit, *Si velit reus ſubire vtile iudicium.* quia forte non poterat cogi: ſed ſi reus velit ſubire vtile iudicium, denegabitur hæc actio ex edicto actori, quia tunc nihil intereſt actoris, alium aduerſarium oppoſitum ei eſſe: tunc certe ob hanc cauſam deneganda eſt ei hæc actio. Ergo, dixerit quis, huic actioni ex edicto locus hodie non erit: quia certum hodie eſt vtili actione in rem poſſe agi aduerſus eum, quod dolo poſſidere deſiit, quamuis tempore horum iureconſ. incertum illud eſſet. Reſp. huic quæſtio. videndum eſſe an aliquo caſu poſſit actoris intereſſe, re iudicij mutandi cauſa alienata hac actione ex edicto experiri: ſi poſſit eſſe caſus, in quo nō conſulatur actori hac vtili in rem actione, locus erit huic actioni ex edi. Puto reperiri talem caſum poſſe, veluti, ſi ponamus ex parte actoris alienationem factam. Dixi hoc edictum pertinere ad alienationem ex parte actoris, non minus quam ex parte rei l. 10. cum miles. hic quamuis crebriora exempla occurrant de reo. Si is qui acturus erat aduerſus me propter controuerſiam de re aliqua, eam actionem alienauerit militi. d. l. cum miles. adhuc eſt confugiendum ad hāc ex hoc edicto actionem. Ponamus me poſſidere rem alicuius, in cuius fraudē res eadem alienata eſt. Poſſidēti non dabitur rei vindicatio: ſed aduerſus poſſidentem. Controuerſia erat futura inter me, & te. tu eras rem vindicaturus à me: ſed iudicij mutādi cauſa ceſſiſti militi, aut potentiori actionem, quam tibi dicebas aduerſus me competere, vt aduerſarium mihi potentiorem opponeres: ſi mea intereſt aduerſus te ſaluam actionem eſſe, qua actione agam? Nulla mihi actio in factum ex hoc edicto eſt. Directa rei vindicatione non agam: quod rem ipſe poſſideam. Rei vindicatio enim denegatur ei, qui poſſidet: ſed tamen mea intereſt actionem à te non eſſe alienatam, qui oppoſuiſti mihi potentem aduerſarium, qui mihi plurimum negotij eſt exhibiturus. Igitur neceſſaria erit actio in factum. Denique quoties caſus inciderit, in quo intererit actoris, vel rei hanc actionem eum ſaluam habere, ea experiri poterit, cuiuſmodi caſus multi effingi poſſunt, & occurrere. Addendum eſt etiam actionem competere ob eandem cauſam. partim ex lege Licinia, partim ex prætoris edicto. l. vlt. hic. Licinia cautum eſt, vt ſi quis vitandi iudicij cōmuni diuidundo cauſa rem alienauerit, non experiatur commu. diuid. iudicio. Exemplum hoc adfert ibi Martianus, Si quis habens rem communem vendiderit partem ſuam potentiori, vt is ſuperior ſit in licitatione. Sæpe enim vni ex ſociis adiudicatur tota res. Tota res adiudicatur ei, qui maius pretium adfert. Hic igitur vēdit partem ſuam potentiori, vt ſuperior eſſet in licitatione, vt aduerſarius non auderet contra licitari. In fraudem igitur proponitur hæc alienatio facta: & lis magis, quam res tranſlata. Cautum igitur eſt lege Licinia, vt ei, qui alienauit partem ſuam iudicij mutandi cauſa, denegetur actio: & ſi agat commu. diuid. iud. exceptione ſummouetur. Lex Licinia vetat experiri eum, qui alienauit iudicij mutandi cauſa. De eo, qui alienauit, nulla eſt dubitatio: ſed de eo, cui ceſſa eſt actio, poteſt quæri. Et ait Martianus, ex hac parte edicti vetari agere eum, cui res alienata eſt, ſed non lege Licinia. Lex Licinia auferr tantum actionem ei, qui alienauit actionem iudicij mutandi cauſa. in verſus. Sed ipſe. ſic legendum eſt ex Florent. in aliis libris legitur: ſed & ipſe. Multum enim intereſt inter vtranque lectionem. Videtur partim ex lege Licinia denegari actionem, partim ex edicto Prætoris dari exceptionem ei, cui ceſſa eſt actio. Exemplum non diſſimile eſt in d. l. cum miles. Si donata ſit res militi iudicij mutandi cauſa ab eo, qui acturus erat: qui erat rem petiturus, & miles litigare velit vel agat, ſubmoue-

ſtatum earum. Vnde dubitari poteſt quomodo ea verba debeemus accipere. Et quidem ebittum cuiuſcunque dignitatis eccipere debemus. Cum igitur Prætor ait, *Qui*, nos accipimus cuiuſcunque dignitatis ſit, etſi conſularis ſit. Sed quid ſi conſul ſit? quid ſi magiſtratu fungatur? Si Prætor arbitrium receperit, non cogetur ſententiam dicere. Quamuis enim generaliter Prætor loquatur: tamen conſtat hunc excipiendum eſse, nam ratio non permittit vt complectatur conſul ent Prætor: quia cogi non poſsunt ab alio magiſtratu. Par enim in parem non habet imperium. l. ille à quo. §. vlt. ad Senatuſ. Trebel. Sed inferiores cogi poſsunt. Hæc Prætor non expreſſit edicto, non enim erat neceſse. Intelligebat eſse eruditi cuiuſque cum hac exceptione eſſe intelligendum. Ex eodem edicto oritur quæſtio de filiofamil. l. 5. hic. Quid ſi ſit filiusfa. qui arbitrium receperit, an cogatur ſententiem dicere? ait Iureconſ. cogi. Ergo nihil refert an ſit filiusfam. an paterf. Hoc eſt quod alibi dicitur filiumf. in publ. cauſ. locum patrisfa. obtinere. l. filiusfam. ſupr. de his, qui ſunt ſui. Idem l. air Prætor. §. vlt. de iudiciis. Simile l. nam quod. ad Senatuſc. Trebell. Publicam cauſam hic intelligerem iudicium, aut publicum munus. l. in priuatis. & l. ſeq. de iudic. Cum ergo de iudicio agitur, filiusfam. hebetur loco patrisfam. Addidit Gaius hic l. 6. Quinetiam & de re patris dicitur filiumfam. arbitrum eſse poſse. nam & iudicem eſse poſse pleriſque placere. Dubitatio tamen naſcitur ex eo, quod dicitur l. pen hoc tit. Non poteſt quiſquam atbiter eſse de re ſua: ſed cur conſenſu non poteſt eſse iudex in re ſua? Ratio, inquit ibi Martianus, non permittit ſe facere iubere. Vnde videbatur idem de patre & filio dicendum: quia pro eadem perſona hebẽtur. l. vlt. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. Sed reſpondent non haberi pro eadem perſona, in his, quæ ſunt pub. iur. Ius patriæ poteſtatis non habet locum in his, quæ ſunt publici iuris. Huc pertinet dic. l. in priuatis. de iudiciis. vbi dicitur, in priuatis patrem filius. vel cõtra, iudicem habere poteſt. Senſus eſt horum verborum vt ſæpe docui, quamuis negotium ſit priuatum, de quo agitur, non publicum: tamẽ iudicare eſt munus publicum: & muneris pub. vt colligitur ex l. vlti. §. iudicandi. de munerib. In his autem, quæ ſunt publici iuris non ſpectamus patriam poteſtarem. Ideoque non perinde habendum, ac ſi vna ac eadem perſona eſſet. Simile eſt in l. ille à quo. § vlt. ad Senat. Trebel. Ego in interpretatione huius loci, docui ante multos annos id ita accipi: niſi ſuſpectus ſit filius in cauſa patris. Nam ſi aduerſarius eum ſuſpectum habeat, poteſt eum recuſare iudicem. Iudices enim recuſantur ſi ſuſpecti ſint. Magnifici quidam obiiciunt noſtram ſententiam non poſſe defendi, quia, inquiunt, de hac re nemini dubium eſt, ſuſpectum iudicem recuſari poſſe. Interpretantur d. l. in priuatis. id eſt, in domeſticis. Sed ſic interpreteri delirare eſt. Cauſa dubitationis erat, etſi conſenſerit aduerſarius in talem iudicem, tamen non videbatur valere iudicium, vel arbitrium, quia iudex non poteſt quis eſſe in cauſa ſua. leg. penult. hic. Ratio non patitur vt pro ſe. vel contra ſe ſententiam dicat. Idem videbatur dicendum ſi ſit iudex in cauſa patris, qui habetur pro eadem perſona, vt cum patri iubet, ſibi videtur iubere. Sed reſpondet iudicandi munus publicum eſſe. Et dubitatum fuit de arbitro, qui conſenſu litigatorum ſemper eligitur. Cur ergo non dubitatũ de iudice fuiſſet? Et ſemper admonui duplicem eſſe quæſtionem, quam vulgo perperam confundunt. Vna quæſtio eſt, an iudex poſſit eſſe filiusfam. in cauſa patris. Altera eſt, an poſſit recuſari ſi ſuſpectus ſit, & ſic interpretor dict. l. In priuatis. vt poſſit eſſe iudex: ſed recuſari poſſe. l. qui iuriſdictioni præeſt. ſupra de iuriſdict. Interpretatus ſum ſupra quæ hic obiiciuntur. Ait Prætor in edicto, *Qui arbitrium*. Inde quæritur de conditione perſonarũ, an nihil referat cuius cõditionis ſint arbitri. Quæritur de famoſo, de ignominioſo. l. 7. Pedius. In pleriſque reb. refert, an quis ſit libertus, an ingenuus. C. ad leg. Viſcel. De famoſo certũ eſt ei non patere aditum ad dignitatẽ l. 2. C. de dignitati. Inde dubitatũ eſt, an cogatur ſententiã dicere. Hoc fit propterea quod conſenſu legatorum eligũtur arbitri. Nihil refert cuius conditionis ſint arbitri. Hinc differentia colligitur iudicis & arbitri, nihil enim refert, an arbiter ſit infamis an non: in iudice multum refert. l. Cum Prætor. de iudiciis. l. 5. de ſenato. De ſeruo quæritur. & certum eſt ſeruũ nõ poſſe arbitrum eſſe, vt dicitur in dict. l. Pedius, §. in ſeruũ. Sed quæſtio eſt, ſi in ſeruum & liberũ ſit cõpromiſſum, an valeat? Iuliani ſententia eſt, ſerui arbitriũ nullum eſſe. Sed an etiam liberti? Iureconſulti dicunt nõ valere arbitriũ, ſed cur ita? Vulgo dicimus. vtile per inutile nõ vitiari. Doctores brocardici nõ poſsũt ſe expedire: & hunc locum tractant ad l. 1. de verbo. oblig. Hic vtile per inutile vitietur. Duo ſpectantur hoc loco: vnum eſt vtile: alterum inutile. Compromiſſum in Titium eſt vtile, & tamen vitiatur propter arbitrium ſerui. Ergo fallax eſt regula brocardica & quolibetica Semper ſpectanda eſt ratio in qualibet ſpecie: ſicut hæc ſpecies nos admonet. Cur vtriuſque arbitrium non valet? Litigatores elegerunt duos arbitros, ſeruum & liberum. De ſeruo non eſt dubitatio: ſed liberti arbitrium an non valeat quoque. Et iniquũ id eſſet, quia ſolus forte nõ recepiſſet arbitriũ. Sæpe quis arbitriũ recipit cum alio, quod ſolus nũquã vellet recipere. Recipit cũ alio, qui nõ poteſt iudicare propter cõditionẽ ſuam: ſi ſolus cogeretur iudicare, afficeretur iniuria. Imo ne quidem volẽs ſolus iudicare poteſt. Ratio eſt, quia litigatores forte ſe non ſubieciſſent eius ſolius arbitrio: forte non elegiſſent Titium ſolũ. Hoc plerunque accidit vt ſi ſententiam ſolus cogeretur dicere, afficeretur iniuria. Diximus hãc voculã *Qui*, ſic accipiendam eſſe, vt de perſonis idoneis tãtũ intelligatur. Sũt enim quos cogere non licet ad iudicandum. Alij, qui nec iudicare poſſunt. De his prætoris edictũ intelligi non poteſt, cuiuſmodi quædam exempla adduximus. Aliud exemplũ eſt in l. 9. Sed & ſi in ſeruũ cõpromittatur. §. 1. hic. de pupillo, ſurdo, muto, furioſo, & ſimilibus, qui iudicio carent: in eos nõ recte cõpromittitur, tantum abeſt, vt cogantur iudicare. Simile eſt in leg. cum Prætor, de iudici. vbi dicitur, has perſonas prohiberi iudicare: quia iudicio carent. Dubitari poteſt de minore vigintiquinque annis, qui pubes eſt. hic. n. de pupillo loquitur. Et dicendum, ſi receperit arbitrium, arbitrij receptionem valere: ſed reſtitui poteſt, ne cogatur iudicare. l. 41. Cũ lege. Si minor ſit vigintiquinque annis, ait nullum eſſe cõpromiſſum, argumentũ ducit ex l. Iulia iudiciaria. Producit ad arbitrium quod de iudice ſcriptum eſt l. Iulia. Hæc eſt lex Iulia, de qua attigimus nonnihil in l. 2. de iudic. Mẽtio huius legis fit apud Gellium lib. 14. ca. 2. Si minor annis viginti iudicium receperit, valet iudicium, niſi reſtitutionem impetrauerit. *Auditorum*. Hoc verbum plerumque refertur ad iudicia. l. lecta, de rebus credit. Addendum eſt id, quod de muliere ſcribitur in l. vltim. Cod eo. Compromiſſum non tenet cum mulier recepit arbitrium. de hoc alio loco dicemus. Quæritur etiam de eo, qui iudex eſt, qui cognoſcit de re aliqua, an arbitrium poſſit recipere? d. l. Sed & ſi in ſeruum. §. Sed ſi quis iudex. hic. ſed eadem lege Iulia iudiciaria prohiberi arbitrium recipere, nedum dicere ſententiam Vlp. ait. hoc enim non conuenit iudicis officio. Quæſtio eſt apud Gell. lib. 14. ca. 1. an conueniat iudicis officio iudicis perſonam deponere, & pacificatoris perſonã ſuſcipere. Quæſtioni huic apud Fauoniũ facile reſpõdatur, pacificatoris perſonam ſuſcipere poſſe, ſed non arbitri. id etiam expreſſũ eſt Nouellæ Iuſtiniani, vt differ. iud. & dicemus ſequẽti

Par in parẽ non habet imperium.

l

Digitized by Google

cap. Sequitur in edicto, *Qui arbitrium receperit.* Hęc verba interpretatur Vlpi. in l. 13. Pomponius §. Recepiſſe. hic. Is demum arbitrium recepiſſe dicitur, qui iudicis partes ſuſcepit. Cum litigatores adeunt aliquem, & ille ſuſcipit arbitriũ, & pollicetur ſe ſententia ſua finẽ controuerſiæ impoſiturum: tunc demum partes ſunt Prætoris, vt cogat eum ſententiam dicere, alias non creditur arbitrium ſuſcepiſſe. Ergo fungitur iudicis officio, qui arbitrium ſuſcipit, & ideo iudex arbitrarius dicitur. l. cum ante. Cod. eod. Igitur non eſt credendum aliquem arbitrum eſſe: niſi polliceatur ſe controuerſiam finiturum. leg. Societatem. §. Arbitriorum. Pro ſocio. Non ſufficit conſenſiſſe. Duo coeunt ſocietatem, non conuenit de partibus, volunt partes ſocietatis conſtitui arbitrio Neruæ. Eſt aliud arbitrij genus, quod huc non pertinet. Ponamus conſenſiſſe eum in cuius arbitrium res collata eſt, non pertinet ad hoc edictum. Nam loquitur de eo arbitro, qui iudicis partes ſuſcipit. Valde inepta eſt diuiſio eorum qui diſtinguunt arbitrum ab arbitratore. Vterque enim recte dicitur arbiter. Arbitrorum duo ſunt genera. Vnus, in quem compromittitur, qui ad hoc edictum pertinet. Sed ſi duo rem aliquã committant arbitrio Neruæ, non ideo Nerua ſuſcipit partes iudicis, etſi conſentiat, nec vlla eſt inter eos lis. Verba ſequentia, inquit, oſtendunt edicti verba eſſe accipienda de arbitro, qui officium iudicis ſuſcipit, cũ prętor loquitur de eo, qui recipit arbitrium, nec eſt intelligendum de eo, qui interuenit inter eos. Sequitur in edicto, *Pecunia compromiſſa*, ſic eſt legendum in edicto, In aliis legitur, pœna. Ait Prætor, compromiſſa pecuniæ: non ait ſimpliciter coacturum eum ſententiam dicere, qui arbitrium recipit, ſed qui recipit compromiſſa pecunia. l. litigatores. Sed cur hæc addidit Prætor? Quantum interſit, an pecunia ſit compromiſſa, an non, colligitur ex leg. 3. §. 1. vbi Iureconſultus oſtendit conſilium Prætoris, qui edictum propoſuit. Ergo duplex eſt ratio huius edicti, quia, inquit, ſtudet lites finiri, quia videt hoc maxime pertinere ad publicam vtilitatem vt lites finiantur. Breuiter Prætoris officium eſt velle lites finiri. l. quidam. de rebus creditis. Item quia non debent decipi hi, qui eum tanquam virum bonum inter ſe elegerunt: ſed ratio ceſſat in eo, qui recipit arbitrium, nulla pœna compromiſſa. Quia ex ſentẽtia arbitri non naſcitur actio vel exceptio l. 2. hic. Sententia arbitri eſſet eluſoria, ſi damnatus parere nolit. Lites non finirentur: ſed augerentur. Hoc fuit conſilium Prætoris vt finiantur lites. Vnde Prętor exiſtimauit ad curam ſuam pertinere, vt cogat ſentẽtiam dicere eum, in quem compromiſſum eſt. Merito igitur addidit Prætor, *Qui arbitrium receperit pecunia compromiſſa.* Hęc verba Iureconſulti interpretantur in l. litigatores. & legib. ſeq. & ita interpretantur, vt omnia ad hunc ſcopum referant, ne ſit inefficax, ne ſit eluſoria. Ob rationem, quam dixi, in iudicibus datis hoc nõ ſpectatur, vt dixi in l. eum, qui. ſupra de iuriſdict. cogit iudicem dicere ſententiam Prætor, & eius ſententiam exequitur. l. à Diuo Pio. de re iud. Exẽplis demonſtratur. l. 11. litigatores. & l. ſeq. Iureconſulti interpretantur verba edicti. Ait Prætor, *pecunia.* Quid ſi fundum, aut equum promiſerit? Ait Iureconſultus nihil referre an pœna nummaria, an alia ſit res promiſſa loco pecuniæ. Pecunia plerunque nummos ſignificat. leg. pecuniæ verb. de verb. ſigni. Sed late accipimus hoc verbum in edicto, ita vt prætoris ſententiam, ad quam ſpectauit, nobis proponamus. in d. l. litigatores. §. 2. verſ. Proinde & ſi alter rem, alter pecuniam promiſit, &c. Hic diſtinguitur res à pecunia, quamuis rei appellatio generalis ſit. l. rei appellatio latior eſt, quam de verb. oblig. ſicut in l. naturalis. de præſcr. verb. Nihil etiam refert, an maior, an minor pœna promiſſa ſit, quam res eſt de qua quæritur. Præterea nihil refert, an certa ſit, an incerta pecunia quæ compromiſſa eſt. Litigatores adeunt arbitrum, compromittunt pecuniam incertam ſe ſoluturos, quanti intereſt, niſi arbitrio paruerint, valet compromiſſum, de quo tamen dubitari potuit; multo firmius eſt compromiſſum, cum certa quantitas promittitur quam [illegible] incerta. Cum enim promittitur, quanti intereſt, cogitur docere intereſſe, cuius difficilis eſt probatio. l. vlt. de præto. ſtip. Sed tamen quia poteſt peti quod intereſt, ideo plenum eſſe viſum eſt compromiſſum. Sed quid ſi ſimpliciter promiſerit ſtare ſententiæ, an cogatur arbiter arbitrari? Quæſtio difficilis. l. 47. dicẽ proferre hic. Si litigatores elegerint arbitrũ, nulla pœna compromiſſa, ait Iureconſultus fore incerti actionem aduerſus eos: & peti id, quod intereſt. Id enim incerti actione petitur. l. vltim. ſi quis in ius vocat. Si quis factum promiſerit, perinde habetur ac ſi id, quod intereſt promiſiſſet. l. ab alio. de re iudicata. Ex hoc loco colligo, ſi promiſerint litigatores ſimpliciter ſine expreſſa certa pœna, vel pecunia, vel eo quod intereſt, ſtare ſententiæ arbitri, & arbitrum cogendum ſententiam dicere. Hoc enim ſatis exprimitur hoc loco: ambiguum tamen eſt quod hic dicit Vlpianus, poteſt dixiſſe hoc, vt oſtendat valere ſententiam eo caſu: ſed cogi non poſſe. Sed mihi videtur probabilius interpretatione producẽdum, vt cum Prętor ait, *pecunia compromiſſa*, ſic interpretemur non tantum ſi pœnã, ſed & id quod intereſt promiſerit. Idem ſi promiſerit ſtare ſententiæ: quandoquidem qui promiſit ſtare ſententiæ, creditur id quod intereſt promiſiſſe. Facti enim obligatio continet id quod intereſt. Diſſentiunt autem quidam eruditi, atque inquiunt ſe moueri quod de pœna loquatur prætor: Verũ fefellit eos editio Norica: in libris enim Florentinis legitur in edicto, *pecunia compromiſſa.* ſane poteſt pecunia tanquam pœna promitti: & poteſt promitti tãquam id, quod intereſt. *Sed ſi pœna.* Iureconſultus animaduertit locum non eſſe dubitationi, cum pœna vtrinque compromittitur: ſed etſi id, quod intereſt promittitur, valet compromiſſum. Deinde eo ventum eſt, vt nihil interſit an expreſſim promittatur id quod intereſt, an tacite: nã ad id, quod intereſt ſemper obligatur, qui factum promittit, ſecundum regulam, quæ traditur, in obligationibus facti ſuccedere id, quod intereſt. Ait Prætor in hoc edicto *Compromiſſa*, an hoc de pacto intelligendum ſit? Ait Iureconſultus de ſtipulatione accipiendum: ſic plerunque accipitur promiſſum. §. ſi ſcriptum. De inutilib. ſtipula. Inſtit. Pollicemur vltro, promittimus rogati, inquit Donatus in Terentium. Producitur autem longius, quamuis de ſtipulatione intelligatur. Idẽ enim de quacumque conuentione dicendũ eſt. Eadem vis eſt, & non debemus verbis inhærere: ſed ſententiã ſemper ſequi. l. Non aliter de legat. 3. Quoties apparet eandem vim pacti eſſe, quæ eſt ſtipulationis. Plerumque par eſt vis pacti, atque ſtipulationis in hac re. Cum tres litigatores eſſent promiſſuri, 100. aureorum ſummam, tandem cõuenit, vt ſi quis non paruerit ſentẽtię arbitri, alter ab altero non petat 100. aureos, quos ei debet. Ait Iureconſ. cogendum eſſe arbitrum, vt ſententiam dicat. Dicitur enim compromiſſum pacto, quod ſtipulationis vim habet, ſic videtis à verbis recedi propter mẽtem legiſlatoris. Dixi facilem eſſe explicationem edicti his, qui ſpectant ſcopum, ad quem reſpexit Prætor in hoc edicto proponendo. Si enim cogatur metu pœnæ arbitrio ſtare, vel pecuniæ, hic proſpectũ eſt ſatis ei rei, cum alter alterius eſt debitor. Si promiſſa ſit ſub cõditione pecunia, non eſt certum efficacem fore ſententiam, propter conditionem: quia ſuſpenditur pœna. ſemper videndũ ne inefficax ſit ſententia. Idem in alio exemplo diſtinguitur. l. 32. Non diſtinguemus. §. Si mulier. hic. Mulier non efficaciter intercedit. & ideo ſi alieno nomine cõpromiſerit, non tenebit compromiſſum. Deinde ait Prætor,

Eius quod intereſt difficilis probatio.

Facti obligatio continet id quod intereſt.

Digitized by Google

Prætor, *compromiſſa*, non ait promiſſa. ſignificat vtrinque promittendam eſſe pecuniam. ſic interpretatur d. l. litigatores. §. Quod ait prætor. & §. Idem Iulianus ſcribit, Si vnus promiſerit pœnam, alter non, ait non cogendum eſſe arbitrum ſententiam dicere. Poſſet enim is, qui non promiſit, non parere ſententiæ, & Prætor nō interponit authoritatem, niſi metu pœnæ parere compromiſſum ſit. Hinc quæſtio naſcitur tractata in leg. Pomponius. §. 1. Quæſtio eſt difficilis & ſubtilis. *Ego ſi de meis ſolus*, id eſt de meis ſolis actionibus, quæ mihi competebāt aduerſus te: de tuis aduerſus me non compromiſſum eſt. Item à te ſum ſtipulatus pœnam: tu non à me, quæritur an valeat compromiſſum? *Videndum*, &c. Refert Vlpian. verba Pomponij, quibus oſtendit ſe exiſtimare non eſſe compromiſſum. *Sed cui rei moueatur*. Hæc addidit Pomponio Vlpianus diſputans de eo edicto Pomponij. Cur Pomponius exiſtimauerit compromiſſum non eſſe, an quia tantum de meis compromiſſum eſt, nulla eſt ratio: quia de vna re licet compromittere. Licet enim mihi de controuerſiis meis cōpromittere. Ergo ob hanc rationem Pomponius non recte dixit, compromiſſum non eſſe. *Si vero ideo, quia ex altera*. Si Pomponius eo motus eſt, quod vnus eſt ſtipulatus pœnam, alter non eſt ſtipulatus. ratio eſt, *Quamquam ſi petitor ſit qui ſtipulatus eſt*. Hæc diſputandi gratia adiiciūtur. Quæritur, an in ſpecie Pomponij ideo non ſit compromiſſum, quia vnus tantum compromiſit. Eſt, inquit, ratio, quia prætor agit de pecunia compromiſſa ex parte vtriuſque. Poteſt tamen dici, inquit, *Si petitor ſit qui ſtipulatus ſit, &c.* Exempli gratia: Peto 100. ex cauſa mutui, lis eſt inter nos, eligimus arbitrum. ſtipulor à te pœnam, ſi non parueris arbitrio. tu à me non ſtipularis, ſed paciſceris de non petenda pecunia, quam mihi debes. Si ego arbitrio non paruerim, probabiliter dici poteſt plenum eſſe compromiſſum. In primis petitori conſulitur, ſi reus nō paruerit: quia habebit actionem ad pœnam ex ſtipulatu. Reo vero conſulitur per exceptionem pacti. Nam cum peto centum ex cauſa mutui, & conſentio in eam pecuniam, video tacite conſentire, vt ea pecunia non petatur ſi reus fuerit abſolutus. *veluti, pacti*. ſic eſt legendum vt in Florent. in Norico deeſt, veluti. In hac ſpecie videtur ſatis eſſe, ſi actor tantum ſtipuletur pœnam. Conſulitur enim reo per exceptionem, ſi ab actore denuo poſt abſolutionem conueniatur. actor enim habebit actionem ex ſtipulatu ad pœnam, ſi reus arbitrio non paruerit. *Sed id verum eſſe non puto*. Hic cōcludit, verum eſſe non puto. id eſt, non puto plenum eſſe compromiſſum in hac ſpecie: cum vnus tantum pœnam ſtipulatus eſt. *Neque enim ſufficit, &c.* Non obſtat quod dicitur, reum habere exceptionem aduerſus actorem, quia hoc non ſufficit, vt agi poſſit arbiter ad ſententiam dicendam. Nam Prætor requirit ſtipulationem pœnæ vtriuſque, & pecuniam vtrinque compromiſſam eſſe. Sed difficultas naſcitur ex eo, quod per hanc exceptionem pacti, perinde reo conſulitur, atque actori per ſtipulationem pœnæ. & hoc videtur reo ſufficere. Quid ergo nocet in hoc caſu, quod plenum non ſit compromiſſum? Et auget difficultatem d. l. litigatores §. Interdū. Duo litigatores pacti ſunt, ne alter ab altero petat. pactum tantum prodeſt ad exceptionem: & tamen ait valere compromiſſum. Quid eſt ergo quod Vlpianus ait exceptionem hoc caſu non ſufficere? Hæc videntur mirabiliter pugnantia. Dicam breuiter quod ſentiā. In hac ſpecie quā tractamus, l. Pōpon. ideo cōpromiſſum non valet, quia nulla eſt pœna ex parte actoris: Prætor vult vtrinque pœnam promitti: hic reus tantum actori pœnam promiſit: non actor reo. Edictum pertinet ad finiendas lites, vt metu pœnæ cogantur litigatores ſententiæ ſtare. Periculum eſt ne is, qui pœnam non promiſit, non ſtet ſententiæ arbitri. In dicta l. litigatores. §. interdum. vere pœna eſt. Non eſt quęſtio, an pœna hinc inde interuenerit: ſed de pacto eſt quęſtio. In edicto dicitur, *Pecunia compromiſſa, &c.* Vult Prætor pœnam cōpromitti hinc inde per ſtipulationem: quia dixi hoc verbum *Promittendi*, ad ſtipulationem pertinere. Vnde duplex eſt quæſtio in hoc loco. Prima an hinc inde ſit pœna compromiſſa. Deinde an per ſtipulationem, an per pactum ſit promiſſa. In dicto §. interdum, conſtat vtrinque eſſe pœnam, ſed quia pactum tantum interuenit, dubitatur an valeat compromiſſum. Species hęc eſt: Duo elegerunt arbitrum, agebant de compromittenda pecunia, tandem in mentem illis venit, alium alij mutuo debere. Sic autem pecuniam illam, quam alter alteri debebat, pacti ſunt ne petant. loco pœnæ, factum eſt pactum de non petenda pecunia. Erant ambo mutuo debitores. Pactum eſt interpoſitum de pecunia debita non petenda. Videtis vtrinque eſſe pœnam amiſſionem pecuniæ: ſed pactum eſt conuentum ne eo nomine detur actio. Quæritur, an valeat compromiſſum. Ait valere: quia pactum eandem vim habet, quam habet hęc ſtipulatio. Quid enim refert, an ſoluam pecuniam, quam debeo, an mihi remittatur? Igitur ex ſentētia edicti magis, quam ex verbis dicitur hic eſſe compromiſſum. Nō quod ſine pœna valeat compromiſſum: ſed quod nudo pacto hic promiſſum eandem vim habeat, quam haberet ſi ſtipulatio interceſſiſſet. Sed dixerit quis, ſatis eſſe conſultum reo, in l. Pomponius. per exceptionem pacti. Si id ita ſit. quid opus eſt ſtipulatione pœnæ? Ego reſpondeo, & ex eo quod iam dicam, pendet explicatio huius difficultatis. In hoc edicto inſpicimus an lis ita finita ſit, vt litigatores cogantur ſtare ſententiæ metu pœnæ, non inſpicimus an alter alteri debeat, an nō: ſed an ſit lis acceptura finem. Propoſitum eſt hoc edictum tollendarum litium cauſa. dict. l. litigatores. §. 1. & l. 41. quamuis. hic. Inſpicimus an lis ſit finem acceptura, vt cogitur is, qui victus erit, ſententiæ parere arbitri, metu pœnæ. Fieri poteſt vt ita fiat compromiſſum, vt is pro quo ſententia fertur, nihil debeat effectu, quia forte habeat exceptionem pacti: ſed non ideo dicitur lis finita. Is qui habet exceptionem iudicati, habet exceptionem litis finitæ. Galli noſtri vocant, *Fin de non receuoir*. quod non poſſumus dicere de exceptione pacti. Multū enim intereſt inter exceptionē pacti, & exceptionē rei iudicatæ. Loquitur hic Iureconſ. de exceptione pacti, quę nō poteſt dici lis finita. Ergo inſpicimus, an lis veriſimiliter ſit finē acceptura, ſaltē metu pœnę. Cōſiderauit Prętor cogi litigatores metu pœnę ad obtēperandū ſententiæ arbitri, neceſſitate conditionali, quam cauſatiuā vocamus. Igitur reſpondeo, per exceptionem pacti, de qua loquitur lex noſtra, Prætoria edicto non eſſe ſatisfactū. Tametſi reus habeat exceptionem pacti non ideo lis finita eſt. Non poteſt reus ſummoueri ab agēdo, perinde ac ſi eſſet exceptio rei iudicatæ. Nō eſt pœna aliqua, cuius metu poſſit deterreri à lite actor. Id quod facile ex mente Prætoria colligemus. Quæſtio pēdet ex interpretatione verborum edicti. Si inſpiciamus quodnā fuerit conſilium Prætoris, facile nos explicabimus non ſimpliciter velle Prętorem pœnam promitti: ſed hinc inde. Hinc dico ex ſententia Prætoris, ſi hinc inde interuenerit ſtipulatio ſine pœna, non valere compromiſſum. Et ſi alter alteri promiſerit ſoluere pecuniam, de qua lis eſt, ſi ſententiæ non ſteterit, non valet compromiſſum. Prætor enim vult pecuniam tanquam pœnam promitti. Si promiſerit quis ſimpliciter ſtare ſentētiæ arbitri, valet quidem compromiſſum, quia tenebatur ad id, quod intereſt: ſed cum nihil aliud in compromiſſum deducitur præterquam id, quod agitur, non valet compromiſſum. Nam Prætor vult pecuniam tanquam pœnam cōpromitti, & ſic mihi videntur hæc concilianda eſſe. Vnde colligendum in hac ſpecie, apud Pomponiū arbitrū

non cogi dicere ſententiam. An autem valeat ſententia ab eo vltro dicta? Quæſtio eſt alterius loci, de qua dicemus ſeq. cap. Nos quærimus tantum, an cogi poſſit à Prætore inuitus ſententiam dicere. Sequitur in edicto, *Sententiam dicere*. Hæc verba ſumpſimus ex leg. 21. qualem. hic. Paulus Iureconſ. interpretatur verba illa edicti. Quid ſi arbiter non recte pronunciauerit, an poſſit cogi aliter pronunciare? Ait cogendum non eſſe ſecundo ſententiam dicere. Idque ex edicto ſatis colligitur. Prætor non ait: ſecundum ius, ſecundum leges ſententiam dicere cogam, ſed ſimpliciter ſententiam dicere cogam. Ergo quocunque modo pronunciauerit arbiter, non poterit amplius cogi à Prætore ad ſententiam dicendam. Si duo litigatores compromiſerint in arbitrum, vt certam ſententiam dicat, nullum eſt compromiſſum: niſi ita ſit compromiſſum, vt liceat ei pronunciare quod ipſi videbitur. Opponitur lex, ſi conuenerit. de re iudic. vbi dicitur, ſi conuenerit inter litigatores, quam ſententiam debet pronunciare, iudex aliter pronunciare non poteſt, debet enim ſequi voluntatem litigatorum. Cur idem de arbitro dici non poteſt? Difficultas hęc non ſatis explicatur ab Accurſianis. Sed ratio perſpicua mihi videtur diuerſitatis inter iudicem & arbitrum. Nam fruſtra itur ad arbitrum, cum conuenit inter litigatores. Quid commodius poteſt litigatoribus afferri ex ſententia arbitri, quam ex ſuo conſenſu? Sententia arbitri non parit actionem, neque habet executionem vt poſtea dicemus: ſententia iudicis habet executionem. Igitur conſultiſſimum eſt vti, & ſi conueniat inter litigatores, tamen petere vt iudex de eo pronunciet: quia ea ſententia iudicis habet executionem: ſed alia cauſa eſt arbitri. Admonui iam vos non vti Prætorem hac extraordinaria coercitione, cum cogit arbitrum pronunciare: niſi quatenus faciat ad lites finiendas: ſed hic non cogitur partes ſuas interponere, quia ad lites finiendas non pertineret. Conuentiones non habent executionem iure ciuili. Igitur prodeſt ſententia iudicis ad executionem. Et vulgo adduci ſolet l. minor. 40. de minorib. vt oſtendatur ius Romanum à noſtris morib. diſſentire. Inſtrumenta publica habent executionem moribus noſtris paratam, quæ iure Romano non habent executionem. Vnde ſi minor cauerit ſe recepiſſe pecuniam, ex cauſa iudicati, quam non accepit, & debitor eidem cauerit, quaſi ex cauſa mutui eam à minore acceperit, aduerſus cautionem poteſt reſtitui. Obligatio noua poſt iudicatum non habitura eſt executionem, ſed per reſtitutionem oportebit denuo agere in iudicio, & ad ſententiam rurſus peruenire. *Dicere autem ſententiam.* Interpretatur Iureconſ. edicti verbum, *ſententiam*. Proprie ſententia dicitur qua negotium finitur. ſic accipitur Cod. titu. de ſenten. & interloc. Antequam ergo totum negotium finiatur, Prætor cogit dicere ſententiam, cum de pluribus rebus eſt arbitrium cœptum: ſed de vna tantum eſt ſententia dicta. Et ait non videri ſententiam dictam. Hoc ſubiicit vt oſtendat quando ſit cogendus arbiter ſententiam dicere. Cum dicimus iudicem ſententiam ſuam mutare non poſſe, intelligimus de ſententia diffinitiua, ſi late accipiamus ſententiam, poſſet intelligi de interlocutione, quæ dicitur ſententia, late ſententiam accipiendo. Videmus interdum iudices dilatione vna data, aliam dare: & ſtandum eſt poſteriori ſententiæ. Hic locus pertinet ad rem iudicatam. l. quid iuſſit. de re iud. In ſententiis nihil poteſt mutare iudex. Quod autem dicitur de arbitro, qui vetuit, & qui mox iuſſit, adduxi aliquando exemplum in explicatione eius legis. Quod iuſſit de re iudic. ex l. 10. de Prætor. ſtipulat. Cum Prætor vtitur imperio ſuo, vetando, iubendo, ſi cauere iuſſerit intra certum diem, mox iuſſerit intra alium diem. Hæc de ſententia arbitri. Quæſtiones hæ latius tractantur in ſequen. c. Hinc notandum, pronuntiationem arbitri recte dici ſententiam: Barbari ineptiſſime aliter vocant, cum à veteribus Iureconſ. vbique ſententia vocetur. Prætor in edicto ait, *Cogam*. Ex hoc verbo apparet nullam actionem contineri edicto: ſed coercitionem. Quę coercitio eſt imperij, atque ideo Vlpianus in edicti interpretatione in l. 3. litigatores. §. vltim. & l. ſequen. ſic accipit verb. cogi, pro coercitione extraordinaria. Varia ſunt autem genera coercitionum. Huiuſmodi eſt dictio mulctæ, apud Paulum in l. 32. Non diſtinguemus. §. ſi arbiter. Poteſt Prætor mulctam dicere, quod his competit, qui habent iuriſdictionem, vt dicitur in l. 2. §. vlt. de iud. Ex his cauſis, de quibus diximus, cogitur arbiter ſententiam dicere. Sed tamen id perpetuum non eſt. Variæ ſunt exceptiones Iureconſultorum, ex quibus poteſt ſumi exemplum interpretationis quæ dicitur reſtrictiua. Vna eſt inſignis & difficilis in l. 9. ſed ſi in ſeruum. §. pen. de quo aliquid attigimus ſupra. Si quis iudex ſit eius rei, de qua lis eſt, non cogitur arbiter eſſe. Lex enim Iulia iudiciaria prohibet compromitti in arbitrum, qui eius rei de qua lis eſt, iudex eſt. Sed videtur Cæſarum conſtitutionibus, & Pontificum, huic iuri derogatum, Nouella 86. vt different. iudices. Vbi dicitur ſi in ſuſpicionem venerit magiſtratus, adiungendum eſſe Epiſcopum ciuitatis. Permittit Imp. pacificatione quadam negotium tranſigere. idem in bullis Pontificum. cap cum tempore. cap. cum olim, de arbitris. Primum conuenit inter omnes, iudicem poſſe pacificationis partes ſuſcipere, & velut communis amici perſonam: ſed non arbitri. Et poteſt hactenus experiri inter litigatores, vt à lite diſcedant. leg. Pomponius. §. recepiſſe. hic. nec eſt arbiter. Arbiter eſt enim qui interuenit finiendæ litis cauſa, qui pollicetur ſe finem impoſiturum controuerſiæ. Sic intelligunt noſtras conſtitutiones Iuſtiniani & Pontificis. Ego vero puto hunc locum Vlpiani de iudice dato, non de Prætore, aut magiſtratu intelligendum, cum ait, de quo iudex eſt. Iureconſulti veteres iudicem appellant eum qui datus eſt iudex, & diſtinguunt aperte à Prætore in leg. 5. de verbo. obligationibus. Mouet me quod ait, *eiuſdem rei*. Satis enim ſignificat, quod ſit tantum iudex eius rei, de qua datus eſt à Prætore. Præterea lex Iulia iudiciaria, de variis iudicibus loquitur. licet videre legem cum leg. 41. Non loquitur de ætate magiſtratuum. leg. quidam conſulebant. de re iudicata. Nam poteſt cuiuſcunque ætatis magiſtratus dari. Tertia ratio eſt, quæ eſt magnæ diuerſitatis inter iudicem datum & magiſtratum. Iudex datus non poteſt à formula recedere, à Prætore ſibi data, ſecundum formulam iudiciorum veterum: quod tamen contingeret ſi poſſet iudex datus iubere in ſe compromitti, vel ſi in arbitrium eius compromitteretur. Huc pertinet quod dicit Seneca, Melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad arbitrum, quam ſi ad iudicem eatur. Loquitur de iudice, qui adſtrictus eſt formulæ. Eodem pertinet quod dicit Cic. in Orat. pro Comœdo, Ad iudicem hoc modo imus, vt aut totum habeamus, aut totum amittamus: non ita ad arbitrum. Ergo nõ eſt mirum ſi prohibeatur iudex in ſe compromitti, vt non poſſit recipere arbitrium: ne hoc prætextu recedat à præſcripto formulę Prætoriæ, quæ eum includit certis cancellis. Quartum & præcipuum argumentũ id quinque eſt, quod in leg. 4 de tutoribus vel curatoribus dat. ab iis, qui ius dandi hab. &c. vbi Prætor, ait Vlpianus, ipſe ſe tutorem dare non poteſt: ſicuti nec pedaneus iudex, nec compromiſſarius ex ſua ſententia fieri poteſt. Quibus verbis oſtendit Iureconſultus Prætorem poſſe compromiſſum accipere: non quod cogat litigatores ad compromittendum. Poteſt, inquit, recipere arbitrium, ſed ex ſua ſententia non poteſt. Non hoc adderet, ſi non poſſet alias arbitriũ ſuſcipere. Vnde alias cõſtitutiones, quæ videntur repugnare, de magiſtratibus intelligimus.

intelligimus. Quid enim incommodi eſt in ea re, ſi is, qui dicitur ordinarius iubeat litigatoribus compromittere, & eligere communem amicum: aut ſi tanquam cõmunis amicus recipiat arbitrium? Sed quod dicitur in hac l.9. de iudicibus datis intellige, qui dabantur certa formula præſcripta. & ita etiam hodie obtinuit.

In primis igitur dicendum, arbitrum nõ cogi ad ſententiam dicendam, ſi compromiſſum non valeat. nam nulla poteſt iuſta eſſe cauſa. Diximus hoc ad curam ſuam reuocare Prætorem vt lites finiantur. Igitur ſi compromiſſum non valet, quomodo lites finiri poſſunt? Adduximus in ſuperioribus exemplum de arbitro, qui recepit arbitrium eius rei, cuius iudex erat. d. l. 9. §. ſi quis iudex. Ex his, quæ diximus poſſunt alia exempla adduci ex interpretatione edicti: nos alia exempla perſequemur. Vnum eſt in l. 17. item ſi vnus. §. item Põponius. Exemplum eſt in quo non valet compromiſſum, ſi electus ſit arbiter Seius vt pronuntiet quod placuerit Titio diſceptatori. Cur non valeat compromiſſum rationem ſubiicit, quod in eo libera facultas arbitri ſententia futura non ſit. Quomodo poteſt arbiter dici, qui non habet liberam facultatem pronunciandi? Diſceptare eſt cognoſcere, arbitrari, iudicare. Sic accipitur apud Cic. libr. 3. de legibus. *Prætor iuris ciuilis diſceptator eſto.* Sic & apud Iureconſ. l. 3. §. 1. l. ſed & ſi compromiſſum. hic. leg. cum hi. §. ſi cui de tranſact. Si ergo eſt compromiſſum vt Seius pronuntiet quod Titio placuerit diſceptatori, recte Iureconſult. ait tale compromiſſum non valere. Simile adduximus ex leg. at. qualem. hic. ſi conuenerit inter litigatores, vt certam arbiter ſententiam dicat, nulli poteſt eius ſententia vſui eſſe. Igitur notandum eſt, & eſt locus communis, quoties libera pronontiandi facultas adimitur per compromiſſum, compulſum non valere. Hinc vulgo quæritur, ſi ita ſit compromiſſum, vt conſilio alicuius arbiter pronuntiet, an valeat, & expreſſum eſt cap. cum olim. de arbit. valere, & recte. Nam libera facultas hoc compromiſſo non aufertur. Vis eſt horum verborũ, vt conſilio vtatur eius cuius facta eſt mẽtio in compromiſſo. Aliud dicitur in noſtra ſpecie, cum arbiter pronunciare iubetur, quod placet Titio aliud eſt conſilio alterius pronunciare, & quod alteri placet pronunciare: & idem expreſſum eſt iure ciuili. l. quidam decedens. §. Papinianus. de adminiſt. tut. Non ideo arbitrandi & pronunciandi facultas adempta. Hinc alia quæſtio naſcitur in d. l. item ſi vnus. §. ſed ſi ita. arbitratu Titij fieri quod diceremus in hac ſpecie. Controuerſia erat inter duos rem reſtitui arbitratu Titij, vel Sempronij ſub alternatione, an valeat compromiſſum? dubitationem facit quod incertum ſit, vter debeat arbitrari. Ait valere. Multum enim differt à ſuperiori ſpecie. Hic vterque dicitur ſub alternatione arbiter: ſupra non, quia in ſuperiori ſpecie iubetur pronunciari quod alteri placet: hic vero non. Item interrogantur à Prætore litigatores, vtrum vellent arbitrium dicere: & in quem conſenſerint, eum coget Prætor dicere ſententiam, ſic hic locus eſt ſatis apertus ita intelligendo. Aliud exemplum eſt in d. l. item ſi vnus. §. ſi in duos. Duo arbitri ſunt electi ita, vt ſi diſſentiant, tertium aſſumant. Quia facile poſſunt diſſentire. Putauerunt litigatores ſatis cautum eſſe, ſi tertium aſſumant. An hoc caſu videatur vtile compromiſſum? Ait Iureconſult. ſi certam perſonam expreſſerint, valere arbitrium: ſed ſi nominatim expreſſerint, inutile eſſe. Duo arbitri poſſunt diſſentire, & ita res non eſt habitura exitum: quod non poteſt fieri ſi certum aſſumant: ac ita debet arbitrium fieri vt certum ſit litem habituram exitum. Idem expreſſum eſt in cap. innotuit. de arbit. Ex his, quæ diximus, videtur nũquam valere compromiſſum in duos, quos fruſtra cogeret Prætor, ad iudicandum ſi diſſentirent. Hoc videtur ſequi ex his, quæ diximus: ſed tamen ſubiicit Vlpianus in duos poſſe compromitti, & vt occurratur incommodo, de quo dixi, cogit eos Prætor certam tertiam perſonam eligere, d. leg. item ſi vnus, &c. quæ ſic habet: *Et debet Prætor cogere arbitros, ſi non conſentiant, tertiam certam perſonam eligere, cuius authoritati pareatur.* Poſtrema verba probabiliter dici poſſunt referri ad ſuperiorem ſpeciem, de qua diximus, ſi duo ſunt arbitri electi, ſi diſſentiant, poſſe tertium eligere. Profert ſententiam Vlpian. receptum tamen eſt ad poſtremum tantum pertinere. Ratio diuerſitatis adfertur, quia in ſuperiori ſpecie duo arbitri non ſimpliciter eliguntur: ſed ita vt ſi diſſentiant, eligant tertium. Sed in poſtrema ſpecie eliguntur duo arbitri ſimpliciter. Ergo iubebit Prætor tertium eos aſſumere, cuius authoritati pareatur. Sed in ſuperiori ſpecie relinquere nolunt voluntati Prætoris: quia ſi Prætor cogeret eos aſſumere tertium aliquem, videretur eos contra mentem contrahentium cogere. Hocque eſt conſentaneum dicto capit. innotuit. Aliud exemplum eſt in leg. 32. alias 36. non diſtinguemus §. Iulianus. In hac ſpecie dicitur non valere compromiſſum propter rem de qua compromittitur: de cauſis tantum pecuniariis compromittitur. de aliis quæ ad rem pertinent, non compromittitur de cauſis ſtatus, de lib. cauſ. quæ per magiſtratus maiores exercentur. Sed obiicitur nobis lex. quid ergo. §. ex compromiſſo, de his, qui notan. infam. vt oſtendatur etiam de delicto famoſo compromiſſum valere. Edictum Prætoris de his qui notantur infamia, habet locum in ſententia. fruſtra hoc à Iuriſcon. dictum fuiſſet, ſi ad arbitrum de delicto famoſo non poſſet iri. Hoc præſupponitur, & præterea valere ſentẽtiam, quàuis non notatur infamia. Animaduertẽdum eſt hic Paulum referre Iuliani ſententiam, quam non probat, nec improbat. Ideoque cum quæritur, an ſit probanda Iuliani ſententia an non, ſequenda eſt diſtinctio l. quid ergo §. ex compromiſſo. de his, qui not. infa. Ex hoc receptum eſt vulgo, vt eatur ad arbitrum in cauſa criminali. Dixi alias ciuile iudicium eſſe, cum quis petit aliquid ad ſuum commodum pertinens. Cum autem non agit ad ſuum commodum ſeu vtilitatem, ſed ad vindictam publicam, vt coerceatur is, contra quem agitur: tunc dicitur criminale iudicium. Hinc obiter notandum eſt, quod dicitur vetare Prætorem: ſicut Prætor cogit ſententiam dicere: ita plerunque vetat ſententiam dicere. Exemplum eſt mixti imperij, quod coniunctum eſt cum iuriſdictione. Qui diſſerunt de iuriſdictione, magnam habent diſſenſionem in exemplis, ſed certum eſt hoc mixti imperij, non iuriſdictionis, quæ conſiſtit in iudicis dandi licentia. Sed imperium mixtum cohæret iuriſdictioni, quod in quadam coercitione conſiſtit. Aliud exemplum eſt in dict. l. non diſtinguemus. §. ſi ſeruus. Si ſeruus non poteſt ſiſti in iudicio: ſic in eius arbitrium compromitti non poteſt. leg. ſeruus. Cod. de iud. leg. certis ex cauſis. de iudiciis. Item de pupillo dicitur leg. 35. alias 39. ſi pupillus. hic. Quia efficax non eſt aduerſus eum ſententia. Diximus in titul. de minoribus ſupra. Ex his cauſis videtis compromiſſum non valere. Et ideo Prætorem non cogere ſententiam dicere. Idem dicendum eſt, & ſi poſtea ſit ſolutum compromiſſum. dict. l. non diſtinguemus. §. 2. ſumma rei eſt, Prætor, &c. Breuiter Paulus in d. §. ſumma rei, &c. in fi. docet, quibus ex cauſis ſoluatur compromiſſum. Die inquit, ſoluitur compromiſſum. Adde l. 21. Quid tamen. §. vlt. alias. l. 26. Si cum dies §. intra quantum. Ita eſt compromiſſum, vt iudicet intra Calend. Auguſt. Poſt Calend. Auguſt. finitum eſt compromiſſum. Hinc quæritur dict. l. quid tamen §. Papinianus. alias eſt d. l. ſi cum dies. Si dies cõpromiſſi finita eſt, nec iudicauit arbiter. litigatores vero prorogarunt tẽpus, an cogetur arbiter ſententiã dicere? diſtinguitur ſi per eũ ſteterit quominus

ſententiam dicere, ne præiudicium fiat hæreditati. Nam ſi damnaret reum: damnaret hæreditatem. Omnes aliæ lites cedunt petitioni hęreditatis: quia centumuirale eſt iudicium, l. ſi quis. de pet. hæredit. Omnes aliæ lites debent ceſſare, quæ poſſunt præiudicium facere hæreditati. Præiudicium quid ſit, explicaui in ti. de iudic. l. ſi per minorem. ſic accipitur in l. ſi fundo de exercit. act. l. Prætor. de iniuriis. l. 2. C. quand. criminali act. ciuilis actio præiud. Hinc ergo notandum, ſicut omnibus iudiciis ſuperſedetur, nec præiudicetur hęreditati: ſic & in compromiſſo. Hoc eſt, quod dixi in ſuperiori ſpeciei tractatione, arbitrium ſimile eſſe ordinariæ actiuni. Hæc igitur de facto ſeu caſu litigatorum ſufficiant, ob quem arbiter non cogitur ſententiam dicere. Alia cauſa eſt ob quam non cogitur arbiter iudicare, ſi iudicare non valeat: vellet quidem iudicare, ſed non poteſt, id variis ex cauſis accidit, veluti propter impedimẽtum, aut caſum aliquem. exempla ſunt in l. 16. licet & ſeq. Licet Prætor dixerit ſe coacturum: tamen æquitas non patitur, vt ſi quis ſit impeditus aut valetudine, aut alio impedimẽto, vt iudicare cogatur. Sic in edicto procuratorio ſimiles exceptiones adducuntur. & ſimile diximus in l. ſi longius. de iud. quamuis iudicandi munus ſit publicũ. l. vlt. & §. iudicandi. de muneribus tamen excuſatio iuſta eſt admittenda. Id eſt intelligendum ſecundum diſtinctionem l. vlt. de vacat. muner. Dixi d. l. longius. de iud. & l. vlt. de vacat. munerum, eiuſdem auctoris eſſe, & eſſe cõiũgendas, alioqui non poſſe intelligi. & ideo hic quoq; coniungendæ ſunt in quæſtione de arbitris. Præter hæc nihil eſt in hoc capite, pręterquam quod hinc annotari ſolet à brocardicis Doctoribus: vbi lex non diſtinguit, nos tamen diſtinguere: cum tamen cõtrà dici ſoleat: vbi lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debere. Adduci ſolet l. de pretio. de publicia. in rem act. ab his, qui brocardis delectantur. Doctores brocardici multum tẽporis impendunt in his theſibus explicãdis: ſed fruſtra. Facile eſt enim iudicare homini cordato, quãdo exceptio ſit adhibenda. ſed in vniuerſum definiri non poteſt propter tempus, quia fortè dies feriata eſt. l. 13. Pomponius §. vlt. hîc. Diebus feriatis non cogitur ſententiam dicere, argumento ducto à iudice ad arbitrum. Quid ſi conſenſerint litigatores? Diſtinguendæ ſunt tunc feriæ diuinæ ab humanis. l. ſi feriatis. de feriis. Si feriæ ſint diuinæ, vt dominicæ diei, nulla habetur ratio cõſenſus litigatorum: ſin humanæ, cogetur ſententiam dicere. Quæritur quid de arbitratore ſit dicẽdum. Dixi iam arbitratorem dici, qui non recipit arbitrium, vt lites finem accipiant: ſed qui interuenit tanquam communis amicus. d. l. Pomponius. §. recepiſſe. hic. Dixi eum arbitrum dici poſſe: ſed nõ recepiſſe dicitur arbitrium. Nam recepiſſe dicitur arbitrium in edicto, qui ſe adſtringit ad ſententiam dicendam. ſed qui pacificatoris perſonam obtinet, non adſtringit ſe ad ſententiã dicendam, quæ finem faciat liti, ſed tamen vt dixi, arbiter dici poteſt. Arbiter etiam dicitur, cuius arbitrio contractus initur. l. ſocietatẽ. §. arbitrorũ, pro ſocio. Quid igitur dicemus? Et certum eſt poſſe eũ interuenire diebus feriatis. Veteres tantùm voluerunt lites ceſſare diebus feriatis. l. vlt. de feriis Permittitur autem cuique tranſigere de quocunque negocio. Hic de quo loquimur, pacificatoris tantùm perſonam tenet & non iudicis, corã quo lites exercentur. Sed ſi Prætor iuſſerit arbitrum iudicare, quæſtio eſt, an danda ſit exceptio. Hic locus à nobis tractabitur ſequẽti ca. Eſt autem hic locus cõmunis de feriis, obſeruatione dignus. Poſſem hic multa adducere de feriis, tã iure ciuili prodita, quàm canonico: ſed mihi videtur hic inanis labor. Hic ergo exemplũ, in quo non poteſt iudicare arbiter: idioque non cogitur. Aliud exemplum eſt in l. Pomponius. §. vlt. Prætor vult cogere eũ, qui recepit arbitrium, ad ſententiam dicendam, is negat ſibi liquere. Prætor ei defert iuſiurandum, vt iuret ſibi non liquere: & ſi iurauerit, ſibi non liquere, tunc abſoluẽdus eſt, vel ei ſpatium datur ad pronunciandum. Sed cur ait, *Proinde &c.* Quia argumẽtatur à iudice ad arbitrũ. De iudice expreſſum eſt in l. Pomponius. de re iud. Abſoluitur à iudicandi munere ſi iurauerit ſibi non liquere. ita ſolebant pronunciare apud veteres: ſicut docẽt veteres auctores. nam Aſconius Pedia. apud Ciceron. refert notas literarum A, per quod abſolutionem ſignificabant, C. per quod condemnationem, vel NL. quod ſignificabat, ſibi non liquere. Sed quare in l. Pomponius, de re iud. omnino abſoluitur: hic autem ſpacium datur ad pronunciandum? Dico, quia hic iurat ſibi non liquere. Si dicat ſe nondum ſatis deliberaſſe, tunc ſpacium dabitur, ſed ſi præciſa omni ſpe deliberandi, plane iuret ſibi non liquere, abſoluetur. ſicut Gellius li. 4. c. 2. ait ſe abſolutũ. ſic hic locus videtur accipiẽdus. Quãdo autẽ dicitur non liquere? Accurſiani hic ratiocinantur, vt oſtendant nũquam dici poſſe, nondum liquere iudici. Nam aut probauit actor quod intendit, & tunc reus damnatur: aut non probauit, & tunc reus eſt abſoluendus. Sed quomodo hoc ſit accipiendum diximus in l. admonendi. de iureiur. vbi in eandem difficultatem Bart. & alij inciderunt. Diximus iuſiurandum deferri ob cauſam dubiam, quod Accurſiani interpretantur ſemiplenam probationem. Aiunt, nunquam deferri iuſiurandum, [illegible] dubitationem. Nam inquiunt, vt iam dixi, aut actor probat quod intendit, & tunc condemnandus eſt reus: aut non probat, & tunc eſt abſoluendus. Qui dicunt dubiam eſſe cauſam, cùm ſemiplena eſt probatio, ita ratiocinantur: & deferunt iuſiurandum cùm quis vnum teſtem tantùm habet. Sed admonui hoc eſſe alienũ ab ęquitate: nec vſus forenſis hoc admittit, vt ſcripſi lib. 2. Diſput. Dico ob ſemiplenam probationem non eſſe deferendum iuſiurandum: puta ſi actor vnum teſtem habuerit, hoc caſu ſine magna iniquitate poſſe deferri reo iuſiurandum: ſed iniquum eſſe retractari, cum ſine probatione potuiſſet abſolui, ſic magnam iniquitatem continet. Sed dubia cauſa nõ eſt, vbi eſt ſemiplena probatio: ſed certum eſt abſoluendum reum, vbi vnum teſtem tantum habet actor. l. qui accuſare volunt. C. de eden. Sed interdum fit vt probationes vtriuſque ſint ſimiles, & teſtes totidem, vt neſciat in quam partem vertere iudex ſe debeat: ſic dubia cauſa dicitur, l. non puto. de iure fiſci. & dubia cœna apud Terent. Sic etiam poſſumus intelligere quod dicitur, ſi nondum liquere ſibi arbiter iurauerit, tempus illi dandum eſſe. Sed cum incertum eſt in quam partem ei ſit inclinandum, vt in exemplo à me adducto, & talia multa excogitari poſſunt. Præterea non poteſt iudicare arbiter propter compromiſſum. l. item ſi vnus §. item ſi plures. Tres arbitri ſunt electi ad iudicandum. Prætor vnum vult cogere: non poteſt cogere propter formam compromiſſi. Electi ſunt enim vt tres omnes dicant ſententiam. Rationem adduxi in l. Pedius. hîc. Dixi cum in liberum & ſeruum eſt compromiſſum, arbitrium non valere. nam Titius liber non poteſt dicere ſentẽtiam. Dixique, ſi cogeretur ſententiam dicere, fieret ei iniuria qui arbitriũ recepit. Plerunque enim quis cum alio recipit arbitrium, qui ſolus nunquã hoc onus obiiſſet. Vnde ſi cogeretur ſolus ſententiam dicere, iniuria afficeretur. Præterea & ſi maximè ſolus vellet dicere ſententiam, id fieret cum iniuria litigatorum. Hæc ſcripta ſunt à iuris auctoribus vt conſuetudini & moribus hominum conuenientia. Ideóq; ſi quæratur ratio legis, hæc inueſtiganda fuit, non mathematica ratio inquirendã. Sufficit talem rationem adferre quæ debeat mouere hominẽ politicũ. Videmus hæc maximè conuenire hominũ moribus, vt vnus ſolus nõ cogatur ſententiam dicere abſque cęteris in quos ſimul compromiſſum ſit. Idem de iudicibus dicitur. l. duo

ex tribus.de re iudic.Hoc tamen eſt intelligendum: niſi aliter conuenerit.l.non diſtinguemus.§. cum in plures. Bonifacius tamen hoc abrogauit conſtitutione ſua.ca. vlt.de arbitr.in 6 & fatetur iuri ciuili eſſe contrarium, Sed,ne quem fallat,ait, Si legitime vocati fuerint alij. in quos ſimul fuit compromiſſum: & ſi non adfuerint, vnum poſſe ſententiam dicere, ſed tamen non ait,cogi vnum poſſe ad dicendam ſententiam: ſed ſi velit,non prohibebitur. At veriſimile eſt litigatores,qui elegerũt plures arbitros, non ſe ſubieciſſe arbitrio duorum:niſi ſperaſſent fore vt omnes ſimul iudicarent. Ideóque videtis maiori æquitate niti, quæ ſunt ſtatuta à veteribus iuris auctoribus, in quibus ars boni & æqui diſcenda eſt,non ex alijs quibuſcunque auctoribus.

De officio arbitri.

EDictum de arbitris, quod ad cogendum arbitrum pertinet, interpretati ſumus:nunc videndum eſt de officio arbitri, qui iudicare vult,vel iudicare cogitur à Prætore, vel quomodo ſit cogendus. Et hoc in primis ponendum veluti fundamentum totius diſputationis: Officio iudicis fungi arbitrum. d.l. Pomponius.§.recepiſſe. Quæ igitur de officio iudicis alibi ſunt ſcripta tenere oportet, quia multum conferunt ad intelligendum officium arbitri.Cognoſcit ergo ferè vt iudex,niſi ſi quid exceptum reperiatur: oſtendemus exemplis,ſi-cubi ſit differentia: ſed ſemper tenendum arbitrũ fungi iudicis officio: hoc eſt quod dicitur l.1.hic. Non eſt propriè iudicium: neque de proprietate verborum, ſed de re ipſa agitur. Scio ſæpe arbitrum dici iudicem.Et ipſe Cic.pro Murena oſtendit idem eſſe:ſed tamen in iure intereſſe inter iudicem & arbitrum. Circa rationem cognoſcendi notandum. Si plures ſint arbitri, omnes debere ſimul cognoſcere, vt diximus. leg. item ſi vnus.§. item ſi plures. & §. vltim. al. eſt l. 20. ſi in tres. Si tres arbitri ſunt electi, duo non poſſunt cognoſcere vno abſente: ſi tamen omnes præſentes eſſent, ſententia duorum præualeret.idque ſcriptum eſt etiam de iudicibus. l. duo ex tribus, de re iudicata. Obiicitur vulgaris regula.Quod nobis inuitis fit,multo magis nobis abſentibus fieri poſſe. l. qui poteſt. de regul.iur.l.4. §.illud. de fideicommiſ. lib. Sed non puto talem regulam extare in iure ciuili.Nam regula ſic habet: Qui poteſt alienare nobis inuitis, idem nobis abſentibus poteſt.Idem dicit d.l.4.Sed inde conflarũt theſin: cum tamen Iuriſcõſulti non tam generaliter locuti ſunt. Erant veteres prudentiores: quia videbant omnem diffinitionem in iure eſſe periculoſam.l.omnis diffinitio. de reg. iur. Nihil eſt alienius à regula quàm ſi in vno ſit vitioſa. l.1.de reg.iur. Videbat Iureconſ.rationẽ ſuadere, vt qui inuito aliquo poſſet alienare,poſſet etiam eo abſente. Si quis colligat inde ſic.Ergo ſi quid poteſt fieri inuitis nobis,idem nobis poteſt & abſentibus. non eſt bona conſequentia. Sed ſi quis ita collegerit:Si quis inuitis nobis ſententiam poteſt dicere: ergo & nobis inuitis dicere arbiter ſententiam poteſt. eſſet bona argumentatio: quia ſimilia non ſunt alienatio, & arbitrium. Rationem adducit: quia potuit præſentia vnius eos trahere in aliam ſententiam,vt aliter pronunciarẽt. Igitur magna eſt diuerſitatis ratio. Et hoc eſt,quod dicitur de electione nocere abſentiam vnius, vocari enim omnes neceſſe eſt in electione canonicorum: quia ſi is,qui abſens fuit, adfuiſſet, potuiſſet eius contradictio nocere, Deinde notandum eſt,arbitrum, cauſa cognita & præſentibus litigatoribus, cognoſcere & iudicare debere, exemplo iudicis.de quo dicitur l.de vnoquoque.ff.de re iud.Et ſententia non valet, aliquo litigatorum abſente lata l.diem proferre.37.§.ſi quis,hic. Hoc eſt intelligendum,quod ſingulare eſt,& ſi litigator ſit cõtumax,quod eſt diligenter not.Non poteſt dicere ſententiã aduerſus eos:niſi adfuerint. Hoc differt arbiter à iudice. Iudicis ſententia plerunq; profertur in abſentem, cum eſt eremodicum,vt dixi in l.properandũ de iud.Ratio diuerſitatis eſt:quia cum non adeſt litigator,iuſſus adeſſe, ſtatim pœna committitur, ſimulatque incipit non parere arbitro,vt dixi in l.nõ diſtinguemus.§.vlti.hic. Hoc eſt dignum obſeruatione.in ea enim re facile erratur.Non poterit pronuntiari ſententia, niſi in compromiſſo hoc cõuenit expreſſe. Quod autem dicimus,arbitrũ eorum litigatoribus debere ſententiam dicere, videamus quomodo ſit accipiendũ.Id docet Vlpian.in l.diem proferre § coram autem.Coram videtur præſentiam corporalem requirere: ſed aliter interpretãtur hoc verbum. Nã nihil refert,an abſens quis ſit corpore,vel animo.l.cum Prętor.de iud.Idem dicitur in l.coram.de verbor.ſignif. & eſt locus communis de pręſentia & abſentia.Deinde officio arbitri conuenit litigatores iubere adeſſe,exemplo iudicis.l.21.quid tamen.al.l. ſi cum dies§. ſi arbiter. Prolixa hic eſt quæſtio:ſed difficultatem nõ habet, quo in loco debeant adeſſe litigatores iuſſu iudicis. Summa eſt,iubere debet eos adeſſe in loco, de quo actum eſt in compromiſſo, ſi id actum eſſe appareat. Si nihil de eo conuenerit, & expreſſe, & tacite poterit iubere eos adeſſe,in quocunque loco,modo is honeſtus ſit. Hinc notandum in d.§.ſi arbiter.in verſ.*Impune dicitur,&c.* Quemadmodum vulgo dicitur, vbi citatio nulla eſt, impune non parebitur. & idem de iudiciis dicitur l. ſi locus. de iud.facere enim non poſſumus,quæ honeſte facere non poſſumus.l.filius.de cond.inſtit. De magiſtratib. quæri ſolet,in quo loco iudicare debeant. Et certum eſt in eo loco eos debere iudicare,in quo ſolitũ eſt iudicari more maiorum.l.pen.de iuſtit & iure. Sequendus eſt mos maiorum.Hinc collige,ſi iudex domũ vocauerit,vt pronuntiet ſententiam:ibi in inuitum nihil poſſe decernere,quia nõ eſt mos maiorum,nec fieri poteſt, ſalua imperij ſui maieſtate. Ex his quæ diximus arbitros poſſe iubere litigatores adeſſe,naſcitur quæſtio d l.nõ diſtinguemus.§.ſi domini,qui inuicẽ. *Procuratores.* Sic eſt legendum:in lectione Norica legitur: *Percuratores*.ibi,*Si velint adeſſe coram arbitris.* Neq; enim cogi poſſunt.l.1. de procur.Ego puto de procuratorib.ſine incõmodo intelligi verbum, *Ipſos.* ſed tamẽ ſi adfuerint procuratores eorum,nõ committitur pœna.Sed melius eſt de procuratorib.intelligi:quia maior de eo fuit dubitatio, ſi apparet eos procuratores ad litigandum dediſſe, vtraq; interpretatio poteſt defendi, ſi hæredũ facta ſit mentio in cõpromiſſo,poteſt cogere etiã hæredes adeſſe. Quia diximus morte ſolui compromiſſum.l.diem proferre.hic. poteſt hæredes iubere adeſſe, *Pour reprẽdre le procez.* Nõ enim ſufficeret per procuratorem vocare:niſi voluerint per procuratores litigare.Solet quæri de teſtibus,qui teſtimonij cauſa producuntur,an poſſit eos iubere adeſſe, ſi nolint poteſtatem ſui facere. In teſtes nõ habet poteſtatem arbiter,ſicut in litigatores.Igitur non poteſt eos cogere adeſſe:ſicut videmus in pleriſq; locis.Hoc videtur conuenire officio Prætoris. Recurritur ad officium Prætoris,cũ deficit arbitri poteſtas. ſic teſtes non ab arbitro, qui nullam in eos habet poteſtatem,ſed à Prætore cogendi ſunt. Addendũ eſt, arbitrũ iubere poſſe adeſſe,etiam per nũcium,aut epiſtolam. Nam quod ſuprà diximus,non ita accipiendum eſt,vt ipſe arbiter eat, & cogat venire:ſed poteſt per epiſtolam, aut nunciũ efficere.Indecorum eſſet eum ad litigatores proficiſci, quẽ vt iudicem elegerunt.Huiuſmodi interlocutio proferri poteſt abſentibus litigatoribus,&c.hodie ſolent vti nũtiis publicis:olim in iudiciis priuatis vtebantur alia forma: vocatio fiebat ab aduerſario ſiue apparitore, vt docui lib.11.Diſput.c.1.deinde arbiter iubere debet adeſſe litigatores intra diem compromiſſi. l. quid tamen. §. ſi intra.Electus eſt arbiter,vt iudicet intra Calend. Auguſti:non poteſt iubere eos adeſſe intra Calend.Decemb,

que

quo tempore ſolutum eſt arbitrium. Abſurdũ eſſet, quo tempore finita eſt eius poteſtas, vocare litigatores. Si vnus litigatorum abfuerit, alter adfuerit, cõmittet pœna, quaſi non paruiſſet arbitrio. l. diem proferre §. 1. Hoc eſt intelligendum, ſicut dicitur l. 40. arbiter Calend. hic, ſi expediebat ei, qui vocatus eſt ab arbitro adeſſe, ſi adfuiſſet mortuo arbitro, non potuiſſet dici ſententia. Si ipſi litigatores adſint, arbiter verò non: pœna committetur. Nam hic contumacia non eſt. Nam etſi adfuiſſet, tamen arbitrium non fuiſſet dicturus: quia diximus arbitrum non poſſe vltra diem iubere abeſſe. Quæritur an poſſit diem proferre? Et dicẽdum eum poſſe diem proferre, volentibus litigatoribus: & ſi hoc ei permiſerint litigatores. l. 33. Arbiter ita ſumptus. hic. Solet hoc in cõpromiſſo exprimi. Huc pertinet quod eſt in l. nõ diſtinguemus. §. vlti. qui locus eſt obſcurus: ſed puto ita intelligendum, litigatorum non eſſe diem proferre, ſed arbitri. Arbiter pronunciat de die proferenda: ſed hoc ait, voluntate compromittentium fieri, ſi permiſerint litigatores. proferre autem poteſt per nuncium, aut epiſtolam. l. diem proferre. in prin. id eſt, quod dixi, poteſt iubere adeſſe per nuncium, vel per epiſtolam. Hoc dubitationem habuit: quia ſententia proferri per epiſtolam non poteſt. C. de ſenten. ex ſcrip. recit. Sed viſum eſt iuris auctoribus has interlocutiones proferri ſine ſolennitate, vt in emptione & locatione. l. 1. de contrah. empt. Et tamen non contrahitur per nuntium, vel epiſtolam. l. 1. de verbor. oblig. Quid ſit per nũtium gerere negotiũ, docui in l. ſi ita ſtipulatus fuero. §. Chryſogonus, de verb. oblig. Dicitur per liberam perſonam nullam acquiri obligationem: ſed datur actio mandati, vt cedat actioni quæſitũ eſt in l. poſſeſſio. de acq. poſſ. Sed ſi quis abſens per nuntium vendiderit, aut emerit, ſibi acquirit non nũtio. Diſtinctio colligitur ex l. & licet. & l. eum qui. de conſtit. pecu. Nuncius officio tantum fungitur denuntiantis, & admonentis, non vt vendat aut emat, ſed vt ſignificet me velle emere, aut vendere. Nuncio vtor tanquam organo, id eſt, miniſtro: ſic & epiſtola. Nũcius eſt veluti loquens epiſtola. Si quis per epiſtolam emat, non dicitur per epiſtolam emere, id declaratur exẽplo. Nuntius ita loquitur, Dominus me huc miſit, vt tibi nuntiarem, ſe velle a te fundum emere. ſi reſpondeat ſe velle vendere, venditio intelligitur cõtracta cum domino, & concipietur in verba domini: Procurator non ita loquitur, eſt enim conſtitutus ad emendum: ipſe emit, vendit, & contractus verba concipiuntur in eius perſonam. l. eum qui. de conſt. pec. Et ita intelligendum eſt, quod dicitur, ex contractu per liberam perſonam nobis non acquiri. Verum enim eſt de contractu inito à perſona libera: ſed epiſtola & nuntius, non contrahunt. Addendũ eſt iſtis, ſi quis officium arbitri ſummatim cõplecti velit, omne arbitri officium pendere ex ipſo compromiſſo. Inſpiciendum eſt enim compromiſſum, & vidẽdum eſt quæ poteſtas ei data ſit. d. l. non diſtinguemus. §. de officio. Videndum eſt de qua re, & quo ſit modo compromiſſum. Aliquando generaliter eſt compromiſſum de omnib. controuerſiis: aliquando de certa lite. Pleni compromiſſi mentio eſt in l. 12. l. quid tamen. §. plenum. vocat ibi Iuriſconſ. plenum compromiſſum, quod ad omnes controuerſias pertinet. ſic interpretamur cõpromiſſũ & alias omnes ſtipulationes, vt nihil in id veniat, niſi de quo actũ eſt. l. quicquid. de verb. oblig. Huc pertinet l. 43. al. 47. de rebus. hic. vt intelligamus actum eſſe de controuerſiis, quæ ſuperuenerint, inſpicimus quid cautum ſit compromiſſo. Qui cõpromittunt de omnib. controuerſiis, non videntur cogitaſſe de futuris controuerſiis. Igitur de illis non cogitur ſententiam dicere. Idẽ de iudice dicetur d. l. non poteſt. de iud. Quatenus igitur compromiſſum eſt, ſentẽtiam dicit arbiter. Eſt autem arbitri, ſententiam dicere arbitrio ſuo qualem velit. l. 19. qualem. Dicit ſententiam arbitrio ſuo: inde etiã arbiter dicitur, imò nõ valet ſententia dicta alterius arbitrio. d. l. qualem. ſicut & iudex, imò magis, iudex, niſi in bonæ fidei iudiciis. Nam latiorem habet poteſtatem, quàm iudex in aliis iudiciis, quæ nõ ſunt bonæ fidei, valet igitur ſententia ab arbitro dicta de re, de qua compromiſſum eſt. Cum excedit fines poteſtatis ſibi datæ à compromittentibus, impune ei non paretur. Ideo ſiue de re dixerit ſententiam, de qua non eſt compromiſſũ, ſiue aliter dixerit quam eſt compromiſſum, non valet ſententia. l. non diſtinguemus. §. de officio. §. quæſitum. vbi exemplis hoc oſtenditur. vbi, *Non quamlibet*, eſt legendum, vt in Florent. Vnde ſi pronuntiauerit, quod ad litem non pertineat, non valet ſententia, vt oſtendit exemplis, ſi remittat eos ad iudicem, non valet ſententia, quaſi ad alium arbitrum eos remittat, impune non paretur. Nam parendum eſt eius ſententiæ, quæ valet, & cuius nomine compromiſſum eſt, ac recepit ſe finẽ impoſiturum controuerſiis. l. Pomponius § recepiſſe. igitur non conuenit eos ad alium arbitrum mittere. Ergo ſententia tũc dicta erit ab arbitro, cum lis eſt finita, vel cauſa præparata ad finiendam litem: ſed non cùm eos ad alium iudicem remittit. Igitur nõ ſatis eſt interlocutum eſſe, vel cauſam præparaſſe, vt vere dici poſſit eum ſententiam dixiſſe, quamuis ſententia interdum pro interlocutione accipiatur. l. qualem. Aliud exemplum eſt in l. 15. Labeo. hoc tit. Hoc expreſſum eſt compromiſſo, vt arbiter eodem die de omnib. controuerſiis ſententiam dicat. Hinc dicitur non recte fungi officio ſuo. Receſſit enim à cõpromiſſo ſuo, ex quo omnis eius poteſtas dependet. De quibuſdam enim reb. dixit ſententiam: de quibuſdam diem protulit. Simile exemplum eſt in l. 1. C. eo de arbitro, qui vltra diem ſtatutum dixit ſententiã compromiſſo expreſſum. Expreſſum erat compromiſſo, vt ſententiam diceret intra Calend. Auguſti, iudicauit poſt Calend. Auguſti, non recte iudicauit, quia aliud compromiſſo continetur. aliud exemplum eſt in dict. l. quid tamen. §. ſi intra. Datus eſt arbiter vt iudicaret intra Calend. Auguſti, iuſſit adeſſe litigatores coram ſe Cal. Septembris: exceſſit fines cõpromiſſi: latiorem tamen diem poteſt ſtatuere. d. l. quid tamen. §. ſolutioni. quod videtur repugnare d. §. ſi intra. Nam cõpromiſſo cautũ eſt, vt iudicet arbiter intra Cal. Auguſti: dixit ſententiam, ſed iuſſit ſolui pecuniam Cal. Aug. Quæritur, an ita poſſit ſententiam dicere? Ait Iuriſconſ poſſe, ſed non poteſt iubere adeſſe litigatores. Hæc diuerſa ſunt, & diſſimilia. Quæritur, an iubere poſſit adeſſe litigatores, & an poſſit iubere litigatores ſoluere certo die. Si iuberet eos adeſſe poſt diem compromiſſi, non fungeretur officio ſuo arbiter: ſed cum intra diem ſententiã dicit, & differt ſolutionẽ, fungitur officio ſuo, quia poteſt ſententiam ſuam dicere de minore, vel maiore, ſic poteſt differre diem ſolutionis. Simile exemplum eſt in l. quid tamẽ. §. itẽ ſi arbiter. Quæ omnia huc ſpectant, vt intelligamus ita demum valere ſententiam, ſi ſententiã dixerit de eo, de quo compromiſſum eſt, de pœna nihil compromittitur, pœna committitur vt ſententiæ pareatur: ſed de pœnis non compromittitur. Igitur recedit à forma compromiſſi, ſi de pœna non petenda pronuntiet: præterea arbiter debet certam dicere ſententiam vt & iudex. vulgare hoc eſt de iudice. l. ait Prætor. de re iudic. l. 1. C. de ſen. quæ ſine certa quanti. §. præterea. Inſt. de actio. Idem de arbitro hic dicimus. d. l. quid tamen. §. Pomponius. hic. Sed obiicitur quod dicitur eadem l. §. 3. Arbitri ſententia valere debet, ſi ita pronuntiauerit, *Nihil videri Titium debere Seio*. Hæc ſentẽtia videtur incerta. hic tamen fuit mos ſententiarum pronuntiandarum, *ſibi ita videri*, vt docet Cic. lib. 4. Academiarum qu. volens oſtendere morem maiorum Academicorum: & teſtes ita dicere ſolitos eſſe teſtimonium, ſibi ita vide-

Digitized by Google

Omnia ina incerta ſunt in rebus humanis, vt nemini facile liceat dicere ſibi conſtare.

ri. Ita enim omnia incerta eſſe in rebus humanis: vt nemini facilè liceat dicere, ſibi conſtare. vt oſtendit in oratione pro Fonteio. Exempla huius veteris moris pleraque reperiuntur in iure ciuili. Vnum eſt in l. diui fratres. de lib. cauſa. & l. 1. de ventre inſpic. Nec tunc incerta eſt ſententia, quia exprimit certam quantitatẽ, quod viſum fuit iuris auctorib. ſufficere. Mutare autem aut corrigere non poteſt, l. qualem & l. ſeq. quod & de iudice dicitur. l. iudex. de re iud. Ex his intelligitur quod ſit officium arbitri. Poſtremus locus eſt de effectu ſententiæ arbitri.

De effectu ſententiæ ab arbitro latæ.

Certum eſt valere ſententiam eius, ſententiam vocant Iureconſulti, licet non per omnia pro ſentẽtia habeatur. l. quid ergo. §. ex compromiſſo. de his, qui not. infa. Damnatus ſuit arbiter non notatur infamia, etſi ex cauſa famoſa ſit dãnatus. Sępe occurrũt exempla hoc tit. & aliis locis, in quibus non per omnia pro ſententia habetur arbitrium. Ex eo igitur quod vocat ſententiam, apparet ſimile eſſe pronũtiationi iudicis. vt dicitur l. 2. hoc titul. Hinc duo memorabilia colliguntur ex l. cum antea. C. eod. Vnum eſt de interruptione temporis. Sicut enim lite cœpta coram iudice interrumpitur tempus. l. mora. de rei vindic. ſic lite cœpta coram arbitro. Alterum eſt nihil referre quid geſtũ eſſe in iudicio, an coram arbitro. Ea enim quæ geſta ſunt corã arbitro, valent coram iudice. Sicut acta iudiciaria valẽt, ſic acta coram arbitro facta valent in ordinario iudicio. Quod eſt intelligendum ſecundum diſtinctionem l. vlt. C. eo. Pronuntiatio igitur arbitri comparatur ſententiæ iudicis: ſed non per omnia ſententia eſt. Sentẽtia arbitri dãnatus nõ notatur infamia, etſi de re famoſa compromiſerint litigatores. Simile exemplum eſt in l. ſi dictum. §. ſi compromiſero. de euict. vbi Paul. ait, Si compromiſero, & contra me data fuerit ſententia: nulla mihi de euictione actio danda eſt aduerſus venditorem. Rationem adfert, quia ſciens illud iudicium ſubiit. Mihi liberũ erat me ſuo non ſubiicere arbitro: atque ideo non damnari: Iudiciũ etiã in inuitũ ſertur. l. inter ſtipulantẽ. de verb. oblig. Idem aliis exemplis demonſtratur, quod ſententia arbitri non ſit ſimilis ſententiæ iudicis. l. 2. hoc ti. & l. 1. C. eo. Ex ſentẽtia iudicis naſcitur exceptio rei iudicatæ ex parte rei, ex parte actoris habet actionem. Ex ſententia autem arbitri non datur exceptio iudicati, ſed pœnæ petitio l. 2. hic & l. 1. C. eo. Sed exceptio pacti videtur naſci. ſic intelligo l. 13. Pomponius ſcribit. §. ſi de meis. Quia videtur hoc inter eos agi tacite, vt pareatur, ſi reus abſolutus vel condemnatus fuerit. Sed ſicut inter actionem ex ſtipulatu, & actionem ex iudicato eſt differentia: ita inter exceptionem rei iudicatæ, & exceptionem pacti. Sententia iudicis habet executionem. l. à Diuo Pio. de re iud. Exceptio rei iudicatæ, impedit ingreſſum litis. Is qui nititur exceptione rei iudicatæ, nõ vult agere cũ aduerſario. nõ cogitur cõteſtari litẽ & reſpondere: *& tend à fin de non receuoir.* Aliud eſt, ſi quis exceptionem pacti habet. Is enim nihilominus reſpondere cogitur. c. de litis conteſt. in 6. ait omnino aduerſarium non eſſe admittendum ad litis conteſt. Obiicitur exceptio rei iudicatæ. Is autem qui pactus eſt ne peteret, cogitur reſpondere. Notandum tamen eſt ſentẽtiam arbitri habere executionẽ, & vim rei iudicatæ, in certis cauſis, quę explicãtur l. 4. & 5. C. eo. Vult in primis Iuſtinianus arbitri ſententiam habere executionem, ſi ſit iuſiurandum interpoſitũ: ſed Nouella quædam huic iuri derogauit, qua vetuit iuſiurandum exigi: ſed pœnam tantũ compromiſſi, propter metum periurij. Addidit, arbitri ſententiam valere ad executionem, ſi acceſſerit conſenſus litigatorum tacitus, vel expreſſus, ſi acceſſerit *ὑπογραφή*, id eſt, ſi litigatores ſententiæ ſubſcripſerint. Nec refert quomodo conſenſerint, quamuis ſubtilitas quædã apud veteres fuerit obſeruata. Idem enim de tacita approbatione dicitur, de ſpacio decem dierum. Tunc habet arbitrium actionem iudicati, & exceptionem rei iudicatæ, vt ſententia iudicis. Poſterior conſtitutio derogat iuri antiquo: quia eſt edita conſulib. Lampad. & Oreſte. Deinde notandum eſt, quamuis ex compromiſſo nec actio nec exceptio naſcatur: tamen pœnæ perſecutionem dari ex compromiſſo. Ideo pœna adiicitur, quia alias non poſſet cogi ad obtemperandum ſententiæ is, qui victus eſt. Sic dixi ſupra actionem hanc eſſe conditionalem, vulgo vocant coactionem cauſatiuam. Non idem eſt in ſententia iudicis. Cic. vocat neceſſitatẽ, quæ habet adiunctionem, lib 2. de Inuentione. igitur intereſt inter ſententiam iudicis & arbitri. Quod diximus de pœnę exactione, eſt intelligendum etſi pœna ſit iniqua. l. diem proferre. §. ſtari. Hoc videtur alienum à ratione eſſe: imputandum ei eſt, qui pœnam compromiſit, qui talem elegit arbitrum. Eodem pertinet l. ſocietatem. §. arbitrorum. pro ſocio. Vnum genus eſſe arbitrij ait, cui parendum eſt, etſi æquum, vel iniquum ſit. Diſtinguit ibi Iuriſconſ. duo genera arbitrorum: alterum eſt, de quo hic loquimur. Alterum, inquit, eſt huiuſmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat &c. Plerunque alterius arbitrio quid committitur, etſi in eum nõ compromittatur. vt ſi duo ſocietatẽ inierint, de partibus, quas Titius arbitraretur, hic non cogitur pronũtiare. In d. §. ſtari. in fi. Vlpian. ait, *Nam & diui Pij reſcripto adiuitur, vel minus probabilem ſententiam æquo animo ferre debet.* Ratio eſt, de qua diximus in l. ſi quis arbitratu. de verbo. oblig. Quia iudicium pro ſocio bonę fidei eſt. In bonę fidei iudiciis ſpectamus quod æquũ eſſe videtur, nec dubitandum, quin æquum ſit id emendari, ſi contra bonã fidem lata ſit ſententia. Huic autem arbitrio ſtipulatio intercedit & ad lites finiendas pertinet, & fauor litium finiendarum id maxime poſtulat, vt etiam iniquæ ſententiæ ſtari debeat, ex quo conſequens eſt à ſentẽtia arbitri non appellari. Appellatio datur ad oſtendendam iniquitatem ſententiæ l. 1. de appel. De appellatione hoc eſt expreſſum l. 1. hic. Non appellatur à ſententia arbitri, etiã ſententia ſit: quia actio iudicati ex ea non naſcitur. Sic eſt intelligendũ quod hic dicitur, in quo Accurſ. & cæteri hæſitant. In Gallia tamen appellatur à ſentẽtia arbitri. Vt, ſi arbiter iniquam dixerit ſententiam, ad ordinarium iudicẽ appellatur: nec poterit pœna exigi, donec ille iudex pronũtiauerit. ſed pœna exigetur, poſtquã iudex ordinarius pronũtiauerit. etſi etiã à iudice ordinario ſit appellatũ. Addendum eſt etiam tunc peti pœnã, ſi non interſit aduerſarij ſententiæ arbitri pareri, vt dicitur in l. 38 cum pœna hic. Ponamus eum qui vicit coram arbitro, petere pœnam: quia aduerſarius noluit parere ſententiæ arbitri. obiicitur ei, quod illius non intereſt. Exceptio hæc ſæpe obiicitur in foro: ſed non recipitur, cum conuenit de certa pœna quæ petitur. nihil enim refert tunc an interſit, an non. ratio eſt in l. vlti. de præto. ſtipul. Pœnam ſtipulamur propter difficilẽ probationem eius, quod intereſt. l. quatenus. de reg. iur. Igitur prudentes homines ſemper pœnam ſtipulantur. Hinc non quæritur quatenus interſit: ſed tantum conditio ſtipulationis inſpicitur. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verb. oblig. eius rei hic exẽplum eſt, alias ea verba obſcura ſunt. In ſtipulatione pœnali eſt quantitas ſub conditione promiſſa: ſi non paruero, promitto decem Duo inſpicienda ſunt, quæ quantitas promiſſa, & quę conditio ſit. Vt ſciamus, an extiterit conditio, an poſſimus petere: tunc non inſpicimus, quæ ſit pœna: ſed quæ conditio. Sed quid ſi pœna non ſit compromiſſa? tractatur in l. diem proferre. §. 1. ait ibi Iuriſcõ. dari incerti actionem. Dixi dari actionem ad id, quod intereſt. tunc enim dicitur agi incerti. Dixi in edicto prætoris mentionem eſſe factam pecuniæ, in Florentinis libris legitur *pecunia*, nõ *pœna*.

Fauor litium finiendarum maxime poſtulat, vt etiam iniquæ ſtetur ſententiæ.

pœna. Is, qui pecuniam promittit, id quod intereſt promittit. Sic is, qui promittit, ſtare ſententiæ, quia factum promittit, cui ſuccedit id, quod intereſt. l. ſi quis ab alio. de re iudic. l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. oblig. Et iam dictis naſcitur quæſtio, Si plures arbitri diuerſas ſententias dixerint, an committatur pœna, ſi quis litigatorum, non paruerit. Quæſtio tractatur in l. diem proferre. §. ſi plures. Ergo quod dicitur pœnam cõmitti, ſi non pareatur ſententiæ, eſt intelligendum, niſi plures arbitri diuerſas ſententias dixerint: in d. §. ſi plures. ibi, *Sed ſi maior pars, &c.* Diuerſum eſt in iudicib. datis, qui diuerſas ſententias dicunt. Hic difficultas incidit ob diuerſitatem iuris. In quibuſdã legib. dicitur, ſi iudices diuerſas ſententias dixerint, eam valere, quæ fauet reo. l. inter pares. de re iudic. Alibi dicitur expectandã eſſe iudicis competentis confirmationem l. duo iudices. eo. ti. Hic dicitur parẽdum eſſe: ſed quia variæ res ſunt, variũ ius reperiri mirũ nõ eſt. Loquitur enim hic de ſentẽtia arbitrorũ: in aliis locis fit mẽtio iudicis. Sed mirum eſt, quod dicitur in vna lege, fauẽdũ eſſe reo: in altera cõpetẽtis iudicis cõfirmationẽ expectãdã. Romanus Põtifex pauciſſimis verbis hoc interpretatur. c. vlti. de ſent. & re iud. Arbitri ſententiam nullam eſſe: quia cõpromiſſum nõ ſeruaretur. Quod ad iudices attinet, diſtinguit datos iudices, ab ordinariis. Si dati ſint, expectatur confirmatio iudicis competentis. De eo loquitur l. ſi duo iudices. de re iudicata. Si iudices ſint ordinarij, qui ſuperiorem non habent: niſi cum accuſatio interponitur, ſequimur quod dicitur l. inter pares. de re iud. fauorabilior eſt cauſa rei, vt & Ariſt. ait 10 Proble. *Si maior.* Aliquando maior pars conſentit in vnam ſentẽtiam. Quando vnus iudicum condemnauit in quinq;. alius in decem, alius in quindecim, ſententia in quinq; valebit. idq; eſt, quod vulgo dicitur, maiori ſummæ minorem ineſſe. diximus l. 1. §. ſi ſtipulanti. de verbo. oblig. Alia quæſtio ex ſupradictis exiſtit. Si ſtipulati ſint non tantum pœnam ſibi inuicẽ, ſed alteri pœnam dari, puta fiſco, an poterit fiſcus pœnam petere, ſi non paritum fuerit arbitrio? Quæſtio eſt in l. 42. arbiter. Compromiſſum eſt factum, vt arbiter poſſit damnare litigatores ad pœnam fiſco pendendam, niſi damnatus rem reſtitueret. Et præterea niſi parerent arbitrio, inuicem compromiſerunt pœnam: Fiſco ex ea ſententia nihil acquiritur: ſed pœna in compromiſſum deducta committitur. Si paritũ non ſit ſententiæ arbitri, committatur ea pœna, quã ſibi ipſis pendere promiſerint: ex eo verò nihil poterit acquiri fiſco, vt ne priuato cuiquam. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verb. obli. Solebant plerunque veteres pœnam ſtipulari fiſco pendendam. Simile exemplum eſt in l. ea quidem. C. ſi mancip. ita ven. Quod confert ad interpretationem l. mulcta. de cond. & demõſt. vbi quod de mulcta dicitur, de ea mulcta accipiendum eſt, quam ſolebãt veteres fiſco ſtipulari. Ex his quæritur, quando arbitri ſententiæ parere quis dicatur. Tractatio huius loci valde eſt neceſſaria. Si quid iuſſerit arbiter alteri litigatorũ, aut vetuerit, res eſt expedita, ſi quis contra fecerit, quam iuſſus fuerit: ſed ſæpe nihil aperte iubet, aut vetat arbiter, & multæ aliæ difficultates ex pronuntiatione arbitri oriuntur, de quibus videndũ, & omnia exemplis illuſtrãſunt. Vna ſpecies eſt in l. 44. inter Caſtellianum. hoc ti. Orta eſt controuerſia de finibus regendis, cum alter alterius fines inuaderet, arbiter eſt electus finium regundorum cauſa: ſententiam dixit, de finibus ponẽdis nihil iuſſit, nihil vetuit. Quæritur an pœna committatur? Forte vnus litigatorum terminos exemit, an committatur pœna? Scæuola reſpondet hic, more ſuo, non ſatis exprimens, quod ad factũ pertinebat, ſed tamen oſtẽdit hoc caſu pœnam committi. Executus eſt id in quod cõpromiſſum fuerat: pœna cõmittitur terminis motis ab alterutro. Id enim actum apparet. Nõ refert, an nomina-

Mu Scæuola in ſuis reſponſis.

t

tim quid iuſſerit, aut vetuerit, an aperte appareat, quid voluerit. Simile exemplum eſt in l. 21. quid. §. ſi arbiter. Arbiter ita pronunciauit, *ſibi videri illum Titio debere, &c.* nihil prohibuit, nihil iuſſit. Mera cauillatio eſt, ſi quis diceret, non feci contra ſententiam: quia non feci contra ſententiam: quia non vetuit me eam pecuniam petere: ſi non tantum verba ſpectemus, ſed mentem arbitri: cum euidẽter appareat, id actum eſſe. Quod etiam in ſtipulatione locum habet. l. quicquid aſtringendæ. de verb. obli. Alia quæſtio eodem pertinẽs eſt in l. 29 Aduerſus ſententiam. hic Certum eſt ſi petatur ab eo, à quo arbiter peti vetuit, pœnam committi. ſed an idem dicẽdum ſit, ſi à fideiuſſore eius petatur? Nos non interpretamur hic fideiuſſorem acceſſiſſe compromiſſo: ſed alter compromittentium habebat fideiuſſorem: pronunciauit arbiter, ne petatur ab eo: an ab eius fideiuſſore peti poſſit? Ait ibi Vlp. non poſſe: & ſi petat cõpromiſſum committi. nam τῇ δυνάμει & effectu à reo petitur, quod à fideiuſſore exigitur: quia habet actionem negotiorum geſtorum, vel mandati aduerſus reum. Et eſt locus communis de reo & fideiuſſore. In ea lege. ibi, *Sed ſi cum fideiuſſore, &c.* eſt ſpecies controuerſa. Poſuimus ſupra compromiſſum cum reo principali: hic cum fideiuſſore compromiſſum: an vetitus petere à reo, poſſit petere à fideiuſſore? Ait poſſe: niſi interſit fideiuſſoris à reo peti. Repetit à reo: ſed id non accidit, cum à reo petitur. Igitur notandum, pœnam committi compromiſſi, ſiue directo, ſiue indirecto contra arbitri ſententiam aliquid fiat. Simile eſt in l. 34. ſi duo rei. in prin. hic. Exemplũ eſt de duobus reis debendi, vel ſtipulandi. Cũ duo vna atq; eadem obligatione tenentur, ſi vnus compromiſit, an ſententia de vno lata, poſſit porrigi ad alterum correũ. Et ait idem dicẽdum, ſi ſocij ſint. Effectu, qui ab vno petit, ab altero petit, ſi ſocij ſint bonorum. Hic multæ incidunt difficultates ex l. ſi vnus. in princ. de pact. ſupra. ſed hæc ad tit. de pact. pertinent. Alia quæſtio eſt in l. 37. Quamuis arbiter. hic. Duo litigatores compromiſerũt, arbiter vetuit alterum ab altero petere, de hærede nihil eſt dictum. Quæritur, an ſi ab hærede petatur, pœna cõmittatur? Ait ibi Celſus, committi. Si prohiberetur tantum petere is, contra quẽ ſententia eſt pronuntiata, non finiretur lis, poſſet enim ab hærede peti. Non eſt credibile tantum de eo actum eſſe, qui compromiſit. quia ad arbitrum imus finiẽdarum litium cauſa. Obiicitur l. 27. diem proferre. §. 1. hic. ait ibi Vlp. ſolui compromiſſum morte, ſi non fuerit hæredum facta mẽtio. Si igitur duo compromiſerint ſine mentione hæredum, ſoluitur cõpromiſſum vno eorum mortuo: & tamen dicimus trãſire in hæredem actionem ad exactionẽ pœnæ. Sed hæc valde diſſimilia ſunt. Diuerſum ius eſt, quia res ſunt omnino diſſimiles. Ergo ſic diſtinguẽdum eſt. Cum vnus litigatorum moritur ante finitam litem, ſoluitur compromiſſum: quia facta non eſt mentio hæredis in compromiſſo. Sed ponamus in hoc caſu, latam eſſe ſententiã, antequã moreretur litigator, deinde hæredem eius contra ſententiam feciſſe: an cõmittatur pœna? eſt quæſtio multum diuerſa à priore quæſtione. Vna quæſtio eſt, an morte finiatur compromiſſum: altera multum diuerſa, an pœna exigi poſſit ab hærede, ſi ſententia lata ſit aduerſus defunctum. Et certum eſt committere pœnã. rationem adfert Celſus in d. l. quamuis arbiter. non enim, inquit differendarum litium cauſa, ſed tollendarũ ad arbitros itur. Alia quæſtio eſt in l. 43. De rebus controuerſiiſque, &c. hic. Plenum compromiſſum factum eſt de omnibus controuerſiis: electæ ſunt quædam ſpecies coram arbitro, quædam omiſſæ ſunt per errorem. De his diſputatum eſt apud arbitrum, quæ in petitionẽ deducta ſunt: non eſt pronuntiatum de illis ab arbitro: ſed de his, quæ omiſſa ſunt per errorem, nihil pronũtiauit. Quæritur ſi petat eas ſpecies, quæ in procedendo per

errotem omiſſę ſunt,an committatur pœna? Ait Scęuola peti poſſe eas ſpecies omiſſas, quaſi contra ſententiã non faciat. quia ſententia oon pertinet ad eas, quæ pet errorem ſunt omiſſæ. Diſtinguunt an per errorem, an maligne omiſerit. Si malignitate omiſerit, poterit eas petere: ſed ſubiugabitur pœnę propter petitionem: ſed ſi per errorem omiſerit, poterit impune eaſdem ſpecies petere. Alia quęſtio eſt in l.23. Celſus ait §.pen.hic. Vnus litigatorum iuſſus eſt dare ceotum alteri Calend. Auguſti: aduerſarius propter valetudinem non potuit accipere, Poſtea cũ paratus eſſet accipere, noluit is ei dare qui damnatus erat, an hoc caſu compromiſſum cõmittatur? Refert Celſus veterum Iureconſul. opioionẽ. Dura fuit ſententia Proculi: ſed Celſus putat, cum arbiter iubet intra Calendas dare, duo quodammodo præcepta eſſe. Vnum eſt pecuniam dare: alterum pecuniam dare intra Calendas. Quod ad hoc, non ſtetit per eum, quominus ad Calendas daret: ſed qood ad alterum recte dicitur per eum ſtetiſſe, quod non dederit. Nam quamuis non potuerit dare iotra Calend. tamen potuit dare. in ea.l. verſ. Idem ait, &c. Hęc ſunt diligenter notanda. docet ſummatim quando dicatur pareri ſeotentiæ arbitri. Debet, inquit, facere quantum in ipſo eſt, vt arbitri ſententiæ pareatur. Ex his exẽplia, quæ hic Celſus refert, facile intelligimus: quaodo quis ſit dicendus compromiſſo arbitri parere. Sequitur alius locus, in quo varij caſus explicãtur: & varię cauſę, propter quas pœna non exigitur. Reperiũtur enim caſus aliqui in quibus reus ſe tuetur aduerſus eum, qui agit. eſt locus communis de reo, qui exceptionem habet. De exceptione rei, dixi ſupra ſententiæ arbitri parendum eſſe, & ſi iniuſta ſit, nec appellationem recipit. Sed loco appellationis datur doli. l.noo diſtinguemus.§.cum quidam arbiter. Duo litigatores elegeruot arbitrum, vt communem amicũ. Deinde inimicitiæ ortæ ſunt intet vnum litigatorum & arbitrum: is noluit eum ſententiam dicere, cooteſtatione de ea re facta, nihilominus arbiter ſentẽtiam dixit, ſpreta forte denũtiatione litigatoris. Imperator Anton. reſcripſit poſſe eum vti doli exceptione, ſi arbiter poſt eã denũtiationem ſententiam dixerit, ſi petatur ab eo pecunia, poteſt doli exceptiooe agentem à pœnę petitione ſummouere. *Exceptio eſt ſpecies appellationis.* Exceptio, eſt appellandi ſpecies: & ſpeciem inſtar & ſimilitudinem habet appellationis. ſic accipitur ſpecies in l.2. de iureiur. Speciem glorię habent, &c. apud Cic. Ideóque male ab aliis tractatur omne remedium quo quicquid reſcindi poteſt appellationem eſſe: ſed hic eſt ſenſus huius l. 2. Iuſiurandum ſpeciem tranſactionis continere, id eſt, ſimilitudinem. Aliud exemplum eſt in l.31. Ita demum hic, ioquo datur exceptio doli, ſi ſtipulantis dolus malus interuenerit: ſi forte dolo aduerſarij corruptus arbiter ſententiam dixerit, cõmittitur ſtipulatio, & eſt locus communis de dolo. In omni negotio cauetur, ne lucrum quis faciat doli ſui; ſicut ſupra, locus communis de inimicitiis. Et idem l.3. C. eo. de ſordibus & corruptione, ob quam datur exceptio, doli. Aliud exemplum eſt io quo datur reo exceptio, ſi damnatus ſententia, moram ſuam purgarit, iuſta eſt cauſa defenſionis, aduerſus petentem pœnã. d.l. quid tamen.§ vlti. & duabus legibus ſeq. hic. Eſt locus, quo nullus eſt notatu dignior de mora, de quo fuſiſſime tractatur in l.ſi inſulam. de verb. oblig. Arbiter quid iuſſit dari ſine die, non expreſſit diem quo dari debuit. Ineſt modicum tempus, quo peti poſſit, poſt cuius lapſum cõmittitur pœna; & tamen inquit, poſt eius temporis lapſum audiendum eſſe, qui purgare volet moram, vſque ad litem conteſtatam. Aliud dicendum eſſet ſi arbiter expreſſiſſet certum tempus. l. Celſus. inſta eo. Hæc videntur cootraria: ſed non ſunt. Videmus eſſe diuerſas ſpecies. In priori, obligatio non habet certam diem. Iuſſit arbiter ſolui ſimpliciter. In poſteriori certa dies eſt adiecta, veluti intra Calend. Septemb. Cum dicit, intra Calend. Septemb. ideo purgatio moræ nõ admittitur: quia ſemper verum eſt intra Calend. datum non eſſe. Atque vere idem de altera ſpecie dicendum videtur, verum eſſe iotra illud tempus datum non eſſe, quod ineſt, ſicut in poſteriori ſpecie. Oſtendam breuiter quæ ſit diuerſitas. Inſpiciendum, an conditio extiterit, an non. Conditio quædam ineſt, ſicut in ſtipulatione, quæ certã habet diẽ: ideoq; à forma conditionis eius recedẽdũ noo eſt. l.qui hæredi. de cond. & demonſt. At cũ ſtipulatio nullam certam habet diem, nec apparet quando ſtipulator ſibi dari voluit: facile producimus tacitum tẽpus, quod ei ineſſe tantum iuris interpretatione creditur, vt præterito tempore, moram reus purgare poſſit, & offerendo quod promiſſum eſt liberari, & euitare pœnam: Addendum eſt, ſi arbiter ſententiam dixerit, nullam eſſe pœnæ perſecutionem. hoc conſtat ex his, quæ diximus l.quid tamen.§. vlt. Naſcitur hinc quæſtio, quæ tractatur in l.36. ſi feriatis dieb. hic. Diximus impune arbitro non pareri, ſi feriato die dicat ſententiã. ſed quid ſi pretor eum coegerit ſententiam dicere die feriato? Ait ibi Vlpi. exceptionem locũ non habere: quia coactus à pretore ſententiam dixit. Deinde ſequitur, *Niſi alia lege, &c.* Sic legendum eſt, vt in Florent. Haloander legit *aliqua lege*, non intelligens, vt opinor, huius loci ſenſum. Sed quid eſt, niſi alia lege? Quidam legem pro pacto interpretantur, vt plerunque accipitur. l.legem. C. de pact. Animaduertendum eſt pro explicatione huius loci, hãc legem coniungi debere cum l.ſi feriatis. de feriis. ſupra. nec aliter intelligi poteſt Vlpi. in eodem loco. vtrumq; enim ſcripſit. Inſcriptio huius capitis eſt, lib. 77. ad edict. ſic enim ſcribi & emendari debet, vt in Florẽt. eadem eſt inſcriptio d l.ſi feriatis. de feriis. in qua ait, *Si feriatis dieb. fuerit cautum lege.* ſic enim legendum eſt, vt in Florent. Apparet hinc manifeſtiſſime Vlpianum referre cuiuſdam antiquæ legis verba. Refert quãdam legem de feriis. Ad interpretationem eius legis Vlpianus tractauit quæſtionem de qua cœpimus loqui, an ſi arbiter, cogente pretore feriatis dieb. iudicauerit. parendum ſit ei ſententiæ: & ait parendum eſſe. Lex de iudice tantum loquitur, quam Vlpianus refert, ad arbitrum ergo non pertinet. Ergo Vlpianus ſic ait, *niſi alia lege*, interpretatur legem quandam, & refert verba antiquæ legis, in d.l. ſi feriatis. ſed addidit, *niſi alia lege*, ſcilicet alia quã interpretamur. ſcilicet ſi forte tales ſint feriæ, vt per legem aliquam eo tempore nõ liceat arbitrari. Forte dies aliqua poteſt eſſe excepta alia lege: quia non tantum nõ iudicare, ſed ne compromiſſa quidẽ exercere poſſumus. Hic videtur ſenſus eſſe horum verborum, quæ aliter intelligi non poſſunt. Vnde apparet legem pro pacto hic non accipi. Alius caſus eſt ſi litigator non adfuerit, iuſta de cauſa impeditus, & ob eam abſentiã, agatur aduerſus eum ad pœnam, l.quid tamen.§. ſi quis. Dixi cõpromiſſum committi, ſi quis non paruerit arbitrio, & ſi arbiter non definierit negotium: puta, ſi noluerit parere arbitro iubenti adeſſe: quia per eum ſtat quominus ſententiam dicat arbiter: ſed hic ait ei ſuccurrendum, ſi iuſta de cauſa abfuerit, dabitur ei vel exceptio, vel denegabitur actio aduerſus eum. Sic Iureconſ. plerumque loquũtur, cum ius eſt incertum, actionem ex eo non cõpetere: tunc denegatur actio. Interdum datur actio: ſed additur exceptio propter æquitatẽ. Quoties de iure dubitant Iureconſ. quod non eſt certũ dicunt ſemper eſſe dandam exceptionem vel actionem denegãdam. ſic loquitur Vlpian. in l.qui ſeruum. de oblig. act. Tutius eſt conſtitui iudicem, vt addatur exceptio. idque explicaui in l.iuriſgentium. de pactis alius caſus eſt, in quo exceptio datur qui latiſſime patet, ſi quid miſerit arbiter extra compromiſſum. Cœpimus iam de eo dicere ante, quod omnis eius poteſtas pẽdet ex cõpromiſſo. l.50. arbiter

biter ex compromiſſo. hic. Huc pertinet l. 39. non ex omnib. Exempla ſunt 10 l. non diſtinguemus. §. quæſitũ. Si iuſſerit quid ſolui, de quo eſt controuerſia: vel operã præberi, & iuſſerit litigatores adeſſe. ſic enim operam præbere accipiunt Iuriſconſ. vt Iauolenus in d. l. non omnib. qui locus eſt notandus. Non tantum ſi quis non ſoluerit pecuniam, de qua eſt dicta ſententia: ſed ſi operam non præbuerit, vt diceretur ſententia, id eſt, iuſſus non adfuerit: ſicut dicimus operam prębere pręceptori, id eſt præceptorem audire, cum docet, ei adeſſe. In d. l. non omnib. ver. *Idem contumaciam, &c.* Hunc locũ peruertit Haloander, cum non intelligeret quid eſſet. Idem in Florent. legitur. *Idem* hoc eſt referendum ad inſcriptionem Iauoleni ex Caſſio. Apparet eum referre verba Caſſij. verba ſunt Iauoleni ex Caſſio, & idem Caſſius ſcripſit, quæ ſequuntur. Arbiter extra compromiſſum nihil facit: ſed tamen contumaciam litigatoris punire poterit, ſi non paret arbitrio. Hoc quidam intelligũt de iureiurando in litem: quæ ſententia videtur carere incommodo. Nam defertur, cum aduerſarius nõ vult rem reſtituere; nec dicitur arbiter fines compromiſſi excedere. ſi de mente intelligamus, neceſſe eſt ita intelligamus, mulctam eum debere dicere, ſi conuenerit inter litigatores, contumacem dicitur punire ſecundum ſententiam Caſſij. Subijcit enim non habendum eſſe cõtumacem, cum non paret arbitro iubenti exhiberi teſtiũ nomina. Hunc locum interpretatur Harmenopul. lib. 1. tit. 4. At teſtium nomina non edenda in initio litis conteſtatæ: ſicut diem non cogitur edere. l. 1. §. Editiones, de edendo. l. 2. §. diem autem. Quemadmod. teſt. aper. Nomina autem teſtium edere non cogitur. ſic recte interpretatur Harmenopulus, meo iudicio. Alius locus eſt, cum arbiter ſententiam dicit compromiſſo ſoluto, tunc non recte pœna exigitur. Hunc locum fuſiſſime tractauimus d. l. 34. nõ diſtinguemus, §. 1. huc pertinet l. ſi duo. §. 1. hic. Cum litigator adeſſe iuſſus non paruit, pœna eſt commiſſa, & ſolutũ cõpromiſſum: nec poterit amplius committi, ſi non adfuerit iuſſus adeſſe, niſi hoc conuenerit vt in ſingulas cauſas committatur pœna. Quædam ſolent obijci aduerſus hanc ſententiam, quæ docuimus l. ſi ſic. de verb. obli. vnde peti poſſunt Sunt & aliæ exceptiones quæ ex ſuperioribus capitibus facile colligũtur.

IN TIT. IX. DIGEST. LIB. IIII.

NAVTÆ, CAVPO. STABVL. VT recepta reſtituant.

IN primis argumentum exponam: deinde diuiſione vtar per locos communes, more meo. Edictum propoſitur ſub hoc titulo, ex quo duplex actio proponitur aduerſus nautas, caupõnes, & ſtabularios. Prior actio datur propter receptionem rerum in nauem, cauponã, ſtabulum, vt ſi perierint res receptæ, eo nomine teneatur nauta, caupo. ſtabularius. Agitur ergo aduerſus eum vel ad res reſtituendas, vel ad æſtimationem rerum. Hęc eſt prior actio. Altera actio ex edicto naſcitur, & datur his, qui in naue ſunt aduerſos dominum nauis. Et competit in duplum. Huius actionis mẽtio eſt in pleriſque capitib. huius tit. l. licet. & l. ſeq. Et eſt alius titulus in alia parte Digeſtorum, Furti aduerſ. nautas. Cur propoſita ſit edicto vtraque actio, docet Vlp. l. 1. hic. Non ſine magna vtilitate has actiones propoſuit prætor. Quia neceſſe eſt hominib. in caupona cauponum, in nauib. nautarum fidem ſequi. Ideo magis eis eſt conſulendum, qui coacti fidem alienam ſequuntur. Simile eſt in l. 1. depoſiti. Actio depoſiti datur in ſimplum: ſed ex certis cauſis datur in duplum, cum quis coactus depoſuit. Et Cic. docet ea peccata maxime animaduertenda, quæ vitari non poſſunt. Neceſſitatem huius actionis demonſtrat Vlp. l. 3. quamuis videantur aliç actiones competere ex locato, ex conducto, poteſt depoſitum eſſe, ſi quis deponat res ſuas, apud nautam, poteſt eſſe actio depoſiti. Poteſt eſſe locatio, ſi merces interuenerit. Vnde videbatur hęc non eſſe neceſſaria. ſed reſpondet Vlp. l. 3. Plenius multo cõſultum eſt hac prætoria actione, quam actione depoſiti, vel locati: vt videbitur. Hoc eſt argumentum totius huius tractatus. Sequitur huius tractatus diuiſio, per locos communes. In primis de cauſa huius actionis dicemus. Eſt enim cauſa præcipuus locus cuiuſq; actionis. Cauſa huius actionis ex verbis edicti cognoſcitur: quia omnia fere ad cauſam huius actionis pertinent. Singula igitur verba edicti interpretabimur. In primis ait Prętor, *Nautæ*. Hæc igitur actio datur, ſi nauta ſaluam rem fore receperit illatam in nauim. Sed quis ſit nauta videndum. Vlp. id docet l. 1. hic Nautæ appellatio eſt generalis, & continentur nautæ appellatione omnes etiam remiges, ἐπιβάται, dietarij, ſed tamen de illis prætor nõ ſenſit. Pręcor aduerſus ipſum exercitorem voluit actionem dari, & aduerſus eum ad quem quæſtus ſingulorum dierum peruenit ex naue, vt dicitur d. l. 3. §. Exercitorem de exercitor. act. ſiue is dominus ſit, ſiue nõ. Nos vocamus, *Le patron*, ſi receperit ille exercitor merces, vel alius, quem officio alicui in naui præpoſuit, aduerſus exercitorem dãda eſt actio. Ergo non aduerſus alios interpretabimur. Vocabula hic ſunt nautica, Μεσόναυται, qui in media naui operam præſtat. Quidam ſunt ναυφύλακες, cuſtodes nauis, qui ſi quid receperint cuſtodiendo, exercitor nauis tenebitur, quia exercitor huic negotio eos propoſuit. [illegible] eſt etiam verbum Græcum nauticum, & eum ſignificat, qui manu res apprehendit. Extẽditur etiam ad lintrarium, quod eius eadem ſit ratio. eſt exemplum interpretationis reſtrictiuæ, cum de nauta locutus eſſet prætor: tamen de exercitore debet accipi. Sequitur in edicto, *Caupones*. Hi ſunt qui tabernam meritoriam exercent. Vulgo diuerſoria publica vocantur. Mulier Latine dicitur caupona, quæ exercet tabernam apud Virgil. Qui igitur exercẽt diuerſoria publica caupones ſunt, nec recte dicuntur hoſpites & hoſpitia: vt apud veteres. Et differentia refertur apud Cic. lib. 1. de diuinat. Hoſpites erant, qui grans excipiebant. Locus eſt Senecæ: Nemo cauponem, hoſpitem vocat ſuum. lib. 1. c. 4. de beneficiis. Nullum cũ eo ius habet hoſpitij. Caupo & tabernarius pro eodem accipitur, ne quis dubitet: quãuis inter doctos de ea re aliquando cõtrouerſia fuerit, an caupo, tabernarius diceretur. Tabernarij pro vilibus perſonis accipiũtur, vt dicitur in l. humile. C. de inceſtis nupt. Senatores vetantur tabernarij filiam ducere vxorem. Memini à me quæſitum, an quos hoſpites vocamus, viles ſint perſonę, cum quidam caupo alectus eſſet huius ciuitatis conſiliarius, contra ſtatutum, quo vetantur eligi viles, & mechanici. Quidam putabant caupones, non eſſe tabernarios: ſed id verum non eſt. Nam indifferenter accipiũtur, caupona & taberna, eodẽ ſenſu. l. quæ adulteriũ. C. ad l. Iul. de adult. Viles erant apud veteres, quia digniores apud hoſpites diuertebant. Sed an ſint viles, æſtimatione cuiuſq; populi eſt iudicandum quoties id ex facto incidit. Eſt enim quæſtio facti. Iſocrates in Areopagit. (referens Athenienſis Reip. formam) ait, ne ſeruum quidem ſecum in caupona edere, vel bibere ſolitum, adeo id fœdum habebatur. Sequitur in edicto *Stabularij*. Hi ſunt, apud quos ſtabulãtur equi. Stabularij & caupones, fere pro eodẽ accipiuntur: quia homines & equi excipiebantur. vt apud Apuleium lib. 10. De Aſino aureo. & alios auctores. Sequitur in edicto, *ſaluum fore receperit*. Hæc verba interpretatur Vlp. l. 1. §. vlt. Recipere, eſt promittere apud veteres Latinos. qui recipit, promittit rem ſaluã fore, ac recipit in ſe rei periculum. Sed etſi verbis expreſſis non ſuſceperit periculũ: tamen ſi rem receperit, tenetur, quaſi periculum diſerte receperit. l. 1. §. 1. Si ei tradita res fuerit, & paſſus ſit inferri

in nauim,eo nomine tenetur. Hoc eſt intelligendũ:niſi nauta,vel caupo prędixerit,ſe non pręſtiturum damnũ, vt dicitur in l.vlt.§.1. Quod eſt diligenter notandum. Si nauta dixerit,ſe damnũ non præſtiturũ,non tenebitur: ſed ita ſi conſenſerint hi,qui rem ei tradunt. Si non conſenſerint,hic locus apertiſſime oſtẽdit nihilominus cuſtodiam omnino ad eum pertinere. Imputandum eſt ei, qui patitur res inferri:& vtilitas publica ſuadet hoc,ne hominib.detur occaſio cũ furibus coeundi,vt dicitur in l.1.in prin. *N. quem,&c.* In quibuſdam libris legitur, *ne quemquam*,quaſi ſit in arbitrio eorum, ne hoſpitem recipiant. In Flo.legitur,*ne quemquam*. Non enim coguntur quemquam recipere. Eſt etiam in arbitrio eorũ,ne res recipiant,& dicant,patior te hic eſſe:ſed res tuas non recipiã. Quæſtio eſt de eo,qui dedit claues cubiculi: Sæpe hoc accidit, vt caupo claues tradas ei, qui apud eum diuertit:an periculum rei à ſe dimoueat claues tradẽdo? Hęc quęſtio mihi videtur facti eſſe,& ex coniecturis facilis erit explicatu. Si quis intelligere velit quid iuris ſit,duo ſpectanda ſunt. Vnum eſt,ſi prædixerit caupo ſe nolle rerum cuſtodiam recipere. Alterum eſt,vt cõſentiat prædictioni cauponis : alias periculum eſt eius qui paſſus eſt inferre. Ex traditione clauium poteſt iudicari,quid actum ſit,ſi eo animo appareat traditas eſſe claues,vt periculum non præſtaret caupo,eoque animo ab eo acceptas,actio nõ dabitur: ſed alias dabitur:quia traditio clauium hoc non arguit, accipiẽtem in ſe tranſtuliſſe periculum:poſſunt alio animo tradi,nempe vt liberius vtatur cubiculo, cum volet: non vt periculum in ſe recipiat. Eſt igitur quęſtio facti,& ex circumſtantiis iudicanda,ſi appareat eo animo claues eſſe traditas,& acceptas,vt periculum in ſe ſuſcipiat,non datur actio. Nec ad rem pertinet l.clauib.de contrah.empt. Poſſunt claues eo animo tradi,vt transferatur vel cuſtodia,vel poſſeſſio: ſed ex coniecturis hoc pendet. Hoc edictum pertinet ad tractatum de receptis arb. ideo Iulianus cõpoſitor edicti eadem parte complexus eſt arbitros & nautas: ſicut arbiter cogitur iudicare,ſi receperit arbitrium: ſic nauta ſi receperit. ſed addendum eſt,ſi receperit exercẽdo cauponam.l.3 § eodẽ modo. Alias non tenebitur:ſed alia fortaſſis actione tenebitur, ſi receperit non exercẽdo cauponam, vel negotium ſuum. Proximus locus eſt in quo quęritur,cui,& contra quem detur actio. Et certum eſt dari ei qui res ſuas immiſit in nauim, cauponã, ſtabulum & aduerſus eum,qui cuſtodiam recepit,vt dicitur in edicto. Datur autem ei cuius intereſt res ſaluas eſſe,& ſi earum rerum dominus non ſit.l 1.§.pen. Res enim alienas cogitur reddere ei,qui depoſuerit. Quæſtio eſt hic de patre,& de domino.l.3.§.ſi filiusfa. Si filiusfa. vel ſeruus receperit,res ſaluas fore:& tenetur dominus, vel pater de peculio filij, vel ſerui tantum:ſed ſi volũtas patris, vel domini interuenerit,in ſolidum datur actio. Deinde dicitur,*heredi & in heredem competere*, vt dicitur in l.3 §.hæc autem rei perſecutionẽ, &c. de quo poſtea. Nunc videndũ quid petatur hac actione. Ex prætoris edicto id facile colligi poteſt,illis verb. *Niſi reſtituãt in eos,&c.* Petitur reſtitutio rei quam ſaluam fore recepit : aut niſi reſtituat,æſtimatio. Hæc eſt ratio agendi. Hinc dubitarunt aliqui,an hæc actio ſit arbitraria, ſicut actio,quod metus cauſa. Et certum eſt ex his,quæ diximus tit. De eo,quod met.cau.non eſſe arbitrariã. In hoc edicto,arbitrij nulla eſt mentio:ſicut in l. item ſi cũ exceptio.§.quatenus.de eo quòd met. cau. Non dat actionẽ,niſi reſtituere noluerit. Itaq; in actionib. arbitrariis oportet arbitrũ interponere ante ſententiam diffinitiuam.§.præterea. Inſti.de act. Hæ tantum ſunt arbitrarię actiones,in quib. arbiter ex æquo & bono,tanquam pacificator interuenit. Hæc actio igitur non eſt arbitraria: quia non neceſſariũ eſt vt arbitrium iud. pręcedat antequam condemnet. Eſt autem hæc actio reſtitutoria.l.3.§. hæc autem. Non eſt pœnalis : perſequitur quòd ſibi abeſt,vel æſtimationem rei. Ideo non finitur tẽpore. Perſequitur rem,quam reus ſaluam fore recepit. Addendũ eſt & rem nos perſequi hac actione,quæ accedit receptę rei. l. 1. §. ait Prætor.& l. 4. §. vlt. Tradidi tibi merces meas,periculum ad te pertinet, & aliarũ quoq; quæ eis accedunt. Deinde rem alienam quoq; hac actione perſequimur,vt dixi l.1 §. idem Pomp. Res erat mihi obligata iure pignoris,nauta eam recepit:datur mihi hæc actio quanti mea intereſt,rem ſaluam fore. Etenim nobis magis,quam quorum ſunt deberi ſolui. Ex his verbis oritur difficultas,propter,l.Bona fides. inf. depoſiti. quæ videtur huic contraria: quia ſi quis rem alienã poſſideat,magis eam debet reddere deponenti, quam domino. In l.bona fides.ait Iuriſ.reddendam domino.adfert hanc ſpeciem, Dominus vindicat rem contra ſpoliatorem,qui depoſuit, quamuis bonæ fidei conueniat reddi ei,qui depoſuit:tamen æquius eſt reddere ei,cuius res fuerit:nõ ei,qui depoſuit. Atqui hic dicitur reddi debere magis ei qui immiſit,quam domino. Sed ego aliquando oſtendi apud Triphoninum ſpeciem eſſe multum diuerſam ab hac.in l.ſi alienam.ſolut.matr.& extat ea de re commẽtarius noſter. oſtendi diſſimilitudinem magnam eſſe inter vtrunque locum. In d.l. bona fides. proponitur eum,qui depoſuit & eum, qui dominus eſt, ſimul petere:hic Vlpia.non loquitur de domino petente: ſed de eo tantùm,qui in cauponam aut nauim immiſit. Pręterea etſi ponamus vtrũq; petere, magna eſt diſſimilitudo. Hic Vlp.de eo loquitur,qui ius habet in rem, propter quod ipſius intereſt rem ſibi reſtitui, etſi alius ſit domin⁹. In l.bona fides.proponitur is,qui latro eſt,& & ſpolia abſtulit,rẽ depoſuiſſe. Deinde Triphoninus loquitur de iudiciis bonæ fidei.in quib.tãta eſt vis, vt etiã ad alias perſonas extraneas pertineat,inter quas non eſt contractum,vt dicitur in d.l.bona fides. Congruit bonę fidei, vt depoſitum reddatur deponenti: ſed æquius eſt reſtitui domino vindicanti,quod ſuum eſt. Sed hoc plenius tractatur d.l.ſi alienã. ſolut. mat.in d.l.3.§.ait Prætor, *niſi reſtituant*. Ergo ſi perierit res,tenebitur nauta ad eius æſtimationẽ, ſiue culpa eius perierit,ſiue ſine culpa,vt dicitur d. l. 3. hic. nihil refert quo modo perierit, quia recepit eam ſaluam fore. in d.§.1. in fi. *Non eſſe iniquum exceptionem ei dari.* In edicto Prætoris videtur teneri fortuiti caſus nomine. ait enim ſimpliciter, *niſi reſtituant,in eos iudicium dabo.* Qui rem ſaluam fore recepit, videtur omne periculum recepiſſe etiã fortuiti caſus:ſed quia hoc diſerte non exprimitur, ideo ex benignitate quadam ſuccurritur, propter caſum fortuitũ, alias autem ſi res non perierit caſu fortuito, tenetur etiã ſi ſine eius culpa pereat : ſed quomodo ſine eius culpa perire poteſt,niſi fortuito caſu? Culpam ſolam vocant Iureconſulti leuem culpã.l.ſi vt certo.§. nunc videndũ. commod. Sed culpa alia eſt,quæ leuiſſima dicitur, cuius non niſi vna eſt mentio in l.in lege Aquilia.ad l.Aquil. Quomodo gradus culpæ diſtinguendi ſint ſcripſi in l.ſi mora.ſol.matri.& l.in actione.de in lit.iurand. Cũ quis in eo peccauit quod diligentiſſimus vir potuiſſet vitare, leuiſſimam culpam admiſiſſe dicitur,furtum vir diligentiſſimus potuiſſet vitare, culpa ſimpliciter pro leui culpa accipitur. Ideoque omnẽ culpam præſtare dixit,modo caſus fortuitus non ſit,vt intelligamus culpę leuiſſimæ nomine eum teneri : culpa autem inter culpã & damnum fatale eſt,igitur leuiſſimam vocamus. Poſtremus locus eſt de concurſu actionum, & certum eſt concurrere cum actione ex locato,& conducto.d.l.3. §. ex hoc edicto. Conductio contrahi poteſt inter cauponem & eum qui diuertit:ſed ſi merces non interuenerit,depoſitum erit, & dabitur actio ex locato. Sed hæc actio in factum prætoria erit vtilis. vocant actionem in factum, quia nullum aliud nomen propriũ habet. Aliæ actiones

Digitized by Google

ciuiles proprium nomen habent ex locato, ex conducto. Dubium autem non eſt, quin vna actio per aliam tollatur. Nam vtraque rei eſt perſecutoria, vt dixi in l. qui ſeruum de oblig. & act. Huc pertinet l.5. nauta & caupo. hic. Ex eo, quod diximus, naſcitur dubitatio. Nauta accipit mercedem pro eo, quod traiicit vectores: non igitur tenebitur cuſtodiæ nomine? ſic caupo mercedem accipit, vt patiatur diuerſari viatores. Reſpondet huic obiectioni, pro receptione mercedem accipiunt: ſed hac actione cuſtodiæ nomine tenentur. Præterea concurrit cum actione furti & actione legis Aquil. d. l.3. §. vlt. idem in l.4. §. vlt. Dicimus dari actionē aduerſus eum, qui recepit rem ſaluam fore: ſed non eſt dubium, quin furtum committat, ſi contrectandæ rei cauſa rem retineat; vel dolo culpáve rem corruperit, actio legis Aquiliæ dabitur: ſed vna per alteram tollitur. d. l.3. §. vlt. in ea l.3. §. vlt. in fi. Sed magis eſt vt vel officio iud. &c. De eo dubitatio fuit, quia cum vna actio eſt rei perſecutoria, altera pœnalis: vna alteram non tollit. Vnde merito hic dubitandum fuit de actione furti, quæ pœnam perſequitur: & de hac actione qua perſequimur rem, ſed tamen eſt alteram per alteram tolli, vel officio iudicis, vel doli exceptione. Hoc videtur conuenire officio iudicis, vt ſi vnam elegerit actor, alterum ei deneget, vel ſaltem doli exceptione. Hoc addit, quia periculum eſt, ne non tam late porrigatur officium iudicis, vt deneget actionem. Ideoque opus ſit vt addatur exceptio à prætore in iudicio conſtituendo, quia non eſt iudicium bonæ fidei. Igitur vel officio iudicis, vel doli exceptione addita, tolletur ea actio. Sunt veſtigia veteris ritus iudiciorum dandorum, quem Accurſius, Bart. & alij non intellexerunt. Sed cur alterutra contentus eſſe debet, cum vna ſit rei perſecutoria, altera pœnalis? Exiſtimo hanc rationem poſſe defendi: quia durum eſt eum, qui omne periculum præſtat hac actione magis quam in depoſito, vel conducto, adhuc pœnam præſtare. Hæc actio prætoria eſt, ideo æquitate niti debet: ſicut videmus in bonæ fidei iudiciis non facile admitti pœnæ perſecutionem, cum admiſſa eſt rei perſecutio. l. ſi merces. §. culpæ. locati. Hactenus de prima actione aduerſus nautas, caupones, ſtabularios. Iam videndum eſt de aliis actionibus. Diximus enim varias actiones ex hoc edicto competere. Præter hanc, de qua iam diximus, duæ aliæ dantur, actio ſcilicet de damno, & actio furti. Hanc diſtinctionem actionum didici ex inſcriptione capitum ex Floren. Pand. quam ante non poteram percipere, & eſt certum omnes eruditos viros valde hallucinatos eſſe, qui has actiones non potuerunt diſtinguere, niſi per nebulas. In 1. cap. & 2. inſcriptio eſt Vlpia. lib. 13. ad edict. in c. 3. eſt eadem inſcriptio, vſque ad l. 6. in l. 6. inſcriptio eſt Pauli lib. 18. ad edictum. Haloander in c. 6. ſcripſit, Paul. lib. 13. ad edictum in ca. vlt. ſcripſit lib. 13. ad edictum, quia videbat in ſuperioribus eandem inſcriptionem eſſe, & videbat hoc ordini congruere. In ſuperioribus libris eſt inſcriptio. lib. 12. in aliis 13. 14. Igitur facile adductus eſt Haloander ad hanc inſcriptionem variandam. Hæc autem inſcriptio, quæ in Florent. eſt, nos admonet I.C. loqui de damno dato, ex quo datur actio legis Aquil. vel actio in factum, ad exemplum legis Aquil. ſub tit. l. Aquil. hæ inſcriptiones reperiuntur, Paulus lib. 22. ad edictum. Vlp. lib. 18. ad edictum, & l. Aquil. interpretati ſunt ſub tit. de l. Aquil. Edictum propoſitum fuit à Prætore, quo dat actionem directam ex lege Aquilia, propter damnum datum. Dat etiam actionem in factum ea mente legis Aquil. l. 1. de præſcrip. verb. Sed propoſuit eodem edicto prætor actionem aduerſus nautas, caupones, ſtabularios propter damnum datum ab illis, quos nauta in naui, vel caupo, vel ſtabularius in domo habuit, quaſi nauta & caupo durum factum præſtare cogantur. Sed quia Triboniano viſum fuit hæc magis actioni in factum de recepto conuenire, magis hic collocata ſunt. Ergo hæc omnia ex comment. I.C. ſumpta ſunt ad leg. Aquil. & hic collocata. Hæc igitur eſt prima actio de damno dato, præter hanc de recepto. Altera eſt de furto facto, ab his, qui in naui ſunt aduerſus eos, qui res in nauem receperunt, & de his titulus eſt ſpecialis poſt tit. de furtis, furti aduerſus naut. caup. ſtab. vbi inſcriptio eſt. Vlp. lib. 38. ad edictum. Tribonianus non tranſtulit ex loco ſuo, quod erat ſcriptum de furto: ſicut tranſtulit ea, quæ de damno ſunt, ex comment. ad l. Aquil. Hæc autem coniungenda ſunt, & ſic facilius intelligentur. Igitur duæ actiones præter primam, ſicut propoſitæ, vna de damno dato; altera de furto. Sicut actio directa leg. Aquil. datur aduerſus eum, qui damnum dedit: ſic hæc actio aduerſus nautas, caupones, ſtabularios, ſi damnum datum ſit, miniſtris eorum, qui in nauem res receperunt. Et animaduertendum eſt Iureconſ. in c. 6 hic loqui de damno dato: ſicut in l. vlt. Quod magno argumento eſt ex tit. l. Aquil. ea in hunc locum tranſlata. Vtrumque edictum Iuſtinianus eſt complexus. §. vlt. de oblig. quæ ex quaſi delicto naſc. qui §. eſt veluti argumentum ſequentis diſputationis. At enim ſi in caupona, ſtabulo, vel naui, damnum datum ſit iniuria ab his qui in ea ſunt, eo nomine datur actio vel in cauponem, vel in nautam, qua actione tenentur quaſi ex maleficio. Imputandum enim eſt eis, cur tales homines in familia habeant. Igitur ex quaſi maleficio tenentur. Tractandum eſt de his actionibus per locos communes. Si cauſam harum actionum quis requirat: vtriuſque actionis cauſa facile conſtat ex his, quæ diximus. Cauſa eſt damnum datum, vel furtum factum à miniſtris, & his, qui in naui ſunt. Cauſa vero non eſt receptio rei. Igitur debet actor probare damnum datum, & furtum factum: ſicut ſupra debet probare recepiſſe res nautam. Ex quo differentia ſuperioris actionis, & huius de qua loquimur, cognoſcenda eſt. Addendum eſt ab his, qui in naui ſunt, exercendæ nauis cauſa, damnum datum eſſe oportere. l. licet. §. vlt. hic. l. vlt. in princ. quod eſt diligenter notandum. Dixi præſtare hac actione nautam, cauponem ſtabularium factum eorum, quos adhibuit nauis, vel ſtabuli exercendi cauſa, non præſtat factum eorum, qui apud eum diuertunt: ſed ob damnum tantum ſuorum tenentur. In ſuperiori actione factum etiam præſtat viatorum: quia recepit rem ſaluam fore, & ex contractu ſuo tenetur: hic non agitur ex contractu eius: ſed quaſi ex delicto, quia ei eſt imputandum quod tales homines elegerit. Igitur factum viatorum non poteſt præſtare: quia viatores non elegit, ſed miniſtros elegit, hic nulla eſt eius culpa, ſi à viatoribus damnum datum, vel furtum factum ſit. Ratio etiam ſumitur ex d. §. vlt. de oblig. quæ ex quaſi delict. Inſti. Hinc fit vt ne ſeruorum quidem ſuorum factum præſtet: quod ſingulare eſt. liberorum hominum factum præſtat, ſed non ſeruorum ſuorum, noxam quidem præſtat: ſed non duplum: tenebitur quidem ſeruorum alienorum nomine, quos adhibuerit. l. vlt. §. ſeruorum. hic. Aliis verbis expreſſius idem ſignificat Vlp. l. 1. furti aduer. naut. caup. ſtab. Hinc intelligimus quid interſit, inter primam & has duas actiones. Dixi primam dari ſi res receperit, ſi cuſtodiam non præſtet. Hæ autem actiones dantur ob culpam miniſtrorum nautæ, etſi res non receperit cum periculo. Ideoque ſi prædixerit nauta his, qui in naui ſunt, vt res ſuas ſeruent, hæc prædictio non prodeſt. l. vlt. §. 1. niſi conſentiant: quia contractus eſt inter eos initus: quia non conuenitur his duabus actionibus propter periculum, quod ſuſcepit nauta: ſed propter factum miniſtrorum ſuorum, quia eorum miniſtrorum opera vtitur. In ſuperiori actione videtur prædictio ſufficere, vt amoneat à ſe periculum. Poſtquam rem omnem expendi,

ea me vehementer exercuit, eſt res difficilior quam quiſquam credat: nec poteſt intelligi, niſi diſtinguatur ab bis, quæ ſcripta ſunt ad hunc titulum. In ſuperiori actione agitur aduerſus nautam, quia recepit rem ſaluam fore. Ideoque non tenebitur nauta, ſi prædixerit: niſi appareat tacito conſenſu eum periculum ſuſcepiſſe: ſed hic tenetur ſuorum miniſtrorum nomine, etſi prædixerit ſe nolle cuſtodiam præſtare. Ideoque non ſine cauſa id, quod de prędictione dicitur, ſcriptum eſt in hac parte. Dixi ab hac l. licet, vſque ad finem, omnia ad interpretationem edicti de lege Aquil. pertinere, & ſcripta eſſe ad actionem in factum ob damnum datum, quæ datur ex lege Aquil. nec pertinet ad ſuperiorem actionem. Prædictio igitur non prodeſt nautæ, cauponi, ſtabul. quominus teneatur, ſi damnum datum fuerit à miniſtris: quia ei ſemper imputandum eſt, quod malorum hominum opera eſt vſus. Prædictio tantum prodeſt, ne videatur cuſtodiam ſuſcepiſſe: ſed hic non conuenitur propter cuſtodiā & periculum quod ſuſcepit, ſed propter maleficium miniſtrorum. Ideoque prædictione nō liberatur nauta, niſi conſenſerint vectores. Ex his intelligere licet, quibus ex cauſis detur hæc actio, & quid interſit inter hanc actionem & ſuperiorem. Sequens locus eſt, cui & contra quem detur. Datur ei, cui furtum factum eſt, vel damnum datum ab his, qui in naui ſunt, aduerſus nautam, cauponem, ſtabularium. Quod ſi plures ſint nautæ, aduerſus ſingulos pro parte datur. l. vlt. §. plures. Obiicitur aduerſus hoc l. 1. §. vlt. l. 2. de exerci. act. vbi dicitur in ſolidum aduerſus ſingulos actionem exercitoriam dari. Sed res diuerſę ſunt: exercitoria datur, quia contraxit cum exercitore, ideoque in ſolidum datur, ne in plures aduerſarios diſtinguatur, qui cum vno contraxit. hæc ratio hic ceſſat. Hic agitur cum quis contraxit cum nauta: ſed veluti ex maleficio: quia malos homines naui ſuæ præpoſuit, & in familiam adſciuit. Hæc actio non datur in heredem. l. vlt. §. pen. Hæc iudicia, tam actio in factum ob damnum datum, quam actio in factum propter furtum non dantur in hæredem, quia dantur ex delicto. Accurſius hinc ſe expedire non potuit, propterea quod pœnales actiones ex maleficio in hæredes non dantur. Superior, quæ de recepto eſt, datur aduerſus hæredem: quia non eſt pœnalis: ſed æſtimationis perſecutoria. Nam quamuis ſpeciali titulo differuerit de actione furti aduerſus nautas, caup. ſtabula: tamen de hac quoque intelligitur, quæ ob damnum datur. Petitur autem non tantum res: ſed & pœna, ideoque in duplum eſt. l. vlt. §. Hæc actio. hic. Item in l. 1. furti aduerſus naut. cau. ſtab. ſuperior actio eſt rei perſecutoria: quia non datur propter maleficium, ſed, quia res non reſtituitur, datur ad æſtimationem. Concurrunt hæ cum aliis actionibus. vt dicitur in l. licet. §. in factum. ſicut diximus actionem de recepto cum aliis concurrere: ſic & de hiſce dicendum. Quidam ex miniſtris cauponis damnum dedit, poſſum agere ex lege Aquilia: ſed vt magis conſulatur hominibus, quorum res ſunt ſurreptæ, datur hæc actio, aduerſus nautas, caupo. & ſtabular. qui tales miniſtros præpoſuerunt. Igitur conſultius eſt, vt aduerſus dominum actio detur, quia facile poſſunt huiuſmodi leues homines effugere, ſed vna tamen per alteram tollitur.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. V. DIGESTORVM SEV PANDECTARVM COMMENTARIVS.

IN TIT. I. DE IVDICIIS, ET VBI QVIS AGERE VEL CONVENIRI DEBEAT.

IVSTINIANVS in hac ſecunda parte Digeſt. & in aliis partibus ſequentibus, tractaturus de ſingulis actionibus, præponere voluit hunc tit. generalem de iudiciis, vt & in aliis quibuſdam locis, ab eo factum & obſeruatum eſt. Nam cum de contractib. ſpecialiter diſputaturus eſſet, qui ex rebus creditis oriuntur, præpoſuit generalem titu. de rebus creditis Sic ſub hoc titu. generaliter diſſeritur de iudiciis, de his quæ ad iudicia ſpectant: & ſpecialiter de foro competenti, vbi quiſque agere & conueniri debeat. Huius enim inſcriptionis duo ſunt capita, prius eſt de iudiciis, poſterius vbi quis agere, vel conueniri debeat. Habet autem magnam affinitatem hic tit. cum ti. de iuriſdictione, de quo iam diximus. vnde nobis vtile viſum fuit à iuriſdictione incipere. Ad finitatem autem hanc indicant inſcriptiones capitum ſingulorum huius tit. atque capitum tit. de iuriſdict. cū ex eo. lib. capita huius tit. & quæ ſub illo tit. de iuriſdict. extant, deſumpta ſunt. A iuriſdictione tamen iudicium differt: etſi enim imperiti putant non differre, nō parum tamen differunt. Differentiam arguit diuerſitas tractatuum. Iuriſdictio autem eſt magiſtratus vel eius, cui prætor iuriſdictionem dat. Iudicium eſt etiam priuatorum, qui nullo magiſtratu funguntur. Vnde obſeruauimus aliquando hæc differre inter ſe, in iudicio eſſe, & in iure, in iudicium vocare, & in ius vocare. in iure aliquid fieri, & in iudicio aliquid fieri, vt docuimus lib. 1. Diſput. cap. 1. & annotauit Budæus noſter in l. vlt. §. iudicandi. ff de mune. & honor. In ius vocari eſt ad prætorem vocari: in iudicium vocari, proprie eſt ad iudicem qui datus eſt à prætore: quamuis plerunque hæc differentia confundatur. Si quis forte quærat quid ſit iudicium, poſſumus non male reſpondere, eſſe litigatorum apud iudicem vel coram iudice diſceptationem. *Iudicium quid ſit.* Ego ſcio variam huius verbi ſignificationem eſſe: nam aliquando pro actione accipitur, aliquando pro ſententia: alias quoque ſignificationes habet, quarum explicatio non eſt huius loci. Hic autem pro litigatorum diſceptatione accipitur, quæ fit coram iudice. Accurſiani ſophiſtæ ſine modo de hac ſignificatione argumentantur. Memini me aliquando integrum annum conſumpſiſſe in hac definitione explicanda, cum aliquot diuiſionibus: ſed tandem has nugas valere iuſſi. Solet quæri quando incipiat iudicium eſſe, à qua parte litis, àn à vocatione in ius, an à litis conteſtatione: & verius eſt (meo iudicio) tunc proprie dici iudicium cœptum eſſe, cum lis conteſtata eſt: idque colligitur ex l. 1. Cod. de lit. conteſtatio. Tunc lis dicitur conteſtata, cū iudex cœpit audire cauſam per narrationem negotij, cum expoſitum eſt negotium à litigatoribus.

Non

Nõ eſt autẽ litis plena narratio facta, antequã vterque actor & reus auditus fuerit. Poſtquã vero intentionem ſuã propoſuit actor,& inficiatus eſt reus, tũc lis conteſtata eſt,& res in iudiciũ deducta: aliter res in iudiciũ deducta nõ dicitur:id.n.colligitur ex l.15. nõ pluſ. ff.rẽ ratã hab. Stipulatio.n.amplius nõ peti tũc cõmittitur, cum lis cõteſtata eſt. Hinc dicitur iudiciũ accipi cũ lis cõteſtatur. Iudicij accepti frequens eſt mẽtio apud Iuriſcõſ.vt l.cũ fundus.31.ff.de reb.cre. & modo iudiciũ acceptum,modo litem cõteſtatam dicunt. Cur autem dicatur lis conteſtata,docet Feſtus Põpeius lib.3. quod ſcilicet ordinato iudicio litigatores dicunt, iudices eſtote,teſtes eſtote,Deo inuocato. Verum quidem eſt antequam lis conteſtetur, quædam geri inter litigatores,à quibus initium actionis habeatur. §.vlt.Inſtit.de pœna tem.litig. vt in ius vocatio, & ſatiſdatio iudicio ſiſtendi cauſa. ſunt enim quædam veluti procemia & præparatoria iudiciorum. De quibus omnibus in prima parte Digeſt.tractatum eſt, quę Iuſtinianus *τα πρῶτα* vocat. Hæc eſt propria ſignificatio huius verbi de qua hic loquimur,à quo nonnunquam recedimus. Significat enim interdum iudicium fieri antequam lis conteſtata ſit:ſed hic proprie accipimus,vt & apud iuris auctores accipitur. De diuiſione iudiciorum multa hic traduntur ab aliis: ſed vna mihi ad inſtitutum noſtrum videtur pertinere, nempe de ciuilibus & criminalibus. Aliud dicitur iudicium ciuile,aliud criminale: quæri ſolet quid ſit iudicium ciuile, quid criminale. Ego diſputaui de hac re lib. 1. Diſput. aduerſus quoſdam , qui putant quoties quis condemnatur ad pecuniam,iudicium ciuile eſſe:quod mihi eſſe falſum videtur. Scripſi ciuile eſſe iudicium, cum quis ita agit, vt petat id, de quo quæritur, ſibi adiudicari : cum enim proprij commodi cauſa & priuati iudiciũ inſtituitur, tunc ciuile iudicium eſt, vt commodatum,mutuum,& huiuſmodi actiones:idem de actionibus quæ oriuntur ex delicto,vt actio furtiua & ſimiles, quæ actiones ciuiles dicuntur, cum actor ad propriam vtilitatem agit, non ad mulctam publicam , vt in reum animaduertatur. criminale autem dicitur , quod ad vindictam publicam inſtituitur, vt extra ordinem animaduertatur. Hæc diſtinctio & diuerſitas agendi traditur in l. locatio.9.alias incip.licitatio.§. quod illicite. ff.de pub. & vectiga. Nonnunquam extra ordinem puniuntur,cum poſtulat vtilitas , vt quod ablatum eſt reſtituatur cum pœna. Alterum eſt vt publicæ diſciplinæ gratia puniatur. Tametſi autem pecuniaria conſequatur condemnatio : non ideo tamen dicẽdum eſt iudiciũ ciuile eſſe. Nam plerunque infligitur pœna pecuniaria extra ordinem, & infertur fiſco,non actori, ideoque non dicitur quod pœna ſit pecuniaria: non inſpicimus quid in condemnationem veniat,ſed quorſum, & ad quem finem illa condemnatio ſequatur. Si pœna ſequatur & reſpiciat priuatum commodum actoris , tunc dicetur ciuile : ſed ſi fiſcum reſpiciat ad coercẽdum delictum, dicitur criminale iudicium eſſe. Non recte igitur colligitur,quoties pecuniaria condemnatio eſt, ciuile iudicium eſſe:nam ciuile iudicium ſiue pecuniarium eſt, cum principaliter ad proprium & peculiare commodum agitur. Hæc de iudicio ciuili & criminali breuiter à nobis perſtricta ſunt , quia alterius ſunt loci. In hac parte Digeſt.præcipue de ciuilibus iudiciis tractatur,non de criminalibus , criminalia ad ſeptimam Digeſt.partem pertinent. De hac ſignificatione verbi ſatis hactenus: iam incipiamus tractare de iudiciis. Et quia iudicium(vt iam admonui)conſiſtit iudice & litigatoribus, hoc eſt,actore & reo, de ſingulis nobis eſt agendũ.

De iudice.

Videndum in primis quid ſit iudex in hoc tractatu,quomodo hoc verbum accipiatur. Vlp.in l. pen.huius tit.vtitur diſtinctione, quæ eſt diligẽter obſeruanda. Oſtendit enim eſſe iudicem,qui iuriſdictioni præeſt, vel à principe poteſtate aliqua præditus eſt, vel datus eſt ab eo , qui ius dandorum iudicum habet. Hæc omnia ſeparatim tractanda ſunt,& breuiter. Primum qui iuriſdictioni præeſt dicitur iudex eſſe. Iuriſdictioni præeſt prætor vrbanus.dixi ſub tit. de iuriſdictione, officium prætoris vrbani eſſe Romæ iuriſdictioni præeſſe,& proprie dicitur eius iuriſdictio. l.qui iuriſdictioni.ff.de iuriſdi.Prætor vrbanus,qui iuriſdictionem exercet, vel prætor , proconſul in prouincia, qui parem poteſtatem & imperium habet , hic dicitur iudicare & iudex eſſe.quia plerũque extra ordinẽ iudicat.Dixi ſub tit.de iuriſdict prætorem eſſe,qui præeſt iuriſdictioni, quãuis ſoleat dare iudices potius, quam iudicare:tamẽ extra ordinẽ cognoſcit, & ideo dicitur iudex.Exemplũ eſt in l.ſi prętor.75.huius tit. Quamuis hoc verbum, iudex,apud iuris auctores,de iudice dato accipitur,tamẽ de prætore dicitur, cum extra ordinem cognoſcit. Prætorem pronũtiare,& qua ratione id fiat, alias diximus. Sequitur in d.l.pen.qui neque à principe poteſtate aliqua præditus,id eſt,qui magiſtratu aliquo fungitur. l.eũ qui iudicare.13. de iuriſdict. *A principe.* Quia magiſtratuũ creatio ad principẽ pertinet.l. vnic.ad leg.Iul.de ambi. Non igitur is tantũ, qui iuriſdictioni præeſt, iudicat , ſed alij quoque magiſtratus, qui à principe dati ſunt eũ poteſtate. Id autẽ intelligendũ eſt de minorib.magiſtratibus,qui tribunalibus non præſunt:ſunt tamẽ iudices. l. 1.ff.hoc tit.cuius legis nõ intellexit Accur.verba illa, *Conſueti iudicis*. Quomodo ea accipiẽda ſint docet Aſconius Pedianus in Cicer. in Verrẽ Act.1.Prætores & maiores magiſtratus pro tribunali ius dicebant , minores magiſtratus in ſubſellijs conſedebãt,non in tribunalib. vt tribuni, quæſtores,& huiuſmodi alij. itaque Vlpia.de magiſtratib.loquitur, tam de minoribus,quam maioribus,qui tribunali præſunt,vel aliã iuriſdictionẽ habẽt. Accurſiani nugantur de chartulariis iudicibus ac ſomniãt. Sequitur in eã.l. pen.hic. *Iudex datus*. Hic eſt iudex ſpecialis pedaneus, de quo nũc dicturi ſumus, de quo etiã diximus ſub tit. de iuriſdict.& de offic.eius cui mãd.eſt iuriſdict. Deinde ſequitur, *Nec ex compromiſſo datus*. Iudex etiam ex cõpromiſſo dicitur iudex : Arbiter.n.iudex cõpromiſſarius dicitur. Rurſum ibi. *Ex aliqua lege*. Hæc verba paulo obſcuriora ſũt cæteris. Quomodo diſtinguemus eos qui lege aliqua cõfirmati ſunt, à cæteris de quibus dictũ eſt? Mihi videtur hęc verba accipienda eſſe de eo, cui mandata eſt iuriſdictio: hic.n.differt à iudice dato, vt mihi nõ ſit eos ab Vlpia.ſeparatos eſſe. Hanc interpretationẽ noſtrã confirmat ſupra de iuriſdict.l.6. illis verbis: Sed cõfirmat mandatã. Loquitur enim de eo cui mandata eſt iuriſdictio. Is, inquit,qui mãdatam iuriſdictionem habet,non poteſt mandare:quia nec principaliter,id eſt, non eſt poteſtate aliqua præditus à principe, vt magiſtratu fungi poſſit, nec lex ei defert : ſed confirmat mandatam iuriſdictionem , lex permittit proconſuli mandare iuriſdictionem, vel alij magiſtratui:quia cum ſic ei mandata eſt,dicitur lege cõfirmata. Hæc mihi videtur plena interpretatio horum verborum ; nam iudex eſſe non poteſt , niſi qui horum aliquo præditus ſit magiſtratu. Pręterea iudicis appellatio ad eos , qui cauſas tam ciuiles , quàm criminales cognoſcunt,& iudicant,pertinet. Dixi quoddã iudiciũ ciuile eſſe,quoddã criminale eſſe. Sic magiſtratus quidã ſunt ciuiles,quidã criminales. Sic olim Prætores octodecim Romæ ius reddebãt: ſed alij præerãt iudiciis pecuniariis:alij animaduertebãt in facinoroſos homines:alij iuriſdictioni præerant: alij de fideicõmiſſis cognoſcebãt.l.2.de ori.iur.Prætor cui hic magiſtratus ſorte contigerat, dicebatur Prætor vrbanus, vt docet Ci-

m

Digitized by Google

certi pro Murena. Exemplum vnum eſt huius cognitionis hic in l.ſolemus.§.latrunculator. Hæc vox, quæ alibi non eſt à me lecta, indicat latrunculatorem eſſe, qui animaduerſionem habet in latrones. Ex quo animaduertendum eſt eum, qui iudex criminalis dicitur, apud nos de re pecuniaria non iudicare, nec de ciuilibus cauſis cognoſcere. Deinde notandum eſt iudices quoſdam ciuiles eſſe, quoſdam militares, vt C.lib.1.tit. 47.vt omnes iudi.tam ciui.quàm milit.&c. Militares quidem iudices erant, qui inter milites cognoſcebant & iudicabant. Vnde magiſtri militum dicti ſunt.l.magiſteria C.de iuriſdict.omn.iud. Cuiuſmodi ſunt apud nos iudices militares. Conneſtabilis, qui dicitur ſummus magiſtratus, Mareſchalli, & Balliui, hi omnes ſunt militares iudices, licet imperiti ſint. De his intelligendum eſt, quod dicitur in l.certi iuris.C.de iudic. Videtur enim permiſſum eſſe militaribus hominibus iudicare, quamuis periti non ſint, vt dixi ſub tit. de iuris magiſtr. quia plerunque imperiti fuerunt aſſeſſores. ff. de aſſeſſor.leg.1.

De iudicibus datis.

IVdices dantur à magiſtratibus, qui ius dandi habent. hi iudices dati, vt alias ſæpe admonuimus, proprie iudices dicuntur apud Iureconſultos. Nam Prætor & magiſtratus Romani ſolebant iudices dare magis, quam iudicare, tametſi iudicarent extra ordinem nonnunquam, ſed iudicum datorum munus erat cognoſcere & iudicare de cauſa iniqua. Iudices autem dati erant à magiſtratu: vnde diſtinguitur iudex à prætore, & officium prætoris ab officio iudicis. l.5.de ver. oblig. At enim ibi Pomp. quaſdam ſtipulationes eſſe prætorias, quaſdam iudiciales. Prætoriæ ſunt quæ ex nullo prætoris officio proficiſcuntur, quaſi prætor iudex non ſit, quaſi ſeparetur & diſtinguatur à iudice delegato, in ea diuiſione. Dicitur hic etiam iudex arbiter. Aliquando enim dicitur pro ſocio, arbiter familiæ herciſcundæ, arbiter communi diuidundo, id eſt iudex datus à prætore in actione pro ſocio, pro communi diuidundo, pro iudicio familiæ herciſcundæ. Sic accipimus in l. à diuo Pio. de re iudic. Magiſtratus pop. Rom qui iudices dabant, ſententiam à dato iudice latam exequebantur, iudex datus exequi non poteſt. imperium enim non habet, ſed notionem tantum, & iudicandi facultatem. l.ait prætor.eo.tit. Hic iudex, modo delegatus, modo pedaneus, modo iudex datus, modo arbiter, promiſcue dicitur à Iuriſconſultis. Cicero pro Murena ait, mirum eſſe Iuriſconſultos tot annis definire non potuiſſe, vtrum iudicem an arbitrum dicere oporteat. Exagitat more ſuo Iurecõſultos, vt cauſæ ſuæ inſeruiant. Dicuntur à Iuſtiniano iudices διαιτηταί. Nouel. 82. de iudic. id eſt, arbitri, qua in re Latini videntur Græcos imitari. Dicitur iudex ſimpliciter vel arbiter, aliquando iudex datus, iudex delegatus, iudex ſpecialis. Exemplum eſt vnum in l.vltim. de offic. prætor. l.5. de offic. præſid. Dicuntur ſpeciales iudices, qui dantur ſpecialiter & delegantur, vt de certa cauſa cognoſcant. ſic accipitur iudex in illis locis. Dicitúrq; recuperator apud Theoph. Inſtitu. quib. de cauſis manumit. non lic. Et apud Cicero. quod à nobis alibi explicatum eſt. Pedanei iudices dicuntur, de quibus eſt tit. C.lib.3.de pedan.iudic. Pedanei iudices accipiuntur pro iudicibus datis, non pro magiſtratibus municipalibus, nõ pro defenſoribus magiſtratuum, vt Accurſius & Accurſiani omnes male intellexerunt. Horum pedaneorum iudicum non tantum apud Iuſtin. ſed & apud Iureconſultos fit mentio, qui iudices dicunt pedaneos. Exemplum eſt in l.prætor.4.ff.de tut.& curator. dat. ab his. Prætor inquit, nec tutorem dare ipſe poteſt: ſicut nec pedaneus iudex. Vlpia. ibi his verbis

Pedaneus iudex.

idem ſignificat, quod aliis verbis in l.vlt. de offic.præto. vbi vocet ſpecialem iudicem, quem in illa l.prætor. vocauit pedaneum iudicem. Alius locus eſt in l.3. ne quis eũ vi exi. qui in ius voc. Eſt enim propoſita actio prætoris edicto aduerſus eum, qui eximit vi, & manibus eripuit eum, qui in ius vocatur, ſecundum veterem morem ducendi in ius. Vnde quæritur, ſi quis vocaretur ad pedaneum iudicem, an locus ſit edicto. Iureconſultus ait edictum ad eum non pertinere, quem vocãt pedaneum iudicem. Ratio eſt quia loquitur prætor in eo edicto de eo, qui exemptus eſt cum in ius vocaretur. Proprie autem in ius vocari dicitur, qui vocatur ad magiſtratum. Exempla adduximus ex Cicerone, aliud eſſe in ius ire, aliud in iudicium: aliud apud iudicẽ eſſe, aliud apud Prætorem. Alius locus eſt in l.1.§.remouet. ff.de poſtul. in quo publico iudicio damnatus remouetur à poſtulando, etiam apud pedaneos iudices. Prætor aliter dixit & inhibuit quibuſdam perſonis ne in iure apud ſe poſtularent, is autem qui poſtulat apud iudicem pedaneum, non continetur verbis edicti: ſed poſtea factum eſt ſenatuſconſultum, cum edictum in ea re deficeret. Similis locus eſt in l.ſi quis aliquid.38. §.iudices pedanei. ff.de pœnis. Iudices pedanei amouentur à præſide, ſi pecunia corrupti eſſe dicãtur: quia dantur à præſide. Hic totus locus ſumptus eſt ex Paulo lib.5 Sentent. tit.ad legem Iuliam repet. vbi eadem verba leguntur, cum interpretatione cuiuſdam nõ omnino ineruditi, qui pedaneum iudicem interpretatur (vt nos) qui ex delegatione cauſas audit. Sunt ergo hi iudices dati. Animaduertendum eſt horum iudicum deſcriptas olim curias fuiſſe, quibus iudices ſumerentur, quoties viſum erat magiſtratibus cauſas aliquas iudicandas delegare. Gellius lib.14.c 2.id ſatis oſtendit, ſc. prætorem ſolitum fuiſſe in eaſdem curias legere & adſcribere viros probatos peritiæ & induſtriæ nomine, quibus delegaret cauſas cognoſcendas, quoties delegare iudicem opus eſſet. Et certum eſt eos non cognouiſſe, ne tempore quidem Iuſtiniani, niſi ex delegatione, vt ſatis apparet ex l.vl.C.de iudic. Officium autem horum deſcribitur à Iuſtiniano Nouel. 82. & Nouell. 60.vt defun. ſeu funera eorum. & vocantur ab eod. Iuſtiniano χαμαιδικασταί, voluit enim Græce exprimere, quod Latini pedaneum dicunt. χαμαὶ enim idem ſonat ac humilis iudex priuatus tantum, qui nullo magiſtratu fungitur, quod nullam iuriſdictionẽ habeat, vt diximus. Ex quo apparet cur pedanei iudices dicti ſint, nempe à vilitate: nec vt quoſdam ſenatores pedaneos, quod pedibus irent: ſed quod cum non veherentur, vt alij. Theoph. in tit.de interdict. etiam hoc verbo vtitur χαμαιδικαστάς. Cum ergo quæritur quid iudex ſit, & in hac diſputatione de iudiciis, quomodo iudex accipiendus ſit, non tantum qui præeſt iuriſdictioni, ſed etiam qui delegatus eſt, iudex dicitur. De his autem iudicibus datis, quæſtiones hic tractantur, ſed loci quidam ſunt præcipui. vnus locus eſt in quo quæritur, qui poſſint iudices dare: alius, qui iudices dari poſſint. Quod ad primum attinet, notenda eſt hæc diſtinctio, quæ traditur in l.cum prætor. 12.hoc tit. Iudicem dare poſſunt, quibus lege, vel ſenatuſcõſulto, vel more maiorum conceditur. Proconſul iudicem dare poteſt in prouincia, quam regit. Is quoque, cui mandata eſt iuriſdictio, & alij Romani magiſtratus, quibus id more conceſſum eſt, propter vim imperij, quod habent. Sed difficultas naſcitur ex leg.1.ff. de offi. eius cui mand. eſt iuriſd. vbi dicitur, ea quæ l. vel ſenatuſconſulto, vel cõſtitutionibus principũ ſpecialiter deferũtur, non poſſe mãdari nec trãsferri in eũ cui mandatur iuriſdictio. At iudicis dandi facultas lege defertur, ergo videtur non poſſe mandari. Hoc quidã fatentur his verbis adducti, ea quæ ſpecialiter lege deferuntur, non transferuntur

manda

mandata iuriſdictione: hic autem ait Iuriſconſ. lege concedi Proconſuli. Quia in ea ſunt hæreti, vt deferendam mandatam iuriſdictionem non transferri, dicit ſpecialiter deferri Proconſuli. Ergo differens de iuriſdictione, docui quemadmodum hic nodus eſſet explicandus, & dixi, plus aliquid eſſe ſpecialiter deferri lege, quam ſimpliciter aliquid lege attribui. Obſeruandum eſt diligenter quod Papinia. ait in d. l. 1. de offi. eius cui mand. eſt iuriſdict. non enim ait ſimpliciter deferuntur lege, ſed ſpecialiter, id eſt, quodã iure ſpeciali, cuiuſmodi eſt tutoris datio, quæ non competit iure magiſtratus. Cum creatus eſt prætor & alij, nulla eis data fuit facultas tutores dandi, pupilli erant in tutela agnatorum ſuorum l. 6. ex 12. tabu. legibus decemuiralibus. Deinde latæ ſunt leges, vt pupillis tutores darentur, & ſpecialiter quibuſdam magiſtratibus hoc eſt conceſſum lege Atilia & Iulia. de quibus mentio eſt Inſtitut. lib. 1. de Atilia. tut. Vnde dicitur in l. Muto. 9. tutoris datio. ff. de tutel. Tutoris dationem neque imperij, neque iuriſdictionis eſſe, ſed ei ſoli competere, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel ſenatuſconſultũ, vel princeps. Hæc igitur quæ ſpecialiter lege deferuntur, diſtinguenda ſunt ab illis quę competunt iure magiſtratus. nam pleraque competunt iure magiſtratus, quæ lege deferuntur: ſed tamen non ſpecialiter. Exempli gratia: Creatus eſt Romæ prætor iuriſdictionis cauſa, & more maiorum conſtitutum eſt vt iudices daret, interdum ipſe cognoſceret, deinde lata eſt lex, vt proconſul ea faceret quæ inque Romæ magiſtratus exequebatur. Lex eam poteſtatem transfert in Proconſulem, nihil vero ei ſpecialiter tribuit ſed quod more maiorum competebat magiſtratibus Romanis. Exemplo quoque id oſtendi poteſt, moribus noſtris accommodato. Præfecti Mareſchallorũ (vt à nobis vulgo dicuntur) primum ſunt inſtituti, vt animaduerterẽt in homines vagabundos. Deinde lege quadam regia tributa eſt eis iuriſdictio in venatores, ſpeciale quiddam hoc eis delatum eſſe, & ſpecialiter hæc iuriſdictio poteſt dici eis attributa: quamuis enim quidã magiſtratus regij habeant iuriſdictionem aliquam, non tamẽ ſpecialem habent ſinguli hanc facultatem, ſicuti præfecti Mareſchallorum in hac ſpecie. Sic in iure Romano, magiſtratus non habent merum imperium, & tutoris dationem: quia veterib. legibus non dabantur tutores pupillis: ſed poſtea ſpecialiter lege deferri cœptum eſt. Sic legis actiones, de quibus magna quæſtio & difficultas eſt in l. 2. & ſe. ff. de offi. procon. dicitur enim ancipari non poſſe, nec manumitti apud legatum procõſulis: quia apud eum non eſt legis actio. idem in l. 1. ff. de offi. iurid. Alex. lata fuit lex tempore Auguſti, cuius meminit Cornelius Tacitus, qua permiſſum erat, vt equeſtris ordinis homines, qui præeſſent Ægypto, lege agerent, vt actus legitimi coram eis agi poſſent. Si quis velit intelligere qui ſint actus legitimi, quæ ſint legis actiones, poteſt id cognoſci ex vno loco in lib. Topic. Cicer. apud Boetium ibi, Emancipatio fiebat certo ritu, diſcutit Caius illum ritum, & ſ bijcit vocari legis actionem. Huiuſmodi eſt quoque adoptio, quæ inter legitimos actus refertur. gl. in l. actus. ff. de regu. iur. Magna ſolennitas erat in emancipationib. vt habetur apud Theophil. Inſtit. lib. 1. quib. mod. ius pat. pot. ſol. vbi Iuſtinia. an emancipationem conſtitutam fuiſſe ultim ſub legis actione. in Nouel. 8. conſti. quæ de dign. Cur non recipiunt dicere quæ ſolennitas erat legibus introducta, ſi quis addat, iam ſolennitatem illam mutat? Dicuntur ergo actus legitimi, vel legis actiones ob eam cauſam, & vt dicuntur verba legitima.

Verba legitima, & verba ciuilia.

l. vlt. C. de teſtam. tutel. & l. directas. C. de teſta. manu. quæ etiam ciuilia verba dicuntur. l. verbis ciuilibus. ff. de vulgar. Sublata eſt autem illa ſolennitas paulatim propter vtilitatem. Erat ſolennitas quædam & ritus introductus legibus. Sic mihi videtur accipiendũ quod dicitur in l. nemo. ff. de reg. iur. Nemo alieno nomine agere poteſt lege, id eſt, actus legitimi illi, illæ legis actiones non poſſunt exerceri per procuratorem, cum ſolennitas quę tanta ſit, & actus legitimus & ritus legis, ſi mutetur perſona, vel aliquid ex ea formula & ſolennitate, nihil dicitur actum eſſe. Ideoque cum in legib. fiat mentio prætoris, vel proconſulis, quoties inter nulla alia perſona agere poteſt, nec valet quod agitur. vnde dicimus, apud legatum proconſulis non eſſe legis actionem, & ſi quis apud eum manumiſerit, nihil agit. Igitur legis actio refertur ad ea, quæ non competũt iure magiſtratus, ſed ſpecialiter lege competunt. Magiſtratus ergo ius dandi iudicium habent, iudex autẽ datus iudicẽ dare non poteſt niſi a principe datus ſit, l. à iudice. C. hoc tit. Iudex à prætore datus iudicandi tantum munere fungitur, & iudicandi tantum facultatem habet, nec eſt translata in eum iuriſdictio eius qui eũ iudicem dedit: atque ideo iudicem dare non poteſt. Ergo dixi ſub tit. de iuriſdict. multum intereſſe inter eũ, cui mandata eſt iuriſdictio, & qui iudex datus eſt. Iudicem enim datum tantum cognitionis munus habere, l. ait prætor. 5. ff. de re iudic. At is cui mandata eſt iuriſdictio, iuriſdictionem habet, & iudicẽ dare poteſt: iudex verò datus iuriſdictionem non habet, quare nec iudicem dare poteſt excipitur à principe datus iudex.

De iis qui iudices dari poſſunt.

HVc pertinet diſtinctio d. l. cum Prætor. 12. §. vlt. hoc tit. Natura comparatum eſt & hominib. inſitũ, licet nulla lege expreſſum eſſet, vt qui iudicio carent, ad iudicandũ non admittantur, cuiuſmodi eſt furioſus & impubes. De furioſo autem cum differimus, ſequenda eſt diſtinctio quæ traditur hic in l. cum furioſus. 39. & l. iudex datus. 46. vt licet furioſus, qui iudicio caret, non ſit idoneus ad iudicandum: ſi tamen iudex datus ſit, nõ ideo nulla eſt eius datio, cum in iudicis datione iudicio opus non ſit, ſed tantum in iudicando. *Cum furioſus additur.* Sic videtur legendum in d. l. cum furioſus. quamuis alias legatur, adicitur. quia veteres dicebant addere, pro dare. vtebãtur n. compoſito pro ſimplici, iudex additur, id eſt datur. Quæritur de cæco homine, qui luminibus orbatus eſt, quid dicendũ ſit. Dicitur in l. 6. hoc tit. Cæcum iudicãdi officio fungi. Nihil breuius dici poteſt. Accurſ. & Accurſiani omnes ſic interpretantur, quaſi cęcus non poſſit iudex dari, ſed ſi in cæcitatem inciderit poſtquam datus eſt iudex, iudicem manere. Sic interpretantur illud ſextum caput, contra vim verborum & ſententiam iuris auctorum. Ad hanc diſtinctionem confugit Accurſius, cum non intelligeret differentiam magiſtratus & iudicis, quæ traditur ab Vlpia. in l. 1. §. caſum. ff. de poſtul. Prætor, inquit, cæcum repellit à poſtulando: quia inſignia magiſtratus videre & reuereri non poteſt. ſed ſenatorium ordinem retinet, & iudicandi officio fungitur. Eadem ſunt verba, quæ leguntur in hoc §. 6. quod interpretamur. Deinde Vlpi. explicata quæſtione de iudice, tranſit ad quæſtionem de magiſtratibus: ſed melius eſt, inquit, vt cęcum quidem retinere dicamus iam acceptum magiſtratum: adſpirare autem ad nouum prohiberi. Hæc verba ad magiſtratus pertinent non ad iudicem. Accurſiani cum non intelligerent quid intereſſet inter magiſtratum & iudicem, putabant hoc caput ad iudicem pertinere. Ego igitur ſentio cæcum iudicẽ rectè dari. Extat diſputatio noſtra in lib. 1. diſput. vbi multis argumentis oſtẽdi, cæcũ rectè iudicẽ dari, quãuis magiſtratu fungi minime poſſit. Quid aliud requirimus in iudice, quam iudiciũ? Etſi. n. nõ poſſit album à nigro ſeparare & ſecernere: tamẽ iniquum ab æquo ſecernere poteſt. imo quadã cęteris pręcellũt vt iudicij

cæci quod carent oculis. In magiſtratu aliud requirimus, ſpectamus enim decorem aliquem & ſplendorem. d.l.1.ff. de poſtul. Oſtendit enim Vlpian. eo loco quod inſignia magiſtratus uereri nõ poſſit. Deinde ſequitur in d.l. cum prætor. lege impeditur, qui ſenatu motus eſt, quidam prohibentur lege iudices dari. vt qui ſenatu motus eſt. l. Caſſius. ff. de Senatorib. & l. Iulia repetundarum. nominatim expreſſum eſt. Moribus receptum eſt, vt fœminæ iudices non recipiantur. l. fœminæ. ff. de reg. iur. Quæſitum eſt etiam de patre & filio, diximus nihil referre, an pater in cauſa filij, an filius in cauſa patris ſit iudex. ſic intelligendam eſſe l. in priuatis, hoc tit. quamuis de eo probabiliter dubitatum fuit, quia nemo ſibiipſi imperare poſſit. At pater & filius eadem perſona eſſe videntur, ſed eius in publicis muneribus non habetur ratio. l. nam quod. ff. ad Trebel. Si tamen aduerſarius noluerit iudicem admittere patrem tanquam ſuſpectum, diximus habendam eſſe rationem huius ſuſpicionis. De viatore quæritur in l. vlt. hoc titu. Magiſtratus vnum ex viatoribus ſuis non debent delegare, vt cognoſcat cauſas priuatas, niſi re vrgente forte talis cauſa poteſt eſſe, vt non ſit magni momenti, & neceſſitas vrgeat, vt non dubitent magiſtratus viatorem ſuum iudicem dare. Videndum eſt autem ne magiſtratus iudicem dent eum, qui nominatim ab altera parte petitus eſt. l. obſeruãdũ. hoc titu. Probabilis eſt enim cauſa ſuſpicionis, & cum reſcriptis expreſſum eſt, vt talis iudex non detur: niſi repugnet auctoritas & dignatio eius qui petitus eſt iudex, vt maxime pertineat ad verecundiam eum non remoueri à iudicando: ſed tamen princeps de ea re adeundus eſt. vt ea. l. obſeruandum. in fin. Curare igitur debet magiſtratus, vt eum iudicem det, qui ſuſpicione careat, cuiuſmodi non poteſt dici is, quem nominatim altera pars petiit. Sed & notandum eſt, quiſquis iudex datus fuerit à magiſtratu, vel à principe, ſi ſuſpectus ſit, eum poſſe recuſari. l. apertiſſimi. l. vlt. C. eo. Dicebam nuper eã l. apertiſſimi. loqui de iudice dato. nam prætor & alij iudices, qui dicũtur ordinarij, nõ ita poſsũt recuſari, vt iudex datus: nã ſocius eis adijcietur, vt epiſcopus. auth. ſi vero contigerit. C. eo. quãuis receſſum ſit ab hac conſtitutione iure Pontificio, quo poſſunt non tãtũ iudices dari: ſed & magiſtratus & epiſcopi ipſi ſuſpicionis cauſa recuſari. Corrupti enim mores epiſcoporũ fecerunt, vt alij mores introducerentur. Viſum eſt itaque ſi quis iudex datus ſit, ſiue à principe, ſiue ab alio magiſtratu, intelligendum dari ſaluo iure recuſationis, & (vt vulgo loquimur) ſaluo iure partis. Rationẽ huius recuſationis docet Imperator in d. l. apertiſſimi. & l vlt. vbi notandum, non eſſe neceſſarium allegare cauſas & probationem ſuſpicionis, ſi quis putauerit ſuſpectum eſſe iudicem: quia eo caſu datur arbiter. Hæc forma iuris ciuilis, quia arbitri eligũtur, contracta eſt iure põtificio. c. ſuſpicionis. de offi dele. c. ſi ſpecialiter. de appel. Alia forma eſt in Gallia, quæ peti poteſt ex conſtitutionibus Regiis, & aliis locis: ſed prouinciam non ſuſcepi referẽdi quid quibuſcunq; in locis obſeruetur moribus & conſuetudinibus. ſufficiet vt inſtructi & periti artis boni & æqui ex his quæ diximus progreſſu temporis eſſe poſſitis. ſic enim Vlpianus definit ius. ff. de iuſt. & iure. vultq; vt leges ex æquo & bono interpretemur. Neque vero poſſunt, inquit Iulia. ita leges ſcribi, vt omnes caſus, qui quandoque inciderint comprehendantur. Sic enim natura cõparatum eſt, vt res plures ſint, vnde peccatum eſt in rei ipſius natura magis, quam in legũ latoribus. Hinc ars fuit neceſſaria, quæ nos docet hoc vitium emendare. Nunc quædam attingenda ſunt, quæ in dandis iudicibus obſeruantur, partim neceſſaria, partim vſitata, partim recepta. Ac in primis certũ eſt cũ datur iudex, aliquod nomen ei exprimẽdum eſſe: vt, Caſſius iudex eſto. Vnde quæritur ſi erratũ ſit in nomine iudicis, quem iudicem datum eſſe intelligemus? l. ſi in iudicis. 80. hoc tit. Si nominatus ſit Caſſius pro Mævio, aut contra, quæritur quis iudex datus intelligatur. Ait lex illa: Si iudex ex conuentione ſit additus, id eſt datus, vt iam ſupra dixi, error in nomine nihil obeſt: ſed eum datum intelligemus de quo litigantes ſenſerint. Inſpiciemus itaque quid actum eſt inter litigantes, & de quo ſenſerint veriſimiliter. Sed etſi non ex conuentione litigatorum datus ſit, ſed ex voluntate prætoris: & in nomine eius errauerit, videndum eſt etiam tũc, de quo prætor ſenſerit: ſicut ſpectatur voluntas litigatorum cũ ex eorum conſenſu datus eſt iudex. Eſt locus communis de errore in nomine, vt non noceat, modo conſtet de re, in qua erratum eſt. Error autem in corpore iudicis noceret in dando iudice. l. ſi per errorem. ſupra de iuriſdict. & l. 2. hoc tit. Præterea in dando iudice præſtituitur tempus intra quod iudicare debeat iudex datus, vt intra tres menſes, intra biennium, & hoc tempus ei definitur à magiſtratu vt celerius & maturius cognoſcat, iudicet, & litẽ dirimat, ita vt poſt lapſum tempus eius nullam poteſtatem iudicandi habeat: ſolutum eſt eius officium, niſi cõſenſu litigatorum illud tempus prorogatum ſit, de quo fuſius poſtea. Præſcribitur etiam interdum locus, in quo iudicare debeat. l. ſi locus. 59. hoc tit. Magiſtratus iudicem dedit, & iuſſit eum iudicare in certo loco, is in alio loco iudicare non poteſt, excederet enim fines formulæ ſibi præſcriptæ à magiſtratu, à quo omnem poteſtatem ſuam habet. Sed ſi locus non præſcriptus nec expreſſus ſit, tunc eodem loco iuſſiſſe videtur, quo ſolet iudicari ſine incommodo litigatorum. Commodiſſimus eſt autem locus, in quo magiſtratus ipſe ius reddit, ſalua maieſtate imperij, ſaluoque more maiorum. leg. penultim. in fin. ff. de iuſtit. & iure. Inſpicimus enim, in quo loco iudicari ſoleat ſecundum morem maiorũ. & in eo tutiſſimum eſt iudicem datum iudicare, ſi expreſſus non ſit locus. Saltem oportet locum eſſe commodum litigatoribus, in quo ſcilicet litigatores commode & honeſte conuenire poſſint. l. ſi cum dies. 36. §. ſi arbiter. ff. de arbitr. Deinde aliquando definitur certa quantitas, ad quam vſque iudicetur. l. de qua re. 74. §. primo hoc tit. Cum lis eſſet inter duos de variis rebus, datus eſt iudex à prætore, qui cognoſceret inter eos vſque ad ſummam cẽtum aureorum: eam ſummam excedere non poteſt iudex, niſi inter litigatores conueniat, & in maiorem ſummam cõſenſerint. hoc eſt, quod vulgo dicitur iuriſdictionem prorogari de re ad rem, vt de loco ad locum. ſed de hac re poſtea ſuo loco dicturi ſumus. Hæc ſunt, quæ in iudice dato vſitata ſunt & recepta. Iam videndũ eſt de mutatione iudicis, ſicut iudex datur à prætore, ita iudex ex cauſa datus remouetur, & contingit interdum vt remoto iudice, alius ſufficiatur in eius locum, & ſic mutatio iudicis fit. Huc pertinet quod dicitur in l. 58. iudicium ſoluitur. hoc tit. Variis modis volẽte eo, qui iudicare iuſſit, is qui iudex datus eſt, remouetur. Nã is, qui iudicare aliquẽ iubere poteſt, eundẽ vetare iudicare poteſt. Cuius eſt. n. dare, eius eſt etiam reuocare, ſicut quodlibet mandatum reuocatur voluntate eius, qui mandauit. l. & quia. de iuriſdict. Non tantum is, qui iudicare iuſſit, poteſt vetare ne iudicetur: ſed & qui maior eſt eo, qui iudicare iuſſit, vetare poteſt, vt ſi prætor iudicare iuſſit non tantũ ipſe prætor poteſt vetare, ſed & maior prætore, vt præfectus prætorio. Præterea ſi is qui iudicare iuſſit, ex priuato factus ſit prætor, vel eiuſdem magiſtratus, cuius erat is, qui iudicare iuſſit, finitur iudicium. Hinc naſcitur quæſtio in leg. cum prætor. 12. hoc tit. Prætor duos iudices dedit, deinde vnum ex his iudicare prohibuit, quæritur, an ſolutum ſit iudicium. Quæſtio naſcitur ex eo, quod diximus ſolui iudicium etiam vetante eo, qui iudicare iuſſit, ſed cum prohibuit vnum tãtum ex his iudicare,

dicare, non omnes, probabiliter de eo dubitatum fuit. Videbatur enim ſolutum eſſe iudicium, & alterum nō poſſe iudicare, cum ſimul eos dando videantur eo iure fuiſſe, vt ſimul iudicarent, vt firmius eſſet iudicium. Sed quamuis ſolutum eſſe videatur iudicium, tamen tacite videtur denuo alterum committere, & ſolum dare iudicem. Non idem dicendum ex eo, cum vnus ex iudicibus datis eſt mortuus, alter vero eſt ſuperſtes. nam ſuperſtes tantum non poteſt cognoſcere. Idem enim expreſſum eſt iure Pontificio. cap. vno delegatorum. 42. de offic. iudic. deleg. Sed cum vni vetitum eſt iudicare, alter cognoſcere poteſt: nam, vt dictum eſt, cum prohibuit vni, videtur alterum denuo iubere iudicare prætor, & eidem negotium committere quem non prohibuit. Ex his intelligitur, quibus ex cauſis iudicium ſoluatur propter perſonam iudicis, & quibus ex cauſis iudex deſinat eſſe is, qui iudex datus eſt. Aliæ cauſæ ſunt, de quibus paſſim ſub hoc titul. exempla reperiuntur, vt cauſa ſuſpicionis, de qua exemplum eſt in leg. Iulianus. 17. hoc tit. Cum duo litigare vellent, datus eſt eis iudex à prætore, vnus ex litigatoribus deceſſit relicto hærede eo, qui iudex datus fuerat, ait Iuriſconſultus iuſtam eſſe cauſam mutandi, & remouendi eius iudicis, & alterum in eius locum ſubſtituendi. Rationem adfert, quia iniquum eſt aliquem rei ſuæ iudicem fieri: hic autem iudex eſſet in cauſa ſua: ſicut enim ab initio in propria eius cauſa non potuiſſet iudex dari: ſic dicendum eſt, cum res poſtea eius propria facta eſt. Quod eſt intelligendum, etſi res poſtea ad iudicem pertinet propter communionem fortaſſe, vt ſatis colligitur ex verbis antecedētibus, vel ex eo, quod ante diximus, neminem poſſe in ſua cauſa iudicem eſſe, hoc eſt vulgare, & veluti principium in iuriſprudentia, & à multis imperitis, ſcilicet, contemnitur, tanquam indubitatum atque vulgatum, ſed eruditi homines intelligunt horum principiorum cognitionem neceſſariam eſſe in iuriſprudētia, ſicut in aliis omnib. artibus. Similis cauſa ſuſpicionis colligi poteſt ab aliis, vt leg. prætor. ff. de iuriſdict. Prætor mādat iuriſdictionem ſuam vel totam, vel partem vnam, vel in certas perſonas, vel ad vnā ſpeciem, & plerunque ex iuſta cauſa mandat, veluti propter ſuſceptam ante magiſtratum aduocationem, vt ſi ſuſceperit aduocationem cauſæ, qui magiſtratus eſt, is cognitionem debet mādare & iuriſdictionem ſuam, nec tantum iudicem dare. Ea agitari ſolet quæſtio in caſu d. l. Iulianus. an iudex qui hæres factus eſt ab vno ex litigatoribus, poſſit alium iudicem dare? Videtur quibuſdam poſſe. argumen. d. l. prætor. ſupra de iuriſdict. vbi dicitur, iuſtam eſſe cauſam mandandi: ſed illi non cogitant l. prætor. loqui de prætore, qui mandare poteſt iuriſdictionem: hic vero tractari de iudice dato, qui nō poteſt iudicē dare. l. à iudice. C. eo. hoc tit. Alia eſt cauſa propter quā mutatur iudex, & in locum iudicis remoti alius ſubſtituitur, ſi iudex datus nō poſſit iudicio operam dare. l. ſi longius. 18. hoc ti. Datus eſt iudex, qui propter lōgam peregrinationem, propter aliquam occupationem non poteſt iudicio operam dare an ſit cogendus iudicare, an remouēdus? Certum eſt prætorem eum, ſi excuſationem non habeat, cogere iudicare. leg. vlt. §. iudicādi quoque neceſſitas. ff. de muner. & hono. & l. prætor eos. §. qui autem non habet excuſationem. ff. de vaca. & excuſ. mune. Iudicandi enim munus numeratur inter publica munera & perſonalia. d. §. iudicandi. Sed poteſt iuſtam excuſationem habere. exemplum vnum eſt in d. l. ſi longius, vt ſi forte aliqua occupatio nō patiatur iudicem iudicio operam dare. Si quis velit plene hunc locum intelligere, addenda eſt diſtinctio quæ traditur in l. prætor. ff. de vac. & excuſ. Dubiū autem non eſt, quin olim iſta capita coniuncta fuerint. Interdū tamen debet iudex expectari ad aliquod tempus, ſi ſpes ſit eius reditus, vel ſanitatis. melius enim eſt expectare ad aliquod tempus, quam eum remouere, & alium ſufficere. Exemplum eſt in leg. iudex datus. 46. hoc tit. quamuis furioſus non recte iudex detur: ſi tamē ſanæ mentis aditus, id eſt, datus ſit, & poſtea furere cœperit, idem manet: quia ab initio recte datus fuit, morbus tamen ſonticus ei iudicandi neceſſitatem remittit, & alius in eius locum ſubſtitui debet. l. quæſitū. 60. ff. de re iudic. Igitur intelligitis quibus ex cauſis iudex remoueatur, vel mutetur. Sed animaduertendum eſt amoto iudice dato, an idem iudicium eſſe intelligatur. Non ideo eſſe diuerſum iudicandum iudicium, quod iudex mutatus ſit: quod in locum mortui, vel remoti iudicis alius datus ſit. Verum eſt iudicium ſolui ex his cauſis: ſed poſtquam alius in eius locum ſubſtitutus eſt, nos interpretamur idem non diuerſum iudicium eſſe. Id expreſſum eſt & declaratum in l. proponebatur. 76. hoc tit. Dati ſunt tres iudices, vnus eſt excuſatus à vocatione huius muneris, datus eſt alius in eius locum, an idem ſit iudicium? Ait ibi Alphenus non modo ſi vnus, aut alter mutatus ſit, vt proponitur in hac ſpecie, ſed & ſi omnes mutati ſint, & alij ſubrogati, dicendum eſſe, idem iudicium manere. Multa & ſimilia exempla adfert, vt oſtendat rationi conuenire, vt idem iudicium eſſe exiſtimetur. Si inquit, ideo dicamus diuerſum eſſe iudicium, quia iudices mutati ſunt, nos etiā dicemus hominem non eundem eſſe, qui ab hinc anno fuit, propterea quod, vt philoſophi dicunt, ex quibus particulis minimis conſiſtimus, eæ quotidie ex noſtro corpore decedunt, aliæque extrinſecus in earū locum accedūt, & certe potus & cibus hac de cauſa ſūt neceſſarij. De hac philoſophorum opinione, locus eſt animaduerſione digniſſimus apud Sene. lib. 8 epiſt. 59. Nemo, inquit idem eſt in ſenectute, qui iuuenis fuit: nemo eſt mane qui fuit pridie, corpora rapiuntur fluminum more. Citat illud dictum Heracliti, in idem flumen nemo bis deſcendere dicitur, nos tamen eundem hominem dicimus, & idem flumen. Sed qui paradoxis delectantur, dicunt non idem eſſe flumen: nec eundem hominem, qui heri fuit. Sed quid refert, dixerit quiſpiā, idem eſſe, an aliud & diuerſum iudicium? videtur enim inanis diſputatio & λογομαχία: ſed certe non eſt inanis nec friuola. Nam re & effectu multum intereſt, an vnū & idem iudicium eſſe dicatur, an duo & diuerſa iudicia. Id facile demonſtratur ex l. mortuo. 60. hoc tit. In locū mortui iudicis datus eſt & ſubditus alius. prior iudex cœperat cognoſcere, quæritur, an nouus iudex in eius locū ſubditus, debeat denuo cognoſcere: an ſequetur quod à priori actum eſt & inceptum. Si dixerimus diuerſa eſſe iudicia, æquum eſt, vt dicamus non debere ſequi, quod ab alio inceptum eſt. Sin idem (vt re vera eſt) iudicium ſit, ſequi oportere quod prior fecit, id eſt, ex iiſdem actis iudicem poſteriorem oportere iudicare, ex quibus qui mortuus eſt iudicare debuit. Huc referenda eſt quæſtio, de qua in leg. ſi iudex. 32. Datus eſt à prætore iudex, vt infra certa tempora cognoſceret & iudicaret, puta intra annum, aut biennium: hic iudex datus deceſſit, alius ſubditus eſt in eius locum, de tempore nihil dictum eſt, quæritur intra quod tempus iudicare debeat? Certum eſt tempus videri repertum, quod expreſſum fuerat in prioris delegatione iudicij. Sed quæritur an integrū tempus habeat, an vero tempus quod ſupereſt computandum ſit cum altero, an idem tempus præſtitutum ſit quod ſupererat, cum prior iudex deceſſerat. Iuſſus fuerat iudicare intra duos annos fortaſſe, & erat lapſum tempus cum prior deceſſerat, nouus iſte iudex an habebit id ſpacium duorum, an vero vnius anni? Ait Paul. in allegata l. mortuo. habere duos annos integros, quāuis ſuperſit tantū annus eius tēporis, cū prior iudex deceſſit. Videbatur tamē cōtra

dicedum eſſe: ſicut enim alter cogebatur iudicare intra annum: ſic videbatur ſecundus cogendus eſſe, vt intra eum annum iudicaret. Sed vtilitatis cauſa conſtitutum eſt, integrum ei tempus dandum eſſe. Viſum eſt enim nihil in ea re incommodi eſſe: nam ſpacio aliquo temporis ei opus eſt, non tantum ad iudicãdum: ſed etiam ad deliberandum de his rebus, quæ à priore factæ ſunt. Et ne quid videatur abſurdi inde ſequi, ſubiicit: ita tamen ne legitimum tempus excedat. tempus autem legitimum, quod excedi non debet, expreſſum eſt in l. properandum. C. de iudic. ſcilicet triennium. addita eſt hæc expoſitio ne facile elidatur illa lex, & lites diutius quàm par ſit protelentur. Exempli gratia, fingamus iudicem datum, vt iudicet intra triennium, prope finem triennij deceſſiſſe, & alium datum eſſe in eius locum: ſi habet hic integrum triennium, vſque ad ſex annos illa lis protelari poſſet, & adhuc contingere poſſet, vt illo mortuo prope finem triennij, alius etiam ſufficeretur, & protraheretur lis in nouem annos: vnde plurimum incommodi ſequi poſſet.

De litigatoribus.

DIximus iudicium conſiſtere ex iudice & litigatoribus. Litigatores autem vocamus actorem & reum, ſine quibus iudicium non conſiſtit. l. inter litigantes. 62. hoc tit. In omni iudicio oportet vnum eſſe, qui actoris partibus fungatur, alterum qui partes rei ſuſtineat. Si vterque diceret ſe reum eſſe, & ſic neuter velit ſuſcipere onera probationum, lis expediri non poſſet. Vnde quæritur plerunque vter ſit reus, vter actor, vter poſſideat. l. 1. ff. vti poſſide. nam non probante actore reus abſoluitur. C. de eden. leg. qui accuſare. Sed hæc dubitatio maxime oritur in duplicibus iudiciis: vt interdicto vti poſſidetis, in iudiciis familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, finium regundorum. quæ iudicia duplicia eſſe dicũtur, in quibus vterque actor eſt, vterque reus, nec poteſt diſcerni actor à reo, ex eo quod vterque petit à cõmunione recedi, vterque rem diuidi petit, vterque ſe tuetur aduerſus alterũ. Sed neceſſe eſt, vt lis procedat, alterum ex his eſſe qui actoris,
Actor quis ſit. alterum qui rei partibus fungatur. Qua in re Iuriſconſulti noſtri dicunt, inſpiciendum eſſe vter prior ad iudicium alterum prouocarit: nam is actor cẽſendus eſt, quod dicitur in leg. qui prior. 29. hoc tit. Sed ponamus ambos eos ad iudicium prouocare: vt ſi ſint duo hæredes, & petant vt res propter hæreditatem communes diuidãtur: quodnam eſt futurum iudicis officium: neuter horum prouocauit prior: ſed ambo prouocauerunt. Sorte res diſcerni poteſt per taxillos, inquit Accurſ. in l. ſed cum ambo. 14. hoc titu. Hæc lex ſuffragatur iudici Pantagruelino, qui omnia ſorte dirimebat, citans hãc legem. Sed tamen nunquam exiſtimaui, illam tam late producendam eſſe: ſed cum quæſtio facti eſt, non iuris, nec eſt res magni momenti. nec poteſt lis aliter expediri. Exemplum eſt in l. vlt. C. commu. de leg.

Qui poſſint agere vel conueniri.

DE quibuſdam perſonis quæritur, de quibus probabilis eſſe poteſt dubitatio, veluti de patre & filio. Quæritur itaque an pater à filio, an filius à patre conueniri poſſit. Et ait iuriſconſul. litem nullam nobis eſſe poſſe cum eo quem habemus in poteſtate. leg. lis nulla. 4. hoc tit. Filius ergo, qui eſt in poteſtate patris, nec patrem conuenire, nec à patre cõueniri in iudicio poteſt. Res ipſa impedimento eſt: nam ſi pater cum filio agat, perinde eſt ac ſi ſecum ipſe agat ac litiget. habentur enim pro vna & eadem perſona. Hoc autem pertinet tam ad filium adoptiuum, quam ad filium naturalem. Sicut igitur pater naturalis non poteſt conuenire filium in iudicio nec conueniri à filio: idem dicendum eſt de patre & filio adoptiuo, vt iudicium ab initio non poſſit conſiſtere inter patrem & filium adoptiuum. Ergo ſoluitur iudicium, ſi res in eum caſum inciderit, l. ſi à me. tt. hoc tit. Eodem pertinet quod dicitur in l. adoptiuum. ff. de in ius vocand. De emancipato filio idem dici non poteſt: ad emancipatum enim pertinet edictum prætoris de in ius vocando, vt emancipatus patrem in ius vocare poſſit permiſſu prætoris, venia à prætore impetrata. Et hoc intereſt inter edictum prætoris de in ius vocando, & ius quod nunc interpretamur, quod edictum de in ius vocando ad emancipatum pertineat. Hoc autem verum non eſt in his, qui in poteſtate ſunt: nam ſimpliciter dicendum eſt non poſſe filium agere aduerſus patrem, emancipatum autem venia impetrata poſſe agere, & conuenire patrem permiſſu prætoris. d. l. adoptiuum. de in ius vocan. Vbi Iuriſconſul. filium ait, qui eſt in poteſtate patris, magis iure patriæ poteſtatis, quam edicto prætoris prohiberi in ius vocare patrem. Sed quæritur, an filiusfamilias filiem aduerſus alium extraneum qui patar non eſt, poſſit agere in iudicio? Et certum eſt filiumfamil. non poſſe agere, niſi ea cauſa: alias nullam habet in iudicio actionem. l. filiusfamil. 8. ff. de obligatio. & actio. Actio enim datur patri, non filiofamilias ex eo, quod acquirit filiusfamilias: ſed ex cauſa propter vtilitatem aliquando ei permittitur agere extra ordinem cauſa cognita, vt expreſſum eſt in l. cum filiusfam. 17. ff. de rebus cred. vbi oſtendit Iuriſconſul. ordinarias actiones patri deferri: ſed tamen permittendum eſſe filium extra ordinem experiri, vt in caſu de quo ibi, & aliis de quibus in l. ſi longius. 18. §. ſi filiusfamilias. hoc tit. cum ſcilicet vtilitas exigit, vt permittatur filio agere: ne dum pater eius expectatur, magno incommodo filius adficiatur, aut impunita maneant delicta, cum forte furtum paſſus eſt filiusfamil. nec pater venturus ſit, vel cum is qui commiſit, ſe ſubtrahit. Quod autem Iuriſconſ. ibidem ait, filium vtili iudicio agere poſſe, vtile iudiciũ vocat quod dicitur extraordinarium. d. l. cum filiusfami. ff. de reb. cred. Vtiles actiones extraordinariæ ſunt, non ex legibus, quæ non ex iure directo proficiſcuntur: ſed ex vtilitate, æquitate, & benigniore quadã interpretatione. Eodem pertinet quod dicitur in l. in factum. 12. ff. de obligat. & act. filiumfam. poſſe exercere actiones in factum, quæ non ſunt directæ, nec legitimæ, nec ordinariæ: ſed propter vtilitatem dantur in factum extra ordinem, & præſcriptis in factum verbis concipiũtur. Sic ego interpretor hæc tria verba eãdem ſignificationem habẽtia, vtilem actionem, extraordinariam, & in factum. quamuis hæc ſingula ſuas quaſdam proprias ſignificationes aliis in locis habeant. Sed an aduerſus filiumfamil. actio datur? Certum eſt eum, ſi quod negotiũ contraxerit, ſi quid admiſerit, ex eo conueniri poſſe, vt patremfamil. l. 57. tam ex contractibus. hoc tit. Qui autem cum filio famil. contraxerit, duos debitores habet. l. ſi quis cum filio famil. 45. ff. de pecul. ſed mortuo filio poſt litis conteſtationem, inſtantia iudicij trãſit in patrem de peculio, & quod in rem patris verſum eſt, & inſtantia dicitur tranſire, vt in hæredem, ſic in patrem. eſt enim velut hæres, l. 2. ff. de pecul. Quæſtio eſt de ſeruo. Seruus non poteſt eſſe in iudicio, nec poteſt agere, nec conueniri. Iudicium enim nullum eſt aduerſus eum actum. leg. ſeruus. C. de iudic. & leg. non idcirco. 44. §. vlt. hoc tit. Excipiuntur tamen certi caſus, in quibus licet ſeruo conſiſtere in iudicio, & etiam contra dominum agere. leg. via certis 53. ff. hoc titu. Pertinet & hoc ius ad monachos noſtri temporis, quos ſeruis comparare poſſumus. cum nec in iudicio conſiſtere, nec agere, nec conueniri poſſint. Multi enim non

abſunt

abſunt à ſeruitute. Alia quæſtio eſt de magiſtratibus, de qua extat reſcriptum Imperatorium in leg. pars literarum. 48. hoc tit. Loquitur enim lex illa de magiſtratibus. ἄρχοντας enim magiſtratus interpretamur, quos ait non poſſe conueniri quo tempore magiſtratu funguntur: ſed hoc eſt intelligendum ſecũdum definitionem, quæ traditur in leg. 2. de in ius voc. & leg. nec magiſtratibus. 32. ff. de iniur. Hoc caput ad maiores magiſtratus pertinet. Maiores autem poſſunt vocari, Conſul, Proconſul, & alij, qui imperium habent, qui non poſſunt conueniri, qui habent ius in vincula coniiciendi. Minores poſſunt conueniri etiam cum ſunt in magiſtratu: ſed de magiſtratibus noſtri temporis idem dici non poteſt: quia perpetui ſunt non temporarij, vt Romæ erant. Et ſatis apparet iſtis omnibus capitibus, agi de magiſtratibus temporariis, cum poſtquam defuncti ſunt magiſtratu, conueniri poſſint. Abſurdum autem & iniquum eſſet magiſtratus noſtri tẽporis non poſſe conueniri, ſicut diximus de rebus creditis in leg. præſidis prouinciæ. 34.

De variis iudiciorum præceptis.

SEquitur tertius locus huius diſputationis noſtræ, in qua præcepta quædam de iudiciis tradituri ſumus, quæ diſperſa habentur ſub hoc tit. Incipiemus autem à generalibus pręceptis de officio iudicis. Præcepta quędam generalia traduntur de officio iudicis, de quibus meminit Gellius lib. 14. c. 2. vbi meminit de lege Iulia iudiciorum, & de libris Tuberonis, de officio iudicis. complectebantur autem lex & libri Tuberonis ea, quæ ad ordinem iudiciorum pertinerent, & quid in quacunque re iudicem ſequi oporteret: & maxime quæ ad ordinandam litem ſpectant, quod paucis libris facile comprehendi potuit. Huius legis Iuliæ fit mentio hoc titu. in leg. 2. paulo poſt princip. verſicul. conuenire, ibi Lex Iulia iudiciorum ait, quo minus inter priuatos conueniat. Vocant enim Iuriſconſulti legem Iuliam iudiciorum, legem iudiciariam. Ea lex continebat, quæ ad ordinem iudiciorum pertinebant, tam ad iudicia priuata, quam publica. Primum præceptum eſt de officio Iudicis, quod generaliter iudices oportet ſecũdum leges iudicare, & in iudicando non poſſe à iure recedere. id colligitur ex leg. rem non nouam. 12 C. de iudi. In ea lege deſcribitur formula iuriſiurandi, quod exigitur à iudicibus: verboſa lex eſt, & nihil aliud cõtinet quam iuſiurandum exigi à magiſtratibus: ſicut plerunque fiebat à iudicibus Romæ. iurati enim iudices cognoſcebant & iudicabant. Eodem pertinet Nouel. Iuſtinia. 8. Iuſiurandum, quod præſtatur ab his, qui adminiſtrationem ſuſcip. quæ conſtitut. formulam continet iuramenti, quod exigitur à magiſtratibus: iurant enim ſe iudicaturos ſecundum quod iuſtum & æquum eis videbitur, id eſt, ſecundũ ius & leges, vt ego interpretor. Quoties autem ius ſcriptum æquitati repugnare videbitur, iudicis eſt æquitatem magis, quam ſcriptum ius ſequi: vt dicitur in l. placuit. 8. C. eod. Æquitatem præferri rigori eſt vulgare dictũ, quod ex eo cap. ſumitur. Quid ſit autem æquitas, quam ſequi debet iudex, breuiter nunc explicandum eſt. Æquitas igitur, vt aliquãdo docuimus, eſt benignior quædam, & humanior interpretatio legis ſcriptæ, quæ æquitas ſcripto comprehenſa eſt. Sic definit Ariſtot. ἐπιείκειαν lib. 5 Moral. quam nos vel æquitatem, vel æquum & bonum vocamus. Oſtendit Ariſtot. eo loco ſicut Iuriſconſulti ſub tit. ff. de legib. l. neque leges. l. non poſſunt. non omnia poſſe definiri legibus, de quibus aliquando controuerſia poteſt incidere. Non enim poſſunt omnia venire in mentem legiſlatoris, cum infinita ſunt negotia, quæ inter homines contrahuntur: vt exprimere, ſcribere, & mandare literis res omnes, de quibus homines quandoque litigant, non poſſint. Bonis & prudentibus viris permittitur interpretatio legis, cum verba legis deficiũt, quod videtur legis ſententiæ, & menti legiſlatoris maxime conuenire. Interpretatio eſt, quam Ariſtot. vocat ἐπιείκειαν, nos æquitatem, vel æquum & bonum. De ea intelligendum eſt, quod ait Vlpia. in l. 1. de iuſtit. & iur. ius eſſe artem æqui & boni. Ius igitur noſſe eſt eam artem noſſe, qua poſſumus quamcunque legem, quodcũque reſcriptum principis, ciuitatis, Reipub. interpretari ea bono & æquo. & ad æquitatem reducere. hoc proprium eſt Iuriſconſultorum munus. Eo nomine laudantur à Cicerone Philipp. 9. Seruius Sulpitius & alibi Gallus Aquil. quod in interpretatione ciuili omnia ſemper ad æquitatem retulerint. Dubitandum nõ eſt, quin aliqua arte opus ſit ad iudicandum, & æquum & bonum explicãdum. & ad interpretationem legum ex æquo & bono faciendam. & ad hãc ἐπιείκειαν interpretandam, ſunt qui ſolam naturam ſufficere putãt. Quid, inquiunt, opus eſt tot libris, ſi hoc natura nobis eſt inſitum? ſi æquitatem natura hominibus perſuaſit? Certum eſt eam ortum habere à natura: & quo quiſque eſt natura prouectior, eo magis aptus eſt ad iudicandam æquitatem, ſed ars quam profitemur, maxime naturam iuuat, vt aliæ artes. Ars enim numerandi eſt omnibus inſita, & tamen ars Arithmetica non inutilis hominibus: nam qui eam artem norunt, multo facilius numerant, quam qui non norunt. Sic ad interpretationem legum ex bono & æquo, opus eſt arte, ſtudio, vſu, & exercitatione. Artificis eſt, id eſt, Iuriſconſulti, qui eam didicerit artem, tractare bonum & æquum. Vnde Celſus Iunior dicebat pernicioſe plerunque errari ſolere, ſub auctoritate iuris, cum forte quis prætextu iuris ſcientiæ, quam profitetur recedit ab eo, quod bonum & æquum eſt. leg. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. ff. de verborum obligat. vnde in leg. ſcire leges. ff. de legibus. admonemur, ſcire leges non eſſe earum verba tenere, ſed vim & poteſtatem. Leges enim omnes Imperatorum Romanorum, Regum noſtrorum, aut cuiuſque ciuitatis memoria complecti hoc non eſt Iureconſultum eſſe. Qui putant his libris nihil aliud contineri, quam leges Imperatorum, falluntur. Cõtinetur enim ars ipſa boni & æqui, ac reperiuntur multa præcepta ad æquitatem ac bonum & æquum pertinentia, ad legum interpretationem, de quibus nihil à principibus traditur, nullæ leges præſcribi ab Imperatoribus ſolent. Huiuſmodi ſunt fere, quæ in libris Pandectarum leguntur, in quibus conſtitutiones & reſcripta interſeruntur. Hac de cauſa exempla valde vtilia ac neceſſaria, quotidie vobis ob oculos pono Vlpiani, Pauli, & aliorum, qui edicta & leges interpretantur. Non poſſumus commodius exemplum requirere de interpretatione huius æquitatis, quam quod vidimus de interpretatione albi corrupti. in l. ſi quis id quod. ff. de iuriſdictio. & de interpretatione edicti aduerſus eum, qui ius nouum impetrauit. ff. quod quiſque iuris. in alt. &c. His pręceptis atque exemplis continetur ars æqui & boni, quam ius nos appellamus. Itaque dubitandum non eſt, quin lectio horum titulorum ſit vtilis etiam his, qui propriis moribus reguntur, licet Romanis legibus non vtantur. Hi, qui dicunt ſe Romanis legibus non vti, non putant hæc ſcripta leges eſſe: ſed velut philoſophica quædam præcepta, quibus quæuis conſtitutio emendatur, Ariſtoteles vocat ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου. Mirum ergo non eſt, quod dicitur id ad iudicis officium pertinere, vt iuſtitiam atque æquitatem præſcripto iuri præferat. Sed faceſſit nobis negotium quod in d. l. placuit. C. de iudi. dicitur æquitatis ſcriptæ præcipuam eſſe ratione. Nam ſi verum eſt quod diximus ex Ariſtotele & Iuriſconſultis, æquitas non ſcripta, eſt æquitas, & diſcernitur,

dicedum eſſe: ſicut enim alter cogebatur iudicare intra annum: ſic videbatur ſecundus cogandus eſſa, vt intra eum annum iudicaret. Sed vtilitatis cauſa conſtitutum eſt, integrum ei tempus dandum eſſe. Viſum eſt enim nihil io ea re incommodi eſſe: nam ſpacio aliquo temporis ei opus eſt, non tantum ad iudicãdum: ſed etiam ad deliberandum de bis rebus, quæ à priore factæ ſunt. Et na quid videatur abſurdi inda ſequi, ſubiicit: ita tamen ne legitimum tempus excedat. tempus autem legitimum, quod excedi non debet, expraſſum eſt in l. properandum. C. de iudic. ſcilicet triennium. addita eſt hæc expoſitio ne facile elidatur ills lex, & lites diutius quàm par ſit protelentur. Exempli gratia, fingamus iudicem datum, vt iudicet intra triennium, prope finem triennij deceſſiſſe, & alium datum eſſe io eius locum: ſi habet hic integrum triennium, vſque ad ſex annos illa lis protelari poſſet, & adhuc contingere poſſet, vt illo mortuo prope finem triennij, alius etiam ſufficeretut, & protraheretur lis in nouem annos: vnde plurimum incommodi ſequipoſſet.

De litigatoribus.

Diximus iudicium conſiſtere ex iudice & litigatoribus. Litigatores autem vocamus actorem & reum, ſine quibus iudicium non conſiſtit. l. inter litigantes. 62. hoc tit. In omni iudicio oportet vnum eſſe, qui actoris partibus fungatur, alterum qui partes rei ſuſtineat. Si vterque diceret ſe reum eſſe, & ſic neuter velit ſuſcipere onera probationum, lis expediri non poſſet. Vnde quæritur plerunque vter ſit reus, vter actor, vter poſſideat. l. t. ff. vti poſſide. nam non probante actore reus abſoluitur. C. de eden. leg. qui accuſare. Sed hæc dubitatio maxime oritur in duplicibus iudiciis: vt interdicto vti poſſidetis, in iudiciis familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, finium regundorum. quæ iudicia duplicia eſſe dicũtur, in qoibus vterque actor eſt, vterque reus, nec poteſt diſcerni actor à reo, ex eo quod vterque patit à cõmunione recedi, vterque rem diuidi petit, vterque ſe tuetur aduerſus alterũ. Sed neceſſe eſt, vt lis procedat, alterum ex his eſſa qui actoris, alterum qui rei partibus fungatur. Qua in re Iuriſconſulti noſtri dicunt, inſpiciendum eſſe vter prior ad iudicium alterum prouocatit: nam is actor cẽſendus eſt, quod dicitur in leg. qui prior. 29. hoc tit. Sed ponamus ambos eos ad iudicium prouocare: vt ſi ſint duo hæredes, & petant vt res propter hæreditatem communes diuidãtur: quodnam eſt futurum iudicis officium: neuter horum prouocauit prior: ſed ambo prouocauerunt. Sorte res diſcerni poteſt per taaillos, inquit Accurſ. in l. ſed cum ambo. 14. hoc titu. Hæc lex ſuffragatur iudici Pantagruelino, qui omnia forte dirimebat, citans hãc legem. Sed tamen nunquam exiſtimaui, illam tam late producendam eſſe: ſed cum quæſtio facti eſt, non iuris, nec eſt res magni momenti, nec poteſt lis aliter expediri. Exemplum eſt in l. vlt. C. commu. de leg.

Actor qui ſit.

Qui poſſint agere vel conueniri.

De quibuſdam perſonis quæritur, de quibus probabilis eſſe poteſt dubitatio, veluti de patre & filio. Quæritur itaque an pater à filio, an filius à patre conueniri poſſit. Et ait iuriſconſul. litem nullam nobis eſſe poſſe cum eo quem habemus in poteſtate. leg. lis nulla. 4. hoc tit. Filius ergo, qui eſt in poteſtate patris, nec patrem conuenire, nec à patre cõueniri in iudicio poteſt. Res ipſa impedimento eſt: nam ſi pater cum filio agat, perinde eſt ac ſi ſecum ipſe agat ac litiget. habentur enim pro vna & eadem perſona. Hoc autem pertinet tam ad filium adoptiuum, quam ad filium naturalem. Sicut igitur pater naturalis non poteſt conuenire filium in iudicio nec conueniri à filio: idem dicendum eſt de patre & filio adoptiuo, vt iudicium ab initio non poſſit conſiſtere inter patrem & filium adoptiuum. Ergo ſoluitur iudicium, ſi res io eum caſum inciderit. l. ſi à me. tt. hoc tit. Eodem pertinet quod dicitur in l. adoptiuum. ff. de in ius vocand. De emancipato filio idem dici non poteſt: ad emancipatum enim pertinet edictum prætoris de io ius vocando, vt emancipatus patrem in ius vocare poſſit permiſſu prætoris, venia à prætora impetrata. Et hoc intereſt inter edictum prætoris de io ius vocando, & ius quod nunc interpratamur, quod edictum de in ius vocando ad emancipatum pertineat. Hoc autem verum non eſt in his, qui in poteſtate ſunt: nam ſimpliciter dicendum eſt non poſſe filium agere aduerſus patrem, emancipatum autem venia impetrata poſſe agere, & conuenire patrem permiſſu prætoris. d. l. adoptiuum. de in ius vocan. Vbi Iuriſconſul. filium ait, qui eſt io poteſtate patris, magis iure patriæ poteſtatis, quam edicto prætoris prohiberi in ius vocare patrem. Sed quæritur, an filiusfamilias ſaltem aduerſus alium extraneum qui pater non eſt, poſſit agere in iudicio? Et certum eſt filiumfamil. non poſſe agere, niſi ex cauſa: alias nullam habet in iudicio actionem. l. filiusfamil. 8. ff. de obligatio. & actio. Actio enim datur patri, non filiofamilias ex eo, quod acquirit filiusfamilias: ſed ea cauſa propter vtilitatem aliquando ei permittitur agere extra ordinem cauſa cognita, vt expreſſum eſt in l. cum filiusfam. 17. ff. da rebus cred. vbi oſtendit Iuriſconſul. ordinarias actiones patri deferri: ſed tamen permittendum eſſe filium extra ordinem experiri, vt io caſu de quo ibi, & aliis da quibus in l. ſi longius. 18. §. ſi filiusfamilias. hoc tit. cum ſcilicet vtilitas exigit, vt permittatur filio agere: ne dum pater eius expectatur, magno incommodo filius adficiatur, aut impunita maneant delicta, cum forte furtum paſſus eſt filiusfamil. nec pater venturus ſit, vel cum is qui commiſit, ſe ſubtrahit. Quod autem Iuriſconſ. ibidem ait filium vtili iudicio agere poſſe, vtile iudiciũ vocat quod dicitur extraordinarium. d. l. cum filiusfami. ff. de de reb. cred Vtiles actiones extraordinariæ ſunt, non ex legibus, quæ non ea iure directo proficiſcuntur: ſed ex vtilitate, æquitate, & benigniore quadã interpretatione. Eodem pertinet quod dicitur in l. in factum. 12. ff. de obligat. & act. filiumfam. poſſe exercere actiones in factum, quæ non ſunt directæ, nec lagitimæ, nec ordinariæ: ſed propter vtilitatem dantur in factum extra ordinem, & præſcriptis in factum verbis concipiũtur. Sic ego interpretor hæc tria verba eãdem ſignificationem habẽtia, vtilem actionem, extraordinariam, & in factum. quamuis hæc ſingula ſuas quaſdam proprias ſignificationes aliis in locis habeant. Sed an aduerſus filiumfamil. actio datur? Certum eſt eum, ſi quod negotiũ contraxerit, ſi quid admiſerit, ex eo conueniri poſſe, vt patremfamil. l. 57. tam ex contractibus. hoc tit. Qui autem cum filio famil. contraxerit, duos debitores habet. l. ſi quis cum filio famil. 45. ff. de pecul. ſed mortuo filio poſt litis conteſtationem, inſtantia iudicij trãſit in patrem de peculio, & quod in rem patris verſum aſt, & inſtantia dicitur tranſire, vt in hæredem, ſic in patrem. eſt enim velut hæres. l. 2. ff. de pecul. Quæſtio eſt de ſeruo. Seruus non poteſt eſſe in iudicio, nec poteſt agere, nec conueniri. Iudicium enim nullum eſt aduerſus eum actum. leg. ſeruus. C. de iudic. & leg. non idcirco. 44. §. vlt. hoc. tit. Excipiuntur tamen certi caſus, in quibus licet ſeruo conſiſtere in iudicio, & etiam contra dominum agere. leg. vix certis 53. ff. hoc titu. Pertinet & hoc ius ad monachos noſtri temporis, quos ſeruis comparare poſſumus. cum nec in iudicio conſiſtere, nec agere, nec conueniri poſſint. Multi enim non

abſunt

Digitized by Google

abſunt à ſeruitute. Alia quæſtio eſt de magiſtratibus, de quis extat reſcriptum Imperatorium in leg. pars literarum. 48. hoc tit. Loquitur enim lex illa de magiſtratibus. ἀρχόντας enim magiſtratus interpretantur, quos ait non poſſe conueniri quo tempore magiſtratu funguntur: ſed hoc eſt intelligendum ſecūdum definitionem, quæ traditur in leg. 2. de in ius voc. & leg. nec magiſtratibus. 32. ff. de iniur. Hoc caput ad maiores magiſtratus pertinet. Maiores autem poſſunt vocari, Conſul, Proconſul, & alij, qui imperium habent, qui non poſſunt conueniri, qui habent ius in vincula coniiciendi. Minores poſſunt conueniri etiam cum ſunt in magiſtratu: ſed de magiſtratibus noſtri temporis idem dici non poteſt: quia perpetui ſunt non temporarij, vt Romæ erant. Et ſatis apparet iſtis omnibus capitibus, agi de magiſtratibus temporariis, cum poſtquam defuncti ſunt magiſtratu, conueniri poſſint. Abſurdum autem & iniquum eſſet magiſtratus noſtri tēporis non poſſe conueniri, ſicut diximus de rebus creditis in leg. præſidis prouinciæ. 34.

De variis iudiciorum præceptis.

SEquitur tertius locus huius diſputationis noſtræ, in qua præcepta quædam de iudiciis tradituri ſumus, quæ diſperſa habentur ſub hoc tit. Incipiemus autem à generalibus pręceptis de officio iudicis. Præcepta quędam generalia traduntur de officio iudicis, de quibus meminit Gellius lib. 14. c. 2. vbi meminit de lege Iulia iudiciorum, & de libris Tuberonis, de officio iudicis. complectebantur autem lex & libri Tuberonis ea, quæ ad ordinem iudiciorum pertinerent, & quid in quacunque re iudicem ſequi oporteret: & maxime quæ ad ordinandam litem ſpectant, quod paucis libris facile comprehendi potuit. Huius legis Iuliæ fit mentio hoc titu. in leg. 2. paulo poſt princip. verſicul. conuenire, ibi Lex Iulia iudiciorum ait, quo minus inter priuatos conueniat. Vocant enim Iuriſconſulti legem Iuliam iudiciorum, legem iudiciariam. Ea lex continebat, quæ ad ordinem iudiciorum pertinebant, tam ad iudicia priuata, quam publica. Primum præceptum eſt de officio iudicis, quod generaliter iudices oportet ſecūdum leges iudicare, & in iudicando non poſſe à iure recedere. id colligitur ex leg. rem non nouam. 12. C. de iudi. In ea lege deſcribitur formula iuriſiurandi, quod exigitur à iudicibus: verboſa lex eſt, & nihil aliud cōtinet quam iuſiurandum exigi à magiſtratibus: ſicut plerunque fiebat à iudicibus Romæ. iurati enim iudices cognoſcebant & iudicabant. Eodem pertinet Nouel. Iuſtinia. 8. Iuſiurandum, quod præſtatur ab his, qui adminiſtrationem ſuſcip. quæ conſtitut. formulam continet iuramenti, quod exigitur à magiſtratibus: iurant enim ſe iudicaturos ſecundum quod iuſtum & æquum eis videbitur, id eſt, ſecundū ius & leges, vt ego interpretor. Quoties autem ius ſcriptum æquitati repugnare videbitur, iudicis eſt æquitatem magis, quam ſcriptum ius ſequi: vt dicitur in l. placuit. 8. C. eod. Æquitatem præferri rigori eſt vulgare dictū, quod ex eo cap. ſumitur. Quid ſit autem æquitas, quam ſequi debet iudex, breuiter nunc explicandum eſt. Æquitas igitur, vt aliquādo docuimus, eſt benignior quædam, & humanior interpretatio legis ſcriptæ, quæ æquitas ſcripto comprehenſa eſt. Sic definit Ariſtot. ἐπιείκειαν lib. 5 Moral. quam nos vel æquitatem, vel æquum & bonum vocamus. Oſtendit Ariſtot. eo loco ſicut Iuriſconſulti ſub tit. ff. de legib. l. neque leges. l. non poſſunt. non omnia poſſe definiri legibus, de quibus aliquando controuerſia poteſt incidere. Non enim poſſunt omnia venire in mentem legiſlatoris, cum infinita ſunt negotia, quæ inter homines contrahuntur: vt exprimere, ſcribere, & mandare literis res omnes, de quibus homines quandoque litigant, non poſſint. Bonis & prudentibus viris permittitur interpretatio legis, cum verba legis deficiūt, quod videtur legis ſententiæ, & menti legiſlatoris maxime conuenire. Interpretatio eſt, quam Ariſtot. vocat ἐπιείκειαν, nos æquitatem, vel æquum & bonum. De ea intelligendum eſt, quod ait Vlpia. in l. 1. de iuſtit. & iur. ius eſſe artem æqui & boni. Ius igitur noſſe eſt eam artem noſſe, qua poſſumus quamcunque legem, quodcūque reſcriptum principis, ciuitatis, Reipub. interpretari ex bono & æquo. & ad æquitatem reducere. hoc proprium eſt Iuriſconſultorum munus. Eo nomine laudantur à Cicerone Philipp. 9. Seruius Sulpitius & alius Gallus Aquil. quod in interpretatione ciuili omnia ſemper ad æquitatem retulerint. Dubitandum nō eſt, quin aliqua arte opus ſit ad iudicandum, & æquum & bonum explicādum. & ad interpretationem legum ex æquo & bono faciendam. & ad hāc ἐπιείκειαν interpretandam, ſunt qui ſolam naturam ſufficere putāt. Quid, inquiunt, opus eſt tot libris, ſi hoc natura nobis eſt inſitum? ſi æquitatem natura hominibus perſuaſit? Certum eſt eam ortum habere à natura: & quo quiſque eſt natura prouectior, eo magis aptus eſt ad iudicandam æquitatem, ſed ars quam profitemur, maxime naturam iuuat, vt aliæ artes. Ars enim numerandi eſt omnibus inſita, & tamen ars Arithmetica non inutilis hominibus: nam qui eam artem norunt, multo facilius numerant, quam qui non norunt. Sic ad interpretationem legum ex bono & æquo, opus eſt arte, ſtudio, vſu, & exercitatione. Artificis eſt, id eſt, Iuriſconſulti, qui eam didicerit artem, tractare bonum & æquum. Vnde Celſus Iunior dicebat pernicioſe plerunque errari ſolere, ſub auctoritate iuris, cum forte quis prætextu iuris ſcientiæ, quam profitetur recedit ab eo, quod bonum & æquum eſt. leg. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. ff. de verborum obligat. vnde in leg. ſcire leges. ff. de legibus. admonemur, ſcire leges non eſſe earum verba tenere, ſed vim & poteſtatem. Leges enim omnes Imperatorum Romanorum, Regum noſtrorum, aut cuiuſque ciuitatis memoria complecti hoc non eſt Iureconſultum eſſe. Qui putant his libris nihil aliud contineri, quam leges Imperatorum, falluntur. Cōtinetur enim ars ipſa boni & æqui, ac reperiuntur multa præcepta ad æquitatem ac bonum & æquum pertinentia, ad legum interpretationem, de quibus nihil à principibus traditur, nullæ leges præſcribi ab Imperatoribus ſolent. Huiuſmodi ſunt fere, quæ in libris Pandectarum leguntur, in quibus conſtitutiones & reſcripta interſeruntur. Hac de cauſa exempla valde vtilia ac neceſſaria, quotidie vobis ob oculos pono Vlpiani, Pauli, & aliorum, qui edicta & leges interpretantur. Non poſſumus commodius exemplum requirere de interpretatione huius æquitatis, quam quod vidimus de interpretatione albi corrupti. in l. ſi quis id quod. ff. de iuriſdictio. & de interpretatione edicti aduerſus eum, qui ius nouum impetrauit. ff. quod quiſque iuris. in alt. &c. His pręceptis atque exemplis continetur ars æqui & boni, quam ius nos appellamus. Itaque dubitandum non eſt, quin lectio horum titulorum ſit vtilis etiam his, qui propriis morib. teguntur, licet Romanis legibus non vtantur. Hi, qui dicunt ſe Romanis legibus non vti, non putant hæc ſcripta leges eſſe: ſed velut philoſophica quædam præcepta, quibus quæuis conſtitutio emendatur, Ariſtoteles vocat ἐπανόρθωμα τοῦ νομικοῦ δικαίου. Mirum ergo non eſt, quod dicitur id ad iudicis officium pertinere, vt iuſtitiam atque æquitatem præſcripto iuri præferat. Sed faceſſit nobis negotium quod in d. l. placuit. C. de iudi. dicitur æquitatis ſcriptæ præcipuam eſſe rationem. Nam ſi verum eſt quod diximus ex Ariſtotele & Iuriſconſultis, æquitas non ſcripta, eſt æquitas, & diſcernitur,

à iure ſcripto. Eſt enim interpretatio iuris ſcripti, quæ interpretatio iure non eſt comprehenſa. Multa comminiſcuntur non tantum iuris interpretes, ſed & Philoſophi & Theologi, vt explicent id quod hic dicitur, & hoc excuſare poſſint. Quædam alia adduxi eodem pertinentia, & in eo laboraui antequam in codices emendatos incidiſſem, in quibus hęc vox, ſcriptæ, deeſt, & quidem in vetuſtis etiam codicibus deficit, vt admonui lib. prim. Diſputat. Non dubito quin ita fine dict. *ſcripta*, legendum ſit. Vox autem illa videtur ex commentatione aliqua addita ab his, qui non potuerunt conciliare caput leg. prim. Cod. de legibus. & leg. placuit. Videbant enim contraria & repugnantia, cum Imperator di at in dict. leg. prim. Cod. de legib. inter ius & æquitatem, interpretationem nobis ſolis & oportet, & licet inſpicere. Quibus verbis adimere videtur iudicibus poteſtatem interpretandæ legis, quoties de iure ſcripto & æquitate quæritur. At vero in leg. placuit. ait iudicem in iudicando præcipuam debere æquitatis quàm iuris ſcripti rationem habere. Aliter enim intelligi non poſſe viſum eſt huiuſmodi caput: nihil autem facilius fuit, quam hoc verbum addere: æquitatis ſcriptæ. Æquitas enim, quæ ſcripta non eſt, non poteſt præferri iuri ſcripto. dict. leg. prim. & ſic euaſi ſunt. Sed nihil neceſſe fuit eo confugere. rectius accipienda fuit dict. lex prim. C. de legib. vt alias docui in interpretatione huius tractatus. Interpretatio enim legis ex bono & æquo, non ſolius eſt principis, ſed & magiſtratus, iudicis, & Iuriſconſulti. Nec ea res vllum incommodum habet, ſi æquitatem ita accipiamus, vt iam à nobis dictum fuit. Nam hoc non eſt à legibus recedere: ſed leges potius ſequi, & legibus ſententiam ſuam accommodare. Siquidem ſententia legis, magis lex dicenda eſt, quam verba legis. l. non dubium. C. de legib. Sed ſi interdum accidat, vt certa non ſit legis ſententia, vt non poſſit colligi ex eo, quod ſcriptum eſt in lege, id de quo iudicandum eſt: tunc ceſſant iudicis partes, & princeps neceſſario adeundus eſt. Sic intelligendum eſt, quod dicitur in leg. prim. C. de legibus. Cum ait Imper. inter ius & æquitatem, interpretationem, &c. Sic ego intelligo, quod dicitur in l. neque leges. 9. & l. non eſt nouum. 25. & l. ſed & 27. ff de legib. Idem dicendum eſt, & cum quis ita interpretatur, vt perpetuum ius conſtituat. id enim ſolius principis eſt. Sed æquitatis interpretatio, quam nos *Ἐπιείκειαν* dicimus, nō ſolius eſt principis, ſed & cuiusſuis magiſtratus & iudicis, qui de re aliqua cognoſcit. Et ideo nō ſolū ſupremas curias, ſed & inferiores magiſtratus ex æquo & bono iudicare poſſe non dubito. Quod itaque vulgo dicitur in Gallia, ſupremas curias ex bono & æquo iudicare poſſe: inferiores curias & magiſtratus non poſſe, ſed tantum ſecundum leges, hoc ex errore natum eſt. Nam ſi ſpectemus virum boni & æqui, fatendum eſt non ſolum ſupremos iudices, ſed & inferiores ex bono & æquo iudicare poſſe. nam ſi dicamus eos ex bono & æquo iudicare non poſſe, idem eſt ac ſi diceremus, non poſſe eos ſententiam legis ſequi, ſed oportere eos verba legis ſequi, quod abſurdum eſt & iniquum. conuenit igitur officio iudicis leges ſequi in iudicando, qui contra leges non poteſt iudicare. Si quis contra facit, legem offendit. l. non quicquid. 40. §. iudex. ff. hoc tit. Sed multum refert, vt cognoſcamus verum iudex aliquid ſecundum leges, an contra leges faciat, quomodo ſit concepta lex. Aliquando enim ita eſt concepta, vt neceſſitatem imponat iudici: aliquando ita eſt concepta, vt eius facultatem relinquat arbitrio. Si dicat lex, iudicem oportet, ei neceſſitatem imponit. Si ita dicat, facere poteſt, permittit ei facultatem. Sic intelligenda eſt dict. lex non quicquid. in princip. hoc titu. & lex 1. C. quomodo & quando iud. Sic intelligēdum eſt, quod dicitur iudicem interdum gratiā facere poſſe. cap. conſuluit. de offic. & poteſta. iud. delegat. Ex eo loco colligunt iudicem poſſe gratiam facere. Sed quomodo hoc accipiendum ſit, ſatis perſpici poteſt ex his quæ diximus. cum lex permittit, nec imponit neceſſitatem, poteſt gratiam facere, vt cum de dilationibus temporum, & aliis quibuſdam aliquid ſtatuit, ſicut etiam de ſorte, qua diximus poſſe quaſdam lites dirimi. Dictum iam eſt quædam præcepta eſſe circa rem iudiciariam, quorum alia generalia ſunt, alia ſpecialia. Generale præceptum eſt, de quo dicere cœpimus, ne iudex contra legum præcepta quidquam faciat. Quid ſit contra leges facere, quid ſecundum leges, etiam docuimus. Addendum eſt quid ſit contra ius conſtitutionis aliquid facere, aut contra ius litigatoris pronunciare, vt dicitur in leg. prim. quæ ſententia ſine appell. reſcind. Dicitur in d. leg. 1. ſi contra ius expreſſe aliquis pronunciauerit, ſententiam nullam eſſe, adeo vt neceſſe non ſit prouocare. Cum autem iudex de iure pronunciauit, non contra ius conſtitutionis, ſed contra ius litigatoris, ipſo iure ſententia non eſt nulla: ſed opus eſt appellare. *Si de iure litigatoris pronunciauerit.* Hæc verba obſcura ſunt his, qui non intelligunt morem veterum in pronunciandis ſententiis. Dixi capite 41. lib. 1. Diſputa. tunc iudices ſolitos fuiſſe de iure pronunciare, cum quæſtio iuris eſſet, cum ſtatus cauſæ eſſet iuridicialis. De facto autem pronunciabant factum eſſe, cum quæſtio facti eſſet, vt ſi quis allegauerit numerum liberorum aut ætatem pro excuſatione muneris, & iudex pronunciauerit neque ætatem, neque numerum prodeſſe ad excuſationem. Hoc quod expreſſe dicitur in dict. l. prim. quæ ſentent. ſine appellat. reſcind. de iure pronunciare, & contra ius. Quia vero ſecundum ius, prodeſt ad muneris excuſationem, numerus liberorum, hoc eſt, quod dicitur, ſententiam continere expreſſum errorem iuris. Poteſt etiam fieri, vt iudex inique iudicet: ſed non ſit error in iure, quia de iure nihil pronunciat: & hoc caſu eſt appellatione opus. Aliquando igitur de iure conſtitutionis iudex pronunciauit, non de iure litigatoris. Idem eſt in l. ſi expreſſum. ff. de appellatio. & aliis ſimil. quas adduxi in d. lib. prim. Diſputat. cap. 41. Iudex ergo contra conſtitutiones nihil facere debet: quod ſi fecerit, litem ſuam facere dicitur, & eo nomine datur aduerſus eum in factum actio ei contra quem iudicatum eſt. Cuius actionis mentio eſt in titu. de obligat. quæ ex quaſi delict. §. 2. in Inſtitut. Hæc obligatio naſcitur quaſi ex maleficio: quia per imprudentiam male iudicauit, non per dolum, vnde ex delicto nō naſci dicitur, ſed ex quaſi delicto. De hac actione alius eſt locus in l. vlt. ff. de var. & extraordinar. cognit. Hodie tamen hoc iure non vtimur: ſed à more maiorum noſtrorum receſſimus. Olim iudex, qui male iudicauerat, cogebatur dicere cauſam apud iudicē appellationis, & dies dicebatur iudici: veſtigia eius rei manſerūt in nominibus, quamuis res ſit mutata. Cum enim impetrantur hodie diplomata, quæ vocant *lettres des relief*, declaratur parti, ſecūdum quam iudicatum eſt, vt adſit, quod *adiourner* vocāt, quod ad perſonam iudicis refertur, *interiner* appellāt. Hic incidit difficultas, & velut antinomia ex l. ſi filiusfamil. 15. §. 1. hoc tit. Diximus iudicem litem ſuam facere, cum per imprudentiam iudicat, etſi dolus nullus arguatur, & ideo teneri quaſi ex maleficio, ſed in dict. leg. 15. dicitur, tunc iudicem facere litem ſuam, cum dolo malo in fraudem legis ſententiam dixerit. requirit ibi Iuriſconſul. dolum malum in iudice, vt litem ſuam faciat, & in aliis locis ait iudicem teneri ob imprudentiam. dict. §. 1. Inſtitutio. de obligat. quæ ex quaſi delicto. & d. leg. vltim. Hæc videntur pugnantia, & Budæus ea vt contraria annotauit. Sed animaduertendum eſt in dict. leg. ſi filiusfamil.

De iure litigatoris pronunciare quid ſit.

Quando iudex dicatur litem ſuam facere.

15. §.

15. §.pri. non ſimpliciter dici dolum malum requiri, vt iudex litem ſuam facere dicatur: ſed vt veram litis æſtimationem præſtet. Sed ſi is, qui per imprudentiam contra ius iudicat, litem ſuam facere dicitur: multo magis is, qui dolo iudicat. Hoc enim intereſt inter eum, qui male iudicat per imprudentiam, & eum qui dolo: quod is, qui iudicat dolo malo, ad veram æſtimationem litis teneatur, vt in dicto loco ad finem dicitur, & in leg. vltim. de pœn. iudic. qui male iudic. Qui vero per imprudentiam male iudicauerit, non tenebitur ad veram æſtimationem litis: ſed quatenus religioni iudicis viſum fuerit, vt dicitur in dict. leg. vltim. de extraordinar. cognit. In interpretatione edicti cuiuſdam Vlpian. ſcripſit iudicē, qui dolo malo iudicauit, litē ſuam facere, vt æſtimationem veram præſtet. Sic eſt intelligendus Vlpiani locus, nec ſane captanda ſunt eius verba. Dicitur litem ſuam facere, cum veluti in perſonam ſuam transfert litem, & is incipit teneri propter dolum, aut imprudentiam ſuam, cum alter litigantium teneretur. Nunc intelligitis quid veniat in hanc actionem, & quid hac actione petatur. Addendum eſt ex eodem Vlpian. in leg. ſeq. Iulianus. 16. hoc tit. hanc actionem non transferri in hæredem iudicis, licet Iuliani ſententia fuerit, eam transferri in hæredem: ſed hæc ſententia notata eſt à multis. ratio videtur, & quia ex maleficio, vel quaſi maleficio datur, & pœnam quoque continet. Iam accedendum eſt ad præcepta rei iudiciariæ ſpecialia: generale enim præceptum eſt quod iam diximus. Præcepta ſpecialia multa ſunt ſub hoc tit. quæ partim ad litigatores, partim ad rem quæ petitur, partim ad rationem exercendi iudicij pertinent. Hac diſtinctione opus eſt, vt aperte intelligamus, quæ hoc titu. continentur. Videamus primum de perſonis, quæ rem in iudicium deducunt. In primis certum eſt, vt cōſiſtat iudicium, opus eſſe actore & reo, vt diximus ſupra. Vnde cum iudicium conſiſtere non dicatur cū homine mortuo, ſi cum mortuo ſit cœptum iudicium, qui viuere putabatur, non tenet ſententia. quod ſi deceſſit forte reus, qui putabatur viuere, & ſententia lata eſt, & condemnatus fuit: ſententia nulla eſt, nec ad eam infirmandam appellatione opus. leg. pen. ff quæ ſenten. ſine appellat. reſcind. leg. in ſumma. §. vltim. de re iudic. Simile dicitur de beneficio principis. leg. Neratius. ff. de reg. iu. Cum princeps dedit beneficium ei, qui putabatur viuere, id beneficium eius hæredi nō datur. Hinc oritur quæſtio in leg. 74 de qua re. §. vltim. hoc tit. Species hæc eſt, de qua eo loco tractat Vlpian. Cum quidam litem mouere vellet aduerſus Titium amicum meum, defendere eum volui, & litem ſum conteſtatus, cum ia iam mortuus eſſet, & eum viuere putarem, tandem condemnatus fui, & ſolui. Hæc eſt hypotheſis, ex qua multæ quæſtiones oriuntur. In primis, an hæres ſit liberatus mea ſolutione, dubitatio naſcitur: quia ſolutio facta à quocunque liberat debitorem. l. ſoluendo. 41. ff. de neg. ge. & tamen dicitur hic hæredem non liberari. Iudicium nullum eſt, quod ſuſceptum eſt à defenſore, mortuo eo cuius nomine iudicium ſuſcepit, ideoque ſolutum eo nomine non poteſt prodeſſe hæredi, ſi ſtrictum ius inſpiciemus, vt poſtea dicam. Altera quæſtio eſt hac hypotheſi, an ego, qui defendi, & ſolui condemnatus, poſſim repetere quod dedi? & ait non poſſe repetere: quia ex cauſa iudicati ſolui. Nam etſi nullum ſit iudicium, tamen cum quis putat iudicium valere, non poteſt repetere. Simile eſt in leg. cum putarem. 37. famil. erciſc. Deinde quæritur ex eadem hypotheſi, an ego, qui ſolui ex cauſa iudicati, & non poſſum repetere ab eo cui ſolui, habeam actionem aduerſus eum pro quo ſolui? Hic dicitur actionem negotiorum geſtorum me habere: quia eius negotia vtiliter geſſi, ſi debitor erat, quod verum eſt: quia ſi ab actore conueniatur, poteſt eum remouere exceptione doli mali, & ideo vtiliter negotia eius geſſi. Datur itaque actio negotiorum geſtorum, etſi quis ſtricto iure liberatus non ſit, l. ſi rem. quæ eſt vltim. ff. de neg. geſt. Sequens quæſtio eſt de procuratore, an procurator rem in iudicium recte deducat? Et certum eſt recte deducere. leg. ſi mater. §. hoc iure. ff. de exceptio. rei iudicat. toto titul. ff. de procur. ſi verus procurator ſit, ſi mandatum habeat: alioqui non valet iudicium, niſi is, qui agit, verus procurator ſit. l. licet. C. de procur. Quod adeo verum eſt, vt in quacunque parte iudicij opponi poſſit, quod falſus procurator ſit: quia mandatum non habeat à domino. Hoc autem intelligendum eſt, niſi dominus rei ratum habuerit, quod à procuratore falſo geſtum eſt, dict. leg. licet. Hoc eſt, quod vulgo dicitur ratihabitionem comparari mandato. l. vltim. C. ad ſenatuſconſul. Macedo. Vnde exiſtimo, & magis receptum quoque eſt, quod dicitur in dict. leg. licet etiam locum habere, etſi ſententia lata ſit aduerſus falſum procuratorem. Nonnulli tamen putant, ſi pro eo lata ſit ſententia, tunc tātum confirmari iudicium ratihabitione. Sed ego puto accipiendum eſſe, etſi contra procuratorem ſit pronunciatum. Vlpian. enim generaliter loquitur. Deinde mouet me, quod iam diximus de poteſtate ratihabitionis: nam comparatur mandato, vt dictum eſt. Vnde videndum eſt in hac poteſtate, ſi mandatum interceſſiſſet, quid eſſet iudicandum? Certe ſi mandatum interceſſiſſet, dubium non eſt, quin iudicium conſiſtat, ſiue pro eo, ſiue contra eum lata eſſet ſententia: idem ergo de ratihabitione dicendum. Quæritur nunc de tutore & curatore. Extat tit. vnus lib. 3. C. qui legit. perſo. ſtan. in iud. hab. Leges continet duas ille tit. quæ loquuntur de pupillis, & eorum curatoribus. Tutor & curator rem pupilli recte deducunt in iudicium: non autem recte pupilli ſine tutore. Excipitur tamen iudicium poſſeſſorium, in quo minores legitimam perſonam ſtandi habent. Actio in qua agitur tantum de poſſeſſione vel recuperanda, vel amittenda, vel acquirenda, dicitur actio momentariæ poſſeſſionis, in qua non agitur de proprietate: quaſi momentaria vero dicitur, quaſi breui tempore duratura ſit, donec lis finiatur de proprietate. Sine tutore igitur poteſt pupillus de poſſeſſione ſuſcipere iudicium, quod id non videatur magni momenti eſſe. Ex his apparet, vt conſiſtat iudicium, opus eſſe præſentia litigatorum actoris & rei. Inde naſcitur quæſtio in leg. non idcirco. 44. hoc titulo. Si aduerſus plures mota ſit controuerſia, & aliqui ſunt abſentes, aliqui ſunt præſentes, an iudicium aduerſus præſentes conſiſtat, an expectandi ſunt alij? Ait Iuriſconſultus non idcirco iudicis officium impediri. Hoc eſt diligenter notandum: quia eſt tritum, & frequenter in iudiciis allegatur, etiam ab imperitis iuris, non differri ſuſceptum iudicium cum pluribus, etſi quidam cœperint abeſſe. Addit id Iuriſconſultus: Cum præſentium, & eorum qui non defenduntur adminiſtratio diſcerni & æſtimari poſſit. His verbis admonemur hoc locum habere, cum res, de qua agitur, eſt huiuſmodi, vt diuiſionem recipiat, & hoc caſu quot perſonæ ſunt, tot erunt cauſæ, & quot cauſæ ſunt, tot erunt lites. Idcirco propter abſentiam vnius litigantium, de alterius tamen cauſa recte interea iudicabitur: ſin tanta eſt communio cauſę, vt res diuiſionem non recipiat, tunc dicendum eſſe iudicium propter abſentiam aliquorum. Hactenus de præceptis, quę ad perſonas litigatorum ſpectant: alia ſunt præcepta ad rem, quæ in iudicium deducitur, pertinentia. In primis notandum eſt, ſi plures hæredes ſint vnius creditoris, vnum hæredem non poſſe rem totam in iudicium deducere: cum res tantum, quæ debetur, in iudicium deducitur. Deduco enim tātum in iudicium, quod mihi debetur: quod cohæredi debetur, deducere in iudicium

non poſſum in eius præiudicium. leg. ſi prætor. 31. hoc titu. Ea lex in fin. ſic habet: *Nec enim quiſquam, &c.* Ratio eſt, cur cohæredi præiudicare non poteſt is, qui ſolus agit, leg. ſæpe. ff. de re iudica. Quod autem adducitur in leg. ſecund. Cod. de conſor. eiuſdem lit. non multum ad rem pertinet. Dicitur in ea lege, vnum ex conſortibus litis poſſe agere de vna re, & cautione exacta de ratihabitione. Quamuis enim alias nemo poſſit ſine mandato agere, tamen hic poteſt agere. Sed hoc nihil obſtat noſtræ ſententiæ: nam vnus hæres non admittitur ſolus in præiudicium ſui cohæredis, ſed cum cauet de rato, cohæredes id ratum habituros, interim admittitur, cum cautione illa exacta: ſic intelligi debet dict. lex ſecun. de conſort. eiuſdem lit. Hinc oritur quæſtio difficilis exiſtimata ex leg. etſi reſtituatur. 28. § vltim. Species hæc eſt. Quidam paterf. mil. mortuus eſt relicto filio & vxore prægnante: filius vult agere aduerſus hæreditarios debitores. quæritur pro qua parte agere poſſit? Dubitatio naſcitur ex eo, quod ſolus hæres non eſt. Nam partus naſcituri ratio habetur, partus enim naſciturus futurus eſt ei cohæres, & incertum eſt quod naſcituri ſint ex vxore, ſed interim ſi velit agere, quotam partem in iudicio deducet? Ait Iuriſconſultus partem dimidiam eam non poſſe deducere in iudicium, & recte non dici partem dimidiam deductam in iudicium, etſi vnus tantum natus fuerit. De hoc tameo conſtat fuiſſe dubitationem inter veteres: ſed in aliam ſententiam itum eſt, vt ne pro dimidia parte quidem recte rem in iudicium videatur deducere. Poterunt enim plures naſci: ſaltem incertum fuit, an plures naſcerentur quam vnus vt ex illa leg. ver. Sed Sabinus & Caſſius dicunt, &c. Quæritur ergo, quam partem debeat in iudicium deducere? aiunt partem quartam peti debuiſſe. Hæc ſententia obtinuit inter Iuriſconſultos, qui ſentiunt quatuor naſci poſſe: & probatur aperte in leg. antiqui. ff. ſi pars hære. pet. quæ valde notanda eſt. Sed difficultas naſcitur ex leg. cum quidam 30. §. ſuum hæredem. ff. de acquir. hæred. & leg. ſi pater. 36. ff. de ſolut. quæ antinomia habetur difficilis. Qua in re in primis mihi videretur ſequendum, quod eſt aperte expreſſum in dict. leg. 28 §. vltim. & in dict. leg. antiqui. Nam in dict. leg. cum quidam. referuntur tantum opiniones, & in dict. leg. ſi pater. Iulianus in nota ſua ad Vrſeium oſtendit ſe dubitare, non enim affirmat quot naſci poſſint: quia putat hoc magis philoſopho, quam Iuriſconſulto conuenire, ideoque cum non affirmet, ſed dicat quartam, vel quintam, alij autem iuris auctores ſtatuant ac definiant quartam partem peti debere, ego non dubito, quin ſequenda ſit eorum ſententia: quia definiunt quod dicitur in dict. leg. cum quidam. & in dict. leg. ſi pater. Huius autem lectio in Norico non eſt emendata, legendum enim eſt, vt in Florentinis, Iulianus notat, quaſi hęc Iulianus notet ad ſcripta Vrſei ferocis. Præmittit enim Vrſei verba, deinde ſuam ſentẽtiã ſubiicit, in qua dubitat, nihilque definit. Ideoque ſequendum eſt, quod in dict. leg. 28. definitum eſt, & in dict. leg. antiqui. Addendum eſt, quod non debetur non venire in iudicium, quamuis futurum ſit aliquãdo vt debeatur. leg. nõ quemadmodum. 35. hoc tit. vbi Iuriſconſul. ait: Si quis experiatur in iudicio aduerſus aliquem, & petat eum condemnari eius rei nomine, de qua futura eſt obligatio, non poteſt ita conſtitui iudicium, quod in pendenti eſſet. Poteſt quidem obligatio in pendenti eſſe, ſed in iudicio id receptum non eſt. Si quis promiſerit mihi ſe pecuniam daturum, poteſt accipi fideiuſſor eius obligationis nomine, quæ futura eſt: futuræ enim obligationis, quæ nondum contracta eſt, fideiuſſor accipi poteſt. dict. leg. non quemadmodum. 35. hoc tit. & tunc fideiuſſor obligabitur, cũ accepta fuerit pecunia. ſed idem de iudicio dici non poteſt: non enim ſic iudicia in pendenti eſſe poſſunt, vt obligatio fideiuſſoris, quæ pendet ex futuro, iudicium autem non poteſt ita pendere. Quid enim pertinet ad iudicium futuri tẽporis tractus? leg. prim. §. 1. ff. de vſuris. Eodẽ pertinet lex, non poteſt. 23. ff. hoc Si quis tit. pecuniam mutuam dederit, & ſtipulatus ſit vſuras, ſi petat & ſortem & vſuras: vſuræ quidẽ, quæ debẽtur cum accipitur iudiciũ, petuntur: aliæ vero peti quidem poſſunt, ſed alio iudicio, alia interpellatione opus eſt, non enim interrumpitur curſus vſurarum per litis conteſtationẽ. leg. prim. C. hoc. tit. & l. lite. conteſtata. 35. ff. de vſu. Sed dixerit aliquis ſi obligatio quæ in pendenti eſt, non poteſt deduci iudicium, ſi quid igitur annuatim debeatur, non videretur poſſe peti ad præſtationem ſingulorum annorum: quod iniquum eſt, & iuri contrarium. Nam ſi quis mihi debeat reditum annuũ, poſſum petere, vt cõdemnetur non tantum ad præſtandum reditum temporis, quod effluxit, ſed & futuri temporis poſſum petere vſuras, id ſatis eſt expreſſum in leg. prim. Cod. de fideicomm. Sed expectamus quod ait Iuriſconſul. in dict. leg 35 in fin. hoc tit. *Antequam aliquid debeatur &c.* In hac ſpecie de annuo reditu aliquid debetur, tunc cum iudicium accipitur; nos autem ponimus nihil deberi, nihil in obligatione eſſe: ſed tamen inſtitui iudicium ex eo, quod futurum eſt in obligatione, quamuis nunc nihil debeatur. Ex his, quæ diximus, quæritur. Quidam eſt obligatus ad mihi dandum in diem, aut ſub conditione: ante diem aut conditionem non poſſum petere, quia nihil debetur. Sed quia male vtitur ſubſtantia ſua, peto, vt caueat ſe ſoluturum cum dies aduenerit, an recte inſtituatur iudicium aduerſus eum? Hæc quæſtio tractatur in leg. in omnibus. 41. hoc titu. qua cauetur, vt licet quod nondum debetur in iudicium non veniat, tamen ad interponendam cautionem poteſt agi ſi periculum ſit, ne non ſoluendo ſit. Idem dicitur in leg. ſi creditores. 15. ff. de priuileg. credit. vbi locus eſt apertior. Exemplum ſimile de legatis, de quibus tit. vt leg. vel fideicõm. nomi. cauea. vbi cum legatũ ante diẽ, vel fideicom. nõ poſſit peti, ex cauſa exigi poteſt cautio ab hærede. Hoc igitur receptũ eſt in bonæ fidei iudiciis, & in legatis, & fideicõmiſſis, quæ naturã bonæ fidei imitantur. leg. in minorem. Cod. in quibus cauſis reſtitut. in integrum non eſt neceſ. Aliud exemplum eſt in leg. ſolemus. 61. hoc tit ſi petitio generaliter concepta eſt, ad omnia pertinet, quæ ſpecialiter inter litigantes non ſunt excepta. id eſt, non eſt neceſſe id actum eſſe, vt omnia veniant, de quibus ſpecialiter à litigantibus nihil eſt cautum. Hæc ſententia relertur in c. cum eccleſia. de cauſ. poſſeſſ. & propriet. Exemplum eſt in actione negotiorum geſtorum, & ſimilibus iudiciis, quæ vniuerſalia dicuntur, idem de actione tutelæ, & petitione hæreditatis. In hæc enim iudicia veniunt, quæ nominatim excepta non ſunt, de quibus ſpecialiter nihil cautum eſt inter litigantẽs ne venirent, non de quibus ſpecialiter actum eſt inter contrahentes vt venirent. Hinc naſcitur quæſtio tractata in leg. 2. Cod. hoc titul. cuius hæc eſt hypotheſis, pupillus finita tutela, egit actione tutelæ aduerſus tutorem ſuum: petiit rationem ſibi reddi tutelæ generaliter: eius adminiſtrationis variæ erant ſpecies: is enim pecuniam exegerat à debitoribus pupilli: prædia comparauerat, multa alia geſſerat, quæ diuerſa ſunt. De vna tantum ſpecie, puta de exactione pecuniæ, actum eſt in iudicio, eam tantum ſpeciem perſecutus eſt, nec eſt habita mentio aliarum rerum: eadem abſolutus eſt tutor. Agit denuo pupillus eadem actione, & proſequitur aliam ſpeciem. Obiicitur ei exceptio rei iudicatæ, quæritur an obſtet? Ex his quæ iam diximus, videtur non poſſe agere, videntur enim veniſſe in iudicium (ſecundum regulam à nobis traditam) omnia, niſi de quibus nominatim actum eſt ne venirent hic nihil exceptum eſt. Ergo hæc quoque ſpe-

cies in iudicium venit, ergo ſi venerit, dicendum eſt eum, qui denuo agit aduerſus tutorem, per exceptionem rei iudicatæ ſummouendum eſſe, quia eadem res in iudicium deducitur. leg. cum quæritur. de exceptione rei iudica. Tamen in dict. leg. ſecund. dicitur, aduerſus exceptionem rei iudicatæ, dandam eſſe replicationem doli minori pupillo, qui actionem tutelæ denuo inſtituit aduerſus tutorem, id enim viſum eſt æquum: quia proſecutus fuerat tantum vnam ſpeciem adminiſtrationis: cum variæ adminiſtrationis ſpecies eſſent. Quamuis eius petitio generaliter concepta fuiſſet. Verum quidem eſt merum ius obeſſe pupillo: ob æquitatem tamen ad replicationem doli admittitur. Alia ſpecies in leg. ſi cum tibi 4. Cod. eodem, in qua dicitur ius huic contrarium. In actione tutelæ quæſtio mota erat de prædiis comparatis à tutore minoris, is volebat imputare pretium minori, de eo iudicatum eſt, ſed de cauſa euictionis nihil actum eſt. Nam emendo prædia pupilli nomine, conuenerat cum venditore, ne teneretur euictionis nomine, atque ita de euictione cautionem remiſerat, ideo male geſſerat tutelam: de eo tamen nihil actum erat. Quæritur an reuocari poſſit ea ſpecies in iudicium: ſicut diximus ſuperius? Ait dict. lex 4. non poſſe, ſed diuerſitas vtriuſque hypotheſeos facit, vt diuerſum ius ſtatuatur. In priori hypotheſi exponitur plures ſpecies adminiſtrationis fuiſſe, quarum vna deducta fuerat in iudicium, altera nō proſecuta fuerat: & vulgo dicimus, ſeparatorum ſeparatam eſſe debere rationem. In hac vero ſpecie proponitur tantum vnam adminiſtrationem eſſe, videlicet circa comparationem prædiorum. Quod autem dicitur de euictione, ſeparatum non eſt: accedit enim comparationi prædiorum cum quid vero in iudicium venit, nos intelligimus id venire cum acceſſionibus & appendicibus ſuis. Cum itaque ſpecies ſeparatæ ſunt, licet denuo agere, & aduerſus exceptionem rei iudicatæ opponere replicationem doli, vt diximus. Hactenus de re, quę deducitur in iudicium: precepta quæ ſequuntur, pertinent ad rationem iudicij exercendi, & ad officium iudicis in exercendo iudicio. Primum præceptum eſt, vt iudex det operam ne lis proteletur, vt primo quoque tempore finiatur: præſtitutum autem eſt tempus certum intra quod lis quæque finiri debet. leg. properandum. C. eod. quæ ciuiles cauſas vult definiri intra triennium, criminales intra biennium, quod & antea conſtitutum extat lib 9. C. tit. vt intra certum tempus quæſt. crimin. termi. Lites omnes ſeu ciuiles, ſeu criminales vltra triennium non debēt protelari, niſi in certis cauſis, quæ recenſentur in dict. leg. properandum, puta fiſcalibus. Litem hic vocamus inſtantiam, non quod actio ſalua non maneat. Nam denuo agi poteſt, ſed inſtantia periiſſe dicitur. Quamuis autem verbum hoc ſit de tempore præſcripto ad lites finiendas: tamen ob iuſtas cauſas ſuſtinetur iudicium cauſa cognita. Exempla ſunt in leg. interdum. 36 hoc tit. vbi ſi litigator inſtrumenta litis alleget apud eum eſſe, qui reip. cauſa abeſſe dicitur, tunc ſuſtinetur iudicium. Hac ratione impetrantur diplomata regia, quæ apud nos vſita ſunt, *Lettres d'eſtat* vulgo vocant. Milites ſolent huiuſmodi literas impetrare: quod Reipub. cauſa abeſſe cogantur, & in iudicio adeſſe non poſſunt: literis illis princeps mandat, vt eodem ſtatu cauſa maneat, donec abeſſe deſierint. Aliud præceptum eſt in leg. ſi debitori meo. 21. ff. hoc titulo. Cum reus vocatus eſt ad iudicem, multum intereſt an confiteatur, quod actor intendit, an inficietur. Si inficietur, tunc probatio eius, quod inficiatur, neceſſat in ab actore proficiſci debet: & procedendum eſt obſeruato ordine iudiciorum vſque ad ſententiam. Si vero confiteatur ſe debere, & paratū ſe dicat ſe ſoluere, audiendus eſt, non cogendus iudicium ſuſcipere. Omnia enim iudicia dicuntur abſolutoria eſſe. §. vltim. Inſt. de perpet. & temp. Si paratus ſit reus ſoluere id quod ab eo petitur, prodeſt reo magis bonam fidem agnoſcere eo ſoluto quod petitur, quam iudicium expectare propter notam infamiæ, quæ plerunque ſententiam ſequitur. leg. ſi reus. 73. de procur. Hoc eſt quod leg. proinde. 25. ff. ad legem Aquil. nullas eſſe partes iudicis in confitentem. Videtur hoc contrarium his eſſe quæ in d. l. ſi debitori, 21. dicuntur, quod ſcilicet iudex dare poteſt aliquod tempus confitenti. Nam ſi ita ſit, ergo ſunt aliquæ iudicis partes in confitentem: Sed verum eſt, quod ait dicta lex proinde. iudicis partes non eſſe quicquam iudicare, id eſt, ceſſat omnis iudicatio, non quod non poſſit diē dare confitenti, accepta cautione ad ſoluendum, imo in ipſa leg. proinde. æſtimat iudex, non iudicat: partes autem æſtimantis, non ſunt iudicantis. Ait dict. lex 21. ſi debitori. 10 fin. *Modicum autem tempus, &c.* De tempore quod poſt condemnationem reis indultum eſt, videnda eſt l. 2. ff. de vſur. rei iudic. quæ ait tēpus eſſe quatuor menſium, quod non ſeruatur hodie apud nos. Aliud præceptum eſt in leg. quoties 3 Codic. eo. Ait enim, cum incidit quæſtio aliqua in iudicium eius rei de qua cogniturus eſt iudex, de ea cognoſcere poteſt, etiam ſi ad eius cognitionem non pertineat. Fingamus eſſe pedaneum iudicem, qui de cauſa ſtatus cognoſcere non poteſt. leg. placet. Cod. de peda. iudic. ſi tamen hæc quęſtio inciderit, de ea cognoſcere poteſt. Rurſum ſi agitur de hæreditate petenda, & obiicitur de ſtatu hominis, quod ſeruilis ſit conditionis: prius quærendum eſt an ſeruus ſit, & apud eum eum pedaneum iudicem de ea rę agendum, quamuis de ea re principaliter non poſſit cognoſcere, quod ideo ſic eſt ſtatutum, quia principalis quæſtio non poteſt iudicari, niſi prius de illa cauſa quæ incidit, cognitum fuerit. Locus ſimilis eſt in l. 1. Codic. de ord. iudic. quæ rationem adfert, quod tunc iudex qui de cauſa ſtatus cognoſcit, de ea nō pronuntiat, ſed ſi deprehenderit eū ſeruū eſſe, pronuntiat eum hæredem non eſſe. Simile exemplum eſt de quæſtione ciuili & criminali. nam iudices quidam de ciuilibus, alij de criminalibus cognoſcunt. Sic enim hæ cognitiones diſtinctæ ſunt, vt hodie apud nos iudex ciuilis de criminalibus non poſſit cognoſcere, vel contra. dict. leg. ſolemus, §. latrunculator. ff. hoc titul. Sed tamen iudex ciuilis, ſi quæſtio criminalis incidit apud eum, de ea cognoſcit, & condemnat vſque ad ſummam pecuniariam. id colligitur ex dict. leg. quoties. 3. Codic. hoc titul. & leg. 1. Cod. de ord. iudic. Aliud præceptum eſt in leg. nulli. 10. Codic. hoc titul. Quæſtio eſt de poſſeſſione & proprietate cuiuſdam rei, forte prædij, ſi alius iudex de poſſeſſione, alius de proprietate pronunciat, diuiditur continentia cauſę: continens vocamus quod coniunctum eſt, vt ædificia vocamus coniuncta, ædificia continentia. leg. 2. vt Alphenus 87. ff. de verb. ſign. Quæ igitur continentia ſunt in iudicio, ea ab eodem iudice iudicari debent, nec debet diuidi continentia cauſæ. Notandum tamen eſt, quod ea leg. nulli. dicitur, ſi cauſa vno & eodem iudicio terminari poterit. Sed hoc non obtinet apud nos in beneficiis eccleſiaſticis, quia vtraque quæſtio de poſſeſſione & petitione apud eundem finiri non poteſt, cum iudices regij de ſola poſſeſſione cognoſcant. Aliud præceptum eſt in leg. ſi de vi. 37. hoc titul. Species eſt huiuſmodi: cum poſſiderem prædium, poſſeſſionem ve quandam (nam prædium aliquando poſſeſſio vocatur) quidam me vi expulit. Ego aduerſus eum interdicto vnde vi, recuperandæ poſſeſſionis cauſa, allegat ſe dominum eſſe fundi. Quæritur, an de dominio & proprietate prius cognoſcendum? Iuriſconſ. reſpondet, prius de vi & poſſeſſione, quā de proprietate eſſe cognoſcendum. non enim idem eſt quod de ſuperioribus quæſtionibus: nam nihil quæſtio dominij habet con-

abſolutoria eſſe.

Quæſtio incidens, & principalis.

Damnandus q. qui vincitur in iudicio, ad ſumptus litis per iudicem damnandus eſt Ea lex loquitur de actore: ſed idem de reo dicendum Eadem enim eſt cauſa rei, vnde lex properandum §. ſiue autem alterutra. C. eodem. loquitur de vtraque parte. vulgare dictum eſt, victum victori ad ſumptus litis condemnandum eſſe. id etiam expreſſum eſt iure Pontificio in capit. finem litibus. de dolo & contum sc. Multæ exceptiones obſeruantur ab aliis. vna mihi obſeruanda videtur, niſi probabilis fuerit ratio litigandi l. qui ſolidum 8 1. §. etiã Reſpub. ff. de leg. 2. Sed hoc magis expreſſum eſt in Nouel. conſtit. 82. de iudicib. §. oportet. vbi ait Imper. propter varietatem negotij omitti condemnationem ad ſumptus litis, ſed ait in ſententia id a iudice exprimendum eſſe, cur ad expenſas litis non condemnet. id ve etiam fieri ſolet à iudicibus hoc tempore. Dicunt enim noſtri, *ſans deſpens & pour cauſe*, idque ſumptum eſt ex d. §. oportet. Solet hic tractari quando videatur probabibilis cauſa litigandi: ſed hęc quæſtio facti eſt, & ex omnibus circunſtantiis iudicanda. Forte docet actor ſibi pecuniam debitam eſſe teſtibus: hi teſtes reiecti ſunt propter ſuſpicionem aliquam: ſi nullius poſſit temeritatis qui egit argui, condemnatio ad impenſas litis non ſequetur. nõ enim ſimpliciter dicit Iuriſcon. victum victori, &c. ſed qui temere litigauit, & victus eſt, ad impenſas condemnandus eſt. Aliud præceptum eſt in l. non à iudice. 64. ff. hoc tit. propter dolum eius contra quem agitur, condemnatio fit quanti aduerſarius in litem iurauerit. Eſt locus communis de in litem iurando, de quo diximus in leg. in actionibus. ff. de in lit. iuran. Ergo etſi forte non interſit actoris, nec poſſit probare ſua intereſſe, tantum damnabitur reus ob dolum & contumaciam ſuam, quantum actor in litem iurauerit. Dicta lex exempla adfert de prædone, qui agit depoſiti actione, vel commodati, vel quacunque alia actione: non enim inſpicitur an eius interſit, quamuis fortaſſe poſſit intereſſe, quia prædo ad rem reddẽdam tenetur: tamẽ quamuis non interſit, condemnabitur aduerſarius propter dolum ſuum: ſic viſum eſt iuris auctoribus dolum punire. Deinde notandum eſt, ſententiam parere actionem iudicati. Sententia enim quæ dicta eſt ſeruato ordine iudiciario, parit actionem iudicati, & executionem habet. extat de hac re mentio in l. ſi prætor. 75 ff. hoc titul. vbi dicitur eum, qui de iudicato cognoſcit, non debere de prætoris ſententia cognoſcere. Hoc pręceptum eſt diligenter notandum iis, qui exequuntur ſententiam iudicis: nam etſi iniqua etiam videatur, nihilominus eam exequi debent: alioqui eluſoria eſſent iudicia, ſi liceret executori cognoſcere de iniquitate ſententiæ, cum res iudicata pro veritate habeatur. Addit tamen Iuriſconſultus duabus ex cauſis poſſe iterum da iudicato cognoſci, & retractari iudicatum, duo exempla adfert, ſi ex falſis allegationibus, vel ex falſis teſtimoniis. Si ex falſis inſtrumentis ſit iudicatum, reſcinditur iudicatum, & ſimiliter de aliis dicendum eſt, extat titul. Codic. ſi ex falſis inſtru. & eſt l. Diuus. 33. ff. de re iud. ſunt & alij loci ſimiles. An reſtitutio neceſſaria ſit, an non, docebimus ſub titul. de reſtit. & explicabimus hũc locum de reſtitutione aduerſus rem iudicatam: deinde ſi lata ſit ſententia aduerſus eum, qui morbo impeditus in iudicio adeſſe non potuit, vel qui reipub. cauſa aberat, ex his & ſimilibus cauſis. Et in hoc quidem impetrantur, quæ his rationibus fundantur, diplomata regia *Requeſtes ciuiles, Lettres ciuiles*, Galli vocant, quod hodie vſitatum eſt. Si quis enim intendat dolo aduerſarij factum eſſe, ſi dicat teſtes falſos eſſe, ob huiuſmodi cauſas impetrantur diplomata à Rege. ſed de his, vt iam monuimus, dicemus ſub tit. de in integr. reſtit. Poſtremũ præceptũ eſt de ratione procedẽdi aduerſus abſentem: nam quæ hactenus dicta ſunt, locum habent cum vterque litigator, vel procurator vtriuſque præſens eſt. Nunc de abſente videndũ eſt. Hæc quæſtio noſtra pertinet ad eos qui abeſſe cœperunt iudicio cœpto, & lite conteſtata, vt intelligamus quomodo perueniri poſſit ad ſententiam definitiuam. Nam iure Romano ad ſententiam definitiuam non poteſt ante litis conteſtationem, vt ff. quib. ex cau. in poſſeſ. eat. extat etiam tit. in Decret. vt lite non conteſta. De hac re lex properandum. Codic. hoc titul. loquitur expreſſim. hodie tamen hoc iure non vtimur in Gallia: moribus enim receptum eſt, & conſtitutionibus Regiis confirmatum, vt abſentes contumaces etiam in dicta cauſa condemnentur, etſi non cœptum ſit iudicium, modo actor præſens ſit, & probauerit ſibi deberi, & inſtet vt abſentes contumaces condemnentur. Sed de iure Rom. aliquid attingendum breuiter. Et primum explicaturi ſumus quod dicitur opus eſſe edicto peremptorio, vt perueniatur ad definitiuam ſententiam aduerſus abſentem. Id edictum peremptorium antecedunt quædam alia edicta, primum ſcilicet & ſecundum, deinde peremptorium impetratur quod perimit cauſam & totum negotium, ex quo peremptorium dicitur, nec permittit abſentem tergiuerſari. *Peremptorium edictum quid, cur ita vocetur.* Mos erat vetus vocandi abſentem, non quod ſi quis velit alium diem dicere, ita vocari debeat: ſed iudicio cœpto, ſi abſens eſſe cœperit, cum ei præſenti dicta dies fuerat, his edictis vocabitur, alioqui non procedit quod dicitur in leg. contumacia. §. 1. ff. de re iud. & in leg. 1. §. item cum ex edicto. ff. quæ ſent. ſine appell. reſcin. quo iure hodie non vtimur. Diximus antequam impetretur peremptorium edictum, aliis quibuſdam edictis opus eſſe: ſubdit tamen Iuriſcõſul. in dict. l. contumacia. nonnunquam tot edicta non requiri: ſed æſtimare eum qui cognoſcit debere, quot edictis opus ſit, vt edictum pro omnibus aliquando ſufficiat, non vtique cum dies cognitionis venerit. Dixi alias quod ſignificet abſentem citari, quod Accurſiani non recte interpretantur. Dicitur citari reus cum in foro pro tribunali voce præconis euocatur; citare non eſt diem dicere. *adiourner*, hic alio modo accipitur *chicaner*. eſt cum in die cognitionis vocatur. l. diuus. 8. ff. de in integ. reſtit. Abſurdum eſt hic accipere pro diem dicere: nam peremptorium edictum non eſſet, ſi alia citatione opus eſſet. ſcripſi lib. 1. Anniuerſar. diſpu. vocatis ipſa die cognitionis, fertur ſententia ſecundum eum, qui bonam cauſam habet. Poteſt enim melior cauſa eſſe abſentis. Si poſtquam omnia impetrata ſunt, de quib. iam diximus, edicta aduerſus reum abſentem, actor abſit, circumducendum eſt edictum, extinguendum vel delendum, noſtri vulgo dicunt *rabatre le defaut*: circumducto edicto peremptorio: inſtantia perimitur non actio. Inſtantia dicitur exercitium iudicij à litis cõteſtatione vſque ad ſententiam. lis vtrumque ſignificat, & actionem & inſtantiam. *Inſtantia quid.* Hæc ratio procedendi aduerſus contumacem abſentem traditur à veteribus Iureconſultis, & de ea re multa edicta ſunt à Iuſtin. in dict. leg. properandum, quæ Græcè ſcripta eſt, & parum fœliciter verſa in Latinum. Statuit ſub principij fine, vt omnes lites intra triennium terminentur. Deinde docet rationem procedendi aduerſus abſentem. Et primum incipit ab actore, docétque acturem eſſe vocandum, & formam tradit ſi ille abeſſe cœperit iudicio cœpto, parte fugiente, ſic enim verſio habet, hoc eſt, reo hoc requirente. Hic locus oſtendit ab homine imperito verſam eſſe hanc conſtitutionem: nam vertit, fugientem: cum reum dicere deberet. dicitur enim Græce φεύγων, id eſt reus. docet in §. & ſiquidem pars actoris & cæt. quodnam ſit iudicis officium, cum actor ipſe abeſt. & ſui copiam non facit. Iudex, inquit, debet acta inſpicere, & videre an ex actis poſſit apparere, vter meliorem cauſam habeat, vt ſi non appareat, tunc abſoluat reum

ab obſeruatione iudicij, vt non cogatur amplius iudicium iudicis obſeruare. Sin apparet exactis, quis meliorem cauſam habeat, tunc ſententiam diffinitiuam feret ſecundum eum, qui meliorem cauſam habet. Addit exceptionem impenſarum, ne alioqui melior ſit conditio abſentis, quam præſentis, vt ideo qui abfuit condemnetur ad ſumptus. Deinde docet ſi reus abfuerit, quomodo aduerſus eum procedendum. Dixi hanc conſtitutionem quædam addere iuri antiquo, & quędam mutare ex eodem. Alia eſt conſtitutio Nouell. de litigioſis, vulgo citatur auth. qui ſemel. C. quomodo & quando iud. ſent. proferre deb. Duo præcepta hic notāda ſunt: primum eſt, non ad uitti reum contumacem niſi refuderit omnes impenſas. l. ſancimus. C. hoc. tit. vocatus eſt reus, non comparuit; cum videret tēpus inſtare ſententiæ adfuit: ait lex eum non eſſe audiēdum, niſi prius impenſas refuderit. noſtri vulgo vocant, *les deſpens preiudiciaux*. Alterum præceptum eſt, quod nunquam auditur contumax veras ſi appellet. lég. & poſt edictum. 73 §. vltimo. ideo dicitur in l. ex conſenſu. 23. §. vlt. ff. de appell.

De foro competenti, vbi quiſque agere vel conueniri debeat.

HActenus quæ pertinent tam ad iudicem, quam ad litigatores, & ea quæ obſeruanda ſunt in iudicio exercendo: ſequitur altera pars huius tractationis, vbi quiſque agere, vel conueniri debeat: quæ eſt altera pars tit. ff. de iud. In hac itaque parte de qua nunc dicturi ſumus, tractatur vbi quiſque agere vel conueniri debeat, ſic enim legendum eſt, vt in Pandect. Florentinis. Huic parti reſpondet C. lib. 3. tit. 13. de iuriſd. om. iud. & de foro compet. cui etiam ſimilis eſt in Dec. lib. 2 titul. 2. de foro compet. Cum ergo quæritur, vbi quiſque agere vel conueniri debeat, in primis hoc ponendum eſt, reum apud iudicem ſuum, & competentem conueniendum eſſe, vel vt aliis verbis exprimamus, in foro cōpetenti. Eſt enim forum ſuum vel competens, in quo quiſque conueniri debet, vnde dicitur, actorem forum rei ſequi debere. l. 2. & 5. C. eo. de iuriſd. Non tantū autem in ciuilibus cauſis & pecuniariis hic ordo ſeruatur: ſed & in criminalibus, vt accuſator forum accuſati ſequatur. idem dicitur in l. actor. C. vbi in rem actio exerc. deb. &c. Exempla vulgaria ſunt, & facile à quouis excogitari poſſunt. vt ſi ciuis quidam huius ciuitatis velit conuenire aliquem Pariſienſem, debet eum coram iudice Pariſienſi conuenire. Si Aurelianenſem, coram iudice Aurelianenſi. Sed exempla quædam ſunt explicanda de quib. mentio eſt ſub hoc tit. vt in l. magiſteriæ. 6. C. de iuriſd. om. iud. Si quis litem habeat cum milite, eum conuenire debet coram magiſtro militum, ſiue is miles ſit qui agit, ſiue priuatus, vt lex illa vocat, cum aliis dicatur paganus à iuriſconſultis, qui miles non eſt: de quo meminit Iuuenal. Satyr. vltim. Et hoc non ſolum ſi cauſa ſit militaris: ſed & ſi ciuilis. Exemplum aliud eſt in l. vltim. C. eo. Si qui iudices conſtituti ſint inter negotiatores, vel artifices aliquos, qui de his iudicent, quę ad artificium eorum & negotiationem pertinent, neceſſe eſt coram illis iudicibus eos conuenire, quicunque eius ſunt profeſſionis & artificij, ſiue negotiationis. Quod adeo verum eſt, vt ne iure quidem ac prætextu militiæ is qui coram eo iudice conuenitur, forum declinare poſſit. Ego d. l. vlt. C. de iuriſd. verba illa, iudicum ad quos earundem profeſſionum, ſeu negotiationum cura pertinet, ſic interpretor, & aliter quam vulgo fieri ſoleat communem ſcilicet iudicem priuatos homines facere non poſſe, id eſt eorum, qui iure municipali conſtituuntur, de his iudicaturi, quæ ad aliquod opificium vel profeſſionem aliquam, vel negotiationem pertinent. Alij intelligūt à negotiatoribus vel opificibus hos iudices conſtitui, quaſi priuati homines iudicē poſſint conſtituere, quod mihi videtur eſſe falsū, & à ratione iuris alienum. repugnat enim l. priuatorū. 3. C. eo. de iuriſd. om. iud. Qui tuentur contrariam opinionem, excipiunt vniuerſitatem negotiatorum, vel opificum. Sed ex verbis huius legis vl. ex quibus id vulgo colligitur, puto id colligi non poſſe, ſi recte & diligenter illa verba expendamus, *Ad quos earundem profeſſionum.* Non enim vult lex dicere, quod cura illa, illud munus illis mandetur & iniungatur à negotiatoribus, aut artificibus: ſed à ciuitate, à municipio, à Repub. in qua illa prouincia, illud munus exercetur. Non enim dubito quin lex municipalis poſſit iuriſdictionem dare de his, quæ ad negotiationem pertinent. Exemplum vnum eſt in l. 1. C. eo. Quod autem adducitur ex l. vl. ff. de colleg. & corpor. illici. non multum mihi videtur ad rem pertinere. Ait enim ſodales, qui eiuſdem collegij ſunt, quibuſcūq; legibus & pactionibus ſe obſtringere, poſſe & ſtatuta facere, quæ velut leges ſint inter eos. l. nam & Demoſthenes. ff. de legib. modo nihil aduerſus leges publicas faciant: ſed de his tantum ſtatuant, quæ videntur ad negotiationem ſuam pertinere. Sed iuriſdictio publici iuris eſt, ideo non videtur eis permitti, vt iuriſdictionem cuiquam tribuant: id enim nominatim exceptum eſt. Nam priuati homines ſunt: vtcunque enim eis permittatur coitio, & concedatur collegium facere, & pacta, priuati tamen homines ſunt: ac priuato homini iuriſdictio tribui non poteſt ab eo, qui priuatus eſt. Vnde ſcholaſticos non poſſe iudicem facere eū, qui nō eſt de vniuerſitate ſcholaſtica, quod adducitur ab Accurſio, & Accurſianis nihilo magis nos mouet. Nam alia eſt ratio vniuerſitatis ſcholaſticorum, qui ſuos habent magiſtratus, ſuos iudices, de quib. eſt mentio ad finem proœmij Digeſt. & in auth. habita. quæ eſt Imp. Frid. C. ne fil. pro pat. Subſunt enim iuriſdictioni magiſtrorum ſuorum, in quorum locum hodie ſucceſſit conſeruator priuilegiorum Regiorum. Ratio non patitur, vt hoc ad opifices extendamus, vtcunque hoc receptum ſit in pleriſque locis. Et quidem vbi moribus receptum eſt, ſequi id oportet: nam certum eſt iuriſdictionem tribuere conſuetudinem, l. vlt. C. de emancip. lib. Ex his exemplis ſatis arbitror oſtenſum, quod vulgo dicitur, actorem ſequi forum rei debere, & in foro competenti conueniendum eſſe, & quomodo id accipiendum ſit. Hoc eſt intelligendum, niſi quis ſe ſubiecerit iuriſdictioni eius, qui tamen aliàs iuriſdictionem habet, vt expreſſum eſt in l. 1. ff. hoc tit. vbi iuriſdictio dicitur cuiuſuis iudicis, etſi alias iudex inter eos, qui eius iuriſdictioni ſe ſubiiciunt & conſentiunt, iuriſdictionem non habeat: ſiue maior ſit magiſtratus, ſiue minor. Hæc enim verba ſic interpretanda eſſe ſupra oſtendi ex Aſconio Pediano, & maiores magiſtratus ius dicere pro tribunali ſolitos fuiſſe: nam quod de iudicibus chartulariis adducitur ab Accurſio ad huius leg. 1. interpretationem, ridiculum eſt & nugatorium. Simile eſt quod dicitur in leg. 1. C. eo. Procurator Cæſaris iuriſdictionem habet, & de his cauſis cognoſcit, quæ mouentur inter fiſcum & priuatum, ſed inter priuatos homines non cognoſcit nec iudicat. Si quis itaque priuatus litem habeat cum fiſco, huius litis iudex eſt hic procurator fiſci: ſin vterque tam actor quam reus priuati homines ſint, non iudicat. Sed tamen ſi ſe ſubiecerint eius iuriſdictioni, & conſenſerint illi homines priuati, inter ſe litigare volentes, in procuratorem Cæſaris eius erit iuriſdictio, & iudicabit, qui alias iuriſdictionem habet, licet in eos non habeat. Verum quidem eſt priuatorum conſenſum non poſſe iuriſdictionem tribuere, ſed intelligendum eſt ei, qui iuriſdictionem nullam habet. at hic procurator fiſci iuriſdictionem habet,

De conſeruatore priuilegiorum.

Conſuetudo tribuit iuriſdictionem.

quam-

Digitized by Google

quamuis non in eos. Hinc vulgare dictum eſt iuriſdictionem poſſe protogari à perſona ad perſonam, à re ad rem, à loco ad locum. Cum quis itaque iuriſdictionem habet in certas perſonas, in alias nõ habet, poteſt tamen eius iuriſdictio prorogari, id eſt, extendi. Sic vulgo loquũtur, ipſe vero nunquam repeti hũc modũ loquendi apud Iuriſconſ. Bene quidem tẽpus prorogari, vt l.2.§.ſi & iudex ff.hoc tit. Si iudex, inquit Vlpian. datus ſit ad tempus, poſſunt illa tempora, intra quæ iuſſus eſt litem dirimere, ſi omnes litigatores conſentiant, prorogari. ſic dicunt tempus prorogari, ſed iuriſdictionem prorogari non memini me legiſſe: nos tamen eo verbo abutimur, & dicimus prorogari de loco ad locum iuriſdictionem, de tẽpore ad tempus, de re ad rem. ſed nos de verbis multum ſolicitos eſſe non oportet, modo rem intelligamus. Hodie moribus noſtris quibus effectum eſt, vt iuriſdictiones patrimoniales ſint, & feudales, hæ iuriſdictionum prorogationes non poſſunt ſine conſenſu domini fieri, vaſallo nõ licet conſentire in alium iudicem ſine conſenſu domini ſui: quia id faceret cum iniuria domini ſui, in cuius patrimonio eſt ea iuriſdictio. Hoc moribus iuductum eſt præter ritum exercendorum iudiciorum apud Roma. De clericis & ſacerdotibus hic ſolet agitari quæſtio, an poſſint prorogare iuriſdictionem. Ego dico breuiter & ſummatim quid cautum ſit, tam diuino, quam ciuili iure & Pontificio. Et in primis certum eſt iure diuino eos ſubeſſe regibus, principibus, & magiſtratib quibuſcunque & illis qui creantur à Regibus, vel ab aliis qui poteſtatem habent. Nam, vt inquit Paulus ad Rom. capit. 13. Omnis anima ſublimioribus poteſtatibus ſubdita ſit. Atque ita veteres ſenſerunt, vt cõſtat ex can. magnam. 11. q. 1. & l. cum clerici. l. omnes. leg. iubemus. §. vltim. Codic. de epiſc. & cler. Sic imperator illo loco generaliter loquitur, vt neminẽ excipiat. Cõſtitutiones autẽ Imperatoriæ conſentaneę ſunt iuri diuino. Decretalibus Põtificum aliud eſt inſtitutum. ca. ſi diligenti. c. ſignificaſti. de foro cõpet. Cautum eſt enim, vt clerici conueniantur non coram magiſtratib ſecularibus, ſed coram iudicibus eccleſiaſticis, vt epiſcopis ſuis, nec iuriſdictionem aliorum prorogare poſſint, vt ne in illos conſentientes quidem poſſit ius dicere magiſtratus ciuilis. Deinde hoc productum eſt, & moribus conſtitutum, & pertinet ad clericos coniugatos, quamuis illi priuilegia aliqua clericorum amittant cap. vnic. de cle. coniug. lib. 6. De actionibus realibus magna eſt diſputatio, & magna pars Doctorum exiſtimat in actionibus realibus poſſe clericum coram iudice ſeculari conueniri. Canoniſtæ diſſentiunt: ſed magis placet, & id receptum eſt, vt coram ſeculari iudice conueniri poſſint. Nam actionem in rem eſſe ſatis eſt, vt magis res, quam perſona conueniri videatur. leg. Imperatores. ff. de pub. & vect. Et ideo dicitur actio in rem, quia conuenio te, non quod mihi ſis obligatus: ſed quia ego ſum dominus rei, quam mihi aſſero. §. omnium Inſtit. de act. l. obligationum genera. ff. de oblig. & act. Vlpian. in l.1. hoc tit. loquitur de conſentientibus in iudicem, qui illorum iudex non eſt. in leg. 2. eo docet quid ſit conſentire, qui videantur conſenſiſſe in iudicem non competentem. Non conſentiunt autem qui errant. hoc eſt quod diximus in l. ſi per errorem. ff. de iuriſdict. errantis non eſt verus conſenſus. In dict. lib. 2. ibi, *alium eſſe prætorem adeum pro alio*, ſic legendum eſt, vt in Florentinis. Et ibi, *verbis prætura*. ſic quoque legendum eſt, vt in Florentinis. Ibi *conuenire autem vtrum inter priuatos ſufficiat, an vero ipſius prætoris conſenſus neceſſarius ſit.* hæc verba oſtendunt prius legendum eſſe *prætura*, non *præfectura*. De lege Iulia iudiciorum, de qua ibidem poſtea mentio eſt, dixi, non diueſt, vbi adduxi locum ex Gellio lib. 14. cap. 2. Ea lege Iulia, ordo, forma, ritus exercendorum iudiciorum, tam priuatorum, quam publicorum continebatur. in d. l. 2. ſequitur, *Quo minus inter priuatos conueniat. &c.* Sic erat concepta fortaſſe lex illa Iulia iudiciorum, & illius fuerunt verba, aut ſimilia: ſic nihil prohibet quo minus ſi conſenſerint litigatores in iudicem, is iudex ſit in quem conſenſerint. Ducit igitur argumentum Vlpia. ex verbis legis Iuliæ ad confirmandam ſuam ſententiam, iudicis conſenſum neceſſarium non eſſe: quia lex diſerte loquitur de cõſenſu neceſſario priuatorũ. Hinc naſcitur quæſtio in leg. non videtur. 33. ff. hoc tit. Si quis vocatus ad iudicem non competentem, poſtulauerit ſibi edi genus actionis, an videatur conſenſiſſe in eum iudicem, & eum approbaſſe, vt nulli poſſit vti præſcriptione? Ait ibi Iuriſconſul. non videri in iudicem conſenſiſſe. Quid ſit edere genus actionis, habetis in l. prim. §. edere. ff. de eden. & in leg. edita. C. eod. non ergo in iudicem conſenſiſſe videtur, qui poſtulauit ſibi edi actionem, vt deliberet, an debeat forum declinare, & vti præſcriptione fori, an coram eo iudice litigare. Ex his intelligitis apud iudicem ſuum, id eſt, apud iudicem competentem quemuis conueniri debere: apud alium vero non debere, nec cogi litigare, niſi ſe ſubiecerit eius iuriſdictioni. Vnde illud quæritur, ſi quis ex aliena iuriſdictione vocetur à prætore, an adeſſe debeat coram prætore, an vero contemnere vocationem omnino & eius iuriſdictionem, quod intelligat ſe non eſſe ſubiectum iuriſdictioni eius? Et videtur non eſſe cogendum. Diximus in leg. vltim. ff. de iuriſdi. & eodem pertinet l. non videtur fruſtrandæ. 3. ff. hoc tit. vbi, qui ex aliena iuriſdictione eſt præſens, non poteſt compelli iudicium ſuſcipere. Ergo non videtur cogendus abſens comparere coram magiſtratu non ſuo. Hæc quæſtio tractatur in leg. ſi quis ex aliena. 5. ff. hoc. tit. & dicitur etiam ſi contendat eius iuriſdictioni ſubiectum ſe non eſſe, eumque competentem iudicem non eſſe, ad prætorem tamen venire debere, & coram prætore comparere. nam tuum non eſt, qui vocaris ad prætorem, æſtimare an iuriſdictio eius ſit, an non ſit: ſed potius prætoris eſt æſtimare, an ſua ſit iuriſdictio. Nam & legati ipſi, quos Ambaſiatores vocamus, qui tamen habent magna priuilegia, adeſſe debẽt coram prætore priuilegia ſua allegaturi. Simile eſt quod dicitur in leg. 2. in princ. ff. ſi quis in ius vocatus non ier. in §. exceptiones quædam ſunt. Si igitur non compareat vocatus, poteſt coerceri. dict. l. 2. §. 1. ff. ſi quis in ius voc. Quod de prætore, vel iis, qui iuriſdictioni præſunt, non aliis accipi debet: vt ex illis legibus apparet. Poſſunt itaque hi quidem quibus mandata eſt iuriſdictio mulctam irrogare, vt diximus ſub tit. de off. eius cui man- data. quia ea iuriſdictione vtuntur quam habet is qui mandauit, funguntur enim vice eius qui iuriſdictionem habet, quique mulctam dicere poterat. Sed pedanei iudices nullam mulctam dicere poſſunt: quia nullam iuriſdictionem habent: ſed tantum notionem. l. ait prætor. 5. ff. de re iud. Sed quid reſpondebimus ad d. l. 3. ff. hoc tit. quæ ait, eum, qui ex aliena iuriſdictione vocatur, præſentem non cogi iudicium accipere? Multa hic comminiſcuntur Accurſiani pro conciliatione huius loci. Ego breuiter omiſſis eorum nugis, dicam quod verius & probabilius mihi eſſe videtur. Non ait Vlp. in d. l. 3. quod ad Prætorem venire non debeat, qui præſens ſuſcipere iudicium non compellitur: ſed ait, non videri fruſtrandæ actionis cauſa latitare. Ad hoc, & illud non pareri impune ei, qui iuriſdictionem non habeat, diuerſa ſunt. Dico ad prætorem vocatum venire debere, etiam ſi is ſit, qui præſens iudicium ſuſcipere non compellatur: non tamen videtur actionis fruſtrandæ cauſa latitare. Cur ita? quia cum quæritur de genere coercitionis, quo iudex aduerſus eum vti poteſt, qui vocatus non adeſt: multum refert, an eum dicamus fruſtrandæ

Qui iudi. cui mulctam dicere poſſunt.

Digitized by Google

actionis, ac fruſtrandæ iuriſdictionis cauſa latitare, an non. Id ſic oſtendo: Decreto prætoris mittitur in bonorum poſſeſſionem aduerſarius abſentis, ſi latitet fraudationis & fruſtrandæ actionis cauſa. Hoc igitur pertinet ad illud edictum emittendo in poſſeſſionem. Magnum iuris rigorem, magnam acerbitatem continet illud edictum, vt propter deſertum vadimonium propter abſentiam, mittatur aduerſarius in bonorum abſentis poſſeſſionem, non tantum in poſſeſſionem eius rei de qua lis eſt: ſed omnium bonorum, & vt teſtatur Cicero in Orat. pro Quintio. Deinde ſecundo decreto venduntur bona, & hoc eſt grauius, quam mulcta eius, qui non venit in iudic. ſed hoc quia fruſtrādæ actionis cauſa videtur latitare, idē dicitur in l. Fulcinius. 7. ff. quib. ex cau. in poſſ. eat. Vnde quæſitum fuit, an ita à prætore coercendus is ſit, qui latitat, cum non à ſuo iudice vocatur, qui præſens ſuſcipere iudicium non compellitur. Quæſtio hinc pendet, an videatur fruſtrandæ actionis cauſa latitare. & ait Iuriſconſ. in d. l. nō videtur. 3. &c. Nā videtur dolo carere, quamuis non careat culpa aliqua & temeritate, qui ad prætorem vocatus non venit, ſed quia confidebat ſe ex aliena iuriſdictione ad prætorem vocari, atque ſe, etſi præſens eſſet, non poſſe cogi ſuſcipere iudicium, non accedit ad prætorem, & ideo non dicetur videri fruſtrandæ actionis cauſa latitare. Si quis vellet inde concludere, ergo non cogitur venire in iudicium ad prætorem: non ſequitur, ſed bene ſequeretur, ergo non poteſt mitti in omnium eius bonorum poſſeſſionem aduerſarius, ſed alio genere coercitionis & mulctę coerceri debet, valeret conſequentia iuxta dict. l. 2. ſi quis in ius voca. non ier. Non enim ſimpliciter dicitur in edicto prætoris, in abſentis bona mitti: ſed eum, qui fruſtrandæ actionis cauſa latitat, hanc miſſionem pati, ad l. vlt. ff. de iuriſd. facilis eſt reſponſio. Dicitur ibi, impune non pareri ei, qui iuriſdictionem non habet, ergo vocatus ad prætorem venire non debet, nego conſequentiā. Vocatur enim ad prætorē, vt ius dicatur ei. Docui quid ſit ius dicere: tunc autem ius nō dicitur, cum quis vocatur ad prætorem: ſed quis vocatur ad prætorem, vt ius ei dicatur, & cum venerit ad prætorem, tunc ſi velit prætor ei ius dicere, impunè ei non parebitur. Ex ea l. ſi quis ex aliena. 5. ff. hoc tit. manauit in forum mos pronuntiandi, cum iudex dicitur incompetens eſſe, cumque iudicis declinatur forum, vt is pronuntiet ſe iudicem competentem, aut non competentem eſſe. prætoris ſiquidem eſt æſtimare an ſua ſit iuriſdictio. Si quis obiiciat iudicem hac ratione in cauſa propria iudicem conſtitui: reſpondeo non eſſe propriam cauſam. Si quis velit ſcire quid ſit propria cauſa, videat in l. 1. §. in propria. ff. quando appell. ſit. Propria cauſa dicitur, cum vel commodum, vel incommodum ad aliquem pertinet. Commodum autem ad iudicem non pertinet: nam commodum eſt litigatorum: ergo nihil impedit quominus pronuntiet iuriſdictionem ſuam eſſe, vel non eſſe. Docuimus iam quomodo ſit accipiendum quod dicitur in l. 2. C. de iuriſdict. om. iud. actorem ſequi forum rei. Diximus etiam ſi quis conueniatur coram iudice non competenti extra forum ſuū, poſſe vti eum præſcriptione fori, & forum illius declinare, vt vulgo loquimur. Notandum eſt hanc exceptionem opponendam eſſe initio litis, vt dicitur in l. vlt. C. de excep. & præſc. Dicitur autem præſcriptio fori qua forum declinatur, cum quis petit ad iudicem ſuum remitti, cum quis allegat in iudicio, ſe corā iudice nō ſuo conueniri. In principio itaque litis à litigatoribus opponi debet. Vnde videre debet qui vult declinare forum, ne quid alleget, ne litem conteſtetur antequam declinet forum. Vlpianus in l. ſed & ſi ſuſcepit. 52. ff. hoc titul. loquitur de quadam præſcriptione, qua hæres vtitur aduerſus fideicommiſſarium, ſi petatur ab eo fideicommiſſum, & ait eum non cogi litigare, niſi vbi maior pars hæreditatis eſt, & ſubdit intra diem eſſe opponendam hanc præſcriptionem. Eodem pertinet quod dicitur in l. vbi cœptum. 30. ff. hoc titul. vbi quis litem conteſtatus eſt, ibi litigare vſque ad finem litis debet, neque poſſe declinatoriam opponere. Cœptum iudicium intelligitur per litis conteſtationem, & cum dicitur opponendas eſſe has exceptiones, nos ita intelligimus, quaſi lite conteſtata præcludatur via huius exceptionis opponendæ, vt poſt litem conteſtatam non poſſit opponi. l. nemo. 4. Cod. de iuriſdict. vbi ſic dicitur: *Nemo poſt litem conteſtatam ordinariæ ſedis declinet examen.* quæ verba accipio de præſcriptione fori, non de recuſatione iudicis, vt vulgo ſolet, vt cum iudex ſuſpectus eſt, dicunt poſt litem conteſtatam iudicem ſuſpectum non poſſe recuſari. Sed dixi in l. apertiſſimi. 14. C. hoc tit. non ita recuſari magiſtratum iudicem ordinarium propter ſuſpicionem, vt datum iudicem. Sed illi adiungetur epiſcopus, etenim ordinarius remoueri non poteſt hoc iure auth. ſi contigerit. hoc tit. præterea hæc verba, *ordinariæ ſedis*, ſatis oſtendunt forum declinari, non iudicem. De iudice quoque hæc intelligi non poſſunt, cum loquantur de ſede ipſa, de foro, at forū ipſum declinatur propter incompetentiam, vt loquimur. Nos ergo initium litis accipimus litem conteſtatam, intelligimus etiā per actum quoque conſenſum eſſe in iudicem, vt non tantum excludatur præſcriptione fori litigator per litis conteſtationem: ſed & per actum quo conſenſit in iudicem, vt ſi quid egerit, ſi quid expoſuerit ei quo appareat, eum iudicem approbaſſe: etſi enim nōdum lis conteſtata ſit: non tamen poterit iudicem declinare. Huc pertinet l. non videtur. 33. hoc tit. de qua diximus ſupra. Certum eſt enim eum iuriſdictioni eſſe ſubiectū iudicis cuiuſuis, qui ſe ei ſubiecerit & conſenſerit, ſiue tacite ſiue expreſſe. Sed qui petit ſibi genus actionis edi, videtur id facere, vt deliberet an debeat agere an forū declinare: nō vt in iudicē cōſentiat. Ait itaque Iuriſconſ. in dicta l. 33. eū non conſenſiſſe, & ideo poſſe forū declinare. Hinc oritur quæſtio de in ius vocatione in l. ſi quis poſtea. 7. ff. hoc tit. an poſteaquā quis in ius vocatus eſt, poſſit forum declinare. Ait hic Iuriſconſ. in ea cauſa eſt, vt ius reuocandi forum nō habeat, quaſi præuentus. ex quo videtur excludi hac præſcriptione fori ſola in ius vocatione, cum præuentus eſſe dicatur is, qui in iudicio vocatus eſt, vt coram eo iudice finem lis accipere debeat. Sed alio ſenſu hoc intelligendum eſt quod hic dicitur: perpendēdum eſt enim quod ait Iuriſconſ. ſi miles, vel alterius fori eſſe cœperit. In hac ſpecie præuentus intelligitur per ſolam in ius vocationem, ſi poſtquam in ius vocatus eſt, miles eſt factus, vel alterius fori eſſe cœperit. Hic proponimus cōuentum eſſe coram iudice ſuo & competente, quem alioqui declinare non poterat, vnde nihil ei prodeſt militem factum eſſe, vel alterius fori, propter hanc præuentionem, licet lis conteſtata non ſit. Ciuis cuiuſdam ciuitatis vocatus eſt ad ſuum iudicem, quem declinare non poteſt: deinde poſt vocationem miles factus eſt, vult ſe remitti ad magiſtrum militum. leg. magiſteriæ. C. de iuriſd. an remittendus ſit? ait Iuriſconſ. in hanc l. ſi quis poſteaquam. hoc tit. non eſſe remittendum: nam præuentus eſt hac vocatione in ius, quia vocatus eſt coram iudice ſuo, quem declinare non poteſt, & ita nihil prodeſt ei poſtea militem factum eſſe: quia præuentus eſt hac vocatione. De hac re diximus ſub tit. de iuriſd. in l. cum quædam puella. Nunc quoniam actor, vt diximus, forum rei ſequi debet, videndum eſt quodnam ſit forum cuiuſque proprium: vt intelligamus forum in quo quiſque conueniri debeat. Dicendum eſt reum cōueniri debere vbi domicilium habet: vel vbi contraxit, ſi agitur contra eum ex contractu aliquo. Poteſt enim

liti-

litigator reus conueniri in loco domicilij, vel vbi contraxit. hæc colliguntur ex le. hæres abſens. 19. hoc titul. vbi multa exempla ſunt de contractu & domicilio. & l. prætor ait. 4. §. ſed ibi quis. ff. de eden. & 3. ff. de reb. auct. iud poſſ. Sed cur mentio defenſionis fit in dict. leg. hæres abſens. cur non dicit vbi conueniendus eſt hæres, ibi aduerſus eum agendum eſſe? Ego animaduerti hunc locum eſſe ſumptum ex commentar. Vlpian. ad edictum de in poſſeſſionē mittendo. ff. ex quib. cau. in poſſ. eat. nam inſcriptio huius e. hæres abſens. id aperte oſtēdit, quæ habet ex lib. 60. ad edictum enim eandem inſcriptionem inuenio in l. ſi diu. 8. ff. ex quib. cau. in poſſ eat. vbi extat edictum quod interpretatur Vlpian. vt ſi non defendatur reus abſens, mittatur in poſſeſſionem aduerſarius bonorum eius qui abeſt: ſi defendatur recte, boni viri arbitrio non pati hanc coercitionem. Oportet enim ad iudicium reum adeſſe, vel vt defendatur. l. recte defendi. 63. ff. hoc titul. Huc pertinet, quod ſi quis velit abſentem defendere, ſatiſdare debet ſe iudicatum ſolutum iri, alioquin non recte defendere dicitur, vt expreſſum eſt edicto prætoris. Totus hic ergo locus ex Vlpian. ſumptus eſt ad edictum de in poſſeſſionem mittendo, quod propoſitum fuit aduerſus abſentes: quia tamen ad preſentes etiam pertinet, viſum eſt Triboniano caput hoc, hæres abſens, collocare etiam ſub hoc tit. vbi quis agere, vel conueniri debeat. Diximus ergo conueniendum eſſe reum, vel vbi domicilium habet, vel vbi contraxit. De domicilio nulla eſt dubitatio. Eſt autem mentio de domicilio in dict. l. hæres abſens. §. vltim. Domicilium intelligimus, quod reus vel habet, vel tempore contractus habuit, etſi poſtea tranſtulerit. l. 2. C. de iuriſd. Domicilium vero dicitur quis ibi habere, vbi facultates ſuæ ſunt: vbi ſedem fortunarum ſuarum conſtituit. vt Codic. libr. 10. titul. 39. de inco. leg. ciues. 7. Hac in conſtitutione domicilij hoc notandum eſt, licere cuique domicilium ibi facere, vbi voluerit, idemque domiciliū poſſe trāsferri. Eodē pertinet quod dicitur in l. 2. C. vbi ſenat. vel clariſſ. conuen. Nunc vidēdum eſt de cōtractu, quomodo hic accipiamus cōtractum. Hoc verbum latam ſignificationem habet hoc loco, vt dicitur in leg. omnem. 20. ff. hoc tit. Contractus aliquando dicitur vltro citróque obligatio. lege. Labeo. 19 ff. de verbo. ſign. vt emptio, locatio, ſed hoc ſenſu hic non vſurpatur: latius hic accipitur pro quocūque contractu, quoties quis alicui aliqua cauſa obligatur. Præterea contractum intelligimus quaſi cōtractum, vt ex negotiis geſtis, vel ex tutela. ſi quis tutelam, vel negotium geſſerit. Exempla varia ſunt in d. l. hæres abſens. vt ſi non defendatur quis eo in loco in quo contraxit, vbi tutelam vel negotia geſſit, miſſionem in poſſeſſionem patiatur. In d. l. hæres abſens. §. ſi quis tutelam. in fin. dicitur, bona poſſideri. hæc verba ſatis oſtēdunt hoc pertinere ad illud edictum de in poſſeſſ. mittendo, ex quo hæc ſumpta ſunt. Itaque docet ibi in §. proinde & ſi merces, & cæt. quomodo accipiendum ſit quod dicitur, vbi quis contraxit, ibi eum conueniēdum eſſe. Addit deinde tamen in ver. at, ſi quis ab eo, &c. exceptionem, quam propter vtilitate neceſſe fuit addere, Si quis reperiatur in eo loco, in quo ne domiciliū quidē habet, imo nec officinam: ſed tantū prætornauiget, certe duriſſimū eſt eo in loco ſe cogi defendere, & niſi defendatur, pati miſſionem in poſſeſſionē bonorū. Quod diximus de contractu, intelligimus ſiue dominus per ſe contraxerit, ſiue per ſeruum ſuum: nam ſi ſeruus cōtraxerit, dominus ibi ſe cogetur defendere, d. l. hæres abſens, §. apud Labeonem. Cum autem dicimus in quo quiſque loco contraxerit, in eo conueniendum eſſe, intelligimus actorem electionē habere conueniendi, vel in loco contractus, vel in loco domicilij. Sed an intelligimus locum vbi contractus initus eſt, vel vbi conuenit vt ſoluatur, ſi contractum ſit in hac ciuitate, & conuenit vt ſoluatur Lugduni? Ambiguum non eſt hoc verbum, non enim poſſumus intelligere locum, in quo cōtractum eſt negotium, in quo ſcriptum eſt inſtrumentū, ſed eum in quo conuenit vt ſolueretur. Si igitur hoc cōtractum eſt, vt ſoluatur Lugduni, ille locus poteſt dici contractus locus. Hic in d. l. hæres abſens. §. vltim appellat locum contractus, de quo conuenit vt ibi ſoluatur. Sic eſt accipiendum quod dicitur in leg. 20. contraxiſſe. ff. de oblig. & act. & in leg 3. ff. de bon. aucto. iudic. poſſid. Sin nihil conuenerit, in dubio locus accipiendus eſt, in quo contractum eſt negotium. Quæſtio iuris eſt, an eo remittendus ſit actor ad eum locum vbi contraxit, ſi non inueniatur ibi debitor vbi agit? Et receptum eſt, nullam remiſſionem fieri, vt conſtitutum dicitur in cap. Romana. §. contrahentes. de foro competenti. lib. 6. Reus igitur conueniendus eſt in loco domicilij vel vbi contraxit. Addendum eſt etiam in quo loco res eſt, de qua quæritur, reum conueniri poſſe, ſi in rem agatur. Quod ad hanc rem attinet, multum intereſt inter actiones in rem, & in perſonam. In actionibus in perſonam locum habet quod iam diximus. Sed in actionibus in rem, ſi res de qua agitur, hic ſit hic conueniatur, etſi alibi domicilium habeat. Non eſt hoc ita accipiendum, vt iam dixi, quaſi in loco domicilij non poſſit conueniri, ſed quod poſſit cōueniri, vbi res eſt. Huc enim pertinet quod dicitur in l. quod legatur. 38. ff. hoc tit. Quærebatur, vbi legatum petendum eſſet? Iuriſconſul. ait referre actione in perſonam, an in rem peteretur. ſi actione in perſonam, vt ex teſtamento: ibi dari debere, vbi eſt, ſi in rem, vbi res eſt. Extant quæſtiones aliquæ, & varij tit. C. vbi quiſque vel agere vel conue. deb. Quæritur de eo, qui certo loco dare promiſit, vbi conueniendus ſit? Et dicendum, ſi non ſatisfecerit vbi promiſit, eum arbitraria actione alio loco poſſe conueniri, vt C. lib. 3. tit. 18. vbi conueniatur qui certo loc. l. 3. De hoc mentio eſt in l. eum qui inſulam. 43. ff. hoc tit. Ego plene dixi in interpretatione tit. de eo quod cert. loc. Eſt & alia quæſtio, vbi fideicommiſſum peti oporteat, de qua C. lib. 3. 17. vbi fideicom. & cæt. leg. vnic. eſt etiam de hac quæſt. mētio in l. fideicommiſſum. 50. ff. hoc titul. vbi ius quoddā diuerſum eſt in hac fideicommiſſaria petione: nam etſi dicamus electionem actoris eſſe, vt petat vel in loco domicilij, vel vbi res eſt: tamen ſi maior pars hæreditatis ibi non ſit, vbi conuenitur hæres, vtetetur præſcriptione. Addit Iuriſconſul. exceptionem, niſi appareat teſtatorem certo in loco fideicommiſſum præſtari voluiſſe. ſequenda eſt enim voluntas teſtatoris: hic docet variis exemplis ſequendā eſſe voluntatem teſtatoris, non ſolum cū expreſſa eſt, ſed etiā ex cōuentione appareat. Mētio eſt quoque hac de re in leg. ſed etſi ſuſcepit. 34. §. ſi libertis. In eo §. notanda ſunt verba illa, *teſſeras frumentarias*. illæ enim teſſeræ frumentariæ Romæ ſolū cōparari ſolent: ideo facile apparet, voluiſſe teſtatorem Romę hæredem conueniri. de his teſſeris frumentariis videto annotationes Budæi. Adducit aliam exceptionē, ſi hæres litem conteſtatus. Quęſtio eſt etiam de dote, vbi peti debeat? Hæc quæſtio tractatur in leg. exigere. 65. ff. hoc titul. Quærebatur, ſi contractus dotis certo in loco celebratus ſit, & inſtrumenta confecta, an in eo loco petere dotem mulier debeat, ſecūdum ea, quæ diximus debere cōueniri in eo loco, vbi cōtractus initus eſt. Sed aliter ibi Iuriſconſ. reſpondet, ne minus dotata ſit mulier, eam aduerſus maritum agere debere, vbi maritus domicilium habet, quo loco non ſolum maritus, ſed & mulier domicilium habet. nam & mulier, inquit, forum mariti ſequitur. hoc etiam probatur in l. cum quædam puella. 19. ff. de iuriſdict. & in leg. vltim. de incol. Codic. lib. 10. titul. 39. Ius hoc itaque ſingulare eſt in cauſa

Nomen contractus quomodo accipiatur.

dotis : licet quidam diſſentiant. Dubium autem non eſt quin hæc ſcripta fuerint ſub titul.de iure dot.vbi capita eandem inſcriptionem habent, lib. 34.ad edictum. Aliæ quæſtiones agitantur Cod. poſt titul.de iuriſdict. Et titul.14.tractatur,quando Imperator inter pupillos, vel viduas, vel alias miſerabiles perſonas cognoſcat, & ne exhibeantur,vbi vnica eſt conſtitutio, quæ duo continentur. Vnum eſt ne pupilli, viduæ,& aliæ huiuſmodi miſerabiles perſonæ cogantur extra prouinciam litigare:ſi extra prouinciam ſuam cogantur exulare ad principis comitatum & aulam , prohibentur de his euocationes(vt vocant)quæ nimiũ vſitatæ ſunt apud nos. Aulici ſolent huiuſmodi literas euocationum impetrare,vt torqueãt miſeros, & qui non tã gratia valent apud principes. Hic igitur vetat Imperator ſpeciali iure ne literæ contra pupillos , viduas , & alias perſonas miſerabiles impetrẽtur. Dubium enim non eſt quin principes quãcunque cauſam poſſint euocare: ſed ſpecialiter hoc cõſultum eſt , in gratiam miſerabilium perſonarum. Eſt autem alia cõſtitutio Iuſtiniani multo generalior, pertinens ad omnes perſonas.Nouel.86.vt differ. iud.vnde ſumpta eſt auth.qua in prouincia.Cod.vbi de crimi. agi opor. vbi vetat, ne cogatur quis ſe ſiſtere extra prouinciam in aula principis,niſi ſubſit cauſa grauiſſima.Alterum eſt quod continetur ea conſtitutione , vt tamen miſerabiles perſonæ poſſint has literas impetrare ex cauſa , cum potentiam alicuius exhorreſcunt : nec reiiciuntur hæ literæ,vt inciuiles,hoc eſt,vt contrariæ iuri ciuili,quas non debent ſequi iudices,niſi ſecundo princeps reſcripſerit.Alia quæſtio eſt,vbi de criminibus agi oporteat. Et breuiter dicẽdum eſt,eum,qui deliquit,cõueniri non tantum vbi habet domicilium:ſed & vbi deliquit.l.ſi cui crimen.7.§. pen.& §. vltim.ff.de accuſ.id etiam colligitur ex leg. 1. Cod. vbi de crimi.agi oport. ſed mihi videtur,vt qui rei criminis perhibentur, conueniantur vbi deliquerũt,vel vbi cœptum eſt iudicium, vel in quocunque alio loco vbi reperiuntur, etiam ſi ibi domicilium non habeant,vt dict.leg.1.Euocatio autem in his cauſis prohibita eſt, vt de hac re memorabilis eſt conſtitutio Iuſtiniani 68.vt omnes obed.iud.prouin.vbi ſtatuit, ſi quis diploma impetret, ne ei obtemperetur: cum ſit paratior & probationum & teſtium copia in delicti commiſſi loco:& probationis facultas facile peritura,ſi longe aliquo euocandi ſint. Similis ratio eſt in l.1.C.vbi de ret.agi oport. Notandum eſt igitur reum criminis remittendum eſſe ad eum locum vbi deliquit. Rationem huius remiſſionis docet Iuſtinia. in Nouel. 134. vt nullus iud. §. ſi quis vero. & hodie reperitur in auth. ſi vero criminis. Cod. ad leg. Iuliam de adulter. ait enim iudicem loci in quo quis deliquit , debere mittere epiſtolam ad iudicem vbi domiciliũ habet, vt remittat eum puniendum in eo loco vbi deliquit. Qui tamen in foro verſantur, dicũt aliud obſeruari hodie, & remitti aiunt ad locum domicilij : quia iuriſdictiones ſunt patrimoniales moribus noſtris,vt alias dixi : vnde ſi peccauit vaſallus , debet remitti ad iudicem ſuum,cuius eſt vaſallus. Quod quidem vulgo dicitur abrogatum in prouincia : tamen qui ſubtiliores ſunt in foro,negant,quibus facile aſſentior. Nam prouinciam intelligimus , quæ late patet:non enim ciuitatem , aut territorium aliquod ciuitatis , vocatur prouincia , nec hoc cõuenit Romano iuri. Prouinciam nos accipimus pro territorio cuiuſque curiæ Parlamenti vnius, vel alterius: & hoc magis accedit iuri Romano. Ergo ſi quis deliquerit hic,vel Lugduni,remittetur ad domicilium, quia eſt eiuſdem Parlamenti Pariſienſis : quod ſi deliquerit Tholoſæ,vel Rhotomagi, non remittetur,ſed ibidem punietur,quia eſt alia prouincia. Superioribus locis docuimus quod ſit forũ cuiuſq;, in quo loco quiſque cõueniri debeat.Diximus in quo quiſque loco domiciliũ habet, in eo eum conueniendũ eſſe vel in quo loco quis contraxit,vel in quo loco res ſita eſt, quę vindicetur. Addendum eſt & Romæ conueniri poſſe eũ, qui ex orbe Romano eſt. Roma enim cõmunis noſtra patria eſt.l.Roma. 33. ff. ad municip. Cicero in Orat.2. de lege Agra.contra Rullum vocat Romã communem omnium patriam , & iiſdem verbis vtitur quibus Iuriſconſul.noſter Vlpian. cum ait : in orbe Romano qui ſunt,ciues Romani ſunt.l.in orbe Romano.17. ff.de ſtatu hominũ. Vnde dicitur eũ,qui ex orbe Romano eſt, ſi Romæ inueniatur, Romæ conueniri poſſe, nos hanc exceptionẽ,ſi Romæ inueniatur, addidimus ſuperioribus dictis,cum de eo, qui in loco contraxit diſſeruimus: nã ex eo non poterit alio remitti , etiam ſi ex orbe Romano ſit,niſi ibi inueniatur , non enim debet ex eo loco trahi.l.hæres abſens.ff.hoc tit.id ſumitur etiã multis ex locis iuris.colligitur præſertim ex l. ſecũ.§.legatis.§. & ſeq.ff.hoc tit.Sed animaduertendũ eſt multũ referre quã ob cauſã quis ibi ſit,vbi diximus cõueniri poſſe,vel in loco contractus , vel etiam Romæ, ſi ibi inueniatur. Docet Iuriſconſul.in dict.l.2.ff. hoc titu. de legat, ſi ob neceſſariam cauſam ibi reperiantur, non cogi ſe defendere, veluti ſi legatus ſit Romæ , ne ab officio ſuſceptæ legationis reuocetur , neceſſaria eſt hæc ſuſceptio, non voluntaria. Idem ſit teſtimonij dicendi cauſa ibi reperiatur.Iudicandi quoque munus neceſſarium eſt. refertur enim inter munera perſonalia.l.vlt.§. iudicandi neceſſitas.ff.de muner.& honor. & hoc nemo poteſt iudicandi munus detrectare, niſi priuilegiũ aliquod habeat. Sed de legatis prolixior eſt diſputatio quam de cæteris, qui vel teſtimonij , vel iudicandi cauſa ibi reperiuntur. Legatis maxime fauetur, vt & iis, qui reipublic. cauſa abſunt.leg. 1.C. ex quibus cauſis mai. in integ. reſtitut. Rationem adfert huius priuilegij Iuriſconſul. in l. non alias.24.ad fi.ff.hoc ti.ne legatus,qui Romæ cogitur litigare, litibus implicatus ab officio ſuſcepto legationis auocetur: vtilitas enim facit, vt ibi conueniri nõ poſſit, licet ibi reperiatur. Et hęc maxime expendenda eſt ratio,ad quam velut ad ſcopum,omnia quæ hic dicuntur referenda ſunt. Nos igitur de legatis quædam dicemus breuiter & ſummatim , & ea tantum quæ in hoc tit.de his reperiuntur perſtringemus.In primis hic dicitur legatos non cogi iudicium ſubire , etiamſi in eo loco reperiantur,in quo alias conueniri poſſent.quod adeo verum eſt,vt ne iurare quidẽ cogantur.l.ſed etſi is. Si non cogantur iudicium ſubire,ergo nec iurare quidem:quia iuſiurandum in locum litis conteſtatæ ſuccedit. l. nam poſteaquam.9.§. ſi is qui temporali. Probabiliter tamẽ de hac re dubitatum fuit , quamuis non multum negotij ſit de ea re:quia ſic poſſent auocari à ſuſcepto legationis officio,& malint rẽ teſtibus probare , quam iureiurando, voluerunt ad iuſiurandum eos cogi non debere, vt diximus ſub titu.de iureiurand. Hoc autem quod dicimus de legatis , intelligendum eſt cum aliquibus exceptionibus. Vna eſt in dict.l.ſecun.§.de legatis. ff. hoc titu.ſi legatus conueniatur ob contractum in legatione ipſe initum.Eodem pertinet quod dicitur in dict. l. non alias.24.ff.hoc tit. Dicitur in leg. ſi quis in legatione.8. ff.hoc tit. eum, qui in legatione eſt, ſi conſtituat , quod ante debuit,nõ cogi ibi iudiciũ pati,vbi conſtituit. ſed obiicitur ff.de cõſtitut.pecu.l.cũ qui.5.§.1.Licet hęc ita videantur cõtraria,tamẽ quomodo ſint intelligẽda, docuimus ſuperioribus locis in tit.de conſtitut.Deinde in dict.l.non alias.24 ſic dicitur: legati ex delictis in legatione cõmiſſis cogũtur iudiciũ Romæ pati : ſiue ipſi admiſerint,ſiue ſerui eorum. Si ergo conueniãtur actione noxali,coguntur Romæ iudicium pati. Quæſtiones autem ſuperiores pertinent ad actionem perſonalem, quæ oritur ex contractu,vel ex delicto. Quid ſi in rem agitur(Caſſius,vt Paul.in d.l.non alias.§.ſed etſi &c.refert,

feit, diſtinguebat vt videndum ſit, an hac vindicatione miniſterio legationis auocetur, quia non poteſt ea re diu carere, & non debere concedi actionem, ſed ſi ex multis ſeruis de vno agatur, ſi aliquib. ſeruis poſſit carere ſine magno incommodo, vindicationem non eſſe denegandam. Iulianus vero ſine diſtinctione dicebat denegandam eſſe actionem, quam ſententiam Paulus probat. Sed exceptio dicitur in leg. ſi legationis.25.ff.eo. ſi legationis tempore cœpit rem poſſidere ex aliqua cauſa, quæ mobilis eſt, & in alium locum transferri poteſt, ſi ab eo vindicetur, iniquum non eſt cum cogi ibi ſe defendere: vtilitas enim hoc exigit, ne prætextu priuilegij res alienas domum auferant, cum à nemine conueniri poſſint. Sed quæſtio eſt de eo, qui adiit hæreditatẽ, qui dicitur quaſi contrahere cũ legatariis & creditoribus, an Romę conueniri poſſit. Quæſtio hæc tractatur in leg. de eo autem.26.ff.eod. Multum refert an quis emerit, vel adierit hæreditatem, cum legato autem qui adiit hæreditatem tẽpore legationis, nõ poteſt agi, tamen poteſt ab eo peti ſatiſdatio, vt legatorum nomine caueat, id eſt, ſe ſoluturum cũ dies legati venerit, & niſi ſatiſdedit, mittẽtur legatarij in rerũ hęreditariarũ poſſeſſionem quid enim prohibet, ait Iulianus leg. ſeq. 27. ff. eo. legatum publico munere fungi, & actorẽ in poſſeſſione rerũ hæreditariarum eſſe? Ego ſupra admonui hanc eſſe rationem ne legati ab officio ſuſcepto reuocentur. Ad hunc igitur ſcopum referenda ſunt hæc omnia, ſi non poteſt eo nomine impediri à ſuſcepto munere legationis. Idem de eo cui ex Trebell. reſtituta eſt hęred. l. etſi reſtituatur.28.ff.eo. vt nõ magis cõueniatur qui adiit hæreditatem, quam cui eſt reſtituta hæreditas ex Trebell. Sed ſi legatus reſtituerit rẽ hæreditar, actio iam in fideicommiſſariũ cõpetit. eſt enim perſonale hoc beneficium. Quæritur de cauſa damni infecti. in d.l.28. §. ædium. dicitur, eum qui legationis cauſa Romę abeſt, domum habet ruinoſam, & vicinus petit eum de damno cauere cogẽdum eſſe vt caueat. Hic eadem eſt ratio, quæ & in ſuperiore quæſtione: quia nihil prohibet legatum publico munere fungi. præterea hęc res deſiderat celeritatem, vt dicitur leg. pr̃im. ff. de dam. inſc. Alia eſt exceptio qua conueniri poteſt legatus, in dict. l. ſed etſi.28.§. ſed etſi dies. vbi dicitur cogi iudicium accipere ſi actio temporalis eſt, quæ finitur anno: æquum eſt enim vt ſuſcipiat iudicium: nõ tamen vt litem ſuſtineat vſque in finem: ſed litem conteſtari cogitur, & lite ſic conteſtata in prouinciam transferatur. Alius caſus eſt in l. ſi vxor.42. ff. hoc tit. ſi vxor diuertit Romæ à marito legato, & petat ibi dotem, ibi legatus cogitur iudicium accipere ob fauorẽ dotis: ſemper. n. cauſa dotis eſt præcipua. l.1.ff. ſolut. mat. Alius caſus eſt in l.2 §. ſed ſi agant. ff. hoc tit. ſi ipſe egerit Romæ legatus, & ibi recõueniatur, & ſi agant legati contra aliquem, mutuo aduerſus eos agetur tempore eorum functionis, id eſt reconuenientur ab eodem. Huc pertinet quod generaliter dicitur; qui non cogitur in aliquo loco propter priuilegium aliquod, iudicium pati: ſi tamen ipſe prior agat ibi eũ cogi indic. quoq; ſuſcipere. l. qui non cogitur 22. ff. eo. Eſt locus vulgaris, quem adduximus in interpretatione l. ſi idem cum eodem. ſupra de iuriſd. & non tãtum ad legatos, ſed ad quoſcunque pertinet. Subiungit Iuriſconſ. in d.§. ſi agant. Non tamen ſi iniuriam ſuã proſequãtur &c. Exceptio eſt, ſine qua quod ante dictũ eſt, magnam iniquitatem haberet. Deinde illis verbis, *Alioqui aut impune* &c. adfert illius exceptionis rationẽ, ne ſcilicet lædantur, ne detur occaſio iniurię eis faciundæ: nam ſi dum ſe vindicant, cogantur ſe alio contrario iudicio defendere, iniuria afficerentur. Ex his apparet quibus ex cauſis, in quo loco legati tempore legationis iudicium ſubire cogantur: & ex quibus cauſis non cogantur. Notandum tamen eſt eos cogi ad prætorem, ad quem vocati ſunt, venire, & priuilegium ſuum allegare. lege ſi quis ex aliena. §. hoc tit. Accedunt itaque legati ad tribunal pretoris allegaturi priuilegiũ ſuum, vt cognoſcat prætor an ſua ſit iuriſdictio. totus ille locus ſuperius à nobis explicatus eſt. Quid ſi dubitetur, an ius domum reuocandi habeant, quæſtio hæc tractatur in d.l.2.§. ſed ſi dubitetur. ff. hoc tit. Et hæc quæſtio pertinet generaliter ad oẽs de quib. ante diximus, qui vel teſtimonij cauſa, vel iudicandi, vel legationis cauſa euocati ſunt certa forte & explorata cauſa non eſt legationis, certum non eſt eos euocatos eſſe, forte cauſantur hæc ne conueniantur. Debet itaque prætor cauſa cognita de ea re ſtatuere, quod ſi verum compererit, curabit vt iudicio ſiſti caueãt, ſtatuetque in quem diem promittant, vt eo die ſcilicet ſe ſiſtant, quo promiſerint. Cautionis autem verbum generale eſt, & pertinet non tantum ad ſatiſdationem, & ſtipulationem, ſed & ad nudam tantum promiſſionem. leg. ſancimus. Cod. de verb. ſign. & leg.1. Cod. de ſatiſdat. Vnde cum dubitari poſſet, an de ſola promiſſione, an de ſatiſdatione accipiẽdum eſſet hoc verbum, ſubiungit Iuriſconſ. in verſ. ſed vtrum. de ſola promiſſione accipiendum eſſe. Qui enim peregrinatur, non facile fideiuſſorem inuenturus eſt, alioquin compelletur ſuſcipere iudicium, quam inuenire qui pro ſe fide iubeant. hoc eſt, potius compelletur iudicium accipere, aut leuius erit iudicium accipere, ſic in eo verſic. ſed vtrum. verba vltima debent accipi. vide Antn. Auguſtinum Emendat. lib.4. cap.8. in prin. vbi dict. l.2.§ ſed ſi dubitetur. & ſeq.§. ſed vtrum. quomodo legi debeant, refert. Hactenus de legatis, & aliis huiuſmodi perſonis, quibus datur ius domum reuocandi. Sequens quæſtio oritur ex his, quæ diximus, in quo loco aliquis agere vel cõueniri debeat. Si forte quis vẽdiderit rem alienam, & eam vindicet dominus ab emptore, & denunciet emptor vẽditori vt ſe defendat: quęritur vbi hoc iudicium ſit exercendum. Quæſtio tractatur in leg. venditor.49.ff hoc titu. & in leg.1.2 & vltim. C. vbi in rem act. exer. deb. & in cap. quoniam frequenter §. vltim. vt lite non conteſt. Hæc quæſtio quotidiana eſt, & notanda. Quidam mihi vendidit rem aliquam vt ſuam, dominus huius rei mihi venditæ, eam vindicauit à me, conuenit me in foro meo apud iudicẽ meum: actor enim forum rei ſequitur. fortaſſe eram ciuis huius ciuitatis: conuenit me coram præfecto huius vrbis, ego denuntio venditori meo, qui forte Lugdunenſis eſt, vt iudiciũ pro me ſuſcipiat. Is vocatus à me ait ſe huius fori non eſſe, ſe in hoc loco non eſſe cogendũ ſubire iudicium: ſed Lugduni. Quæritur, an hoc loco cogendus ſit iudicium ſubire? Ex his quæ diximus, videtur nõ cogendus: quia actor ſequitur forum rei. Contra eum ago, vt cogatur me defendere, vel vt condemnetur quanti mea intereſt rem à me euictam non eſſe. hæc eſt enim forma agendi. An igitur cogendus ſim cum eo litigare Lugduni? Ego peto ab eo: ille reus eſt. Paulus eo loco ait venditorem emptoris iudicem ſequi ſolere. Quod ait priuilegium, idem intelligere debetis, etſi non vtatur priuilegio, vel etiam ſi non habeat priuilegium. Sed cur mentionem fecit priuilegij? quia ex facto inciderat quæſtio. Rationem ſatis reddit ipſa inſcriptio, ex lib.4. reſpon. Sæpe admonui ad has inſcriptiones diligenter reſpiciendum eſſe: ſecus ſi de edicto vel interpretatione edicti. vel legis alicuius inſcriptum eſſet, niſi per interpretationẽ produci poſſet ad id quod ſcriptum nõ eſt, niſi quatenus id quod ſcriptum eſt, corrigitur aliqua interpretatione: ſed in libris Reſponſorum aliud eſt. Hic igitur proponitur ſpecies vt inciderat, idem itaque dicendum eſt de alia. Oſtendit autem Paulus vſu ac moribus comparatam eſſe, vt venditor emptoris iudicem ſequatur, cum dicit id fieri ſolere. Ratio præterea ita exigit, de qua diximus in leg. nulli. Cod. eod.

Hæc enim continentia ſunt, nec ſine incommodo ſeparari poſſunt, & ratio quoque ſuadet, vt vbi cœptum eſt iudicium ibi finiatur, nec reuocetur emptor ad iudicem venditoris. Eodem pertinet quod dicitur in leg. prim. & 2. Codice vbi in rem act. exerc deb. actionem ſcilicet in rem ſequi poſſeſſorem. Poſſeſſor, ait lex, vocat auctorem ſuum venditorem, *ſon garend*. & petit vt rem defendat, vel ſoluat quanti intereſt emptoris: hanc vocant in foro requeſtam formalem. Ego non dico illi qui vendicat, vt agat contra auctorem meum, id eſt, venditorem. Nam ego poſſideo, & contra poſſeſſorem datur actio illa, ſed ego dico: me velle vocare auctorem meum, nempe eum, qui mihi vendidit. In dict. lege 2. Codice vbi in rem actio. eſt conſtitutio diligenter notanda & obſeruanda, ex qua intelligimus quomodo auctorem ſuum emptor vocare debeat, & quæ ſit ratio agendi in hoc iudicio. Ait enim ſtatim in iudicio nominandum auctorem, id eſt, antequam lis conteſtata fuerit: hæc enim defenſio ex numero earum eſt, quæ declinatoriæ dicuntur, quæque ante litem conteſtatam opponi debent. lege ſed etſi ſuſceperit. 62. ff. hoc tit. & lege vltim. Codice de exceptio. Sed dicet aliquis in ea lege Codice vbi in rem actio exerce. debet. Conſtantinus Impe. loquitur de in rem actione, ergo non poterit qui conuenitur actione in perſonam, auctorem ſuum vocare. Dico in actionibus quoque in perſonam auctorem ſuum quemque poſſe vocare: id expreſſum eſt in Nouel. vt omnes obe. &c. eſt auth. qua in prouincia Cod. vbi de crimi. agi oportet. Exempli gratia, Seruus alicuius, iuſſu domini ſui alienas arbores incidit, cum crederet eas domini ſui eſſe, & is ex lege Aquilia à domino arborum conuenitur: dabitur ei dilatio, vt vocet dominum ſuum, cuius mandatu id fecit. Verum itaq; eſt in actione in perſonam auctorem vocari poſſe, & eandem dilationem ei, qui conuenitur, ad vocandum ſuum auctorem dari. Eſt tamen differentia inter vtramque actionem, quod diligenter notandum eſt. Si conueniatur actione in rem, propter quam emit ab eo quem exiſtimabat dominum eius, & hic vocat auctorem ſuũ, vt ipſe iudicium ſuſcipiat, *& qu'il ſoit mis hors de cour, & de procez*, vt noſtri loquuntur. Si nominatus velit ſuſcipere iudicium. is qui eum nominauit, non cogetur iudicium ſubire. Imo vt iidem noſtri loquuntur, *eſt mis hors de cour & de procez*. In aliis autem actionibus in perſonam non idem accidit: nam is ſeruus, qui incidit arbores alienas iuſſu domini ſui, poteſt quidem ſuum vocare dominum, vt doceatur à domino quomodo ſe defendere debeat: non tamen abſoluetur nec remittetur: nam ipſe eſt qui admiſit damnum, & quæritur de facto ſuo, ex delicto ſuo conuenitur: perſona conuenitur, non eſt res obligata, & ideo neceſſe eſt vt iudicium ipſe ſubeat. At qui conuenitur in rem actione, non ideo dicitur conueniri, quia obligatus ſit: ſed quia rem poſſideat, res ipſa magis videtur conueniri. Vnde qui auctorem ſuum vocat in actione in rem, vt abſoluatur omnino, & iudicium transferatur in auctorem ſuum: quia declinatoria eſt huiuſmodi exceptio, eam ante litem conteſtatam debet opponere ſtatim. Alius, qui in perſonam conuenitur, in quacunque iudicij parte opponere poteſt. verum eſt quidem eum liberari, ſi aduerſarius conſentiat. leg. ſolutionem. 25. ff. de ſolut. Aduerſario autem non conſentiente non liberatur, licet dominus eius nomine iudicium ſuſcipere velit. Notanda eſt igitur diligenter hæc diſtinctio & forma, quæ in dict. leg. ſecund. Cod. vbi in rem act. exerc. traditur. Quæſtio eſt, an quod hic dicimus venditorem cogi ſequi forum emptoris in hac actione, locum habeat ſi res iam iudicata ſit inter emptorem, & petitorem. Magna eſt quæſtio inter eos, qui verſantur in foro. Tractat hanc quæſtionem quidam Imbertus, qui forenſes inſtitutiones ſcripſit. Cum vindicat aliquis à me emptore, pendente eo iudicio antequam res iudicata ſit, dubium non eſt ſi denuntiem auctori meo, quin eodem in foro cogatur is meus auctor iudicium ſubire, ne continentia cauſæ diuidatur. Ponamus autem me denuntiaſſe auctori meo, vt me defendat, & eum non defendiſſe: ſed dixiſſe, *Ie me garderay de meſprendre*, vt ſolet: & tandem lata ſit ſententia inter me emptorem, & dominum rei, & res euicta eſt: deinde ago quanti intereſt mea. Quæritur, an ego cogar ſequi forum rei. Quidam putant idem dicendum eſſe, & deducunt duas leges, quæ tamen ad rem mihi non videntur pertinere. leg. minor. 39. ff de euictionibus. Minor vendidit fundum Titio, Titius Seio eundem vendidit, reſtitutus eſt minor aduerſus vtrunque: nam reſtitutio in rem impetratur. Ablatus eſt fundus à Seio ſecundo emptore, reſtitutione ſiquidem in integrum impetrata omnia reſtituta ſunt. ibi Iuriſconſultus inquit, Seium impetrare debere ab eodem prætore vtilem aduerſus Titium actionem. Ergo inquiunt, apud eundem prætorem litigandum erit, argumento ducto à cõtrario, quod valde infirmum eſt. Præterea lex loquitur de prætore qui iudicem dat, non de iudice cognoſcente, qui iudicabat. Prætores enim non fungebantur eo munere, quo hodie iudices noſtri, ſed potius munere Cancellarij. nihil ergo ad rem pertinet quod adducitur ex illa leg. Adducitur etiam lex cum vendente. 8. C. vbi cauſæ fiſcales. ſed illa lex ius fiſcale, ius ſcilicet ſingulare continet: in fiſci enim cauſis ius ſingulare eſt, quod idcirco non eſt procedendum: nam ſingulari iure conſtitutum, non eſt producendum ad conſequentiam.

IN TIT. II. LIB. V. PANDECT.

CAP. I.
De inofficio. Teſtamento.

IN hac ſecunda parte Digeſtorum, vt iam ſæpe diximus, poſt tractatum generalem de iudiciis ſubiiciuntur ſingulæ actiones ſicuti in prima parte continentur ea quæ iudicicium antecedunt: & quæ ad præparationem iudicij pertinent, quam partem Iuſtinianus vocat τὰ πρῶτα. Poſt titulum generalem de iudiciis, ſingula iudicia, ſequuntur, & ſingulæ actiones, tam in perſonam, quam in rem, & incipit Iuſtinianus ab actionibus in rem, cuiuſmodi eſt petitio hæreditatis, rei vindicatio, & aliæ. Prima eſt petitio hæreditatis, de qua hic dicere inſtituimus. Titulum autem de petitione hæreditatis antecedit titulus de inoffic. teſtamento, quia plerunque accidit, vt hæreditas peti non poſſit, niſi prius reſciſſo teſtamento, per querelam inofficioſi teſtamenti petitio hæreditatis datur hæredi ex teſtamento, vel ab inteſtato aduerſus eum qui poſſidet res hęreditarias, pro hærede: qui enim agit petitione hæreditatis, contendit ſibi delatam eſſe hæreditatem ex teſtamento, vel ab inteſtato, & petit ſe declarari hæredẽ & res hæreditarias ſibi reſtitui. Sed plerunq; neceſſaria eſt querela inofficioſi teſtamenti. Oportet enim prius reſcindere: teſtamentũ tanquam inofficioſum, vt poſſit hæreditas peti. vnde hic tractatur de querela inofficioſi teſtamẽti ante petitionem hæreditatis, id ego apertius veluti quodam huius tractatus argumento declarabo, & quod tractaturus ſum, ſummatim proponam.

CAP. II.
Argumentum huius tractatus.

POnamus filium à patre exhæredatum eſſe teſtamẽto, & eodem teſtamento extraneum hæredem eſſe inſtitutum: filius niſi habeat hanc querelam, quæ dicitur

dicitur inofficioſi teſtamenti, excluderetur omnino ab hæreditate paterna, non poterit petere hæreditatem paternam, actione quæ dicitur petitio hæreditatis. Primum non petet ex teſtamento, quia non eſt hæres inſtitutus teſtamento, ſed extraneus potius. deinde non petet ab inteſtato, quia valet teſtamentum, & locus eſt ſucceſſioni ex teſtamento. l. quandiu. de acquiren. hæred. & le. quandiu. de reg. iu teſtamentum ipſo iure valet. Sic vidents niſi proſpiciatur aliquo remedio extraordinario, filium excludi ab hæreditate paterna, quod iniquum eſt. Introducta eſt igitur hæc quæſtio inofficioſi teſtamenti, qua vtitur filius aduerſus teſtamẽtum patris, in quo exhæredatus eſt, vt teſtamentum tanquam factum contra officium à patre reſcindatur, & eo reſciſſo teſtamento, hæreditatem filius conſequatur per petitionem hæreditatis. Hinc perſpicue intelligitur, cur querela inofficioſi teſtam. introducta, & quam habeat vtilitatem: ex quo etiam apparet contra ius ciuile hanc querelam comparatam eſſe ad reſcindendum teſtamentum, quod ipſo iure valet. Quæri ſolet an hæc querela ſit prætoria an ciuilis. Ego puto ex iuriſdictione prætoria ortam non eſſe, nec ex veteribus legibus, ſed ex conſtitutionibus forte quibuſdam principum. Ex veteribus legibus non eſſe ortam ſatis oſtendit Vlpianus in leg. non putauit. de bono. poſſeſſ. contra tabul. Non putauit prætor exhæredatos ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittendos eſſe. qui nec iure ciuili turbant teſtamentum, ſane querela inofficioſi teſtamenti eis deneganda non eſt. Non eſt igitur querela inofficioſi teſtamenti ex iure ciuili. in leg. inter fideiuſſores. infra de fideiuſſoribus, Epiſtola diui Adriani quæ eſt conſtitutio principis, diſtinguitur ab ipſo iure ciuili, à veteribus legibus. Hinc etiam cognoſci poteſt cur hæc querela inofficioſi teſtamenti dicatur vltimum adiutorium à Iuſtiniano in leg. maximum vitium. Cod. de liber. præter. cum enim nullum aliud remedium, nullum auxilium ſupereſſet filio exhæredato, introducta eſt hæc querela. Solet quæri, vt magis ac magis originem huius querelę intelligamus, an ſit actio, & an diſtinguatur à petitione hæreditatis. variæ ſunt opiniones interpretum. Ego breuiter dicam, quidquid mihi probabilius & verius videtur. Cum filius exhæredatus paterno teſtamento petit hæreditatem, agens petitione hæreditatis, dicit inofficioſum eſſe teſtamentum patris. Hancque affert cauſam petitionis & intẽtionis ſuæ quod immerito exhæredatus ſit à patre, & contra officium pietatis. Non ergo diſtinguitur nec ſeparatur querela inofficioſi teſtamenti à petitione hæreditatis quãuis res diuerſæ ſunt, ſed coniunguntur. Cauſa enim petitionis eſt inofficioſum teſtamentum. Sicut cum inſtitutus eſt hæres teſtamento, vel cum nullo facto teſtamento delata eſt hæreditas ab inteſtato, & petit hæreditatem, hanc affert cauſam petitionis ſuæ, quod hæres inſtitutus ſit teſtamento, vel cum nullum ſit factum teſtamentum, quod ei delata eſt hęreditas ab inteſtato. Sic exhæredatus cum agit petitione hæreditatis, hanc affert cauſam petitionis ſuæ, quia cum filius ſit teſtatoris, indigneque & contra officium pietatis ab eo exhæredatus ſit, petit, reſciſſo teſtamento, ſe declarari hæredem, & ſibi res hæreditarias reſtitui. Non ſunt igitur ſeparanda hæc iudicia, querela ſcilicet inofficioſi teſtamenti, & petitio hæreditatis, ſed ſimul ſunt coniungenda. Intellectu quidem ſeparantur, non re, ſimul certe vtrumque inſtituitur. Huc pertinet quod dicitur in leg. qui de inofficioſo. 20. hic. Eodem pertinet quod dicitur in leg. ſi quis filium. 34. C. eod. hæreditatis petitio inſtituitur, propterea quod teſtamentum inofficioſum eſt, propterea quod filius exhæredatus eſt indigne teſtamento paterno, ſic varia iudicia dicuntur eſſe de petitione hæreditatis. l. diuus. §. vltim. de petit. hæred, hic locus oſtẽdit ea omnia iudicia data eſſe de petitione hęreditatis ex iure ciuili, fideicommiſſariæ hæreditatis petitio, & poſſeſſoria hæreditatis petitio. Si quis enim bonorum poſſeſſionem petat à prætore, agit petitione hæreditatis poſſeſſoria. Si cui relicta ſit hæreditas per fideicommiſſum, agit fideicommiſſoria hæreditatis petitione. Si quis autem indigne à patre exhæredatus ſit, agit petitione hæreditatis, & querela inofficioſi teſtamenti. Ideo dicitur querela inofficioſi teſtamenti, quia is qui petit hæreditatem, quæritur de teſtamento patris, tanquam inofficioſo. Et aliquando dicitur accuſare, veluti in l. poſthumus, quia accuſat tacite impietatem patris ſui: dicitur etiam nonnunquam actio, dubitatur tamen cur dicatur actio. Hoc verbo ſæpe vtuntur Iureconſulti, vt in l. ſecun. hic. & §. pri. de inofficio. teſtam. Inſtit. dicunt agere de inoffic. teſtamento. Sic in l. quemadmodum. 7. dicitur actio. hic quæritur an hæc actio ad hæredem tranſmittatur, quam dicimus querelã inofficioſi teſtamenti. is certe qui agit querela inofficioſi teſtamenti, petit ſe declarari hæredem, quod immerenter à patre exhæredatus ſit. Simile eſt in actione reſciſſoria, de qua diſſeruimus diu & accurate ſub tit. de reſtit. & ſub tit. de mino. quęſtio eſt de remedio reſcindẽte, & remedio reſciſſorio. Prętor reſcindit quod metu, vel dolo geſtum eſt, & dat actionem, remediũ illud quo reſcindit vocant interpretes reſcindens, alterum reſciſſorium appellant. Id ex eo manaſſe diximus, quod olim diſtinctum erat pretoris officium, à iudicis dati officio. Sed quo tempore ipſi pretores cœperunt iudicare, magis quam iudicia conſtituere, hęc remedia non erant ſeparata. Nam prętor ſimul reſcindebat quod metu geſtum erat &, admittebat eum agendum, qui metu coactus erat, quamuis res ipſę ſeparatę eſſent, tamẽ coniungebantur experiendo. Sic dicendum eſt de querela inofficioſi teſtamenti, & petitione hęreditatis. Sed nũquam ſeparata fuerunt hęc iudicia, vt ego exiſtimo, propter cognitionem centumuirorum. Centumuiri enim cognoſcebant de petitione hęreditatis, itaq; petitio hęreditatis dicitur centumuiralis actio. l. vltim. C. de petit. hęredit. Idem centumuiri cognoſcebant etiam de inofficioſo teſtamẽto. Cice. li. 2. de Oratore docet, de quib. cauſis cognoſcerent centumuiri, & adiicit eos de rupto teſtamẽto, vel rato cognouiſſe, Exempla ſunt apud Valerium Maximum li. 7. tit. 8. Apud centum viros quęrebatur an teſtamentum iuſtum eſſet, an inofficioſum, an ruptum, an ratum. Plerũque pronontiabant ratum eſſe aliquando irritũ, & ſimul pronuntiabant de hęreditate, Argumento ſunt huic inſcriptiones variæ capitũ huius tituli de centumuiralibus iudiciis. In le. cum mater 38. Paulus li. ſingulari de centumuiralibus iudic. In l. is cui 31, eadẽ eſt inſcriptio & in l. 7. cur enim Paulus tractaſſet de hac querela in libro de centumuiralibus iudiciis, niſi huius querelę cognitio eſſet centumuirorũ? Diuerſę ſunt tamen inſcriptiones in Pand. Florẽtinis, ſed puto illic erratũ eſſe. hoc pertinet quod dicitur in l. Titia. 13. hic. Centumuirale iudiciũ vocat in ius, in quo quęritur de inofficioſo patris teſtamento, & ſic legitur in hoc ca. in Pand. Floren. ſed erratũ eſt inſcriptionibus: itaque hoc ſit veluti argumentum totius huius tractatus. Iam ſinguli diſtinctius & accuratius explicandi ſunt.

Cap. III.

Ex qua cauſa competat querela inofficioſi teſtamenti.

CAuſa huius querelę eſt exhęredatio, vel pręteritio filij, aut parentis cõtra officiũ patris facta. his pauciſſimis verbis complectimur magnã fere partem huius tituli. Hęc colliguntur ex l. 2. & legibus ſequentibus, hic. & ex tit. Inſt. eo. Ex his locis id ſumpſi quod iam dixi cauſam huius querelæ eſſe exhęredationem, vel pręteritionem. Cũ autẽ dicimus exhęredationem vel præteritionem eſſe cauſam huius querelæ, nos exhæredatio-

nem accipimus à patre factam. Nam ob præteritionem à matre vel ab his qui ex linea paterna ſunt, vel materna, filio præterito non competit querela inofficioſi teſtamenti. Sed ſi filius à patre præteritus ſit, aut nullum eſt teſtamentum, aut reſcinditur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas: quod ſi filius ſit in poteſtate patris, nullum eſt teſtamentum ob præteritionem. l. inter cæteras. infra de lib. & poſthum. rationẽ aliàs adduximus, quia pater creditur filium omiſiſſe per obliuionẽ, cum eius nullam in teſtamento mentionẽ facit. Sed cũ nominatim exhæredat, videtur iuſta cauſa indignatus, eum exhæredaſſe. Huc pertinet quod ſcribit Apuleius in ſecũda ἀπολογίας loquens de muliere quæ excluſit filium ab hæreditate. Reliquit, inquit, ei rem viliſſimam, vt non videretur oblita eum præteriſſe. Si igitur filius à patre præteritus ſit, non datur hæc querela quæ inofficioſi eſt teſtamenti, quoniam vel nullum eſt teſtamentum, vel reſcinditur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi filius emancipatus à patre præteritus ſit. Cauſa igitur huius querelæ eſt exhæredatio patris, non præteritio. Vnde naſcitur quæſtio tractata in lege ſi proponas. 23. hic. vbi diſtinguitur aperte præteritio ab exhæredatione. Si ponamus filium emancipatum præteritum queri de inofficioſo teſtamento patris, non poterit. Sed ſpecies eſt quæ alias circumſtantias habet. Huc pertinet titulus de coniungendis cum emancip. liber. filio emancipato, qui iure ciuili non admittitur ad hæreditatem, tamen vocatur à prætore ex iuriſdictione prætoria, datur bonorum poſſeſſio contra tabulas, & ea bonorum poſſeſſione petita reſcinditur teſtamentũ, quamuis is emancipatus non fuerit in poteſtate. Quod ſi is filium habeat & nepotem teſtatoris, eundemque in poteſtate aui hæredẽ inſtitutum, quia viſum eſt iniquum eum bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, & eum excludere nepotem teſtatoris filium ſuum, ideo cautum eſt edicto Prætoris, vt coniungantur liberi cum patre, qui accepit bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Diuiditur enim inter eos hæreditas paterna. Dimidiam ſiquidem partem accipit filius, aliam dimidiam accipiunt nepotes. Cauſa igitur huius querelæ eſt vel præteritio materna, vel exhæredatio paterna. Si filius præteritus ſit in teſtamento matris, tunc etiam poteſt quæri de inofficioſo teſtamento. Nos dicimus præteritionem matris pro exhæredatione habendam eſſe. §. vlt. de exhæredat. lib. Inſtitut. Non enim propterea nullum eſt matris teſtamentum, quamuis præterierit filium, cum tamen nullum ſit, cum filius qui in poteſtate patris eſt, præteritus eſt à patre. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. ſi inſtituta. hic. Sed cur hæc præteritio materna habetur pro exhæredatione? Rationem adduxi ſub tit. de lib. & poſthum. dixi ea iuris parte, qua requiritur inſtitutio, vel exhæredatio, vt valeat teſtamentum, proſpectum eſſe ſuis hæredibus tantum. leg. inter cætera. de liber. & poſthum ita vt hoc ad emancipatum non pertineat. Sui dicuntur quaſi domini hæreditatis paternæ, quibus quaſi ſuo iure hæreditas debetur. leg. in ſuis. infra de liber. & poſthum. hęc Inſtitut. hoc ſatis perſpicuum eſt ad matris teſtamentum non pertinere. Nam mater liberos non habet in poteſtate. Nec poteſt quiſquam ſuus dici, ſi in poteſtate non ſit. Perinde igitur valet teſtamentum in quo præteritus eſt filius à matre, ac ſi exhæredatus nominatim eſſet. Mater nuntium accepit de morte filij: (in bello forte erat) inſtituit extraneum hæredem, filius reuerſus de inofficioſo matris teſtamento queri poteſt, quia à matre ſua pręteritus eſt. Exemplũ huius rei extat in leg. ſequen. Quę ſequũtur in eo cap. aliquid difficultatis habent, ſed alio in loco à nobis explicabũtur, Deo iuuante. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. cum filiũ. 15. Cod. eod. titul. Idem dicendum eſt & ſi filius pręterierit matrem, vt dicitur in le. cum filium. Nam hæc querela inofficioſi teſtamẽti competit, etiã ſi filius exhęredauerit patrem vel matrem. Idque nos poſtea dicemus. pręteritio matris habetur pro exhęredatione: dicimus ſi præterierit filium mater: quid dicemus ſi filius pręterierit matrem? nullus eſt alius locus in iure ciuili qui id explicet quam iſte. Idem conſtitutum eſt de filio prætereunte matrem, quod de matre prętereunte filium ſuum. Et aliquando, quod maius eſt, pręteritio matris habetur pro inſtitutione. Vnus caſus eſt in lege 3. Cod. eod. titul. Mater tres habet filios, ex his duos inſtituit, tertium pręteriit in teſtamento ſuo, quem tanquam poſthumum ſuſcepit facto teſtamento, non tamen ob id mutauit teſtamentum ſuum, ita vt præteritus reperiatur in eo teſtamento: quæritur quomodo huic poſthumo ſuccurratur: nam poſthumus etiam dicitur qui poſt factũ teſtamentum natus eſt. l. 3. de iniuſto rupto teſtamen. an dabitur ei querela inofficioſi teſtamẽti? Hic diſtinguit Antoninus Imperator, & ait, intelligendam eſſe voluntatem matris teſtatricis ex coniecturis. Mater facto teſtamento, & poſt teſtamentum ſuſcepto filio ſatis habuit temporis ad mutandum teſtamentum, & inſtituendum filium quem poſtea ſuſceperat: tunc ergo non ſuccedet filius niſi per querelam inofficioſi teſtamenti. Hæc ſane pręteritio matris iuſtã habet cauſam exhæredationis, ſed ponamus matrẽ poſt factum teſtamentum deceſſiſſe in puerperio, & nõ potuiſſe teſtamentum ſuum mutare, hic quæritur quomodo ſuccurratur huic poſthumo aduerſus teſtamentum matris, quomodo poterit ad ſucceſſionem matris aſpirare? Hoc eſt admirabile, quod præteritio matris hic habeatur pro inſtitutione, ex coniectura maternæ pietatis, vt credibile ſit matrem, ſi licuiſſet ei mutare teſtamentum ſuſcepto iam filio, de quo non cogitauerat tempore facti teſtamenti, eum hæredem inſtituturam eſſe. Dicitur ergo inſtitutus, & habetur hic filius pro inſtituto, ex coniectura maternæ voluntatis, ſicut diximus id pro expreſſo habendum eſſe, non tantum de quo cogitauit legiſlator, ſed quod reſponſurus eſſet, ſi interrogatus eſſet. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. Lucius. §. Titius. infr. de liber. agnoſcẽd. eſt locus cõmunis de voluntate matris notatu digniſſimus. Diximus igitur querelam inofficioſi teſtamenti competere ptopter exhæredationem patris, vel propter præteritionem matris, ſi pater exhæredauerit filium ſuum, vel mater præterierit teſtamẽto ſuo. Nam præteritio matris vim exhęredationis habet; ne reſcindatur teſtamentum, vt iam ſæpe diximus, propter præteritionem. Adiecimus præteritionem matris non tantum haberi pro exhæredatione, verum etiam interdum pro inſtitutione. In qui præteritus eſt matris teſtamento, plerumque habetur pro inſtituto etiam ſine querela inofficioſi teſtamenti. l. ſi mater. 3. Cod. eod. exemplum tale eſt: Cum mater duos filios inſtituiſſet, facto teſtamento alium ſuſcepit, non potuit inſtituere hæredem mutato teſtamento, quia deceſſit in puerperio. Hic dicitur filium, qui natus eſt poſt factum matris teſtamentum, perinde haberi ac ſi inſtitutus in eodem teſtamento eſſet, atque ideo petere poſſe hæreditatem ex teſtamento. Duo in ea ſpecie inſpicienda eſſe diximus, voluntatem matris, & fauorem teſtamenti. coniectura vera voluntatis ex eo inſpicitur, quod mater proponatur inſtituiſſe duos filios, quos habebat tempore facti teſtamenti, & facto iam teſtamẽto aliũ peperiſſe: ex eo quod illos duos filios quos habebat, inſtituit, credibile eſt eius fuiſſe eandẽ mentẽ & voluntatem, de eo qui poſtea naſciturus eſt: ſi de eo cogitatũ ab ea fuiſſet: quem ſuſcepit facto teſtamento, idẽ dicturam eſſe. Vnde dicimus ex cõiectura maternæ voluntatis, hunc hæredem inſtutum eſſe. Huiuſmodi exempla pleraque occurrũt, veluti in l. Lucius. §. Titius. de liber.

liber.& poſthum. Si quis inſtituerit partum qui erat in vtero vxoris, hæc inſtitutio porrigitur ad partum iam editum, quem tamen ignorabat iam editum eſſe teſtator. Imo etiam in contractibus ipſis hoc locum habet, quamuis teſtamenta nos plenius & fauorabilius interpretemur, quam contractus. Exemplum eſt in leg. tala pactum. §. vltim. de pact. Si quis dederit dotem filiæ ſuæ, & pactus ſit, ea pactio pertinet ad filios quos habuit præter ſpem hæredes. Secunda cõiectura eſt, quia proponitur deceſſiſſe in puerperio & teſtamẽtum mutare non potuiſſe. Hic certe negligẽtia non poteſt imputari matri, cur non inſtituerit filium. nã ea cogitare non potuit de eo inſtituendo, quem in priore teſtamẽto præteriiſſe dicitur. Sed hic obiicitur à quibuſdam, quod mulier in hac ſpecie potuit partum, qui erat in vtero, inſtituere. Ergo credibile eſt, eam noluiſſe eum ſibi hæredem fore. Nam non minus licet nobis inſtituere poſthumum naſciturum, quam eos qui iam nati ſunt, quamuis id aliqui negent, quia non poſſunt aliter hoc obiectum diluere. Sed certum eſt poſthumũ poſſe hæredem inſtitui, vt ex multis legibus colligitur tituli de liberis & poſthumis hæredibus inſtituendis. Quid ergo aſt quod hic diſtinguuntur duo caſus? Videtur inepta eſſe hæc diſtinctio. Sed quod hic diximus diſtinguendum eſſe, an mater mutare teſtamentum potuerit, an non potuerit ratione non caret. Et quod obiicitur matrem potuiſſe heredem poſthumum inſtituere, ad rem non pertinet. Non enim quæritur an potuarit poſthumum hæredem inſtituere, ſed an potuerit filium iam natum inſtituere. Et cum quæritur da voluntate matris, alia eſt cauſa poſthumi, alia eius qui iam natus eſt, quia antequam pepererit, forte dubitat mulier an ſit paritura, & quid, quot, an marem, an fœminam, an vnũ, an plures. In hac incertitudina mater abſtinet à teſtamento faciẽdo: expectat enim euentũ partus qui naſcetur, nõ quod nolit eum ſibi hæredem eſſe qui naſcetur, ſed quia expectat vt dixi, euentum. Sic videtis ex eo non poſſe contrariam voluntatem matris colligi, quod potuerit poſthumum hæredem inſtituere. Ergo hi caſus ita diſtinguendi ſunt, vt priorem caſum intelligamus, cum mulier iam nato filio potuit mutare teſtamentum, alterum vero caſum, cum ſuſcepto iam filio non potuit mutare teſtamantum. Cum enim ponimus iam natum eſſa filium, non potuit dubitara an natus ſit mas, an fœmina, & quot ex eo nati ſint partu.

Ex his igitur quæ diximus illud conſequitur, ſi contraria matris voluntas probetur, in hac ſpecie, da qua diſſerimus, tunc locum eſſe querelę inofficioſi teſtamẽti, & eum, qui præteritus eſt à matre, non habendum eſſe pro inſtituto. hæc conſtitutio imperatoria nititur coniectura voluntatis. Et in his quæ incerta ſunt, locus eſt coniecturis. Quoties vero apparet voluntas certa & manifeſta teſtatoris, nunquam amplius eſt locus coniecturæ. le. continuus. §. cum ita. de verborum obligation. Idem dicendum eſt in omnibus aliis facti quæſtionibus. Exempli gratia, ſi mulier in puerperio admonita ſit, vt inſtitueret partum, vel iam natum, vel qui breui naſciturus eſſet, & dixerit ſibi curæ non eſſe, nec velle mutare teſtamentum, tunc dubium non eſt, quin hic filius præteritus pro exhæredato habeatur, & locus ſit querelæ inofficioſi teſtamenti. Ergo contra hanc præſumptionem & coniecturam probatio contrariæ voluntatis admittitur. Præterea dixi in hac ſpecie ſuadere fauorem teſtamenti materni, ne teſtamentum matris rumpatur per querelam inofficioſi teſtamanti. Fauor enim teſtamenti ſuadet, vt has coniecturas potius ſequamur in hac ſpecie. Itaque quod hic dicimus, in teſtamento paterno locum non haberet. Conſtitutio noſtra intelliganda eſt de matre. Propoſitum enim eſt matrem teſtamentum feciſſe, & ſecũdum id quod propoſitum ei fuit, reſcripſit Imperator. Rationem vtriuſque præteritionis & paternæ & maternæ docui ſupra, & cur pręteritio materna pro exhæredatione habeatur non paterna, idem eſt de inſtitutione. Nã ſicut præteritio materna habetur aliquando pro exhęredatione, non ita habetur præteritio patris pro inſtitutione. Ex his intelligitis quid reſpondendum ſit ad id quod alij adducunt ex §. poſthumis de inoffic. teſtamento, in Inſtitutio. Teſtamentum rumpitur agnatione poſthumi, quare ergo hic habetur pro inſtituto? Sed id intelligendum eſt, de teſtamento paterno, ſi poſthumus natus ſit, qui futurus erat in patris poteſtate. titu. de liber. & poſthumis hæredibus inſtituend. Ex his quæ dicta ſunt, intelligitis cauſam huius querelæ inofficioſi taſtamanti, de qua loquimur eſſe exhęredationem vel præteritionem: Addendum eſt exhęredationem contra officium pietatis factam eſſe oportere, vt competat hęc querela inofficioſi teſtamenti. l. 4. hic. cum nulla iuſta cauſa fuit filium excludendi ab hereditate. Nam ſi fuerit ingratus in parentes, vt ideo ab eis exhęredatus, vel pręteritus ſit, tunc ceſſat inofficioſi teſtamenti querela, quia tunc pater nihil facit alienum ab officio pietatis, cum filium ingratum & male de ſe meritum repellit ab hereditate ſua. Hinc varię ſpecies tractantur de cauſa exhæredationis ſub titulo eodem Codicis, vbi quęritur an ſit iuſta cauſa exhęredandi an non ſit, veluti in leg. Cum te 18. Ante nouellam Conſtitutionem Iuſtiniani, quæ eſt 115. cauſę propter quas filius poterat exhęredari, nondum ſatis expreſſę erant & diffinitę, & plerunque de his cauſis oriebatur quęſtio, & dubitatio. Iuſtinianus eas omnes cauſas expreſſit & definiuit ſua conſtitutione. Vnde hic quærebatur: filia ſuadente patre noluit diuertere à marito ſuo: nam licet diuortium permiſſum ſit legibus, & liceat coniugi à coniuge diuertere ſiue ſit maritus, ſiua vxor, id tamen nunquam honeſtum fuit habitum, imo fœdum & turpe. ideo ſi ea re offenſus pater filiam exhæredauerit, tamen filia querelam inofficioſi teſtamenti habebit. Simile exemplum eſt in leg. filia 20. & in leg. teſtamenti. 23. Cod. eod. Vna eſt iuſta cauſa & legitima ſi prohibuerit matrem vel patram teſtari, & poſtea teſtatus fuerit, ob eamque cauſam exhęredauerit, iuſta eſt cauſa eum exhæredandi. Et hæc cauſa refertur à Iuſtiniano in d. Nouel. Iuſtiniani. §. aliud. Exemplum eſt in leg. ſi filiam. Iuſta eſt exhæredandi cauſa turpitudo vitæ, & refertur in dict. Nouella cõſtitutione. Additur & altera: ſi nupſarit filia ſine conſenſu patris. Additur exceptio, ſi filiafamilias poſt 25. annum peccauerit, quam pater neglexerit tandiu in matrimonium collocare. Hic tamen quęri ſolet, an hoc caſu ſecũdum ius canonicum exhęredari debeat, quo iure fere vtimur, vbi de matrimonio agitur. Ego hãc quæſtionẽ explicaui ſub tit. da ritu nuptiarum. Quod ad ius ciuile attinet, & veteres canones Gratiani, nõ potaſt nubera filia, vel filius vxorẽ ducere, ſine conſenſu patris. Vulgo enim receptũ eſt, non poſſe diſſolui matrimonium, & ſi inuito patra contractũ ſit. Sed quæritur, an ſaltẽ in his caſibus pater filiũ exhæredara poſſit. Quidam dicũt non licere, quia id permittit ius canonicũ, & adducunt illud vulgare: Quod ſit permittente l. pœnam non meretur. ſed contrariam ſententiam defendi cũ ſanioribus. Ius enim Pontificiũ non adimit facultatem exhæredandi filij, ius canonicum vult ratum manere matrimonium, ne maius inde ſcandalũ oriatur. Nec nouum eſt multa facta rata eſſe, quæ tamen fieri prohibentur, etiam in iure canonico. Exemplum eſt in cano. aliter. 30. quæſt. 5. Vetat ille canon contrahi matrimonium ſine ſolennitatibus, aliter tamen contractum matrimonium valet, & liberi ex eo matrimonio ſuſcepti legitimi ſunt. Puniuntur tamen, qui contra legem

aliquid admiſerunt,& excommunicantur. Cur idem hic nõ dicemus, vt quamuis ratum maneat matrimonium, quod inuito patre contractum eſt, nihilominus poſſit puniri filius pœna legitima, qui ſine cõſenſu patris matrimonium contraxit? Itaque hæc ſententia nec repugnat rationi, nec æquitati, vt facile apparet.

Ex his tamen quæ diximus naſcitur quæſtio, vtri incumbat probatio an hæredi ſcripto in teſtamento, an vero filio, cum quæritur de cauſa exhæredationis, cum quæritur de ingratitudine filij in patrem. hæc quæſtio tractatur in leg. liberi. 28 Onus probandi incumbit filio, vt non aliter audiatur filius ad querelam inofficioſi teſtamenti petendam, quam ſi docuerit ſe immerentem, & indigne præteritum eſſe, niſi malit hæres probare eum indigne non eſſe exhæredatum. leg. 3. & 5. hic. ſed huic iuri derogatum eſt noua conſtitutione Iuſtiniani 115. Statuit Iuſtinianus ea conſtitutione vt hæres cauſam ingratitudinis, & exhæredationis probet, & niſi eam probauerit, obtineat filius in querela inofficioſi teſtamenti. An autem dict. lex omnimodo contraria ſit huic legi, nos poſtea videbimus. ſed certum eſt nouellam Iuſtiniani derogare huic legi, & onus probationis omnino in hæredem transfire. ſed omnes cauſæ propter quas exhæredari poteſt filius à patre, vel pater à filio, ſunt expreſſæ à Iuſtiniano in nouella 115. Hac igitur cõſtitutione derogat Iuſtinianus iuri antiquo, cum illo iure antiquo cauſæ expreſſæ non eſſent: certo iure eas ea conſtitutione definiuit, deinde addidit vt pater exhæredans filium teſtamento ſuo, aliquam ex his cauſis exprimat. Deinde ſi dubium ſit in iudicio an ea cauſa expreſſa, ſit vera an nõ, vult onus probationis incumbere hæredi, alias autem vult irritum eſſe teſtamentũ, vt vulgo creditur. Atq; ita ſcripſit Iureconſultus in authẽtica, ex cauſa. C. de liberis præteritis. Vult irritum eſſe teſtamentum, niſi obſeruata fuerint ea de quibus diximus. Hinc naſcitur magna & difficilis quæſtio, & maxime agitata inter omnes iuris interpretes, an querela inofficioſi teſtamenti ſublata ſit per eam conſtitutionem Iuſtiniani. Quidam volunt probare ſublatam eſſe omnino, argumento ab enumeratione partium. Aut cauſa incerta eſt, aut certa. Si certa ſit, non rumpitur teſtamẽtum. ſi incerta cauſa eſt, & iniuſta eſt, & nõ eſt ex cauſis enumeratis à Iuſtiniano, non valet teſtamentum. Si iuſta eſt, & certa, & ea eſt ex cauſis enumeratis à Iuſtiniano, aut probatur, & tunc valet teſtamentum, aut non probatur ab hærede, & non valet. Alij dicunt poſſe aliquo caſu locum eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, in quo quæritur an vera ſit ea cauſa, an non ſit. Sed omnis quæſtio pendet ex interpretatione conſtitutionis nouellæ Iuſtiniani, in ea parte, in qua dicitur teſtamentum irritum eſſe vel reſcindi, vel nullam vim habere, vtitur verbis Græcis. In vno loco ait (duo enim loci ſunt in quibus de reſciſſo vel irrito tractatur teſtamento) irritũ vel infirmatum teſtamentum. In alio loco dicit ſubuerſo, id eſt reſciſſo teſtamento, idque poſſet intelligi per querelam inofficioſi teſtamenti. Sed ſubiicit ſe velle nullam vim habere teſtamentum. Quæſtio pẽdet ex interpretatione horum verborum. Ego puto locum eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti ſecundum Iuſtiniani cõſtitutionem, ſiue cauſa expreſſa ſit teſtamento, ſiue non ſit. Docet Iuſtinianus in hac conſtitutione quid præſtãdũ ſit ab hęrede, vt ſit ſuperior in querela inofficioſi teſtamenti. De querela inofficioſi teſtamenti abroganda, aut tollenda nihil conſtituit. Vult in primis Iuſtinianus cauſam exhæredationis exprimi à teſtatore, eamque iuſtam, & vnam ex cauſis à ſe enumeratis. Vult eam cauſam probari ab hærede, & niſi eam hæres probauerit, vult reſcindi teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. Si omnia hæc obſeruata fuerint, vincet hæres. Olim vincebat hæres, & ſi hæc obſeruata non fuiſſent, cauſæ non erant definitæ: deinde non cogebatur probare hæres, deinde etiam neceſſe erat teſtatorem vnam ex his cauſis exprimere teſtamento ſuo. Vnum adducam ad hanc ſententiam meam confirmandam, ſi hæc obſeruata fuerint, id eſt, ſi cauſa expreſſa ſit teſtamento, & probata ab hæredibus. Si hæc obſeruata non fuerint, hoc referendum eſt ad ſuperiora, id eſt, ſi neque cauſa expreſſa ſit teſtamento, neque probata ab hærede, quomodo poſſet aliter intelligi? Poſt probationem enim non quæritur an competat querela an non, nam probatio non recipitur niſi lite iam conteſtata. Non ideo id ita accipiendum eſt, vt poſſit querela inofficioſi agi ſi cauſa expreſſa non ſit, nec probata ab hærede.

Cap. IIII.

Cui & aduerſus quem detur querela inofficioſi teſtamenti.

VLpianus noſter in leg 1. hic. omnibus tam parẽtibus, quàm liberis competere ait, præterea cognatis quibuſdam. Querela igitur inofficioſi teſtamenti datur primum liberis, deinde parentibus, poſtremo quibuſdam etiam cognatis, ſiue pater filium exhæredauerit immeritum, ſiue filius patrem, alteri aduerſus alterum datur querela inofficioſi teſtamenti. Vterque enim receſſiſſe dicitur ab officio pietatis. Si frater fratrem exhæredauerit immerentem, alteri aduerſus alterius teſtamentum datur etiam querela inofficioſi teſtamenti. Parentes generaliter excipiuntur, & intelliguntur omnes aſcendentes ſurſumverſus in infinitum. Liberi autem vocantur omnes deſcendentes in infinitum. leg. 4. ſupra de in ius vocan. & leg. liberorum. de verb. ſignific. Cognatio nomen generis eſt & ſpeciei. Cognati dicuntur vno ſenſu omnes qui ſanguine cõiuncti ſunt, altero ſenſu dicuntur qui coniunguntur ex latere tantum, & ſpecialius diſtinguuntur agnati & cognati. Agnati dicuntur quibus familiæ alicuius nomẽ commune eſt. Cognati dicuntur, qui coniunguntur per fœmini ſexus perſonas: nam fœminæ familiæ nomen non retinent. Sed nobis viſum eſt commodius cognationis lineas, & gradus cognationis hic explicare, tametſi extra rem eſſe quodammodo videatur, è re tamen futurum eſt, & plurimum vtilitatis allaturum rudioribus præſertim. Ego ideo lubentius ſuſcepi hoc conſilium, ſuaſit vtilitas huius rei propter hæreditates, tutelas, matrimonia & alia huiuſmodi. Sequor autem hic methodum & viam veterum Iureconſultorum, eorumque ſimplicitatem in hac re explicanda hic imitaturus ſum quatenus fieri poterit. Hodie certe vir eruditus, & methodicus vna vocula plenius & efficacius obſcuriſſima & difficillima quæque docebit, quam barbari doctores ſuperioris ſæculi infinitis cõmentationibus ſuis. Huius rei hic ſpero me fidem facturum eſſe. Barbari certe hic comminiſcuntur infinitas regulas quibus nihil eſt ineptius ad docendum, & ſi conueniat inter nos de computatione graduum. Sed nemo eſt qui rationem eius doctrinę percipere poſſit, hic mos eſt ſophiſtarum, & barbarorum, vt non addant lucem rebus obſcuris, ſed clariſſima quæque obſcurent commentationibus ſuis.

Cap. V.

De computatione graduum.

IN primis animadaertẽdum eſt, vt via & ratione procedat diſputatio noſtra, triplicẽ eſſe ordinẽ cognatorum, vt nos cognationem generaliter accipimus. Caius in l. prim. de gradibus eam ita diuidit, & Iuſtinianus in Inſtitut. titul. de gradibus, in initio. Theophilus aliquãto fuſius, & dilucidius hanc diſtinctionem explicat.

Alij

Alij ſunt aſcendentes; alij ſunt deſcendentes, alij ex tranſuerſo coniuncti ſunt. Aſcendantes, inquit Theophilus in titu. de legitim. agnat. ſucceſſ. dicuntur qui nos genuerunt, vt pater, auus, &c. Deſcendentes dicũtur, qui ex nobis naſcuntur, vt filius, nepos, pronepos &c. Cognati ſpeciali quadam ſignificatione dicuntur hi qui coniunguntur à latere, id eſt, qui neque nos genuerunt, neque à nobis geniti ſunt: vt frater, patruus, conſobrinus & alij huiuſmodi. Si quæratur cur frater coniunctus ſanguine dicatur, non reſpõdebimus, quia me genuit, aut quia à me genitus eſt, ſed ideo mihi coniunctus dicitur, quia communem parentem habemus. Et horum duo ſunt genera, quidam ſunt cognati, quidam ſunt agnati. In primis igitur tenanda aſt hæc diuiſio cognationis, de qua diximus, hincque eſt incipienda computatio noſtra, de ratione enumerandi gradus cognationum. Si quis velit oſtendere, aut intelligere quoto gradu quis diſtet à cognato aliquo ſuo, facienda aſt deſcriptio quædam totius cognationis: quæ ſit cognatio, ego iam dixi, & triplicem eſſe ordinem cognatorum. Supra eum, de cuius cognatione quæritur, conſtituendus eſt pater, auus & alij aſcendentes, à quibus genitus eſt. Infra eum, de cuius cognatione quęritur, conſtituendi ſunt deſcendentes, veluti filius, nepos, & cæteri in recta linea, à latere autem deſcribi debent lineæ quæ pendent ex ſuperiori limite, quæ ex auo pendent deſcendentes debent conſtitui in linea, quæ ax auo pendeat. l. Stemmata. infra de gradibus. Qui deſcendunt à patre, dicuntur mihi coniuncti eſſe ex latere, id eſt, ex tranſuerſo facienda eſt deſcriptio totius cognationis, vt diximus. Fratrem meũ ponam in linea, quæ pendet ex patre, conſobrinum patruelem ponam in linea quæ pendet ex auo, facta hac deſcriptione incipiẽda eſt computatio & enumeratio ab eo de cuius cognatione quæritur. ſemper enim aliquem fingimus, de cuius cognatione quæritur. Quæritur enim an alicui hæreditas delata ſit, an tutela ſit, an matrimonio cõiungi cum alio poſſit, eſt igitur ſemper aliquis de cuius cognatione quæritur. Hæc eſt regula tradita à veteribus Iureconſultis, in l. Iuriſconſulto. de grad. non ab Accurſianis doctoribus, non à barbaris, non à ſophiſtis. Eſt vtilis & etiam facilis regula, qua poſſumus commode & ſine vlla difficultate peruenire ad cognitionem cuiuſque cognationis. Incipiendum eſt, inquit, ab eo de cuius cognationa quæritur: Quæritur quoto gradu diſtet Mæuius à Seio defuncto, vt intelligamus an ab inteſtato eius hæreditatẽ petere poſſit. Hic de cuius cognatione quæritur, nullam propriã appellationem habet, ſed tota cognatio deſcripta in tabula ad eum refertur, neque dicitur pater neq filius, à barbaris dicitur Petrucius, per me licet vt Petrucius dicatur. Incipiendum ergo eſt ab eo qui fingendus eſt medius inter has cognationes quo progredimur. Nos progredimur computando omnes generationes. Generatio eſt gradus, gradus qui generãt, ij progredi quodammodo dicuntur ſobolem propagando. Alij requirunt definitionem gradus qui oſtendunt ineptiã ſuam. Eſt enim hic metaphora. Mirum eſt quod barbari non addiderint pedes his gradibus, quemadmodum veſtitum dixerint pactum, cum reperirent nudum pactum appellari. In Digeſtis hæ ſont ineptiæ barbarorũ. Generationum autem computatio non eſt difficilis. Titius genuit Mæuium, Mæuius genuit Seium, in limite recto ſuperiores & inferiores ordines aſcendentium, & deſcendentium ſtatuendi ſunt, nihil expeditius eſt: progrediendum eſt ab eo de cuius cognatione quæritur. Quæritur enim quoto gradu diſtet Titius à proximo ſuo. Et is de cuius cognatione quæritur, cum proximo ſuo generationem facit. Generatio enim cõſtat ex duabus perſonis, ex perſona generante & perſona generata. Cum autem dicimus gradum, intelligimus generationẽ vnam. Ergo is de cuius cognatione quæritur, cum eo qui proximus eſt, veluti cũ patre ſuo dicũtur vnam generationem efficere. Ideo diſtat Titius à patre ſuo, vno gradu, ab auo ſuo duobus gradibus: & ſic de ſingulis dicendum, ſurſum verſus aſcendendo in infinitum. Nam vnaquæque perſona quæ generata eſt, adiecta faciet vnum gradum. Vulgaris ſimilitudo mihi videtur, nec mala nec inepta eſſe de ratione conſtituendarum feneſtrarum. Si quis velit feneſtram conficere duabus columnis opus eſt, & tamen ſi quis duas feneſtras valit facere, ſufficiet vnam trabem adiicere. Videtur tamen cum duabus trabibus opus ſit in vna feneſtra conficianda, quatuor opus eſſe in conficiendis duabus feneſtris. Sed nõ ita eſt, vna traba media ſeruit duabus feneſtris. Idem de cognatione dicendum eſt. In linea enim inferiori, ſi quis quærat quoto gradu diſtet is de cuius cognatione quæritur, à nepote incipienda aſt cõputatio ab eo, de cuius cognatione quæritur. Videndum eſt quis proximus ei ſit: filius ei proximus eſt, & filius cum eo vnum gradum facit, adiectus nepos facit ſecundum gradum, pronepos tertium: is igitur à nepote diſtat tribus gradibus, nihil poteſt dilucidius demonſtrari. Accedentibus ſingulis creſcit numerus. Hoc eſt vnaquæque perſona generata adiecta facit gradum. Videamus de linea tranſuerſali: & computandæ ſunt generationes, ſicut in limite directo gradum pro generatione accipimus in ima linea. Cum quæritur, quoto gradu diſtet is de cuius cognatione quæritur, à patruo vel conſobrino, computandæ ſunt generationes. Sed dicet aliquis, quomodo computabimus generationes? generatio quidem reperitur in linea ſuperiori & inferiori aſcendentium, & deſcendentium. Nam is de cuius cognatione quæritur, genitus eſt à patre, vel genuit filium ſuum, ſed frater non genuit fratrem. Quid ergo eſt quod dicimus gradum nihil aliud eſſe quam generationem? Aliam regulã tradit Paulus in l. Iureconſultus. in linea tranſuerſa, & nihil aliud quærendum eſt. Idem quod iam diximus faciendũ eſt, id eſt, incipiendum eſt ab eo de cuius cognatione quæritur. Sic nodus hic expeditur, & diluitur, quod à nobis adiectum eſt diſputando de generatione. alias nõ poſſemus reperire generationes. Alius locus eſt eiuſdem Pauli in eodem capite. Dixi fratres ideo coniunctos dici quod communem parentem habeant, ideo vidẽdum eſt quænam perſona ſit propter quam fratres dicuntur coniũcti, éſtque pater. Auus autem eſt propter quem patrueles conſobrini dicuntur cõiuncti. Exempli gratia, quæritur quoto gradu diſtet frater à fratre. Computandæ ſunt generationes: prima generatio eſt patris & filij. Aſcendendum eſt ab eo de cuius cognatione quæritur ad patrem, deinde deſcendendum erit ad fratrem. (Tabulam enim præſumo deſcriptam eſſe, ſicut deſcribendam diximus) ſic frater à fratre diſtat duobus gradibus. Ponamus aliud exemplum de conſobrino patrueli. Conſobrinus patruelis ideo coniunctus dicitur, quod communem habeant originem, id eſt, communem habeãt auum. Ergo ab eo de cuius cognatione quæritur, aſcendendum erit ad auum. Titius pater eum genuit, auus genuit patrem, & facit aliã generationem: Iam duo ſunt gradus, iam flectendum eſt ad fratrem aui, qui genuit conſobrinum illum, & hic reperitur alia generatio, & iã tertius erit gradus: à patruo enim veniendum eſt ad filium patrui: éſtque alia generatio, & quartus gradus. Is ergo de cuius cognatione quæritur à conſobrino patrueli diſtat quatuor gradibus. Hæc exempla rem ſatis illuſtrant, niſi fallor, hæc eſt vera ratio enumerandorum graduum. Supereſt explicemus rationem computandi, ſecundum ius pontificium. vulgo enim dicitur pontifices & pontificios

ex duobus gradibus vnum efficere. Magnum eſt miraculum ex duobus hominibus vnum hominem efficere, quos ponimus in ſecundo gradu, illi ponunt in primo: ſed quomodo hoc fieri poteſt? Eſt vulgatiſſimus canon, §. ad ſedem. 35. q. 5. vbi dicitur fratrem in primo gradu, & conſobrinum in ſecundo gradu eſſe. Hoc videtur euertere rationem omnem computandi, quæ à nobis tradita eſt. Ego ſcripſi ſatis clare & aperte hac de re quid ſentiam, ſub titul. de rit. nupt. in commentario noſtro ſolut. matri. Et ego admonui pontificios videri aliquanto rectius ſenſiſſe quam elocuti ſint in can. ad ſedem, propter caliginem illius ſæculi: hæc certe hauſerunt ex barbarorũ cõmẽtariis. Sed ſi quis ciuiliter, & ſine cauillatione, quod ab eis ſcriptũ ait, velit interpretari, deprehendet nobis conuenire, cũ illis canoniſtis, nec in ratione computãdi quicquam intereſſe inter veteres Iureconſultos & pontificios. In iure ſiquidam põtificio quærimus de gradibus cognationum propter nuptias cõtrahendas, propter matrimonia, quia nuptiæ in certis tantum gradibus permiſſæ ſunt, nec tam quæritur quot gradibus diſtent Titius & Mæuius, de quorum nuptiis agitur, quam quot gradibus diſtent à communi parente, propter quem coniuncti dicuntur, propter cuius parentis reuerentiam matrimonium inter eos prohibetur. Soror & frater communem parentem habent, & dicitur vtrunque diſtare à patre vno gradu, non inter ſe: nám inter vtrumque & patrem vnus tantum gradus reperitur, ſed inter ſe diſtant duobus gradibus. Sic conſobrinus. & is de cuius cognatione quæritur, à communi parente ſcilicet auo diſtant duob. gradibus. Sic eodem recident Ius canonicum & ciuile: nec Vlp. nec Paul. nec Caius negaſſent conſobrinum ab eo, de cuius cognatione quæritur, diſtare duobus gradibus reſpectu eius qui origo cognationis dicitur, ſcilicet aui. Nec etiam pontificij negaſſent conſobrinum, & eum de cuius cognatione quæritur, inter ſe diſtare quatuor gradibus. Sed obiicitur nobis regula ex cap. vltim. de conſanguinit. vbi dicitur, quoto gradu diſtant aliqui à communi ſtipite, tanto diſtant inter ſe, quaſi nihil referat an computemus diſtantiam quæ inter eos eſt inuicem, an vero diſtantiã, quæ inter eos eſt reſpectu communis parẽtis & originis. Sed ea regula fictionis cauſa introducta eſt, quod homines imperiti aſſequi non potuerunt.

Diximus igitur querelam inofficioſi teſtamẽti competere non tantum liberis, ſed etiam parentibus, & præterea quibuſdam cognatis certis, de cognationis gradibus diximus, & quomodo computatio graduum faciẽdã ſit, & quomodo ſinguli gradus cognationis diſtingui debeant. Nunc ſeparatim & diſtincte de ſingulis videndum eſt, ac primum de liberis dicendum eſt.

Cap. VI.

De liberis quibus competit querela inoffic.

PRæcipua cauſa eſt liberorum in querela inofficioſi teſtamenti. vt Iuſtinianus ait in Inſtitutionibus cod. titul. §. 1. & Vlpianus in l. 1 huius tit. Liberos autem, vt à nobis dictum eſt: intelligimus omnes deſcendentes in infinitũ, nepotes pronepotes, abnepotes & ceteros huiuſmodi. Appellatione liberorũ hi omnes cõtinentur. l. liberorum. inf. de verbo. ſignific. Liberos hic intelligimus etiã emancipatos, ad exemplum bonorũ poſſeſſionis contra tabulas. Bonorum poſſeſſio contra tabulas, data fuit emancipato, vt reſcindatur teſtamentum, in quo præteritus eſt à patre ſuo leg. 1. de bon. poſſeſſ. contra tabul. Sic datur filio emancipato, ſi fuerit exhæredatus, querela inofficioſi teſtamenti, vt dicitur in leg. ſi ponas. 23. hic. Hinc conſequens eſt, querelam inofficioſi teſtamenti nepoti ex filio emancipato competere. Si filio emancipato competit hæc querela, multo magis competet nepoti, cum eum habeat auus in ſua poteſtate. leg. Neptem. Codic. eodem. Dubitatio ex eo naſcitur, quod videtur extra familiam eſſe per emancipationem. *Quatenus pater.* Cum pater ipſe emancipatus ſi exhæredetur habeat hanc querelam, multo magis nepos habebit ſi exhæredatus ſit. Præterea filios hic accipimus non tantum legitimos, ſed etiam naturales tãtum, ſpurios, vulgo quæſitos, & alios huiuſmodi, ſecundum diſtinctionem quæ hic traditur in leg. ſi ſuſpecta. 29. hic dicitur ſpurius habere querelam inofficioſi teſtamenti aduerſus teſtamentum parentum ſuorum quo ſunt exhæredati. Spurij autem dicuntur, quorum pater incertus eſt. Sed quæritur de matris teſtamento: quia mater ſemper certa eſt, an filio ſpurio competat querela inofficioſi teſtamenti, aduerſus teſtamentum matris. Et dicitur ſpuriis aduerſus teſtamentum matris, hanc querelam competere, quia ab inteſtato ſuccedere poſſent matri ſuæ vulgo quæſiti. matri ſuæ ſuccedunt ab inteſtato, quod vel inſtitutionibus ipſis cognoſcitur. §. nouiſſime. Inſtitut. de Senatuſconſul. Orfic. Senatuſconſulto Orficiano admittitur filius vulgo quæſitus ad matris hæreditatem: in hac querela inofficioſi teſtamenti maxime inſpicimus, an qui de inofficioſo teſtamento quæritur, ſit ſucceſſurus ab inteſtato, an non. licet hoc perpetuum non ſit, quia per querelam inofficioſi, res reducitur ad cauſam inteſtati. Hinc etiam facile intelligitur, non de omnibus naturalibus hoc eſſe accipiendum, & diſtinctionem adhibendam eſſe, quæ tradita eſt ab Imperatore variis in locis, de ſucceſſione legitima, de ſuucceſſione ab inteſtato. Ac primum in leg. ſi qua illuſtris. Codic. ad Senatuſconſul. Orficianum. vbi dicitur, ſi illuſtris fœmina filios vulgo ſuſceperit, ad eius hæreditatem ab inteſtato non admitti, ſi alios habeat liberos legitimos. Maior enim pudicitia exigitur à fœminis illuſtribus, quam à vulgaribus & vilibus. Et propterea ſtatutum eſt ſpurium matri illuſtri non ſuccedere, ſed non prohibetur ex eius teſtamento capere, ſi alios liberos non habeat. In ea tamen conſtitutione Imperator diſtinguit ſpurios, & vulgo quæſitos, ab eis qui ſuſcepti ſunt ex concubina. Nam hi qui nati ſunt ex concubina, ſuccedunt. quippe quia antiquitus concubinatus permiſſus erat. leg. 3. ff. de concub. leg. Maſſurius Sabinus, infra de verb. ſignificatione. Concubina olim dicebatur amica: honeſtius nomen cõcubinæ erat quã amicæ. Imo veteribus canonibus permiſſum fuit concubinam habere, canon. Chriſtiano. 34. diſt. Vnde naturales filij tantum qui ex cõcubina ſuſcepti ſunt diſcernuntur à ſpuriis, & vulgo quæſitis, & multo facilius admittuntur, non modo ad legitimam hæreditatem matris, ſed etiã patris. Nouella cõſtitutione Iuſtiniani, quib. mo. natural. effici. legiti. Naturales etiam diſtinguuntur ab aliis qui ex inceſto concubitu procreati ſunt. Sed ſæpe admonui nos hoc iure vti in Gallia, vt nulli mere naturales habeantur: & omnes ex nefario cõcubitu ſuſcepti & procreati eſſe videãtur. & nec immerito, cũ cõcubinatus improbatus ſit. Hodie omnis concubitus extra matrimonium illicitus habetur. & ideo hodie his legibus non vtimur. Plura hic dicenda eſſent, ſi vellemus omnia complecti, quæ ad hoc propoſitum pertinet: ſed diſputatio eſt paulo alienior ab hoc tractatu, & melius eſt, vt ea in ſuos locos reiiciamus. Hactenus igitur de ſpuriis, & naturalibus filius. Sed quæritur de adoptiuis filiis, an filiis adoptiuus querelam inofficioſi teſtamẽti habeat. & Iuſtinianus in Inſtit. ait. § iam autẽ. eodem. tit. non tantum naturales habere hanc querelam, ſed & adoptiuos. quo in loco naturales opponit adoptiuis. huc pertinet quod dicitur in leg. ſi ſuſpecta. 29. hic. Ex hoc loco colligitur quod dicimus de adoptiuis filiis, intelligendum eſſe ſi adoptio teneat. Nam ſi mater aliquem in filium ſuum

ado-

Digitized by Google

adoptauerit ſine iuſſu principis, querelam hic habiturus non eſt. Nam fœmina non poteſt aliquem adoptare ſine iuſſu principis. Sed totus hic locus de adoptiuis plenius explicabitur poſtea à nobis in explicatione l. Papinianus.§.ſi quis impubes. ibi videbimus quomodo intelligendum ſit, quod dicitur filium adoptiuum admitti ad querelam inofficioſi teſtamenti. Quæſtio eſt de filio poſthumo in leg.6.hic. Quæritur an filius poſthumus poſſit dicere teſtamentum inofficioſum patris vel matris, in quo exhæredatus eſt. *Quibus ſuus hæres.* hoc refertur ad patrem. Poſthumus poteſt ſuus hæres eſſe patri, ſi naſcatur, aliis autem parẽtibus poteſt legitimus hæres eſſe, ſed tamen ſi talis eſt, vt aliquando natus in poteſtate ſit futurus, poteſt queri de inofficioſo teſtamento. *Sed & cognatorum.* Admittitur ad querelam inofficioſi teſtamenti, non tantum aduerſus teſtamentum eorum quibus potuiſſet ſuus hæres exiſtere, ſed etiam aduerſus teſtamentum cognatorum. Rationem adfert Iuriſconſultus, cum quæritur an quis admittatur ad querelam inofficioſi teſtamenti nõ tantum aduerſus teſtamẽtum eorũ, quibus potuiſſet ſuus hæres exiſtere, ſed etiam aduerſus teſtamẽtum cognatorum inſpiciendum eſt an potuiſſet acquirere ſucceſſionem ab inteſtato, quamuis hoc perpetuum non ſit. Nam plerique admittuntur ad ſucceſſionem ab inteſtato, qui non admittũtur ad hanc querelam, ſed tamẽ hoc plerunque accidit. Et videmus etiam Iureconſultum hanc rationẽ adducere, vt hic locus oſtendit. *Quid ergo*: quæ ſequuntur difficilia ſunt & obſcura, & de his non conuenit inter iuris interpretes. Ego dicam quod ſentiam. Breuiter legendum eſt, quid ergo? vt in Pandect. legitur Florentinis. Franciſcus Conanus, vir eruditus ſic interpretatus eſt hæc verba, quid ergo? ei imputetur cur quaſi inteſtatus decedat is, qui poſthumum inſtituit hæredem. Nam non poteſt adire hæreditatẽ. Goueanus ſequitur eandẽ interpretationem. Ego vero puto alium eſſe ſenſum horum verborum, *Quid ergo?* occurrit obiectioni, ex eo quod dixit, *Quia & cognatorum.* Oritur dubitatio. videtur imperitis, Vlpiano, cum hãc rationem adduxit, debuiſſe cognatos inteſtatos decedere. Diſputando ait: quid ergo dicimus admitti poſthumum ad querelam inofficioſi teſtamẽti, aduerſus horum teſtamentum? imputas ergo eis quod teſtamentum fecerũt? Videtur eis iniqua hæc ratio eſſe, ſed non eſt eis imputandum quod teſtamentum fecerint. libera enim vnicuique teſtamenti eſt factio. Quare dixit aduerſus horum teſtamentum querelam inofficioſi teſtamenti admitti. Quia horum ab inteſtato poſſet petere ſucceſſionem. Non ideo dixit quod teſtamentũ non debuerunt facere, ſed quia in eo teſtamẽto, quod fecerunt, hunc poſthumum hæredem nõ inſtituerint: potuerunt ſiquidem libera teſtamenti factione, quæ iure permiſſa eſt, vti inſtituendo hæredem pro portione legitima. Nam portio legitima, vt mox dicemus, excludit querelam inofficioſi teſtamenti: imputatur eis quod poſthumum, qui erat in vtero tempore teſtamenti, hæredem non ſcripſerint. Potuit enim etiam nõ natus mitti in bonorum poſſeſſionem ex edicto de vẽtre in bonorũ poſſeſſionẽ mittẽdo. Et natus potuit accipere bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas. Nihil ergo impedit quominus poſthumus querelam inofficioſi teſtamenti habeat, qui poteſt ſuccedere ab inteſtato, & inſtitutio poteſt ei vtilis eſſe, ſiue naſcatur, ſiue non naſcatur. Hæc de liberis, qui habent querelam inofficioſi teſtamenti aduerſus teſtamẽtum patris. de parentibus aliquid videndum eſt.

Cap. VII.

De parentibus quibus datur querela inoffic.teſtamenti.

PArentibus quoque datur querela inofficioſi teſtamenti aduerſus teſtamentum filiorum ſuorum, vt dicitur in l.nam etſi is.hic. Præcipua eſt cauſa liberorum, quam parentum in querela inofficioſi teſtamenti, ſicut in ſucceſſione legitima. Poſt liberos admittuntur parentes, deinde alij qui coniunguntur ex latere. Sed cur potior cauſa eſt liberorum, quam parentum? Hoc docet I.C. in hoc loco, & Pomponius in l. ex ſcripto. ff. vnde liberi. non ſic vt parẽtum hæreditas debetur liberis, ſic liberorum hæreditas parẽtibus debetur. Optant omnes parentes filios ſuos ſibi ſuccedere, ſibi ſuperſtites eſſe, alias turbaretur ordo mortalitatis. At quãuis maiore ratione liberis parentum hæreditas deferatur, tamen pium eſt parentes non excludi à ſucceſſione liberorum ſuorum, propter miſerationem quãdam ad ſucceſſionem admittuntur. hoc eſt intelligendum, etiam ſi filius exierit ex poteſtate patris l. aduerſus. 30. hic. ſicut diximus filio emancipato competere querelam inofficioſi teſtamenti, aduerſus teſtamẽtum patris, ita etiam dabitur patri aduerſus teſtamentum filij emancipati inofficioſi querela teſtamenti. Hoc eſt intelligendum, etiamſi pater præteritus ſit teſtamento filij. l. pater filium. 14. hic. In hac ſpecie proponitur patrem præteritum eſſe à filio. *Ad querelam*: alij intelligunt ad querelam, id eſt, ad bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas, propter l.1. ſi quis à parente manumiſ. fuer. Vnde colligenda eſt exceptio, addenda his, quæ diximus ſuperioribus diebus de querela inofficioſi teſtamenti.

Diximus enim, ſi quis præteritus ſit teſtamento, ei non competere querelam inofficioſi teſtamenti, niſi præteritus ſit filius teſtamẽto matris. Præteritio enim matris habetur pro exhæredatione. Hoc igitur eſt intelligendum, cum præteritus eſt filius à patre: ſed cum præteritus eſt pater à filio, pater poteſt vti vtroque remedio & querela inofficioſi teſtamenti, & bonorum poſſeſſione contra tabulas, ex le.1. ſi quis à parent. manu. Habet enim bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas propter manumiſſionem, ad exemplum eius, quæ datur patrono aduerſus teſtamentum liberti, ſed bonorum poſſeſſio, quæ datur ex eo edicto, non tam plene conſulit patri, quam querela inofficioſi teſtamenti. Et hanc ſententiam nominatim confirmat, quod dicitur in leg.1. ad finem, vbi dicitur hanc bonorum poſſeſſionem contra tabulas dari patri, vt manumiſſori, ſicut patrono datur, ſed hũc locum plenius tractabimus infra ſuo loco.

Cap. VIII.

De fratribus, an frater aduerſus teſtamentum fratris habeat querelam.

VLpianus in leg.1. huius tituli oſtendit fratri competere querelam inofficioſi teſtamenti. *Cognati qui ſunt vltra.* Cæteri cognati, qui ſunt in remotiori gradu quam frater, non admittuntur ad querelam inofficioſi teſtamenti. Id tamen certo iure definitum nõ erat tempore horum Iureconſultorum. Et propterea dicit I.C. *Melius facerent, &c.* Nam eo tempore iudices non facile admittebant alios cognatos ad querelam inofficioſi teſtamẽti præterquam fratres. Sed hodie certæ ſunt conſtitutiones de ea re in Codice Iuſtiniani, veluti in l. fratris. 21. vbi dicitur nemo eorum. nihil potuit apertius dici, & nominatim Iuſtinianus loquitur de fratre & ſorore in Inſtit. §. ſoror. eodem. Hoc tamen eſt intelligendum cum diſtinctione, quæ traditur in alia lege, veluti in l. fratres. 27. Cod. eodem titul. Diſtinguuntur fratres Germani & conſanguinei ab vterinis. Vterini ſunt, qui ſunt ex eodẽ vtero, ex eadem matre, non ex eodem patre. Conſanguinei ſunt qui tantum ex eodem patre. Germani vero, qui ex eodem patre ſunt, & ex eadem matre. dicta autem lex fratris, trahenda eſt ad dict. l. fratres. & intelligenda eſt cum

Digitized by Google

huius exceptione: l. in toto de regulis iur. & l. non dubium. ſupra de legib. Vterini igitur non ſunt ex eadem familia. Maior certe ratio eſt in conſanguineis & germanis, quam iis qui vterini ſunt, quod ſimpliciter dicitur in d. l. fratris. admini querelam inofficioſi teſtamenti aduerſus teſtamentum fratris: hic additur exceptio. hoc ita intelligẽdum eſt, niſi turpem inſtituerint perſonam: nec hæc contraria ſunt. Nam generi per ſpeciem derogatur, non tantum ſi inſtitutæ ſint perſonæ, quæ notantur à prætore infamia, ſed & ſi grauata ſit eorum exiſtimatio apud bonos & graues viros, & vel leui macula ſint aſperſi. Alciatus & alij quidam addũt negationem, ſed non vident eam negationem ad omnia ſequentia referri.

Ex his quæ diximus naſcitur quæſtio, an pater filij nomine poſſit agere de inofficioſo teſtamento. hæc quæſtio tractatur in l. Papinianus in principio. hic. vbi dicitur, Papinianus &c. Quæſtio eſt cum filius poſſit agere de inofficioſo teſtamento, an eo inuito & nõ cõſentiente pater de inofficioſo experiri poſſit. Quæſtio hæc & dubitatio ex eo naſcitur, quod actiones quæſitæ filio competunt patri etiam inuito filio, l. vlt. C. de bonis quæ liber. quicquid enim acquirit filius, id acquirit patri, in cuius eſt poteſtate. Vnde videtur pater poſſe agere de inofficioſo teſtamento inuito etiam filio, ſed men Papinianus id negat. *Ipſius enim iniuria.* Iniuria quædam fit filio cum exhæredatur teſtamento eius, à quo inſtitui debuit. iniuriam vocat I.C. in leg. 4. huius tit. Non enim eſt conſentiendum: ſed hæc iniuria, inquit Vlpianus, ipſius filij eſt, non patris: atque ita non poteſt ob hanc iniuriam experiri pater inuito filio. Sed mirum hoc videtur Accurſianis & aliis, cum ob iniuriam factam filio pater agere poſſit, l. ſed ſi vnus. §. aie prætor. & §. ſi filiofamil. hic. Mala eſt hæc ratio, inquit Accurſius & ceteri, & aliam rationem conantur adferre. Ratio autem Papiniani vera eſt, ſed male ab eis intelligitur. *Ipſius enim iniuria eſt.* Iniuria hic aliter accipitur, quam in edicto prętoris de iniuriis. vbi accipitur pro contumelia. Ipſius enim iniuria eſt, id eſt, hæc iniuria non redundat in patrem ſicut contumelia quę fit, veluti ſi quis filium vocet latronem. hæc enim iniuria redundat in patrem. Et ideo mirum non eſt, ſi permittatur ob hanc contumeliam factam filio patri agere. Iniuria enim de qua hic loquimur non pertinet ad patrem. Sed cum actiones filio competentes acquirantur patri, & eas exercere poſſit inuito filio, cur non aget inofficioſi teſtamenti querela pater ipſo inuito filio? Nos dicimus agere de inofficioſo teſtamento, nihil aliud eſſe quam petere hæreditatem, quia inofficioſum eſt teſtamentum. Sed certum eſt genus extraordinariũ eſſe actionis, & quodammodo odioſa eſt querela qua euertitur teſtamentum, maxime ſi aduerſus teſtamentum patris agatur. §. ſed ita Inſtitut. eodem titulo. Vnde videmus pleroſque admitti ad ſucceſſionem legitimam, qui tamen repelluntur à querela inofficioſi teſtamenti. Et aperta diſtinctio eſt in l. in arenam 10. C. eod. Arenarius quamuis notetur infamia, tamen admittitur ad ſucceſſionem legitimam ab inteſtato, ſed ſi parentes fecerint teſtamentum, in quo alium inſtituerint hæredem, filio exhæredato, qui arenarius erat, non poterit agere inofficioſi querela teſtamenti. Præterea illud etiam animaduertendum eſt, actionem de inofficioſo teſtamento in petitionem hæreditatis, quæ datur propter factam exhęredationem in teſtamento, ita demum competere, ſi filius queri de teſtamẽto velit, id eſt, ſi oſtendat ſibi non eſſe gratum factũ patris, eo non volente queri, nulla eſt quæſita actio. Et ideo mirum non eſt, ſi dicatur actio patri non cõpetere. Simile exemplum adducam ex l. ſi filio. infra da iniuſto, rupto & irrito. Filio præterito, qui eſt in patris poteſtate, teſtamentum dicitur nullum eſſe, ſed hoc ita accipiendum eſſe ait Iureconſultus, ſi de eo teſtamento conqueratur is filius, qui præteritus eſt: eius enim voluntas inſpicitur, qui præteritus eſt. Sic etiam ſi ponas hæreditatem delatam eſſe filiofamilias, niſi velit adire, nulla ei quæſita eſt actio. Quod diximus actionem acquiri patri, hoc eſt intelligendum de actione ordinaria, non de hoc genere actionis extraordinario. Sequens quæſtio eſt, an hęc querela inofficioſi teſtamenti competat hæredi, ſicut actiones fere tranſeũt in hæredem. hæc quæſtio tractatur in l. 6. Poſthumus. hic. In ſumma hoc capite continetur & ſequenti. Si ix cui cõpetit querela inofficioſi teſtamenti, quia exhæredatus eſt teſtamento paterno, cœperit mouere litem de inofficioſo, ante mortem ſuam vel præparauerit litem, aliquid fecerit ex quo appareat eum hãc iniuriam noluiſſe cõdonare defuncto, ſed potius voluiſſe eam perſequi, & petere teſtamẽti reſciſſionem, ſi quid tale ab eo factum ſit, etiam ſi lis non fuerit conteſtata, hæc actio trãſit ad hæredem, quod cœptum eſt poterit perficere hæres, aliàs non poterit: ſic videtis hoc genus actionis ſingulare eſſe. *Si poſt agnitam bonorum poſſeſſionem contra.* Bonorum poſſeſſio contra tabulas nõ conceditur, cum querela inofficioſi teſtamenti. Hæc querela ei datur, qui exhæredatus eſt à patre, vel pręteritus eſt teſtamento matris, quid ergo eſt quod dicitur de bonorum poſſeſſionę contra tabulas? hæres ſuccedit in accuſationem. huius bonorum poſſeſſionis mentio eſt in quibuſdã aliis locis huius tractatus, veluti in l. Papinianus. §. 1. hic. & l. 2. C. eod. tit. in d. l. Papinianus. dicitur cauſa litis ordinãdæ, agnoſcitur hæc bonorum poſſeſſio, vt lis ordinetur de inofficioſo teſtamento. Sunt reliquiæ veterum formularum, nec intelligẽdum eſt hic Iureconſultum loqui de bonorum poſſeſſione contra tabulas. Sed de quodam genere bonorum poſſeſſionis, quod pertinet ad ordinandam litem, ſicut is qui petit hæreditatem ex prætoria iuriſdictione, quia præteritus eſt teſtamento paterno, & vult reſcindi teſtamẽtum bonorum poſſeſſione contra tabulas, oportet eam agnoſcere vt lis ordinetur, & ea ordinata petitur hæreditas. Sic etiam hic cum velit petere hæreditatem, quæ nõ datur niſi hæredi, aut ei qui hæredis loco eſt, vt videatur hæres eſſe, agnoſcere debet bonorũ poſſeſſionem cauſa litis ordinandæ. Quoddam huiuſmodi adſertur in Inſtitutionibus, vnde dicitur in leg. quemadmodum, hic. hãc bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ cauſa non eſſe neceſſariam ſuis. Aditio hæreditatis non eſt neceſſaria ſuis ipſo iure, hæredes ſunt, niſi ſe abſtineant expreſſim & nominatim. l. ſi ſuis. de legitim. hæredibus. Sed ſi emãcipatus filius exhæredatus ſit teſtamento paterno, ſicut aditio neceſſaria eſſet, ſi vellet petere hæreditatem via ordinaria, nempe petitione hæreditatis, ita etiam ei bonorum poſſeſſio erit neceſſaria litis ordinãdæ cauſa. Sed ſi neque lis mota fuerit, neque præparata, hæc actio ad hæredem non tranſibit. Huc pertinet quod dicitur de hac bonorum poſſeſſione, quæ litis præparandæ cauſa agnoſcitur. le. 2. C. eod. bonorum enim poſſeſſio eſt ſucceſſio prætoria, ſed de eo plenius dicemus ſub titulo de poſſeſſoria hæreditatis petitione. Quamuis autem querela de inofficioſo teſtamento niſi lis cœpta fuerit, vel præparata, ad hæredem non tranſeat, tamen ſi competat ea querela liberis deſcendentibus ex noua Iuſtiniani conſtitutione, tranſit ad poſteros, & alios deſcendentes, etiã ſine vlla præparatione, vt dicitur in l. ſi quis filium. 34. C. eod. Supplet Iuſtinianus quod deerat iuri antiquo, Nam ſecundum ius antiquum quod retulimus, adiicit teſtatorem dereliquiſſe nepotem. Recte enim dicimus filius litẽ de inofficioſo mouit teſtamento, ſed nos &c. Eſt locus communis de tranſmiſſione hæreditatis, de quo

quo diximus ſuperiori anño. Extat conſtitutio, ſi quis ante apertas tabulas. & §.his ita. Codic. de caduc. tollend. Dicimus hæreditatem non aditam ad hæredes non tranſmitti. Hoc verum eſt niſi is cui delata eſt hæreditas, ex liberis ſit. Si quis inſtituerit hæredes liberos ſuos, vel ſi liberis ab inteſtato delata ſit hæreditas, & antequam adierint, deceſſerint, nepotes, pronepotes, & liberi deſcendentes in infinitum poſſunt petere hæreditatem. Tranſmittitur ſiquidem ad eos hęreditas, in extraneis autem non habet locum hæc tranſmiſſio.

Sequens quæſtio de ſucceſſorio edicto, an edictum ſucceſſorium locum habeat in querela inofficioſi teſtamenti. Et dicitur locum habere in leg. ſi is cui.31. & leg. Pater filium. Ego dixi vobis, querelam inofficioſi teſtamenti competere liberis, parẽtibus, & interdum etiam cognatis, ſed ordo aliquis hic ſeruandus eſt. Nõ enim ſimul omnibus dabitur & liberis & parentibus & cognatis, ſed ſi primum dabitur aduerſus teſtamentum defuncti liberis, id eſt, potior eſt liberorum cauſa eius qui defunctus eſt, deinde parentum, deinde cognatorum. hoc eſt ſucceſſorium edictum. Hoc continetur ſucceſſorio edicto, de quo extat titulus in Codice & in Digeſtis. §.Cum agitur. inſtitut. de bonorum poſſeſſ. Succedunt ordine. Hos ordines ſeruare debemus in ſucceſſorio edicto. Huic ſucceſſorio edicto locus eſt in querele inofficioſi teſtamenti. Edictum ſucceſſorium pertinet ad bonor. poſſeſſ. quæ proficiſcuntur ex iuriſdictione prætoria, non pertinet ad querelam inofficioſi teſtamenti. Sed tamen viſum quoque eſt Iureconſultis ad querelam inofficioſi teſtamenti, hoc edictum producere. huc pertinet lex Pater filium. hic Potior eſt cauſa liberorum, quam parentum: excluſis filiis admittetur pater volens inſtituere querelam de inofficioſo teſtamento. Sed magna quęſtio eſt, an ſucceſſio hic admittatur, non tantum de capite in caput. ſed etiam de gradu in gradum. Nam de capite in caput ſucceſſio eſt. ſucceſſio de capite in caput eſt, veluti, Vnde liberi: in caput verò ſucceſſio eſt Vnde agnati. In ſingulis his ordinibus ſunt varij gradus, vt in ordine liberorum: ſunt enim liberi, nepotes, pronepotes, & cæt. Sic etiam inter agnatos & cognatos. An in ſingulis ordinibus admittetur ſucceſſio de gradu in gradũ, ita vt omnes liberos veluti filios, nepotes, pronepotes & gradatim excludi oporteat antequam cognati admittantur? Sed hanc quæſtionem alio in loco nos tractaturi ſumus. Ex his intelligitis cui detur hæc querela inofficioſi teſtamenti, nunc videndum eſt.

Cap. IX.

Contra quem detur hæc inofficioſi teſtamenti querela.

Ex iam dictis perſpicuum eſt hanc inofficioſi teſtamenti querelam competere contra hæredem ſcriptum in teſtamento, in quo quis exhæredatus eſt, vel præteritus. Hoc intelligendum eſt, ſi ſcriptus hæres adierit hæreditatem, quod diligenter notandum eſt. Nam ſi probetur non adiiſſe hæreditatem, non poterit querela inofficioſi teſtamenti inſtitui. leg. Papinianus §.ſi conditioni, hic. *Quoniam ante aditam.* Antequam hæres inſtitutus in teſtamento adierit hæreditatem, ex eo teſtamento is, qui contendit ſe indignè exhæredatum aut præteritum, non poteſt agere querela inofficioſi teſtamenti, quia exhæredatio nulla eſt, ſi ex teſtamento in quo quis exhæredatus eſt, non fuerit adita hæreditas. leg. filium. §. ſed cum exhæredatio. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas. Et notandum eſt, quoties ex teſtamento non aditur hæreditas, nihil eorum valere, quæ in eo teſtamento ſcripta ſunt. leg. ſi nemo, infra de regulis iuris. & leg. ſi nemo. infra de teſtament. tutel. Idem colligitur ex leg. ſi quis filium. Cod. eod. & leg. ii pars. §. illud, hic. Qualis autem hęres ſit, nihil plane refert cuiuſcunque conditionis ſit hæres ſcriptus in teſtamento. Datur aduerſus eum querela inofficioſi teſtamenti. leg. ſi is cui. Nihil refert an quis perſonam aliquam ſingularem inſtituerit, an municipium, etiam ſi Imperator inſtitutus ſit, vt dicitur in leg. Papinianus. §. ſi Imperator. hic. hinc etiam vulgo annotatur, etiam ſi quis Deum inſtituerit hæredem, locum eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, vt leg. 1. infra ad Senatuſconſultum Trebellian. veluti cum quis inſtituit Eccleſiam hæredem, vel aliquod hoſpitale. Non licet inſtituere Eccleſia, indigne præterito vel exhæredato filio, Et adducitur locus ex Auguſtin. apud Accurſ. & inter decreta Gratiani reperitur 17. quæſt. 4. can. vltim. Ex eo quod diximus hanc querelam competere contra hæredem, colligendum eſt, & cõtra fideicommiſſarium quoque competere poſſe qui hæredis loco eſt. Nos enim hic late hæredem accipimus, vt complectamur hæredem fideicommiſſarium. Et de fideicommiſſario conſtitutum eſt in leg. 1. Codic. eodem. Quidam inſtituit hæredem, & fidei eius commiſit, vt reſtituat hæreditatem ſuam alicui, reſtituta hæreditate omnia iura tranſeunt in fideicommiſſarium tam paſſiue, quam actiue: non eſt proprie hæres, atque ideo dubitatum fuit: eſt tamen hæredis loco. Et ideo vtiles tantum actiones ei dantur, non directæ, ſicut is qui bonorum poſſeſſionem accepit. l. ſi filius. §. 1. Quod cum eo, qui in aliena poteſt. ſed tamen effectu hæres eſt, & aliquando iudicatum eſt in Gallia, quod dicitur poſſeſſionem trãsferri in hæredem à defuncto ſine vlla apprehenſione, idem de fideicommiſſario dicendum eſſe. More Galliæ defunctus hæredem ſuum in poſſeſſionem rerum hæreditariarum inducit, ſine vlla apprehenſione. Addendum eſt ſupradictis hanc querelam inofficioſi teſtamenti competere contra hęredem hæredis ſcripti, quamuis non competat hæredi eius, qui exhæredatus eſt, niſi præparata ſit lis, vt dixi. Et nota eſt hæc differentia. l. poſthumus. §. vltim. & l. quemadmodum. hic. ſi ſcriptus hæres in teſtamento in quo filius exhęredatus eſt, deceſſerit, aduerſus eius ſucceſſorem dabitur hæc querela. Ratio diuerſitatis ſatis manifeſta eſt ex his quæ diximus. Diximus hanc querelam inofficioſi teſtamenti non competere, niſi conſtet teſtamentum ingratum ei eſſe cui iniuria facta eſt. Oportet eum aliquo facto declaraſſe ſibi non placere factum defuncti. Imo dicendum eſt dari etiam contra fiſcum, qui plerumque loco hæredis eſt. leg. ſi hęredem. 10. hic. Quintilianus ſcripſit hæredem in teſtamento ſuo exhæredatis filiis, ea bona fiſcus occupauit, quaſi vacantia: dicitur aduerſus fiſcum qui ſucceſſit, actionem hæredibus dari. Ex eo quod dubium non eſt, ſcilicet, hanc querelam inofficioſi teſtamenti dari aduerſus hæredem hæredis, colligitur aduerſus fiſcum dari, quia hæredis loco fiſcus habetur. Eſt locus communis de fiſco notandus. Notandum hinc eſt fiſcum haberi loco hæredis, & conueniri poſſe ſicut hæredem. Sed tamen fiſcus non tenetur vltra vires hæreditatis, niſi quatenus hæreditas ſoluendo eſt. leg. 1. §. in bona, infra de iure fiſci. ſed alius hæres extraneus priuatus tenetur etiam vltra vires hæreditatis, leg. quæ dotis. infra ſolut. matrim. niſi ſub beneficio inuentarij adierit hæreditatem. Bonorum quæ fiſco vindicantur deſcriptio publicè fit per magiſtratum, ſecundum eam deſcriptionem cogitur fiſcus ſatisfacere omnibus creditoribus hæreditariis. Vidimus de cauſa propter quam detur querela inofficioſi teſtamenti, docuimus etiam cui & aduerſus quem detur querela inofficioſi teſtamenti. Nunc reliqua ſuo ordine pertractanda ſunt.

Digitized by Google

Cap. X.

Quid petatur hoc iudicio, quomodo petatur, intra quod tempus petatur, & quo in loco.

ET in primis dicendum eſt, hoc iudicio peti, vt reſciſſo teſtamento vel in totum, vel pro parte reſtituatur hæreditas agenti. Cum filius dicit (exempli gratia) patris teſtamentum inofficioſum, petit in primis reſcindi teſtamentum, & ſibi hæreditatem reſtitui quaſi ab inteſtato, iure legitimo ipſi deberetur hæreditas, perinde ac ſi nullum teſtametum factũ eſſet. De reſciſſione teſtamenti dubitandum non eſt, ſæpe occurrit ſub hoc titul. reſciſſionis mentio, veluti in leg. Papinianus. §. ſi ex cauſa. & leg. filio. Reſtituitur hæreditas etiam cum fructibus per querelam inofficioſi teſtamẽti. Et ſupra dixi hoc iudicium genus quoddam eſſe petitionis hæreditatis: & ſimul peti hæreditatem, & reſciſſionem teſtamenti, ſimul coniungi iudicio, quo petitur reſciſſio teſtamenti, & quo petitur hæreditas. is qui agit de inofficioſo hæreditatem petit, & cauſam petitionis ſuæ hanc adfert, quia indigne & contra officium pietatis exhæredatus eſt. Sic videtis & reſciſſionem teſtamenti & reſtitutionem hæreditatis coniungi, & eodem iudicio proponi, eſt veluti reſciſſio petitio hæreditatis, ſicut diximus in pleriſque ſimilibus exemplis ſub titul. de eo quod met. cauſa. ſub titul. de minorib. & ſub titul. ex quib. cauſ. maior. Actio reſciſſoria eſt, quæ reſciſſo eo quod geſtum eſt, datur. l. necnon. ex quibus cauſ. maior. Reſciſſo teſtamẽto quod valet ipſo iure datur petitio hæreditatis, & permittitur ei, qui exhæredatus eſt paterno teſtamento, qui hæres non eſt ipſo iure, nec poteſt eſſe, ita agere ac ſi teſtamentum nullũ factum eſſet. hic dicitur petitio hæreditatis de inofficioſo. l. ſi quis filium, hic. Sed obiicitur hanc coniunctionem admitti non poſſe, rationemque iuris impedire quominus querela inofficioſi teſtamenti coniungatur cum petitione hæreditatis. & ſic ratiocinantur, aiunt, has petitiones pugnantes eſſe & contrarias. Ideoque earum coniunctionem admittendam non eſſe. Is qui agit petione hæreditatis, dicit ſe hæredem eſſe, aduerſarium autem aut poſſidere, vel pro hærede, vel pro poſſeſſore, vt dicemus ſub titul. de petit. hæred. is autem qui agit de inofficioſo teſtamento, dicit aduerſarium hæredem eſſe, dicit ſe exhæredatum eſſe, ſe hæredem non eſſe, hęc pugnantia ſunt. Quomodo igitur poteſt admitti accumulatio harum petitionum, vt quis ſimul queratur de inofficio. teſtamento, & petat hæreditatem? Huic obiectioni ita reſpondẽdum eſt: quod obiicitur verum eſt, ſi de ordinaria & directa petitione hæreditatis loquamur. Ordinaria & directa petitio hæreditatis datur hæredi, aduerſus eum qui poſſidet res hæreditarias pro hęrede, vel pro poſſeſſore, ſed hoc genus petitionis hæreditatis, iam ſupra admonuimus extraordinarium eſſe: quaſi vtilis magis, quam directa datur petitio hæreditatis ex hac cauſa, ei qui vere hæres non eſt, ſed tamẽ habetur pro hærede. Itaque ei datur bonorum poſſeſſio à prætore litis ordinandæ cauſa, tanquam pro hærede habeatur. Sic videtis poſſe vtilem hæreditatis petitionem competere ei, qui hæres non eſt. Poſſeſſoria hæreditatis petitio ei datur, qui bonorum poſſeſſionem accepit à prætore, quamuis hæres non ſit, nempe emancipatus filius, qui exhæredatus eſt, ſed loco hæredis habetur propter bonorum poſſeſſionẽ quam accepit à prętore. Cur idem non dicemus de eo, qui exhæredatus eſt à patre: ſi ius ipſum ſpectemus nõ poſſe eum petere hæreditatem, ſed hoc genus actionis eſt extraordinarium, is petit hæreditatem, non quod hæres ſit, ſed quod debeat ei hæreditatem relinquere: ſic hæredis loco eſt. & datur ei bonorum poſſeſſio cauſa litis ordinandæ ſicut hæredi. Et ſic mihi videtur facile dilui poſſe, quod ab aliis adducitur, qui putant hæc iudicia coniungi nõ poſſe. Ex his intelligitis quid petatur hoc iudicio quod dicitur querela inofficioſi teſtamenti, quo reſciſſionem teſtamenti petimus: & reſciſſo teſtamento petimus hæreditatem, vt in totum. vel pro parte. Sed quæſtio eſt, ſi impubes ſit, qui negetur filius, an interim pendente iudicio, mittendus ſit in bonorum poſſeſſionem ex edicto Carboniano? hæc quæſtio tractatur in leg. qui de inofficioſo. 20. Cautum eſt edicto Carboniano, cuius auctor fuit prætor quidam, nomine Carbo, vt cum petit filius bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas, quia ſit præteritus teſtamento paterno, cauſa cognita deferatur quæſtio ſtatus in tempus pubertatis, ſi impubes ſit, & negetur filius eſſe teſtatoris. Sed Scæuola hic ait, bonorum poſſeſſionẽ ex edicto Carboniano hic dãdam non eſſe. Et certum eſt ex leg. 1. & l. cum fine. de Carbon. edicto, hanc bonorum poſſeſſionem ex Carboniano edicto exhæredato non dari. Datur ei Carboniana bonorum poſſeſſio, qui ſi filius eſſe negaretur, hæreditatem caperet, ſed hic exhæredatus eſt. Ego tamen puto ex cauſa poſſe filium interim petere ſibi aliquid decerni alimentorum nomine per modum prouiſionis. Et hoc expreſſum eſt de eo, qui obtinuit in iudicio, vt pendente appellatione ex bonis defũcti alatur. leg. ſi inſtituta. hic, de quo nos poſtea dicemus. Ergo ſi ſit inops, & careat alimentis is, qui agit de inofficioſo teſtamento, ita concipiet intentionis ſuę formulam, vt petat hæreditatem ſibi reſtitui, & interim pendente iudicio per modũ prouiſionis ſibi alimenta decerni, ex bonis defuncti.

Notandum tamen eſt, querelam interdum proponi in modum defenſionis, & contradictionis: non enim ſemper proponitur in modum petitionis. leg. Papinianus. §. ſi filius exhæredatus. Et hoc eſt quod vulgo dicitur: *Cui damus actionem, multo magis damus exceptionem*. leg. 1. §. quod autem de ſuperficiebus. Petitione hæreditatis agimus, vt nobis reſtituantur res hæreditariæ. At ſi poſſideo iam res hæreditarias, & ſcriptus hæres agat, defendam me querela inofficioſi teſtamenti. Simile eſt quod diximus ex leg. nam poſtea. §. ſi minor. de iureiuran. de reſtitut. minorum. Reſtitutio in integrum minorum petitur, aliquando agendo, aliquando in modum defenſionis, & exceptionis. Exemplum eſt in d. §. Si minor. Minor detulit iuſiurandum: aduerſarius iurauit, agitur aduerſus eum, is opponit ſe captum fuiſſe, ad eludẽdam exceptionem aduerſarij, oportet eum reſtitui in integrum. Is petit ſe reſtitui in integrum. Et hæc querela inofficioſi teſtamenti magnam affinitatem habet cum reſtitutione, vt iam dixi. Præterea animaduertendum eſt, in hoc iudicio audiendos eſſe eos quorum intereſt, tametſi hoc iudicio experiatur is qui exhæredatus eſt, aduerſus ſcriptum hæredem. & hi duo principales ſunt litigatores in hoc iudicio. Tamen ſi ſunt alij quorum intereſt, non ſunt repellendi à iudicio, ſed audiendi. Exemplum eſt huius rei in leg. ſi ſuſpecta, de legatariis. Reſciſſio enim teſtamenti nocet legatariis. Nam cum reſcinditur teſtamentum, legata eo teſtamento relicta intercidunt, an hoc mutatum ſit conſtitutione Iuſtiniani quæritur. De hac re dicam poſtea. & quia intereſt legatariorum, non reſcindi teſtamentum, colludente forte ſcripto hærede & exhæredato, poſſunt legatarij adeſſe, *Ils ſe peuuent ioindre au procez*. ſi apparet, horum intereſſe qui cupiunt ſe adiungi liti, & cauſæ. hic locus ſatis oſtendit eos audiendos eſſe. Eſt ergo locus communis notandus de his, qui petũt ſe adiungi liti, quamuis principales litigatores non ſint: allegandæ tamen ſunt eorum allegationes, & admittendæ eorum probationes, de quo tamen hic quæritur. Sed ego non dubito quin eorum probationes recipiendæ ſint, etiam litigatoribus principalibus inuitis, inuito eo qui agit de inofficioſo teſtamento, qui exhæ-

redatus

redatus eſt inuito etiam hærede ſcripto, contra quem agitur de inofficioſo teſtamento, cum aliter non poſſint tueri volũtatem defuncti legatarij. Hic autem locus oſtendit eos poſſe tueri voluntatem defuncti. Alia paſſim exempla reperiuntur, de his qui petunt ſe adiungi, quod ſua interſit, veluti in l. Titia. ſolut. matrim. Aliud exemplum eſt in l. principaliorem. C. de liberali cauſa Manumiſi ſeruum meum: ius patronatus habebam propter manumiſſionem, alius neſcio quis contendit eum ſeruum ſuum eſſe: ego vereor ne colluſio quædam fiat in perniciem meam, volo oſtendere ſeruum meum fuiſſe antequam manumiſiſſem: allegatio mea & probatio admittenda eſt. Aliud exemplum eſt in l. 1. §. 1. & authent. de litigioſis. Quidã rem litigioſam legauit teſtamento ſuo, de qua lis erat mota ante factũ teſtamentum, quæritur quid debeatur legatario. Et Iuſtinianus ait, ſi hæres vicerit in iudicio, quod cum defuncto cœptum fuerat, eam rem debere legatario: ſi vero victus fuerit, nihil debere legatario reddere. Nã teſtator euentum litis legaſſe videtur, & ideo ſi ſuſpecta ſit ei fides, & diligẽtia hæredis, poteſt petere ſe admitti ad eam litem defendendam, quia ipſius intereſt. Hic ſubiicit Vlpianus permiſſum eis eſſe appellare, ſi contra teſtamentum pronũciatum ſit, non tantum exhæredato contra quem pronũciatum eſt, verum etiam legatariis quorum intereſt quod videtur à ratione iuris alienum, cum aduerſus eos lata nõ ſit ſententia. Sed tamen quia eorum intereſt, audiuntur. Similis locus eſt in l. ſi perluſorio. de appellationib. Hæc ſunt exempla quæ occurrunt in iure ciuili. Simile exemplum eſt in iure pontificio in cap. Cum ſemper. de re iudic. vbi dicitur illum tertium adiunctum, ſi docuerit ſua intereſſe, etſi forte litigator principalis non fuerit, eum ſuperiorem fore in iudicio, ſi id quod intendit, probauerit. Sed vnum hic notandum eſt, quod eſt hodie receptum in foro. Cum quis petit ſe adiungi liti, in eo ſtatu admittitur in quo lis reperitur. Et ideo ſi forte principalis litigator exclusus ſit probandi facultate, hos producere teſtes amplius non poterit. In iure pontificio illud expreſſum eſt, in cap. 2. vt lite pendente, in 6. Ego tamen ſcio & memini plerunque accidiſſe, vt iudices ex cauſa, ſuadente aliqua vtilitate, hos adiunctos ad probationem admitti pronuntient, refuſis ſumptibus in lite factis: hoc pendet ex æquitate iudicis. Ex his quæ diximus intelligitis, quid petitur hoc iudicio. Nũc aliquid breuiter videndum eſt de tempore.

Cap. XI.

Intra quod tempus agatur de inof. teſtamento.

ET certum eſt præſtitutum eſſe tempus quinquennij ad agendum de officioſo teſtamento. l. ſi quia filium ad finem. Codic. eod. Hæc actio de inofficioſo teſtamento inſtituenda eſt intra quinquennium. Hoc quinquẽniũ currit à dię aditæ hęreditatis, poſtquã ſcriptus hæres in teſtamẽto adiit hæreditatẽ, hæc querela competit adita hæreditate, ante aditam hæreditatem non competit. leg. filium. §. ſed cum exhæredatio. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. leg. Papinianus. §. ſi cõditioni, hic. & hoc expreſſum eſt in l. ſcimus. hic. Hinc quæritur, quid ſi hæres ſcriptus nolit adire hæreditatẽ, & differat longo tempore aditionem hæreditatis, quo remedio conſuletur exhæredato, qui vult mouere quęſtionem inofficioſi teſtamenti? Hic dicitur quod cogitur adire hæreditatem vel intra ſex menſes, vel intra annum ſecundum diſtinctionem quę hic traditur, alias hoc tempore elapſo excludetur. Hoc igitur tempus non currit, niſi ea quo tempore adita eſt hæreditas. Addendum eſt etiam, hoc tempus non currere minoribus. leg. 2. Codic. in quibus cauſis in integrum. vbi fit mentio huius quinquennij. Præterea generaliter attendum eſt hanc præſcriptionem non currere, niſi ceſſanti & negligenti. Exemplum vnum eſt in leg. contra maiores. 16. Cod. eod. duplex actio mouebatur aduerſus teſtamentum, vna dicebatur, nullum eſſe teſtamentum, dubium erat an teſtamentum iure factum eſſet, an non. Præterea, an teſtamentum eſſet inofficioſum, de vtroque lis erat, lis agitata eſt, de ſolennitate teſtamenti, in qua quæſitum eſt, an iure factum eſſet teſtamentum. Tractum temporis habuit ea lis: lapſum eſt forte quinquennij tempus, quod diximus præſtitutum eſſe ad mouendam querelam inofficioſi teſtamẽti. Quæritur ſi forte poſt quinquennium pronunciatum ſit teſtamentum iuſtum eſſe, an poſſit moueri querela inoffic. teſtamenti. Hic dicitur hãc præſcriptionẽ nõ obeſſe, nõ modo minori, ſed nec maiori. Eſt vulgare dictũ: Nõ negligenti præſcriptionẽ non currere. Præſcriptiones temporales currunt tantum negligentibus, hactenus de tempore. Sequitur alius locus huius tit. in quo tractatur de effectu iudicij de inofficioſo teſtamento.

Cap. XII.

De effectu ſententiæ huius iudicij.

ORdo poſtulat, vt de effectu ſententię huius iudicij de inofficioſo teſtamento nunc dicamus. Hic autem tres caſus diſtinguendi ſunt. Primus cum iudicatur contra teſtamentum, alter cum iudicatur pro teſtamento. Tertius caſus eſt cum iudicatur partim pro teſtamento, & partim contra teſtamentum. Cum variæ ſunt iudicum ſententiæ, & vna ſententia reſcinditur teſtamentum, altera teſtamentum confirmatur, videamus primum

De ſententia qua infirmatur teſtamentum.

HVius ſententiæ quæ contra teſtamentũ lata eſt, magna vis eſt, hac enim ſententia dicitur reſcindi teſtamentum. leg. Papinianus. §. ſi ex cauſa. in fin. hic ipſo iure reſciſſum eſt. His verbis ſignificat Iureconſultus ita reſcindi teſtamentum hac pronunciatione iudicis, vt ne nomen quidem hæredis retineat is, qui ſcriptus fuit hæres in teſtamento. Nam plerunque accidit, vt infirmato teſtamento nomen hæredis maneat, quod tolli non poteſt, vt cum ex iuriſdictione prætoria teſtamentum reſcinditur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas. l. & ſi ſine. de minor. 25. annis. §. reſtitutus. & §. quos autem iuſſit. de bon. poſſeſſ. Querela inofficioſi teſtamenti introducta non eſt ex iuriſdictione prætoria, quamuis non habeat originem ex veteribus legibus, ſed ex conſtitutionibus quibuſdam. Huc pertinet quod dicitur in leg. qui repudiantis. 17. §. vltim. Hic duo notanda ſunt ex hoc loco, vnum eſt cum contra teſtamentum vt inofficioſum iudicetur agitur, dicendum eſſe, defunctum teſtamenti factionem non habuiſſe, & intelligi teſtamẽtum perinde irritum eſſe poſt ſententiam, & pronunciationem iudicis, ac ſi defunctus teſtamenti factionem non habuiſſet, veluti homo furioſus. *Qui reſciſſo.* His verbis Iureconſultus idem ſignificat quod dicitur in §. ſi ex cauſa. Teſtamentum reſcindi ſententia: Deinde notandum eſt ſententiam ius facere. Sed refert an præſente hærede in iudicio iudicatum ſit, an vero eo abſente, ſententia eo præſente lata ius facit, ſi eo abſente ius non facit. Et hic notandum eſt quod dicitur ſententiam ius facere, quia non ſemper ius facit ſententia. Res enim inter alios iudicata aliis non nocet: ſed ta-

men aliquando ius facit, ſicut in l. 3. de liberis agnoſc. cum iudex pronunciauit filiũ eſſe huic ſimile eſt, quod dicitur in l.6.§.ſi quis ex his vbi dicitur inteſtatum patremfamilias hãc ſententiã facere, cum reſcinditur teſtamentũ, & cum quis obtinet in querela inofficioſi teſtamenti, perinde eſt ac ſi inteſtatus deceſſiſſet paterfamilias, & nullũ omnino teſtamentum feciſſet, quia ad cauſam inteſtati res recidit. Hinc conſequitur victori hæreditatem eſſe reſtituendam, ſi victoria in hoc iudicio faciat inteſtatũ defunctũ, dubium non eſt quin victori hæreditas ſit reſtituẽda, quia inofficioſum eſt teſtamẽtũ. Ego dixi ſupra, hanc querelã inofficioſi teſtamẽti cũ petitione hæreditatis coniungi ſolitã fuiſſe, l. ſi quis filiũ. C. eod. itaque dicendũ eſt hæreditatẽ reſtitui debere, vt oſtendit Vlpian. in ſpecie, quæ aliquã obſcuritatẽ videtur habere. l. filius. 16 §. contra. hic. Quidam filius emancipatus à patre præterijt patrẽ ſuum, exhæredauit filiã ſuam, aduerſus hoc teſtamentũ filia habet querelã inofficioſi teſtamenti. Pater autẽ habebat bonorũ poſſeſſionẽ cõtra tabulas iure manumiſſionis, id eſt, emãcipationis, habebat etiã iure paterno, vt ego dixi ſupra. Dixi .n. etſi præteritus ſit pater, eũ tamen habere querelã inofficioſi teſtamenti, quãuis à patre filio querela non detur. l. pater filio hic. In hac ſpecie pater poterat agere querela inofficioſi teſtamẽti, ſed voluit agere vt manumiſſor bonorũ poſſeſſione contra tabulas l. 1. infrà, ſi quis à patre manumiſ. Hic notandũ eſt patrem egiſſe non querela, ſed bonorũ poſſeſſione, tanquã manumiſſorẽ filij ſui, ex illo edicto ſi à pat. quis manumiſ. In eo .n. iudicio obtinuit pater inſcia & ignorante filia, deinde agit filia querela inofficioſi teſtamenti, hic quæritur an ſit reſtituenda hæreditas filiæ: quæſtio & dubitatio ex eo naſcitur, quod pater non egerat aduerſus teſtamentũ, ideoque videatur ea ſententia ius facere, ſed non ita eſt. Non enim egit querela inofficioſi teſtamenti pater, ſed petiit bonorũ poſſeſſionẽ contra tabulas, quæ datur iure prætorio. Illa autẽ bonorum poſſeſſione contra tabulas filij ſui, quam pater, vt manumiſſor accepit, teſtamentũ ad irritũ recidit Nam ſi obijciatur filiæ agenti de inofficioſo res iudicata, reſpondebit an teſtamẽtum inofficioſum eſſet an non, in eo iudicio quæſitũ non fuiſſe. Ius autẽ teſtamẽti accipere debemus, vt conueniat titulo. Ius etiã teſtamenti accipimus, an inofficioſum ſit an non. Ideoque cum filia patris teſtamentũ vult dicere nullũ, hoc iudiciũ ei obeſſe nõ poteſt. Quæſitũ eſt tamen eum de iure paterno non egit, vt manumiſſor, ſi egiſſet de inofficioſo teſtamento vt parens, aliud dicendũ eſſet. hinc igitur notãdum eſt, victori in hoc iudicio reſtituendã eſſe hæreditatem, ſi is qui agit querela inofficioſi teſtamenti obtineat. Hinc etiã colligimus actiones cõfuſas reſtitui, vt dicitur in l. eũ qui, §. vlt. hic. Pone defunctũ inſtituiſſe extraneũ hæredẽ creditorẽ ſuũ, & exhæredaſſe filium, deinde filium egiſſe de inofficioſo teſtamento, & obtinuiſſe, ſcriptus hæres cogetur reſtituere hæreditatem huic filio, ſed actio, quæ cõpetebat ei aduerſus defunctũ, quę eſt extincta propter confuſionẽ reſtituetur. Nã adeundo hæreditatẽ amiſerat actionẽ, quæ ei cõpetebat aduerſus defunctũ: quippe qui idẽ non poteſt eſſe creditor & debitor. Sed cum aditio illa nulla ſit, reſtituitur ei actio amiſſa: nullam vim habet, nullum effectum ea aditio, poſtquam teſtamentum pronũciatum eſt inofficioſum in ſpecie propoſita. Hæres ſcriptus à quo euicta eſt hæreditas, aget aduerſus eum qui obtinuit in querela inofficioſi teſtamenti ea actione, qua egiſſet aduerſus defunctum. Similis ſpecies eſt in leg ſi maritus. 21 C. eod. Maritus inſtituit vxorem ſuam hæredem, exhęredauit filiam ſuam, filia agit de inofficioſo teſtamento, auocat hæreditatem à matre, mater à qua euincitur hæreditas, experitur aduerſus filiam, quæ amiſit hæreditatem, eadem actione quæ competebat aduerſus maritum, ſi quid forte maritus ei debebat. Quod autem diximus reſcindi teſtamentum, hoc intelligendum eſt reſcindi, vel in totum vel pro parte. Aliquando enim accidit, vt pro parte reſcindatur, pro altera parte ratum maneat. Quamuis in regula iuris dicatur neminem poſſe pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum decedere. l. ius noſtrum. infra de reg. iur. hic tamẽ accidit vt quis teſtatus, & inteſtatus decedat. duo exempla hæc ſunt: vnum eſt in l. nam etſi. §. filius. Filius exhæredatus eſt à patre, cum duo hæredes eſſent inſtituti, paterno teſtamento egit filius aduerſus vtrũque diuerſis iudicijs, aduerſus vnum obtinuit, ab altero ſuperatus eſt. Hic certe pro parte teſtamentum reſcinditur, pro altera firmum manet: is erit pro parte hæres, ab inteſtato habebit cohæredem pro altera parte ex teſtamento. hoc videtur contrarium illi regulæ quam nunc adduximus. Sed hoc receptum eſt in querela inofficioſi teſtamenti, & in alijs quibuſdam ſimilibus iudicijs ſæpe accidit ex poſtfacto, vt rupto vel irrito facto teſtamento, teſtamentum pro parte valeat, & pro altera parte reſcindatur. Sed ab initio hoc fieri non poteſt, niſi qui teſtamentum facit miles ſit, vt poſtea dicemus. Vnde hæc hæreditas partim eſt teſtamentaria, & partim legitima. Similis ſpecies eſt in l. circa. 24. hic. frater egit de inofficioſo teſtamento aduerſus teſtamentum fratris, duo erant ſcripti hæredes teſtamẽto fratris, quorum vnus notatus erat infamia. dixi cõpetere fratri aduerſus teſtamentum fratris, querelam inofficioſi teſtamenti: ſi frater inſtituerit teſtamento ſuo turpem perſonam. l. fratres. C. eod pone ergo fratrem inſtituiſſe vnum ex hæredibus honeſtum hominem, alterum autem turpem & notatum aliqua turpi macula, vincit vnum ex his hæredibus, ab altero autem vincitur, ſicque frater partim teſtatus, partim inteſtatus deceſſiſſe videtur. Huc pertinet quæſt. tractata in l. mater, hic. Eſt ſpecies obſcura & difficilis, vt multæ ſunt aliæ huiuſmodi, Pauli. hæc lex inter damnatas leges enumeratur. Obſcura autem & difficilis eſt, his qui phraſin & rationem loquendi huius auctoris non ſatis perceperunt. Ego admonui ſuperiori anno in interpretatione l. inter ſtipulantem. §. ſacram. & l. quidam cum filium, ſi quis legat. d. l. quidam cum filium, & d. §. ſacram, ſi ſit alicuius iudicij facile intelliget eiuſdem auctoris eſſe, etſi inſcriptionem non viderit. Sæpe videtur Paulus affirmare, cum tamen hoc dicat diſputando. Mater habebat duas filias: vnam præterijt, alteram inſtituit ex quadrante, ex maiore parte, nempe ex dodrante, hæredem inſtituit extraneum. Dubitandum non eſt quin filiæ præteritæ competat querela inofficioſi teſtamenti. Nam præteritio matris habetur pro exhæredatione. §. vlt. Inſtit. de exhæred. liber. hæc filia præterita de inofficioſo egit & obtinet. Nos proponimus vnam ex filiabus ſcriptam fuiſſe hęredem ex quadrante, quæritur quomodo ei ſuccurrendum ſit. Quæſtio ex eo naſcitur, quod videtur omnino infirmatum eſſe teſtamentum, quomodo igitur ei ſuccurretur? nõ enim æquum eſt eam fraudare. Non eſt æquum, vt hæc filia reſciſſo teſtamento per querelam inofficioſi teſtamenti totam conſequatur hæreditatem. hoc enim iudicio res ad cauſam inteſtati reducitur, id eſt, perinde eſt ac ſi paterfamilias inteſtatus deceſſiſſet. quod ſi mater inteſtata deceſſiſſet, hæc filia pręterita ſemiſſem tantum hæreditatis conſecutura eſſet. Ergo non plus conſequetur, quam ſi mater inteſtata deceſſiſſet. diſputat. dici poteſt. In ſpecie propoſita videtur ideo filia præterita, ſi petat totam hæreditatem, & obtineat in querela inofficioſi teſtamenti, quaſi omittere ab inteſtato. Ea quæ ex teſtamento adiit hęreditatem, non poteſt petere ab inteſtato. Nã videtur omittere hęreditatem

tem ab inteſtato. ſi etiam petat ex teſtamento, non poteſt, quia teſtamentum reſciſſum eſt. *Præterea dicendum eſt.* non eſt ſimilis omittenti, quæ adiit hæreditatem, putans ſe ex teſtamento hæredem eſſe, non eſt intelligendum velle hæreditatem ab inteſtato habere. *Et ideo.* hic quæ egit de inofficioſo teſtamento ſemiſſem conſequetur, filia inſtituta alterum ſemiſſem conſequetur. *Licet quaſi inofficioſa.* Et ſic teſtamentum pro parte ratum manet, & pro altera parte reſcinditur: pro ea parte, reſcinditur, quam fuiſſet conſequutus extraneus, qui hæres inſtitutus eſt. *Licet quaſi.* his verbis diluit obiectionem, fieri non poteſt, vt non valeat teſtamentum pro parte, & valeat pro parte cum furioſæ ſit teſtamentum, ſed hic Iuriſconſul. addit, *quaſi,* inquit, *videatur prope ad dementiam accedere is, qui tale teſtamentum fecit.* Sententia Pauli eſt, vt puto hic teſtamentum pro parte infirmari, & pro parte ratum manere. Ceterum & ſi quis putauerit totum teſtamentum infirmari, quid obeſt quin filia inſtituta petat hæreditatem? Nam vtraque filia potuiſſet petere hæreditatem ab inteſtato. Hoc exemplo admonemur, quod à nobis dictum eſt reſcindi teſtamentum hoc iudicio, ſic intelligendum eſſe, reſcindi vel in totum vel pro parte. Itaque hic duo præcipui loci conſiderandi ſunt. Quibus prodeſt hoc iudicium, & quibus nocet iudicium contra teſtamentum. Quæritur quibus proſit hæc ſententia, deinde quibus noceat. de iis duob. videndum eſt ordine & ſigillatim.

Cap. XIII.

De his quibus prodeſt ſententia contra teſtamentum lata.

Hic locus valde obſcurus eſt, propter difficiles antinomias iuris, quæ hic reperiuntur. In primis dicitur in leg. 6. §. ſi quis ex his. hic. Si quis de inofficioſo egerit, cum ei querela de inofficioſo non competeret, & obtinuerit. Aduerſarius contendebat in iudicio eum nõ poſſe ab inteſtato ſuccedere defuncto: is nihilominus obtinuit. Quæritur quibus proſit hæc ſententia, & dicitur ei non prodeſſe, ſed iis tantum, qui ab inteſtato poterant ſuccedere. Diuerſum eſt, quod dicitur in l. filio. 16. & l. ſi non mortis. §. vlt. In d. l. filio. mater præterit filium, & filiam ſuo teſtamento, filius egit querela inofficioſi teſtamenti cõtra teſtamentũ matris, filia non egit, vel non obtinuit. Ibi dicitur in hæreditatẽ legitimã fratri non concurrere: nunc dicimus victoriam vnius aliis prodeſſe, qui ab inteſtato ſucceſſuri eſſent, ſed ſi mater inteſtata deceſſiſſet, potuiſſet ab inteſtato filia ſuccedere.

Aliud eſt in l. ſi non mortis. 25. §. vlt. hoc videtur magnopere pugnare cum §. ſi quis ex his. nam in hoc §. dicitur victoriam eius, qui non poterat queri, quia non erat filius, vel pater vel frater, & obtinuit, quia nemo eum repulit, ei non prodeſſe huiuſmodi ſententiam, ſed aliis, qui ab inteſtato ſucceſſuri erant defuncto. hic dicitur victoriam prodeſſe. Dixi in hac querela locum eſſe edicto ſucceſſorio, & liberos præcedere parentes, & parentes præcedere cognatos. hic dicitur, ſi pater obtinuerit, quem tamẽ præcedebat filius, excludere præcedentes perſonas, & admitti ad hęreditatẽ. hæc valde pugnantia ſunt. Ego non conterã tempus in recitãdis aliorũ opinionibus. Mihi videtur hunc, qui vicit, nõ fruſtra videri viciſſe, ſed per conſequentiam etiam ceteris, qui ab inteſtato ſucceſſuri eſſent, prodeſſe, ſi teſtamentum non eſſet factum à defuncto. hic locus hoc ſatis probat, in l. ſi mortis. §. vlt. ſed nos torquet explicatio d. §. ſi quis ex his. Ego ſolitus ſum ſic interpretari: *Non ei proficit victoria,* id eſt, non tantum ei proficit victoria, ſed etiam aliis, qui ſucceſſuri eſſent ab inteſtato. Non dubito quin hoc durum videatur iis, qui non ſunt exercitati in formula loquẽdi iuris auctorũ. Vnũ ſimile exemplum eſt in l. lex Cornelia. §. domum. inf. de iniuriis. Domum accipimus non proprietatem, ſed etiam habitationem, id eſt, non tantum proprietatem. Sic accipimus quod dicitur in l. 1. infra de aqua quoti. & æſtiua. hoc maxime conſentaneũm eſt iis quæ diximus, in l. mater. In ſpecie huius legis mater obtinuit. & victoria eius non tantum ei prodeſt, ſed etiam ſorori, & ſoror poteſt etiam petere ab inteſtato. Ad l. filio. in princ. d. l. filio, non obſtat. egit pro parte, inquit, prodeſt ſententia iis, qui repudiarint. l. qui repudiantis. 17. l. ſi proponas §. vlt. Hoc proprium eſt huius iudicij. hoc iudicium multa ſingularia habet, quę non reperiuntur in aliis actionibus ordinariis. *Cum facerent inteſtatum.* Sic legendum eſt: in aliis libris legitur: *Cum facerent teſtamentum.* Quod hic dicitur de centumuiris à nobis ſup. explicatum fuit, dixi hoc iudicium eſſe centumuirale. l. vlt. C de petit. hæred. & l. Titia. hic. huic ſimile eſt, quod dicitur in l. ſi proponas. §. vlt. *Victoria vnius prodeſt alteri.* niſi repudiauerit. Ad mouendam querelam inofficioſi teſtamenti, dixi præſtitutum eſſe quinquennium. Dixi duo hic quæri circa hunc locum. Quibus proſit ſententia contra teſtamentum diximus. Nunc ad cetera, quæ ſequuntur, progrediamur.

Cap. XIV.

De his quibus nocet hæc ſententia.

Sententia quæ contra teſtamentum datur, non tantum nocet ſcripto hæredi, ſed etiam legatariis, & fideicommiſſariis, quibus in teſtamento aliquid relictũ eſt, etiam ſi Libertas relicta ſit. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. hic. Adeo verum eſt, quod diximus infirmari teſtamentum, vt ne legata quidẽ aut fideicommiſſa quæ relicta ſunt eo teſtamento valeant. Simile eſt quod dicitur in l. repudiantis. §. vlti. Diximus rẽs inter alios actas, aliis non nocere. l. ſæpe. de re iudi. Sed aliquando ſententia ius facit etſi inter alios dicta ſit. veluti ſi quid ſine colluſione vlla, parte præſente iudicatũ ſit. Et hoc receptũ eſt in quæſtione nobilitatis, ſicut dicitur in quæſtione ſtatus, cum quæritur an aliquis ſit liber, an ſeruus, an paterfamilias, filiusfamilias. l. 3. de liber. agnoſ. Hoc intelligẽdum etiam ſi clauſula codicillaris adſcripta ſit teſtamento. Quæſitum etiam fuit da effectu ſententiæ, quæ fertur in querela inofficioſi teſtamenti. Et diximus diſtinguendos eſſe tres caſus. Nam aliquando ſententia fertur contra teſtamentum, aliquando pro teſtamento, interdum etiam variæ ſunt iudicum ſententiæ, vna eſt pro teſtamento, altera contra teſtamentum. De ſententia, quę datur contra teſtamentum dicere cœpimus. Et diximus eam ſententiam non tantum nocere ſcriptis hæredibus, qui ſunt in eo ſcripti teſtamento, ſed etiam legatariis, & fideicommiſſariis: imo etiam iis, quibus relicta eſt libertas, quamuis alias libertas maxime fauorabilis ſit. hæc enim ſententia ius facere dicitur, etſi alias res inter alios iudicata aliis non præiudicet. l. ſæpe. de re iudic. Hinc quæritur, ſi adiecta ſit clauſula codicillaris teſtamento, an legata & fideicommiſſa & libertates relictæ debeantur? hæc quæſtio tractatur in l. Titia. 13. Proponitur huiuſmodi ſpecies, de qua conſultus Scæuola reſpondit. Mater quædam cum duas filias haberet, alteram inſtituit, alteram præteriit ſuo teſtamento: filio autem ſuo legata dedit. Ex hoc teſtamento dubium non eſt, quin cõpetat querela inofficioſi teſtamenti filiæ præteritæ, nam præteritio matris, vt diximus, pro exhæredatione habetur. Sed dubitatio & quęſtio naſcitur ex clauſula quã adiecit mater teſtatrix ſuo teſtamento. *Volo,* inquit, *hæc omnia præſtari ab omni hærede meo.* Etiam ſi quis mihi ſucceſſerit ab inteſtato. hæc eſt clauſula codicillaris, quæ magnam vim habet ad confirmationẽ legatorum, & fideicommiſſorũ. l. vlt. C. de codicil. l. ex teſtamento, l. eam quam. C. de fideicom. l. ex ea ſcriptura. ff. de teſtam. l. ſi patroni. 55. §. vlt. ad ſenatuſconſ. Trebel. quãuis alias teſtamentum nõ valeat, quia omiſſa eſt ſolennitas in faciendis teſtamentis ne-

ceſſaria, vel quia adita non eſt hæreditas, nihilominus propter hanc clauſulam debentur legata, quia voluit teſtator ea legata præſtari ab omni hærede, etiam qui ſucceſſurus eſt ab inteſtato. Vnde probabiliter quæſitum fuit apud Scæuolam in propoſita ſpecie, cum reſcinditur teſtamentum, tanquam inofficioſum, propter filiam præteritam, vt diximus, an legata debeantur propter hanc clauſulam adiectam, quæ alias non deberentur. Subiicitur ad finem huius capitis nota quædam Pauli. *Paulus notat ac probat.* vult Paulus in propoſita ſpecie non deberi legata, aut fideicommiſſa ab inteſtato, etiāſi teſtator expreſſerit, ſe velle à quocunque hærede ſuo, etiam legitimo ſuccedente ab inteſtato, legata relicta præſtari. Demens non magis codicillos facere poteſt, quam teſtamentum. l. 2. & l. diui. §. codicillos. ff. de iure cod. Ergo clauſula codicillaris non poteſt facere, vt teſtamentum conditum à demente valeat, etiam in vim codicillorum. Sanitas mentis neceſſaria eſt in codicillis faciēdis, ſicut in teſtamēto faciēdo. *Quaſi à demente.* His verbis Iuriſconſultus ſignificat, quod dicitur in leg. 3. hic. ſanū mentis eum nō eſſe, qui indigni & innocentem filium excluſit ab hæreditate ſua, cum in hac re idem fecerit, quod quiuis demens facaret ſine cauſa: excludere filium ab hæreditate ſua, dementiæ eſt. Hæc ſententia Pauli eſt Scæuolam notantis. Nam Paulus notas ſcripſit ad reſponſa Scæuolæ. Sed conſiderauit Scæuola, non continuo dementem eſſe, qui immerentem ab hæreditate ſua excluſit, qui exhæredauit. Et multum intereſt inter teſtamentum factum ab homine demente, & teſtamentum factum ab homine ſanæ mentis. Sed probabilis eſt ſententia Pauli quam hic ſequi debemus. Quidam ex eruditis noſtri temporis, inter quos Franciſcum Conanum honoris cauſa nomino, cuius præclara monumenta magnam gloriam auctori ſuo pepererunt, exiſtimauit Scæuolam hic inepte reſpondiſſe ad quæſtionem propoſitam. Ego autem alias de hoc genere reſpondendi veterum Iureconſultorum maximeque Scæuolæ ſcripſi, edito de hac re nominatim libello. Scripſi hic non ad propoſitam quæſtionem reſpondiſſe Scæuolam. Scæuola hic ius certum reſpondet more veterum Iuraconſultorum. Reſpondet Scæuola, quod certi iuris eſt, ſicut in leg. à teſtatore. infrà de conditio. & demonſtrat. reſpondet poſſe quem cōmittere fidei eorum, quos ab inteſtato ſibi ſuccedere ſperat, non tantum eorum fidei quos inſtituit hæredes in teſtamento ſuo, vt legata & fideicommiſſa præſtent. Et ſic exiſtimauit Scæuola in propoſita ſpecie, nihil eſſe, cur ab illo certo iure recedendum eſſet. Non inepte igitur hoc ab eo reſponſum eſt. Paulus tamen ab eius ſententia receſſit motus alia probabiliori ratione, quod videatur quaſi ab homine demente hoc teſtamentum factum eſſe. vt in lege tertia, hic. quia propoſita fuerat generaliter quæſtio. Conſultor non ſatis expreſſerat id, de quo dubitaret, quia videbat eum non ſatis exprimere id, de quo conſulebatur, ideo dicit: ſi hoc quæratur. Ideo mirum non eſt, ſi reſponderit, ſub conditione. De centumuirali iudicio, non eſt neceſſe hic plura dicere, quamuis Accurſius centumuirale iudicium à centumuiris, id eſt, ſenatoribus dictum eſſe putet. Centumuiri erant, qui de petitione hæreditatis, & de inofficioſo teſtamento iudicabant. Quod autem diximus ſententiam, in querela inofficioſi teſtamenti latam, contra teſtamentum nocere legatariis ac fideicommiſſariis, aut iis quibus libertates relictæ ſint teſtamento, hoc intelligendum eſt cum aliquot exceptionibus.

Vna eſt in l. cum mater. quæ eſt ex libro ſingulari Pauli, de centumuirali iudicio. In hac ſpecie de qua cognoſcens decreuit Adrianus Imperator, teſtamentum rumpitur quantum ad inſtitutionem attinet, ſed legata & libertates nihilominus præſtantur. In qua ſpecie expendendum eſt & conſiderandum, non poſſe factum matris argui, quaſi ea receſſerit ab officio pietatis, cum falſo mater audiſſet filium in militia deceſſiſſe, & alios hæredes in teſtamento inſtituiſſet. Hoc caſu credibile eſt, ſi mater intellexiſſet filium ſuum viuere, eum hæredem inſtituturam eſſe. Viſum eſt Adriano ſatis eſſe, ſi querela inofficioſi teſtamenti ita rumpatur teſtamentum, vt partem ſibi competentem filius conſequatur, quæ ſibi debetur ab inteſtato, ſed tamen quod ad legata, ratum ac firmum teſtamentum maneat. Quæ ſequūtur in eodem capite multum obſcuritatis habent. Illud annotatum eſt, *Nam cum inofficioſum.* Sunt qui ita interpretentur hæc ſequentia verba, quaſi Paulus reprehendat notetque quod Adrianus decreuit de libertatibus & legatis, vt legata & libertates præſtentur, quaſi hac ratione nitatur, qua decretum illud Adriani Imperatoris quaſi abſurdum ſit, ex eo teſtamento quod inofficioſum arguitur, legata & fideicommiſſa præſtare. In hanc ſententiam video deſcendere eruditos quoſque noſtri temporis, quibus vix aſſentiri poſſum. Mouet me ambiguitas huius orationis, & quod ſuperius tradidimus, locum communem tractantes de interpretatione iuris ex titu. de legibus, & ſenatuſconſul. l. in ambigua. Dixi in ambigua oratione accipiendam eſſe eam interpretationem, quæ vitio caret. Hanc autem quam ſequimur non poteſt dici, meo iudicio, carere vitio. vix enim credibile eſt Paulum tantum ſibi arrogaſſe, vt decretum principis, quodque legis vim habet, auſus fuerit notare & reprehendere. Sæpe quidem accidit, vt alij aliorum ſcripta notent & reprehendant. Ex Iuriſconſ. videmus Paulum aliquando reprehendere Scæuolam, aliquando notare Papinianum. Sed magna temeritas & audacia hæc fuiſſet, decretum principis reprehendere & notare, quod vim & auctoritatem legis habet. Cum igitur hoc dubium ſit, mihi ita videtur accipiendum eſſe, vt non reprehendatur reſcriptum principis. Nihil enim viſum eſt dignius notatu, & ſingularius in reſcripto principis, quam id quod dicitur de legatis & libertatibus. Ergo hoc merito annotari debuit, quod adiicitur in decreto Adriani principis. Hæc interpretatio, pace aliorum dixerim, mihi videtur longe probabilior & melior eſse. Quod quæritur vtrum in hac ſpecie rumpatur teſtamentum, quantum ad inſtitutionem attinet, certum eſt filium præteritum non poſse rumpere teſtamentum, niſi per querelam inofficioſi teſtamenti. l. præcedente. §. vltim. ſed nobis faceſſit negotium l. 3. C. eod. eam legem iam nos interpretati ſumus, ſed vt eius ſententia melius intelligatur, & vt facilius conciliari poſſint, quæ videntur diſſentire, aliquid de ea re repetendum eſt in d. l. 3 C. eod. Eadem ſpecies proponitur vt videtur, & tamen cōſtitutum eſt præteritionem matris haberi pro inſtitutione, perinde eſſe ac ſi mater inſtituiſset filium quem præterierat, ignorans ſe eum filium habere. hic autem præteritio matris habetur pro exhæredatione, & neceſſaria eſt querela inofficioſi teſtamenti ad rumpendum teſtamentum, alias ad hæreditatem aſpirare non poteſt filius præteritus: ſic dicitur in l. 3. C. eod. ſi modo fecerit teſtamentum, duoſque filios quos habebat inſtituerit, aliumq; poſt teſtamētum factum ſuſceperit, deceſſeritque nulla eius facta mentione, eum haberi pro inſtituto, ſi ei nō licuerit poſt partum mutare teſtamentum, puta quia in puerperio deceſſit: ſed in ea hypotheſi, vt ego docui in eius legis interpretatione, aliq; ſunt circūſtātiæ ob quas reſcripſit Imperator filium præteritum à matre perinde habendum eſſe, ac ſi inſtitutus hæres eſſet. In primis fauor teſtamenti id poſtulat. Secundo proponitur matrem non potuiſſe mutare ſuum teſtamentum, & deceſſiſſe in puerperio, deinde alios filios hæredes inſtituiſſe.

hæ cir-

hæ circumſtantiæ ſuadent pleniſſime fauendum eſſe eios teſtamento. Credibile eſt eam ſimul inſtituturam eſſe hunc, ſi ei licuiſſet mutare teſtamentum. His igitur circumſtantiis, quæ multæ & variæ ſunt, adductus Imperator ita reſcripſit. Hæ ſpecies multum diſſimiles ſunt, quę tamen Imperitis & rem non ſatis expendentibus ſimiles eſſe videntur. Hoc accidit iis, qui diligenter exercitati ſont in quoque arte, cum alij videantur plane cęcutire, qui res diſtinguere, aut diſcernere non poſſunt. Reſciſſo ergo teſtameoto per querelam inofficioſi teſtamenti, legata & fideicommiſſa, imo etiam libertates relictæ non debentur. Inde quæritur quid ſi teſtamentum pro parte tantum reſciſſum ſit: hac enim querela variis modis teſtamentum reſcinditur, vt teſtator habeat teſtamentarios hæredes, & legitimos ſimul. l. circa. hic. Quid igitur ſi teſtamentum reſciſſum ſit pro parte, quid dicemus de legatis & fideicommiſſis? hæc quæſtio tractatur in l. cum duobus. C. eod. vbi dicitur, legata, quæ diuiſionem recipiunt, pro parte præſtari, ſi teſtamentum pro parte reſciſſum ſit, quæ vero noo recipiunt diuiſionem, ea in ſolidum præſtari debere.

Quæſtio eſt etiam de repetitione legatorum ſolutorum, vel fideicommiſſorum ſi ſoluta ſint, hæres ſcriptus in teſtamento inofficioſo legata & fideicommiſſa ſoluit, & libertates præſtitit: reſciſſum eſt teſtamentum querela ioofficioſi teſtamenti, quæritur an poſſit repeti quod ſolutum eſt? hæc qoæſtio tractatur duob. in locis. in l. Papinianus. §. ſi ea cauſa. & l. cum qui §. item quæſitum. hic. In vna lege dicitur repetitionem ei dare, qui teſtamento exhæredatus eſt, vel ei qui ſoluit. In alia lege dicitur: Si ſciens ſoluerit non poſſe repetere, & hunc locum tractaut infra ſub ti. de coodic. indeb. ad l. 6. vbi dicit noo mirum eſſe, vt quod quis ſoluit, alius repetat. hæc quæ diximus, locum habent ſecundum ius antiquum, quod in Pandectas relatum eſt. Hodie autem per nouellam conſtitutionem Iuſtiniani, quando per querelam inofficioſi teſtamenti teſtamentum reſcinditur, legata & fideicommiſſa debentur, & quæcunque teſtamento relicta ſunt, firma & rata manent, reſcinditur teſtamentum tantum, quantum ad inſtitutionem attinet, Nouella conſtit. 115. io Norica editiooe vulgo inſcribitur, vt cum de appel. Hac de re tamen controuerſia eſt, nec mirum eſt eos in tantam controuerſiam incidiſſe, cum dubitarint. an querela inofficioſi teſtamenti per eam conſtitutionem ſublata ſit. hæc quæſtio plene tractata fuit à nobis: Ego dixi nunquam veniſſe in mentem Iuſtiniano, vt querelam inofficioſi teſtamenti tolleret, ſed Iuſtiniao. vult ſi quis egerit querela inofficioſi teſtamenti, noo aliter vincere ſcriptum hæredem in teſtamento, quam ſi obſeruata fuerint ea, quæ conſtituta ſunt ea conſtitutione. Oportet primum, vt filius exhæredatus ſit, ob iuſtam cauſam, & ea expreſſa ſit à teſtatore in teſtamento. Deinde quod probet hæres ſcriptus veram eſſe cauſam. Si hæc obſeruata oon fuerint, vult Iuſtinianus poſſe reſcindi teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. hæc continentur Iuſtiniani conſtitutione, ſi eam non cauillemur. Tenendum ergo eſt Iuſtinianum ea noua conſtitutione iuri antiquo derogare, quod iam recitauimus, & hodie in querela inofficioſi teſtamenti, ſi reſciſſum fuerit teſtamẽtum, nihilominus legata & fideicommiſſi deberi. Sic decretũ illud Adriani proxime ad ius hoc nouum accedit. Et forte exemplum huiuſmodi decreti vtilitate eius percepta mouit Iuſtinianum, vt latius produceret vtilitatis cauſa. hic eſt effectus ſententiæ, quæ datur contra teſtameotum io querela inofficioſi teſtamenti. Sed animaduertendum eſt, ſuperius dicta iotelligenda eſſe, ſi appellatum oon ſit à ſententia. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. Nã ſi prooocatum fuerit ab ea ſententia contra teſtameotum, ſuſpenditur interim effectus ſententiæ. Eſt locus commonis de effectu appellationis. l. 1. ad ſenatuſcon. Turpill. vbi dicitur prouocationis remedio ſententiam extingui. l. 2. §. vlt. infra de pœnis. Damnum enim non intelligimus, qui appellauit à ſententia aduerſus eum lata. Vnde omnia manere debent in eodem ſtatu, ſi appellatum ſit à ſententia, quæ aduerſus teſtamentum lata eſt.

Notandum tamen eſt victori ea cauſa, in hoc caſu, decerni ioterim alimenta. Et de hac re eſt locus obſeroatione digniſſimos in l. ſi inſtituta §. de inofficioſo. hic Sententia lata fuit contra teſtamentum. hic dicitur: ſcriptus hæres appellaoerat, quamuis regulariter appellatione pendente nihil innouandum ſit, tamen in hoc caſu æquum viſum eſt, vt victori decernantur alimenta, vſque ad finem litis. hic magna æquitas, & magna ratio ſuadet, vt interim victori prouideatur, propter magnas circunſtantias. hic expendendæ ſunt circunſtantiæ, propter quas hoc placuit imperatoribus. Conſiderat in hac ſpecie in primis filium eſſe cui prouidetur, proponitur pupillus eſſe. Ætas etiam ſuadet vt ei conſulatur, proponitur inops eſſe, ita vt aliter ſe tueri nequeat, proponitur etiam lata eſſe pro eo ſententia, non contra eum, quod diligenter conſiderandum eſt. Suſpenditur quidem effectus ſententiæ, propter appellationem, dum pendet appellatio, ſed interim tamen præſumitur pro ſententia. l. Herennius. §. Caio. infr. de euict. ne propter moram iudicij egeat pupillus, filius inops, vt hic proponitur. Igitur non immerito placuit ei alimenta pro modo facultatum decerni dum pendet appellatio. Hoc exemplum ſecuti videntur eſſe Pontifices in abbatibus & monachis ſuis. c. ea parte. de accuſat. Si monachus litiget contra abbatem ſuum, lite pendente, interim cogetur ei abbas alimenta præſtare, ne bis forte moriatur, qui alioqui connumeratur inter mortuos. Hæc de ſententia, quæ datur aduerſus teſtamentum.

Cap. XV.

De ſententia pro teſtamento lata.

Et in primis dicendum eſt, ſicut ſententia lata contra teſtamentum ipſum teſtamentum reſcindit, ita etiam ſententia lata pro teſtameoto ipſum teſtamentum iofirmat, ea loco à contrario ſumpto ex l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. Deinde addendum eſt, & hic eſt alius effectus huius ſententię, quod qui ſuccumbit in hoc iudicio, cum ſententia fertur pro teſtamento, perdit quicqoid relictum eſt ſibi eo teſtamento, id ei aufertur tanquam indigno, & fiſco vindicatur. l. Papinianus. §. meminiſſe. Si quid forte ei legatum ſit teſtamento, is ooo poteſt petere, hac pœna plectitur propter improbam accuſationem, & querelam ſuam, idque ablatum vt indigno, fiſco vindicatur, ſicut alia quæque quæ indignis auferuntur, quod notandum eſt. nullibi enim tam aperte expreſſum eſt, vt quæ indignis auferuntur, fiſco vindicentur. Et eſt locus communis de legatis, quæ vt indignis auferuntur. Studioſi eſt diligenter hæc notare, & in iudicea referre: hoc autem interpretatur Vlpianus in verbis ſequentibus: ſi quis perſeuerauerit in lite, quam improbã vocãt, vſque ad ſentẽtiã, hac plectitur pœna: deinde addit Iuriſcõſ. ſi abſente eo pronũciatum fuerit, ſecundum partem præſentẽ, nihilominus eum conſecuturum, quod ei teſtamento relictum eſt. Quod diximus auferendum eſſe legatum, vt indigno ei qui falſo accuſauit teſtamentum, & fiſco vindicandum, intelligendum eſt, ſi lata ſit ſententia pro aduerſario, eo præſente: ſi vero lata ſit eo abſente, non plectetur hac pœna. Simile eſt quod dicitur in l. ſi ideo. infra de euict. Si lata ſi ſententia emptore abſente, non habebit actiooem de euictione, ſed habebit ſi lata ſit eo præſente, & eootradiceote. *Ceterum ſi id rogatus*. hoc pertinet ad ioterpretatiooẽ, dicimus eũ amittere legata, &c. Quid ſi legata ſit ei pecunia & fideicõmiſſa eius.

Digitized by Google

vt eam alij reſtituat, an illud legatum amittet? Et dicitur, quia eius emolumentum ad eum non pertinet, id legatum non vindicari fiſco. tota enim hæreditas non vindicabitur fiſco, ſi hæres inſtitutus, qui iuſſus eſt alteri hæreditatem reſtituere, non obtinuerit in querela inofficioſi, ſed id tantum quod per legem Falcidiam potuit detrahere. Diximus ſupra, hanc querelam dari tantum exhæredato, nonnunquam præterito, vt ſi filius fuerit præteritus à matre, ſed inſtituto non competere. Sed hic dicitur inſtitutus eſſe. & his verbis innuit eum poſſe querela inofficioſi teſtamenti experiri. Sed cum diximus, inſtitutum non poſſe querelã inofficioſi teſtamenti cõpetere, id eſt, qui emolumentum ex hæreditate percepturus eſt, non intelligimus inſtituto denegandam eſſe querelam, qui rogatus eſt reſtituere, nondum tãtum nomen habet hæredis, quamuis lex Falcidia ei permittat quartam partem deducere.

Ex his quæ diximus, naſcuntur variæ quæſtiones: eas hic tractaturi ſumus: vna eſt in l. etiam. 21. hic. varia eſt lectio huius loci. In codicibus quibuſdam ita legitur, *etiamſi in querela inofficioſi non obtinuit*. & ſic legit Haloander in alijs, at in Florentinis deeſt negatio. Secundum Noricam lectionem, quæ eſt Haloandri, quæritur, ſi is qui agit querela inofficioſi teſtamenti, non obtinuerit, quia ſententia lata eſt pro teſtamento, an quod ei donatum eſt, inter viuos, qui egit querela inofficioſi, ſit ei auferendum? Et dicitur ei non eſſe auferendum. vt exempli gratia, ſi dedit aliquid filiæ ſuæ in dotem, & ea egerit querela inofficioſi teſtamenti, & non obtinuerit, quod ei dotis nomine datum eſt, non auferetur. Huic conſentaneum eſt, quod dicitur in l. poſt legatum. infra de his quib. vt indignis §. qui mortis. Cum dicimus eum, qui ſuccubuit in querela inofficioſi teſtamenti, amittere, quod eo teſtamento ei relictum eſt, hoc non pertinet ad id quod ei donatum eſt, extra cauſam teſtamenti. Sed aliter in Pandectis Florentinis legitur. deeſt negatio. Secundum hanc lectionẽ, non ponimus ſententiam latam eſſe contra teſtamentum, reſciſſum eſſe teſtamentum, ſic inſtitutus in teſtamento poterit ex hoc teſtamento petere. reſciſſo teſtamento per querelam inofficioſi teſtamenti, omnia quæ eo teſtamento relicta ſunt, ſed ei auferentur: ſed quod ei donatum eſt non auferetur ei. vtraque lectio iuri conueniens eſt. *Quae viuus ei, &c.* eſt particula reſponſi Modeſtin. ei ſcilicet, de quo conſultus fuerat, de quo quærebatur. ſumptum eſt tantum id, quod pertinere videbatur ad hunc titulum, reliquum omiſſum eſt. Ego idem alias obſeruaui in leg. curent. 22. ff. de teſtibus. cum eum locum interpretarer aduerſus aliorum ſententiam. Alia quæſtio eſt in l. filius. vel potius aliæ quæſtiones.

Prima quæſtio eſt de patre, qui egit querela inofficioſi teſtamenti iure filij. filius exhæredatus erat, egit forte pater conſentiente filio, ſi non obtinuerit in accuſatione, & ſententia feratur ſecundum teſtamentum, an quod patri datum eſt, fiſco vindicetur & publicetur? dubium non eſt quin legatum relictum filio publicetur. Sed quid dicemus de legato patri relicto? Hic reſpondet Iuriſconſultus, parat filio non ſibi victoriæ commodum. In hac cauſa nihil agitur de officio patris, ſed de meritis filij, id eſt, an filius merito exhæredatus ſit, an non ſit. Pater agit querela inofficioſi teſtamenti, non ſuo, ſed filij iure. Et perinde eſt ac ſi filius ageret filio agente de inofficioſo non æquum eſt patrem amittere quod ſibi eo teſtamento relictum eſt, propter accuſationem filij.

Alia quæſtio eſt in eadem lege. Filius exhæredatus eſt à patre, me hæredem inſtituit mota iam lite aduerſus teſtamentum patris, ego perſecutus ſum eam litem: pro teſtamento pronunciatum eſt, quæritur an amittam legatum mihi eo teſtamento relictum? Certum eſt me egiſſe iure meo, & ſucceſſiſſe in querela inofficioſi teſtamenti. Non tamen amittam illud legatum, mihi eo teſtamento relictum, quia egi iure hæreditario, nõ autem tanquam exhæredatus. Et multum refert an quis nomine proprio, an vero nomine hæreditario agat. Hæres ſuſtinet duplicem perſonam, & eius cui ſucceſſit, & ſuam. Amittit igitur is illud tãtum legatum quod perſequitur iure hæreditario.

Item ſi arrogau. Alia eſt quæſtio, ſpecies obſcuritatẽ non habet, his intellectis quæ iam diximus. Hic obiter obſeruandus eſt locus communis de bonis maternis, quoniam alij commodum victoriæ parat. Pater enim agens nomine filij de inofficioſo teſtamento, non ſibi, ſed filio commodum victoriæ parat, etiam hoc iure, quod in Pandectas relatum eſt. Alia acquiruntur filio præter caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe peculium. De caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi nulla dubitatio eſt, & hic locus oſtendit etiam hæreditatem maternam acquiri filio. l. 1. C. de bonis maternis. ſed huius rei diſputatio alio reijcienda eſt.

Alia quæſtio eſt. Legatum eſt aliquid tutori vel curatori in eo teſtamento, in quo pupillus præteritus eſt vel exhæredatus. Tutor pupilli ſui nomine egit de inofficioſo teſtamento, non obtinuit, in ea lite ſententia fertur ſecundum teſtamentum, quæritur an amittat tutor quod ſibi legatum eſt eo teſtamento. Iuriſcon. ait ſecutus reſcriptum D. Antonini non amittere. Nam tutor cogitur velit nolit competentes actiones pupillo exercere. neceſſitas enim officij ſui eum excuſat. l. tutorem. infra de his quib. vt indignis. Sed quomodo valet legatum cum teſtamentum pronunciatum eſt inofficioſum? Nam ſententia nocet legatariis. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. Reſpondet Bar. ſi teſtamentum pronunciatum ſit inofficioſum, legatum relictum tutori nihilominus præſtari, quamuis alias non præſtetur, ſed non animaduertit vir bonus hic agi de ſententia lata pro teſtamento, ſed contra teſtamentum. Cum ſententia fertur pro teſtamento, ſi nihil aliud impediat, cur non valebunt legata & fideicommiſſa? Verum eſt ad puniendum eum, qui litem improbam mouit, & ad finem in ea perſeuerauit: auferri ei legatum vel fideicommiſſum relictum tanquam indigno & fiſco vindicari. Sed fefellit Bartolum & alios confuſio & perturbatio horum capitũ, quib. multũ lucis adfert diuiſio qua vtimur.

Ex his quæ diximus, apparet magnũ eſſe effectũ ſententiæ, quæ fertur pro teſtamento, in querela inofficioſi teſtamenti. Diximus primũ eã confirmare teſtamentũ, deinde puniri eũ, qui de inofficioſo teſtamento egit, & nõ obtinuit. Nec dubitãdũ eſt, quin ſubmoueatur exceptione rei iudicatæ, is qui egit de inofficioſo teſtamento, cum abſolutus eſt hæres ſcriptus in ea querela. Sed quæſtio eſt an poſſit alia ex cauſa teſtamentum impugnare, quod teſtamentum falſum ſit, & quod teſtamẽtũ iure perfectum non ſit: hæc quæſtio tractatur in l. eum qui. hic. Is qui egit de inofficioſo teſtamẽto, & nõ obtinuit, ſi denuo agat ſubmouebitur exceptione rei iudicatæ. Quid ſi velit impugnare teſtamentũ vt falſum, nõ autem vt inofficioſum? hic dicitur non eſſe ſubmouendũ exceptione rei iudicatæ. Et idẽ de eo dicitur, qui dicit nullũ eſſe teſtamẽtum. l. cõtra maiores. C. eod. Ratio eſt, quia ex diuerſis cauſis agitur de falſo & de inofficioſo, quamuis vtraq; actio ad eundẽ finẽ ſpectet, nempe vt paterfamilias inteſtatũ faciat, vt ad cauſam inteſtati res omnino recidat, tamen alia eſt & diuerſa cauſa agendi, vtroque iudicio. Is enim qui agit de inofficioſo teſtamento, dicit defunctũ teſtamẽtũ feciſſe cõtra officium pietatis, & videri parum ſanæ mentis feciſſe, qui indigne & immerentem præterijt, vel exhæredauit filiũ ſuũ, deinde petit vt perinde reſtituatur hæreditas, atq; ſi inteſtat⁹ deceſſiſſet. In accuſatione falſi alia cauſa

eſt. Is

eſt. Is qui falſum eſſe teſtamentum contendit, non dicit teſtatorem aliquid feciſſe alienum ab officio patris, ſed accuſat vitium hæredis. Idem petit, quaſi teſtamentum nullum ſit, quod re vera nullum eſt, vt ſibi reſtituatur hæreditas. Is etiam qui dicit teſtamentum nullum, dicit ſolennia defuiſſe. Ideo exceptio rei iudicatæ non præiudicat in alio iudicio, non videtur eadem quæſtio in iudicium deduci. Et notanda eſt regula huc pertinens, in l. cum quæritur. infra de except. rei iudic. Cum quæritur an eadem quæſtio deducatur in iudicium, videndum eſt an eadem res petatur, an ex eadem cauſa, an inter eaſdem perſonas. Hæc omnia concurrere debent, vt obſtet exceptio rei iudicatæ. Aliqui argutias hic cõminiſcuntur non admodum vtiles, aiunt: Hac querela inofficioſi teſtamenti petitur hæreditas. Petitio hæreditatis eſt in rem actio. Ergo videntur omnia deducenda eſſe in iudicium, vt nocere debeat exceptio rei iudicatæ, quacunque ex cauſa poſtea quis velit agere aduerſus teſtamentum. Aiunt actiones in rem differre ab actionibus in perſonam, in re is qui agit in rem, videtur omnem rem in iudicium deducere, dicit ſe dominum: Quacunque igitur ex cauſa poſtea agat, ſummouebitur exceptione. Alias ego dixi ſub titulo de exceptione rei iudicatæ actiones in rem ab actionibus in perſonam non multum hac in re differre, ſed in vtriſque actionibus videndum eſſe, quod traditur in l. cum quæritur. de except. rei iudic. Atque ita diſtinguitur in l. ſi mater. §. 1. & §. eadem. de except. rei iudic.

Ad argumentum propoſitum reſpondendum eſt, Petitio hæreditatis in rem actio eſt, verum eſt. Is qui agit de inofficioſo teſtamento petit hæreditatem, aſſerque hanc cauſam petitionis ſuæ, quod exhæredatus ſit contra officium pietatis, verum quoque illud eſt. Ergo videtur omne ius ſuum in eam deducere. Sed facile eſt reſpondere ex his quæ diximus. Is qui agit querela inofficioſi teſtamenti, non dicit ſimpliciter ſe hæredem eſſe: ſed dicit ſe hæredem eſſe, quia indigne eſt exhæredatus à patre, ſi poſtea contendat ſe hæredem quod teſtamentum nullum ſit, quia ſolennitates in teſtamentis faciendis neceſſariæ omiſſæ ſunt, aliam cauſam adfert petitionis ſuæ. Hactenus de ſententia, quæ fertur pro teſtamento. Poſtremus locus huius diſputationis eſt de ſententiis diuerſis in querela inofficioſi teſtamenti, quē pauciſſimis verbis explicabimus.

Cap. XVI.

De Diuerſis ſententiis.

Dixi cum quæritur de effectu ſententiæ in querela inofficioſi teſtamenti, videndum eſſe, an ſententia feratur contra teſtamentum, an pro teſtamento, an vero partim pro teſtamento, & partim contra teſtamentum, quia diuerſæ ſunt iudicum ſententiæ. Si igitur diuerſæ ſunt iudicum ſententiæ, quæritur quid dicendum ſit. Hæc quæſtio tractatur in l. ſi pars. 10. hoc tit. Ergo notandum eſt inter pares numero iudices, qui diuerſas ſententias tulerunt, ſequendam eſſe eam ſententiam in dubio, quę pro teſtamento lata eſt. Hoc exigit fauor teſtamenti. Simile eſt quod dicitur in l. inter pares. de re iudic. Inter pares numero iudices, qui diuerſas ſententias tulerunt, ſequenda eſt ſententia ſecundum libertatem lata. Et hinc illud annotandum eſt, de fauore teſtamenti. Mirum eſt quod magis fauetur teſtamẽto, quam filio exhæredato, videtur filij cauſa debere eſſe fauorabilior, ſed tamen fauorabilior eſt cauſa teſtamenti. l. 2. Cod. de ſacroſ. eccleſ. hoc humanitas ſuggerit, vt id defunctis præſtemus.

Addendum eſt quod dicitur in l. 2. C. de edict. Diui Adriani tollen. Hæres ſcriptus eſt in teſtamento extraneus, is petit ſe mitti in poſſeſſionem rerum hæreditariarum, ex eo edict. l. vlt. C. eod. tit. de edict. Diui Adriani toll. Eſt remedium poſſeſſorium, filius contradicit aut vel inofficioſum, vel nullum eſſe teſtamentum patris, quæritur an interim mittendus ſit in poſſeſſionem. Et dicitur interim mittendum eſſe contra teſtamentum, hic non fauetur filio, qui ſe exhæredatum eſſe dicit, ſed potius teſtamenti conſeruationi. Et propterea dicitur hæc querela odioſa eſſe, quia per eam querelam reſcinditur teſtamentum. Addit Marcellus exceptionem, niſi aperta & euidens ſit iniquitas alterius ſententiæ. Et cum hac exceptione intelligenda eſt d. l. inter pares. de re iudic. & alia huiuſmodi. Cum dicimus ſententiam præualere in dubio, quæ ſecundum dotem lata eſt, ſecundum libertatem, ſecundum teſtamentum, hoc eſt intelligendum, niſi appareat euidens iniquitas ex actis forte ipſis iudicantis ſententiæ, quæ pro dote, libertate & teſtamento lata eſt.

In hac diſputatione de inofficioſo teſtamento, poſtremus locus eſt, qui continet exceptiones quaſdam, eorum quæ iam diximus. Sunt quidam caſus excepti in quibus ceſſat querela inofficioſi teſtamenti, atque hinc poterunt colligi defenſiones rei contra quem agitur querela inofficioſi teſtamenti.

Cap. XVII.

Exceptiones reo competentes in querela.

PRima exceptio eſt in pupillaribus tabulis, l. Papinianus. §. ſed nec impuberis. hic. Aduerſus inſtitutionem pupillarem non habet locum querela inofficioſi teſtamenti, ſi pater ſubſtituerit filio ſuo impuberi pupillariter. l. 2. de vulgar. & pupil. & tit. eod. Inſtit. hoc teſtamentum dicitur patris & filij eſſe, l. patris & filij. infra de pupil. ſubſtitut. dicitur patris eſſe factum, quia illud pater facit. Sed quia filio non ſibi teſtamentum facit, dicitur teſtamentum filij impuberis, in hoc teſtamento pupillari ceſſat querela inofficioſi teſtamenti, nec mater nec frater impuberis poteſt queri de eo teſtamento, quamquam inofficioſo, etiam ſi exhæredatus ſit: de patre dubium non eſt, quia non poſſit queri: quia hoc fecit pater, quia patris teſtamentum non poteſt facile argui. Is autem, qui agit querela inofficioſi teſtamenti, factũ patris arguit. Quid dicemus de fratre patris, qui patruus eſt filij impuberis, an poterit queri de eo teſtamento vt inofficioſo? Non poterit queri, quia teſtamentum eſt filij: non poteſt queri mater impuberis, quia teſtamentum eſt mariti, & mater non poteſt queri de teſtamento mariti. Non poteſt etiam queri auus, quia nepotis eſt teſtamentum, non patris. Et patruus non poteſt queri de teſtamento nepotis, nec frater impuberis, quia non poteſt accuſari factũ filij, quia pater ei hoc fecit. Rupto enim teſtamento paterno, rumpitur etiam pupillare, cum rumpitur omnino, non autẽ cum rumpitur pro parte. Rumpitur enim querela teſtamentum aliquando pro parte, ſi rumpatur teſtamentum paternum omnino, rumpitur etiam omnino pupillare, quia pupillare teſtamentum eſt acceſſorium.

Secunda exceptio eſt, ſi quis agnouerit iudicium defuncti. Si is qui exhæredatus eſt aut præteritus, agnouerit teſtamentum, & iuſtam non habeat cauſam, de eo teſtamento querendi, variæ ſpecies hic extant tractatæ, vnde hoc colligitur: eas breuiter perſequar. Vna eſt in l. Papinianus. §. ſi conditioni. Teſtator inſtituit hæredem extraneum quendam ſub conditione, *ſi decem dederit filio ſuo exhæredato*. filius ſciens id ſibi dari, conditionis implendæ cauſa quæ adiecta erat teſtamento, accepit, hic dicitur eum excludi querela inofficioſi teſtamenti, quaſi videatur comprobare teſtamentum defuncti. *Idem eſt, etſi.* Alia exempla ſunt in l. ſi pars. 10. §. Illud. hic. Is qui legatũ accepit ex teſtamento, quaſi ex teſtamento debitum proculdubio agnoſcit, & comprobat iudicium defuncti, accipit tanquam ſibi debitum ex teſtamento, comprobat ergo teſtamentum, quia niſi valeret teſtamentum, hoc non deberetur ex

teſtamento. Sed ſi forte quis acceperit legatum, vt alij poſtea reſtitueret: non ideo excluditur à querela inofficioſi teſtamenti: is enim iudicium defuncti agnoſcere videtur, qui aliquid capit ex teſtamento defuncti, hic re vera non capit aliquid ex teſtamento defuncti, qui alij poſtea reſtituturus eſt. Alia exempla ſunt in leg. nihil intereſt. Filio exhæredato nihil relictum eſt, ſed aliquid relictum eſt eius filio, vel ſeruo quem habebat in ſua poteſtate, is agnouit quod relictum eſt filio vel ſeruo ſuo, quæritur an repellatur à querela inofficioſi teſtamenti. Iuriſconſultus ait eum repelli: quia nihil refert an quis capiat per ſe, an vero per alium ex teſtamento tanquam ex teſtamento debitum. Contingit etiam aliquando, vt & ſi quis nihil percipiat ex teſtamento, is tamen comprobet. leg. ſi proponas. 23. Filius exhæredatus emit hæreditatem ſciens ab hærede ſcripto, is videtur comprobare iudiciũ defuncti cum emit ab eo hæreditatem, qui ſcriptus eſt hæres à teſtatore, fatetur eum hæredem eſſe. Non poteſt hæres eſſe, niſi ratum ſit & firmum teſtamentum. Ergo hic dicitur comprobare teſtamentum. Breuiter quotieſcunque approbat, aut tacite aut expreſſim, filius exhæredatus iudicium defuncti, id eſt, teſtamentum in quo eſt exhæredatus, is excluditur à querela inofficioſi teſtamenti. Quæſtio autem facti eſt, an agnoſcat, an non agnoſcat. Alia ſimilia exempla reperiuntur in leg. Papinianus. & l. pen. & vlt. hic.

Tertia exceptio eſt. Si is qui mouit querelam inofficioſi teſtamenti, poſtea diſtulerit ab ea accuſatione. l. Papinianus. §. ſi quis poſt rem, hic. Idem dicitur in l. nam & ſi is. §. 1. hic. Vt tranſeat querela ad hæredem oportet litem motam eſſe vel præparatam, & eum qui eam mouit in ea perſeueraſſe. Hoc eſt intelligendum niſi quis fraude, vel dolo aduerſarij ſui motus deſtiterit ab accuſatione inofficioſi teſtamenti. l. eum qui. ad hoc tit. hæres ſcriptus in teſtamento perſuaſit filio exhæredato, vt deſiſteret à querela inofficioſi teſtamenti, & eam derelinqueret, ſibi fideicommiſſum eſſe perſuaſit, vt ei tertiam partem hæreditatis reſtitueret, filius nimium credulus ſtatim dereliquit eam litem: hic dicitur, quia perſuaſus fraude aduerſarij fuit, eum poſſe denuo cauſam inofficioſi agere. Idem eſt & ſi fidem eo nomine datam non ſeruauerit aduerſarius, l. ſi inſtituta. §. 1. hic. filius exhæredatus mouit querelam inofficioſi teſtamenti aduerſus ſcriptum hæredem, hac lite mota ſecuta eſt tranſactio litis, conuenit vt deſiſtat filius exhæredatus ab ea lite, & certam ei pecuniam det ſcriptus hæres, eo nomine, poſtea deſtitit ab ea lite filius, ei fidem non ſeruauit ſcriptus hæres. quæritur, an poſſit rurſus agere querela inofficioſi teſtamenti? Et dicitur eum poſſe agere. Pacto non tollitur actio ipſo iure. §. pacta. Inſti. de except. Poteſt denuo agere querela inofficioſi. Et ſi aduerſarius obiiciat eum pepigiſſe, ne ageret, replicabit aduerſarium fidem ſibi non ſeruaſſe. Sed obiicitur l. cum mota. C. de tranſact. vbi dicitur querelam ſemel ſopitam reſuſcitari non poſſe, etiam ſi fides data ſeruata non fuerit, ſed agi poſſe præſcriptis verbis, vel ex ſtipulatu, ſi ſtipulatio interceſſerit, ad id quod intereſt. ſed in leg. cum mota. ſpecies proponitur, non de eo qui deſtitit ab accuſatione, agere volente, ſed de hærede eius. Ego dixi ſupra hanc querelam non tranſmitti ad hæredes niſi fuerit lis mota, aut ſaltem præparata à defuncto, ſed in ſpecie dic. leg. cum mota non videtur mota eſſe, quia deſtitit, oportet eum perſeueraſſe, & perinde eſt ac ſi non egiſſet, & id facile interpretamur, quod odioſa ſit hæc querela inofficioſi teſtamenti. d. leg. ſi pars, 10. hic. quoniam per eam reſcinditur & infirmatur teſtamentum.

Quarta exceptio eſt, ſi miles fecerit teſtamentum. Nam aduerſus militis teſtamentum non competit querela inofficioſi teſtamenti. l. ſi inſtituta. 27. §. de inofficio. hic. nec etiam ſi miles ſit, qui exhæredatus ſit militis teſtamento, dicere inofficioſum militis teſtamentum. Teſtamenta enim militis multa priuilegia habent. Idem dicitur in l. de inofficioſo. 9. C. eod. l. teſtamentum. 24. eodem. Idem dicendum eſt & de his qui milites habentur, de quib. in l. vlt. C. eod. Militare dicuntur aduocati & profeſſores. Imaginaria quędam eſt militia, & quod acquirunt dicitur quaſi caſtrenſe peculium, ad ſimilitudinem eius peculij, quod acquirit miles, in armata militia degendo. Milites armatæ militiæ duo priuilegia habent. Vnum eſt, quia poſſunt teſtamentum facere, non ſeruatis iuris ſolennibus. Alterum, quod ceſſat querela inofficioſi teſtamenti aduerſus eorum teſtamenta. Alij autem milites imaginarij non poſſunt, non ſeruatis ſolennitatibus iuris teſtamentum facere, ſed hoc priuilegium habent, quod ceſſat aduerſus eorum teſtamenta, querela inofficioſi teſtamenti. l. aduocati. C. de aduoca. diuerſo. iudic. & hac l. vlt. filijfamilias, milites & aduocati poſſunt facere teſtamentum de ſuo peculio quamuis ſint in patris poteſtate: alias autem non poſſunt, etiam ſi id pater eis permittat. Alia cauſa eſt veterani, qui miſſus eſt è militia. leg. Papinianus, §. Papinianus. hic. Hoc autem quod hic dicitur correctũ eſt per nouas conſtitutiones Iuſtiniani, aduerſus horum teſtamentum. hodie querela inofficioſi teſtamenti locum habent authent. da ſanctiſ. epiſcop. Querela etiam admittitur aduerſus ſacerdotum & clericorum teſtamentum, qui milites etiam habentur. §. ſed hæc, Nouella 115. niſi legitima portio relicta ſit filius, vel alijs qui poſſunt impugnare teſtamentum. Quæſtio tractatur de eo cui princeps permiſit liberam teſtamenti factionem, an idem dicendum ſit. Hæc quæſtio eſt in l. ſi quando. 35. C. eod. Etſi quis impetrauerit à principe liberam teſtamenti factionem, non ideo minus poterit queri de inofficioſo teſtamento, ſi aliquis indigne ſit eius teſtamento exhæredatus. Eſt locus communis de interpretatione reſcripti. Si reſcriptum impetratum ſit à principe contra ius, vel ſi ſit obſcurum, ita debemus interpretari, vt iuri non ſit contrarium, ſi quis velit impetrare à principe, vt querela inofficioſi teſtamenti non poſſit impugnari eius teſtamentum, oportet vt id exprimatur apertiſſime reſcripto. Sed obiicitur vt contraria lex, etiam. §. 1. ff. de bonis libert. vbi dicitur non poſſe expugnari liberti teſtamentum, ſi natalibus reſtitutus ſit. Idem & ſi liberam teſtamenti factionem impetrauerit. Sed hæc conſtitutio derogat iuri antiquo, vna eſt ex his conſtitutionibus, quæ inſertæ ſunt Codici poſt primam Codicis editionem. Itaque mouere nos non debet, quod dicitur in illa lege, etiam de bon. lib.

Quinta exceptio eſt, ſi aliter poſſit exhæredatus peruenire ad hæreditatem, quam per querelam. § cum autem. Inſti. eo tit. Hæc enim querela non datur niſi quoties aliter conſuli non poteſt exhæredato. exempla à nobis ſupra adducta id oſtendunt. Teſtamentum in quo præteritus eſt filius, vel exhæredatus, valet ipſo iure, nõ poteſt hæreditatem petere ab inteſtato quandiu teſtamento locus eſt. l. quandiu. de de acquir. hæredit. & l. quandiu. Inſti. da reg. iur. Neceſſaria ergo eſt ad infirmandum teſtamentum querela inofficioſi teſtamenti, quia nulla alia via peruenire poteſt filius exhæredatus ad hęreditatẽ. Ergo ſubſidiaria eſt hæc querela. Ego tamẽ dixi cõcurrere aliquãdo querelã inofficioſi teſtamẽti cum bonorũ poſſeſſione contra tabulas. l. pater filiã hic.

Sexta exceptio eſt, ſi exhæredatus habeat quartam partem hæreditatis ex iudicio defuncti, hoc. n. caſu non poteſt queri de inofficioſo teſtamento. l. Papinianus. §. ſi quis mortis. & §§. ſequẽtib. ſi erat ſolus ab inteſtato erat habiturus totã hæreditatẽ, ſi quartã partẽ totius hæreditatis ei reliquerit teſtator, ceſſat inofficioſi teſtamen-

ti que-

ei querelæ: ſi erant duo, habituri erant ſemiſſem ab inteſtato, ſi quartam partem hæreditatis habeat, non poterit impugnare teſtamentum defuncti. Videte ſpecies vos ipſi, quæ tractantur & naſcuntur ex eo quod iam dixi in eadem lege. in §. quarta. & l. ſi impubes. & l. ſi nõ mortis cauſa. Et ſimile eſt quod dicitur in l. cum quæritur. & l. parentibus. C. eod. Quarta pars debetur filio legib. quæ quarta aucta eſt conſtitutione Iuſtiniani, olim erat quarta pars eius partis, quam habiturus erat filius ab inteſtato, ſed nunc eſt tertia pars, vel ſemis ſecundum numerum liberorum teſtatoris, ſupra habent ſemiſſem. Extant apud Accurſium vulgati verſus de hac legitima. Nouel. Iuſtiniani 22. de triente & ſemiſſe. Legitimum eſt de quo aliquid lege cautum eſt. l. lege obuenire. de verb. ſignifi. & l. legitima. de pact. Sed certum eſt hanc portionem proficiſci à falcidia. Nam ad exemplum legitimæ falcidiæ factum eſt ſenatuſconſultum Trebellianum. & dicitur falcidia in Auth. de immenſ. donat. §. hinc nobis cura. de triente & ſemiſſe. Aucta eſt falcidia vſque ad tertiam partem, vel ſemiſſem ſecundum numerum liberorum, hoc reperietis in Græca cõſtitutione. vel in tranſlatione Haloandri: in vulgari conſtitutione, nulla eſt mentio. Sed ibi falcidia accipienda eſt proportione quæ debetur filiis. Quo autem titulo relinqui debeat hæc legitima, quæritur in authentica de triente & ſemiſſe. Expreſſum nihil referre quo titulo relinquatur, ſiue titulo donationis, ſiue titulo inſtitutionis, ſiue legati. Sed hoc nouella conſtitutione 115. §. illud quoque capitulum. abrogauit Iuſtinianus, vbi ait non licere exhæredare filium ſine cauſa, etiam ſi alio titulo veluti legati habeat legitimam portionem, alias reſcindetur teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. Sed ſi inſtituerit eum in legitimam, puto eum non poſſe queri de inofficioſo. Nam cum inſtituitur quis, magis honoratur quam cum ei legatum, vel fideicommiſſum relinquitur. Nam hæredem exiſtere eſt perſonam defuncti repræſentare: hæreditas iuris interpretationem habet, l. Iulian. ſi quis omiſſ. cauſa teſt. Et ſi nulla reperiantur corpora in hæreditate, hæreditas tamen eſt. Non poteſt igitur quis maiori honore alium afficere, quam eum inſtituendo hæredem. Ex his quæ diximus non poſſe querela inofficioſi agi, ſi alio modo poſſit aſpirare ad hæreditatem, manet conſtitutio Iuſtiniani quæ eſt ſub tit. C. l. omnimodo. ea conſtitutione cautum eſt, vt ſi quid relictum ſit titulo inſtitutionis: ſic enim legendum eſt, vt ceſſet querela: ſed poſſit agi vt ſuppleatur, quod legitimæ portioni deeſt. Mentio huius cõſtitutionis eſt Inſtit. vbi Iuſtinianus ait, ad verecundiam naturæ eam conſtitutionem à ſe latam eſſe, omnino contraria non eſt iuri veteri. poſteriores leges ad priores trahi debent, ſicut priores ad poſteriores. l. non eſt nouum. de legibus & ſenat. & ſic abſoluta eſt grauis iſta diſputatio de hoc legitimæ ſupplemento, déque ipſa legitima.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. OCTAVI DIGESTORVM, TIT. I. DE SERVITVTIBVS.

VERBVM hoc, ſeruitus, variam ſignificationem habet. Nam in primis pro ſtatu & conditione eorum hominum accipitur, qui dominio & poteſtati alienæ ſubiiciuntur l. 4. ff. de ſtatu homi. Quo ſenſu tabularios à veterib. ſeruos publicos dici exiſtimo. l. non aliter. 18. ff. de adopt. l. 2. ff. rem pupil. ſal. fore. Nam ſerui cuiuſque ciuitatis, aut Reipubl. huic muneri olim ſolebant adhiberi, antequam id Arcadij & Honorij lege vetitum eſſet. l. generali. Cod. lib. 10. tit. 69. de tabul. Poſt cuius tempora, qui de iure ciuili ſcripſerunt, non ſeruos, ſed perſonas publicas ipſos vocare cœperunt. l. orphanotrophos. 30. C. de epiſc. & cler. §. cũ autẽ. Inſtit. de adop. Eſt & genus quoddam colonorum, qui idcirco ſerui à iuris auctoribus dicuntur, quod nunquã liceat eis agrũ eum, cui colendo ſeſe addixerunt, dominis inuitis deſerere, illis, meo iudicio, non abſimiles, qui apud Lacedæmonios [illegible], apud Athenienſes [illegible], aut quos Galli hodie manus mortuæ homines vulgo appellant, C. libr. 11. tit. 47. de agric. & cẽſit. & tit. 51. de colo. Thraceenſ. Nam licet horum ſit alia conditio, quam captiuorum: tamen ſpecies quædam eſt ſeruitutis à certo loco non poſſe recedere. Vnde Chryſippus, auctore Seneca, perpetuum mercenarium ſeruum eſſe dicebat. Reperitur & tertia huius verbi ſignificatio. Nam ſeruire dicitur res vel alteri rei, vel perſonæ, cum certis modis, de quibus poſtea dicemus, obnoxia ſubiectaque redditur. Quo ſenſu in hoc & ſuperiore lib. paſſim accipi debet. Hanc ſeruitutẽ diuidit Martianus in 1. ca. huius tractatus. Hæc de homonymia huius vocabuli. Quibus facile poteſt interpretum error cõuinci, qui tres ſeruitutum ſpecies eſſe, aſſerunt, vnam perſonalem, quæ debetur à perſona perſonæ. Alteram, quæ à perſona rei, vel à re perſonæ debetur. Cũ enim ſeruitus verbũ ſit [illegible], id eſt variæ ſignificationis, vt diximus, ſatis perſpicuum eſt, quam inepta ſit illa diuiſio, ac eis omnino ſimilis, quas peritiſſimi dialecticorum merito improbarunt, vt, taurorum alius eſt mons, alius ſydus, alius animal.

De diuiſione ſeruitutum.

RES ſeruiens, aut perſonæ, aut rei alteri, veluti prædio, ſeruit. hinc ſeruitutes dicũtur à Martiano. l. 1. partim perſonarũ. partim rerũ eſſe: perſonarũ, vt vſus, & vſusfructus. Eſt autẽ vſusfructus, ius alienis reb. vtẽdi, fruẽdi, ſalua earũ ſubſtãtis. l. 1. ff. de vſufruct. Nec dubiũ eſt, quin hæc ſit propria & magis vſitata apud iuris auctores huius verbi ſignificatio. Vſusfructus tamẽ dicitur pars dominij, quaſi dominiũ ex proprietate & vſufructu cõſtet, & pro ea cõmoditate vtẽdi & fruẽdi, quã dominus habet in eo, ꝓprie vſurpetur. not. in. l. 4. ff. de vſufruct. in l. recte. 25. ff. de verb. ſignifi. Cicero ad Curionẽ ait id eſſe cuiuſq; ꝓpriũ quo quiſq; fruitur atq; vtitur. Vnde vſusfruct. diuiſio in formalẽ & cauſalẽ orta, & ab interpretib. cõficta eſt. Vſus ab vſufructu in quo differat, tractatũ eſt ſuperiore lib. tit. de vſu & habit. Verũ ſeruitutes ſũt veluti iter, actus via, & cęterę ſeruitutes, tã

Digitized by Google

ruſticorum,quam vrbanorum prędiorũ,quas & ſimpliciter ſeruitutes nonnunquam appellari animaduertimus.l.4.ff hoc tit.l.ſtipulationes non diuiduntur. 72.ff. de verb. oblig. & §. vlt. Inſt. de vſu & habit. vt conſtet ſeruitutem, ſicut ad optionem tum generis,tum ſpeciei nomen eſſe. atque ita accipi in iſto probabile eſt,cum perſonales ſeruitutes ſuperior liber contineat. Nec vero hic ſeruitutem naturalem illam intelligimus,propter quam aquæ pluuiæ arcendæ actio datur. Eſt enim hæc inferiorum prædiorum conditio, vt ſuperioribus ſeruiant, & natura profluentem aquam excipiant: niſi lex fundo dicta,vel temporis vetuſtas repugnet. l. 1. & 2.ff. de aqua pluuia arcenda. Et quoties naturalis ille curſus aquæ,opere aliquo manufacto impeditur, & nocet,ſuperioris agri dominus ea actione experiri poteſt:nam ſeruitus de qua hic loquimur,naturalis non eſt:ſed impoſititia, nec aliter competit, quam ſi agro impoſita fuerit.leg.de pupillo.5.§. Sextus Pædius.ff.de noui operis nuntiat.

De definitione ſeruitutis impoſititiæ realis,& eiuſdem diuiſione.

HVius ſeruitutis hæc nobis videtur commoda definitio, nec multum à vulgari diſcrepans: Seruitus eſt ius prædiis inhærens, quod vnius vtilitatem reſpicit: ſed alterius libertatem minuit. In hac definitione,generis locum ius obtinet. Seruitus enim omnis,res eſt incorporalis, & in iure conſiſtens. l. 1.ff.de ſeruit. ruſt. præd. l.1. ff de rer. diuiſ.& Inſti.de reb.corp.& incorp. Dicitur in eadem definitione, prædiis:quia ſine duobus prædiis,ſeruiente ſcilicet & dominante,acquiri non poteſt ſeruitus. l. 1.ff. commun. præd. l. via. 23. § ſi fundus. ff. de ſeruit. ruſtic. præ. Dicitur inhærens:quia fundum vtrumque ſequitur ad quemcunque tranſierit. Ex his perſpicuum eſt, cur ſcripſerit Papinia.ſeruitutem non perſonæ,ſed prædio deberi.leg.vnus ex ſociis. 34.ff.de ſerui.ruſti.prædio. Nam etſi perſonæ deberi non male dicatur.l.2. ff. ſi ſeruit.vindic.tamen quia non niſi gratia prædij conſtitui poteſt,eundemque perpetuo comitatur, figurata locutione dicitur prædio deberi magis,quam perſonæ. Cui ſimile eſt quod alibi Papiniа inquit, in vectigalibus ipſa prædia, non perſonas conueniri: & vno defendente cauſam communis aquæ,dari prædio ſententiam.l.7. Imperatores. ff.de public.l. 37. qui aliena. §. vlt. ff. de negot. geſt. Poſtrema verba ſumpſimus ex Vlpiano. d. l. de pupillo.5.§.Sextus.ff.de operis noui nuntiat. verſi.Impoſititiam.&c. Ius,inquit, ſuum minuit, alterius auxit, qui ſeruitutem ædibus ſuis impoſuit. Hæc ſeruitus in vrbanam & ruſticam diuiditur,de quibus infra proprij & ſpeciales extant tit. Huc pertinet quod ſeruitutes alias in ſolo,alias in ſuperficie conſiſtere,Paulus ait. l.3.ff de ſeruit. Nam quæ in ſolo conſiſtunt dicuntur ruſticæ, quæ in ſuperficie,id eſt ædificio,dicuntur vrbanæ. Quandoquidem vrbana prædia omnia ædificia vocamus. l. ſeruitutes quæ. 19. ff.de ſeruit.vrban. prædio. ſed de his poſtea dicemus fuſius. Non me latet eam Pauli diuiſionem aliter accipi ſolere,ſed hæc mihi aptior videtur commodiórque interpretatio, quam & Harmenopulus probat lib. 2. προχειρ.νομ.

In l.2.hoc tit.1.de ſeruit.quæ ſic habet: Vnus ex dominis communium ædium ſeruitutem imponere non poteſt.

IS demum, qui dominus eſt prædij, ſeruitutem imponere poteſt.l.1 ff.commun. præd. Quod ſi plures ſint domini, conſenſus omnium eſt neceſſarius. l. per fundum.11 ff.de ſerui.ruſtic.præd.l. vlti. ff. cõmu.præd. vnus vero ex pluribus dominis eam nequit imponere, vt hac l.ſi vnus. 2. Quia ſi in ſolidum & toti fundo imponat,manifeſta eſt iniuria,quã ſocius infert, eius partem,quæ libera eſt,onerando ſeruitute.Sed etſi pro parte tantum ſua imponat, nihil agit:quia ſeruitus non recipit diuiſionem l.ſtipulationes non diuiduntur. 71. ff. de verb.oblig.Excepto tamen vſufruct. l.5.ff de vſufructu. nam cum partes ſingulorum incertæ ſint, & per totum prædium ſint diffuſæ, vt nulla ſit vel minima gleba, in qua ſinguli partem non habeant: qui fieri poteſt,vt vnã partem abſque alia quiſpiam attingat?Itaque cum fundus regionibus diuiſus eſt,partéſque certæ,ac ſeparatæ ſingulorum ſunt,vni ex eis, ab eo qui dominus eſt, ſeruitutem imponi nihil vetat.l.certam.6.inſ. eo.l. ſi quis duas 6.§. ſi quis partem infra commun.prædiorum.

In l.3.Seruitutes prædiorum aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtunt.

SEruitutes in ſolo dicuntur conſiſtere, quæ à domino ſoli,aliæ in ſuperficie, quę à ſuperficiario imponuntur. Nam licet ſuperficiarius vere dominus non ſit; quia tamen quaſi dominus eſt,& agit in rem vtiliter ad exemplum domini, conſequens eſt ſeruitutem eum conſtituere poſſe.l.1.ff.de ſuperficie.l.ſuperficiario. 74. ſupra de rei vindi. Poteſt & hæc diuiſio de ſeruitutibus ruſticis & vrbanis intelligi.l.ſeruitutes,quæ 19.infra de ſeruit.vrba. præd.verum ea ſeruitus peremptо iure ſuperficiei euaneſcit atque extinguitur, ne plus iuris habeat is qui accepit,quam qui dedit.l.lex vectigali.31. infra de pigno.

In l.4.Seruitutes quidem ipſo iure.

SEruitutes prædiorum cauſas habere perpetuas Paulus ſcribit, l.foramen. 27. infra de ſeruit.vrb.præd. Proinde non videbatur ex tempore, aut ad tempus ſub conditione,aut ad certam conditionem ſeruitus conſtitui poſſe, idque iure ciuili vetuſto inductum erat, quod ipſum ius ἱερατικὸν vocari, alias docuimus in cõmenta.de in litem iurando. Attamen hac ſubtilitate neglecta placuit prudentibus, ſi is cui conſtituta eſt ſeruitus alio tempore, quam de quo actum eſt,ea vti velit,confeſſoriáque actione experiatur, eum exceptione ſummouendum eſſe. Æquiſſimum enim viſum eſt quod conuenit ſeruari, vtcunque ſtricta ratio diſputandi repugnet.l.1.in pr.ſupra de pact.l.ſi ita vulneratus.52. §.fin.infra ad leg. Aquil. Denique in pleriſque caſibus huc animaduerti poteſt.l.certo generi. 13. infra de ſerui. ruſtic. præd. l.obligationum fere.ff.de oblig.& act. §. ſi ita.Inſtit.de verb.oblig.

In §. Modum adiici.

NOn tantum generaliter poteſt & indefinite concedi ſeruitus aliqua, velut actus,de quo hic Papinianus loquitur, id eſt ius agendi iumentum vel vehiculum,quodcunque illud ſit, & quacunque ex cauſa agatur: verumetiam præſcribi poteſt modus & certa ratio vtendi ea ſeruitute: vt in exemplis hic adductis videre eſt. Contractus enim ex eo quod conuenit, legem accipiunt, auctore Vlpiano in l.1.§ ſi conuenit,infra depoſiti.

In § Interualla quoque.

QVamuis in hac conſtituenda ſeruitute conuenerit, vt ea certis diebus tantum & ſuis horis vti liceat, non continuo tamen dicenda eſt ex tempore & ad tempus conſtitui,quaſi ſint plures ſeruitutes,quarum ad tempus aliæ, aliæ ex tempore conſtitutæ videantur. Eſt enim vna atque eadem ſeruitus, cuius quidem vſus propter modum ſeu legem dictam conſtitutioni intermittitur: Nam & curator furioſo datus habenti dilucida quædam interualla ſanæ mentis,nomen curatoris in omne tempus habere dicitur,& effectum quoties morbus redierit, idque Iuſtiniani conſtitutione expreſſum eſt.l.6 cum aliis.Cod.de cura.furio. Quod eſt accipiendum ſi ſemel & eodem tempore conſtituta fuerit ſeruitus. ſi enim prius nocturnæ aquæ,deinde alia ceſſione diurnæ quoque ductus fuerit conceſſus,duplex eſſe ſeruitus intelligitur. l. ſi prius nocturnæ. 17. infra de aqua

plu.arc.

plu. arceri. qua de re latius in l. ſi ſic conſtituta. 7. infra quemadmo. ſeruit. amit.

In l.5. Via, iter, actus, aquaeductus eiſdem fere modis conſtituuntur, quibus & vſumfructum conſtitui diximus.

QVibus modis vſusfructus conſtituatur, ſupra docuit Caius, nempe contractu & teſtamento. l. omnium 3. & l. vſusfructus, 6. ſupra de vſufruct. Nunc iiſdem modis conſtitui ſeruitutes prædiorum ait: ſed animaduertendum eſt, licet ex ſtipulatione acquiratur actio perſonalis, qua promiſſor ad id quod intereſt condemnatur, non aliter tamen actione in rem confeſſoria, quæ aduerſus quemlibet alium impedientem vti ſeruitute comparata eſt, experiri poſſe, quam ſi fuerit ei quaſi poſſeſſio tradita. quod quemadmodum fiat, poſtea dicemus in l. quoties via, 20. infra eod. Illud quoque ſupradictis adiiciendum eſt, ſeruitutem largo vſu acquiri poſſe, quamuis de titulo acquiſitionis non conſtet. l. ſi quis diuturno. 10. infra, ſi ſeruit. vindice. Sed cur hic additum eſt a Caio iiſdem fere modis &c. Quia pro parte indiuiſa poteſt conſtitui vſusfructus. l. 5. ſupra de vſufruct. Seruitutes prędiorum non item, vt alias omittam differentias, quas ex hoc & ſuperiore libro cuiuis obſeruare facile eſt.

In §. vſus ſeruitutum temporibus ſecerni poteſt.

IDem, ſed aliis verbis hic reperitur quod ſupra ſcriptum eſt ex Papini. l. ſeruitutes. 4. in fi. ſupra hoc tit. Nec quemquam moueat quod à Pomponio dicitur, *vſum ſeruitutum indiuiduum eſſe.* l. viæ. 17. infra eod. quaſi inter ſe hæc pugnantia ſint. Nam in partes pro indiuiſo non poteſt diuidi ſeruitus, vt ſupra diximus, & poſtea exactius diſputabitur, ſed certis modis, puta temporibus, aut menſuris, ſeruitutem diuidi nihil prohibet: cum hæ partes ſint certæ, nec vllum ex huiuſmodi partitione naſcatur incommodum. l. ſi diuinarum. 2. infra de aqua quotid. & æſtiu. & l. arbor. 19. infra commun. diuidundo.

In l. 6. Ad certam partem fundi ſeruitus, tam remitti, quàm conſtitui poteſt.

QVuniam hic Paulus de impoſitione ſeruitutis, & eiuſdem remiſſione loquitur, vt tota res explicetur commodius, ſeparatim de vtraque eſt videndum. Igitur communium ædium dominus pro parte illi parti, quæ incerta eſt & pro indiuiſo, non poteſt ſeruitutem imponere. leg. 2. ſupra eod. Eſt enim coniuncta & confuſa cum partibus aliorum ſociorum, vt ab eis nequeat diſcerni. Itaque is, cui conſtituta eſt ſeruitus, ea vti non poteſt, niſi in ſolidum, id eſt, pro parte cæterorum quoque, idque cum ipſorum incommodo & iniuria, qui eiuſmodi conſtitutioni non conſenſerunt, ſed cum diuiſus eſt fundus inter eos, qui communem habebant, cœperúntque certas partes pro incertis habere, liberum eſt ſingulis, quamcunque ſeruitutem voluerint parti ſuæ imponere. Poteſtque hoc caſu is, cui conſtituta eſt ſeruitus in ſolidum ea vti abſque alterius incommodo, cum eius partem non attingat. l. ſi quis duas. 6. §. ſi partem. infra commu. prædio. Eadem eſt ratio cognitionis ſeruitutis, quæ & impoſitionis. Nam vnus ex eis communium ædium ſeruitutem illis acquirere non poteſt. l. pro parte. 11. infra eod. & l. ſi vnus. 19. & 34. infra de ſeruit. ruſt. prædio. Nec enim pro ea parte, pro qua dominus eſt, quæ ſcilicet eſt indiuiſa, dari ei poteſt, quia ſeruitus in eiuſmodi partes diuiſionem non recipit. d. l. 2. ſupra eod. nec in ſolidum, quia alteri acquireret, nempe ſocio contra regulam iuris. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. de verbor. obligat. Ceteræ vero parti & pro indiuiſo, vt loquimur, nihil impedit quominus ſeruitutes acquiramus. Nam diuiſo fundo regionibus, non iam pars fundi, ſed fundus dici debet. l. ſi quis duas. §. ſi partem. Quod ad remiſſionem ſeruitutis attinet, ſic dicendum eſt: Si duo ſint domini communis fundi, cui debeatur aliqua ſeruitus, vnum ex his remittendo ſeruitutem nihil agere: quia cum diuiſionem non admittat, per partes remitti non poteſt. Itaque non impeditur alter ſocius in ſolidum, vt prius, ea ſeruitute vti, alioqui vti non poſſet. l. vnus. 34. infra de ſeruit ruſtic. prædio. Similiter ſi vni tantum ex dominis fundi communis ſeruitutem fundo meo debitam remiſero, libertas nulla hoc modo adquiritur, ne aut diuiſio ſeruitutis fiat, aut alteri acquiratur, contra iuris rationem. d. l. viæ. infra eod. & d. §. alteri. At ſeruitus quæ conſtituta eſt ad fundi certam partem, & pro indiuiſo, recte ab eis domino remittitur. Eodem modo ei, qui certæ parti, quam poſſidebat, ſeruitutem impoſuit, remiſſio facta valet, vt ex iam dictis facile colligitur.

In l. 7. vt pomum decerpere liceat.

OBſcura admodum eſt huius Paulinę ſententiæ ratio, cum certiſſimum ſit hęc iura non voluptatem modo, ſed etiam vtilitatem adferre poſſe. Huc accedit quod voluptatis quoque & amœnitatis gratia ſeruitus recte conſtituitur. l. hoc iure 3. infr. de aqua quotid. l. cõpetit. infra quod vi aut clam. Itaque probabile eſt ſeruitutem pro reali tantum hic accipi: vt ſupra annotauimus in cap. 1. interpretatione. Quod genus ſeruitutum perpetuam continuámque cauſam habere debet: éſtque earum conditio & natura, vt nullo non tempore liceat eis vti. d. l. foramen. infra de ſeruit. vrb. præ l. 1. §. hoc interdicto. infra de iti. fact. l. 1. §. loquitur. infra de aqua quoti. Seruitutes autem perſonarum, quamuis carentes proprie nomine, fortaſſis hæc iura recte quis dixerit. Proinde vbi ſemel conſtituta fuerint, à quocunque vindicari poterunt, & ſimul cum perſona extinguentur. l. pecoris. 4. & l. ſeq. l. Lucius. 37. infra de ſeruit. ruſtic. l. Mela. 14. inf. de alim. & ciba. legat. de qua re extat Longouallij copioſa diſputatio.

In §. Si prædium tuum mihi ſeruiat.

SEruitutem adquiri per partes non poſſe hic dicitur: itaque ſi habeam vnum fundum tecum communem & alterum proprium, inutiliter paciſcimur, vt fundus meus proprius communi, aut communis proprio ſeruiat. l. ſi quis duas. 6. § fi. infr. commun. præd. Nam alioqui aut diuiſionem reciperet ſeruitus, aut res mea alteri rei meæ ſeruiret, quod fieri non poteſt: cum ſeruitus in re aliena tantum ſit. l. in re communi. 25. infra de ſeruit. vrb. præd. l. vti frui. 5. ſi vſusfruct. petat. Receptum tamẽ eſt vtilitatis cauſa, vt ſi poſt conſtitutam ſeruitutem communicatum fuerit alterutrum ex prædiis, aut etiam vtrumque, nihilominus manet ſeruitus: quamuis ſtricta ratio, ſubtilitaſque repugnet: quoniam ſine incommodo & iniuria cuiuſquam hoc ſit. l. ſi quis ædes. 29. infra de ſeruit. vrban. præd. l. 140. infra de verbor. oblig. Nec nouum eſt, vt eorum quæ iam perfecta ſunt conſeruandorum gratia, iuris ſubtilitas aliquando negligatur, cum initiorum habeatur ratio. l. patre furioſo. 8. ſup. de his, qui ſunt ſui vel alieni iuris.

In l. 8. Ius cloacæ immittendæ ſeruitus eſt.

FAllitur quiſquis exiſtimat in numero ſeruitutum ea tãtum haberi, quæ propriam appellationem ſortitæ ſunt, vt itineris, actus, viæ, aquæductus: altius tollendi, & aliæ eiuſmodi innumerabiles ſunt. Nec enim vno proprio nomine omnes poſſunt deſignari: cum vere dicatur plura negotia eſſe, quam vocabula. l. 4. infr. de præſc. verb. Quare dubitandum non eſt, quin cloacæ immittendæ ſeruitus ad prædiorum vtilitatem recte conſtituatur, quæ an ruſtica, an vrbana ſit, poſtea videbimus in l. 2. infra de ſeruit. ruſtic. præd.

In l. 9 Si cui ſimpliciter.

CVm ſimpliciter, id eſt, nulla definita certa parte, ceſſa eſt alicui, vel legata via per fundum, facultas eſt debitori per quam partem fundi velit conſtituere

ſeruitutem, modo abſque damno & captione creditoris id fiat. l. ſi via. 26. infra de ſeruit. ruſtic. prædio. Nam ſi locum parum idoneum, aut modum definire velit inuito creditore, adeundus erit arbiter, qui hanc controuerſiam dirimat. l. certo generi. 13. §. 1. de ſeruit. ruſt. præd. Quod ſi ſeruitus abſque loci determinatione fuerit conſtituta, liberum eſt ei per quamlibet fundi partem ire, ciuiliter tamen. Nam per vineas, ſegetes, per mediam denique villam tranſire, cum alia ſint loca non minus idonea, inciuile eſt. l. ſi mihi conceſſeris. 21. & l. ſed quæ. 22. infra de ſeruit. ruſt. præd. & l. fi. infra de aqua quotid. Verum enimuero vbi ſemel partem vnam fundi elegerit creditor, non licebit ei mutata voluntate, per aliam partem ire aut agere, vt hic Celſus ait. Diuerſum ius eſt in vſu domus alicui conceſſo, ratioque diuerſa. Expedit enim vſuario prout temporis conditio exigit, modo in illa domus parte habitare. l. diuus, §. licet. ſupra de vſu & habit. Sane domino fundi ſeruientis, à quo conſtituta eſt ſeruitus, deſtinata certa parte per quam eatur, mutandæ voluntatis facultas non eſt adimenda, quod ſine fraude & incommodo alterius fiat. l. 2. ad fin. de relig. & ſump. fun.

In l. 10. Si iter legatum ſit, quà niſi opere facto ire non poteſt, licere fodiendo, ſubſtruendo iter facere, Proculus ait.

TAmetſi is, cui iter debetur per certum fundum, in eo ædificare prohibeatur. l. ſi eo loco. 9. infr. ſi ſeruit. vin. quodcunque tamen opus in eo facere ei licet, ſine quo ſeruitute vti non poteſt. Itaque ſi eius rei gratia arbores inciderit, aut vias complanarit, lege Aquilia, quaſi de damno iniuria dato, non tenebitur. l. ſeruitutes. 19. §. ſi domo. infra de ſeruit. vrbano. l. Quintus. 15. de ſeruit. ruſtic. l. refectionis. 12. infra commu. prædio. l. ſi prius. 17. §. placuit. infra de aqua pluuia arcenda.

In l. 11. Pro parte domini ſeruitutem acquiri non poſſe vulgo traditur.

VNus ex dominis communis fundi, ſtipulando ſeruitutem ei fundo, nihil agit. l. ſi vnus. 19. infra de ſerui. ruſt. l. proprium. 5. infra commun. prædi. Nam pro ea parte qua dominus eſt, nempe indiuiſa, non poteſt ei dari, nec conſtitui. pro qua parte dominus eſt ſolum, non poteſt vti ſeruitute, ſed in ſolidum. Nam ſi dominus eſſet in ſolidum fundi dominantis, quomodo alter ea vteretur, qua ſe pro parte vti aſſerit? Actus enim corporalis quo vtitur in hac re integer ac ſolidus eſt. Ideoque neceſſe eſt vt ſinguli ſtipulemur, aut ſeruus communis ſingulorum nomine. dict. l. ſi vnus. At enim in ſolidum & toti fundo adquiretur, cum in partes diuiſionem non recipiat. Fortaſſe obiecerit quiſpiam, ſed impedit alia iuris ratio quo minus id fiat. cum inutiliter alteri ſtipulemur, idque quam ob rem iure conſtitutum ſit, non ita pridem docuimus in tractatu de verborum obligat. in l. ſtipulatio iſta. §. alteri. Nec aduerſatur huic ſententiæ, quod alibi dicitur, proprietarium poſſe, non conſentiente vſufructuario, fundo ſuo ſeruitutem adquirere. l. 33. & ſi quid. ſupra de vſofruct. nam fructuarius ne pro parte quidem vlla dominus eſſe intelligitur. l. recte dicimus. 25. infra de verborum ſignific. idque ſupra in primo cap annotauimus.

In §. Et ideo ſi quis fundum habens, viam ſtipulatur & partem fundi ſui poſtea alienet, corrumpit ſtipulationem in eum caſum deducendo, à quo ſtipulatio incipere non poſſet.

HOc ita accipiendum eſt, cum ante conſtitutam ſeruitutem, & quaſi poſſeſſionem traditam, ſecuta eſt partis alienatio. l. ſi ſub vna. 136. §. ſi qui viam. infra de verbor. oblig. Nam ſeruitus ſemel acquiſita fundo, quæcunque pars eius poſt fuerit alienata, ſiue certa, ſiue pro indiuiſo, eam partem ſequitur. l. via. 23. §. quæcunque. l. ſi partem. 25. infra de ſeruit. ruſtico. Vnde ſeruitus conſtituta prædio, per partes retineri dicitur. Nam quamuis promiſſa ſit ſeruitus, ſi nondum quæſita ſit prędio, fieri non poteſt, vt ipſum ſequatur. l. vt pomum. §. 1. ſupra eod. Quid igitur ſi poſt ſtipulationem interpoſitam, totum prædium alienauerit ſtipulator? Sane multo magis dicendum eſt euaneſcere ſtipulationem, cum ſatis conſtet multo minus fundo prorſus alieno ſeruitutem adquiri, quam ſi pro parte tantum alienus eſſet. leg. ſi quis duas. 6. §. duas. l. ſi cum duas. 9. infra comm. prædior.

In §. Pro parte quoque, neque legari, neque adimi via poteſt: & ſi id factum ſit, neque legatum, neque ademptio valet.

VNus ex dominis communis prædij parti ſuæ ſeruitutem teſtamento imponere non poteſt, ac legatum eiuſmodi inutile eſt. l. 2 ſupra eod. Is quoque qui fundo, cuius eſt in ſolidum dominus, ſeruitutem imponit, deinde adimit pro parte, non in ſolidum, nihil agit: quia ſeruitus non recipit diuiſionem. l. legata inutiliter. 14. §. vlti. infra de adim. leg.

In l. 12. Non dubito, quin fundo municipum per ſeruum recte ſeruitus acquiratur.

HOc caput ad locum referri debet de perſonis, quę ſeruitutem adquirere poſſunt, quæque non poſſunt: quod enim dicitur neminem fundo ſeruitutem adquirere poſſe, niſi eiuſdem dominus ſit. l. 1. infra commu. prædio. non de ſingulari tantum perſona, verum etiam de municipio, ciuitate, ac vniuerſitate accipiendũ eſt, vt ſcilicet prædiis ſuis per ſeruos ſuos ſeruitutẽ acquirere poſſint. l. 1. & 2. infr. de acquir. poſſeſſ. l. ſi ſeruus reipub. 3. infra de ſtipu. ſeruo.

In l. 13. Si tam anguſti loci demonſtratione facta.

VIa, ius eſt eundi ambulandi hominis, & agendi iumentum, ſiue vehiculum. l. 1. inf. de ſeruit. ruſt. Cuius latitudo eſt octo pedum in porrectum, ſedecim in anfractum. l. viæ latitudo. 8. infra de ſeruitut. ruſtic. Niſi vel latiorem vel anguſtiorem contrahentibus forte placuerit. l. certo generi. 13. l. 23. infra de ſeruit. ruſtic. prædio. Quid igitur, ſi cui per locum adeo anguſtum conceſſa ſit via, vt neque iumentum, neque vehiculum per eam duci poſſit? Sane videtur ne iter quidem hac conceſſione contineri. quoniam, vt eleganter Paulus ait: qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox ſignificat, quia id non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. l. 3. infra de reb. dubi. Sed hoc dictum Pauli de rebus omnino diuerſis eſt accipiendum, via autem iter continet: & qui viam exprimit, iter quoque ſignificat, vt tanquam plus & minus ſolum differre, videantur, ſicut nauis & ſcapha. l. fi. inf. de fundo inſtr. & inſtr. le. Quare, vt actus magis valeat, quam pereat, conceſſa via per locum nimis anguſtum, iter debebitur. l. quoties. 12. infra de reb. dub. Nam in eo quod plus eſt, certi iuris eſt minus contineri. l. 1. §. ſi ſtipulanti. infra de ver. oblig. l. cum furti. infr. de in lit. iuran.

In l. 14. Seruitutes prædiorum ruſticorum, etſi corporibus accedunt, incorporales tamen ſunt.

SEruitutes omnes tam vrbanorum prædiorum, quã ruſticorum eius ſunt naturæ, vt non poſſint vſucapi. l. ſequitur. 4. §. fin. l. ſi aliena. 10. §. 1. infra de vſucapio. Non poſſunt enim poſſideri cum res ſint incorporales. l. ſeruus. 43. §. incorporales. infra de acqui. ret. dom. At ſine poſſeſſione, eaque continuata, nulla eſt vſucapio. l. 3. l. ſine poſſeſſione. 25. infra de vſucap. vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, vt tempore & diuturno vſu adquirantur. l. ſi quis diuturno. 10. inf. ſi ſerui. vind. l. 1. & 2. C. de ſer. & aqua. Nam vſus earum, poſſeſſionis loco eſt. l. quoties. 20. infra eo. Theophil. lib. 4. Inſtit. de interdict.

Vnde

Vnde eiuſmodi acquiſitio, tametſi proprie vſucapio nõ ſit. l. 3. infra de vſucap. tamen pro vſucapione habetur, & quaſi vſucapio quædam eſt, vtriſque actio eo nomine competit. d. l. ſi quis diuturno. Et quaſi ſeruitus dicitur acquiſita. l. 1. §. vlti. infra de aqua plu. arcen. Tempus autem hoc non aliud eſſe puto, quam quod rerum immobilium adquiſitione inſtitutum eſt. l. 2. C. de ſeruit. & aqua. id eſt, decem annorum inter præſentes, viginti inter abſentes. l. 1. C. de vſucap. transform. l. vlti. C. de præſcrip. longi temp. Idque generaliter accipiendum eſſe de omnibus ſeruitutibus, tam iis quarum vſus aliquando intermittitur, vt itineris & viæ, quam aliis quibuſcunque, contra Accurſ. Bartol. & aliorum omnium ſententiam contendit Longouallius, cuius opinio ſic veterum Iuriſconſul. auctoritate nititur, vt nullis cauillationibus eam conuelli poſſe exiſtimem. l. 1. §. vltim. infra de aqua plu. arcend. l. apparet. 5. infra de itin. actuque priua. cum aliis ſupra citatis. Nam cum ſcribit Pomponius ductum aquæ, cuius origo hominum memoriam exceſſerit, iure conſtituti loco habendum eſſe: non certe negat breuiuri tempore adquiri poſſe. l. hoc iure. 3. § ductus aquæ. infra de aqua quotidia. vel dicendum Pomponium loqui & intelligi de vſu ſeruitutis abſque titulo. In hac enim vſucapione titulus eſt neceſſarius, vt poſtea dicemus. d. l. ſi quis diuturno. infra ſi ſerui. vindic. Cæterũ quod in eiuſmodi acquiſitione ſit titulus neceſſarius, aut ſcientia eius contra quem vſucapit, alius eſt magis idoneus diſputandi locus.

In §. Seruitus itineris ad ſepulchrum priuati iuris manet, &c.

QVamuis adquirere nemo poſſit ſeruitutem, niſi prædij dominus: tamen iure ſingulari conſtitutum eſt, vt religioſo loco, qui in dominio commercioque noſtro non eſt, ſeruitus adquiratur. l. 1. commu. præd. Nam ſepeliendi ius, & mortuum inferendi in eum locum, dominij cuiuſdam loco habetur. Quod vſque eo probatum eſt religionis fauore, vt iter ad ſepulchrum non habenti vicinus iuſto pretio cogatur præſtare. l. ſi quis ſepulchrum. 12. infra de relig. & ſumpt. funer. vtque ea ſeruitus nunquam non vtendo amittatur. l. iter ſepulchro. 4. infra quemadmodum ſerui. amit.

In §. Publico loco interueniente, vel via publica, hauſtus, ſeruitus imponi poteſt: aquaductus non poteſt, à principe autem peti ſolet, &c.

QVod ante diximus, ſine duobus prædiis, quorum vnum ſeruiat, alteri vero ſeruiatur, ſeruitutem non conſtitui, d. l. 1. commun. prædio. non eo pertinet, vt quodcunque prædium quamlibet remotum & longe diſtans ab altero, ipſi obnoxium ſeruumque reddi poſſit, ſi forte alia quædam prædia intercedant l. ſi ædes meæ à tuis. 37. & l. ſeq. infra de ſeru. vrba. præd. Sed cum quæritur an medius fundus impediat ſeruitutis adquiſitionem, videndum eſt, an abſque vſu fundi intermedij ſeruitus conceſſa, prædio vtilitatem adſerre poſſet. l. ſeq. quoties. 15. hoc titul. Nam ſi fundus ille medius impediat vſum ſeruitutis conceſſæ, inutiliter conſtituitur, ſi non impediat contra, id quod exemplis demonſtrare nullius negotij eſt. l. vlt. infr. eod. l. ſi prius. 17. §. via. infr. de aqua pluuia arcen. l. qui ſella. 7. §. vlt. & l. vlt. infr. de ſeruit. ruſtic. l. in tradendis. 8. §. interpoſitis. infr. commun. præd. l. loci. 4. §. vltim. cum l. ſeq. infra ſi ſerui. vindi.

In l. 15. Quoties nec hominum, nec prædiorum ſeruitutes ſunt, &c.

SEruitus ita demum impoſita prædio valet ſi vtilis ſit, id eſt, ſi natura ſui poſſit alicui prædio eſſe vtilis, licet prædio cui adquiſita eſt, vtilitatem forte nullam adferat. Nam ſi quis mihi conceſſerit ius aquæ ducendæ ad fundum quempiam meum, cui irrigando, aqua opus non eſt, nihilominus debetur ſeruitus ei fundo. l. 19. infr. eo. Si vero vſui nunquam eſſe poſſit, nec ſoleat, inutiliter conſtituitur, vt exempla Pomponij hic demonſtrant. Atque idem de pacto reſponſum eſt, ſi quod conuenit paciſcentis fieri non intereſt. l. penult. nemo, ſupra de pactis. l. vlt. C. de pactis inter emptorẽ. Pacta enim & conuentiones eum in finem iure introducta ſunt, vt vnuſquiſque id ſibi adquirat, quod ſibi ſuiſque vſui eſſe poſſit. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. infra de verb. oblig.

In §. Seruitutum non ea natura eſt, vt aliquid faciat quis, veluti, &c.

SEruitus res quædam eſt, licet incorporalis, quam fundi ſeruientis dominus à ſe in alium transfert, & hac tranſlatione liberatur non aliter, quam rei alicuius corporalis venditor aut promiſſor, eam dando, vel tradendo emptori ſiue ſtipulatori liberaretur. Sicut enim venditor tradita re vendita deſinit omnino eſſe obligatus, niſi poſtea euicta fuerit, nec vlla actione magis conueniri poteſt, quam quiuis extraneus, ſi dominus, poſſeſſionem nanciſcatur: ita & de eo qui ſeruitutem venditam aut promiſſam conſtituit, dicendum eſt. Recte igitur Pomponius hic ait, ſeruitutum non eam eſſe naturam, vt aliquid faciat quis &c. Vnde quis ſe obligat ad præſtandam ſingulis annis certam fructuum quantitatem ex prædiis ſuis, nullam ſeruitutem eis imponit, nec vllum ius reale in creditorem transfert: ſed perpetuo manet obligatus. l. vlti. infra de contrahen. emp. l. fundi Trebatiani. 38. infra de vſufruct. lega. not. in l. ſi quis ita. 23. ſupra de vſufruct. Atque hinc etiam annotare poſſumus eum, qui ſeruitutem impoſuit fundo ſuo, nullos ſumptus eo nomine cogi facere, excepta ſeruitute oneris ferendi. l. ſi iter. 10. ſupra eo. l. eum debere. 32. infra de ſeruit. vrba. l. etſi forte. 6. §. etiam. & l. ſicuti. 8. § 1. & 2. infra ſi ſeruit. vindic.

In l. 16. Et, qui pignori fundum accepit, non eſt iniquum vtilem petitionem ſeruitutis, ſicut &c.

SI cui fundus oppigneratus ſit, cui ſeruitus debeatur, directa ſeruitutis vindicatio ei non dabitur, cum fundi dominus non ſit: ſed vtilis tantum. l. creditori. 9. infra de operis noui nunt. Nam nec fundum ipſum directo vindicare poteſt: ſed actione tantum hypothecaria quæ ad ius ciuile relata vtilis dicitur. argu. §. namque. Inſtit. de actionibus. Idem iuris eſt in eo, qui fundum vectigalem accepit, cui ſimiliter in rem vtilis actio datur, quamuis dominus non ſit. l. 1. §. qui in perpetuum ſupra ſi ager vectig. Idem putat dicendum Longouallius, cuius opinio probabilis eſt, de vſufructuario, qui tametſi directam non habeat ſeruitutis vindicationem: l. 1. ſupra ſi vſusfr. pet. actione vtili eam petere poteſt. l. 1. ſupra de remiſſ. l. apud. 3. §. vlt. l. ſi vſusfructus. 22. infra de aqua plu. arcen.

In l. 17. Viæ, itineris, actus, aquæ ductus, pars in obligationem deduci non poteſt.

POſt varia exempla, quibus eſt demonſtratum ſeruitutes indiuiduas eſſe: tandẽ ſubiicitur ratio: quia vſus eorum indiuiſus eſt. Cum enim ſeruitutis nulla omnino ſit vtilitas, niſi ex vſu ipſo, puta itione, aut ambulatione: cum quæritur, an ſit diuidua necne, merito ad vſum ipſum reſpicimus, qui in partes pro indiuiſo non poteſt diuidi: cum ea diuiſio fiat intellectu tantũ. Vti autem ſeruitute non poſſumus niſi corpore, vtcunque ius ipſum ſeruitutis animo & intellectu diuidamus. l. ſeruus communis. 5. infr. de ſtipul. ſeruo. Quare ſi ſeruitutis pars in ſtipulationem deducatur, inutilis eſt ſtipulatio, tanquam id continens, quod natura fieri non poteſt. Eademque ratio eſt omnium hominum factorum, quæ Raphael viſibilia appellat, nos corporalia aptius vocari poſſe alias docuimus. l. ſtipulationes non diuiduntur. 71. infra de verb. oblig. l. libertus. 15. infra de

ope liber. Iudicio autem familiæ herciſcundę, communi diuidundo non prohiberet ſeruitutis vſum diuidi, menſuris ſcilicet aut temporalibus. l. ſeruitutes ipſo quidem iure. 4. §. vlt. & l. ſeq. ſupra eo. Sed hic locus de diuiſione non in partes certas, ſed pro indiuiſo accipi debet, cum de acquiſitione in commune loquatur, in qua eiuſmodi intellectualis, vt ita dicam, diuiſio locum habet. l. non poſſumus. 7. ſup. ſi pars hæred. peta. Et appellatione partis pars pro indiuiſo intelligitur. l. ſi quis duas ædes. 6. §. ſi quis partem ædium. infra commun. prædio. l. 25. infra de verbor. ſignifi.

In l. 18. In omnibus ſeruitutibus, quæ aditione confuſæ ſunt, & cætera incipit Papinianus notat.

SEruitus extinguitur & confunditur, cum idem vtriuſque prædij dominus eſt, ſiue contractu, ſiue teſtamento. l. 1 infra quemadmod. ſeruit. amit. l. ſi quis ædes. 29. infra de ſeruit. vrba. l. quicquid. 11. infra commun. prædio Nec enim res mea mihi ſeruire poteſt. l. in re communi. 25. infra de ſerui. vrban. Quid igitur ſi fundi ſeruientis dominus eundem legauerit alteri domino ſuperioris dominantiſque fundi hærede ſcripto? Paulus hic reſpondet, ſeruitutem quidem aditione extinctam eſſe, cum hæres vtriuſque fundi dominus eſſe cœperit: ſed ſi legatarius fundum petat, exceptione doli oppoſita, ad imponendam denuo ſeruitutem cogi. Verum hoc ita eſt accipiendum, niſi fundus pure legatus eſſe proponatur: quia tunc aditione dominium eius non acquirit hæres: ſed recta via tranſit in legatarium. l. à Titio hærade. 66. infra de furt. Cum autem ſub conditione legatur, ante eius euentum hæres interim dominus eſt. l. 1. § ſerui appellatione. infr. ad ſenatuſconſ. Sylian. & Claud. Cum enim pure quidquam eſt legatum, intelligimus teſtatorem nullo modo legatam rem voluiſſe fieri hæredis, ſecus eſt vbi conditione ſuſpenditur. Nam non exiſtente conditione, teſtator voluit in hæredis dominio legatum manere.

In l. 20. Quoties via.

ADmonuimus ſupra ſeruitutem rem quandam eſſe incorporalem, quæ in alium ita transfertur, vt quaſi eius dominus effectus, eam poſtea à quocunque vindicare poſſit. l. quoties. 15. ſupra eo. Nunc quæritur quomodo in alium transferri queat. Labeo Antiſt. exiſtimabat, ſtipulatione ſine cautione opus eſſe per te non fieri &c. Quæ ſententia Priſco Iaboleno non immerito diſplicuit: quoniam nulla res ſtipulatione acquiritur, ſed tantum actio in perſonam, quæ fundi poſſeſſorem non ſequitur. l. 1. §. ii hæres. infra ad Senatuſcō. Trebel. Ratio igitur huius rei in alium transferendæ eſt duplex, vna vt inducatur in fundum, cui impoſita eſt ſeruitus, determineturque locus ab eiuſdem domino, per quem ire, vel agere poſſit. l. 3. ſupra de vſufruct. l. 1. infra de ſeruit. ruſtic. præd. Altera vt ſi in fundum inducere nolit, vel non poſſit, patiatur eum iure ſibi conceſſo vti. l. 1. & l. 3. §. dare. ſupra de vſufruct. l. ſi ego. 13. ſupra de public. in rem action. Nam eiuſmodi vſus, cum aduerſarij patientia, vim traditionis habet. Itaque interdicta, quæ iudicia tantum poſſeſſoria ſunt, vt alibi diximus, ſeruitutum nomine, quaſi poſſideantur, competere domino, vt de itinere actuque priua. & vti poſſidetis pro vrbanis ſeruitutibus. l. fin. infra vti poſſid. Quæ quidem interdicta ab actione confeſſoria non parum differunt, vt poſtea videbimus. l. 2. §. Pomponius. infra, ſi ſeruit. vindic.

In l. 21. in Pandect. Florent. eſt l. 1. tit. ſequen. de ſeruitutibus vrba. præd. & incip. Si intercedat ſolum publicum, vel via publica, &c.

HOc cap. ſupra interpretati ſumus in l. 14. §. publico. Quanquam quod hic dicit de ſtillicidiorum ſeruitute, pugnare videatur cum noſtris moribus.

In §. ſi vſusfructus tuus ſit, ædium proprietas mea.

QVamuis actio confeſſoria in rem ſit, nec aliter agi poſſit aduerſus eum, qui ſeruitutem conſtituit, quam contra alium poſſeſſorem, ſiue impedientem ageretur, vt diximus ſupra l. quoties. 15. tamen quia oneris ferendi ſeruitus hoc habet ſingulare, vt non ad patientiam tantum teneatur dominus fundi ſeruientis: ſed ad faciendum quoque contra regulam ſeruitutum. l. etſi forte. 6. infra ſi ſerui. vind. poterit ſane aduerſus eum agi, vt quod debet faciat. Quę actio vſque adeo eius perſonam ſequitur, vt ne fructuarius quidem ea recte conueniatur: nec ideo hæc perſonalis actio iudicanda eſt, cum dominus rem derelinquendo ea teneri deſinat. d. l. 6. etſi forte. ſi ſeruit. vindic.

In L. I. II. & III.

DE SERVITVTIBVS VRBANORVM PRÆDIORVM.

TITVLVS II.

EXempla quædam vrbanarum ſeruitutum, id eſt, quæ ædificiis debentur, hic recenſet Caius, vt altius tollendi, & officiendi luminibus vicini, &c. Dubium enim non eſt, quin ſeruitus dicatur hoc ius à Iuriſconſul. l. 2. infra de ſeruit. ruſt. l. in tradendis. 8. §. interpoſitis. infra commun. præd. §. æque. Inſtit. de actio. Quod tamen falſum prima ratione videtur eſſe, cum liberum ſit cuique altius tollere ædes ſuas. l. altius. C. de ſerui. & aqua. etiam ſi vicini luminibus noceatur. l. cum eo. 8. infra eod. Sed animaduertendum eſt id non adeo liberum eſſe, vt formam antiquorum ædificiorum, & vſitatam altitudinem excedere, aut ventum purgando frumentu neceſſarium, ab area vicini excludere nobis liceat, niſi ſeruitus conſtituta fuerit. l. qui luminibus. 10. infra eod. l. 1. Cod. de ædific. priua. l. vlt. C. de ſerui. & aqua. Stillicidium auertendi in aream, aut tectum vicini, ſeruitus æque neceſſaria eſt. Nam non cogitur pati vicinus, vt per tegulas domus meæ caderet aqua in ipſius ſolum, ſed cogere me poteſt ad canalem imponēdum, per quem collecta ex tegulis aqua in viam publicam defluit. l. ſeruitutes, quæ. 19. infra eod. Stillicidij non auertendi ſeruitus eſt, cum paciſcor tecum, vt tibi non liceat auertere ſtillicidium tuum in aream meam, cum forte ius auertendi habeas contractu aliquo tibi comparatum, vt Theoph. interpretatur §. 2. Inſtit. de actio. Accur. Bar. & cæteri huius notæ ſcriptores, ne verbum quidem in toto hoc cap. percepiſſe mihi videntur. Seruitutes immittendi, proiciendi, protegendique, quæ nā dicantur, alibi docet Iabolenus, l. malum 242. infra de verb. ſigni. de quibus etiam vide Budæum in annotationibus. Seruitus luminis eſt ius habendi feneſtram verſus alienas. Nam abſque conſtituta ſeruitute, lumen à nobis immiſſum non cogitur vicinus excipere. l. eos qui ius. 39. inf. eod. Cui conſentaneum eſt, & quod Xenocrates dicebat, Nihil referre, oculóſne, an pedes in alienum inferas. Plutarchus in lib. περὶ πολυπραγμοσύνης. Qui hanc ſeruitutem debet, non prohibetur altius ædificando obſcurare ædes vicini, aut proſpectum eius offendere, modo lumen totum non auferat: & propterea huius vitandi gratia incommodi perutilis eſt ſeruitus, ne luminibus aut proſpectui officiatur, de quibus plenius in l. inter ſeruitutes. 14. infra eod.

Nihil refert oculos an pedes in alienum inferas.

In L. 4. Inuitum autem in ſeruitutibus &c.

HOc verbum, inuitus, non ſimplicem habet ſignificationem. Nam in primis pro eo, qui contradicit ac reſiſtit, accipitur: vt cum Paulus ait, neminem cogi inuitum res ſuas vendere. l. non enim. infra de actio. rer. amot.

ſer. amor. Inuitus is dici quoque poteſt qei non conſentit, ac fortaſſis ignorat quod agitur; vt cent Vlpia. ſcribit inuitum procuratorem non dari. l. 8. filiuſfam. §. inuitus. l. in cauſæ. 27. ſupra de procur. & l. qui vas 49. §. vetare. Sic accipiendum eſſe mooet hic Paulus, quod 10 cap. præcedente dictũ eſt, ius non eſſe vicino inuitis nobis, altius ædificare. Nõ enim, inquit ad ſactum hæc verba referuntur, id eſt nullo opus eſt facto noſtro, puta contradictione, vt nobis inuitis altius eſſe dicatur, ſed referuntur ad ius ſeruitutis: id eſt ſufficit me ius ſeruitutis habere altius non tollendi, vt me inuito altius ædificatum dici poſſit. Et hæc ſententia noſtra eſt, de loci huius obſcuri interpretatione, quem Accurſ. minime intellexit.

L. 5. alias 6. Hæc autem iura ſimiliter vt ruſticorum præd. certo tempore &c.

SEruitutes omnes tam vrbanæ, quàm ruſticæ certo tempore non vtendo pereunt & amittuntur. infra quemadmodum ſeruit. amit. Certum autem tempus hic accipe ex conſtitutione Iuſtiniani, decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes. quamuis iure veteri non reperiatur definitum. l. 13. ſicut. C. de ſeruit. & aqua. Inter has tamen eſt aliqua diſſimilitudo. Nam ad earum quæ ruſticæ ſunt, amiſſionem ſufficit eum, cui debentur non vti. l. 4. ſequitur §. ſi viam. infr. de vſuca. in vrbanis autem præterea facto aliquo opus eſt aduerſarij, quo libertatem veluti poſſideat, eámque vſucapere poſſit. vt hęc exempla Caij ſatis aperte oſtendunt.

In l. 6. alias. 7. Quod autem ædificio meo &c.

QVi tempore conſtituto feneſtras ſuas obſtruxit verſus eas ędes, quę ſeruitutem debebant altius non tollendi, vel luminibus non officiendi: ita demum amittit ſeruitutem, ſi aduerſarius interim ædes ſuas altius ſublatas habuerit: vt dictum eſt in cap. pręced. Quid ſi arborem eodem in loco habuerit ſitam? Aliud dicendum eſt. hęc enim arboris eſt natura, vt in eodem loco & ſtatu non maneat, ſicut paries: ſed vi ventorum ſubinde agitetur, moueaturque. Itaque cum perpetuo non officiat per ſtatutum tempus, nulla poteſt vſucapio locum habere: quia æſtimationem temporis poſſeſſionis requirit. l. 3. infra de vſucapio. Quibuſdam fortaſſis videbitur motua naturalis hic accipi, vt apud phyſicos pro tranſmutatione rei, & vna forma in aliam. Pręterea, quod arbor pro tempore anni in aliam atque in aliam formam mutari ſoleat Verum ego priorem interpretationem magis probo, cum hæc à Iuriſconſultorem phraſi paulo videatur alienior.

In l. 7. alias 8. Parietem, qui naturali, &c.

PAries ædificatus in ſolo communi ad onera vicinorum ferenda, ratione quadam naturali communis eſt. l. adeo. §. cum quis. infra de acquir. rer. dom. Itaque vnus ex dominis, altero inuito, eundem demoliri & reficere non poteſt: quod eſt accipiendum, niſi refectio neceſſaria ſit. l. ſi ædes. 7. inf. commu. diuid. l. in parietis. 35. inf. de damno infect. Quo caſu etiam ſumptus in eam rem factos cogetur refundere ſocius, aut lapſis quatuor menſibus, partis ſuæ dominium amittet. l. 4. C. de ædific. priua. l. cum duobus. 52. alias eſt l. ſi fratres. 53. §. idem reſpondet. infra pro ſocio. de pariete communi aliquot in locis aliis iterum differemus. l. quidam. 12. l. fiſtulam. 18. l. hoc quod dictum. 24. l. eos. 30. infra.

L. 8. alias 9. Cum eo, qui tollendo obſcurat.

CVius eſt ſolum, eius eſt vſque ad cœlum, vt vulgo loqui ſolet. Nam cœlum quod ſupra meum eſt ſolum, mihi liberum eſſe debet. l. vlt. ſupra de ſerui. alias eſt l. 1. huius titul. de ſeruit vrban. præd. Itaque altius extollere ædes ſuas ſi nullam debeant ſeruitutem, & vicinas obſcurare cuique licet. l. 8. altius. Cod. de ſerui & aqua. hoc ita accipiendum eſſe nonnulli crediderunt, niſi forte talis elatio non proſit ædificanti; & vicino noceat. Quam ſententiam propter æquitatem & humanitatem amplector. l. 1. §. denique infra de aqua pluuia. l. in fundo. 39. ſupra de rei vindi. Quomodo accipi debeat quod eſt in l. vlti. §. cum autem. C. de ſeruitu. & aqua. ne huic capiti aduerſari putetur.

In l. 9. alias 10. Caius Marcello S.

TEſtator qui legat ædes, vel ædium vſumfructum alicui, videtur grauare hæredem ſuum, vt alias hæreditarias ædes, quæ vicinæ ſunt, non ita extollat, vt illas omnino obſcuret & inutiles reddat. Itaque hic caſus excipitur à cap. præced. vt ſeruetur teſtatoris voluntas, quem inutile legatum relinquere voluiſſe credibile nõ eſt. Itaque idem de omnibus aliis ſeruitutibus eſt dicẽdum, ſine quibus nullus rei legatæ vſus eſſet. l. ſeruum filij. 49. §. vlti. infra de leg. 1. l. damnas. 15. §. 1. infra de vſu & vſufruct. In contractu autem vẽditionis & aliis eiuſmodi locum non habet quod hic dicitur: nec fundo vẽdito iter, aut via debetur: tametſi fundus abſque ea ſeruitute nullam emptori vtilitatem adferat. l. in vendendo. 66 infra de contrah. empt. Nam defunctorum voluntates plenius interpretamur. l. in teſtamentis. 12. inf. de reg. iur. Cur ergo, dixerit quiſpiam, in contractu locationis diuerſum ius reperitur? l. ſi merces. 28 §. ſi vicinoo. infra loca. Quia hæc pręſtare debet locator, vt conductori liceat vti re locata, quod abſque ea ſeruitute non contigit: vnde in vſufructuario idem quod in conductore dicendum videtur. l. ſed & ſi quid. 23. ſupra de vſufructu.

In l. 10. alias 11. Qui luminibus vicinorum.

ITa permittitur cuique altius ędes ſuas tollendo, obſcurare alienas: vt tamen contra formam & ſtatum antiquorum ædificiorum nihil faciat, nec vſitatam altitudinem excedat. l. 1. C. de ſeruit. & aqua. l. 1. C. de ædific. priua. De qua ſi dubitetur exiſtatque controuerſia inter vicinos, ad arbitrum recurrendum eſſe admonet Vlpia. Hinc apparet ad quem vſum conſtituatur ſeruitus altius tollendi, da qua differuimus in 1. cap. enarratione.

In l. 11. alias 12. ædificia quæ ſeruitutem patiuntur.

QVi imponit ſeruitutem ædibus ſuis, ne quid ex eis altius tollat, non prohibetur quocunq; alio modo officere ædibus vicini: tametſi ad hunc finem ſit talis ſeruitutus conſtituta, vt lumina non obſcurentur vicinarum ædium. Sed ſi generaliter fuerit conſtituta ſeruitus, vt ne luminibus, aut proſpectui officiatur, quocunque modo quis offecerit, ſiue ædes extollendo, ſiue quid aliud faciendo, contra ſeruitutem impoſitam facere intelligitur. l. inter. 14. & l. 16. ſi arborem. infrà eodem.

In l. 12. alias 13. Quidam Hiberus nomine, qui habet poſt horrea mea, &c.

IN pariete communi, aut iuxta parietem communem nihil facere vni ex ſociis licet, quod ipſum corrumpat & deteriorem reddat, puta parietem proprium ſuperædificare, tubulos iuxta eum admotos habere, per quos ad calefaciendum balneum flamma aſcendat: itẽ tepidarium ſeu vaporarium habere, quod aſſiduum humorem habeat: & ſic de ſimilibus. Si quid vero ſit quod noceat, vt pingere, l. fiſtulam iunctam. 18. infra eod. incruſtare, modice humectare, non aſſidue, id vicino permittitur. Quimmo & quod nocet interdum facere poteſt, ſi ad eum vſum ſcilicet parietem extructum eſſe appareat. l. arboribus. 13. §. nauis. ſupra de vſufru. Et hac diſtinctione nullo negotio diffiniri poteſt, quod hic vulgo tractari ſolet, An liceat vicino caminũ ignis faciendi cauſa, iuxta communẽ parietem habere, ne rem illicitam faciat. Ex his etiam verbis colligit vulgus interpretum eſſe appellandam debitorem ac monendum.

Digitized by Google

à creditore, antequam in ius vocet. §. appellamus. Inſtitu. de actio. Verum ex inſcriptione apparet, atque ex toto contextu, Proculi Iuriſconſ. verba hæc non eſſe: ſed amici cuiuſdam potius & familiaris eiuſdem, qui per epiſtolam ipſum rogabat, vt Hiberum quendam admoneret rem illicitam eum facere, ſperans fore, vt Iuriſconſ. authoritas hominem moueret, cui reſpondet Proculus, ſuperuacaneam fore hanc admonitionem, cum de ea re Hiberus quidem non dubitet. Quid ſit tectorium, quid incruſtario, de quibus hac lege, §. vlt. mētio fit, docet Budæus ex Vitruuio in annot.

In l.14. alias 15. inter ſeruitutes, ne luminibus officiatur.

OBſerua diſcrimen ſeruitutum, ne luminibus officiatur, & ne proſpectus offendatur, de quibus etiam aliquid ſupra attigimus. Ex verbis illis vltimis, Opus quoque nouum ei nuntiari poteſt, &c. obſerua eſſe fauorabiliores vrbanas ſeruitutes, quam ruſticas: vtpote quæ magis neceſſariæ ſunt: nam pro ruſticis nouum opus nuntiari non poteſt. l. qui viam. 14. infra de oper. noui nunt. Simile quiddam legitur in l.5. ſupra eod. & infra ſub tit. de pigno. in l. ſed an viae. 12. Qua de re extat Zaſij diſputatio in lib. ſing. intellect. & Alciati in lib pareg. 24.

In l.15. alias 16. Lumen, id eſt, vt cœlum videatur, &c.

DIfferentiā inter ſeruitutes, ne luminibus officiatur iuxta ędes vicinas, & ne proſpectus offendatur, hic latius explicat Paulus. Quod vel ex c. ſequen. ſatis perſpicuum eſt, & præſertim ex inſcriptione. Eadem enim eſt, quæ cap. præcedentis. Ig tur in proſpectu ideo quis plus habere dicitur, quia proſpectus, inquit Paulus, non tantum ex ſuperioribus, verumetiam ex inferioribus locus eſt. Lumen ex cœlo tantum & ſuperiori loco eſt. Proinde qui debet ſeruitutem ne luminibus officiatur, iuxta ædes vicinas quiduis facere poteſt, modo lumen ex cœlo veniens non impediat.

In l.16. alias 17. Si arborem.

SEruitus luminibus non officiendi latius, patet, quàm altius ædes non tollendi, vt annotauimus in l. ædificia. 11. ſupra eod. Nam contra hanc ſeruitutem is facit, qui quoquomodo nocet luminibus: vtputa qui arborem ponit lumen impedientem. Tametſi non tantum qui altius ædes ſuas non tollat, ſolem tamen heliocamino, vel ſolario neceſſarium aufert, quamuis ædes non obſcuret: ſed & qui deprimit ædes ſuas, nonnunquam contra hanc ſeruitutem facere dici poteſt, ſi forte ex eis per refractionem, quam hic Vlpia. ἀνάκλασιν vocat, in ædes vicinas lumen deuoluatur. De heliocamino & ſolario, de quibus hic, vide Budæum in annotat.

In §. Hæc lex traditionis, &c.

CVm lege 12. tabular. ſatis eſſet in vendendis prædiis ea præſtari, quæ lingua nuncupata eſſent, quę qui inficiatus eſſet dupli pœnam ſubiret, à Iuriſconſ. etiam reticentię pœna eſt conſtituta, vt auctor eſt Cicero lib.3. Offic. Nam qui ſeruitutem, exempli cauſa, cui venditus fundus obnoxius eſt, celat emptori, actione ex empto tenetur, tametſi nominatim conuenerit, vt ſi quæ ſeruitutes debeantur, non poſſit eo nomine conueniri: quia cum ſciat deberi ſeruitutem, admonere emptorem debet. l.1. & l. quærn. 40 ff. de act. empti. vt in illa nobili controuerſia inter Gratidianum & Sergium orta, dicebat Antonius, cuius meminit Cicer. Hæc autem admonitio, & pronuntiatio perſpicuis verbis, & minime ambiguis fieri debet à venditore, alioqui tenetur ex empto actione, vt in hoc exemplo, Ædiū venditor in mancipio & traditione hanc legem dixerat, ſtillicidia vti nunc ſunt, vt ita ſint. Demum vicino ſeruitutem ſtillicidij vindicante, quam ædes venditæ debebant, egit emptor contra venditorem, contendens ea de re certiorem ſe factum non fuiſſe. Contra venditor dicebat ſe his verbis eum admonuiſſe, ſtillicidia vti nunc ſunt, vt ita ſint. Replicabat emptor, obſcura ea eſſe verba, ac ſe aliter intellexiſſe, nempe quaſi venditor admonuiſſet domum viciniam ædibus venditis ſeruitutem ſtillicidij debere. Hanc controuerſiam dirimit hoc in loco Vlpia. & ait venditorem teneri emptori. Nec eā exceptionem, quæ obſcura eſt & ambigua, quicquam ei prodeſſe. l. cum in lege venditionis. 33. infra de contrah. emp. Quod autem eum dicimus teneri, ſic accipiendum, quanti intereſt emptoris liberas ædes venditas fuiſſe, quas ſeruitutem debere vicinis poſtea compertum eſt. Vt autem ædes vicinæ venditis ſeruiant, præſtare non tenebitur, cum id diſerte & ſpecialiter expreſſum non fuerit. leg. quod ad ſeruitutes. 75. infra de euict.

In l.17. alias 18. Si fiſtulæ, per quas aquam ducas, &c.

HVius loci explicādi gratia ſic diſtinguendum eſt, Si ob ſeruitutem aquæ ducendæ quoquam, quam viciuo conceſſum, damnum patiar, idque naturaliter eueniat nulla mihi actio aduerſus eum datur. l. ſi mihi. 20. §. ſeruitus. infra de ſeruit. ruſtic. nec eo nomine damni infecti cauere cogendus eſt. l. fluminum. 24. §. vitium. infra de damno infecto. Sin eius culpa id acciderit, tenetur actiune in factum ſubſidiaria legis Aquiliæ. §. vlt. Inſtitut. de leg. Aquil. nec damni infecti cautio locum habebit. d. l. fluminum. §. præterea. Si operis vel loci vitio, pro damno quidem præterito non poteſt agi ſed pro futuro, cautioni damni infecti locus eſt. l. damni. 10. & dicta l fluminum. §. vitium. infra de damno infecto.

In l.19. alias 20. Seruitutes.

OBſerua eas ſeruitutes, quæ in ſuperficie conſiſtunt vrbanarum poſſeſſionum, eſſe continuas, licet in ruſticis contra. l. ſeruitutes. 14. ſupra de ſeruit. Nā quandiu tignum, exempli cauſa, vel ſtillicidium immiſſum manet, tamdiu quis dicitur vti ſeruitute, tametſi corpore ſuo nihil faciat.

In §. Si domo mea altior area tua eſſet.

OBſerua regulam admodum vtilem, cuius per multa paſſim hic exempla leguntur. Cui conceditur ſeruitus, ei quoque omnia videri conceſſa ſine quibus ea vti non poteſt. l. ſi iter. 10. ſupra de ſeruit. l. item ſic. 3. §. qui habet. & l. Quintus. 15. infra tit. ſequ. de ſeruit. ruſtic.

In §. Si ſublatum ſit ædificium.

SEruitutes vrbanæ remoto ædificio cui debentur, non pereunt: ideo enim dicuntur in ſuperficie conſiſtere, quia non in ſolo tantum vt ruſticæ, ſed & in ędificio, id eſt, in ſolo ſimul & ſuperficie conſiſtunt.

In §. Si ſeruitus ſtillicidij, cum ſeq.

DOminus prædij ſeruientis nihil in eo poteſt facere. quod ſeruitutis vſum impediat; ſicut vice verſa, ſuperioris prædij domino, nihil in eo facere licet, quod vicini reddat conditionem deteriorem, vt exemplis aliquot eleganter & dilucide hic demonſtrat Paulus.

In l.20. alias 21. Si domus tua.

CVi conceditur ius altius tollendi, is quamlibet alte poteſt ædificare in præiudicium concedentis, modo ſic ædificando contra aliam ſeruitutem non faciat, puta ſtillicidij non recipiendi. Nam ius vnum ex pluribus ſibi competentibus remittens, eatenus id facere intelligitur, vt ſalua atque illæſa maneant cætera. l. ſi mihi eodem. 20. infra tit. ſeq. Quidam ita hoc intelligunt, niſi ius illud remiſſum ita dependeat ab alio, vt abſque eo prorſus inutile futurum ſit. leg. a. ſupra de iuriſd. Itaque remiſſa ſeruitute ſtillicidij, ſeruitutem

quoque

quoque altius non tollendi remiſsam videri cenſent. Quam ſententiam ita probo, vt tamen hoc exemplum omnino reiiciendum putem. Poteſt enim is, cui conceditur ius ſtillicidij non recipiendi, eo iure vti: quamuis altius ædificare prohibeatur, agendo nempe vicinum ad imponendum canalem, per quem ea tecto decidens aqua alium in locum defluat, vt ſupra diximus.

In l.21. alias 22. & 23. Qui ædificium habet.

QVæſitum fuit, an ſeruitus luminibus non officiendi, ædibus impoſita, de futuris quoque luminibus intelligatur. Et ita diſtinxerunt veteres. Si nominatim & diſerte ſit cautum, ne luminibus, quæ nunc ſunt, vel poſtea erunt, officiatur, nullam res dubitationem habet. Si vero lts lumina, quæ nunc ſunt, vt ita ſint: æque indubitatum eſt, de futuris luminibus nihil actum eſse: quia verba præſentis temporis ſunt, quæ ad futurum nō referuntur. l. ſi ſtipulatus fuerim. 76. l. 89. ſi à colono. leg. cum ſtipulatur. 125. infra de verborum obligat. Quod ſi ita ſit cautum indefinite ac generaliter, ne luminibus officiatur, omne lumen tam futurum, quam præſens continebitur, cum id ſuadeat ſermonis proprietas. l. cum lege. 26. infra de teſtamen. Atque ita in ſpecie non diſſimile cenſuit Liuius Decad. 3. lib. 1. In fœdere Romanorum Carthagineſiumque fuerat cautum, vt neutri alteris eorumve ſociis bellum inferrent. Saguntinis poſtea in populi Romani ſocietatem adſcitis bellum intulere Carthaginenſes. Quærebatur, an id cōtra fœdus ab eis factum eſset. De qua re ita pronuntiat, ſatis cautum erat Saguntinis, ſociis vtrorumque exceptis. Nam neque additum erat, his qui tunc eſsent, neque qui poſtea aſſumerentur, & cum aſsumere nouos liceret ſocios, quis æquum cenſeret, aut ob nulla quamquam merita in amicitiam recipi, aut receptos in fidem non defendi?

In §. Futuro quoque ædificio, quod nondum eſt, vel imponi, vel adquiri ſeruitus poteſt.

QVod dicitur ſeruitutes vrbanorum prædiorum ædificiis inhærere, ideoque ſine ędificiis conſtitui non poſse. §. prædiorum. Inſtit. de ſeruit. ita interpretatur hic Pomponius, ſine ædificiis præſentibus aut futuris. Adde l. Labeo. 10. infra tit. ſeq. & l. vlt. infra ſi ſeruit. vindic.

In l.23. alias 24. Cuius ædificium iure ſuperius eſt, ei ius eſt in infinito ſupra ſuum ædificium imponere, &c.

HVius capit. mihi videtur hic germanus ſenſus eſſe, licet aliter interpretentur. Liberum eſt cuique ædificium ſuum, quod iure ſuperius eſt, extollere, aut ſupra id quamcunque voluerit rem imponere, tametſi vicino officiat. l. altius. 8. Cod. de ſerui. & aqua. & l. cum eo. 7. ſup. eodem. Dummodo ædificia vicina quæ inferiora ſunt, & ius prohibendi non habent, grauiore ſeruitute non oneret, id eſt, modo vſitatam altitudinem modumque non excedat. Id quod etiam à nobis paulo ante annotatum fuit. l. qui luminibus. 10. ſupra eod. l. 1. C. de ædific. priuat.

In l. 14. alias 21. Hoc quod dictum eſt, &c.

QVod dictum eſt (à Sabino forte ad quem Pomponius hæc ſcripſit) poſt ſeruitutem immittendi conſtitutam licere vicino immittere tignum in ædes ſeruientes, ita accipiendum eſt, vt ei tantum liceat trabem aliquam ex ædibus ſuis in alienas immittere. Nam aliter, ſi generaliter intelligeremus, vt quiduis immitteret, ad quemcunque vſum concedatur, iniquum id eſſet & abſurdum: etenim ſuper ædes ſeruientes liceret ei alias extruere, præſertim cum appellatione tigni omnis materia ad ædificandum idonea contineatur. l. tigni. 62. infra de verborum ſignif. Pro communi interpretatione vide l. ſicuti autem. 8. infra ſi ſeruit. vindic. Nemo autem ſupra alienum ædificium ſuperius habere poteſt.

In §. Si ex tribus ædibus in loco impari poſitis, &c.

QVi debet ſeruitutem altius non tollendi ædes ſuas, ita demum contra ſeruitutem impoſitam facere intelligitur, ſi quid ipſe altius extulerit. Nam qui parietem communem cum eo habet, altius eum tollere non prohibetur, quia ſeruitutem non debet, nec aliter ſocio inuito illi parieti ſeruitutem imponere potuit. l. 2. ſupra tit. præced.

In l.25. alias 26. In re communi nemo dominorum iure ſeruitutis neque facere quicquam inuito altero, &c.

HYpotheſis hæc eſt: Domus tua ſeruitutem mihi debet altius non tollendi: ea mihi pro parte acquiſita eſt: tu eam altius tollere vis: an iure ſeruitutis id prohibere poſſim? Et Paulus hic poſſe negat, quod ea res, quæ ſaltem pro parte mea facta eſt, mihi ſeruire non poſſit. l. vti frui. 5. ſup ſi vſusfruct. peta. Quorſum igitur ſeruitutem in hac ſpecie retineri ſupra diximus, cum ea vti non liceat? l. vt pomum. 7. ſupra titu. præced. l. ſi quis ædes. 19. infra eod. Reſpondeo id eſſe vtile, quia tametſi manente communione, vti ea non liceat, tamen cum ab ea fuerit receſſum, tunc licebit, quod vtique non fieret ſi eiuſmodi communicatione ſeruitutem tolli confundique diceremus: ſed eam denuo imponi eſſe neceſſe. Quamquam autem in propoſita hypotheſi non poſſit vnus ex ſociis quicquam facere, aut prohibere inuito altero iure ſeruitutis ſibi debitæ: tamen iure ſocietatis & communionis per communi diuidundo actionem id conſequetur, ſi modo non ipſi, ſed ſocietati id expediat. lege, Sabinus. 28. infra commu. diuid. leg. actione. 66. infra pro ſocio.

In l.26. alias 27. Sed ſi inter me & te communes ſint, &c.

VNI ex dominis facere quicquam non licet in re communi iure ſeruitutis, vt diximus in ſuperiori cap. Alioqui alteri domino aduerſus eum actio negatoria dabitur, qua intendet ſeruitutem ei non competere in re communi videlicet, vt hic dicitur. Notandum ex illis verbis, *Aut rem perdere*, quod immittitur in meum, id eſt, quod ita imponitur, vt in meo hæreat & requieſcat. l. 2. infra, ſi ſeruit. vindic. §. æque. Inſtitut. de actio. propria auctoritate deſtruere, & perdere conceſſum eſſe. Sed hoc ita accipiendum, ſi non modo eius loci, in quem immittitur dominus, verumetiam poſſeſſor ſim: ſuam enim poſſeſſionem tueri cuique conceſſum eſt, alienam inuadere non item, vt alibi docuimus. l. malum. 242. infra de verbor. ſignifi. Quod ſi quid in meum propendeat tantum, nec requieſcat, fas non eſt propria auctoritate illud deſtruere. l. 1. C. de interdict. & l. 1. C. vnde vi. & l. quemadmodum. 29. §. 1. infra ad legem Aquil.

In §. Si in area communi ædificare velit, ſocius, &c.

CVm ex duobus dominis, vnus in re communi aliquid efficere vult, alter vero prohibet, melior eſt prohibentis conditio. l. Sabinus. 28. infra communi diuid. niſi forte eius operis gratia res ſit in communi poſita l. ſi ædes. 12. infra communi diuid. l. cum duobus. 53. alias ſi fratres. §. item Mela. infra pro ſoc. Aut niſi alterius nihil ſocij interſit. l. quidam. 12. §. parietem. ſup. eo.

In l.27. alias 28. Foramen in pariete, &c.

QVamuis ſeruitutum vſus non ſit continuus, nec continua poſseſſio. l. ſeruitutes. 14. titu. præced. omnes tamen cauſas perpetuas habere debent, id eſt, eiuſmodi res ipſa, in qua ſeruitus conſiſtit, eſſe debet, vt quoties libuerit ſeruitute vti liceat. l. 1. §. 1. & §. loquitur. infra de aqua quoti. l. 1. infra de fonte. Itaque neque ex lacu, neque ex ſtagno ſeruitus aquæ ducendæ poteſt conſtitui. l. lacus. 12. infra de acquir. rer. domi. niſi forte habeant aquam perennem. l. via. 23. §. ſi lacus. infra titu. ſequen. l. 1. infra vt in fluml. pub. Sed nec ſtillicidij immittendi ſeruitus recte cōſtituitur, ſi cauſa perpetua nō

ſi, id eſt, ſi aqua ſit quæ non perpetuo, nec naturaliter defluat, ſed opera manúque hominia in alienum ſolum detinetur, vt hic Paulus ait. Vnde dicebat Sabinus, Si quis foramen habeat in triclinij pariete, proluendi pauimenti cauſa, id eſt, per quod proluto permundatoque pauimento aqua defluat, & emittatur in aream vicini, ſeruitutem non eſſe. Ideoque tempore ſtatuto ad ſeruitutum acquiſitionem minime acquiri. Quam ſententiam Paulus cum hac exceptione probat, ſi eum in locum nihil ex cœlo aquæ veniat. Quod enim ex naturali cauſa fit, perpetuo fieri intelligitur, & quaſi habet perpetuam cauſam, quamuis aſſidue non fiat. Alioqui, hec ſtillicidij quidem immittendi ſeruitus recte diceretur: quæ ergo naturalis eſt, eadem & perpetua cauſa eſſe intelligitur: non autem ſi ex manu & opera hominis conſiſteret.

In l. 28. alias 29. Si quid igitur.

HOc cap. intelligendum eſt ſecundum diſtinctionem traditam in enarratione l. ſi fiſtulæ. 17. ſupra eod. Nam de damno quod iam datum eſt, actione in factum agi poterit.

In l. 29. alias 30. Si quis ædes, quæ ſuis ædibus ſeruirent, &c.

HOc caput ſatis ſumus interpretati ſupra titu. præced. l. vt pomum. 7. l. 11. pro parte. l. 18. In omnibus, alias Papinianus not.

In l. 30. alias 31. Si teſtamento damnatus hæres ne officeret, &c.

CVm hæres damnatur teſtamento ne altius tollat ędificium, luminibuſque officiat vicini: diruto veteri ædificio non videtur prohiberi poſſe à vicino, ne altius nouum ædificium tollat, cum aliud reuera ſit, quam id de quo teſtator cauit ſuo teſtamento. Tamen vtilitas exigit, vt idem eſſe ædificium interpretemur, idcirco vtilis actio eo nomine legatario competit. leg. ſeruitutes quæ. 19. §. ſi ſublatum. ſupra hoc titu.

In l. 31. alias 32. Si ædes meæ.

SI dominus ſeruientium ædium petierit, obtinueritque à vicino, vt ſibi altius ædificare liceat, idque precario, id eſt, quandiu placuerit vicino. l. 1. infra de precat. aduerſus eum non poteſt libertatem vſucapere. l. ſi quis diuturno. 10. infra ſi ſeruit. vindi. Sed tamen aduerſus alium, cui eandem debeat ſeruitutem, nec idem beneficium impetrauit, poteſt. cum enim hic duplex ſit ſeruitus, vnam amitti, altera manente, nihil probibet.

In §. libertas ſeruitutis vſucapitur, ſi ædes poſſideantur.

LIbertatem ſeruitutis vſucapi poſſe, eamque demum vſucapionem lege Scribonia ſublatam eſſe, qua ſeruitus acquireretur, Paulus ſcribit. leg. ſequitur. 4. §. vlti. infra de vſucap. Verum vt hæc vſucapio procedat in ſeruitutibus vrbanis, de quibus hic loquitur Vlpianus, duo neceſſaria ſunt. Vnum, vt ædes, quibus libertatem volumus adquirere, ſtatuto tempore poſſideamus. Alterum, vt eas altius ſublatas habeamus, aut alias quicquam à nobis fiat, quod ſeruituti contrarium ſit. l. 5. §. hęc autem iura. ſupra eod. In ruſticis autem ſeruitutibus his omnibus nihil opus eſt, ſed dominum dominantis ædificij per ſtatutum tempus non vti ſeruitute ſufficit, vt libertas vicinia ædibus adquiratur. dicta l. ſequitur. §. ſi viam. infra de vſucap. Si quo autem modo dominus prædium alienauerit, id tempus quo poſſidet, ei proderit, ad quem tranſlata eſt poſſeſſio. l. id tempus. 14. infra de vſucap.

In l. 32. alias 33. Eum debere columnam reſtauere.

SIngulare ius eſt in ſeruitute oneris ferendi, vt qui debet columnam vel parietem oneri ferendo neceſſarium, reficere cogatur. leg. etſi forte. 5. §. etiam. inf. ſi ſeruit. vindic. tametſi natura ſeruitutum hæc ſit, vt tantum quis patiatur, vel non faciat. l. quoties. 15. §. ſeruitutum. ſup. tit præce. Et quamquam in traditione ædium, quas tradens ſibi ſeruire voluit, hæc lex dicta eſt: Paries oneri ferendo vti nunc eſt, ita ſit, vel in perpetuum ſit: nihilominus parietem reſtituere cogetur is, qui ſeruitutem debet: nam hæc verba, ad certum parietem, qui nunc eſt, referre perquam eſt abſurdum, cum ſit corruptioni obnoxius, nec poſſit æternus eſſe. Nec obſtat quod ante diximus hæc verba, lumina quæ nunc ſunt, vt iſta ſint: ad futura non pertinere. l. ſi ſeruitus. 22. ſupra eo. & ea contra venditorem accipienda eſſe. l. ſi arborem. 16. ſupra eo. Nam & hic verborum præſentis temporis ſignificationem ſequimur, eſtque legis dictæ ſenſus talis: Quiſpiam paries, qualis iſte eſt, hoc in loco perpetuus ſit. nec vlla ſane in his verbis reperietur ambiguitas, niſi quis velit cauillari: alioqui interpretatio contra venditorẽ fieret. d. l. ſi arborẽ. §. hæc lex. ſup. eo.

In l. 33. alias 34. Et qui duas areas, &c. & ſeq. l. Si binarum ædium.

REs propria cum nemini ſeruiat, vt ante diximus l. in re communi. 25. ſupra eod. is, qui tradit aream, vel domum ſuam, quam vendidit alteri, non videtur, vt ea ſibi ſeruiat, legem dicere poſſe. Verum æquitas vtilitáſque euidens exigit, vt neglecta hac ſubtilitate, talem conuentionem in mancipio & traditione rei factam admittamus: quandoquidem in id tempus confertur vſus ſeruitutis, quo tradita res eſt, propriaque ipſius futura non eſt. leg. ſi quis duas. 6. infra com. prędio. Quod ſi ita conuenerit in vendendo, ſcilicet in traditione ipſa per errorẽ mentio fuerit omiſſa ſeruitutis, duplex venditori aduerſus emptorem eo nomine competit actio, nempe actio ex vendito, quoniam id bonæ fidei congruũ eſt: & cõdictio incerti, quia cum pluſquã debuit, præſtiterit, merito id condicere & repetere poteſt. l. 22. ſed etſi me putem. §. cum iter. infra de condict. indeb.

In l. 35. alias 36. binas quis ædes habebat, &c.

SI is, qui duas domos habebat vna contignatione tectas, ita vt tigna vtriuſque in alteram protenderentur, quaſi vna domus eſſet, Titio vnam, Sempronio alteram legarit, hoc videtur actum vt eodem in ſtatu maneat contignatio. Proinde vni eorum non licet aduerſus alterum agere, hoc prætextu quod ius tigni immittendi in ſuas ædes non habeat, abſque cõſtituta ſeruitute, tigna autem ſingulorum erunt dominorum pro regione cuiuſque domus, quamuis alias mobilis res, quę rei non cohæret immobili, pro certa parte nequeat poſſideri, l. Pomponius. 8. ſupra de rei vindic. l. arbor. 19. infra commu. diuid.

In l. 36. alias 37. Idemque eſſe, etſi duobus ædes ceſſerint.

CEſſerint, lege non ceſſerit, id eſt, ſi in diuiſione, puta hæreditatis vna domus Titio, altera Sempronio obtigerit. hæc enim eſt huius verbi ſignificatio. l. cum eſſent. 33. infra tit. ſequen.

In l. 37. alias 38. Si ædes meæ & l. ſeq. Nemo enim proprius, &c.

HOrum autem duorum c. quæ fragmenta quædam ſunt, non plane perfecteque iuris auctorum ſententiam ſatis arguunt de ſeruitute, ne proſpectui aut luminibus officiatur, hic agi: nam cum medius eſt mons, vel ingens locorum interuallum, eam inutiliter imponi conſtat, itaque in ſeruitute aquæ ductus aliiſque ſimilibus, quod hic dicitur, locum non habere, cum pleriſque crediderim.

In l. 39. alias 40. Eos qui ius immittendi luminis.

HOc cap. variis in locis interpretati ſumus. l. quidam, 12. ſupra eod.

In l. 40. alias 41. ſiue vlt. Olympico.

SI cui legata ſit habitatio domus, per quã ſolebat ad quendã hortum legato non comprehenſum aditus eſſe:

Digitized by Google

eſſe: ob teſtatoris præſumptam voluntatem legatarius hæredi aditum præſtare cogetur. Seruitus autem hæc tranſeundi facultas ideo dicenda non eſt: quia rei hoc modo legatæ dominus eſt hæres non legatarius, nec res ſua vlli ſeruire poteſt, l. in re communi. 25. ſup. eo. Quid dicendum ſit ſi domus proprietas legata eſſe proponatur, poſtea differemus in l. pen. teſtatrix fundo. infra ſi ſeruit. vindic.

In §. Lucius Titius aperto pariete domus.

IAnuam in publico aperire, ſicut & in eo ſtillicidium habere cuique licet: modo id abſque vicinorum incommodo fiat. l. 2 §. merito. inf. ne quid in loco pub. quod priſcis temporibus Romæ permiſſum non fuiſſe, argumento eſt, quod Plinius ſcribit lib. 36. ca. 15. vbi ait, cum bene meritis de Republica Imperatoribus publice decernerentur areæ ad ædificandas domos, ſummum honorem fuiſſe, adiici decreto, vt fores extra aperirentur, & ianua in publicum reijceretur. *Quatenus ſtillicidij rigor.* Hoc accipitur quatenus labitur aqua per protectum, antequam incipiat vergere & flecti deorſum. Nam rigidum flexo opponitur apud Latinos auctores. Hinc rigorare verbum, quo Plinius vtitur. Quod autem hic refert Scæuola Lucium Titium quatenus ſtillicidij rigor, & tignorum protectus competebat, ianuam in publico aperuiſſe, non ita accipiendum eſſe arbitror, vt vulgus putat, quaſi ob ſtillicidium vel protectum id ei licuerit. Nam de ſtillicidio hic non minus dubitatur, quam de ianua ſed quod non vltra protectum ſolerent veteres ianuas ſuas in publicum reijcere: veriti ſcilicet ne pluuiæ & aeris intemperie corrumperentur.

DE SERVITVTIBVS PRÆDIORVM RVSTICORVM.

TITVLVS III.

In L. I.

IN huius cap. explicatione quæri ſolet, qui fieri poteſt, vt via, iter, & actum in ſe contineat, cum is, qui actum habet iter quoque habere dicatur: ideoque tam late videatur patere actus, quam via, quæ hic definitur, ius eundi & agendi eſſe? Verum his omiſſis, quæ præter omnem rationem vulgo hac de re dicuntur, ſic reſpondendum cenſeo, ſi proprietatem verborum ſpectemus, quæ vel ex etymo ipſo cognoſcitur, iter ius eundi ſignificat, vel cum equo, vel ſine equo. l. inter actum. 12. infra eod. non autem agendi, ſiue ducendi. Actus ius agendi, tantum, non etiam eundi, vel ambulandi. Via tam agendi, quam ambulandi, itaque via actum, & iter, merito continere dicitur. At enim ius eundi etiam ſine iumento habere dicitur, is, qui actum habet, fateor: ſed ex præſumpta mente paciſcentium, non ex vi & proprietate verbi, cum ſit veriſimile eum, qui agendi iumenti, aut vehiculi ius concedit, eundi quoque, quod minus eſt, concedere. Idem in donatione & alienatione animaduertere licet, vt ſimul exemplum eius rei elucidandæ gratia adducamus. Nam tametſi alienatio verbum generale ſit, donationem & venditionem complectẽs. l. 1. in fin. inf. de fundo dota. tamen qui ius habet donandi. eundem quoque vendendi ius habere conſtat. l. cui ius eſt donandi. 124. Atque ita effectu & poteſtate plus non continet hic alienatio, quam donatio, ob præſumptam contrahentium voluntatẽ, licet quantum ad verborum proprietatem attinet, ſecus dicendum ſit. Quidam idcirco viam plus continere, quam actum aiunt, quod viam habens, non eundi modo & agendi, ſed trahendi quoque lapidem aut tignum, & præterea haſtam rectam deferendi ius habeat, quod quamquam verum ſit, l. qui ſella. 7. inf. eo. tamen hoc Vlpianum reſpexiſſe obſcurum non eſt.

In §. Traditio plane & patientia ſeruitutum, &c.

HVnc locum, quem non recte explicant interpretes, nos ſic interpretabimur, poſt enumeratas & definitas ſeruitutes legitimas, & quæ ipſo iure conſtituũtur: eiuſmodi ſunt, iter, actus, via, aquæ ductus, quod harum omnium, vt exiſtimo, expreſſa in legibus 12. tabu. eſſet mentio: ſubijcit in ruſticarum ſeruitutum numero alias quaſdam eſſe, vt hauſtum aquæ, &c. ſed ne videatur eas omnino alijs cõparare, addit: traditio plane, &c. id eſt, harum ſeruitutum nulla quidem eſt in veteribus legibus mentio, proinde videri poſſit inter ſeruitutes numerari non debere. Sed vtcunque ſit, ſi quis eas tradiderit alteri, vel quem vti paſſus fuerit, tueri eas debet officio ſuo prætor, vt ſi minus ipſo iure valeat, at certe per tuitionem prętoris id quod alibi de vſufructu ſcriptum extat. l. 1. quibus mod. vſuſfruct. l. qui vſumfructum. 3. ſupra ſi vſuſfruct. pet. Et aliquid attigimus in commentario de in litem iurando. Quomodo autem traditio ſeruitutum fiat, ante docuimus. l. quoties. 20. ſupra tit. 1. de ſeruit.

In l. Ruſticorum etiam prædiorum.

IVs altius tollendi & officiendi luminibus viciniſ, itẽ protectum habendi, & alia huiuſmodi, non tantum vrbanorum prædiorum ſeruitutes ſunt, vt diximus in 1. cap. ſuperioris tractatus, ſed etiam ruſticorum. Nam ſemper eius prædij habenda hic ratio eſt, non quod, ſed ad cuius vſum & commodum ſeruitus conſtituitur, vt ſi vrbanum ſit prædium, vrbana: ſi ruſticum, ruſtica ſeruitus dicatur. Itaque quod hic dicitur, licere altius tollere, &c. de tugurio, caſa, & eiuſmodi ædificiis ad rerum ruſticarum cuſtodiam, aut ſtabulo ad continendos greges comparato, accipiendum eſt, quæ vrbana prædia nõ ſunt, quia ad vſum perſonarum rerumque vrbanarum conſtructa ſunt. l. eodem iure. 4. infra in quibus cauſ. pign. taci. contrah. & l. tugurij. 180. infra de verborum ſignif. quod alias annotauimus in tractatu, ſupra de pact. l. item quia. 4.

In §. Aquæductus, vel hauſtus aquæ.

PEr eundem locum poteſt aquæ ductus concedi pluribus, non tantum vt diuerſis, ſed etiam vt iiſdem diebus, vel horis vtantur. lege, Lucio. 4. infra de aqua quotidiana l. 16. qui per incertum, infra commu. præd. Modo omnibus aqua ſufficiat. leg. per quem. 14. inſ. eo. leg. in concedendo. 8. inſ. de aqua pluuia arcen. & leg. aquam. 4. C. de ſeruit. & aqua.

In l. 3. Item ſic poſſunt ſeruitutes imponi.

NOn tantum ea iura de quibus iam diximus, ruſticæ ſeruitutes ſunt, verumetiam innumerabilia alia quæ nomine proprio, veluti ius boues paciſcendi in vicino agro, &c. quæ recenſet hic Vlpianus. Ac vt ſummatim omnia complectamur, quoties prædij vnius libertas minuitur ad vſum ſeu vtilitatem alterius prædij ruſtici, ſeruitus ruſtica recte dicitur, vt ſcripſimus in interpretatione ca. 1. ſup. de ſeruit. Quod vtique eſt accipiendum, modo perpetua ſit cauſa. leg. foramen. 26. ſup. tit. præced. & l. 1. inſ. de fonte. cum ſimil.

In §. Qui habet hauſtum. iter quoque &c.

HInc colligi poteſt regula, quam & ſup. attigimus l. ſeruitutes quæ. 19. §. ſi domo mea. ſupra titu. præced. conceſſa aliqua ſeruitute, aliam quoque conceſſam videri, ſine qua vti ea nõ licet, idque ea præſumpta mẽte conſtituentium. Adnotandum hic quoque aliud eſt, quod vulgo pro regula recipitur. Vna re conceſſa, id quoq; cõceſſum, intelligi, ſine quo eius rei vſus omnino inutilis & otioſus eſſet. l. quamuis. 15. C. de fideicomm.

In §. Ad flumen autem publicum.

CVm flumina publica priuatorum non ſint, fruſtra ex flumine publico hauſtus aquæ ab homine priuato conceditur. l. quominus. 2. inſ. ne quid in flumi. &c.

Adeo vt ne aditus quidem ad flumen publicum tali conceſſione commeatur.

In l.4. Pecoris.& l.5. Ergo ſecundum eum.& l.6. veluti ſi figulinas haberem.

EArum ſeruitutum, quas prædiorum vel rerum dominus imponit, hæc propria ſunt. In primis vt ad quemcunque fundi poſſeſſorem tranſeant, ſiue is emptor, ſiue hæres fuerit. l.via.23.§.ſi fundus.infra eod.& l.3. infra quemadmod. ſerui. amit. niſi aliud in ſeruitute conſtituta actum ſit. Quod cum ex verbis conſtituentium, tum ex coniecturis & argumentis deprehenditur. l.Lucius.37.infra eod. l. pater filiæ.6.infra de ſeruit.leg. Secundo proprium eſt harum ſeruitutum, vt vindicari poſſint, vt hic dicitur l.2. infra ſi ſeruit.vindic. Nam alia iura perſonalia, quæ ſeruitutes non ſunt, minime vindicantur: ſed aduerſus perſonam ipſam obligatam tantum agi poteſt. l.vlt.infra de contrah.empt.l.fundi Trebatiani.38. infra de vſufru.leg. Tertio, vt prædiorum vtilitatem reſpiciant. Non enim aliter poſſunt adquiri prædiis hæc iura, quam ſi vtilia ipſis, & quatenus vtilia fuerint. l.quoties 15.ſupra de ſerui. Quod ſi ad commodum ſuum magis, quam prædij, ius aliquod reale acquiſierit quiſpiam, ſeruitus tantum perſonalis erit, vſuifructui nempe, vel vſui ſimilis: quæ licet hæredem non ſequatur, tamen vindicari poteſt, vt hic Vlpia.ſcribit. l. 2.inf. ſi ſeruit.vind. Sequentia capita vſque ad vndecimum, ſatis ſuperque iam explanata ſunt.

In l. 11. Per fundum, qui plurium eſt.

SEruitutem prædio imponi non poſſe ab vno ex pluribus dominis ſupra non ſemel demonſtratum eſt. l.2.ſupra de ſeruit. l. l. vnus.34.infra eod. Sed hoc planius declarat Celſus dicens, ita conſenſum omnium neceſſarium eſſe, vt tamen omnes ſeparatim conſentire poſſint: nec pariter & eodem tempore eos cedere ius ſuum oporteat. Quod & Paulus infra tit.ſequen.ſcriptum reliquit.l. vlt.infra commu.præd. *Quam ſi omnes cedant.* In his quæ communia ſunt pluribus vt ſingulis, quod fit à maiore parte ratum non eſt, præterquam in caſibus exceptis. l.& ſuum hæredem, alias l. iuriſgentium.7.§.vlt.ſup.de pactis.& l.fi. C. qui bon.cede.poſſ. At in his, quæ communia ſunt pluribus, vt vniuerſis, maioris partis conſenſus ſufficit. l.quod maior.19.inf.ad municip.& l.aliud.121 §.refertur.inf.de regul.iur. l.nulli.3.ſup.quod cuiuſque vniuerſi.nom. *Vetari vti ceſſo iure non poſſe.* Videbatur nullum eſſe, quod ab vno geſtum eſt abſque aliorum conſenſu, atque idcirco negatoriam actionem ei nihilominus competere, qua vti volentem iure ceſſo prohibeat, l. 7.quemadmodum. C.lib.11.titu.47.de agric. Sed hoc verum non eſt: nam eiuſmodi ceſſionem & promiſſionem nullius momenti non eſſe, vel ex eo liquet, quod ex ea ad id quod intereſt naſcitur actio. l. fundum, cuius.46 §.ſi per alienum, infra de euictio. Quamuis ad tranſlationem iuris realis efficax non ſit, vt hic dicitur. l.1. infra commu. prædio. Nec ſane dicenda eſt hæc ſtipulatio rem impoſſibilem continere, ideoque inutilis eſſe, cum ſeruitutem fundo conſtitui non ſit impoſſibile, tametſi ab eo, qui dominus non eſt, fieri nequeat. l. continuus. 138.§.ſi ab eo.inf.de verb.oblig.

In l.13. Certo generi agrorum.

CVm quis iter, vel actum ad vineas ſuas ſtipulatur, videtur ſeruitus acquiri nõ poſſe: propterea quod extirpatis vitibus deſinit eſſe vinea, nec ſeruitus recte ad tempus conſtituitur. l. 4. ſup.de ſeruit. Iabolenus tamen vtilem eſſe hanc ſeruitutem hic oſtendit: quia non tam ſuperficiei, id eſt, vitibus, quam ſolo ipſi debetur. Nam vinea, ſolum etiam, ſiue fundum vitibus conſitum ſignificat. Vnde ſi colonus ad certam pecuniam fructus vineæ ſingulis annis domino præſtandam obligarit ſe, ac deinde nucem arborem, vt fit, in media vinea plantauerit, eius fructus quoque pro parte præſtabuntur, idque vulgo receptum eſt. Nã & cõtractus de re principali initus ad acceſſoriã porrigitur. l.nomen debitoris. 33. inf.de legat.3. & quicquid ipſi rei poſtea accreſcit cõtinet. l.inter ſocerũ.26.§.cũ inter.inf. de pact. dotal. *Doli mali exceptio erit neceſſaria.* In hac quæſtione, quæ facti magis, quam iuris, illud eſt inſpiciẽdũ, nũ forte actũ ſit inter contrahẽtes, vt vitib.tãtũ, non etiam ſolo ſeruitus debeatur: quo caſu ſublatis vitibus, ſeruitutem petens exceptione ſummonebitur, licet ipſo iure ſeruitus non poſſit ad tempus conſtitui. d.l.4. ſupra de ſeruit. Æquiſſimum.n.eſt ea ſeruari, quæ in contrahendo cõuenerũt.

In l.16. Diuus Pius aucupibus.

VT liceat venari vel aucupari in agro alieno, ſeruitus vtiliter conſtituitur. Nam tametſi venatio Romanis ſolenne viris opus, vt Horatius ait, Romano iure omnibus permiſſa ſit, etiam in fundo alieno. l. 3. inf. de acq.rer.domi.§.feræ.Inſtit. de rer. diuiſ. fundum tamen ingredi alienum domino prohibente non licet. Dubiumque non eſt, quin ingrediens actione iniuriarum teneatur. l. iniuriarum. 13.§.ſi quis me prohibeat. inf.de iniur. Verum nihilominus feram captam effici capientis plerique opinantur, quibus aſſentior, quod non captio illa prehenſióque, ſed ingreſſus tantum aduerſus legem fieri intelligatur. d. l.3. inf. de acquir.rer.domin. & l.non dubium.C.de legib.

An l. 17. Imperatores Antoninus & Verus.

AQuam ex flumine publico cuiuis ad ſuum vſum ducere conceſſum eſt, niſi flumen nauigabile ſit. l.quominus.2.inf.de flumi. l.ſi autem.10.inf. de aqua pluuia. Aquam autem publicam, id eſt, quæ in vſu publico eſt, ducere non licet, niſi permiſſu principis. l. 1. §. permittitur.inf.de aqua quotid.& æſtiua. Qua de re videnda ſunt, quæ in tractatu de qua pluuia, ſcripſimus.

In l.18. Vna eſt via.

TAmetſi per plures fundos ſuos ius eũdi mihi concedat aliquis, non continuo plures erunt ſeruitutes, ſed vna tantum, quæ ita demum amittetur, ſi nullo ex fundis toto ſtatuto tempore itinere vſus fuero: nam qui per partem itineris, & anguſtiore itinere vtitur, totum ius retinet. l. ſi eo.9.§. vlt.inf.ſi ſeruit. vind.l.ſtillicidij.8.§.vlt.inf.quemad ſeru.amit. Quod quemadmodum ſit accipiendum, aliquanto plenius inf.diſſeremus. l.nam ſatis.6.inf.quemadmodum ſerui.amitta.

In l.19. Si vnus ex ſociis ſtipuletur.

VIDE l. pro parte. 11. & l.viæ.18.ſup.de ſeruit. ſeruus communis vtrique domino acquirit.

In l.20. Si mihi eodem tempore.

VIDE l.ſi domus.20. ſup. de ſeruitu. vrba.prædio.

In §. Seruitus naturaliter.

VIDE l. ſi fiſtulæ. 17. ſupra de ſeruit.vrb.præd.pro damno naturaliter dato non competit actio.

In §. Si fundo Seiano confinis.

VIDE l. ſeruitutes prædiorum. 14.§.publico loco interueniente.ſup.de ſeruit.

In §. Hauriendi ius, non hominis, ſed prædij eſt.

VIDE l. 3. & 4.ſup.eo. hæc enim ſeruitus prædiorum gratia conſtituta eſt.

In l.21. Si mihi conceſſeris.& l.ſeq.22.

VIDE l. ſi cui ſimpliciter. 9. ſup.de ſeruit.

In l.23. Via conſtitui.

VIDE l.13.ſi tam anguſti.ſup.de ſeruit.

In §. Si lacus perpetuus in fundo tuo eſt.

VIDE l.foramen.27.ſup.de ſeruitutib.vrba.prædio.

In §. Si fundus ſeruiens.

VIDE l.4.ſup.hoc tit.

In §. Quæcunque ſeruitus.

SEruitus ita debetur fundo, cui eſt adquiſita, vt nulla ſit minima in eo gleba, cui non recte deberi dicatur. Itaque alienato particulatim fundo, licet mille partes

ſint,

Digitized by Google

ſint, ſingulis debebitur ſeruitus. Ac tametſi hoc pacto reddatur fundi ſeruientis cauſa deterior, tamen ſibi imputare debet, qui euenturum proſpicere potuit. l. cum fundus 13. infra titu. ſeq. & l. alienatio. 67. infra de contrah. empt. Nec refert an pars fundi certa, an pro indiuiſo vænierit: quoniam vtroque caſu ſeruitus emptorem ſequitur. l. ſi partem. 25. infra eo. *Si tamen fundus, &c.* Sicut in venditione nunquam intelligitur ſeruitus conceſſa, niſi id expreſſum fuerit à contrahentibus. l. in vendendo. 66. infra de contrahen. empt. ita in diuiſione inter plures ſocios facta, quæ ſimilis eſt venditioni. l. 1. C. commun. vtriuſque iudicij.

In l. 26. Si via, iter, actus, aquæductus.

VIDE l. ſi cui ſimpliciter. 9. ſupra de ſeruit.

In l. 27. Si communi fundo.

VEndito fundo toto ſeruiente vni, vel pluribus dominis alterius fundi, cui ſeruitus debetur, confunditur atque extinguitur ſeruitus. l. 1. infra quemadmodum ſeruit. amit. Nec enim intereſt vnus in ſolidum eius fundi dominus ſit, an plures ſocij eum communiter poſſideant, cum pro vna perſona habeantur, & quantum iuris habuerunt ſinguli in eo fundo, tantum habere incipiunt in redempto. Non idem dicendum eſſe, Iulianus hic ait, cum fundus ſeruiens à duobus redimitur nullum habentibus fundum communem, cui ille ſeruiat, quandoquidem hæc ratio ceſſat: nec tantum iuris habent ſinguli &c. Sin autem fundi ſeruientis dominus eius partem duntaxat vendiderit, (nam & de totius fundi venditione hic loquimur) hac communicatione ſeruitus minime extinguitur, vt ſupra annotauimus, l. pomum. 7. §. 1. ſupra de ſeruit. l. vnus ex ſociis. 34. inf. eo. Is etenim retinet partem, in qua ſeruitus poteſt conſiſtere.

In l. 28. Itinere ad prædium.

QVamuis legata ſeruitus ſtatim adquiratur legatario. l. ſi partem. 19. infra quemadmodum ſeruit. amitt. l. à Titio. 66. infra de fur. nec ſit neceſſaria traditio, vt in iis, quæ ex contractu debentur. l. quoties. 40. ſup. de vſufruct. Tamen cũ iter ad prædiũ cõmune duorum legatur, qui de loco itineris nõ conſentiunt, atque ita ſe mutuo impediunt, ſeruitus non adquiritur. d. l. ſi partẽ. & l. 2. §. cũ ſingulis. ſup. quib. modis vſusfruct. amit. Itaque interim nec deperire, ſeu amitti per ſtatutũ tempus non vtendo poteſt, cum nondum eſt adquiſita.

In l. 31. Tria prædia.

QVemadmodum tribus prædiis, quæ ſunt continua, ſummo, medio, & imo, non poteſt imi fundi dominus ex ſummo aquæ ad imum ducendæ ſeruitutem adquirere: niſi per medium eiuſdem aquæ ducendæ ius habeat. l. qui ſella. 7. §. 1. ſup. eod. ita redemptione ſummi tantum, non etiam medij, ſeruitutem non amittit, tametſi alioqui ſeruitus extinguitur, cum is, cui debetur ea, ſeruientis fundi dominus eſſe incipit. l. 1. infra quemadm. ſeruit. amit. l. ſi ædes. 31. ſup. de ſeruit. vrb. Sic enim accipiendum eſt, cum vnum tantummodo prædium ſeruit: nam ſi plura ſeruiant, omnium adquiſitio neceſſaria eſt. l. ſi mihi. 20. §. ſi fundo. ſup. eo.

In l. 32. Fundus tecum mihi communis eſt.

SEruitutem per partes acquiri non poſſe ſupra diximus. l. pro parte. 11. ſup. titu. 1. de ſeruit. Itaque ſi fundum vnum habeam proprium, & aliũ tecum cõmunẽ, non licet paciſci, vt propius cõmuni ſeruiat. l. vt pomũ. 7. §. 1. ſup. de ſeruit. Si tamen fundi partem illius tecum communis tibi vendam, in traditione hoc pactum interpoſitũ valet, quãuis tũc meus ſit vterque ſaltem pro parte: quia in id tẽpus collatũ intelligitur vtilitate ſuadente, quo meus eſſe deſinit. Et perinde vtilis eſt hæc ſeruitutis impoſitio, ac ſi primum tradita res eſt, deinde ſeruitus eidem adquiſita ſit. Adde ea, quæ annotaui in cap. 33. tit. præced.

In l. 33. Cum eſſent mihi & tibi fundi.

EAdem ratione id quoque pactum vtile eſſe dicitur, quo conuenit inter ſocios in diuiſione fundorum communium, vt fundus communis vni cedens alteri ſeruiat, quamuis eo tempore adhuc communis ſit.

In §. Per plurium prædia aquam duci quoquomodo impoſita ſeruitute, &c.

IS, qui ius ducendæ aquæ habet, non poteſt hauſtum, id eſt, ſeruitutem hauſtus ex riuo cedere: quia ſeruitutis ſeruitus non eſt. l. 1. infra de vſufruct. leg. Nec ſeruitus ab eo recte conſtituitur, qui dominium prædij nõ habet. l. 1. inf. tit. ſeq. & l. 2. inf. ſi ſeruit. vindic. Et licet hæc conceſſio inutilis omnino nõ ſit, vi tamẽ ſeruitutis & effectu caret. Verũ ſi in ſeruitute aquæ ductus cõſtituẽda hoc nominatim cautũ ſit inter eũ, ex cuius fundo hauritur aqua, & eũ cui debetur aquę ductus, vt ei liceat hauſtũ alteri cedere, valebit ſeruitus hauſtus, tanquã ab eo conſtituta, non qui ceſſit, ſed qui eã cedere permiſit.

In l. 34. Vnus ex ſociis fundi communis.

QVod ſeruitus per partes non imponatur, nec acquiratur, ſed tamen per partes retineatur, ante à nobis demonſtratum eſt l. 2. l. ad certam. 6. l. vt pomum. 7. l. 11. pro parte. l. viæ. 17. ſupra tit. 1. de ſeruit. Hic adiicit Papinia. ſeruitutem iam acquiſitam nec per partes quidem remitti poſſe. proinde ſi alterutrum ex prędiis, quæ ſeruiunt, aut vtrumque, fuerit communicatum inter eũ qui debet, & cui debetur ſeruitus, vnus eam alteri remittens nihil agit: quia non tam remitti, quam prædio ipſi, quod effectum eſt commune, deberi intelligatur: nec ſane ratio patitur, vt ius quod rei alicui communi ineſt, vnus dominorum ſolus remittat, idque totum. Nam cum ſeruitus non recipiat diuiſionem, remiſſio hic fieri pro parte non poteſt.

In §. Si fons exaruerit ex quo ductum.

QVi per conſtitutum tempus ex eo fonte aquam non duxit, qui exaruerat, aquæ ductum amittit. Nã licet ei, qui iure prohibetur re ſua vti, nõ currãt præſcriptionum tempora, l. 1. §. 1. C. de annali except. tamen ſi caſu aliquo impediatur quis abſque culpa ſua, ius ſuum quidem amittit: ſed ex ęquo & bono reſtituitur in integrum à prætore, ob clauſulam edicti generalem ſi, qua alia iuſta cauſa eſſe videbitur. l. 1. in fi. ſupra ex quib. cau. mai. Ceterum quod hic de fonte dicitur areſcente, ſic accipi debet, ſi caſu aliquo fons, cuius erat perennis aqua, exaruerit. Nam ex ea quæ tempore æſtiuo ſolet areſcere, ſeruitutem aquæ ductus concedi non poſſe, docuimus in l. foramen. ſupra de ſeruit. vrba. præd.

In l. 36. Cum fundo, quem ex duobus.

AQuæ ductus eſt ex numero realium, non perſonalium ſeruitutum. l. 1. ſupra eod. Itaque vendito fundo, cui ſemel adquiſita eſt ea ſeruitus, emptorem ſequitur: id quod verum eſt, etſi ea adquiſitione interpoſita ſit huiuſmodi ſtipulatio, quæ vulgaris atque vſitata eſt: per te non fieri, quominus mihi aquam ducere liceat, etſi contra factum fuerit, nomine pœnæ centum dare ſpondes. leg. 2. §. item ſi in facto. infra de verbor. obligat. Non enim ea ſtipulatio, quæ acceſſoria eſt, quamuis ſit perſonalis, nec ad aliam perſonam tranſeat. l. ſed etſi quis. 29. alias l. adhuc. 30. §. ſi operas. ſupra de vſufruct. efficere poteſt, vt ſeruitus conceſſa perſonalis ſit, non realis. Quare in hac ſpecie emptor ſecundus actione confeſſoria vtetur: actione vero ex ſtipulatu ita demum, ſi ab auctore ſuo ei ceſſa fuerit.

In l. 37. Aiuſ. Titiuſ.

TAmetſi aquæ ducendæ ſeruitutis in numerum ſeruitutum realiũ referatur: interdum tamen poteſt perſonalis eſſe, ſi ita actũ eſſe appareat, vt annotauimus in l. pecoris. 4. ſup. eod. veluti ſi concedẽs his verbis vſus fuerit: Permitto tibi ex fonte meo aquam ducere in domum tuam, aut quocunque volueris. Quibus aperte

oſtenditur, non ad vtilitatem prædij alicuius eum reſpexiſſe, ſed ad perſonæ illius commodum duotaxat. l. ergo. 5. ſup. eo. l. 1. §. præterea Labeo. infra de aqua quotidia. Quamobrem finietur cum perſona, nec ad hæredem tranſmittetur. l. 6. pater filiæ. infra de ſeruit. lega.

In l. 38. quæ eſt vlt. Flumine interueniente.

SI flumen publicum inter prædium ſeruiens & dominans intercedat, impedit ſeruitutem viæ conſtitui, ſi pontonibus & nauiculis traiiciatur, nec vado nec ponte poſſit tranſiri. not. in l. ſeruitutes. 14. §. publico loco. ſupra tit. 1. de ſeruit. Quia tunc cauſa ſeruitutis perpetua eſſe non videtur, vt ea liceat quoties libuerit vti, contra naturam ſeruitutum. l. vt pomum. 7. ſupra de ſeruitu. l. foramen. 27. ſupra de ſeruit. vrb. l. ſi prius. 17. §. via publica intercedente. ſupra de aqua plu. arcen. Quod ſi inter prædia ſeruientia medium ſit flumen, ſiue ea prædia vnius & eiuſdem ſint domini, ſiue diuerſorum, ſeruitus rite conſtituitur: quoniam nihil prohibet, quominus ea cum libuerit vtamur ſaltem pro parte, quod ſufficit, vt ſcripſimus in l. via eſt via. 18. ſupra eo. *Diſpiciamus ne nihil vetet à te mihi, &c.* His verbis Iuriſconſ. aliquando ſententiam exprimere ſolere alias annotauimus in tractatu de pactis. *Quia via conſummari ſolet.* Hæc eſt dubitationis cauſa pro qua vide cap. vltim. inſ. de loc. & itin. publi. *Quod ſi eſt.* id eſt, ſi idem iuris eſt in plurium prædiis dominorum, quod in vnius domini.

COMMVNIA PRÆDIORVM, TAM VRBANORVM QVAM ruſticorum.

TITVLVS IV.

L. 1. Ædificia.

PRædium vrbanum quid ſit, quomodo accipiendus ſit hic locus, alias docuimus in tractatu de pactis. l. item quia. 4. *Niſi qui habet prædium.* Addenda hic ſunt quæ ſupra variis in locis ad huius capit. explicationem conferentia annotauimus l. non dubito. 12. l. ſeruitutes. 14. §. ſeruitus. ſupra de ſeruitutibus. l. 22. ſi ſerui. §. futuro. de ſeruit. vrbanorum. Cæterum in vulgatis codicibus, qui ante Haloandrum impreſſi ſunt, hæc verba ad finem huius capitis leguntur. Nec quiſquam debere, niſi quia habet prædium: quorum illa, nec quiſquam debere, vt & adulterina reiicera oportet. Seruitutem promittere poteſt, qui fundum non habet, & promittens per fundum alienum, veluti proprium obligatur, tametſi ſeruitus ab eo acquiri non poſſit. l. hæredes eius. 26. §. an ea ſtipulatio. infra famil. erciſcun. l. fundum cuius. 46. §. ſi per alienum. infra. de euictionib.

In l. 2. De aqua per rotam tollenda ex flumine.

VT aqua ex fundo alieno ducatur, dubium non eſt, quin ſeruitus recte conſtitui poſſit, vt autem hauriatur, vel per rotam, & organa hydraulica tollatur, cuius tollendæ rationem docet Vitruuius lib. 10. capit. 9. & 10. vel ex caſtello ducatur, non ex capite ſeu fonte, videbatur non poſſe conſtitui, propterea quod de his iure veteri (quod ipſum ius appellatur) nihil cautum eſſet. l. ſeruitus. 9. ſupra tit. præced. Sed eo ventum eſt interpretatione prudentum, vt omnia iura quæcunque prædiis vtilia ſunt, & perpetuam cauſam habent, ſeruitutes cenſeantur. Et quamuis ipſo iure non valeant, tamen ex æquo & bono per prætoris tuitionem efficaces ſint, & hæc noſtra interpretatio confirmari poteſt iis, quæ ſcripſimus in l. 1. §. traditio. ſupra de ſeruit. ruſti. præd.

In l. 3. Duorum prædiorum dominus ſi alterum, &c.

VIDE l. & qui duas. 34. ſupra de ſer. vrb. præd.

In l. 4. Caueri ad certam altitudinem.

QVamuis loco religioſo ſeruitus adquiri poſſit. l. ſeruitutes. 14. §. ſeruitus. ſupra de ſerui. l. 1. infra ſi ſeruit. vindic. tamen ei imponere ſeruitutem non licet, niſi antequam religioſus effectus fuerit. leg. quod ſi locus. 11. infra de religio. Proinde ſi quis in eadem ædicula Dominicanorum, exempli gratia, ius ſepulchri ædificandi, & mortuum inferendi habeat, ac demum cum Dominicanis de numero ſepeliendorum, aut de ædificij magnitudine paciſcatur, talis pactio ipſi non oberit, vt recte à quibuſdam hic obſeruatum eſt. Sed eſt animaduertendum, ſi contra decorem aliquid moliatur, nec iure ſibi conceſſo vtatur, ciuiliter prohiberi poſſe l. ſi cui. 9. ſupra de ſeruit.

In l. 5. Proprium ſolum vendendo.

QVi ſtipulatur alteri, eum inutiliter ſtipulari certi iuris eſt, niſi ſua interſit. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. inf. de verb. oblig. Quod minuendarum litium cauſa conſtitutum fuiſſe alias docuimus: inutiliter igitur fundum meum vendendo, mihi & vicino ſeruitutem excipio. Atque hoc caſu mihi adquiritur tota ſeruitus, non vicino. Nec ideo ius accreſcendi hic locum habere dicendum eſt, quod in vltimis voluntatib. non in contractib. obſeruari ſolet. l. ſi mihi & Titio. 110. infra de verb. oblig. Sed ius non decreſcendi potius cum ne fieri quidem poſſit, propter indiuiduitatem ſeruitutum, vt quicquam decreſcat aut minuatur. De eo quod in fin. cap. Iabole. adiicit, *Quia per vnum ſecum communi ſolo &c.* vide l. pro parte. 11. ſupra tit. 1. de ſeruit.

In l. 7. Si quis duas ædes habeat.

VIde l. 2. ad certam. 6. l. pro parte. 11. ſupra de ſeruit. & l. in re communi. 25. l. & qui duas. 33. ſupra de ſeruit. vrba. prædio. & l. ſi communi. 27. ſupra de ſeru. ruſtic. prædio.

In §. Item ſi duo homines binas ædes communes.

AD finem huius §. Haloander ita legit, ſeruitutem vel acquirere vel imponere non poſſe. Verum Antonius Auguſtinus admonet in Pandectis Floren. negationem deſiderari, quam idcirco expungendam cenſeo.

In §. alias eſt l. 7. Si in venditione quis dixerit, ſeruas fore ædes, &c.

VEnditor ædium ſeruitutem excipere volens, dixit eas ſeruas fore, vtiliter excepiſſe videtur, nec cogetur liberas ædes tradere. Sed aut ſibi, aut cuiuis alij ſeruas facere poterit, cum lex venditionis in futurum tempus concepta ſit. Quid ergo ſi non ſeruas fore ædes: ſed quod amplius eſt ſeruire eas Titio dixerit: Pomponius hic reſpondet, ita legem accipiendam eſſe, vt ſeruitus Titio vendi, vel in traditione imponi illis ædibus poſſit, quod eſt accipiendum, niſi vanditor ideo hãc legem dixerit, quod vereretur, ne Titio aliqua deberetur ſeruitus, quo caſu nihil exceptum eſſe intelligitur. l. ſi quis legauerit. 75. infra de leg. 1. Cæterum qui vendit fundum, eum præſtare liberum non cogitur, niſi id expreſſerit. l. cum venderes. 59. infra de contrah. empt. l. quod ſeruitutes. 75. inf. de euictio. l. qui vti optime. 90. infr. de verb. ſignifi. Verum ſi ſeruitutem deberi ſciuit, nec emptorem ignarum admonuit: quia dolo carere nõ videtur, quanto minoris empturus fuit, conueniri potuit ab emptore. l. 1. & l. quæro. 40. inf. de actio. empt.

In l. 7. Si in venditione, & l. 8. & 9. ſeq.

HÆC tria capita ſatis ſupra expoſuimus.

In l. 10. Quicquid venditor.

GEneralis exceptio ſeruitutis non ſufficit, vt ſupra dictum eſt: l. in tradendis. 8. ſupr. eo. ſad genus ſeruitutis eſt exprimendum. Quapropter his verbis ędium venditioni adſcriptis. *Quibus ſeruitus eſt, vtique eſt,* non ſatis vẽditori cautũ videtur. Sic enim legẽdũ eſt, & omnes codices emendandi, vt intelligamus, vtique, non vnam dictionem, ſed duas eſſe. Ac ſimile erratum eſt in

adicto

Digitized by Google

edicto prætoris De minoribus. quod ita admonet legendum eſſe Auguſtinus, vt quæque res erit animaduertam, &c. l. 1. ſupra de minoribus. Sicut & edictum quoque de alea luſu. infra l. 1. Porro confundi ſeruitutem conſtat, quando idem eſt, & dominantis & ſeruientis fundi dominus.

In l. 13. alias 14. Venditor fundi.

SI quis vnum ex duobus fundis ſuis vendat ea lege vt contra alterum, quem retinet certum genus piſcationis in mari, quod ei fundo proximum eſt, non exerceatur ab emptore, nulla ſeruitus hoc modo conſtituta eſſe dicitur, nullum ſiquidem eſt emptoris prædium, quod ſeruiat. l. 2. ſupra, eo. Sed hoc pactum in traditione rei appoſitum, nihilominus valebit. l. in traditionibus. 49. ſupra de pactis, proderitque ad obligationem perſonalem, non ad ius reale transferendum in venditorem. Idemque de ſimilibus pactis eſt dicendum, vt ſi quis meoum paciſcatur, ne per viam publicam eat. Verum hoc ita accipiendum eſt, ſi paciſcentis interſit, quod vberior ſit ei futura piſcatio, aut tranſitus per publicum commodior & expeditior, alioqui non daretur actio. l. quoties. 15. ſupra de ſeruit. l. nemo. 62. ſupra de pact. & l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. de verb. obligat. *Aut in ius eorum ſuccedentium.* Hoc verbum de hæredibus intelligendum eſt, qui vniuerſales ſucceſſores dicuntur. l. nihil aliud. 24. infra de verb. ſignif. l. fluminum. 24. §. adijcitur. infra de damn. infect. nam ad ſingularem ſucceſſorem, cuiuſmodi eſt emptor, donatarius, legatarius, obligatio perſonalis non tranſit. l. 1 9. ſi hæres. infra ad ſenatuſconſ. Trebel. l. vlt. ſupra de contrahen. empt. l. quoties. 9. de hæred inſtit.

In §. Si conſtat in tuo agro lapidicinas eſſe.

LApidis cædendi aut eximendi ſeruitutem conſtitui poſſe nemo eſt qui neſciat. l. veluti. 6. ſupra tit. prox. Quæ ſi non conſtituta fuerit, lapidem cedere in alieno cuiquam non eſt permiſſum, ſiue priuato nomine, ſiue publico, id eſt Reipub. aut ciuitatis nomine id fiat. Nam diſtinctio dominiorum iuris gentium eſt, & quod noſtrum eſt, abſque facto conſenſuve noſtro in alium transferri non poteſt. l. ex hoc iure. 5. ſupra de iuſti. & iure. l. id quod noſtrum 11 infra de regul. iuris. l. vltim. inf. de nat. reſtituen. Quod adeo verum eſt, vt ne principi quidem id liceat, qui dominus rerum cuiuſque priuatarum non recte dicitur. Locus autem Vlpiani de agro militibus adſignato, l. item ſi verberatum. 15. ſupra de rei vindic. vulgo nõ recte intelligitur. De agro ſiquidem capto ab hoſtibus ibi loquitur Vlpian. cuius pars tantum militibus aſſignata fuerit, altera pars relicta poſſeſſori, idque honoris cauſa, cum adimi totus ager ei potuiſſet. l. Lucius. 11. infra de euictio. l. hoſtes. 24. infra de capti. Minus me mouet, quod in Iuſtiniani conſtitutione legitur, omnia principis intelligi eſſe, &c. l. bene à Zenone. 3. Cod. de quadrien. præſcrip. Nam ſenſus eſt, omnia tam quæ ipſius propria ſunt, id eſt, quod vulgo dominium vocant, quæ ſunt fiſci, hæc apud nos dicuntur regni diadematis, ſeu coronæ nomine ad principem pertinere, vt verba præcedentia & ſequentia ſatis oſtendunt. Non inficior tamen, neceſſitate publica vrgente, nonnunquam magiſtratum poſſe, nedum principem, vſum aut etiam dominium rei ſuæ cuipiam adimere, ſed id cauſa cognita, & pretio vel mercede exoluta fieri oportet. l. ſi locus. 14. infra quemadmod. ſeruit. amit. l. vltim. infra de pigno. actio. l. 2. C. de ſeruis qui præmio liber.

In l. 14. alias 15. Iter nihil prohibet ſic conſtitui.

VSus ſeruitutum temporibus ſecerni poteſt, vt diximus l. 4. & 5 ſupra de ſeruit. Proinde non tantum generaliter & indefinite poteſt conſtitui ſeruitus itineris, verumetiam vt interdiu tantum ire liceat. *Neceſſarium eſt.* Neceſſitatem hic intelligo non ſimplicem & abſolutam: ſed conditionalem, quam vulgus interpretum cauſatiuam, Cicero neceſſitatem cum adiunctione, vocat, de Inuent lib. 2. ad fin. Eſt enim neceſſarium in prædiis vrbanis ita conſtitui ſeruitutem itineris, non ſimpliciter, & vt loquimur, præciſe: ſed niſi malumus pati, vt aduerſarius etiam noctu eat per domum noſtram: quod vix ſine maximo noſtro incommodo fieri poteſt. Atque hinc efficitur, licere ei, cui debetur ſeruitus itineris, per locum ſeruituti obnoxium, quolibet tempore, & quidem nocturno ire, modo ciuiliter id faciat. l. ſi cui. 7. ſupra tit. 1 de ſeruit.

In l. 15. alias 16 Qui per cenum.

VIDE l. 2. ſupra de ſeruit. ruſtic. prædio.

In l. 16. alias 17. Poteſt etiam in teſtamento.

VIDE l. 5. ſupra de ſeruit.

In l. 17. alias 18. Si precario.

SI cui precario conceſſero, vt maceriem in meo extruat, id eſt, quandiu voluero extructam habeat. leg. 1. infra de precar. nec is me volente, aut poſtulante, auferre velit, mihi eam demoliri ac deſtruere licet. l. ſed ſi inter me & te. 26 ſup. de ſerui. vrban. prædio. l. quemadmodum. 29. infra ad l. Aquil. Puto etiam præſcriptis in factum verbis aduerſus eum agi poſſe, ne alioqui opera & ſumptibus domini demolitio fiat. l. permiſiſti. 17. infra de præſcrip. verb. Interdictum autem quod precario non competit, quantum aduerſus eum datur qui habet rem aut dolo malo deſiit habere. l. 2. infra de precar. Contradicendum eſt, ſi non in meo maceriem extruxerit: ſed in ſuo fundo potius, qui ſeruitutem mihi debebat. *Cum ædificium ſoli conditionem ſecutum, inutilem faciat retentionem.* Hinc annotandum eſt, quod vulgo dicitur, ædificium ſolo cedere. leg. 2. C. de rei vindicat. in maceria quoque locum habere, id eſt in muro ſine calce, aut alia compactione facta l. quantum. 157. infra de verb. ſignifi. & hoc eſt quod ait hic Vlpian. ædificium ſoli conditionem ſecutum. Notandum etiam ex illis verbis, *Neque libertas vſucapietur.* quod precario poſſidens ab alio, aduerſus eum vſucapere non poteſt. l. ſi ædes. 31. ſupra de ſeruit. vrbano. l. ſi quis diuturno. 10. infra ſi ſeruit. vindic.

In l. vlt. Receptum.

TAmetſi omnium fundi dominorum conſenſus neceſſarius ſit ad impoſitionem ſeruitutis, tamen ſinguli ſeparatim cedere poſſunt, nec omnes pariter & eodem tempore id facere neceſſe eſt, vt diximus l. per fundum. 11. ſupra de ſerui. ruſt. præd. Nam poſteriore ceſſione, ſuperiores omnes confirmantur. quaſi eo die quo nouiſſimus ceſſit, omnes ceſſerint. Nam illa ceſſio non retrotrahitur vt ratihabitio l. vlt. C. ad ſenatuſconſ. Macedo. Cum hoc non ſit propoſitum cedentis, vt quod ab aliis geſtum eſt comprobet, & velut proprium efficiat negotium. Itaque mortuo eo, qui primus ceſſit inutiliter, poſtea alius cedit, quãtum ad illius primæ ceſſionis confirmationem attinet: ſed poſtrema ceſſio in pendenti eſt, donec hæres defuncti conſenſerit, cuius conſenſu ea, quaſi nunc prima exiſtens, confirmatur. Quod ſi quis obiiciat hæredem & defunctum pro vna atque eadem perſona haberi. authentic. de iureiur. à morien. præſti. §. 1. l. hæreditas. 34. infra de acquir. rer. domin. ideoque ad id obſeruandum quod defunctus promiſit obligatum eſſe quaſi ipſemet promiſiſſet: Reſpondeo, quamuis ad id faciendum obſtrictus ſit, fieri tamen poſſe, vt litis æſtimationem ſoluere malit quam ſeruitutem conſtituere. Quo caſu non poſſet ſeruitus conſtitui ab alio, quæ diuiſionem non reciperet.

SI SERVITVS VINDICETVR, VEL AD ALIVM PERTInere negetur.

TITVLVS V.

In l. I. & II.

PRo ſeruitute vindicanda, ſicut pro aliis rebus quæ ſunt corporales, in rem datur actio, quæ confeſſoria appellatur: quia confitetur actor, id eſt aſſerit, ſiue contendit ſibi ſeruitutem competere. §. æque. Inſtit. de actio. Et hæc actio tantum prædij domino, non alij datur, vt hic Vlp. ait. Quod eſt accipiendum, vt non in vno loco docuimus. l. ſeruitutes. 14. §. ſeruitus itineris. & l. ei, qui. 16. ſupra de ſerui. l. 4. ſupra commu. prædio. Ac ſicut pro ſeruitute, ita etiam pro libertate vindicanda actio contraria à iuris auctoribus prodita eſt, quæ idcirco negatoria eſt, & dicitur, quod agens libertatem prædij ſui vindicet, ſeruitutemque neget aduerſario deberi. l. ſicuti. 8. in prin. infra eo. dicto §. æque. Inſti. de actio. Obſeruandum hic eſt, poſſe actorem ita formulam ſuæ intentionis concipere, vt ſeruitutem ſibi competere dicat. Nam licet fundo potius, quam perſonæ debeatur, l. vnus ex ſociis, 34. ſupra de ſeru. ruſtic. l. qui aliena. 33. §. vlt. ſupra de nego. geſtis. tamen & perſonæ quoque ipſi, propter fundum debita non male dicitur.

In §. Recte Neratius ſcribit, ſi medij loci &c.

VIDE l. binas. 35. & l. ſi quis. 29. ſupra de ſeruit. vrbanorum.

In §. Pomponius dicit.

QVamuis fructuario actio confeſſoria non detur, ſaltem directa, quia ius ſeruitutis non habet, cuius dominus non ſit: tamen de itinere actuque priuato interdicto experiri poteſt, in quo de vſu tantum & poſſeſſione, non etiam de iure ſeruitutis quæritur. l. 1. infra de itinere actuque priua. Sed de ſucceſſore quoque eiuſdem, tam ſingulari quam vniuerſali hoc interdictum competet. Porro quærere de iure, eſt quærere ſitne ei vel teſtamento, vel conuentione conſtituta ſeruitus, qui eam vindicat: quærere de facto, eſt quærere, fueritne proximo anno in poſſeſſione ſeruitutis.

In l. 4. Loci corpus non eſt dominij ipſius, cui &c.

QVi actione confeſſoria experiri vult, fundi ſeruientis ſe dominum eſſe non recte intendit. Seruitus enim pars dominij non eſt, ſed ius quoddam à dominio longe diuerſum. Huius tamen iuris dominus non inepte dici poteſt is, cui debetur. l. recte. 25. infra de verb. ſig. l. 3. ſupra ſi vſusfr. pet.

In §. Qui iter ſine actu, &c.

PRo ſeruitute actus ſine itinere, tam confeſſoria, quam negatoria actione experiri non poſſe Vlpianus hic ſcribit. Contra tamen dicendum videbatur cum qui habet actum, iter quoque eum habere diſſeruimus ſup. de ſeruit. ruſtic. prædio. l. 1. Verum id ita accipiendum eſt, niſi actum ſit in conſtituenda ſeruitute, vt non aliter per fundum ire liceat, quam ſi iumentum, aut vehiculum ducatur. l. 4. §. modum. ſupra de ſeruit. Quæ enim ſic nominatim cauta ſunt, ſeruari debent.

In §. In confeſſoriam actionem, quæ de ſeruitute mouetur, &c.

SEruitutis nulli fructus proprie eſſe intelliguntur, cum fructus appellatione id demum contineatur, quod naturaliter ex ipſo corpore naſcitur. l. vſuræ. 121. infra de verb. ſignifi. Sed nihilominus fructuum reſtitutionem in actione confeſſoria & negatoria [illegible], locum habere dicimus, ſicut in aliis in rem actionibus. l. ex diuerſo. 36. §. vbi alienum. Id eſt commodum quod haberet actor, ſi iure ſuo vti prohibitus non eſſet. l. & ſi forte. 6. §. vlt. infra eo. Id enim loco fructuum habetur: ſicut in rerum corporalium vindicatione, mercedes colonorum, vecturæ nauium, & alia id genus. leg. 39. ſupra de petit. hæred. l. ſi nauis. 63. ſupra de rei vindi. l. videamus an in omnibus. 19. ſupra de vſur.

In §. Si fundus, cui debetur iter.

ACtio confeſſoria ſi fundus dominãs ſit plurium, ſingulis in ſolidum competit, quia ſeruitus res indiuidua eſt, quæ pro parte peti præſtarive non poteſt. Nec ideo dicetur per vnum ſeruitus acquiri contra rationem iuris. l. viæ. 17. ſupra de ſeruit. l. 2. §. ex his igitur. infra de verb. oblig. Quia per ſententiam non adquiritur ſeruitus: ſed iam adquiſita declaratur. l. pro parte. 11. ſupra de ſeruit. Ac vnius victoria proderit omnibus ſociis, licet minime litigarint: cum ſententia ipſa prædio detur, cuius res domini ſunt. l. 8. ſicuti. §. ſed ſi quæratur. infra eo. non nocebit tamen ſociis condemnatio, vt infra dicemus. l. ſi de communi. 19. infra eo. Alia cauſa eſt litis æſtimationis, ſeu eius quod intereſt, ſi forte adiudicandum ſit petitori. Nam quod agentis tantum, non etiam quod cæterorum intereſt, hic ſpectabitur, cum res diuiſionem accipiat, & hac ratione ſine vllo incommodo ipſius deſiderium impleatur. l. 2. §. item ſi in facto. & l. 3. infra de verb. oblig.

In §. Si quis mihi itineris.

ACtio confeſſoria datur aduerſus eum qui impedit aliquem vti ſeruitute: ſiue controuerſiam ſeruitutis ei faciat, ſiue non faciat, veluti ſi viam non reficere patiatur. Nam videtur is ſeruitutis poſſeſſionẽ quodammodo eripere aduerſario, vnde tanquam poſſeſſorem eum conueniri neceſſe eſt. In rebus autem corporalibus ex his cauſis rei vindicatio non datetur, ſed interdictum vti poſſideris. l. 1. §. hoc interdictum. infra vti poſſid.

In §. Competit.

ACtio negatoria, quæ ſimiliter in rem eſt, competit qui libertatem prædij vindicat, negatque ſeruitutem aduerſario deberi. In hac igitur actione illud tantum inſpicitur, an prædium ei cum quo agitur ſeruitutem debeat, necne: non an liberum omnino ſit. Itaque agens non poterit alieni iuris exceptione ſummoueri, contendens alij prædium, de quo agitur, ſeruire: quamuis in rei vindicatione hæc allegatio intentionem agentis excludat: quia neceſſe eſt dominum eſſe. l. vlt. C. de rei vindic. ſed hic locus à nobis alias tractatus fuit in l. non abs re. Cod. vnde vi.

In §. Si cui. & l. 5. Et ideo ſi inter meas. & l. 6. Et ſi forte.

ACtio confeſſoria datur ei, cui ſeruitus debetur altius non tollendi, etiamſi vlteriores ædes habeat. Nam medium prædium hic ſeruitutis non impedit conſtitutionem, vt crebro diſſeruimus. l. ſeruitutes. l. 14. §. publico. ſupra de ſeruit. & leg. ſi ædas. 31. ſup. de ſerui. vrba. præd. Et hic notandum eſt actionem confeſſoriam verbis negatiuis concipi, contra Placentini opinionem. Non enim tam refert quibus verbis vtamur, quam ex qua cauſa agamus. Vt ſi ideo quis agat, quod ſibi competere ſeruitutem dicat, actio ſit confeſſoria. Sin vero cauſam ſuæ intentionis exprimat, quod prædium ſuum nullam debeat ſeruitutem aduerſario, negatoria. §. æque. Inſtit. de actio.

In dictam l. 6. Et ſi forte. §. Sciendum tamen.

ACtio confeſſoria pro ſeruitutibus vindicandis, quamuis in rem ſit, tamen datur poſſeſſori. l. pen. ſupra ſi vſusfruct. pet. & l. ſicuti. 8. § ſed ſi quæratur, eo. Quod & in ipſa rei vindicatione nonnunquam contingit, ſi aduerſarius contineat rem, & reſtituendi facultatem habeat. l. officium. 9. ſupra de rei vindi. *Poſſeſſor eſt.* Hoc ita accipe, ſi prohibuit aduerſarium vt altius non ædificaret, & poſt eam prohibitionẽ nihil ab eo eſt innouatum, ſed domus eius ſemper depreſſa manſit,

tunc

Digitized by Google

tunc enim poſſeſſionem adipiſcor, cuius continuatione ſeruitus altius tollendi, licet debita non fuerit, acquiri poteſt. leg. ſi quis diuturno. 10. infra eodem. Sed ſi abſque vlla prohibitione mea vicinus ab extollenda domo ſua abſtinuerit, non continuo poſſeſſionem eius ſeruitutis dicor adeptus, vt longo tempore eam mihi acquirere liceat. idque vulgo receptum eſt. leg. cum eodem. 8. & leg. qui luminibus. 11. ſupra de ſeruit. vrban. leg. altius. 8. Codic. de ſeruit. & aqua.

In verſic. Idem etſi lapilli iactu impedierit.

QVi nouum opus nuntiat, aduerſarium facit poſſeſſorem, qui lapillo manu iacto impedit ne ædificet, non item. l. de pupillo. 5. §. meminiſſe. infra de oper. noui. nunt. Qua de re videnda ſunt, quæ in tractatu de operis noui nuntiatione annotauimus.

In §. Etiam de ſeruitute, quæ oneris ferendi cauſa impoſita erit, &c.

VIDE l. vlt. ſup. de ſeruit. l. eum debere. 32. ſup. de ſeruit. vrban. prædiorum.

In §. Veniunt fructus in hac actione.

VIDE l. 4. ſupra hoc tit.

In l. 7. Harum actionum.

FRagmentum hoc eſt ex lib. Pauli. 21. ad edictum, vt in 5. ca. huius tractatus, quorum eadem eſt ἀρχαὶ, ſed à Triboniano interiecta ſunt Vlpia. verba. Proinde quod hic Paulus ait, Harum actionum &c. exiſtimo nō tantum de ſeruitute oneris ferendi, ſed etiam non tollendi altius, accipiendum eſſe. De quibus ſimul, vt credibile eſt, in eo lib. diſſeruerat. In earum igitur ſeruitutum petitione, ſeu vindicatione, auctore Paulo, modo res cum cautione, modo cautio tantum præſtatur officio iudicis, prout negotij de quo agitur, natura flagitat. idque arbitrio iudicis committitur, qui ante ſententiam arbitratur, quemadmodum ex bono & æquo ſatiſfieri actori oporteat. Nam hæ actiones ex numero arbitrar. actionum ſunt. l. qui reſtituere. 69. ſupra de rei vind. & §. præterea. Inſtit. de actio. De his libellum huic loco interpretando pernecesſarium alias edidimus. Res actione oneris ferendi, id eſt, idoneus paries præſtari debet. In ea, quę de ſeruitute altius non tollendi eſt, cautio locum habet, cum eius quod in non faciendo conſiſtit, nulla alia fit executio. l. Mutianæ. 7. infra de condit. & demonſt. *De reficiendo pariete cauere.* Hoc exemplum refertur ad actionem de ſeruitute oneris ferendi, in qua res ſimul cum cautione exigitur. *Neque ſucceſſores ſuos.* Hoc exemplum pertinet ad actionem de ſeruitute altius non tollendi, in qua præter cautionem nihil præſtari poſſe iam diximus. Quod ſi quis de ſeruitute potius tigni immittendi, de qua Vlpian. diſſerit in ſeq. ca. Paulum hic loqui contendat, magnopere repugnabo. Verum hæc verba, ſi accurate conſiderentur, ſeruituti altius non tollendi magis conueniunt.

In l. 8. Sicuti autem refectio parietis ad vicinum pertinet.

RVrſus hic loquitur Vlpia. cuius ſermo interruptus fuerat. docet autem fulturam ædificiorum vicini ſuperioris, cui ſeruitus debetur oneris ferendi, ad inferiorem non pertinere, licet parietem cogatur reficere. Verum dum reficiatur paries ab inferiore, fulcire debet ædificium ſuum ſuperior, aut deponere ne interim corruat, & inferiori noceat. Nec hoc ironicū (vt cēſet Accurſ.) conſilium eſt, ſed præceptum potius neceſſarium.

In § Competit mihi actio aduerſus eum, qui ceſſit mihi talem ſeruitutem.

SIcut pro ſeruitute oneris ferendi, ita etiam tigni immittendi confeſſoria datur actio. Differentia autem, quam hic docet Vlpia. ex vi & proprietate verborum facile perſpici poteſt, quibus vtraque ſeruitus conſtituitur. Onus tuum ferre promitto, & tignum immittere in parietem meum tibi permitto, &c.

In §. Sed ſi quæratur, quis petitoris partes ſuſtineat, &c.

IN actione confeſſoria pro ſeruitute tigni immittendi poſſeſſoris partibus fungitur actor, ſi tigna immiſſa ſunt, aut foramen nondum obturatum, per quod alias immiſſa fuerant. l. hæ autem ſeruitutes, quæ in ſuperficie. 19. ſupra de ſeruit. vrba. præd. Sufficitque vna immiſſio ad poſſeſſionis adquiſitionē: ſicut & in aquæ ductu ſemel aquam duxiſſe ſatis eſt l. 1. §. quod autem. inf. de aqua quotid. Itinere autem triginta diebus vſum fuiſſe oportet eum, qui ſe poſſeſſorem contendit. l. 1. infra de itine. actuque priua. Quia qui ſemel, aut iterum per fundum alienum ambulat, iure facultatis cuiuſdam omnibus communis hominibus magis, quam ſeruitutis alicuius id facere intelligitur. §. feræ. Inſtit. de rer. diuiſ. Exiſtimo autem cum plerisque aliis, hanc poſſeſſionem non transferre onus probandi in aduerſarium: cum ei præſumptio iuris opitulatur, ſed quæ eſt declarari. l. ſiue poſſidetis. 16. C. de prob. & c. 2. de reſt. ſpol. lib. 6. In rem actiones intenduntur, vt iudex pronuntiet dominium eſſe petitoris, vel ius aliquod reale ipſi quæſitum eſſe. l. ex diuerſo. 36. §. vbi alienum. ſup. de rei vindic. l. Pomponius. 40. ſup. de procura. l. licet. 10. de petit. hæred. Nō vi aduerſarium ad dandum aliquid, vel faciendum cōpellat, quod proprium eſt actionum in perſonam. §. omnium. Inſti. de actio. Sed hoc accipiendum eſt, niſi pendente lite dolo malo rei ius reale amiſſum ſit. l. ſi poſt acceptum. 18. ſupra de rei vindic. & §. ſi ad exhibendum. Inſtit. de officio iudic. Huius rei exemplum hic eſt de ſeruitute, quæ inter moras non vtendo extincta eſt. Eam enim reſtitui, id eſt, iterum conſtitui & cedi, ſeu imponi oportet.

In §. Ariſto Corellio Vitali reſpondit, non putare ſe ex taberna, &c.

HVius loci explicandi gratia, qui ob rerum antiquarum ignorationem non recte ab interpretibus intelligitur, ſciendum eſt, Romæ, & in Italia hanc olim fuiſſe caſei conficiendi rationem, vt fumo ex malignis viridibúſque lignis, aut culmis facto, colorarent deſiccarentque, vt auctor eſt Plinius lib. 11. cap. 42. & Columella lib. 7. cap. 8. Ex caſearia igitur taberna, in qua fumigantur caſei, in ædificium alienum, quod ſuperius eſt fumum immittere non licet, niſi fuerit nominatim conſtituta ſeruitus, alioqui vicino dabitur in rem actio negatoria, cui ita nocetur. Quod ſi animo iniuriæ faciendæ id fiat, iniuriarum quoque agi poterit. leg. penult. infra de iniur. Sed prohibitus à vicino, ſi eam tabernam in id conduxerit, aduerſus locatorem, eo nomine recte experietur, cum in eum vſum locata ſit. l. ſi merces. 28. §. ſi vicino. infra locati.

In verſic. ſed & interdictum vti poſſidetis, poterit locum habere, &c.

INterdictum vti poſſidetis hic non datur pro re incorporali, vt plerique falſo opinantur: ſed pro ædibus. Cum enim dominus prohibetur arbitrio ſuo illis vti, controuerſiam poſſeſſionis pati intelligitur. l. ſi duo. 3. §. hoc interdictum. infra vti poſſidetis.

In §. Apud Pomponium dubitatur.

FVmū in foco ſuo facere, qui vicino noceat, tametſi grauis non ſit, minime permittitur. itaque vtilis eſt huius ſeruitutis impoſitio: ſed eo nomine non poteſt agi confeſſoria ſicut pro aliis ſeruitutibus: idque exēplo cuniculi: per quem vapor qui non adeo grauis eſt, ex balneo ad vicinum vſque manat comprobatum eſt. Nam de huiuſmodi cuniculo habendo, ſeruitutem cōſtitui poſſe placuit. de his autem quæ leuiter quidē officiunt vicino, & cuiuis iure conceduntur, cuiuſmodi hęc ſunt, in ſuo ignem facere, ſedere, lauare, inutiliter ſeruitus conſtituitur, & actio confeſſoria non cōpetit. leg. quoties. 15. ſupra de ſeruit. Ad fin. huius cap. legendum

eſt. In Vrſi Iul. id eſt, in domum Vrſi Iulij, vt Antonius Auguſtinus annotauit.

In l.10. Si quis diuturno.

QVod ſupra dictum eſt in actione confeſſoria de iure tantum quæri, nõ de facto, id eſt, eam actionem ei tantum dari, qui ſeruitutem ſibi competere docuerit: nec vllam vſus, ſed longæ poſſeſſionis rationem haberi. leg. 2. §. vltim. ſupra eod. ſic accipiendum eſt, niſi diuturna hæc fuerit poſſeſſio: nempe decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes, vt diximus l. ſeruitutes. 14. ſupra de ſeruit. Hoc vtique verum eſt, dũmodo cætera concurrant ad vſucapionem neceſſaria, ſcilicet titulus, & bona fides. leg. nullo. 24. Cod. de rei vindic. leg. Celſus. 26. infra de vſucap. Nam qui longæ poſſeſſionis hanc prærogatiuam habet, nõ cogitur docere de iure, quo ſeruitus conſtituta eſt, vt hic ait Vlpi. id eſt, vt ego interpretor, non cogitur probare ſibi adquiſitam eſſe ſeruitutem iis modis, quibus ciuili iure adquiritur: puta à domino prædij venditam, aut donatam fuiſſe l. 5 ſupra de ſeruit. l. 3. ſupra de vſufru. Hanc enim adquiſitionem quæ iure ipſo non fit, tuetur prætor, vtilemque actionem dando, vt quaſi ſeruitus adquiſita eſſe intelligatur iure ſcilicet prætorio. l. 1. §. fi. infra de aqua pluuia arcen. l. apparet. 5. infra de itin. actuque pri. Quod autem Accurſ. & cæteri omnes ius pro titulo accipiunt, mihi non probatur, cum longe amplius & maius ſit ius, quam titulum habere. Atque ita paſſim eo verbo vſos fuiſſe veteres comperimus. l. 2. §. fi. ſupra eo. dicta. l. 1. §. fi. de aqua pluuia arcen. l. apparet. de itine. actuque priua. in qua deſideratur apud Haloandrum negatio. Hoc quoque mihi probabilius videtur, in rebus incorporalibus acquirendis titulum neceſſarium eſſe, præſertim cum nulla ſatis firma ratio ſit, cur à iuris regula de rerum vſucapione recedamus. d. l. nullo. C. de rei vindi. Nec enim verum eſt, quod pro ratione vulgo adſertur, res non magni momenti ſeruitutes prædiorum à iuris auctoribus habitas eſſe, cum nullus in iure ciuili locus maiori cura & ſtudio ab eiſdem tractatus reperiatur, & conſtat ex Cicerone cauſas in quibus hæc prædiorum iura verſarentur, olim centumuirales, & inter grauiſſimas numerari ſolitas fuiſſe. lib. 1. de Orat. In eodem errore verſantur, qui putant præter vſum ſeruitutis, ſcientiam quoque ſeruitutis neceſſariam eſſe ad longi temporis præſcriptionem. Nam ſufficit aduerſarium pati, id eſt, nõ impedire, neque eius ſcientis aut præſentia requiritur. l. fi. C. de præſcrip. longi tempo. & l. etſi forte. 6. §. 1. ſupra eod. Quod autem alibi ſcriptum eſt eum, qui vtitur ſeruitute longo tempore eam adquirere, verum eſt, nec ſententiæ noſtræ contrarium. Præterea hæc præſcriptio decem annorum aut viginti, bonam quoque fidem exigit, vt ſatis oſtendit hoc in loco Vlpia. quæ ſemper adeſſe præſumitur, donec mala fides probata fuerit. l. merito. 51. infra pro ſocio. Verum ſi triginta annorum præſcriptio opponatur, malam fidem non obeſſe verius eſt. l. ſicut. C. de præſcript. 30. vel 40. anno. Illud quoque ad hanc acquiſitionem ſeu præſcriptionem neceſſarium eſt, vt quis ſeruitute tanquam ſua vtatur, alioqui vti non intelligitur. l. fi. infra quemadmo. ſerui. amit. l. 1. §. Iulianus. & l. vlt. infra de itin. actuque priu. Nam vt Theophilus ait, poſſidere proprie eſt, rem aliquam animo dominantis detinere. vide Inſtit. libr. 3. tit. quibus modis re contrahitur oblig.

In l.11. An vnus ex ſocijs.

VIDE l. ſed ſi inter. 26. §. 1. ſupra de ſeruitutib. vrban. prædiorum.

In l.12. Egi, ius illi &c.

VIDE l. harum. 7. ſupra eodem. vbi plurima adnotauimus.

In l.17. Si quando inter ædes binas paries eſſet, qui.

CVm paries ita ventrem facit, vt in vicini domum procumbat, aduerſus parietis dominum datur actio negatoria. l. ſi cum meus. 14. ſupra eod. Nec habet locum damni infecti cautio, cum damnum præſens ſit, niſi quis forte ideo quoque exigit hanc cautionẽ quod parietis caſum & ruinam vereatur. An autem propria auctoritate eiuſmodi parietem diruere liceat, ſupra diſputatum eſt. l. 26. ſupra de ſeruit. vrba. prædiorum.

In § Cum in domo Caij Seij.

IN ſpecie, de qua hic diſſeritur, contra ſeruitutem impoſitam facit, qui in loco ſeruiente ſyluam ſerit, labraque, crateras, & cucumelas, quæ vaſa ſunt ad excipiendam ex fonte manu facto aquam, idonea illic poſita habet. Nam tametſi hæc omnia ad voluptatem & amœnitatem pertineant, officere tamen intelliguntur ei, qui talium rerum delectatione non capitur. arg. l. vlti. ſupra de vſu & habit.

In l.18. Si cuius familia vicinum.

DE officio iudicis aduerſus abſentem, qui fraudationis cauſa latitat, antequam lis conteſtata fuerit, in his iudiciis, quæ pro ſeruitutibus comparata ſunt, hic tractat Iulianus. Nam aduerſus eum non poſſe definitiuam ſententiam ferri alias docuimus ſub titu. quib. ex cauſ. in poſſ. ad quem locum recurrat quiſquis plane intelligere cupit. Sed eius contumacia variis modis coercetur, quos tum ex hoc Iuliani loco, tum ex aliis obſeruare licet. Conuentus enim actione confeſſoria pro ſeruitute, puta altius non tollendi, ſi nondum ædificatum ſit, ex poſſeſſore petitor effici dicitur, cogiturque cauere ſe non ante ædificaturum, quam vltro egerit ius ſibi eſſe ædificare. leg. ſi priuſquam. 15. infra de operis noui nunt. Si vero iam ædificatum ſit, transfertur in aduerſarium præſentem poſſeſſio, ac niſi intra certum tempus cauerit reus, diruitur ædificium. l. à quo. 45. infra de damno infecto. Quam legem ex Pandectis Florentinis reſtituit & emẽdauit Auguſtinus. Poteſt etiam aduerſarius præſens in poſſeſſionem bonorum abſentis mitti cito. infra, tit. quibus ex cau. in poſſeſſ. eatur. & l. is, cui legatorum. 5. infra vt in poſſ. legat. Quod remedium cæteris longe vtilius, ac magis neceſſarium videtur. Nam cætera ei demum proſunt, qui poſſeſſor non eſt, vt onus probandi in aduerſarium transferatur. Hoc autem poſſeſſori eſt vtile, cui actionem quoque confeſſoriam competere ſupra diximus. l. etſi forte. 6. §. ſciendum. ſupra eod. ſed etſi forte nolit cauere contumax ſe non ædificaturum donec egerit &c. ad hoc profecto ſubſidium neceſſario erit confugiendum, quo aduerſus non cauentem damni infecti nomine Prætor vtitur. l. prætor ait. 7. infra de damno infect. *Ius aquæ ducendæ reſtituiſſet.* Quemadmodum in rebus incorporalibus, in quas non cadit vera poſſeſſio (l. ſeruus, qui. 43. §. incorporales. infra de acqui. rer. domin.) is pro poſſeſſore ſiue detentore habetur, qui alium vti ſeruitute prohibet, ideoque aduerſus eum datur in rem actio. l. ſi quis diuturno. 10. ſupra eo. Ita etiam reſtituere ſeruitutem intelligitur is, qui impedire deſinit. Quod facere cogitur in hac ſpecie contumax, licet actionem & ius ſuum non ideo amittat. Hactenus enim plectitur, vt de poſſeſſore petitor efficiatur. Alij non, reſtituiſſet, ſed conſtituiſſet. hic aberrauit. quæ lectio magnas contentiones peperit.

In l.19. Si de communi ſeruitute quis.

VIDE l. loci. 4. § ſi fundus. ſupra eo.

In l.20. Teſtatrix fundo quem legauerat.

VIDE l. binas. 9. & l. vlt. ſupra de ſerui. vrb. præ.

In §. Plures ex municipalibus.

CVm plures communem ſaltum emãt, vt ius compaſcendi habeant, idque ad diuerſorum prædiorum vtilitatem, quæ ſingulorum propria ſunt, hoc ius merito ſeruitus eſſe dicitur, & idcirco prædia ipſa ſequitur,

quitur, quiſquis eorum poſtea dominus effectus fuerit. leg. via.24.§ ſi fundus.& §. quæcunque. ſupra de ſeruit. ruſticor. Nec me mouet quod res propria, aut cum alio communis nemini ſeruire poſſit. leg. in re communi. 25.ſupra de ſeruit. vrba. præd. Nam in propoſita ſpecie hoc agitur inter ſocios, vt ſaltus ipſorum communis ſit, non tanquam ſingulorum, ſed tanquam vniuerſorum, adeo vt nulli eorum liceat alios ad diuiſionem prouocare.

In l.fi.Si qua aqua.

VIDE l.22.ſi ſeruitus.§.vlti.de ſeruit. vrba. præ.& l. Labeo.10.de ſeruit.ruſtic.prædiorum.

QVEMADMODVM SERVITVTES AMITTANTVR.

TITVLVS VI.

OMNE ius aut in adquirendo, aut in retinendo, aut in amittendo conſiſtere, Vlp.ait.l.fi.ſupra de legib. Cum igitur de acquirenda ſeruitute ſub primis quatuor ſupra titulis aliis huius libri tractatum ſit de ſeruitute acquirenda, & de ea retinenda ſub ti.ſi ſeruit. vindic.merito hic locus ſubiicitur, quemad.ſerui.amit.

In l.1.Seruitutes prædiorum.

PRimus modus amittendæ ſeruitutis eſt confuſio, de qua ſatis ante dicimus.l.vt pomum.6.& l. Papinianus. 18. ſupra de ſeruit. l. in re communi. 25. & l.ſi quis ædes. 29. ſupra, de ſeruit. vrban. l. ſi mihi. 20.§.ſi cum fundo.l.tria prædia. 31. de ſeruit. ruſtic. præ.l.quicquid.11.ſupra commu.præd.

In l.2.Qui iter & actum.

HVnc Pauli locum de actu tantum conceſſo neceſſe eſt intelligi, ſub quo tacite continetur iter, vt adnotauimus in l. 1. ſupra de ſeruit. ruſtic.prædio.idque poſtrema verba ſatis indicant.Nam ſi iter,& actum ſeparatim ceſſiſſe quem proponamus, duplex erit ſeruitus,nec vna non vtendo,amittetur altera.l.ſi prius.17. infra de aqua pluuia. Porro quod hic dicitur nō periiſſe actum, ita eſt accipiendum ſi eam ſeruitutem ſibi competere non ignorans,id fecerit. l. is qui vſumfructum.ſupra quib.mod.vſusfr.amit. Quod autem pro regula obſeruatur, ſeruitutes non vtendo amitti,ita accipiendum eſt,ſi nemo prorſus vſus eſt: nam per quemuis vtentem retinetur ſeruitus. neque enim ita vſucapi libertas poteſt.l.qui fundum.12.infra eo.

In l.3.Iura prædiorum morte.

SEruitutes prædiorum prædiis ipſis hęrent,non ſicut vſusfructus perſonæ.l.pecoris.4.& l.34.vnus ex ſociis.ſupra de ſeru.ruſti.præd. Proinde morte eius cui debentur, aut capitis diminutione non extinguuntur, vt vſusfructus & aliæ ſeruitutes, quæ perſonarum ſunt, ſupra toto tit.quib.ex cauſ.vſusfru.

In l.4.Iter ſepulchro.

SIngulare ius eſt in ſepulchro, vt ſeruitus itineris ad ipſum debita,non vtendo nunquam amittatur.Ideo fortaſsis quia contingere poteſt, vt toto ſtatuto tempore nemo ex familia moriatur, quem in ſepulchrum inferre neceſſe ſit.l.ſeruitutes.14.§.ſeruit.l.caueri.4.ſupra commu.præd.

In l.6.Nam ſatis eſt fundi nomine itum eſſe.

QVisquis itinere, aut alia huiuſmodi ſeruitute vſus fuerit,licet non eius nomine, cui debebatur: ſed ſuo potius,ea non amittitur.l.vſus retinetur. 20.cum l. ſeq.infra eo. Verum neceſſe eſt eo iure tanquam ſeruitute fundo debita vſum fuiſſe,vt hic dicitur, & l.vlt.infra eo.

In §.1.Si ego via,qua nobis.

DVplex hic tractatur quæſtio. vna eſt,ſi fundus cui debetur ſeruitus, inter plures dominos diuiſus fuerit in partes certas, an vnus eorum vtens ſeruitute, alteri eam conſeruet.Et hoc negat Celſus: ante diuiſionem vero vna tantum ſeruitus eſt,quæ diuiſionem non recipit, ideoque vna vtente duntaxat, tota retinetur, vt dictum eſt.l. ſeruitus.5. ſupra eo. Altera quæſtio eſt de fundo ſeruiente,an ſcilicet poſt eius diuiſionem,ſi fundi ſuperioris dominus per partem tantum,quæ obtigit vni, iuerit, an alteri parti impoſita ſeruitus amittatur. Et diſtinguit Celſus multipliciter, in qua diſtinctione obſcurum fere nihil eſſe videtur,eo excepto quod de diuiſione fundi per longitudinem viæ, aut latitudinem dicitur: hoc autem ita accipiendum eſſe arbitramur, cum per latitudinem viæ fundus diuiditur, vtens via per partem vnus ex ſociis pro ea parte tantum fruſtra ſeruitutem retinere diceretur, cum medium prædium, id eſt per alterius intercedens, impediat ſeruitutem.l. qui ſella.7.ſupra de ſeruit.ruſtic.præd.Quamobrem dicitur vna ſeruitus eſſe, quam totam retinet. Quæ ratio ceſſat,cum per longitudinem viæ ſit diuiſio.

In l.7.Si ſic conſtituta.

CVm vſus ſeruitutis non eſt continuus,ſed interruptus annorum aut menſium interuallo voluntate contrahentium legitimo tempore, id eſt biennio, non amittitur ſeruitus non vtendo, ſed duplicatur tempus, ac in locum biennij ſuccedit quadriennium. Verum, quia dubitari poterat,cum loco biennij ad amittendam ſeruitutem, conſtitutum ſit tempus decem annorum inter præſentes,viginti inter abſentes, l. ſicut. 14. C.de ſeruit.& aqua.an id quoque duplicetur. Et Iuſtinianus non vſquequaque duplicandum ſanxit, ſed Romanorum tempus tam inter præſentes, quam abſentes ſtatuit.l.fi.Cod.de ſerui.& aqua.*Vna ſeruitus eſt.*Adeo breue hoc eſt temporis interuallum,quo vſus ſeruitutis interrumpitur,vt vnus atque continuus eſſe videatur.Seruitus enim hic pro facto & vſu, non pro iure accipitur, vt alibi non raro. l. 1.§. 1. infra de aqua quoti.& æſtiua. Nam in ſuperiore quoque caſu vna atque eadem ſeruitus eſt.l.1.ſupra de ſeruit. leg. cum vſusfructus. 13.infra de vſufru.legat.

In l.8.Stillicidij.

IS, qui ius ſtillicidij immittendi in aream vicini habet, permittendo in ea ædificare, ſtillicidij ſeruitutem amittit.Nam alioqui otioſa & inutilis eſſet ea permiſſio,cum abſque eo vicinus ædificare non prohibeatur,modo ſtillicidium non impediat.l.1.infra ad municip. leg. ſi quando. 112. infra de lega.1. Sed cum permittenti non tantum ea ſeruitus competit,ſed etiam altius non tollendi,hactenus id permittere intelligitur,vt officiatur tantum luminibus ædificando, non etiam vt ſtillicidium non recipiatur.l.ſi domus. 20. ſupra de ſerui.vrb.præd.

In §.Is qui.& l.9.Si in partem.

VIDE l.2.& l.6.ſupra eo.

In l.10.Si communem fundum.

QVamuis non vtens ſeruitute per legitimum tempus,eam amittat:pupillus tamen non amittit,cuius res longo tempore non vſucapitur. l. bonæ fidei.48. infra de acqui. rer. dom. Hinc efficitur, vt ſi quis cum pupillo fundum habeat communem, cui debeatur ſeruitus, & neuter eorum vſus ſit, maiorem natu propter pupillum retinere ſeruitutem. Nota ad l.1.C.ſi vnus ex plurib.appel.

In §.Si is qui aquam.

AD retinendam ſeruitutem, ea vti oportet per modum & tempus,vt Iuſtin.ait.§.1. Inſt. de vſuf. Nam ſi quis tempore legitimo vſus fuerit, non tamen per modos, qui expreſſi ſunt in eius conſtitutione, amittitur.leg.4.§.modum.ſupra de ſeruit.

In l.11.Si is,cui via.§.Hæres.

QVamuis hæres fundi ſub conditione legati ſit dominus ante euentum conditionis, ideoque ei ſeruitutem imponere non prohibeatur tamen exiſtente conditione, quæ retrotrahitur, euaneſcit ſeruitus. Hinc vulgare illud, extincto iure concedentis, extinguitur ius accipientis.l. ſi fundum à teſtatore.104.infra, de condi.& demonſt. de quo in ſecundum cap. ſupra aliquid adnotauimus.Cæterum in codicibus Haloandri in l.lex vectigali.31. infra de pigno.mendoſus hic locus eſt, videturque aliorum ſincerior lectio, in quibus eſt negatio.

In l.12. Qui fundum alienum.

HVnc locum ſupra iam attigimus cap.5.Ratio autem iſtius iuris hæc eſt: Quia quandiu prædium non manet liberum, non vſucapitur libertas,quocunque modo impediatur.

In l.13.Si quis ex fundo.

Hoc cap.variis in locis iam interpretati ſumus.

In l.14.Si locus.§.cum via.

QVoties per viam publicam populus iter facere non poteſt, iuſta cauſa eſt, cur vicinus proximus viam præſtare cogatur per fundum proprium,vt ſcilicet ex priuato fiat locus publicus eorum auctoritate, qui publicandi ius habent. l. 2. §. viam. infra ne quid in loco public. Quo caſu ex ærario publicum pretium rei exoluetur.l. 2. Cod. quib.ex cauſis ſerui pro præmi.lib. accipi. idemque dicendum, ſi ob eandem cauſam cuipiam priuato ad viam præſtandam & conſtituendam adigatur.l.ſi quis ſepulchrum.12.inf. de relig. & ſumpt. funer. pro temporario autem tranſitu pretium petendum non arbitror,quod vſu receptum eſt.

In l.15. Si cum ſeruitus.

VIDE l.tria prædia.31. ſupra de ſeruit. ruſticorum prædio.

In l.16. Aquam,quæ oriebatur.

MVltum refert, an vni & eidem fundo duorum communi, an diuerſis fundis ſingulorum propriis debeatur ſeruitus.Priore caſu vna ſeruitus eſt,quæ aut tota retinetur, aut tota amittitur. Poſteriore duæ ſunt ſeruitutes, vnde vnam amitti retenta altera, nihil prohibet, vt ſupra dictum eſt,cap.6.

Ad verſic.item ſi quis eorum &c.ibi.nihil iuris accreuit.

CVm nulla hic coniunctio inter riuales eſt, id eſt, qui per eundem riuum aquam ducunt, merito ceſſat ius accreſcendi, leg. huiuſmodi legatum.86.§.pe. infra de lega.1. Non quod in contractibus locum non habeat, vt aliqui opinantur. l.ſi mihi & Titio. 10.infra de verb.oblig.vt mittam quod in vltima voluntate para vni ſemel adquiſita, demum admiſſa non accreſcit alteri, præterquam in vſufructu,in quo ius ſingulare eſt. l.1.§.vlt.ſupra de vſufr.accreſ.

In l.17. Labeo ait,ſi is,qui hauſtum.

IVs adeundi ad fontem ſeruitutis hauſtus acceſſio quædam eſt l.3.§.qui habet.ſup.de ſerui.ruſtic.præd. Quare amiſſo iure hauriendi, non vtendo per legitimū tempus,adeundi quoque ius amittitur,tametſi eo tempore ad fontem ierit. l. cùm principalis cauſa. 139.infra de reg. iur. In ſeruitute itineris, quæ actui ineſt, aliud dicendum eſt, quia non eſt, quia non eſt acceſſoria,ſed æqualis. Etenim actum habens, iter habet etiam ſine iumento.l.1.ſupra, de ſer. ruſtic.præd. Qui vero habet hauſtum,non ſimpliciter ius itineris, vel ſeruitutem ad fontem eundi, aquam tamen hauriendi gratia habet, dicta l.3.§ qui habet.ſupra de ſerui.ruſtico.prædio.Negatio expungenda eſt, & legendum, ierit ad fontem.vt Auguſt.etiam monet.

In l.18.Si quis alia aqua.

VIDE l.ſi communem.10.§.1.ſupra eo.

In l.19.Si partem fundi.

SEruitus quæ ceſſit alicui contractu venditionis,vel alio, antequam fundo adquiſita fuerit per traditionem, & vſum, vt docuimus in l.quoties.15. ſupra de ſerui.non amittitur longo tempore: quia verum eſt nondum competere ſeruitutem, ſed actionem tantum perſonalem,qua ſeruitus dari petitur. Alia cauſa eſt ſeruitutis,quæ teſtamento legatur. Nam eius,vt ita loquar, dominium abſque vlla traditione ſtatim transfertur,ſicut & rerum corporalium.l.ſi tibi homo.88.§. cum ſeruus.inf.de leg.1. & l.à Titio.66.inf.de furt. Itaque non vtendo per legitimum tempus amittitur, etiamſi ignorantia legatarij in cauſa fuerit. Verum hoc caſu reſtitutio in integrum à prætore impetrari poterit.l.1.ſupra ex quib.cau.maio.l.itinere.28.ſupra de ſer. ruſt.præ.

In l.20.Vſus retinetur.

VIDE l.5.ſupra eod.

FRAN-

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XII. DIGESTORVM TIT. II. DE IVREIVRANDO.

CAPVT PRIMVM.

Quid ſit iuſiurandum, & quotuplex ſit.

IVSIVRANDVM, quod & ſacramentum dicitur, affirmatio quædam religioſa eſt, vt ait Cicero lib.3. Officio. Quiſquis enim iurat, etiam ſi Dei mentionem non faciat, tamen deuouere ſe & ſacrare intelligitur, ac ſe vltioni diuinæ quaſi ſubiicere, ſi ſciens fallat. Et hoc fit etiam ſine expreſſa inuocatione Dei, vt cum quis per ſalutem ſuam aut caput ſuũ vel filiorum ſuorum iurat. l.3. l. qui per ſalutem, hoc tit. Quo genere iuriſiurandi ſanctiſsimi quique homines vſi fuiſſe leguntur, vt poſtea dicemus. ca.11. ne quis putet hoc quaſi impium ſuperſtitioſúmve improbandum eſſe. Itaque reiicienda eſt ſuperſtitio eorum, qui iureiurando prorſus interdicũt hominibus quaſi re impia atque illicita, qualis videtur fuiſſe neſcio quis philoſophus, cuius celebratur hęc ſententia, ὀμνύναι μὴ χρῆ. Sed fortaſse voluit homines deterrere à conſuetudine iurandi, eoſque admonere nec temere & leui de cauſa iurarent ſicut præcipit Iſocrates ad Demonicum. Et Fabius Quintil lib.9. Iurare inquit, niſi vbi neceſſe eſt, graui viro parum conuenit. Quod & diuino præcepto conſentaneum eſt. Laudanda eſt igitur prudentia veterum Romanorum, qui animaduerterunt iuſiurandum retinendum eſſe, vt vinculum maximum policiti ordinis, eiúſque vſum variis ex cauſis receperunt. Colebatur enim apud eos magnopere fides ac religio, quæ ſi apud aliquas gentes contemnatur, ibi nullus poteſt eſſe vſus iuriſiurandi, nec vtile eſt iureiurando lites dirimi, vt docet Plato lib.12. de legibus. Nobis quidem Chriſtianis hominibus, nihil antiquius eſſe debet iuriſiurandi religione, & maxime ad nos pertinet, quod Paulus Apoſtolus ait, ad Hebr. ca. 6. Iuſiurandum omnis controuerſiæ finem eſſe. Variis autem ex cauſis præſtatur iuſiurandum Romano iure, veluti ob litis æſtimationem, ob purgationem calumniæ, ob teſtimonij dictionem, ob iudicandi munus. Sed neceſſe non eſt ſingulas cauſas enumerare. Duæ ſunt præcipuæ & magis vſitatæ, de quibus nunc eſt dicendum. Vna eſt cum ad fidem adſtringendam & contractum aliquem confirmandum iuratur, verbis in futurum tempus conceptis. De quo genere iuriſiurandi Cicero ita ſcribit lib.3. Offic. Nullum vinculum ad aſtringendam fidem, iureiurando maiores noſtri arctius eſſe voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis ſacratæ, indicãt fœdera, quibus etiam eum hoſte deuincitur fides. Indicant notiones & animaduerſiones cenſoriæ. Verum de hoc iureiurando nullus eſt proprius titulus in iure Ciuili, & pauca admodum exempla repetiuntur. l. ſi duo §. vltim. hic. Nam obligationem nullam parit iure Ciuili, niſi libertus patrono donum, munus, operas ſe daturum iurauerit, vt author eſt Caius lib.2. Inſtit. de oblig. leg. iuriſiurãdi. de oper. lib. l. ſi quis pro co de fideiuſſ. Iure tamen Põtificio, is qui ſe aliquid facturũ iurauit, neceſſitate faciẽdi propter religionẽ obſtringitur. toto tit. de iureiur. in Decretal. Põtifices. n. iuriiurando vim tribuũt maiorẽ, quã iuris Ciuiles authores, & regula eſt iuris Põtificij, ſeruãdũ eſſe iuriſiurãdũ omne, quo Deus nõ offenditur, aut quo ſalus æterna nõ amittitur. ca. cũ cõtingat. eo. tit. Alterũ genus iuriſiurãdi ad finiẽdas lites pertinet, vt cũ quis deferẽte aduerſario, vel iudice iurat ſe dare nõ oportere, aut ſibi dari oportere. Et hoc iuſiurandũ Caius maximũ remediũ eſſe ait litiũ expediendarũ. leg.1. hic. Paulus finẽ omnis controuerſię vocat. De hoc autẽ iureiurando edictũ à Iuliano compoſitũ eſt, cuius tria mihi videntur capita fuiſſe, tametſi in veterũ prætorũ edictis quędã alia fuerint, vt oſtendit Gellius lib.10. cap. 15. Sed quomodo fuerit compoſitum ante Iulianum, non multũ noſtrã refert. Nos enim edictũ Iuliani, quæque ad aliud edictũ ſcripſerunt Vlpianus, Paulus & alij veteres cõſulti, hic perſequimur. Ex horũ igitur ſcriptorum variis locis colligimus hæc capita, vt fontes aperiãtur huius diſputationis, quæ ad edicti interpretationẽ potiſſimum ſpectat.

Erronea cuiuſdam Philoſophi opinio circa iuſiurandum.

Quando ſeruandũ ſit iuſiurandum.

CAP. II.

De cogendo eo cui iuſiurandum defertur, iurare aut ſoluere, aut referre ex edicto prætoris.

VNum caput edicti, in hæc verba conceptum fuiſſe videtur: Eum à quo iuſiurandum petetur, ſoluere aut iurare cogam, niſi aduerſario iuſiurandum referre maluerit. leg. 34. §. ait prætor. hic. l. delata. Cod. eod. Cuius edicti æquitas quanta ſit, ex eo apparet, quod manifeſtæ, vt ait Paulus, turpitudinis ſit, nolle nec iurare, nec iuſiurandum referre. l. manifeſtæ. 38 hic. Vt enim modeſte facit qui aduerſarium ſuum cauſæ & litis iudicem conſtituit. l. 1. quarum rerum actio. ita impudens iudicandus eſt, qui talem conditionem ſibi oblatam recuſat. At enim dixerit aliquis, hanc neceſſitatem iurandi nimis duram & iniquam videri, cum reperiãtur nõnulli adeo timidi ac ſuperſtitioſi, vt malint iniuriam pati quam iurare, exemplo Cliniæ illius Pytagorei, cuius meminit Baſilius. Nec videtur huic ſatis conſultum, quod poſſit referre iuſiurandum aduerſario fortaſſis impio & perfido homini, ac facile peieraturo. Verum publica vtilitas quæ in dirimendis litibus verſatur, ſuadet, ne hominum ſuperſtitionis ratio hic habeatur, cum præſertim rara ſit ea ſuperſtitio. In edicto autem prætoris quo remittitur conditio iuriſiurandi, l. quæ ſub conditione. de condit. inſtit. non immerito ſuperſtitioni hominum indulgetur, quia iurari nullius intereſt, modo teſtatoris voluntati aliter pareatur.

CAP. III.

De officio tam prætoris quam iudicis cum defertur iuſiurandum, aut refertur aduerſario.

EX hac parte edicti apparet poſſe eum cui defertur iuſiurandum, vel id ſuſcipere, vel deferre aduerſario, vel recuſare. Ac in his omnibus caſibus quodnam

ſit officium prętoris aut iudicis, Vlpia. docet cap. 34. hic. Nam officium prætoris hic diſtinguitur ab officio iudicis, quod ab interpretibus animaduerſum non eſt. Officium enim prætoris in hac re verſatur, cum nulla eſt adhuc lis, nullum iudicium acceptum. Exemplo id demonſtrari poteſt. Titius mihi debet centum ex mutuo, interpello eum vt ſoluat, negat ſe debere, peto vt iuret, ne id quidem vult. Adeo prætorem, & poſtulo vt cogat eum iurare vel ſoluere, iudicium aut iudicem non poſtulo. In hac ſpecie prætor fungitur partibus ſuis, & cogit iurare aut ſoluere, vt Vlpianus docet. Ratio autem cogendi hæc eſt, vt reo non iurante pignora capiantur. l. ſi pignora veneant. 50. de euictionibus &c. Si vero actor non iuret, denegetur ei iudicium. Eſt enim vſitata hæc prætoria coercitio. l. ſed etſi per prætorem. quibus ex cauſis maio. Totum igitur hoc geritur in iure apud prętorem, antequam vllum ſit iudicium. Eſt autem locus officio iudicis magis, quam prætoris, cum iudicium iam acceptum eſt formula à prætore data, ſed eo tandem ventum eſt, vt alter alteri deferat iuſiurandum. Sic enim interpretor hæc verba: cum res in iuſiurandum demiſſa eſt, apud Vlpianum, vbi res pro lite accipi, videtur vt alibi ſæpe. Iudex igitur vel abſoluit vel condemnat, ſecundum diſtinctionem traditam ab Vlpiano. Sic diſtinguitur officium prætoris & iudicis dati. Nec diſſimile eſt quod Pomponius ait de communi ſtipulatione, quæ modo proficiſcitur ex officio prætoris, modo ex officio iudicis. l. 5. de verb. obligat. Sed hæc ſatis eſt leuiter nunc eſt attingere de vtriuſque officio, quæ alibi fuſius à nobis declarata ſunt. Quod proprium eſt huius loci, quæritur quomodo iudex pronuntiare debeat. Et certum eſt iudicem non recte pronuntiare, vt iuretur ſimpliciter. l. cum iudex. Cod. de ſenten & interloc. Debet enim declarare quid fieri velit, cum iuratū fuerit aut recuſatum. Ac videtur commoda ratio pronuntiandi ſub conditione, quæ apud veteres in vſu fuit. d. l. ſi quis iuſiurandum. C. de reb. cre. Cuius exemplum eſt apud Senecam lib. 4. controuer. ca. 13. Nec vero ſequenda eſt eorum opinio, qui putant hunc morem immutatum eſſe conſtitutione Iuſtiniani, l. generaliter. hic. cū in ea apertiſſime teſtetur ſe nihil derogare iuri antiquo. Verba eius conſtitutionis hæc ſunt: Omne igitur iuramentum, ſiue à iudicibus, ſiue à partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipſa definitiua ſub ipſo iudice detur, non expectata vel vltima definitione vel procurationis formidine. Etſi autem hæc conſtitutio aliquid habeat obſcuritatis, & videatur perſcripta ab homine parum diſerto: tamen puto hunc eſſe ſenſum, vt cum fuerit pronuntiatum, ſtatim iuretur ſub eodem iudice: etiam ſi forte alius iudex ſuperior fuerit appellatus, item ſi de eo quod incidit, iurandum ſit, vt definitio cauſæ nō expectetur. Quod autem paulopoſt ſequitur in eadem conſtitutione, vt liceat ſacramentum recuſare, minime contrarium eſt edicto prætoris, de quo iam diximus, vt aliqui opinantur. Non enim prætor cogit ſimpliciter iurare, ſed iurare aut ſoluere, niſi iuſtam recuſandi cauſam habeat.

Cap. IIII.

Neceſſitatem iurandi variis ex cauſis remitti, idque ex ſententia edicti prætorij.

AIt prætor in edicto, *Iurare cogam*: nec perſonam vllam excipit. Quod enim olim ſcriptum erat de ſacerdote Veſtali & flamine diali, id ſublatum à Iuliano veriſimile eſt, Sacerdotem Veſtalem & flaminem dialem in omni mea iuriſdictione iurare non cogam. Gellius lib. 10. cap. 15. Quamuis autem prætor diſtricte dicat ſe iurare coacturum, tamen ex iuſta cauſa interdum remittenda eſt hæc iurandi neceſſitas. Scriptum enim temperandum eſt ἐπιεικείᾳ, ne alias fiat ſummum ius, ſumma iniuria, vt dicitur. Nam & edictum quo ar-

Scriptum ius temperandum æquitate.

biter cogitur ſententiam dicere, ſic interpretatur Vlpia. l. licet de recept. arbit. Nec credendum eſt prætorem aliter ſenſiſſe, quamuis edicti verba deficiant. Iuſta autem cauſa quæ ſit huius remiſſionis, difficile eſt in vniuerſum diffinire, cum totum hoc poſitum ſit in æquitate. l. de acceſſionibus. de diuer. temp. præſc. l. ſed etſi. §. vltim. ex quibus cau. maio. Attingemus tamen præcipuos quoſdam locos, quibus declaratis, facilius poterit de his caſibus, qui quandoque inciderint, iudicari. l. non poſſunt leges. de legib.

I. Primus eſt, cum is cui defertur iuſiurandum, id ignorat de quo iurandum eſt, aut de eo dubitat. l. iuſiurandum. 34. in prin. Quod & Fabi. Quintil. ſenſit, lib. 5. capit. 6. Quod ergo ait prætor, iurare cogam, ſic interpretamur ex bono & æquo, niſi is, qui defertur, probabilem habeat cauſam ignorātiæ aut dubitationis. Quid enim ſi Stichi promiſſor putat Stichum deceſſiſſe, atque ideo non poteſt liquido iurare? Nec tutus erit per relationem, inquit Vlpia. quia dicet forte actor, nihil aliud ſe ſcire, niſi Stichum promiſſum eſſe, & ſe ignorare an deceſſerit. Nam ſi actor iurauerit ſibi dari oportere Stichum, qui non eſt in rerum natura, non prodeſt ei iuſiurandum, nec deferenti nocet. leg. eum qui § 1. hic. Alij aliter interpretantur: ſed hæc interpretatio minus incommodi habere mihi videtur, quam aliorum.

II. Remittitur hæc neceſſitas iurandi propter perſonam eius, cui defertur: vt ſi forte pupillus ſit, nondum habilis ad iurandum. l. iuſiurandum. §. pupillo. hic. Nec dubitandum eſt quin ita ſenſerit prætor, cuius verba ſic interpretamur, quaſi dixerit, iurare cogam, niſi perſona idonea & habilis non ſit. Prodeſt tamen pupillo iuſiurandum ab eo ſponte præſtitum, vt poſtea dicemus. l. qui iuraſſe. Sed nec procurator aut defenſor iurare cogitur. d. l. iuſiurandum. quia iniquum eſt de alieno facto alium iurare, vt Vlpianus ait, ſub tit. de actio. rerum amo. ex quo loco ſumptum eſt 38. c. huius tit. vbi dicitur, oifeſtæ turpitudinis, &c. Eadem cauſa videtur tutoris quæ procuratoris. Sed tamen conſtitutum eſt, tutorem cogendum eſſe. l. cum etiam. C. de rebus cred. ideo fortaſſis, quia quamuis procuratore non iurante cogatur iurare dominus atque ita ſatis conſulatur deferenti. l. generaliter. §. his de præſentibus. tamen tutore non iurante non poterit cogi pupillus, idque graue erit aduerſario, qui rem decidi iureiurando cupit. Cur autem tutor non cogatur iurare in litem, dicemus ſub tit. de in litem iuran.

III. Recuſatur iuſiurandum propter perſonam deferentis, qui idoneus non eſt ad iuſiurandum deferendum: veluti pupillus, prodigus, & alij qui ad hoc habiles non ſunt. l. tutor. §. 1. hic. Nam edicti verba interpretamur addita hac exceptione, idque ſuadet euidens æquitas, quia tale iuſiurandum non nocet deferenti, atque ideo tutus non eſt is, qui iurauit. Poſſunt tamen hi omnes deferre iuſiurandum, tutore vel curatore authore. l. 17. §. 1. hic. & eſt ratum iuſiurandum eis deferentibus præſtitum, quamuis reſtituantur in integrum ſi capti fuerint. l. ſi curatorem. C. de in integrum. reſtit.

IV. Remittitur iuſiurandum, quia aduerſus eum cui defertur non poteſt agi. Et cum hac exceptione verba edicti accipienda ſunt, nec aliter cogitur quis iurare, quam ſi agi cum eo poſſit. Exemplum eſt, ſi legatus prouincialis Romæ cōueniatur. l. tutor. §. vlt. hic. Nam quia non cogitur Romæ iudicium accipere, ne iurare quidem cogitur. Iuſiurandum enim pro iudicio accepto, & lite conteſtata habetur. l. ſed etſi reſtituatur. §. 1. de iudic. Aliud exēplū eſt, ſi parens aut patronus conueniatur famoſa actione. l. ſi patronus. Nā hi cogūtur iurare, cum propter rem defertur iuſiurandum, nō propter calūniā aut aliud delictū, niſi res petatur famoſo iudicio. l. quoties. hic. Recuſatur iuſiurandum, ſi is qui defert, nolit iu-

rare de

rare de calumnia. l. iuſiurandum. 34. hic. Hic enim ratione temperatur rigor edicti, quod ſuperſtitioſis hominib. paulo durius videri ſolet. l. quæ ſub cōditione. de cōdit. inſtit. vt ſi forte quia vereatur ne aduerſarius calumnioſe deferat iuſiurandum, cogat eū calumniā purgare exacto iureiurando. Sed hoc iuſiurandū remittitur patrono & parēti. l. iuſiurandū. 34. hic. propter honorem ac reuerentiā quæ eis debetur. l. honori. de obſeq. Turpe enim eſt parentem à filio in calūniæ ſuſpicionem vocari, aut patronum à liberto. Addūt aliqui, filio quoque ac liberto remittendū id eſſe, vt ſeruetur æqualitas. Verū hæc æqualitas maxime inæqualis eſt, cū reuerentia, de qua dixi, non ſit mutua, nec reciproca. Proinde quāuis contra patronū famoſo iudicio nō agatur, tamen liceat patrono aduerſus libertū famoſo iudicio experiri. Scio quid de beneficiariis patronis atq; clientib. cōſtitutū ſit, titul. de cōſuet. rect. feud. Sed ius beneficiariorum quod ſingulare eſt, nō facile ad alias perſonas produci debet.

V. Iuſta cauſa eſt recuſandi, ſi non recte concipiatur iuſiurandum ab eo qui defert. Qua de re ſolet eſſe controuerſia inter litigatores, quæ iudicis arbitrio dirimitur. d. l. iuſiurandum. 34. §. ſi de qualitate.

VI. Cauſa recuſandi iuſta eſt, ſi is qui detulit iuſiurandum id reuocauerit, ac rurſus deferre velit. l. ſi quis iuſiurandum. Hæc enim variatio, qua lites augentur, nō eſt admittenda, ſed modus ei ſtatuendus in iureiurando, quod litium finiendarum cauſa comparatum eſt.

Cap. V.

Quibus ex cauſis non debeat iuſiurandum delatum referri.

DIximus ſi cui deferatur iuſiurandū, referre id licere aduerſario ſi iurare nolit, idq; edicto prætorio cautum fuiſſe. d. l. iuſiurandum. 34. Verū hæc pars edicti etiā exceptiones habet, vt ſuperior quam interpretati modo ſumus. Vna eſt ſi conuenerit inter aliquos, vt iureiurādo vnius res decidatur: iniquum enim eſſet ab ea conuentione recedere. Atque ſic interpretamur hæc Pauli verba, iuſiurandū quod ex cōuentione extra iudiciū defertur, referri nō poteſt. l. 17. Nec ignoro quid alij plerique ſentiant. Sed hæc interpretatio mihi videtur, non tantū verbis, ſed etiā rationi & æquitati conuenire. Altera exceptio eſt, cū furti agēs vel rerū amotarū propter ſuſpicionem forte aliquā iuſiurādū reo defert. Ratio enim nō permittit, vt referatur actori: cū æquius ſit reū de facto proprio & ſibi cognito, quam actorē de alieno & incognito iurare. l. Marcellus. §. vlt. de actio. rer. amot. Et hæc æquitas locū habet quoties quis defert iuſiurandū de facto alterius, aut de re ſibi nō comperta. Sic enim ait Vlpia. interpretans edictum de actione rerum amotarum. Si quis delatum ſibi iuſiurādum referre velit, nō videtur prætor permiſiſſe. Deinde Paulus ait: Nō magis quā ſi quis ei qui furti agat, iuſiurandū referat, an ipſe fur ſit. Hoc autem videtur Paulus ſcripſiſſe, addens exceptionem regulæ. ca. 38. huius titu. vbi dicitur, manifeſtæ turpitudinis &c. Nam inſcriptiones oſtendunt ea capita apud Paulum coniūcta fuiſſe. Multū ergo refert, an quis agat furti, vt fere fit propter ſuſpicionem, non quod ſciat furem eſſe reum, an vero quis intendat certam ſe pecuniam credidiſſe. Atque id obſeruatur plerumq; in delatione ipſa iuriſiurandi, quod hic dicimus de relatione, vt is qui incertus eſt, non cogatur delatum ſuſcipere. d. l. iuſiurandum. 34. vt ante diximus.

Cap. VI.

Duplex ſcripti & ſententiæ quæſtio ad interpretationem edicti.

QVæri ſolet ſi actor nihil omnino probauerit, an nihilominus iurare aut ſoluere cogatur reus edicto prætoris. Eſtque ſcripti ac voluntatis hæc quæſtio, in qua opinionum varietas reperitur, ac pleriſque videtur edictum prætoris ita accipiendum, ſi reus aliqua ſaltem coniectura aut præſumptione nitatur, quaſi addenda ſit exceptio ex bono & æquo, idque propter vulgarem regulam, actore non probante reus abſoluitur. l. qui accuſare. C. de eden. Alij quod ſcriptum eſt tuentur, nec patiuntur addi eam exceptionem, quib. ego magis aſſentior. Mouet me ipſius edicti ratio de quo iam diximus. l. manifeſtæ. Manifeſta enim hic eſt turpitudo iuſiurandum recuſantis, cum iudex conſtituatur in cauſa ſua. l. 1. quarum rer. act. non dat. Nec reſtringi debet edictum interpretatione, niſi cum iniquum aut inutile eſt ſcriptum ſimpliciter ſequi, vt in ſuperioribus exemplis. Adde quod in re dubia vincere debet vtilitas publica quæ in dirimendis litibus verſatur. Mitto vulgares locos qui ab aliis citantur ſententiæ huius confirmandæ gratia. l. tutor. 35. hic. l. vlt. C. de fideicom. l. vlt. §. licentia. C. de iure deliberan. l. cum de indebito de probat. Regula autem de actore nō probante cedere debet edicto, & intelligi cum hac exceptione, niſi actor iuſiurandum deferat propter vtilitatem & litium expeditionem. Ac quoties occurrit talis ἀντινομία κατ' [illegible], id ſequimur, quod æquius atque vtilius videtur, vt oſtendimus ſub tit. de legibus. Altera quæſtio eſt ad interpretationem edicti pertinens, an is cui defertur iuſiurandum, iurare cogatur, etiam ſi probare malit quam iurare. Nec diſſimilis eſt hæc quæſtio ſuperiori, quia de ſcripto & ſententia quæritur, & eſt non tantum à conſultis, ſed etiam à rhetoribus tractata. Nec minor eſt diſſenſio & diuerſitas opinionum quam in ſuperiore quæſtione. Et quia certi iuris hoc non eſt, ſed dubij atque cōtrouerſi, quod æquius & vtilius eſt hic quoque ſpectandum erit, arbitrioque iudicis relinquetur. Ac ſicut apud Ariſtophanem inferorum iudices Æſchyli & Euripidis verba in lancibus poſita examinant, vtra ſint magis tragica, ſic actoris & rei argumenta ac rationes ponderandæ à nobis ſunt. Qui iuſiurandum recuſat, cōtendit ſe nolle cuiquā dubium relinquere an peierarit: quæ ratio viſa eſt probabilis Fab. Quintilia. lib. 5. ca. 6. Alter ait ſe moleſtia litis quamprimum defungi velle, idque ſine vlla aduerſarij iniuria, qui cauſæ ſuæ iudex fiat delatione iuriſiurādi. Ex quo facile eſt homini prudenti iudicare, quanto iuſtior ac publice vtilior ſit huius allegatio, quam alterius qui iuſiurandū recuſat. Nā, vt iā dixi, exceptio non eſt addenda edicto, niſi euidēs id æquitas atq; vtilitas exigat. l. 1. At in hac ſpecie quod affertur pro recuſante, tametſi vtcunq; ſit probabile, tamē cauſa deferētis coniuncta eſt cū publica vtilitate, cuius maxime habēda hic eſt ratio. Ac ſi paria eſſent rationum momenta, ſeruiendum eſſet verbis edicti. l. 1. §. ſi is qui nauem. de exercit. act. Itaque is cui defertur iuſiurandū, etſi onus probationis ſuſcipere malit, nihilominus cogetur iurare aut ſoluere edicto prætoris, vt non immerito iuſiurandum dicatur maximū remedium expediēdarum litium eſſe. l. 1. hic. Illud ſane fatemur quod iure pontificio expreſſū eſt. l. 2. de probat. eum qui iam probauit quod intendebat, iurare non cogi. Eſt enim iuſta eius recuſatio, & eo magis, quia ad litem protelandā non ſpectat. Sed nos de eo qui nōdum probauit, ſed probare paratus eſt, hic diſſerimus. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ conſtitutio Iuſtiniani de non numerata pecunia: in qua dicitur, ſicut poſt biennium non poteſt opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, ita nec iuſiurandum deferri poſſe. l. in contractibus. §. de illo. hic. Nō enim reiicitur iuriſiurandi delatio propter actoris probationem, ſed quia opponi exceptio poſt biennium non poteſt. Sic paulo ante diximus, eum qui conueniri non poteſt, iuſte iuſiurandum recuſare. l. ſi patronus. l. tutor. hic.

Cap. VII.

An is qui iurare cogitur debeat ad iudicium iuraturus adeſſe.

DVbium non eſt quin præſentia requiratur eius, qui iuraturus eſt in iudicio, idq; Iuſtinianus cō-

ſtituit, etiam ſi per procuratorem lis ventilata ſit.l.generaliter. Cod. de reb. cred. Non enim alieno nomine iurare permittitur Iure ciuili, quamquam id receptum video. cum ſpecialiter mandatur procuratori, qui iurare in animam Domini vulgo dicitur. c. præſentium. de teſti.in 6. Itaque is cui defertur iuſiurandum ipſe ad iudicem venire, & ſe in iudicio ſiſtere debet.d.l.generaliter.niſi ſit egregia perſona ad quam iudex debet non ire,ſed mittere domum ad iurandum, vt Paulus ait.l.ad perſonas,hic. Id enim ſuadet honeſtatis,ratio ad quam reſpiciunt plerunque Iuris authores, cuius præceptum vnum eſt honeſte viuere,l.iuſtitia. de iuſtit.& iur.Quæ ſint autem egregiæ perſonæ non facile eſt diffinire, ſed ex cuiuſque dignitate, amplitudine, exiſtimatione, & celebritate bonus ac prudens iudex id æſtimare poterit. Nam quæ non poſſunt diffiniri in vniuerſum,ea iudicis arbitrio æſtimanda relinquuntur. l.3. de teſtib. l. quod dicitur.de impen.in rea dot.fact.Exemplis tamen hoc declarari poteſt. Ac de epiſcopis quidẽ nemo dubitat propter conſtitutiones quæ vetant eos teſtimonij cauſa in iudicium perduci. l. nec honore.C.de epiſc.& cler.& authent.de ſanctiſ. epiſc. Id enim religioni tributum eſt ab Imperatoribus Chriſtianis, cum ante eorum tempora ſacerdotij in hac re ratio non haberetur. Teſtis eſt Cornelius Tacitus 2.Annalium, cuius hæc verba ſunt: Cæterum Virguliana potentia adeo nimia ciuitati erat,vt teſtis in quadam cauſa, quæ apud ſenatum tractabatur,venire dedignaretur.Miſſus prætor qui domi interrogaret, cum virgines veſtales in foro & iudicio audiri, quoties teſtimonium dicerent, vetus mos fuerit.Accurſ.aliud exemplũ affert de doctoribus Iuris, quia lex vetat eos in iudiciũ deduci aut exhiberi. l.medicos.C.de profeſſ. Excipit quoque Paulus eos qui valetudine impediũtur.d.l.ad perſonas. Et ſimilis eſt cõſtitutio põtificia,in qua etiam fit mẽtio ſenũ & pauperũ, qui non poſſunt ad iudiciũ venire.c. ſi quis teſtiũ.de teſtib.Hoc enim fit propter neceſſitatẽ, nõ propter reuerentiam, vt aliqui putant, qui de honore ſenibus exhibendo hic differunt ineptiſſime. Mulieres quoque vetantur protrahi in publicum. leg.1. Codic. de off. diuer. iud.Quare dici poteſt mittendum eſſe ad eas iuriſiurandi cauſa.Verum hoc magis conuenit moribus Italorum quam noſtris,id eſt Gallorum, apud quos mulierem in publicum prodire alienum non habetur à pudore muliebri. Itaque vix poſſet obtineri in iudiciis noſtris,vt mulier ad iudicem non veniat,niſi forte matrona ſit, ea quæ inter egregias & illuſtres perſonas numerari debeat.

Cap. VIII.

De exceptione competente reo, qui actore deferente iurauit ex edicto prætoris, & quomodo accipiendum ſit reum iuraſſe in eodem edicto.

DE capite illo edicti prætorij ſatis diximus, quod aduerſus iurare nolentes propoſitũ fuit à prætore. Nũc declaranda ſunt alia capita quibus cõtinetur vis & vtilitas iuriſiurandi, & ex quibus cognoſcitur non abs re prætorem de iureiurando edicere, ac detrectantẽ cogere & coercere. Alterum igitur caput conceptum eſt in hæc verba: Si is cum quo agetur conditione delata iurauerit, aut iuſiurandũ ei remiſſum fuerit, eius rei de qua iuſiurandum delatum fuerit,neque in ipſum,neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.l.3.& 7. hic.Hoc capite denegatur actio aduerſus reum, qui deferente actore iurauit ſe non debere. Sed hoc quemadmodum accipiendum ſit, ſingulorum verborum explicatio docebit. Ait prætor,Si is cum quo agetur:quibus verbis ſignificatur reus.l. 3. hic. Nec diſtinguit prætor cuius ætatis ſit. Vnde dubitari poteſt,an debeat reſtringi interpretatione & exceptione hac addita, modo ſit habilis ad iurandum. Nam ita interpretati ſumus primum caput edicti. Sed Paulus ait,nihil referre cuius ætatis ſit is qui iurauit, idque propter conſenſum deferentia quo iurantis perſona approbata eſt. l. qui iuraſſe. 26.vt merito iuſiurandum prodeſſe debeat pupillo qui iurauit, aliàs pupillus non eſt habilis ad iurandum, nec peierare poteſt, quia ſciens fallere non videtur. His enim verbis vtitur Paulus ad veterem, vt opinor, iuriſiurandi formulam alludens: Si ſciens fallo. Cicer.libr.4. Acade. quæſt. Cur autem verba edicti prope eadem, modo ſimpliciter intellliguntur, modo reſtringuntur exceptione adiecta, in cauſa eſt æquitas & ratio ad quam omnis interpretatio Iuris reuocari debet.Quid ſi alius iurauit quam reus? non prodeſt hoc iuſiurandum reo,nec ei competit exceptio,quia prętor de reo iurante loquitur. Quod eſt accipiendum niſi ſit ſeruus aut filius l. ſi ſeruus.& l. ſequent.quia per has perſonas nobis acquiritur iure ciuili. Ac tametſi ſeruus cum quo nullum eſt iudicium, non videatur idoneus & habilis ad iurandum, tamen ratum eſt iuſiurandum propter conſenſum aduerſarij qui detulit, vt de pupillo dictum eſt. Eſt etiam receptum vtilitatis cauſa vt procuratorem aut defenſorem iuraſſe ſufficiat. l. nam poſtea. §. pe. l. vltim.§.vlt.hic.Quid enim refert, an ego iurem,an alius nomine meo?

Cap. IX.

Nihil referre qua actione conueniatur reus, modo ciuilis ſit actio, non criminalis.

AIt prætor, *agetur*. quod verbum hic generalem ſignificationem habet.l.actionis verbo.de oblig.& act.idque varia demonſtrat exemplis Vlpianus. l.3.hic. quæ obſcuritatem non habent. Nam & ſi de ſtatu aut conditione perſonæ agatur, locus eſt edicto.d.l.3.l.cum proponas. C. eo. quamuis de tali cauſa compromitti in arbitrium non poſſit.l.non diſtinguemus.§. de liberali. de recept. Idem videtur dicendum de cauſa matrimonij,in qua etiam agi dicitur de ſtatu & conditione perſonæ,vt puta ſi quis iurauerit ſe maritum non eſſe. Sed receptum eſt hoc iuſiurandum quod contra matrimonium eſt,non prodeſſe iuranti, propter conſtitutiones pontificias.capit.lator.de re iudic.c.fraternitatis.de frigid.& malefic. Pro matrimonio vero ratum eſt iuſiurandum,veluti ſi quis iurauerit ſe maritũ eſſe. De ſtatu monaſtico tractatur ab aliis. Sed de fæce,vt dicitur, nimium haurire nolim.Ad popularem actionem venio in qua vtiliter iuratur,modo id bona fide & abſque colluſione fiat.l.eum qui.§.in popularibus. hic.vt copioſius demonſtrabimus c. ſeq. An idem dicemus de criminali iudicio?Varie diſtingui ſolet ab interpretibus. Sed verba prætoris de ciuili iudicio intelliguntur, tametſi actio criminalis abuſiue interdum dici ſoleat. leg.1.de crimine ſtellio.Codice,quando ciuilis actio præiudi. cri. quæ magis proprie dicitur accuſatio. Theoph.Inſtit.de interdict. Ideo autem prætor loquitur de actione in edicto ſuo, quia iudicio tantum ciuili ſolebat iuſiurandum deferri. Nec vllum reperiri exemplũ apud veteres iuriſiurandi delati in iudicio criminali, ſaltem quo lis decideretur. Deinde etiam publicæ vtilitatis ratio exigit,ne cauſæ huiuſmodi iureiurando decidantur. Cum enim agitur ad vindictam publicam, vt fit iudicio quocunque criminali, publice intereſt certa probatione controuerſiam finiri magis, quam iureiurando.l.ſciant. Cod.de probat.Proinde quod alibi Vlpianus ait, innocentiam rei iureiurando approbari, l.furti. de his qui notan. infa. de iudicio ciuili intelligitur non de criminali.vt verba antecedentia ſatis oſtendunt.

Cap X.

Iurandum non eſſe niſi deferatur iuſiurandum, & quis deferre poſſit.

Ait

AIt prætor, *delata conditione*, vt intelligamus iuſiurandum deferendum eſſe ab aduerſario. Nam ſi reus iurauit nemine iuſiurandum ei deferente, prætor iuſiurandum non tuebitur. Alioqui facile erit cuiuis iurare volenti ſe omni obligatione liberare, vt Vlpianus inquit l. 3. hic. Itaque proderit iuranti hoc iuſiurandum, quamuis interdũ ei nocere poſſit. l. ſi legatarius. de dolo. Sed aduerſarium hic accipe, qui habilis ad deferendum ſit, licet prætor ſimpliciter loquatur. Eſt enim hæc tacita, ſed certa tamẽ exceptio edicti prætorij, quia credendum non eſt, prętorem de inhabili ſenſiſſe. Proinde ſi pupillus ſine tutore detulerit, nõ eſt locus edicto. leg. 17. §. 1. & l. 4. Cod. eo. Eademque eſt cauſa adulti curatorem habentis, qui ſimilis eſt pupillo. l. ſi curatorem. Codic. de in integr. reſtit. ideoque legitimam perſonam non habet in iudicio. l. in vniuerſis. Cod. qui dari tutor. l. acta. §. vltim. de re iudic. Idem eſt dicendum de prodigo, furioſo, & aliis huiuſmodi, qui ius adminiſtrandi non habent. l. tutor. §. 1. hic. Atque hinc poteſt intelligi, cur his deferentibus non cogatur aduerſarius iurare, vt ſupra declaratum fuit. Tutor aut curator recte defert ſi aliæ probationes deficiant, idque Paulus διὰ τοῦ ἐναντίου probat hoc modo. Poteſt res alienare, poteſt ei ſolui, poteſt rem in iudicium deducere, poteſt igitur iuſiurandum deferre. leg. iuſiurandum. 17. hic. Et verius eſt ratum eſſe hoc iuſiurandum, etiam ſi de prædio ruſtico aut vrbano agatur, quod lex prohibet alienari ſine decreto. l. lex quæ. Codic. de adminiſt. tutor. Nam iuſiurandum hoc defertur iudicio quaſi authore iudice. l. 1. quarum rer. act. non dat. nec aliter quam cum deficit alia probatio. l. tutor. hic. Pupillo igitur tunc nocet exrepti iuriſiurandi, ſed ſi captus ſit in integrum reſtituitur à prætore; nec vllum aliud ei ſupereſt remedium l. nam poſtea. §. ſi minor. hic. Procurator iuſiurandum poteſt deferre, ſi liberam vniuerſorum bonorum adminiſtrationem habeat, aut ſi id nominatim ei mandatum ſit, aut in rem ſuam procurator ſit. Sed ita demum procurator vniuerſorum bonorum defert, ſi cauſa ſit dubia & probationes deficiant, vt de tutore diximus. argu. l. præſes. Cod. de tranſact. Is autem qui datus eſt ſimpliciter ac generaliter procurator abſque libera bonorum adminiſtratione quæ ſpecialiter eſt concedenda, vt mox dicemus, non poteſt deferre iuſiurandum, quia nec trãſigere poteſt, vt Paulus ait. l. mandato generali. de procurat. Nec id ſolum intelligimus de tranſactione quę fit diminuendi & quaſi donandi cauſa: id enim eſt indubitatum. l. Lucius §. vltim. de adminiſt. tutor. ſed etiam de ea quæ fit cauſa decidendi. Nam particula, etiam, mihi videtur hanc vim habere apud Paulum, cum ait mandato generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam. His caſibus exceptis procuratori deferens non eſt audiendus, ne poſtea reus qui ſemel iurauit à domino conueniatur. leg. alias hic. Nec admittitur cautio de rato in hoc negotio, quia per eam non ſatis conſulitur reo leg. qui ita. §. 1. ad Trebell. nam ſi dominus agat, non proderit reo iuraſſe, niſi liquido, id eſt, vere ſe iuraſſe docuerit. Si vero iam victus à domino, agat aduerſus procuratorem ex ſtipulatione de rato, neceſſe habebit de periurio ſuo docere, cum famæ & exiſtationis ſuæ detrimento, id eſt, docere ſe victum à domino qui ſibi debere probauerit. Sic enim alias interpretatus ſum locum hunc Vlpiani ſubobſcurum, & extat declaratio noſtra lib. 1. diſput. cap. 2. vbi oſtendi quid ſit liquido iurare ex optimis quibuſque authoribus Latinis. Non inficior tamen hoc verbum aliter accipi plerunque, vt cum dicimus liquido probare. l. ſi prætor. de iudic. cum ſimi. Quæ varietas obſeruanda eſt diligenter in authorum interpretatione. Defenſor municipij ſiue ſyndicus, id eſt, qui ad cauſam Reipub. agendam vel defendendam conſtituitur. l. vltim. §. defenſores de muneribus, non poteſt deferre niſi ſpeciale mandatum habeat. l. iuſiurandum. 34. §. defenſor. Non enim eſt ſimilis tutori aut procuratori vniuerſorũ bonorum, niſi maior poteſtas fuerit ei nominatim conceſſa, ſed potius procuratori ſimpliciter & generaliter facto, de quo iam diximus. Seruus & filius non nocent domino aut patri. l. nec filius. Codic. niſi habeant liberam peculij adminiſtrationem. leg. ſeruus. 20. hic. Quo caſu ſimiles ſunt quadantenus procuratori vniuerſorum bonorum. Et hæc libera adminiſtratio ſpecialiter concedenda eſt ſeruo aut filio. leg. quam Tuberonis. de pecul. Sicut & procuratori quem non ſufficit generaliter ac ſimpliciter conſtituere ad gerenda negotia, vt ante diximus.

Cap. XI.

Iurandum eſſe ex delatæ conditionis præſcripto, & quam varia ſit ratio iurandi.

QVod ait prætor, *iurauerit*, ſic accipe, ſi ex conditionis delatæ præſcripto iurauerit. l. 3. §. vltim. leg. qui per ſalutem. hic. Sic enim interpretantur Iureconſulti verba prætoris vtilitate ſuadente, id enim publice vtile eſt, & ad finiendas lites pertinet. Qua in re etiam indulgetur hominum ſuperſtitioni, vt commodius lites expediantur. Sunt enim plerique ea ſuperſtitione, vt proprium aliquod ac peculiare genus iuriſiurandi vſurpent, vt puta per ſalutem, aut caput ſuum, vel filiorum ſuorum, dict. leg. 3. hic. Sicut Nero per Druſillam iurabat, Alexander per Hepheſtionem. Demoſthenes per eos qui in Marathone occiderant. Ac vtilitas exigit plerunque, vt ratũ habeatur hoc iuſiurãdũ: quia creduntur nõ tã facile pejeraturi, qui hac ſuperſtitione ducuntur, quam ſi iureiurãdo cõmuni & vſitato vterentur. Sic eſt accipiendũ quod Vlpianus ait leg. 5. hic, iureiurãdo ſtandũ quod propria ſuperſtitione iuratũ eſt. Commune autem & vſitatũ eſt iuſiurandum per Deum. Et diuinum eſt præceptum vt iuretur per nomen Dei. Deuteron. cap. 6. & 10. Iuratur enim per ſacra Euangelia more recepto. Et ſæpe legimus iurari propoſitis vel tactis ſacroſanctis Euangeliis, leg. generaliter. §. vlt. hic. l. rem non nouam. Codic. de iudic. Quod & vſitatum hodie eſt. Epiſcopi ſoli iurant propoſitis tantum non etiam tactis Euangeliis, vt conſtitutum eſt Iure pontificio, capit. vltim. de iura. calum. haud ſcio an myſtica aliqua ratione. Nam Epiſcopis noſtris, vt ſunt mores ſæculi, ſufficit iuxta ſe poſita habere Euangelia, etiam ſi non legant ea, nec attingant quidem. Hoc autem genus iuriſiurandi non omnino improbandum eſt, in quo expreſſim non inuocatur nomen Dei, cum reſpectu diuini numinis iuretur. d. l. qui per ſalutem. hic. vt dixi in initio huius tractatus. Nam & Ioſephus in ſacris Bibliis iurat per vitam & ſalutẽ Pharaonis. Geneſ. c. 42. ca. monet. 22. q. 1. & alij plerique ſanctiſſimi patres eodẽ modo iuraſſe leguntur, & quidem non nulli eorum addito ſigno aliquo puta admota manu femori, vel ſublata in cœlum. Quo exemplo qui hodie iurant in iudicio ſolent manum tollere in cœlum, ſignificantes ſe teſtem Deum inuocare. Illicitum iuſiurandum vt puta improbatæ publicæ religionis non tuetur prætor. d. l. 5. hic. vt ſi quis per Chriſtum iuraſſet, Vlpiani qui hoc ſcripſit tempore. Tũc enim Chriſtiana religio publice improbata erat, ſicut hodie Turcica aut Mahumetana. Nam qui defert iuſiurandum, aut iurat per Mahumetem, eam religionem probare videtur. Quare vetat lex diuina iurare per deos alienos. Deuter. c. 6. monet. 22. q. 1. quia cũ iuſiurandum ſpecies quędam ſit cultus diuini, ita iurandum eſt, vt vni Deo honos tribuatur. Verum ſi res ſit cum Mahumetano homine, plerique putant iurari poſſe per Mahumetem vtilitatis cauſa, quod is iuſiurãdum noſtrum facile contempturus ſit, nec ideo aduerſarius qui iuſiurandum defert, religionem Mahumetanã pro-

Digitized by Google

bare intelligatur. Hinc Martialis in Verpum lib.11.

Ecce negas iuráſque mihi per templa tonantis,
Non credo iura Verpe per Anchialum.

Eſt & aliud exemplum illiciti iuriſiurandi, per caput, aut capillos Dei &c. Blaſphemia vulgo dici ſolet, & tã legibus quam canonibus Eccleſiaſticis improbatur & vindicatur. Nouel.77. vt non luxurien.can.ſi quis per capillum. 22. q.1. Eius eſt ergo qui defert iuſiurandum formam eius præſcribere, modo licitum ſit, vt diximus. Quod ſi inter litigantes dubitatio aliqua ſit, ac controuerſia de conceptione iuriſiurandi, arbitrio iudicis concipietur. l.34 §.ſi de qualitate. Quod autem dicitur formam delatæ conditionis ſequendam eſſe, adeo verum eſt, vt ſi de eo iuratum ſit quod non erat in iudicium deductum, nihilominus edicto locus ſit. leg. ſi quis cum debitore. Conditionem namque ab aduerſario delatam eſſe ſufficit. Exempli loco: Lis erat de certa pecunia credita: conuenit ne petatur, ſi reus iurauerit ſe Capitolium non aſcendiſſe. An ſi iurauerit competat ei exceptio iuriſiurandi, dubitatur. Videtur enim iurare debere de pecunia de qua lis erat, idque ex verbis edicti. Eius rei & de qua &c. Sed tamen Iulianus ait, competere exceptionem propter conuentionem quæ iuſta eſt. Cum enim propter pecuniam controuerſiam ita iuratum ſit, & eo iureiurando contentus fuerit actor, perinde habendum eſt, ac ſi de pecunia ipſa iuratum eſſet. Nec nos mouere debet quod obiicitur de conditione iuriſiurandi improbata alio prætoris edicto. leg. quæ ſub conditione. de condit. inſtit. Non enim omnino improbatur conditio iuriſiurandi, ſed ea tantum quę adſcribitur teſtamento, & in futurum tempus concipitur. dict. leg. quæ ſub condit. ea vero quæ concipitur in præteritum tempus nullo iure improbata, reperitur ne in teſtamentis quidem. Nam hic intereſt noſtra iurari vt tollatur incertitudo ac dubitatio, vt in ſpecie Iuliani & aliis ſimilibus. l. ſi cum patruo. commu. vtriuſque iudic. Sed hæc diſputatio non eſt propria huius loci, & magis pertinet ad tit. de condit. inſtit.

Cap. XIII.

Iurandum eſſe ſtatim vt delata eſt conditio, & ante reuocationem.

QVod ait prætor, *Iurauerit*, ſic accipimus, ſi ex continenti iurauerit poſtquam conditio delata eſt. l. 5. & 6. nam ex interuallo iurare nihil prodeſt. Ratio huius interpretationis hæc videtur eſſe, quia actor ideo forſaſſis defert reo iuſiurandum, quod eum ita affectum videat, vt ex tempore non facile ſit peieraturus, poſtea vel ſuaſu alterius vel alia de cauſa conſilium mutare poſſit. Idem dicendum eſt, & ſi actor qui detulit iuſiurandum, id re adhuc integra reuocauerit. Eſt enim cautum noua Iuſtin. conſtitutione vt liceat ei qui detulit reuocare iuſiurãdum, donec res iudicata fuerit. l. ſi quis iuſiurandum. Codic. de reb. cred. Sed dubitatur ſi accepta ſit conditio ab aduerſario qui etiam nũc iurare paratus ſit, an ſit locus conſtitutioni. Quod videtur admittendum eſſe propter eius verba, à quibus cur recedatur nulla ſatis idonea firmaque ratio eſt. Nam & æquitate aliqua nititur is qui detulit, quia forte ſuperuenit ei noua & inſperata probatio. At ſi aliter conſtitutionem interpretemur, fruſtra permitteretur reuocatio vſque ad ſententiam, ſi ex interuallo, vt fit, ſententia pronuncietur, quia niſi ſtatim iuretur pro eo haberi debet, ac ſi delatum non eſſet iuſiurandum. Extat tamen exemplum centumuiralis iudicij, quo admiſſa non fuit reuocatio poſt acceptam conditionem, quamuis ſerio & vere delata non videretur: apud Senecam controuer. lib. 4. cuius verba hic adſcribemus propter raritatem exempli. Nam in quodam iudicio centumuirali, cum diceretur iuriſiurandi conditio aliquando facta ab aduerſario, induxit eiuſmodi figuram, qua illa omnia crimina irrogaret. Et placet, inquit, ibi rem iureiurando tranſigi? Iura, ſed ego iuſiurandum dabo. Iura per patris cineres, qui inconditi ſunt. Iura per patris memoriam. & executus eſt locum, quo perfecto ſurrexit. *Lu. Aruntius*, ex diuerſo ait: Accipimus conditionem, iurauit. Clamabat Albutius, non detuli conditionem, ſchema dixi. Aruntius inſtabat, centumuiri rebus iam vltimis ſeparabant. Albutius clamabat, iſta ratione ſchemata de rerum natura tolluntur. Aruntius aiebat, tollantur: poterimus ſine illis viuere. Summa rei hæc fuit. Centumuiri dixerunt dare ipſos ſecundum aduerſarium Albutij ſi iuraret ille.

Cap. XIV.

De remiſſione iuriſiurandi.

AIt prætor: aut iuſiurandum ei remiſſum fuerit. Nam credibile eſt ita conceptum fuiſſe edictum, cuius verba interpretari Paulus & Vlpianus videntur. l.5. & 6. hic. Si igitur actor videns reum promptum & paratum eſſe ad iurandum, ei iuſiurandum remittat, ne ſit author periurij, perinde habendum eſt, ac ſi iuratum eſſet. dict. leg.5. & 6. l. ſi non fuerit. hic. Ex quo perſpicuum eſt remiſſionem iuriſiurandi à reuocatione, de qua iam diximus, multum differre. Nam ſi deferentem pœnituerit re integra & nondum ſuſcepto iureiurando, quia forte probationis copiam poſtea nactus eſt. delatio reo nihil proderit. Sed ſi cum paratus eſſet iurare reus, gratia iuriſiurandi ei facta ſit, perinde habebitur ac ſi iuratum eſſet. Hæc ita facile dicernuntur ac declarantur, quamuis inter vulgares interpretes controuerſia ſit. Nihil autem refert an præſens præſenti remittat, necne, cum inter abſentes id fieri poſſit. l. Labeo hic. Quod autem inquit prætor, Remiſſum fuerit, accipe ſi à perſona idonea & habili fuerit remiſſum. Nam aliter nõ poteſt reo prodeſſe, vt puta, ſi pupillus remiſerit iuſiurandum quod forte tutor detulerat, aut pupillus ipſe tutore authore. Hinc enim non magis remittere quam deferre poteſt, cum adminiſtrationem rerum non habeat. l. iuſiurandum. 17. hic. & res ſit magni momenti ac ponderis, ex qua victoria cauſæ ſequatur. De tutore quæritur. Et Accurſ. ait, cui aſſentiuntur cæteri, eum non poſſe remittere, quaſi ſpecies quædam donandi ſit, quæ tutori non debeat permitti. l. cum plures. de adminiſt. tut. Et hoc differre putant delationem iuriſiurandi à remiſſione, quia tutor defert ex cauſa, ſcilicet, deficiente probatione. l. tutor. hic. at nulla poteſt eſſe iuſta cauſa huius remiſſionis. Ego vero puto tutorem debere bonam fidem agnoſcere, ſi poſt delatum iuſiurandũ compererit reũ non debere. l. quoties. §. ſicut. de adminiſt. tut. Pone tutorem petiiſſe pecuniam quam pater pupilli mutuam dederat, nec apparebat ſolutam fuiſſe, deinde cum paratus eſſet reus iurare, tutorem incidiſſe in rationes quaſdam defuncti, in quibus perſcriptum erat ſolutam fuiſſe pecuniam. Nonne iuſta cauſa eſt remittendi iuriſiurandi? Quid facit hic tutor alienum ab officio boni viri & boni adminiſtratoris?

Cap. XV.

Exceptionem ei competere non tantum qui de re tota, ſed etiam de parte iurauit.

QVod prætor ait, Eius rei, ſic accipiendum ait Vlpianus, ſiue de tota re, ſiue de parte ſit iuratum. l. 7. hic. Quod maxime pertinet ad interpretationem edicti, nec videtur omnino verbis conuenire. Nam ſi petitor fundi iuſiurandum deferat reo, & reus iuret partem dimidiam ſuam eſſe, dubitari poteſt an ei proficere debeat iuſiurandum. Pro actore faciunt verba edicti, eius rei de qua iuſiurandum delatum fuerit &c. Nã delatum eſt iuſiurandum de fundo non de parte fundi. Sed huic verborum ſubtilitati prǫualet mens & ſententia edicti: & quod ſcriptum eſt de re, extenditur ad partem rei κατὰ ſυλλογισμὸν, cum ſit eadẽ ratio & analogia. Sicut enim iurans

rans totum ſuum eſſe, totum obtinet, ita iurans partem ſuam eſſe eam obtinere debet. Hinc vulgo dici ſolet, totius & partis eandem rationem eſſe. l. quæ de toto, de rei vind. Et Paulus de verborum ſignificatione ait, appellatione rei etiam partem contineri. l. appellatione. 72. de verb. ſign. Quo in loco interpretatur formulam ſtipulationis prætoriæ. Eam rem recte reſtitui cui rei dolus malus aberit. Eſt enim id ſumptum ex tractatu de prætoriis ſtipulationibus, vt inſcriptio oſtendit, & nos aliàs fuſius declarauimus. Ac ſimiles interpretationes ſæpe occurrunt in iure ciuili. l. 3. §. ſi quis tabulas. de ſenatuſc. Silan. l. ſi quis cum totum. de excep. rei iud. Vnde regula iuris antiqui in toto pars continetur. l. in toto. de regulis iuris.

Cap. XVI.

Exceptionem iuriſiurandi non tantum competere ei qui iurauit, ſed aliis etiam ad quos res pertinet.

Ait prætor, Neque in ipſum, neque in eum ad quẽ ea res pertinet. Ex quo apparet, exceptionem iuriſiurandi competere ipſi qui iurauit. Addendum eſt: Aut cuius nómine filius, ſeruus, procurator iurauit, vt dictum fuit cap. 8. Hic enim propter euidentem rationem & æquitatem paulum à verbis recedimus. Præterea cõpetit hæc actio iis ad quos pertinet. Quæ verba Vlpia. & Paulus ſic interpretantur, vt de omni ſucceſſore accipiantur, ſiue ſit hæres qui in vniuerſum ius, ſiue emptor, donatarius, legatarius, qui in rem ſuccedat. l. 7. & 8. hic. Sed & alias omnes perſonas quarum intereſt, & ad quas res pertinet, prætor his verbis cõplectitur. Atque hinc naſcuntur variæ quæſtiones. Vna eſt, ſi pater conuentus pro filio iurauerit, an iuſiurandum proſit, non tantum patri, ſed etiam filio. Et Paulus ait, referre quomodo iuratum ſit. l. qui iuraſſ. §. ſi pater, hic. Nam ſi iurauerit filium dare non oportere, vtrique dabitur exceptio, quia ſublata obligatione, principali qua tenetur filius, tollitur etiam obligatio patris quaſi acceſſoria. ar. l. cũ filius. de verb. oblig. Si vero pater iurauerit in peculio nihil eſſe, exceptio nõ dabitur filio qui ob peculium non tenetur. Pater autẽ non poterit conueniri niſi eius peculij nomine quod poſtea acquiſitum fuerit. Alia quæſtio eſt de reis promittendi. Et Paulus ait, ſi alter iurauerit, alteri quoque prodeſſe debere. l. in duobus. §. ex duobus. hic. Nec refert an ſocij ſint vt plerique exiſtimauerunt. Eſt enim ea natura huius obligationis vt ſolutio facta ab vno proſit alteri, ergo & iuſiurandum quod vim ſolutionis hic habet. d. l. in duobus. Qua ratione iuſiurãdum fideiuſſoris prodeſt reo non minus, quam iuſiurandum rei prodeſt fideiuſſori. dicta l. in duobus. §. 1. hic. Itaque nihil ad rem pertinet quod obiicitur de pacto conuento. l. fideiuſſoris de pact. cum vis & effectus iuriſiurandi maior ſit quam pacti conuenti. De reo & fideiuſſore quæritur, d. l. in duobus. §. 1. hic. Et dubium non eſt quin iuſiurandum rei proſit fideiuſſori, ſi de ipſo contractu iuratum ſit. Vt puta, ſi iurauerit pecuniam creditam non eſſe. Nam ſoluente reo liberatur etiam fideiuſſor, quamuis forte animo donandi fideiuſſerit. Idem eſt igitur dicendum de iureiurando quod in locum ſolutionis ſuccedit. Contra ſi iurauerit fideiuſſor, id etiam proderit reo, quia reus ſoluente fideiuſſore liberatur. Quod eſt accipiendum, vt dixi, ſi de ipſo contracto & de re non perſona ſua iurauerit. d. l. in duobus. Nam ſi iurauerit ſe non fideiuſſiſſe, iuſiurandum reo non proderit. l. vlt. §. ſi fideiuſſor. hic. Eſt autem ineptum & ſophiſticum quod colligunt plerique ex iam dictis, fideiuſſorem qui iurauit poſſe pecuniam repetere à reo, perinde ac ſi eam ſoluiſſet, quia iuſiurandum loco ſolutionis eſt. Sed quia extra rem eſt hæc quæſtio, non eſt opus, vt de ea hic plura dicamus. Ex ſuperioribus exemplis cognoſcitur, quæ ſint perſonæ ad quas res pertinet quibúſque prodeſt iuſiurandum. Nam cæteris non prodeſſe dicendum eſt, vt ſit locus regulæ qua dicitur, iuſiurandum alterius alteri neque prodeſſe neque nocere. l. 3. hic, niſi ad eum res pertineat, vt iam dixi.

Cap. XVII.

De officio prætoris in actione deneganda, aut danda exceptione.

Ait prætor, Actionem non dabo: quæ verba interpretatur Vlpianus c. 6. Nam poſteaquam iuratum eſt, inquit, denegatur actio. Aut ſi controuerſia erit, id eſt, ſi ambigitur an iuſiurandum ſit datum, exceptioni locus eſt. Verum ij non intelligunt Vlpianum, qui veterem morem dandorum iudiciorum non norunt, de quo ſcripſimus alibi ad l. iuriſgẽtium. de pact. Ego autem puto hoc eſſe officium prætoris, vt deneget actionem ſi conueniat inter litigatores iuratum fuiſſe, vt nulla ſit de facto controuerſia. Si verò controuerſia ſit inter eos, an iuratum ſit, prætor qui de facto non cognoſcit, ſed iudicem cogniturum dat, ita iudicium conſtituit, vt exceptionem addat, extra quam iuratum ſit. Ac ſimile quiddam alias annotaui in edicto prætoris de teſtamento aperiendo. lib 2. diſp. cap. 34. Et obſeruandum hic eſt prætorem ſimpliciter denegare actionem, quamuis competat iure ciuili. Nam ipſo iure non tollitur obligatio iureiurando. §. æque. Inſtit. de except. excepta naturali obligatione. l. Stichum § naturalis. de ſol. Sed vtilius id eſt viſum, cum hoc ius certum propter authoritatem prætoriæ iuriſdictionis, & iam longo vſu inueteratum confirmatúmque eſſet. Nec ſane multum refert, an actio non competat ipſo iure, an per exceptionem infirmetur. l. nihil intereſt. de reg. iur. Atque idem animaduertere licet in Senatuſconſulto Macedoniano & Velleiano, quibus Senatuſconſultis cautum eſt, ne actio detur, cum tamẽ actio competat ipſo iure. arg. Inſti. de fideicom. hæredit. §. 1. Et plerumque dicatur dari eo nomine exceptio. Verum nihil refert, vt iam dixi, vtrum horum fiat, quãuis olim ſcrupuloſiores eſſent in ea re prætores propter auctoritatem legum. Hinc facile eſt intelligere quid iudicandum ſit de exceptionibus litis finitæ (ſic enim vocant interpretes) quæ opponi dicuntur ad impediendam litis cõteſtationem, vt cautum eſt iure pontificio, & forenſi vſu receptum, cap. 1. & 2. de litis conteſtat.

Cap. XVIII.

Omnem actionem denegari, qua eadem res in iudicium deducatur.

Quod ait prætor, ſe actionem non daturum, id accipiendum eſt, non de ea modò ſuper qua iuratum eſt, ſed etiam de quacunque alia qua res eadem in iudicium deducatur. Idque colligitur ex his verbis edicti, Eius rei de qua iuſiurandum, &c. Quibus oſtendit prætor non referre an eadem actio inſtituatur, ſed an eadem de re agatur, eademque ſit cauſa agendi. l. in duob. §. exceptio. & ſequent. l. ſi actor. l. cum quæritur. de except. rei iud. Huius rei varia hic ſunt exempla. Sed vnum prę cæteris obſeruandum, cum quis iurat, ſe furtum non feciſſe. Nam is nulla actione propter id furtum conueniri poteſt. l. eg. ſi duo. §. idem Iulianus, hic. Tamen propter furtum eius cui hæres extitit, nihil prohibet eũ cõueniri, cum in iudicium non reuocetur eadem quæſtio. Itaque dabitur aduerſùs furis hæredem

condictio ſine exceptione.ac, vt Vlpianus ait, quaſi *μονομερὴς*,quod ad verbum ſonat,vnius partis. Fortunatianus rhetor & conſultus *μονομερὲς* aſſo ait, cum cauſa ex vna tantum parte conſtat, nec quicquam ex ſecunda afferri poteſt,lib.1 Rhetor.l.vlt.ad Trebellian. Quod autem obiicitur,ſi pro fure damnum ſit deciſum, furti actionem tolli non deciſionem, id declarabimus ſub titu.de condict.furt.l.ſi pro fure.hic.

Cap. XIX.

Cum deneganda ſit actio ex hac parte edicti.

Ratio & æquitas in omni iuris interpretatione dominatur.

AIt prætor, *Actionem non dabo.* Quæ verba cum impersonalia ſint, quæritur cui deneganda ſit actio aduerſus eum qui iurauit. Et dicendum eſt ei tantum denegandam actionem eſſe qui detulit, quamuis id nõ ſit expreſſum edicto quod habemus. Id enim ratio & æquitas exigit, quæ dominatur in omni interpretatione iuris,cum nihil ſit æquius,quam quod dicitur iuſiurandum alterius alteri neque prodeſſe neque nocere.l.3.hic. Nec vero refert an ego detulerim, an alius nomine meo, puta tutor aut procurator, qui poteſtatem habuerit deferendi, vt ſupra diximus. Hoc enim ſufficit,vt quis ſummoueatur exceptione iuriſiurãdi. Quid ergo dicemus ſi iuſiurãdum delatum ſit ab vno ex reis ſtipulandi? An alteri nocebit delatio qui non detulit? Paulus ait nocere. leg.in duobus.in princip.& merito. Nam hi habentur loco vnius propter vnitatem, vt ita loquar, obligationis. Nec contrarium eſt quod dicitur pactum vnius non nocere alteri.l.ſi vnus.in princ.de pact.quia maior eſt vis iuriſiurãdi, quam pacti conuẽti.Ac iuſiurandum dicitur habere vim ſolutionis.d.l.in duobus. Nec dubium eſt,quin recte vni eorum ſoluatur. Quæritur de eo qui agens populari actione detulit iuſiurandum,an noceat aliis qui non detulerunt. Paulus ait nocere, ſi bona fide & ſine colluſione exactum fuerit,quia forte non poterat reperiri idonea probatio omni diligentia adhibita.l.eum qui §.in popularibus. Nam cum totius populi vice fungatur actor, perinde habendum eſt hoc iuſiurandum,ac ſi à populo ipſo delatum eſſet.Quod ſi præuaricatus ſit actor,non prohibetur alius agere.l.3.de liber.homi.exhib.

Cap. XX.

De actione competente actori qui reo deferente iurauit ex edicto prætoris.

DEclarata eſt ea pars edicti,qua conſulitur reo qui deferẽte actore iurauit: ſequitur altera qua proſpicitur actori,qui iurauit reo deferẽte,& datur ei actio. Nam etſi caput hoc edicti deſcriptum hic non extet, tamen dubiũ non eſt,quin de ea re prætor edixerit. Ac variis ex locis id colligitur.l.nam poſtea.§.1.in l. duobus.§.vlt.l.eum qui.in prin.hic.l.actor.C.eod.§.item ſi quis poſtulante.de actio.Inſtit. Deſcripſimus autem,vt probabile eſt, conceptum fuiſſe ab ipſo prætore, imitantes exemplum ſuperioris capitis,& locos iuris authorum de hac actione diligenter expendentes & cõſiderantes. Si actor petitorve conditione delata iurauerit, aut iuſiurandum ei remiſſum fuerit, eius rei, de qua iuſiurandum delatum fuerit, actionem ei, in qua hoc ſolum quæretur an iurauerit, dabo In huius capitis enarratione eædem quæſtiones occurrunt, quæ in priore capite, veluti de perſonis & ratione deferendi ac iurãdi. Sed hæc magna ex parte iam ſunt declarata, & ſuperuacanea eſſet repetitio. Plenius enim deſcripta & tractata ſunt, quæ ad exceptionem pertinent quam quæ ad actionem, quia ſæpius accidit, vt actor deferat reo quam reus actori. Solet decurri ad iuſiurãdum cum deficit probatio, idque neceſſe eſt actori, qui nihil aliud agere poteſt. Reo autem id non eſt neceſſe, qui abſoluitur actore non probante, etſi nihil præſtiterit. l.qui accuſare volunt. C. de edend. Quæ igitur propria ſunt huius capitis, non exequemur.

Cap. XXI.

Quæ actio detur ex iureiurando.

QVod ait prætor,ſe actionem daturum,ita accipiendum eſt quaſi noua introducatur actio quæ iure ciuili non competat.Sic enim accipitur interdum actionem dare, vt alibi annotaui l.iuriſgentium. de pact. Ac certum eſt mero Iure & ciuili ex iureiurando non naſci nec tolli actionem.§.eque.Inſtitu.de excepr. Proinde numeratur hæc actio inter prætorias à Iuſtiniano in Inſtitutionibus. §.item ſi quis poſtulante. Inſtit. de actio. Agitur autem præſcriptis in factum verbis ex hac cauſa, cum actio nullam propriam appellationẽ propriumque titulum habeat. l. ſed etſi poſſeſſori.hic l.actori.C.eod. Sed ſi cauſa certa ſit ex qua iuratum eſt, puta exceptio, venditio, aut alius contractus, vtilis quoque actio ex eo contractu dabitur. l.ſi duo §. ſiquis iurauerit.hic.Ideo autem dicitur vtilis actio quæ datur ex hac cauſa nõ directa.l.ſed & ſi.§.vltim.l.ſi duo §.Iulianus. hic. quia directa datur ei qui re vera emit, aut qui eſt hæres. Sed vtilitatis cauſa eſt receptum, vt perinde agatur,ac ſi verũ id eſſet,cũ iuſiurandũ pro veritate habeatur. Et ſine omnis actio ex hoc edicto recta dicitur vtilis reſpectu Iuris ciuilis.l.quod ſi iuraui. 29.hic.argu.§.namque.Inſtit.de act. Cætèrum videndum eſt an cauſa illa,de qua hic loquimur, ad dandam actionem ſufficiat. Nam qui furtum ſibi factum iurauerit, non continuo agere poteſt condictione furtiua, quæ non niſi domino competit.l.in duobus.§.pen.

Cap. XXII.

Potior ne ſit cauſa actoris an rei,cum vterque iurauit altero deferente, & de concurſu iuriſiurandi & præſcriptionis temporalis.

DIximus actionem competere ei qui iurauit ſibi deberi, ſicut exceptio competit ei qui iurauit ſe non debere. Inde naſcitur quæſtio, ſi tam actor quam reus iurauerit,alter ſibi dare oportere, alter ſe dare nõ oportere,an actori danda ſit actio, an reo potius exceptio? Et reſpondendum eſt potiorem eius cauſam eſſe,qui poſterior iurauit.leg.in duobus.§.vlt. non aliter ac nouiſſima quæque pacta maxime ſeruanda eſſe diximus.l.pacta nouiſſima. C. de pact. Nec ideo præiudicium fiet periurio alterius,vt ei noceat forte in iudicio criminali, quia non ideo poſterioris dicitur cauſa potior eſſe, quod vere iurauerit, ſed quod iurauerit tantum,& poſterior iurauerit. Huic affinis eſt quæſtio de concurſu iuriſiurandi cum præſcriptione longi temporis: cum videlicet vnus nititur præſcriptione temporis,alter iureiurando.Nam non minus tẽpore quam iureiurando finitur lis ac dirimitur. l.vlt.pro ſuo. Cic. pro Cec. Et Iulianus ait eum,qui iurauit fundum ſuum eſſe,poſt longi temporis præſcriptionem,id eſt,vt ego interpretor, poſtquam aduerſario quæſita eſt longi temporis præſcriptio ſiue exceptio, etiam vtilem actionem habere debere. Hic enim poſterioris melior conditio eſt: ſicut & cum iuſiurandum actoris & rei concurrunt,vt iam diximus. Nõ ignoro ſubobſcurum eſſe hunc locum propter amphiboliam, quæ oritur ea varietate diſtinctionis, ſed in ambigua oratione accipienda eſt ea interpretatio,quæ vitio caret. l.in ambiguis.de legibus.l.quoties idem.de reg.iur.

Cap. XXIII.

Contra quem detur actio ex iureiurando.

PRætor ait ſe actionem daturum, nec exprimitur edicto cootra quem detur. Sed ratio iuris exigit vt dicamus actionem competere aduerſus eum qui detulit, quia non debet alij nocere quod inter alios actum eſt.l. nam poſtea.§.vlt.& l. ſeq. Datur etiam aduerſus ſucceſſoré, vt Vlpianus ait d.l. nam poſtea.§.vlt. Quod ſi accipiamus de hærede, qui ſuccedit in ius vniuerſum, res dubitationem non habet. Sed dubitatur de eo qui ſuccedit in rem, qualis eſt emptor aut donatarius: quia hæc actio in perſonam eſt, quæ rem non ſequitur.l. 1.§. ſi hæres.ad Trebel. Ac tametſi exceptio competat ei qui in rem ſuccedit.l.ait prætor. 7.hic, tamen videtur alia cauſa actionis eſſe quam exceptionis. Veruntamen probabilius eſt, contra eum qui ſuccedit in rem poſt iuſiurãdum actionem dari ei qui iurauit rem ſuã eſſe, vt verba Vlpiani, quæ generalia ſunt, de quocunque ſucceſſore intelligantur. Sed contra alium poſſeſſorem non dabitur hæc actio, cum non debeat alij nocere quod inter alios actũ eſt, vt iam dixi. Nec mirum eſt hanc actionem, quę ſuccedit in locum actionis in rem, imo vtilis in rem eſt, aliquid retinere ex eius natura. Non tamen per omnia iudicandum eſt de ea vt de alijs in rem actionibus, ne inde ſequatur iniquitas, & iuſiurandum noceat ei qui nec detulit, nec in deferentis locum ſucceſſit. leg. ſed & ſi. §. vlt. & l. ſequen. hic. Eadem, vt puto, ratione dicetur publiciana competere ei qui iurauit rem ſuam eſſe, ſed aduerſus eum tantum qui detulit. leg. eum qui. §. ſi petenti. de pub. in rem act. quamuis alias publiciana quæ in rem actio eſt, detur contra quemuis poſſeſſorem. §. ſed iſtæ. Inſtit. de actio. Ac ſi quis forte dixerit, cum iuſiurandum ſit iuſta cauſa traditionis, publicianã contra omnes competere ex edicto prætoris. l.1.de publ. reſpondeo hanc cauſam vſquequaque iuſtam non eſſe, quia iuſiurandum non debet alij nocere. Quare non eſt viſum vtile, Vlpiano edictum de publiciana referre ad iuſiurandũ niſi cum ea moderatione & exceptione, de qua diximus. Nec vero ſimile eſt iuſiurandum emptioni & alijs huiuſmodi cauſis quæ ſunt iuris ciuilis, ex quibus datur publiciana contra quemuis poſſeſſorem, tametſi aliàs conuentio inter alios facta alijs non noceat. l. ſi vnus. §. ante omnia. de pact. Ex iã dictis apparet actionem ex iureiurando dari aduerſus eum qui detulit. Addendum eſt interdum ei qui detulit competere aduerſus eum qui iurauerit. l. ſi duo. §. ſi quis iurauerit, hic. Quod videtur prima facie mirum & παράδοξον. Sed hoc facit natura obligationis quæ mutua & reciprocà eſt. l. Labeo. de verborum ſignific. Nam ſi quis iurauerit me rem vendidiſſe centum, nõ modo aget exempto aduerſus me, ſed ego etiam viciſſim aduerſus eum ex vendito agere potero.

Cap. XXIIII.

Quæ ſit vtilitas huius actionis.

AIt prætor, *In qua hoc ſolum quæretur.* Sic enim edictum concepimus, cuius edicti verba referre videtur Iuſtinianus Inſtitu. §. item ſi quis poſtulante. de actio. l. actori. C. de reb. cred. In hoc autem conſiſtit vtilitas huius actionis, quia non quæritur an debeatur, ſed an iuratum ſit. l. non erit. §. dato. Hinc dicitur iuſiurandum quæſtionem omnem perimere. l. quod ſi hic. Item poſt rem iureiurando deciſam nihil quæri. l. poſt rẽ. ff. de re iudic. Quæ ſentẽtia eſt Vlpiani ſumpta ex hoc loco, & poſita ſub tit. de re iudic. vt facile cognoſcitur ex inſcriptione. Proinde hæc actio ſimilis eſt actioni iudicati: in qua hoc ſolũ quæritur an iudicatũ ſit d. l. actori. Hoc autem eſt ita accipiendum, vt nulla recipiatur allegatio qua iuſiurandum impugnetur, quaſi verum non ſit quod iuratum eſt. Nam aliæ exceptiones ac defenſiones admittuntur, quæ non ſunt contrariæ iureiurando, ſicut in actione iudicati. leg. Neſennius. §. vltim. de re iudic. Idque exemplis demõſtrare facile eſt: Iurauit me rem emiſſe, ego vt eã tradas, excipis de pretio tibi non ſoluto. l. ſi duo. §. ſi quis iurauerit. hic. Aliud exemplum, iuraui me ob decem pignori dediſſe tibi fundum, obijcis decẽ ſoluta nõ eſſe. l. ſi duo. § Marcellus. Aliud, peto à te vſumfructũ, quem iuraui meũ eſſe, ais amiſſu eſſe capitis diminutione. l. ſed etſi § ſi iurauero. hic. Aliud: iuraui Stichũ mihi dari oportere qui periſſe dicitur. l. eum qui. §. ſi iurauero. hic. Aliud, peto decẽ quæ dedi in dotẽ, excipit reus, ne ſolidũ à ſe exigatur, ſed quatenus facere poteſt. d. l. eũ qui. § ſi mulier. hic. Aliud, peto vſumfructũ quẽ iuraui dari mihi oportere, poſtulat reus vt caueam. d. l. eum qui. §. vlt. His exceptionibus ac defenſionib. adhuc locus eſt poſt iuſiurandũ, vt iã diximus. Deinde etiã quæritur an recte & rite iuratũ ſit, nec mirum eſt hanc quæſtionem admitti, cum tunc demum iuratum eſſe intelligatur arg. l. 4. §. condemnatum. de re iud. Sed quæ neceſſaria ſint, vt recte iuratũ dicatur, ſupra expoſuimus.

Cap. XXV.

Quid veniat in hanc actionem.

EX iam dictis perſpicuum eſt, idem venire in hanc actionem, quod in eam ſuper qua iuratum eſt. Nihil enim aliud quęritur, niſi an iuratum ſit, & iuſiurãdum ſic accipimus, ac ſi verum eſſet quod iuratum eſt, dict. l. ſed & ſi. hic. itaque ſi iurauero rem meam eſſe, etiam fructuum & aliarum huiuſmodi acceſſionum fiet reſtitutio. dict. l. ſed etſi. Quia ſi vere mea eſſet, fructus deberentur. l. videamus. de vſur. Atque hinc poteſt cognoſci, an pœnalis ſit, an rei perſecutoria. Nam ſi de eo iuratũ ſit, ex quo pœna exigi poteſt, hac quoque actione pœna peti poterit, vt ſi quis iurauerit ſibi furtum factum eſſe. l. in duobus. §. pen. hic. Inde quæritur, ſi quis iurauerit damnum ſibi datum iniuria, an debeat conſequi duplum. Quod videtur admittendum eſſe. Nam actio legis Aquiliæ ob damnum iniuria datum competit in duplũ aduerſus inficiantem. l. inde Neratius. §. hæc actio. ad l. Aquil. At hic reus inficiatur qui iuſiurãdum defert. Paulus tamen ait ſimplum hac actione peti non duplum. l. eum qui. hic. Idque propter æquitatẽ qua τὸ ῥητὸν temperandum eſt. Ideo enim aduerſus inficiantem dupli fit condemnatio in iudicio legis Aquiliæ, quia onerat actorem probãdi neceſſitate. Quod nequaquam hic accidit. Deinde quod Paulus ait, Cum omiſſa hac parte edicti, &c. ſic accipe: edicti vnã partem eſſe qua datur actio ei qui iurauit. dicta l. in duobus. §. vlt. & hac parte duplum peti non poſſe, quamuis ea omiſſa poſſit peti, ſcilicet actione principali. Et poteſt dici in hoc iudicio non quæri, an damnum datum ſit, ſed an iurauerit actor, vt iuſiurandum eius conſeruetur. Ex iam dictis pendet etiam alia quæſtio, an hæc actio famoſa ſit. Nam ſi damnetur quis famoſo iudicio, propter iuſiurandum ſine alia probatione is famoſus efficitur. l. nam poſtea. §. ſi damnetur. Nec eadem ratio eſt in ſuperiore ſpecie de lege Aquilia. Pœna enim dupli ſtatuitur in negantem propter onus probationis quod incumbit actori. Quo onere leuatur, delato iureiurãdo ab aduerſario. Pœna infamiæ ob eam cauſam non eſt ſtatuta, ſed damnatus notatur infamia, licet confeſſus ſit.

Cap. XXVI.

Iuſiurandum ad lites finiendas pertinere & ſimile eſſe tranſactioni & rei iudicatæ.

QVæ ſit vis ac poreſtas iuriſiurandi, quãquam ſuperior tractatio magna ex parte oſtendit, tameo propria diſputatio de hac re oon erir inutilis. Collegimus enim varios effectus iuriſiurandi qui nondum ſatis declarati ſunt, ne quis putet nudam anacephalæoſin hic contineri. Ac in primis finitur lis iureiurando. l. 1. hic. Vnde ſpeciem tranſactionis habere dicitur. leg. 2. hic. id eſt, inſtar & ſimilitudinem. Quo ſenſu plerũque accipitur hoc verbom apud veteres authores. l. nõ diſtinguemus. §. cum quidã. de recept. l. ſi legationis. de iud. Nam trãſactio finẽ litibus imponit ſicut iuſiurandũ. l. fratris. C. de tranſact. Eadẽ ratione dicitur iuſiurãdum. habere vim rei iudicatæ. d. l. actori. imo maiorem authoritatem habere quam res iudicats. l. 2. hic. Plus namque eſt aliquem ſuo conſenſu quam inuitum dãnari. Sicut maioris auctoritatis dicitur conſuetudo propter conſenſum ciuium, quam ius quod ex neceſſitate proficiſcitur. leg. imo. de legibus. Iode quæritor an iuſiurandum habeat executionem ſicut ſententia. Et plerique negant quaſi ſentẽtia iudicis requiratur poſt iuſiurandum. l. 34. §. vlt. Sed contraria opinio recepta eſt fere, eaque mihi magis probatur. Mouet me, quod dicitur, poſt rem iudicatam aut iureiurando deciſam nihil quæri. leg. poſt rem. de re iudic. & actionem in factum dari ad exemplum actionis iudicati. l. actori. C. de rebus cred. Item iuſiurandum maiorem habere auctoritatem, quam rem iudicatam. l. 2. hic. & alia huius generis. In quibus locis aperte diſtinguitur ſententia à iureiurãdo. Alias nulla eſſet actio ex iureiurãdo, nulla exceptio, ſed tantũ actio iudicati, & exceptio rei iudicatæ. Deinde iuſiurãdũ dicitur vim habere nõ probationis tantũ, ſed etiã iudicij. l. tutor. hic. Nec verũ eſt ſententiam neceſſariam eſſe, cum ſæpenumero iuretur ſine iudice, quod iuriſiurandi genus volontarium dici ſolet. Plerumque tamen ſolet ferri ſententia cum iuſiurandum defertur in iudicio. Quo caſu de officio iudicis quæritur. dicta. l. iuſiurandum. §. vlt.

Cap. XXVII.

Cauſam iureiurando deciſam non eſſe retractandam prætextu periurij, & quid de cauſa teſtamenti.

EX iis quæ diximus conſequitur cauſam deciſam iureiurando prætextu periurij non poſſe retractari, vt Imperator Antoninus reſcripſit. l. 1. C. de reb. cred. Quanquam de hoc fuit controuerſia inter veteres. l. quod ſi deferente, de dolo. Nam Labeo putabat de dolo agendum quaſi deficiente alia æquum ſit eam actionem dari. Sed contraria Põponij ſentẽtia obtinuit exiſtimantis tranſactum videri per iuſiurandũ quod ſpeciem tranſactionis habere dicitur. l. 2. hic. Nam is qui iuſiurandum defert quaſi decidẽs & tranſigẽs cum aduerſario, cedit ei liti ſub conditione, ſi iurauerit, non ſi vere iurauerit. Addit Antoninus in reſcripto: niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur. Nam variæ exceptiones ſunt regulæ, de quibus nunc dicemus. Vna eſt ex noua conſtitutione Iuſtiniani, cum quis teſtamento non apparente iurauit ſibi legaturum eſſe, deinde reperto teſtamento periurium eius detegitur. Quo caſu retractatur iuſiurandum. Eſtque hoc ius ſingulare in teſtamento, vt pleraque alia. Nam & idem receptum eſt tranſactione quæ noo aliter rata eſt, quam ſi fiat inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti. l. de his. de trãſact. Quare non immerito Caius oſtendit magnam eſſe rationem edicti de teſtamentis aperiendis. l. 1. quemadmo. teſtamen. aperian. Nam primum rei non poteſt exquiri veritas apud iodicem ſine teſtamento. Ac ſi quis velit ex teſtamento aliquid petere, expedit teſtamentum edi ac proferri fidei faciendæ cauſa. Deinde difficile eſt ſine iudice trãſigere de re omnino incomperta. Imo id tutum non eſt, cum tranſactio talis rata noo ſit, & facile ſit ab ea recedere, ſi quis forte cauſetur ſe errore ductum tranſegiſſe, non inſpectis videlicet nec cognitis verbis teſtamenti. Quod autem ait Iuſtinian. dubitatum fuiſſe apud antiquos, mirum videri non debet. Nam alij, vt credibile eſt, hęrebant regulæ de iureiurando. Alij conſiderabãt de teſtamento agi, cuius verba non fuiſſent inſpecta, nunc veritatem apparere, & elucere ex ipſa inſpectione teſtamenti, qua nil poteſt eſſe certius. Deinde de tranſactiooe idem conſtitutum eſſe, quæ non ſit diſſimilis iuriiurando. Et in horum ſententiam inclinat Iuſtinianus, atque ita veterem decidit controuerſiam.

Cap. XXVIII.

Minorem reſtitui in integrum aduerſus delationem iuriſiurandi.

EST alius caſus in quo retractatur iuſiurandum, cum minor detulit & captus eſt. l. nam poſtea. §. ſi minor. hic. Dupliciter autem ei ſuccurritur. Nã datur ei vetus actio quæ adhuc manet poſtquam iuratum eſt. §. æque. Inſtitu. de except. & contra exceptionem iuriſiurãdi opponitur reduplicatio. Præterea prætor ipſe poteſt cognoſcere ſi velit, nulla data actione vel exceptione. Reſtitutio. n. pẽdet ex arbitrio prætoris, qui vt quæque res eſt, animaduertit. l. 1. l. quod ſi minor §. vlt. de minorib. Sed quomodocumque prætor ſubueniat minori, & eum reſtituat ſiue cognoſcendo de toto negotio, ſiue dando actionem cum exceptione, & replicatione, tempus ſtatutum non debet egredi. §. ſi minor, id eſt, tempus quatuor annorũ. l. vlt. C. de tempore in integ. reſtit. Nec nos mouere debet quod exceptiones ſunt perpetuæ. leg. pure. §. vltim. de doli except. l. licet. C. de except. Non enim hoc eſt accipiendum de hac exceptione, vt ita dicam, reſtitutoria, quæ non competit ſine reſtitutione. l. exceptiones. 7. de except. Nam ſibi proſpicere poteſt petita reſtitutione, poſt quam impetratam, exceptio futura eſt perpetua.

Cap. XXIX.

Iuſiurandum reuocari quod delatum eſt fraudandorum creditorum gratia.

SI iuſiurandum delatum ſit fraudandorum creditorum gratia, id creditoribus obeſſe non debet, vt Vlpian. ait l. nam poſtea. §. ſed & ſi quis. hic. Eſt autem ſpecies duplex apud Vlpianum. Vna cum quis iurauit ſe non debere, cum videlicet reus eſſet. Altera cum quis iurauit ſibi deberi, contẽdens falſo ſe creditorem eſſe. Succurritur ergo creditoribus fraudatis vel exceptione vel replicatione data. Et notandum eſt hic agi Pauliana actione, qua reuocantur ea quæ geſta ſunt in fraudem creditorum. §. item ſi quis in fraudem. Inſtit. de actio. licet plerique diſſentiant, qui argumẽtis mouentur ineptis, nec animaduertunt hanc actionem quę reſtitutoria ſiue reſciſſoria eſt, dicto §. item ſi quis. Inſt. de actio. eam ipſam actionem eſſe ſuper qua iuratum fuit, ſed vtilem. leg. vlt. Cod. ex quib. cauſ. maio. vt ego alias fuſius diſputaui ad §. Rurſus. Inſtit. de actionibus.

Cap. XXX.

De iureiurando quod à iudice defertur in dubiis cauſis, & neceſſarium dicitur.

EXcipitur quoque iuſiurandum neceſſarium, quod nõ à litigatoribus, ſed à iudice defertur. Nã edictũ prætoris pertinet ad iuſiurandũ, quod alter litigatorũ defert alteri, vt ipſius edicti verba oſtendunt. Eſt autem

aliud

Digitized by Google

aliud genus iuriſiurandi de quo nunc loquimur, deferri ſolitum à iudice ipſo propter inopiam probationis, & neceſſarium dici ſolet, quia non ex conſenſu litigatorum iuratur, nec recuſari, aut referri poteſt. Solent enim, vt Caius ſcribit, iudices in dubiis cauſis exacto iureiurando ſecundum eum iudicare qui iurauerit. Sed permittitur ex integro cauſam agere, ſi quis noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, quib. nunc ſolum vſurus ſit. l. admonendi. hic. Quæ verba ſic interpretantur vulgo, quaſi velit Caius ob ſemiplenam probationem deferri hoc iuſiurandum, vt puta cum quis vnum teſtem habet. Sed ego iamdudum refutaui hanc opinionem, & ſcripſi quid ſentiam. lib. 2. diſpu. capit. 34. Oſtendi cauſam dubiam eſſe, cum iudici non liquet abſolute an cõdemnare debeat, vt quia par eſt forte probatio ex vtraque parte, vt ſæpe accidit, nec facile poteſt diſcerni vtrius probatio melior an certior ſit. l. ſi dun. ff. vti poſſid. Citaui locos ex veteribus authoribus ex quibus apparet, eam eſſe huius verbi ſignificationem. Demonſtraui etiam æquitatem & rationem exigere, vt ſic interpretemur. Sed vſus forenſis ac conſuetudo quæ dicitur optima legum interpres, pro nobis facit. leg. ſi de interpretatione. ff. de legibus. Verum opponitur nobis reſcriptum Diocletian. vbi loquitur non de dubia cauſa, ſed de inopia probationum. Verba eius hæc ſunt: in bonæ fidei contractibus, necnon etiã in ceteris cauſis, inopia probationum per iudicem iureiurando cauſa cognita res decidi oportet. leg. in bonæ fidei. Cod. de reb. cred. Sed reſpondeo in ambigua oratione accipiendam eſſe eam interpretationem quæ vitio caret. leg. in ambigua. ff. de legib. l. quoties idem. de regul. iur. Alioqui dicemus, iuſiurandũ deferri cum actor ne vnum quidem teſtem habet, quia tunc maxime inops eſt probationum. Verius eſt igitur interpretationem petendam eſſe ex Caio, cum probationum copia non ſuppetente recte & vere dicatur dubia cauſa eſſe. d. l. admonendi. hic. Quæ autem dubia ſit cauſa non poteſt in vniuerſum diffiniri, ſed cõmittitur iudicis arbitrio. l. 3. ff. de teſtib. præſertim in iudiciis bonæ fidei, in quibus eſt latior iudicis poteſtas. d. l. in bonæ fidei. Quod autem dicitur permitti ex integro cauſam agere, ſic accipiendum eſt, vt contra exceptionem rei iudicatæ detur replicatio. Nam & hoc ſcripſit Caius differens de exceptione rei iudicatæ, vt inſcriptio capitis oſtendit lib. 30. ad edictum prouinc. Neceſſariam vero non eſſe reſtitutionem in integrum, alibi docuimus l. diuus. de re iudic.

Cap. XXXI.

Variorum effectuum iuriſiurandi breuis enumeratio.

DEclarato effectu primo ac precipuo iuriſiurandi, reliquos ſtrictim percurremus.

1 Iuſiurandum pro veritate & probatione habetur. l. 5. §. dato. l. ſed & ſi. §. idem ſi iurauerit, & ſeq. Condemnatur tamen reus interdum ad pœnam propter actoris probationem, ad quam iurante eo non condemnatur, vt ſupra diximus. leg. eum qui. hic.

2 Iuſiurandum habet vim pacti conuenti. l. tutor. §. 1. hic. Vnde dicitur obligatio naturalis iureiurando tolli ſicut pacto conuento. l. Stichum. §. naturalis. de ſolut.

3 Iuſiurandum nouationis loco accipitur. l. qui iuraſſe. §. vlt. hic. Quod ſic eſt accipiendum, vt cum actor iurat, veteri obligationi noua accedat obligatio remanente veteri obligatione, ſicut & cum ſententia fertur pro actore. ad leg. 1. Cod. de iudi.

4 Iuſiurandum loco ſolutionis eſt. leg. iuſiurandum. 27. l. tutor. §. 1. Hinc tollitur obligatio iureiurando ſaltem naturalis, vt iam dixi. Hinc liberatur tam reus quam fideiuſſor. l. in duobus. §. 1.

5 Iuſiurandum habetur inſtar iudicij. l. qui iuraſſe. §. vlt. l. tutor. §. 1. Hoc tamen dupliciter accipi poteſt, inprimis vt habeatur pro re iudicata. l. 2. hic. vt habeatur pro lite conteſtata. leg. nam poſtea. §. ſi is qui temporali. Proinde ſicut lite conteſtata perpetuatur obligatio & actio, quæ alias eſt temporalis, vt actio iniuriarum, & aliæ huiuſmodi. l. vltim. C. quando libel. princ. dat. l. cum notiſſimi. C. de præſcrip. 30. anno. l. 1. C. de annali except. Ita etiam perpetuatur iureiurando. l. ſed etſi reſtituatur. §. ex quibus. de iudic.

6 Iuſiurandum ſimile eſt acceptilationi, vt Iulianus ait leg. iuſiurandum. 40. hic. Non eſt tamen vſquequaque ſimile, atque ideo Iulianus ait, perpetuam certe exceptionem parit. Nam naturalis tantum obligatio tollitur iureiurando, non etiam ciuilis. §. æque. Inſtit. de excep. quam certum eſt acceptilatione tolli. §. item per acceptilationem. Inſtit. quib. mod. tol. oblig.

Cap. XXXII.

Iuſiurandum alterius alteri neque nocere, neque prodeſſe.

QVamuis magnam vim habeat iuſiurandum, vt ex iam dictis intelligitur, tamen hæc vis ad alias perſonas non porrigitur. Itaque recte dicitur iuſiurandum alterius, alteri neque nocere neque prodeſſe. leg. 3. hic. l. eum qui. §. ſi petenti. de public. in rem act. Hinc naſcitur quæſtio quã tractat Vlpianus ſubobſcurè cap. 13. Duo erant patroni eiuſdem liberti Titius & Mæuius: Titius litigat aduerſus hunc libertum vel de toto iure patronatus vel de parte, nihil refert. Mæuius interim tacitus expectat euentum iudicij Titiani, ſperans fore, vt Titio victo ſolus patronus ſit. Tandem Titius detulit iuſiurandum reo: iſque iurauit ſe libertum eius non eſſe. Mæuius compotem ſe voti eſſe putat excluſo Titio, & hæreditatem defuncti iam liberti petit quaſi ſolus ſit patronus. Offerunt ei hæredes liberti dimidiã partem quaſi nõ ſolus patronus ſit, ſed cum Titio. Mæuius obiicit iuſiurandum liberti, quo hæc lis videtur deciſa eſſe. Quæſtio eſt, an iuſiurandum ei proſit. Vlpianus ait, non prodeſſe, quia res inter alios acta, &c. Nam etſi iuſiurandum liberti qualemqualem inducat præſumptionem & coniecturam pro Meuio, tamen in cauſa Mæuiana pro veritate & probatione nõ habebitur. l. à ſententia. de appel. l. ſæpe. de re iudic. l. ſi ſuſpecta. de inoffic. teſtam. Quod autem hic obiicitur de iure accreſcendi quomodo accipiendum, declarauimus l. 1. de iure accreſc. c. 17.

Exemplũ.

Cap. XXXIII.

De periurio.

PEriurus eſt, qui ſciens & ex animi ſentẽtia falſum iurat. l. qui iuraſſe. hic. Hinc formula illa iuriſiurãdi, Si ſciens fallo: de qua diximus ſuprà. Et hoc accidit, ſiue quis iuret aliquid ita eſſe aut non eſſe, ſiue iuret aliquid ſe facturum aut non facturum decipiendi animo. Non ergo quiſquis falſum iurat, peierare dicitur; recteque Chryſippus hæc duo diſtinxit ἐπιορκεῖν καὶ ψευδορκεῖν, ſicut Nigidius Figulus mentiri & mẽdacium dicere. Gell. lib. 11. c. 11. Qui mentitur, inquit, ipſe non fallitur, ſed alium fallere conatur: Qui mendacium dicit, ipſe fallitur. vir prudens præſtare debet, ne mentiatur: prudens ne mendacium dicat. Ex quo intelligitur, eum peierare, qui aſtute violat iuſiurandum, quia ſciens fallit. d. l. qui iuraſſe. hic. c. quacunque. 22. queſtio. 5. Vt captiuus ille Romanus qui cum iuraſſet ſe in Pœnorum caſtra rediturum, paulo poſt quam erat egreſſus è caſtris, rediit, quaſi aliquid eſſet oblitus: & Romæ poſtea remanſit. Cic. lib. 1. Offi. Cui nõ diſſimile exemplũ eſt apud Clementẽ Alex. lib. Strom. de eo qui Laidẽ promiſit ducere in ciuitatẽ ſuam. Deinde latebrã periurio

quærens, imaginem eius Laidem à ſe vocatam collocauit in ciuitate. Callidum ſane & veteratorium id id eſt: & ea fraus, vt ait Cicero, diſtringit magis quam diſſoluit periurium. Non poteſt autem abſolute diffiniri) quomodo verba iuriſiurandi accipienda ſint, ſed quacunq; in ſpecie vir bonus, pius, religioſus & prudens facile interpretabitur. Quæſtio difficilis eſt, & magnopere agitata de eo, qui incidit forte in latrones, & mortis metu coactus iurauit ſe daturum eis certam pecuniā. Et Theologi fere cenſent iuſiurandum ſeruandū eſſe propter præceptū diuinum, Reddes DOMINO iuramenta tua. Matth. ca. 5. Et idem reperitur in quibuſdā conſtitutionibus pontificiis, cap. ſi vero. de iureiur. in Decretal. Non patiuntur hi exceptionē addi verbis præcepti diuini Et hoc ſuadere videtur religio erga Deum, quaſi quod Deo promittitur aut inuocato Deo, & quaſi teſte adhibito, id maiore cum religione & reuerentia ſeruādū ſit. Et ſane vir pius & religioſus mallet rē ſuam amittere quam hoc iuſiurandum violare. Extant etiam Ethnicorum veterum, qui nefas hoc eſſe duxerūt. Gell. lib. 7. cap 18. Vnum eſt memorabile apud Cicero. lib. 3. Offic. de Manlio Torquato: quod ipſius verbis referam. L. Manlio Auli F. quum dictator fuiſſet, M. Pomponius Trib. pleb. diem dixit, quod is paucos ſibi dies ad dictaturam gerendam addidiſſet: criminabatur etiam quod Titium F. qui poſtea eſt Torquatus appellatus, ab hominibus relegaſſet, & ruri habitare iuſſiſſet. Quod cum audiuiſſet adoleſcens filius negotium exhiberi patri, accuriſſe Romam, & cum prima luce ad Pomponij domū veniſſe dicitur. Cui quum eſſet nuntiatum, quod illum iratum allaturum ad ſe aliquid contra patrem arbitraretur, ſurrexit è lectulo, remotiſque arbitris, ad ſe adoleſcentem iuſſit venire. At ille vt ingreſſus eſt, confeſtim gladium diſtrinxit, iurauitque ſe illum ſtatim interfecturum, niſi iuſiurandum dediſſet, ſe patrem miſſum eſſe facturum: iurauit hoc terrore coactus Pomponius, rem ad populum detulit, docuit cur ſibi cauſa deſiſtere neceſſe eſſet, Manlium miſſum fecit. Tantum temporibus illis iuſiurandum valebat.

Iure autem ciuili ratum non habetur hoc iuſiurandum, quia reſcinditur quod metu geſtum eſt edicto prætoris. l. 1. de eo quod met. cauſ. Nam æquum viſum non eſt prætori ratum id haberi, quod ex volūtate coacta magis quam libera proficiſcitur. Qua de re diſſerit Ariſt. l. 5. Ethic. Hæc ratio potilitica eſt, & obſeruatur in foro, vtcunque diſputent de hac re Theologi. Pontificij quadamtenus imitati ſunt exemplum Iuris ciuilis, & fatentur eum qui iurauit, teneri iureiurando, ſed gratiam ei faciendam eſſe à Pontifice. cap. verum. de iureiur. c. alius. c. nos ſanctorum. c. authoritatem. c. iuratos. 15. quæſtio. 6. Sicut impetratur reſtitutio à prætore vel etiam à principe. l. Imperatores. ff. ad municip. An autē periurium Romano iure puniatur ſicut alia fere delicta, dubitatur. Sed verius mihi videtur, puniri extra ordinem, quod & alias defendi lib. 2. diſp. cap. 37. Nec vere dicitur Romanos vltioni diuinæ hoc admiſſum relinquere voluiſſe, quaſi Deum vindicem eſſe ſufficiat. Nam cenſores Romæ animaduertebāt in periuros: nec vlla de re iudicabant diligentius quam de periurio, vt ait Cicero. Ac pleraque leguntur exempla talium animaduerſionum apud Ciceronem, Valerium, Gellium, & alios authores. Et loci ſunt multi apud Iureconſultos noſtros de hac pœna. Vnus eſt apud Vlpianum de eo qui iurauit per genium principis, & peierauit: qui fuſtibus caſtigatur. l. ſi dub. §. vlt. hic. At tametſi facile concedam hoc genus pœnæ ſtatutum nō eſſe aduerſus eum, qui per Deum iurauit: tamen contendo pœna extraordinaria puniendum eſſe, vt ex aliis locis quos mox proferam apparebit. Alius locus eſt de eo qui pignora ſua eſſe iurauit, & propter periurium ad tempus exulat. l. vlt. de crimin. ſtellio. Nā ſtellionatui, cuius pœna certa nō eſt, ſed extraordinaria & arbitraria, accedit crimē periurij. Itaque ſtatuitur pœna exilij tēporarij. Alius eſt locus Pauli, vbi ait non retractari iuſiurādum prætextu periurij, ſed ſufficere periurij pœnā. Quibus verbis oſtēdit Paulus, iudicio meo, agi poſſe non ciuiliter, vt cauſa deciſa retractetur, ſed criminaliter, vt periuriū vindicetur. Nam quod Accurſius interpretatur de vltione diuina, mihi videtur ineptum eſſe. Et animaduertendum eſt loqui Paulum de eo qui iurauit ſimpliciter, nec diſtinguere an per DEVM, an per principem iurauerit. Nam & alibi idem Paulus aperte oſtendit, videndum eſſe ne in iudicio ciuili præiudicium fiat iudicio criminali, in quo de periurio quæratur. l. in duobus. §. vltim. hic. Quem Pauli locum ego ſupra declaraui. Non inficior ſane legem de pœna periurij Romæ latam non eſſe: ſed dico cenſores qui præfecti erant moribus, notari ſolitos fuiſſe periuros, quod perſpicerent nihil bonis moribus magis contrarium eſſe. Hinc Cicero lib. 2. de legibus ait, Periurij pœnam humanam eſſe dedecus, id eſt, ignominiam & notam quæ inuritur à cenſore. Deinde ſublatis cenſoribus, magiſtratus quorum de criminibus erat cognitio, cœperunt extra ordinem periuros coercere & punire, cū pœna certa ſtatuta non eſſet. Sic iudicium de dolo paulatim venit in vſum poſt C. Aquilium Gallum, cum dolus malus legibus non vindicaretur. Quod autem ait Alexander Imperator, periurium ſolum Deum vltorem habere, quomodo accipiendum ſit, declarauimus lib. 2. diſp. c. 13.

IN TIT. III. DE IN LITEM IVRANDO.

Paradoxa quædā quæ in hac διατριβῇ defenduntur, publicè diſputata Biturigibus, anno 1539.

1 *IVſiurandum in litē, cur in certis tantum iudiciis deferatur, vera tradita ratio, quæ adhuc ab interpretibus animaduerſa non fuit.*

2 *In iis tantum actionibus, quæ ad reſtituendum, non autem ad dandum, tradendumve competunt, in litem iurari.*

3 *In actione vi bonorum raptorum, quia arbitraria non eſt, in litem non iurari.*

4 *Si nummi depoſiti non reſtituantur, cur iuſiurandum in litem iudex non deferat.*

5 *Intellectus verus l. nummi. de in litem iuran.*

6 *Intellectus l. 1. ff. de contrah. empt.*

7 *Obſcurum non eſſe, quamobrem in actione de dolo in litem iuretur, licet recentiores in ea re multum hæſitauerint.*

8 *Noua ratione confirmata communis D. opinio exiſtimantium, in iureiurando in litem, non vtilitatem modo ſpectatam eſſe, verumetiam affectionem; quæ ſingularem vtilitatem excedat*

9 *Accurſ. Barto. Bal. Pau. Alex. Iaſon. cum pleriſque aliis in intellectu l. ſi per alium. §. in eum. ff. ne quis eum qui in ius voca. toto cœlo erraſſe.*

10 *Verus ſenſus l. videamus. in princ. de in litem iuran.*

11 *Cur in actione ad exhibendum, quæ ad reſtituendum non competit, in litem iuretur.*

12 *Bonæ fidei vocabulum, quid ſignificet apud Iureconſultos.*

13 *Iudicia ſtricta, ac bonæ fidei, cur ſic appellata.*

14 *Cur veteres certa tantum iudicia bonæ fidei eſſe voluerunt, allata probabilis ratio: ea, quæ Alciati eſt, reiecta ac confutata.*

15 *Explicata defenſaque Bar. opinio aſſerentis, cōtractum*

bona

bonæ fidei,cui dolus cauſam dedit,ipſo iure nullum eſſe,præter communem omnium interpretum ſentētiam.
16 *Declaratus obiter vulgatiſſimus §.pactus ne peteret. l.ſi vnus,de pactis.*
17 *Vnde exceptionis appellatio emanarit.*
18 *Stipulatio dolo inita,cur ipſo iure nulla non ſit, noua ratio.*
19 *Cur apud veteres Iureconſultos, doli, itemque pacti exceptio bonæ fidei iudiciis ineſſe dicatur.*
20 *Bonæ fidei verbum quam vim, & ſignificationem habeat,Curtium non intellexiſſe.*
21 *Locus Ciceronis explicatus lib.3.de offic.9.*
22 *Albericum & Fulgoſium exiſtimantes in actione ex empto in litem non iurari, rectius, veriuſque ſentire, quam ceteros.*
23 *Iaſonis Mayni cauillationes ſubmotæ, quibus illorum argumenta refellere conatur.*
24 *Hæc duo, Quanti intereſt, & Quanti in litem iuratum fuerit,multum differre.*
25 *In iis tantum bonæ fidei iudiciis,quibus ad reſtituendum agitur,in litem iurari.*
26 *Diſſolutus nodus ex l.ei,apud quem.ff.depoſ.*
27 *In infinitum iurare apud Vlpianum quid ſit.*
28 *Taxationem iudicis in iureiurando in litem duplum veræ æſtimationis excedere,contra Bart.& ceteros.*
29 *An iudex in litem iuſiurandum deferre cogatur.*
30 *Iudicem regulariter iuſiurādum in litem ab actore præſtitum ſequi debere,pro Fulgoſio contra communem.*
31 *Cuius doli gratia in litem iurandum ſit.*
32 *Aduerſus heredem ob defuncti dolum nonnunquam in litem iurari.*
33 *Culpa lata,leuis, & leuiſſima, quo ſenſu in iure accipi debeant.*
34 *Sicut ob dolū,ita etiam ob culpam latam in litē iurari.*
35 *Lata culpa in quibus caſibus dolo comparetur, vulgo ab interpretibus intellectum non eſſe.*
36 *Recitata breuiter vulgaris doctrina de actionibus arbitrariis.*
37 *Quatuor regulas Bart.in l.hoc edicto. de public. falſas, vnaque litura omnes circumducendas eſſe.*
38 *Quod D. ſomniant ex contemptu iudicis arbitriū quodđam naſci,quo iudex in litem iuſiurādum deferre, aut ad certam pecuniam condemnare poteſt,tam alienum à vero eſſe,quam eſt vulgo receptum.*
39 *Falſam eſſe vulgarem regulam,qua traditum eſt,omnes actiones, quibus ad reſtituendum agitur, arbitrarias eſſe:quia iudex,&c.*
40 *Confutata interpretum deliramenta,in enarratione horum verborum, vel ex noxali cauſa ſeruum dedat. in §.præterea,de actio.*
41 *In actionibus arbitrariis iudicem nihil contra ipſarum naturam arbitrari.*
42 *Quo ſenſu accipiendum ſit, quod à Iuſtiniano ſcriptum eſt,omnia iudicia abſolutoria eſſe.*
43 *Rei vendicationem ex numero actionū arbitrariarū eſſe.*
44 *Explanatio l.qui reſtituere.de rei vendic.*
45 *Actio,qua id, quod certo loco promiſſum eſt, alibi petitur,an in numerum arbitrariarum referenda ſit.*
46 *Athenienſium, Romanorumque veterum ritus in ferendis ſententiis.*
47 *An actiones noxales ſint arbitrariæ, & verba §. præterea, de actio. eo pertinentia vero ſuo, germanoque ſenſui reſtituta.*
48 *Arbitrariæ à strictis & bonæ fidei actionibus quomodo differant.*
49 *In strictis iudiciis quando iuſiurandum in litem deferendum ſit.*
50 *Declarata l.ſi quando.C.vnde vi.*
51 *Declarata item l.ne quid.de incend.ruin.& naufr.*
52 *An abſque probationis difficultate in strictis iudiciis in litem iuretur, & conciliata ll.ſemper.§ in hoc interdicto.ff.quod vi aut clam.l.qui tabularium, de furt. & l. argentarius.§.cum autem.de eden.*
53 *Si pecunia in ſacculo ſignato depoſita ſit, eumque reſignatum depoſitarius reddat,an deponentis iureiurando ſtandum ſit.&c.*
54 *Intellectus l.ſi duo §.ſi ff.de iureiur.*
55 *Actionem ex teſtamento bonæ fidei non eſſe, & ibi quædam de natura ſtrictarum, & bonæ fidei actionum cognitu digna.*
56 *Cur actio funeraria, & ſimiles actiones in bonum & æquum concepta, bonæ fidei non ſint.*

MARTIANVS LIB. IIII.
REGVLARVM.

IN actionibus in rem, & in ad exhibendū, & in bonæ fidei iudiciis,in litem iuratur, ſed iudex poteſt præfinire, certā ſummam, ad quā vſque iuretur. Licuit enim ei à principio nec deferre.Item etſi iuratum fuerit, licebit iudici vel abſoluere,vel minoris cōdemnare.Sed in his omnibus ob dolum ſolum in litem iuratur,non etiam ob culpam: hæc enim iudex æſtimat. Plane interdum & in actione stricti iudicij in litē iurandum eſt, veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit, & Stichus deceſſerit: quia iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi non poteſt rem,quæ non extat.

PAVLVS LIB. XXVIII.
AD EDICTVM.

ALIAS ſi ex ſtipulatu,vel ex teſtamento agatur,non ſolet in litem iurari.

In actionibus in rem.

QVOD Martianus de actionibus in rem generaliter hic ſcribit, ex vi verborum apparet, non de rei vendicatione tantum, verumetiam de actione Publiciana, hypothecaria, confeſſoria & negatoria accipiendum eſſe: idque pleriſque aliis Iureconſultorum reſponſis expreſſum eſt. l. qui reſtituere, de rei vindic. leg. Neſennius. §. fundum. de re iud. leg. eum, qui. de pub. leg. ſi fundus. §. in vendica. de pignor. leg. harum. ſi ſeru. vindic. Sed cur in his potius, quam in ex ſtipulatu actione, aut ex teſtamento, quæ in perſonam ſunt, in litem iuratur? leg. noſtra. in fin. cum ſequent. An quod cum in rem actione experimur, non perſonam nobis obligatam eſſe, vt in aliis, ſed nos in re petita ius aliquod habere contendimus: ideoque in ea probabilior affectio noſtra eſſe videtur? Quod Curtius,& Decius exiſtimauerunt. Mihi autem paulo diligentius hæc conſideranti, ſane quam infirma,& leuia hæc ratio ſemper viſa eſt. Nam ſi mihi ſtipulanti rem aliquam promiſerit aliquis, quæ maiorum meorum quondam fuit, exempli cauſa, vel in qua ipſi ſepulti ſunt,aut domum,in qua ſum educatus, ia quanti in litem iurauero, non condemnabitur. Ob eas tamen cauſas,l.ſi io empt.ff de mino.l.1.§.& alias. ſi quid in fraudē patr. aut alias huiuſcemodi iuſtā affectionē eſſe dicimus.Item hoc iuſiurandū ſemper ad iurantis affectionē referri neceſſe nō eſt, vt recte nonnulli cōtra receptam vulgo ſententiā opinati ſunt. Fir-

mianus in repertorio. Nam poteſt actor, qui fortaſſis nulla affectione vtilitate rei excedente ducitur, quantum ſibi ſe vera ſua re non carere expediat, iureiurando declarare.l.videamus.verſic. non enim. ſupra eod.l.pen.in fin.eo.l.3.§.in hac,commod. Vt igitur ipſe quod ſentio aperiam, ratio in primis attendenda mihi eſſe videtur, quamobrem hoc iuſiurandum, de quo diſputamus,comparatum eſt.

1 Quæ quidem, cum in aliquot Iureconſultorum reſponſis extet,iiſque minime obſcuris,mirum eſt ab interpretibus adhuc eam aut non intellectam omnino, aut certe parum animaduerſam fuiſſe. Ait enim Marcellus lib.18.Digeſtorum, l. ſi tutor.infra eod. *Si tutor rem adulti, quam poſſidet, reſtituere nolit, non æquum eſſe pretio,id eſt,quanti res eſt,litem æſtimari, cum & contumacia punienda ſit, & arbitrio potius domini rei pretium ſtatuendum ſit,poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.* Sed & Pomponius ad Sabinum ait,l.ſi cum dos.§.fin. cum l.ſeq.rerum amot. *Si mulier res quas amouerit, non reddat, æſtimari debere reſpondit, quanti in litem vir iurauerit: quod non ſit æquum inuitum ſuo pretio res ſuas vendere.* Ex quibus locis perſpicuum eſt, huius Iuris duplicem rationem eſſe: Vnam,quod contumacia eius, qui iudicis præcepto non paret, rem petitam reſtituere iubentis,pœnam mereatur. Alteram, quia cum venditiones liberæ, voluntariæque eſſe debeant, ſicut reliqua genera rerum contrahendarum, eáque libertas duabus in rebus maxime cernatur, nempe vt ne quis inuitus rem ſuam cogatur vendere, l.nec emere. C. de iure deliber. vtque liberum ſit venditori pretium rei ſuæ definire, quodcunque voluerit: æquiſſimum eſt, vt venditori, cui ob aduerſarij contumaciam imponitur vendendi neceſſitas, l. eius rei. de rei vendic. ſaltem pretij ſtatuendi arbitrium relinquatur.

2 Hanc vero rationem quia non videt in actione ex ſtipulatu,aliiſque locum non habere, quæ ad dandum, tradendum,faciendumve competunt? ſed in iis tãtum, quibus ad rei reſtitutionem agimus, ſiue ea res corporalis,ſiue incorporalis ſit. d.l.harum. Nec multum refert, actio in rem, an in perſonam ſit, qua rem nobis reſtitui petimus: vt eleganter Vlpianus lib.2.ad edictũ ſcribit.dicta leg.qui reſtituere. Proinde in actione Fauiana,l.tenetur,ſi quid in frau. patro. & rerum amotarum: d.l. ſi cum dos. licet vtraque perſonalis ſit, in litẽ iuratur. Antequam tamẽ huic iuriiurando locus ſit,neceſſe eſt,actionem, quæ intẽditur, ex numero arbitrariarum eſſe,de quibus infra ſuo loco diſſeremus. Idque eiuſdẽ Vlpiani verba aperte indicant, cum ait d.l. qui reſtituere. *Hæc ſententia generalis,ſiue interdicta,ſiue actiones,& ſiue in rem,ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur,locum habet.* Non hoc iuſiurandum ad puniendum eius contumaciam, qui arbitrio, ſeu præcepto iudicis non paret, quod ante condemnationem interponitur maxime,comparatum eſt.

3 Quapropter exiſtimo in actione vi bonorum raptorum,& aliis ſimilibus,quæ arbitrariæ nõ ſunt, licet ad rei propriæ reſtitutionem dentur,in litẽ non iurari.

4 Ex iam dictis conſequitur, Si nummi depoſiti non reſtituantur, non ideo iuſiurandum in litem à iudice deferendum eſſe l. nummis. ſupra eod. non tam quod nummorum nulla ſit probabilis affectio,vt Accurſius, & cæteri vulgo crediderunt (iam enim confutata eſt eorum opinio, qui hoc iuſiurãdum ad affectionem ſolum referri volunt) quam quod (vt Vlpianus ait) certa ſit nummorum æſtimatio. Cum enim non alius ſit huius iuriſiurãdi finis, quam vt dominus rei ſuæ pretium ſtatuat,clarum eſt, ad eas res tantum id pertinere, quarum pretia incerta ſunt, & ſecundum locorum,temporúmque varietatem mutabilia.l.pretia rerum. §. fin.ad legem Falcidiam.

5 Quod autem de nummorum æſtimatione Vlpianus ſcribit, dict.leg. nummis. quantum negotij interpretibus exhibuerit,ex ipſorum commentariis intelligi poteſt. Nos vero rem non adeo obſcuram,aut difficilem iudicantes,arbitramur,earum rerũ, quæ in mercis numero habentur,æſtimationem incertam,& mutabilẽ eſſe, eamque pecunia numerata fieri: quoniam, vt Ariſtoteles ait, *μετρῶνται πάντα νομίσματι*. *At nummi* (quod Iabolenus ſcribit. l. ſi ita fideiuſſorem. de fideiuſſo.) *merce nequaquam æſtimantur, eorumque certa, perpetua, & immutabilis eſt æſtimatio, quæcunque ſemel publicè conſtituta fuerit.*

6 Huc pertinent elegantiſſima Pauli verba de emendi,vendẽdique origine differentiis.l.1.de cõtrah.empt. *Electa*, inquit, *materia eſt, cuius publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubueniret, eaque forma publica percuſſa, vſum, dominiúmque prabet, non tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate: id eſt, publica illa æſtimatione, qua quanti localis ſit, intelligitur.* Ariſtoteles lib.1.politic.c.6.leg.quæ extrinſecus.de verb.oblig.

7 Sed de nummis, quod ad noſtrum inſtitutum attinet,ſatis. Nunc videndum eſt,cur in actione de dolo, quæ in rem non eſt,in litem iuratur. Qua in re Curtius addubitans reſpondit, hanc actionem, cum actione, quod metus cauſa,tantam affinitatem habere, vt cum vna mere perſonalis,altera vero in rem ſcripta ſit, vix vlla ratio tantæ diuerſitatis appareat. Bart. in l.ſed ſi ex dolo. ff. de dolo. Quia ergo in actione, quod metus cauſa,in litem iuratur,conſequens eſſe, & in hac quoque in litem iurari. At cum inter has actiones diſſimilitudinem eſſe non neget quidem, ſed diſſimilitudinis rationẽ non eſſe ſibi perſpectam fateatur, aliũde quæſitis argumentis eum impetere, qui ſuo (vt aiunt) mucrone conficitur,ſuperuacaneus labor eſſet. Itaque reſpondeo, non aliam rationem eſſe, quam quod hæc actio inter eas recenſetur, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur. Nam in his actionibus in litem iurari, nos paulo ante admonuimus. Idque oſtendunt Vlpiani verba libro ad edictum 11. l. arbitrio. de dolo. *Arbitrio iudicis in hac quoque actione reſtitutio comprehenditur. Et niſi ſequatur reſtitutio, ſequitur condemnatio quanti ea res eſt.* Ac tametſi hac actione non rem meam, ſed quæ mea aliquãdo fuit,reſtitui petam: eadem ratio tamen, aut etiam maior, & hic in litem iurari ſuadet. Nam ſi in cæteris contumacia tantum eius punitur, qui rem fortaſſis antea ſine dolo poſſeſſam non reſtituit: quanto magis in hac actione iurabitur, in qua non huiuſmodi tantum contumacia, ſed etiam admiſſus iam inde ab initio dolus arguitur? Et ita quoque Curtius ipſe poſtea ſenſiſſe mihi videtur. Hinc perſpici poteſt, quã late pateat in hac diſputatione ratio iam à nobis commemorata.

8 Sed & eadem ratione alia quæſtio à recentioribus agitata, niſi fallor, decidi poteſt. Vtrum in hoc iureiurando vera rei æſtimatio, ſiue vtilitas, an vero iurantis affectio ſpectanda ſit? Et ſane multa in vtramque partem probabilia adducuntur, quæ fuſius in hoc loco tractari non eſt neceſſe. Tantum dico, hoc iuſiurãdum mihi videri ſic ad iurantis vtilitatem referendum, vt ipſius quoque affectio nonnunquam attendenda ſit. Nam, vt aliorum argumenta prætermittam, quod dicitur, In venditione pretium rei, arbitrio domini ſtatuendum eſſe: dubium non eſt, quin generaliter accipiendum ſit, adeo vt ſi rem à domino emere volens, præter iuſtum, & commune pretium grandem ei pecuniam offerat, ad compenſandum id quod intereſt ipſius re ſua non carere, affectioni venditoris nihilominus indulgẽdum ſit, quæ quidẽ in equis, canibus, rebúſque aliis non ita valde neceſſariis, aut vtilibus, immodica

modica plerunque conſpicitur: ac qui modus eſt in his rebus cupiditatis (vt ait Cicero) id & æſtimationis eſſe ſolet. Nihil etenim Iure cautum reperitur, quo libertas ea in rerum venditionibus minuatur, reſtringatúrve. Quod cum ita ſit, idem in hoc iureiurãdo vtique obſeruabitur: niſi forte quatenus Iudex nimiam illam iurantis affectionem, taxatione adiecta, moderandam eſſe arbitratus fuerit. Concludendum eſt igitur, in his tantum actionibus in litem iurari, quibus ad rem reſtituendam agimus. Cui aduerſari videtur quod Vlpianus ſcribit l. pen. §. 1. ne quis eum qui in ius voca. *Aduerſus eum, qui in ius vocatum vi exemerit, in factum iudicium dari, quo non id continetur quod in veritate eſt, ſed quanti ea res eſt ab actore æſtimata, de qua controuerſia eſt.* Quod enim ipſe *Quanti ea res eſt, &c.* Accurſius, Bart. Bald. Paul. Alex. & Iaſ. cum pleriſque aliis de iureiurando in litem interpretantur Atqui fieri poteſt, vt qui eo iudicio experitur, de reſtitutione rei non contendat, ſed pecuniam, aut rem aliam ſibi dari, tradive poſtuler. Verũ ea interpretatio, quam abſona ſit & à puritate, eligantia & perſpicuitate Vlpiani verborum aliena, obſcurũ non eſt. Quandoquidem non de re æſtimanda, ſed quæ iam æſtimata eſt, aperte loquitur Vlpianus. Vnde apparet ea verba, ſalua ratione recti ſermonis, de iureiurando in litem accipi non poſſe. Verior eſt itaque Fulgoſij ſententia, ſecundum quam hoc tantum Vlpianus ſenſit, pœnam in ius vocatum eximentis hanc eſſe, vt ad id, quod re vera debebatur actori, ab eo, qui exẽptus eſt, non condemnetur: verum conſiderata tantum actoris aduerſus eum petitione, ſummam eam iudicio in factũ præſtare cogatur, quæ ab actore in libello petita eſt: licet vocatus eam forte non debuerit. Hoc enim ſignificant & ſequentia eiuſdem verba. Hoc enim additũ eſt. *Vt appareat etiam ſi calumniator quis ſit, tamen hanc pœnam eum perſequi.* Cæterum quia pleriſque perſuaſum eſt, in omni cauſa pupillari in litem iurãdum eſſe, etiam ſi ex ſtipulatu, aut ex teſtamento agatur, quod ſupradictæ concluſioni noſtræ contrarium eſt: paucis hunc errorem labefactare viſum eſt & Vlpiani verba. l. videamus. in princip. ſupra eod. interpretari, quæ ſi illi perpendiſſent accuratius, in eum errorem nunquam incidiſſent.

10 *Videamus*, inquit, *in cauſa tutelari quis iurare, & aduerſus quem poſſit. Et quidem ipſe pupillus ſi impubes eſt, non poteſt:* &c. quæ ſequuntur. Cauſam tutelarem in eo loco pupillarem interpretãtur: quod vt à proprietate ſermonis alienum eſt, ita ſequentibus verbis minime conſentaneum. Ea igitur verba de actione tutelæ, quæ aduerſus tutorem, aut eius hæredem intenditur, accipienda eſſe exiſtimo: in qua actione in litem iurari dubium nõ eſt. toto tit. de in litem iur. Co. & l. tutor. infra eo. Quod ſi quis forte obiiciat, ſenſum verborum expoſcere, vt actorem potius, quam reum tutorem hic intelligamus: Reſpondeo, contingere poſſe, vt tutor nomine pupilli actione tutelæ aduerſus contutorem ſuum experiatur, remotum videlicet ſuſpicionis cauſa, vel ob cauſam legitimam excuſatum, quibus modis tutela finiri ſolet. §. fin. Inſtitut. quibus modis tut. finia. Vnde quod poſtea ſequitur, *Autoritatem iuris non refragari, quo minus iudicio, quod inter ipſos acceptum eſt*, &c. commode ſic intelligi poteſt: Inter ipſos, ſcilicet tutorem nomine pupilli agentem, & eum, qui ſuſpectus remotus eſt, vel ob iuſtam cauſam excuſatus. Sed & noſtram ſententiam cõfirmat, quod paulo poſt idem Vlpianus ſcribit: *Non enim ad ſuam vtilitatem iuriſiurandi referenda æſtimatio eſt, ſed ad domini, cuius nomine tutelæ ratio poſtulatur.*

Et in ad exhibendum.

Hæc actio perſonalis eſt l. 3. §. eſt autem. ff. ad exhibendum. neque ea ad reſtituendum datur, cum exhibitio à reſtitutione multum differat. l. plus eſt. de verb. ſignifi. in ea tamen in litem iurari poteſt, vt hic Martianus ait: idemque Vlpianus non vno in loco ſcripſit. l. 1. §. præterea & l. Celſus. ad exhibend. Quod vtique accipiendum eſt, ne ab iis, quę iam diximus, diſſideam, cum ab eo intenditur, qui in rem acturus eſt. d. §. eſt autem. quique non poteſt aliter rem ſuam à poſſeſſore vendicare, quod non raro contingit. leg. gemini. eo. tit. Nam hæc actio propter vindicationes maximè inducta eſt l. 1. ff eo tit.

11 In hoc autem caſu non minus ſane equum eſt, in litem iurari, quam ſi quis rem ſuam ſibi reſtitui petat. Cum enim res non niſi exhibita vindicari poſſit, reus in hac actione contumax, viam actori ad rem ſuam vindicandam pręcludit. Quare ſi veram litis æſtimationem ſoluendo liberetur, actor iuſto pretio rem ſuam ei cogetur addicere.

Et in bonæ fidei iudiciis.

12 Poſtulat hic locus, vt re paulo altius repetita, de ſtrictis, & bonæ fidei iudiciis diſſeramus, quo facilior, atque expeditior ſit horum verborum explanatio. Nã & ad cognoſcendas arbitrarias actiones de quibus poſtea dicturi ſumus, id magnopere neceſſarium eſt. Vt igitur ea, quę vulgus interpretum, quam erudite non dico, certe parum vtiliter in hanc rem ſcripta reliquit, ſilentio prætereamus. in primis admonendi ſumus, verbum hoc, bona fides, πολύσημον eſſe, eoque interdum ſignificari quidquid à dolo, fraude, calliditate alienum eſt. Quo ſenſu nos bonam fidem præſtare l. ſi cum fundum. de contrah. empt. bona fide poſſidere. l. bonæ fidei. de verbo. ſignific. Negotium bona fide contractum. l. res bona. de contrah. empt. & l. vbi. de reb. dub. Rem bona fide venditam, dicimus. Rectiſſime ergo dictum eſt, in omni negotio contrahendo bonam fidem neceſſariam eſſe. l. bonam fidem. Cod. de actio. cum ab omni contractu dolus malus abeſſe debeat. Nonnunquam & pro eo vſurpatur, quod Græci ἐπιείκειαν dicunt, nos bonum, & æquum appellamus. Vnde Tryphon. lib. 9. Diſputationum, l. bona fides. ff. depoſi. *Bona fides*, inquit, *quæ in contractibus exigitur, ſummam æquitatẽ deſiderat.* Et Caius, l. ex maleficio, de actio. & oblig. de oblig. de actione negotiorum geſtorum, tam directa, quam contraria loquẽs. *His action.* ait, *inuicẽ experiri poſſunt, de eo quod alterũ alteri ex bona fide præſtare oportet.* Hinc illi fideiuſſionis formula apud Paulum li. 5. Reſponſorum, l. quæro. locati. *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua eſſe iubes?* Inde etiam iudicia bonæ fidei apppellata, in quibus iudex ex Prætoria formula, liberam iudicandi facultatem habet, quod ſibi æquum viſum fuerit. Nam olim Romæ cauſas priuatas Prætores non iudicare, ſed litigatoribus tantum iudices petentibus dare ſolebant, qui recuperatores vocabantur. Ac in iudiciis quibuſdam Prætor in ea fere verba formulam concipiebat, quibus contrahentes ſimul vſi eſſent, aut alias ſecundum rei, de qua agebatur, naturam anguſtis ſtrictiſq; finibus iudicis poteſtatem ſic includebat, vt fas ei non eſſet vel latum vnguem ab eius pręſcripto recedere, tametſi forte id æquum eſſe iudicaret.

13 Ob eamque cauſam ſtricta iudicia, ſeu ſtrictæ actiones ſunt appellatæ. Etenim ſtricti iuris actio aut iudicium, nuſquam in veteribus, emendatiſque codicibus, qui manuſcripti ſunt, legitur, ſed actio ſtricta potius, ſtrictum iudicium, actio ſtricti iudicij. l. 3. §. in hac. commod. Sed pleroſque locos corruperunt, vel diligentiſſimi quique typographi noſtri temporis, vt de Theophili inſtitutionum paraphraſtis interpretibus taceam, apud quem actiones in ſtrictas, & bonæ fidei diduntur, in Gręco codice, non in tranſlatione Latina, quę vulgo circumfertur. In aliis autem multo laxiorem, li-

berioremque poteſtatem formulæ ipſæ tribuebant iudicibus: vt ecce in eo contractu quem veteres Fiduciam appellabant: vſitata erat hæc formula, *vt inter bonos bene agier oportet, & ſine fraudatione*. In rei vxoriæ actione. *Quod æquius melius*. Cuius non tantum Cicero, ſed Proculus quoque, & Iabolenus Iureconſulti meminerunt. Cicero lib. 3. de offic. l. ſi cum Cornelius. de ſolut. l. pen. ſolut. matrimon. In emptione, venditione, locatione, conductione, & quibuſdam aliis contractibus, *Ex bona fide*, formulæ adſcribebantur, idque Ciceronis locus in Topic. ad Trebatium Iureconſultum oſtendit: In omnibus, inquit, iis iudiciis, in quibus *Ex fide bona* eſt additum, plurimus cauſarum vſus eſt, id eſt, vt Boetius interpretatur, in quibus ita iudices dantur, vt non ſtrictas inter litigantes ſtipulationes, ſed bonam fidem quærãt. Vnde tractatum eſt

14 Cur iuris authores certa tantum iudicia bonæ fidei eſſe voluerint. Et nonnulli crediderunt, quod emptionis, venditionis, locationis, conductionis & ſimilium contractuum frequens ſit, & quotidianus vſus, id vtilitatis cauſa conſtitutum fuiſſe. Faber in §. actionum. de action. argumen. leg. iuſto. de vſucapio. Quod ſi verum eſt, ſtipulatio vtique in eum numerum videtur referri debuiſſe, cum ſit contractus inter omnes frequentiſſimus. Et parum me mouet, quod quidam recentiores Alciato in leg. bona fides depo. reſpondent, Stipulationis vſum, cum Iure tantum ciuili, id eſt, Romano introducta ſit, non tam late patere, quam cæterorum contractuum, qui iuris gentium ſunt, & in vſu omnium gẽtium verſantur. Nec enim ad rem multum pertinere arbitror, quam frequens apud cæteras gentes, ſed quam aſſiduus Romæ ſtipulationum vſus fuerit. Et ſane veriſimile eſt, priſcos illos Romanos, in conſtituenda forma, & ritu iudiciorum exercendorũ, non tam attẽdiſſe, quid aliis gentibus, quam quid ciuitati ſuæ vſui eſſet futurum. arg. l. pen ſupra de iuſti. & iure. Itaque probabilius eſt, ad neceſſitatem contractuum magis, quam ad frequentiam eos reſpexiſſe: & ita ſenſiſſe veteres, licet parum elocuti ſint, facile mihi perſuadeo. Siquidem huiuſmodi contractuum adeo neceſſarius eſt vſus, vt ſine his humana ſocietas ne conſiſtere quidem poſſit: ad cuius conſeruationem referenda ſunt omnia, quæcunque tot, tantiſque iuris voluminibus continentur. Neque aliud locupletius huius rei teſtimonium requirendum eſt, quam Scæuolæ illius Pontificis Maximi, qui, vt autor eſt Cicero, maximam vim eſſe dicebat in iis arbitriis in quibus adderetur, *Ex bona fide*: Fideíque bonæ nomen exiſtimabat manare latiſſime, idque verſari in tutelis, ſocietatibus, fiduciis, rebus emptis, venditis, locatis, conductis, quibus vitæ ſocietas contineretur. Et hęc quidem hactenus de actionum diuiſione in ſtrictas & bonæ fidei, pro iis, quæ ab interpretibus aliis non ſolum multo verboſius ſcripta, verum etiam ſpinoſius & confuſius diſputata, hodie in ipſorum commentariis vulgo leguntur. Quæ quidem omnia tametſi iuris & bonarum literarum ſtudioſis iuuenibus magna ex parte ſatisfactura non diffidam, è re tamen ipſorum eſſe exiſtimaui, ex vulgaribus aliorum opinionibus in eam potiſſimum inquirere, quæ cæteris inſignior, atque adeo probabilior eſſe mihi viſa eſt. Ea autem eſt Curtij iunioris, non obſcuri memoria noſtra legum profeſſoris, qui bonam fidem hoc in loco, aliiſque conſimilibus ſecundum priorem illam ſignificatiooem, quam ſupra expoſuimus, intellexit. Ait enim, bonæ fidei actiones dictas eſſe, quod licet dolus ab omni contractu abeſſe, ac bona fides vbique adeſſe debeat, tamen in iis contractibus, qui bonæ fidei ſunt, magía neceſſaria ſit, & ad eorum ſubſtantiam pertineat.

15 Nam contractus bonæ fidei, cui dolus cauſam dedit, ipſo iure nullus eſt. leg. & eleganter. de dolo. leg. in cauſæ. de minor. Stricti iudicij non item. leg. dolo. Codic. de inutil. ſtipul. Sed hæc opinio quam longe à vero abſit, haudquaquam erit intellectu difficile, cum quid ſit, contractum dolo initum ipſo iure nullum eſſe, veluti παρέργως explicauerimus. Cuius rei cognitio ad declarandos pleroſque iuris ciuilis locos, tenebroſa alioqui & obſcura, magnam lucem (vt opinor) eſt allatura. Itaque in primis animaduertendum eſt, Ius ciuile vetuſtius veteres Iureconſultos ad differentiam iuris Prętorij ἐμφατικῶς ipſum ius vocare ſolitos fuiſſe, quod à pauciſſimis animaduerſum eſſe ſcio. Prætor enim qui iuris ciuilis cuſtos dicebatur, tollendi quidem, aut abrogandi ius ciuile & P.R. leges ius non habebat. l. 1 de fer. l. 1. ex quibus cauſ. maio. leg. cum ſponſus. de public. ſed interpretatio, emẽdatioque illa, quæ ex bono & æquo fit, quam Ariſtoteles ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου vocat, ipſi permittebatur l. ius autem. de iuſt. & iur. Quod igitur emendando illo veteri iure hoc modo ſtatuerat, licet ius diceretur, tamen quia legibus & iure ciuili erat inferius, & quaſi vox quę ſani viua, interpretatioque iuris ciuilis, ius illud primarium, ex quo Prætorium originem ducit, exprimere volentes Iureconſulti, ipſum ius appellarunt. Quod & Græcus auctor Harmenopulus aperte oſtendit lib. 1. tit. 9. Sed & merum ius. l. in cauſæ. de minor. aut ſtrictum. leg. pen. de conſtit. pecu. vel ſolenne. l. nec ex Prętorio. de regul. iur. nunquam etiam ius ſimpliciter, & ſine adiunctione ab eiſdem dici ſolet. leg. vbicunque. de fideiuſſor. Vnde Vlpianus intepretans edictum de ſuperficiebus, *Seruitutes*, inquit l. 1. §. fi. de ſuperfic. *Prætorio quoque Iure conſtituuntur, & ipſæ ad exemplum earum, quæ ipſo Iure conſtituta ſunt, vtilibus actionibus petuntur*. Idem l. 1. ff. quod falſo tut. *Si Prætor decreuerit ratum ſe habiturum id, quod his autoribus geſtum eſt, tunc valebit per Prætoris tuitionem, non ipſo iure*. Idem l. 1. quib. mod. vſusfr. amit. *Parum refert, vtrum Iure ſit cõſtitutus vſusfructus, an tuitione Prætoris*. l. ſi vſusfructus. ff. vſufr. quemad. cauea. Idem: *Illud ſciendum, ſiue ipſo Iure quis vſum fructũ habeat, ſiue per tuitionẽ Prætoris, nihilominus cogẽdum eſſe fructuarium cauere, aut actiones ſuſcipere*.

16 Eodem pertinet quod Paulus lib. 3. ad Edictum, ſcribit, leg. ſi vnus. §. pactus. de pact. *Prius pactum per poſterius ipſo iure non eliditur, ſicut ſtipulatio tollitur per ſtipulationem*. Non enim vt de ſtipulationibus, ita etiam de pactis conuentis quicquam legibus Romania vnquam cautum fuiſſe legitur. Nam quæ lex (inquit Anneus Seneca) ad id præſtandum nos, quod promiſimus alligat: Sed prætor æquitate motus, & iuris ciuilis aſperitatem in ea parte corrigens, pacta tuetur. Valent ergo non ipſo iure, ſed per tuitionem Prætoris. Huius rei fidem faciunt hæc Ciceronis verba: Pacta quædam ſine legibus obſeruanda ſunt, quæ iam ita iuſta putantur, vt iuri præſtare dicantur. Iuri autem ideo dicuntur præſtare, quia cum Prætor exceptione data, eum, qui iure ciuili obligatus eſt, tueatur. §. 1. Inſtit. de except. apparet actionem Iure ciuili competentem, inutilem, & inefficacem remanere. l. nihil intereſt. de reg. iur. Hinc crebro legimus, Iure ciuili obligatum eſſe eum, qui iure Prætorio, id eſt, per exceptionem non debet. leg. quod ſi maritus. de conſti. pecu. Nam ſi quis Iure ciuili obligatus eſſet, verbi gratia, ex ſtipulatione, non ideo Prætor actionem ſtipulanti denegare poterat, quod promiſſorem dolo inductum fuiſſe ad promittendum, aut metu coactum à ſtipulatore intelligeret, quamuis iniquum eſſet, eum condemnari. Prætori enim legem interpretari, non tollere, conceſſum erat, vt iam diximus. Itaque iudicium ex ſtipulatu ſecundum legem dabat: non tamen purum, aut ſimplex, ſed conditione, l. exceptio. de except. ſeu exceptione adiecta, quæ legis aſperitatem mitigaret, in hunc videlicet modum: *Si pares Titium Sempro-*

Sempronio ſtipulanti centum promiſiſſe, Manius iudex eſto, extraquam ſi dolo inductus, aut metu coactus promiſerit.

17 Vnde exceptiones dictæ. Qua de re alibi copioſius à nobis diſputatum eſt. Porro ſciendum eſt, olim apud priſcos Romanos, contractum dolo initium efficacem fuiſſe, dolique admiſſi apud iudicem nullam ratione haberi ſolitam, niſi in bonæ fidei iudiciis, aut niſi minor quiſpiam circumſcriptus eſſet.

18 Ad quod comprobandum, cuius auctoris potius teſtimonio, quam eiuſdem Ciceronis vtar? qui Offic. lib.3. Atque iſte dolus malus (inquit) etiam legibus erat vindicatus, vt tutela XII. tabulis, & circumſcriptio adoleſcentium lege Lectoria, & ſine lege iudiciis in quibus *Ex fide bona*, additur. In cæteris vero iudiciis omnino impunitus erat dolus, antequam Aquilius Iureconſultus formulas quaſdam edidiſſet, quas in iudiciis aduerſus doloſos conſtituendis Prætores ſequerentur. Idem eo. libro, Stomachari, inquit, Cannius: Sed quid faceret? Nondum enim Aquilius collega, & familiaris meus, pertulerat de dolo malo formulas. Idem li. 3. de natura Deorum. Inde tot iudicia de fide mala, tutelæ, mandati pro ſocio, fiduciæ, reliqua, quæ ex empto aut vendito aut conducto, aut locato contra fidem fiunt. Inde iudicium publicum rei priuatæ lege Lectoria. Inde euerriculom malitiarum omnium, Iudicium de dolo malo, quod C. Aquilios familiaris noſter protulit, &c. Ex his locis apparet dolum iure ipſo, id eſt, ciuili, in bonæ fidei iodiciis vindicari: in cæteris iure tantum Prætorio, ſcilicet per actionem, vel exceptionem doli. Id quod ſane luculentet exprimit idem auctor libr. de Offic. 1. dicens: Iam illis promiſſis non ſtandum eſſe, qui nó videt, quæ coactus metu, aut dolo deceptus quis promiſſerit, quæ quidem pleraque iure Prætorio liberantur, nonnulla legibus.

19 Hinc colligere licet, in bonæ fidei iudiciis non cõſtituendis ſuperuacaneum eſſe, doli exceptionem adiicere, tametſi in aliis id omnino ſit neceſſarium. Cuius ſententiæ Vlpianum, Iulianumque auctores laudo, qoi exceptionem doli, omnibus bonæ fidei iudiciis ineſſe ſcribunt. leg. huiuſmodi. §. qui ſeruum de lega. 1. le. ſed & ſi ideo. ſol. matr. Idemque de exceptione pacti. l. 3. de reſcin. vendit. ab eodem Iuliano reſponſum eſt. Sed eo reuertamur, vnde hæc noſtra declinauit oratio. Vtcunque igitur verum ſit: quod Curtius de dolo in contractibus admiſſo ſcribit, tamen latius patet bonæ fidei vocabulum, ad eoſque contractus etiam pertinet, io quibus contrahentium dolus minime arguitur. Huiuſque rei exempla in eo Tryphon. loco dilucida extãt, cuius paulo ante meminimus. d. l. bona fides. Sed & Vlp. quoque ſcribit. leg. 1. §. hanc actionem. depoſ. *In actionem depoſiti fructus, & omnem cauſam venire: quoniam bonæ fidei eſt: Fideique bonæ congruit, ad omnes huiuſmodi acceſſiones depoſitarium condemnari.* Huic diſſimile non eſt, & quod Paulus ait, leg. ſi mãdauero. §. Iulianus. mãd. *Si pluribus heredibus vendentibus vni mandauero, vt rem hereditariam mihi emat, etiam pro ea parte, pro qua heres ſit, mandati actione mihi obligatum eſſe, & ſi propter hoc rem extraneo non addixerit, quod mandatum ſuſceperat, ex bona fide eſſe, præſtare ei pretium quanti vendere poterat.*

20 In his exemplis, & ſexcentis aliis, quæ in eandem rem adduci poſſent, clarum eſt, nihil aliud bonam fidem ſignificare, quam iuſtitiæ, & æquitatis quandam (vt ita dixerim) medullam, quæ in his iudiciis conſideranda eſt, etiam ſi de dolo malo inter contrahentes admiſſo cõtrouerſia oulla ſit. Et in ſomma in his iudiciis, vt Vlpian. ait. l. ſi fideiuſſor. §. quædam mand. de apicibus iuris diſpotandum non eſt, ſed de eo tantum, quod æquitati, & bonæ fidei eſt cõſentaneum. Quod quidem diiudicare cuiuslibet iudicis non eſt, cum in boni, & æqui diſputatione, plerunque ſub auctoritate iuris ſcientiæ (quæ ars boni & æqui eſt) leg. de iuſti. & iure. pernicioſe errari ſoleat. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. de verb. oblig.

21 Vnde & Q. Scæuola Pontifex Max. dicebat, *in iis magni eſſe iudicis ſtatuere, præſertim cum in plerıſque eſſent iudicia contraria*, id eſt, cum Iudices ipſi varie iudicarẽt, & aliud alij Iudici æquum videretur, quid quenque cuique præſtare oporteret. Quæ verba inter recentiores iuris interpretes quidem eruditiſſimus Alciat. in leg. bona fides. depo. perabſurdè ad alium ſenſum detorſiſſe mihi videtur: perinde, quaſi ea Scæuolæ verba de contrariis, & directis actionibus intelligantur: de quibus (niſi ego vehementer fallor) ne per ſomnium quidem vnquam cogitauit. Sed hæc hactenus. Iam ad verborum interpretationem veniamus. Ait Martianus: *In bonæ fidei iudiciis in litem iurari, veluti ſi actione commodati*, leg. 3. §. in hac. ff. commod. *depoſiti*, leg. 1. §. in depoſi. depo. *tutelæ*, l. tutor. infra eo. *Ex locato*, l. ſicut locauero. ff. loca. *ex ſtipulatu pro dote*, leg. ſi filio. §. maritum. ff. ſol. mat. *petitione hereditatis*, l. ſed etſi lege. §. hæc verba. & l. ſi poſſeſſor. §. fina de petit. hæred. *ad rei ſuæ reſtitutionem quis agat*. Et hoc de directis actionibus iotelligendom eſt: quoniam in contrariis manifeſtum eſt, io litem noo iurari. leg. ei apud depo. An autem in actione, Exempto in litem iuretur, tractari ſolet. Et Hugolinus credidit, his Martiani verbis, cum generalia ſint, actionem ex empto contineri. At Azo contra, eo potiſſimum motus, quod Vlpianus ſcribit, *Si res vendita non tradatur in id, quod intereſt, emptoris, agendum eſſe*. l. 1. de actio. emp. Cui conſentaneum eſt & quod Alexan. Imperator Pomponio reſcripſit. l. qui tibi C. de hæred. vel actio vend. *Si venditor hereditatis emptori res hereditarias non tradat, eaſque rurſus alteri vendat, quia contractus fidem frangit, ex empto actione conuentum id, quod intereſt, præſtare cogendum eſſe*. Et hanc poſteriorem ſententiam Bart. veriorem eſſe non negat, ſi venditor rei tradendæ facultatem non habeat. Alioqui ad puniendam contumaciam, & dolum noo tradentis iuſiurandum in litem deferendum eſſe ait.

22 Fulgoſius autem ne hoc quidem caſu iurandum eſſe contendit, cum venditor, rei tradendæ facultatem habet. Mouetur Diocler. reſcripto, cuius verba ſubiecimus, l. ſi traditio. C. de actio. empt. *Si traditio rei venditæ iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus Præſes prouinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit*. Hæc verba quin de ea accipienda ſint qui rei tradendæ facultatem habet, dubium non eſt. Quis enim procacem eum dixerit, qui rem venditam in poteſtate ſua non habet, ideoque eam tradere non poteſt? Sed & quod poſtea ſequitur ſequitur in reſcripto, *Quãti intereſſe fuerit arbitratus, &c.* id de iureiurando in litem intelligi non poſſe Fulgoſius exiſtimat, ſed de eo tantum, quod emptoris intereſt, cuius æſtimatio iudicis arbitrio committitur. Contra Iaſon duplici argumento ſubnixius diſſeruit. Nam licet Iudici æſtimandi, ſeu arbitrandi facultas concedatur, inquit, noo ideo conſequens eſt, in litem iurandum non eſſe, cum & ipſius iuriſiurandi delationem arbitrio Iudicis committi videamus. leg. videamus. §. fi. ſupra eod. Item ſcribit Iuſtinianus, *In actionibus arbitrariis, in quibus in litem iurari exploratı Iuris eſt, Iudicem ex bono & æquo æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat*. §. præterea. de actio.

23 Sed quam futilibus argumentis, ac plumbeo (vt ita dicam) gladio Fulgoſium inuaſerit, planum faciam. Multum enim refert, an lex æſtimationem eius quod intereſt, arbitrio iudicis committat, quo caſu iuſiurandum in litem ceſſare debet (Iuriſconſulti namque hæc

Digitized by Google

duo, *Quanti intereſt*, & *Quanti in litem iuratum fuerit*. tanquam res diuerſiſſimas diſiungere ſolent. leg. non à iudice. ff. de iudic. (an vero cummittat iuriſiurandi delationem: tunc enim perſpicuum eſt, ob tale arbitrium iudici conceſſum, iuſiurandum in litem non excludi.
24 Sed nec me mouet, quod *In actionibus arbitrariis iudicis ex bono & æquo æſtimare permittitur, &c.* Id enim in condemnatione non fit, in qua iuſiurandum in litem deferri ſolet, ſed in eo iuſſu, ſeu arbitrio quod ante ſententiam interponitur, vt poſtea declarabimus. Hinc fit, vt ego Azonis, Fulgoſiique ſententiæ magis accedens, cenſeam in exempto actione nunquam in litem iurari. Argumento id quoque eſſe poteſt præter ea, quæ iam diximus, quod in tractatu emptionum ac venditionum (qui titulos permultos complectitur) huius iuriſiurandi nulla à Iuriſconſu[ltis] mētio facta reperitur. Cui & illud accedit, quod ratio, propter quā hoc iuſiurandū comparatum eſt, iis tantū conuenit actionibus, quibus ad reſtituendum, non autem ad dandum tradendúmve agimus, vt in commentarij huius veſtibulo docuimus.
25 Et ſi leges aut Iureconſultorum reſponſa reperiantur, in quibus ſpecialiter expreſſum ſit, in quibus bonæ fidei iudiciis in litem iuretur, obſeruauimus, earum tantum actionum ſpecialem mētionem fieri, quæ ad reſtituendum competunt, quales ſunt commodati, depoſiti, & cæteræ, quas paulo ante recenſuimus. Quo fit, vt facile mihi perſuadeam, in iis tantum bonæ fidei actionibus, quæ iſtius generis ſunt, in litem iurari. Nec vero huic ſententiæ aduerſantur generalia hæc Martiani verba, quæ fortaſſis hac interpretatione nimium cōtrahere ac reſtringere videmur. Nam ſicut Iureconſulti, cum aiunt, *In bonæ fidei actionibus ex mora fructus & vſuras deberi*, non hoc ſentiunt, nullam eſſe actionem bonæ fidei, in quam fructus & vſuræ ex mora non debeantur, id enim perquam abſurdum eſſet: ſed hoc ſignificāt, cum iudicis poteſtas in illis actionibus quam latiſſime pateat ſi æquū eſſe viderit, vt fructuum nomine condēnatio fiat, aut etiam vſurarum, ſecundum actionis propoſitæ naturam, id ei permiſſum eſſe. Similiter & hæc verba interpretari debemus, quaſi hoc tantum velit Martianus, ſi quando æquitas ſuadeat, iuſiurandum in litem deferri in bonæ fidei iudiciis (quod vtique tum accidit, cum ad reſtituendum agitur) hanc facultatem iudici denegandam non eſſe. Alioqui neceſſario fatebimur, in actione depoſiti, leg. nummis. ſupra eod. qua nummi petuntur, in actione ex vendito, quæ ad pretiū rei vēditæ competit, in actione præſcriptis verbis, quæ ex permutatione naſcitur, l. naturalis. §. 1. de præſcrip. ver. iu[s] in actionibus non modo directis, ſed etiā contrariis. d. l. apud quem depo. in litem iurari. Quorum omnium nihil eſt, quod iure vllo, aut ratione defendi queat. Quod autem dictum eſt, In his tantum actionibus in litem iurari, quibus ad reſtituendum agitur: id ſophiſticis quibuſdam argutiis, aut verius ſycophanticis, nonnulli labefactare conantur. Cum enim Vlpianus ſcribat, *In iudicio depoſiti cōtrario in litem non iurari, quoniam de fide rupta non agitur*. leg. ei, apud quem depo. hinc effici aiunt: vbicunque de fide rupta agitur, in litem iurandum eſſe. Quod genus argumētandi ſi nos admittamus, permulta ex eo abſurda conſequi neceſſe eſt. Vt ecce, Non male dixerit quis, ſtipulationem inutiliter per epiſtolam contrahi, quod verba non interueniant, aut Teſtamentum iure non valere, quod ſeptem teſtes non adfuerint. Quod ſi inde concludas, Vbicunque contrahendo verbis vtimur, ſtipulationem recte confici: aut, quoties in teſtamento ſeptem teſtes adhibentur, id validum eſſe.
26 Talem collectionem mendoſam, falſamque eſſe, dubium non eſt: cum tamen in ſtipulatione contrahenda, quam in faciendo teſtamento quædam alia ſint neceſſaria. Itaque cum Vlpianus in litem non iurari ſcribit, quia de fide rupta non agitur, nihil aliud intellexiſſe mihi videtur, quam, reum in reſtituenda re depoſita contumacem non eſſe, ideoque non iurari: quaſi dicat, tantum abeſt, vt in rei depoſitæ reſtitutione cōtomax ſit, vt ne vllo quidem modo fidē frangat. Nam ex negatione generis, ſpeciei negationem inferri neceſſe eſt. Et ita ego ſentio, licet alij aliter hunc nodum explicare nitantur.

Sed iudex poteſt præfinire certam ſummam, ad quam vſque iuretur.

Cum enim lex in infinitum iurare permittat: id eſt, modum iuriſiurando nullum definiat, poteſtas iudici datur taxationem adiiciendi, ne inde arrepta occaſione in immenſum iuretur: vt eleganter Vlpian. ſcribit. l. videamus. §. iurare. ſupra eo.
27 Nam in infinitum iurare, apud eundem (vt obiter id explicemus) aliud eſſe, quam in immenſum iurare, ipſius verba ſatis oſtendunt. Quod & Philippus Decius, à cæteris diſſentiens, exiſtimauit. Ac tametſi nonnunquam infinitum id ſignificet quod Græci ἄπειρον dicunt. leg. hæc adiectio. de verb. ſign. l. apertiſſimi. C. de iudic. apud Ciceronem tamen, ac Iureconſultos veteres pro eo fere accipitur, quod certum, ac definitum non eſt. Theophil. in §. 1. Inſtit. de exhæred. lib. idque à Græcis ἀόριστον appellatur. Cic. in Topicis, Quæſtionum duo ſunt genera, inquit, alterum infinitum, alterum definitum. Martianus l. conditionum, quæ in futurum. de condit. & demon. Quædam ſunt conditiones, quæ certum, aliæ, quæ infinitum tempus comprehendunt, &c. Celſus l. ſi cui. de ſeruit. Si cui ſimpliciter vſu, via per fundum cuiuſpiam concedatur, in infinito videlicet, per quamlibet eius partem ire agere licebit. Vlpia. leg. qui bona. §. fi. de damno infect. Huic ſtipulationi debet dies eſſe incertus, intra quem ſi quid damni contigerit, cautio locum habet: neque enim in infinitum obligatus eſſe debet ſtipulatione. Sed an huiuſmodi taxatio veræ æſtimationis duplum egredi poſſit, tractatum eſt. Et Bartolus, cuius receptior eſt opinio, non poſſe reſpondit: ea Iuſtiniani conſtitutione motus, qua id quod intereſt, in caſibus certis dupli quantitatem non excedere cauetur. l. vnica. C. de ſent. quæ pro eo, quod intereſt. Atque hæc ſententia ita probatur à cæteris, vt hæc reſponſa Iureconſultorum à Iuſtiniano corrigi arbitrentur. Quod vtique affirmare non auſim. Nam, vt Alberici, Fulgoſij, ac Alciati contra ſentientium argumenta prætermittam, conſtat ex his, quæ iam diximus, in his tantum actionibus in litem iurari, quibus rem ſibi reſtitui quis petit. Quæ ſi non reſtituatur à poſſeſſore, petitoris iurantis arbitrio, pretium rei ſtatuitur: neque enim cogitur inuitus rem ſuam iuſto pretio addicere.
28 Quod ſi Bartolo, & eius ſectatoribus aſſentiamur, fateri neceſſe eſt, reum ad rem ſuam vendendam, ſi minus iuſto pretio, at certe duplo iuſti pretij compelli poſſe. Quod quidem iniquum eſſe ſupra teſtati ſumus. Hinc apparet, Iuſtiniani conſtitutionem ad hunc caſum non pertinere, maxime cum de eo, quod intereſt, loquatur, quod ab eo, de quo nūc diſſeritur, plurimum diſtare aſſeueramus. d. l. non à iudice. cum ſimilib.

Licuit enim ei à principio nec deferre.

Quod ſupra dixit Vlpia. l. videamus. §. deferre. ſupra eo. *in arbitrio iudicis eſſe, deferre necne iuſiurandum velit*: id aliis verbis, ſed idem ſignificantibus, hic repetitur. Hinc Paulus, & quidam alij colligunt, liberum eſſe iudici, reo deferre iuſiurandum, aut denegare, ideoque ab eius ſententia appellari non poſſe, ſi denegauerit.

Quæ

enim iudicia poteſtati. l. non quicquid. de iudic. committũtur, non continuo ſubiiciuntur iuris neceſſitati.

29 Alij neceſſitate iuriſiurandi deferendi iudicem adſtringi malunt, ſi pro negotij, de quo agitur, natura, id rationi & æquitati congruum ſit. Huius rei argumentum afferunt, quod Vlpianus ſcribit, *Eum qui dolo fecerit, quo minus poſſideret, condemnandum eſſe, quanti aduerſarius in litem iurauerit.* d. l. qui reſtituere. Et hęc ſententia meo iudicio, probabilior eſt. Cum enim iudicis arbitrio aliquid ſimpliciter committitur, id non in meram voluntatem collatam, ſed quaſi viro bono potius ei commiſſum eſſe intelligendum eſt. l. ſi ſic legatum. de leg. 1. l. ſi libertus. de ope. liber. quanquam aliud dicendum videtur, cum lex iudicem aliquid poſſe ait, d. l. non quicquid. vt aliquibus Imperatorum reſcriptis continetur. l. ſæpe. de offic. præſid. l. 1. C. quomodo & quãdu iud. Arbitrio oẽq. iudicis ea relinquũtur, quæ in facto conſiſtũt, quæq. propter varietatẽ *cõ ... arum* nõ ſat commode poſſunt legibus diffiniri. l. mora. de vſur. l. 3. de teſta. l. cõtinuus. §. cum ita. de verb. obli. Quod cũ neceſſitate quadam impellente fiat, vt videlicet legis quodammodo vicem obtineat iudex, eiuſque defectũ ſuppleat, credendum nõ eſt, ipſum ſupra id, quod bonum & æquum eſt, quicquam poteſtatis habere. Quare ſi actione in rem conuentus, contumax fuerit in reſtituenda re aliena, ac iuſiurandum deferre iudex neglexerit, non video cur ab eius ſententia prouocari non poſſit. glo. cap. ſuper his. de acc. Bartol. in l. ſi qua pœna. de verb. ſignifi. Felin. in c. exceptionem. de excep. Et ita Alexandro, aliiſque non paucis viſum eſt.

Item & ſi iuratum fuerit, licebit Iudici vel abſoluere, vel minoris condemnare

Hæc poteſtas nouiſſima Iuſtiniani conſtitutione iudici adempta eſſe videtur. §. oportet authen. de iudic. qua ſancitum eſt, poſt iuſiurandum præſtitum de expenſis in lite factis, non licere iudici in minorem ſummam, quam iuratum eſt, condemnare. Sed hoc receptum nõ eſt. Nam in interpretando iure ſi forte occurrat antinomia, non paſſim, nec facile eo confugere debemus, vt iuris noſtri, legumque conditores pugnantia ſcripſiſſe fateamur. l. 2. C. de vete. iure enucl. cap. cum expediat. de elect. in 6. Crebrior igitur opinio eſt, verbis Martiani conſtitutionem non obſtare, eamque de eo tantum iureiurando loqui, quod de veritate præſtatur: quo præſtito, ſi minoris condemnatio fieret, iurantis periuriũ detegeretur: nõ idem in hoc iureiurãdo, quod de affectione eſt, contingere poſſe, cum iudex minoris condemnando, non iurantis periurium, ſed immodicam eius affectionem arguat. At hæc ſententia neque Fulgoſio, neque Iaſoni probatur, quibus ego accedo. Nam vt hoc iuſiurandum demus ad affectionem tantum referri, quod ſupra falſum eſſe admonuimus, tamen fieri non poteſt, quin iudex reum abſoluendo, actoris detegat periurium, licet forte minoris condẽnando, idem non faciat. Sed & periurium in hoc caſu detegi poſſe ex eo colligimus, quod Paulus reſpondit leg. fi. infra eod.

30 *De periurio eius, qui in litem iurauit, non facile quæri ſolere.* Itaque probabilius eſt, quod idem Fulgoſius cũ Iaſone cenſuit, Regulariter Iudicem præſtitum iuſiurãdum ſequi debere, ſiue de ſumptibus in lite factis, ſiue in litẽ de rei æſtimatione, aut vtilitate iuratum. Quod autem Martianus noſter ait, *Iudicem abſoluere poſſe, &c.* nos Vlpianũ, dict. leg. videamus. §. fin. ſequuti, ſic accipiemus, vt nõ niſi ex magna cauſa, & poſtea repertis probationibus poſſit. Et hoc etiam modo generalia cõſtitutionis verba reſtringẽda ſunt. d. §. oportet.

Sed in his omnibus ob dolum ſolum in litem iuratur.

31 Dolus hoc in loco pro contumacia eius accipitur qui rem poſſeſſam non reſtituit. l. tutor. infra eod. aut quam dolo deſiit poſſidere. Hæc enim paria ſunt, quãtum ad hoc iuſiurandum attinet. l. qui reſtituere. & l. ſed etſi l. §. hæc verba, de peti. hæred. Merito igitur aduerſus eum in litem iuratur, qui rem mala fide poſſeſſã vendidit, licet ab emptore eam recipere nequeat, l. ſi poſſeſſor. §. fin. de pet. hær. Etenim dubitandum non eſt, quin dolo poſſidere deſierit, rem eam diſtrahendo, cuius ſe dominum non eſſe intelligebat. Alia cauſa eſt eius, cui res dolo malo tradita eſt, ſi forte ea deinde abſque eius dolo perierit. leg. arbitrio. § non tamen de dolo. quia dolum ab initio commiſſum hic non conſideramus, ſiue actione bonæ fidei, ſiue quacunque alia agatur, vt Fulgo. Alexand. Iaſ. & Curtius recte cenſuerunt, licet Bart. Angel. Paulus & Dec. contra.

32 Vnde tractatum eſt, An ob defuncti dolum iuſiurandum hoc aduerſus hæredem deferendum ſit. Et cõſtat, ex contractu, aut quaſi cõtractu, ob dolum malum defuncti hæredem in ſolidum teneri. l. fi. C. eod. l. ex depoſiti. & leg. ex contractib. ff. de act. Non ideo tamen in litem iurandum eſſe crediderim, niſi lis cum defuncto conteſtata fuerit. l. fi. ff. de fideiuſſ. tutor. & is dolus admiſſus ſit propter quem poterat contra defunctum ipſum in litem iurari, & hoc ita Gordia. reſcripſit. l. alio iure. C. eo. Alias autem ſi quis ob dolum alterius conueniatur, aduerſus eum in litem non iurari conſtat, quod Bart. ex Pompo. annotauit. l. 1. & ibi Bart. quando ex facto tut.

Non etiam ob culpam.

33 Hæc verba Accurſius de leui, ac leuiſſima culpa intelligi poſſe ſcribit, idque dubitationem non habet. Culpam autem leuem craſſiore Minerua ſic accipere debemus, cum quis eam diligentiam in re poſſeſſa nõ adhibet, quam diligens paterfamilias in ſuis rebus ſeruandis adhibere ſolet. Quid enim ſi ſeruus per inſidioſa loca à poſſeſſore miſſus perierit, aut nauis aduerſo tempore nauigatum miſſa naufragio perempta ſit? leg. qui petitorio. de rei vindic. Et hoc ita accipiendum eſt, dum neque omnino diſſoluta ſit negligentia, neque doli, fraudiſve ſuſpicionem aliquam habeat: alioqui lata potius, quam leuis culpa diceretur. l. latæ de verb. ſignifi. l. quod Nerua. ff. depoſi. Leuiſſimam vero cum quis communi hominum more diligentiam quidem mediocrem, & probabilem præſtat, ſed tamẽ in eo peccat, quod vir ſagaciſſimus, & diligentiſſimus, præcauere potuiſſet. l. in lege. ad leg. Aquil. l. in rebus. ff commo. §. fi. Inſti. de ſociet. Finge exempli loco, rem poſſeſſam à furibus interuerſam eſſe. Sane hic caſus cum ab homine diligentiſſimo præuideri potuerit, caſibus fortuitis non annumeratur, licet quam proxime ad eos accedat. l. cum duobus. §. damna. ff. pro ſocio. l. nauta. ff. nautæ, caupo. ſtab. Illud prætermittendum nõ eſt, quod ex veteribus nonnulli annotauerunt, cum lex diligentiam, aut cuſtodiam ſimpliciter exigit, id verbum ſic à culpa ſeiungi ſolere, vt rem omnino diuerſam ſignificare intelligatur. l. 1. §. ſæpe. depoſ. l. contractus. de reg. iur. l. ſi cum venderet. §. fi. de pign. act. l. ſi vt certo. §. nunc videndum. ff. commo. l. cum res. §. culpa. ff. de legat. 1. Quo argumento negligentiam (quæ diligentiæ contraria eſt) aliud quam culpam eſſe quibuſdam fortaſſis videbitur: quibus cum non magnopere contendo, modo vt viciſſim mihi dent, quod negari non poteſt, confundi plerunque apud Iureconſultos ſubtilem hanc culpæ cuſtodiæque differentiam, & culpæ negligentiæque vocabulo promiſcue nonnunquam eos vti. l. cum, qui. §. an pater. de furtis. d. l. quod Nerua. l. qui petitorio. §. 1. de rei vendica. Qua de re alibi opportunius culpam quoque latam his verbis contineri idem Accurſius autor eſt: quæ ſententia plurimorum

conſenſu comprobatur: Alciat. in leg. magna. de verb. ſignific. Itaque quod dicitur, latam culpam dolo comparari. leg. 1. ſi menſor fal. mod. dix. locum hic non obtinet: quoniam graue, & acerbũ nimis eſſet, ob ſolam culpam, aduerſarij arbitrio reum puniri. Nam & illud generaliter plerique tradiderunt. Bartol. in dict. l. quod Nerua. vbicunque lex pœnam ſtatuens, expreſſam doli mentionem facit, eam de lata culpa non intelligi. idq; colligunt ex eo, quod Vlpianus Prætorij edicti verba, *Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permiſſu meo in poſſeſſione bonorum ſit*, &c. ad eum non pertinere ſcribit, qui poſſeſſionem ſuam vel ſibi obnoxiam eſſe putabat. leg. 1. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem. Huc etiam pertinet, quod in lege Cornelia de ſicariis, latam culpam pro dolo non accipi Paulus reſpõdit. l. 10 lege. ad leg. Corn. de ſicar. idque, vt veriſimile eſt, propter pœnæ aſperitatem, quæ ea lege infligitur. Proinde cum homicidia lege municipali capite puniri iubentur, extra quam ſi ſe defendendo hominem occiderit, vulgo receptum eſt eum non teneri, qui lata tantum culpa deliquerit. Signo. conſil. 27. Cui conſequens eſt, & cum ſententia iudicis, ignominia cuipiam irrogatur, latam culpam non ſufficere, quod ea pœna morti par eſſe videatur. l. iuſta. de manu. vindic. Vnde quod Iuſtinianus ait, *Suſpectum tutorem remotum ob culpam, famoſum non eſſe* §. ſuſpectus Inſtit. de ſuſpect. tuto. ſic vulgo intelligunt, vt ne ob latam quidem culpam vlla noterur infamia. Et hæc quidem eſt omnium fere interpretum ſententia, quam, vix eſt, vt ego probare poſſim. Sicut enim lex, cum dolum nominat, vel adiecta dictioné taxatiua, latam culpam minime excludit. gl. & Dec. in l. contractus. de regul. iur. ita & culpæ mentio in lege facta leuem tantum, non etiam latam complectitur. d. l. contractus. & l. ſi mora. ſolu. matri. glo. l. in venditione. §. ſi quis fructus. ff. de bon. auctor. iudi. poſſid. Alex. conſ. 45. in 1. vol. Vt ecce cum Iureconſulti menſorem agrorum. l. 1. ſi men. falſum mod. dixe. depoſitarium. l. 1. §. ſi quis ſeruum, depoſiti. l. 3. nautæ, caupo. dict. leg. contractus. aut eum, qui rem aliquam precario accepit. leg. quæſitum §. eum quoque. de precar. dolum dũtaxat præſtare dicunt, ob latam tamen eo culpam eos teneri nõ negant. Id quod in his etiã edictis animaduertere licet, quibus pœna aliqua in dolo malo delinquẽtes ſtatuitur. leg. 1. ſi quis teſta. lib. eſſe iuſſ. vtcunque Bartol. aliter cenſuerit. Nec aduerſatur huic ſententiæ, quod ſupra dictum eſt, Verbis edicti eum non teneri, qui poſſeſſionem ſuam eſſe putabat, &c. Siquidem in eo caſu, aliiſque ſimilibus. l. 2. §. hac actione. vi bonor. rapto. leuem potius, quam latam culpam eſſe cum Decio exiſtimauerim.

34 Quæ cum ita ſe habeant, facile aſſentior Fulgoſio, ſicut ob dolum, ita etiam ob latam culpam, quæ dolo proxima eſt, in litem iurandum eſſe. Pro qua ſententia & Antonini reſcriptum leg. is, qui. Codic. eodem titul. magnopere facit, cum ait, *Aduerſus hæredem tutoris nõ iurari, ſi neque dolus eius, neque lata culpa cõuincatur*. Nec audiendos eos eſſe puto qui ſpeciali fauore id in actione tutelæ conſtitutum eſſe aſſerunt, cum nulla probabilis ratio tantæ diuerſitatis appareat.

35 Et hinc infertur deciſio quæſtionis à recẽtioribus tractatæ, An ob dolum præſumptum in litem iuretur? Quod Corneus lib. 4. Reſponſo. Corne. conſi. 81. in 4. vol. Deciuſque negant. Sed cum ob latam culpam iurari poſſe oſtenſum ſit, quæ verus dolus non eſt, ſed tantum præſumptus: l. ſed etſi lege. de pet. hæred. not. in d. l. magna. diuerſam opinionem veriorem eſſe arbitrarer, idemque Curtio videtur. Quod autem de ſuſpecto tutore ſupra dictum eſt, id iiſdem argumentis refelli poſſet, quibus & cætera nunc à nobis confutata ſunt. Vnde apparet hæc verba Imper. lib. 1 Inſtitutionum. d. §. ſuſpectus. *Suſpectus autem remotus, ſiquidem ob dolum, famoſus eſt, ſi ob culpam, non æque*: ſic accipienda eſſe vt remotus ob dolum, aut latam culpam, infamis ſit: ob leuem vero, aut leuiſſimam, non item. Huiuſque rei argumentum eſt, quod in actione d. l. quod Nerua. depoſiti, furti. l. ſi is, qui cem. §. Iulianus. & l. ſi is, qui pigno. de fuc. & quibuſdam aliis non tantum doli, ſed & culpæ nomine fit condemnatio. At Prætor in edicto ait, *Hos iudicio damnatos infamia notari*. l. 1. ff. de his qui notan. infam. Quæ verba generaliter intelligi neceſſe eſt, quacunque ex cauſa quis damnatus fuerit. Sed & quod ait ipſe Prætor, *Infamia notari, qui ſciens vxorem duxerit, intra id tempus, quo virum elugere moris eſt*: ita interpretatur Vlpianus, vt ne ob iuris quidem ignorantiam excuſetur. l. liberorum. §. notatur. de his qui notan. infam. quam conſtat latæ culpæ adſcribendam eſſe. Barto. in d. l. quod Nerua. l. regula. §. pen. de iuris & facti igno. Alciat in l. cedere. §. fin. de verb. ſign. Neque vero hic multum referre arbitror, an iudicis ſententia quis notetur, necne, quod nonnulli crediderunt: quandoquidem ea diſtinctio omni ratione caret. Nam ſi lex, (quæ homine mitior, l. ſi Celſus. de recep. arbit. eſſe dicitur) infamia eum notat: qui culpæ tantum affinis eſt, quanto magis a iudice eum notari par eſt? Ac ne illud quidem noſtræ opinioni refragatur, quod paulo ante obiectum eſt, in capitalibus iudiciis latam culpam dolum non repræſentare, ex quo idem & in cauſa exiſtimationis dicendum eſſe videbatur. Nam vt hoc verum eſſe fateamur, quod quidem ipſum ſcrupulo nõ caret, & recentioribus quibuſdam non vſquequaque probatur, Zazius in intellectib. ſing. non continuo tamen ad ea, quibus infamia irrogatur, iudicia porrigendum eſt. Siquidem ea pœna, vt morte minus acerba eſt, ſic inter pœnas capitales recenſeri non ſolet. l. capitalium. de pœnis. leg. licet. de verb. ſign. tametſi inficias non iuerim, in quibuſdam caſibus, præſertim vbi de libertatis fauore agitur, famæ, vitæque periculum eiuſdem poteſtatis eſſe. l. iuſta. de manumi. vind.

Nec enim iudex æſtimat.

In quo verſetur iudicis arbitrium, de quo ante diſſeruimus, poterat forte quiſpiam dubitare. Quod Martianus hic explicat. Cum enim plerunque talis ſpecies incidat, vt dolum à culpa, aut latam, ab ea, quæ leuis, ac leuiſſima eſt, diſcernere facile non ſit, cumque nulla extet certa iuris regula, qua in vniuerſum hi gradus diſtingui inter ſe, ac diiudicari poſſint, merito tota huius rei æſtimatio iudicis arbitrio committitur. l. ſemper. §. culpam. ff. quod vi aut clam. l. videamus. ſupra. Et hæc quidem interpretatio mihi viſa eſt his verbis conuenire. Sed videndum eſt ne aliquanto rectius ita legatur, *Hic enim iudex*, ὑπερβατικῶς ſcilicet, vt ſit ſenſus, ob culpam à iudice æſtimationem faciendam eſſe.

Plane interdum & in actione ſtricti iudicij in litem iurandum eſt.

Superiori regulæ, qua dictum eſt, *In actionibus in rem, & in ad exhibendum, in litem iurari*, annectitur & alia ex libro Pauli ad edictum XXVIII. nempe, *In actionibus stricti iudicij, vt ex ſtipulatu, & ex teſtamento, in litem non iurari*. A qua Martianus noſter excipit caſum, quẽ mox ſumus explicaturi.

36 Hinc à veteribus annotatum eſt, actiones arbitrarias, cuiuſmodi actiones in rem ſunt, ſtricti iudicij non eſſe. Verum hæc opinio ideo recepta non eſt, quod iuris noſtri auctores ſic videantur actiones diuiſiſſe, quaſi omnes aut ſtricti iudicij ſint, aut bonæ fidei. §. actionum. de actio. Cum ergo has bonæ fidei non eſſe conſtet: l. in fideicommiſſi. §. in iis quoque. ff. de vſur. relinquitur, vt ſtricti iudicij eſſe dicantur. Ego ſane vereor, ne communis hæc ſententia defendi non poſſit: cum

cum arbitraria iudicia à ſtrictis & bonæ fidei plurimũ differre oſtenſurus ſim. Quod quidem ipſum vt commodius demonſtrari queat, non omnino ἀπροσδιόνυσον erit, licet locus fortaſſis alienus videatur, de iudiciis arbitrariis in tranſcurſu hic diſſerere: quando & à reliquis huius loci interpretibus idem factitatum eſſe vidèmus. Principio actionem arbitrariam eſſe vulgo traditum eſt. Barto. in l. vnica. C. vbi conu. qui certo loco dar. pro. in qua propter aduentitiam aliquam cauſam iudici ex bono, & æquo arbitrari licet, prçter naturam actionis, quæ intenditur. Quapropter hæ tantum arbitrariæ eſſe poſſunt, quarum natura ab hoc iudicis arbitrio prorſus abhorret, quales ſunt ſtricti iudicij, non bonæ fidei actiones. Cæterum iudicia variis ex cauſis arbitraria effici volunt, quas Bartol. (quem cæteri fere ſequuntur) quatuor regulis complectitur. in l hoc edicto. de public. Ac primum omnium, cum quis certo loco pecuniam ſibi dari ſtipulatus, eam alibi petit: quo caſu iudex in condemnatione, quantum interſit pecuniam in eo loco ſolui, arbitrabitur. Locus enim ſtipulationi adiectus efficit, vt contra ſtrictæ actionis naturam, arbitrãdi facultas iudici permittatur. l. 2. de eo, quod certo loco. In actionibus quoque in rem tam taxatio quantitatis, quam iuriſiurandi delatio iudicis arbitrio relinquitur. l. hac lege. & l. videamus. ſupra eo. ſed ita demum, ſi reſtituere iuſſus, præcepto iudicis nõ pareat. Contumacia enim, ſeu contemptus iudicis actionem reddit arbitrariam. Quod vſque adeo interpretibus placuit, vt inde generaliter proditum ſit, omnem actionem, quæ ad reſtituendum competat, ſiue in rem, ſiue in perſonam ſit, hoc modo arbitrariam effici poſſe. Barto. hic. & Faber in §. præterea. de actio. per l. qui reſtituere. Porro, arbitrium ob eiuſmodi contumaciam iudici conceſſum, non tantum in deferendo in litem iureiurando, ſed & nonnunquam in alia pœna imponenda verſari credunt: velut quadrupli, in actione, quod metus cauſa, quæ idcirco inter arbitrarias recenſeri dicitur. l. ſi cum exceptione. ff. quod met. cau. Ex quo intelligi poteſt, in actionibus in rem, quod metus cauſa, & aliis ſimilibus, duplicem à iudice ferri ſententiam: in ea vero, qua id, quod certo loco promiſſum eſt, petitur, vnicam condemnationem ſufficere. Sed & noxales actiones alia ratione arbitrarias dici cenſent, quia iudex ante condemnationem reum interrogat, vtrum litis æſtimationem ſoluere malit, an ſeruum noxæ dedere. Quod ſi ſe dediturum reſponderit, mox à iudice iuſſus id præſtare nolit, condemnandus eſt, quanti actor in litem iurauerit. Et hoc ſenſu accipiendum putant, quod Iuſtinianus ait, *Niſi ex noxali cauſa ſeruum dedat*. §. præterea. de actio. licet Accurſ. aliter interpretetur. Et hæc quidem adeo recepta ſunt, vt magna me admiratio teneat, cur in tãta ſcriptorum præſertim recentiorum turba, inuentus adhuc ſit nemo, qui pedibus in eam ſententiam non iuerit: quam & ego tãtiſper ſequutus ſum, dum à veritate eam pluſimum abeſſe intellexi. Monit me, vt à cæteris diſſentirem, quod Iuſtinianus harum actionum dignoſcendarum gratia regulam tantum vnam tradit, cuius exempla ſubiiciens, actiones eas nominatim recenſet, quas arbitrarias eſſe dicimus. Ex quo apparet, ipſum omnes actiones arbitrarias in eam definitionem includere voluiſſe.

37 Quod ſi ſatis accurate Bart. & cæteri perpẽdiſſent, nunquam tot regulas, à ſententia Iuſtiniani protſus alienas, tam temere confinxiſſent. Nam quod iſti ſentiunt in actione, qua certo loco promiſſum petitur, protinus fieri condemnationem, eamque nihilominus arbitrariam eſſe, id perabſurdum, nec ſupradictæ regulæ conſentaneum eſt. Nec quenquam mouere debet, quod iudex id, quod intereſt, arbitratur, & æſtimat, quoniam in plerìſque aliis actionibus idem fieri animaduertimus, quas nemo dixerit ob eam cauſam arbitrarias eſſe. Bar. in l. vnica, ad finem, de ſenten. quæ pro eo, quod intereſt. l. ſi id quod ex Pamphilo. de lega. 2. l. continuus. §. cum ita. de verbo. oblig. Eodemq; argumento refutare poſſumus, & quod ab eiſdem ſcriptum eſt, actiones in rem, & alias eiuſdem generis, ideo arbitrarias eſſe, quod iuriſiurandi delatio, ac taxatio quãtitatis, ex iudicis arbitrio pẽdeat. Arbitriũ enim de quo hic diſputamus, interlocutio quædam iudicis eſt, ſententiam diffinitiuam antecedens. Placent. in ſumma, titu. de recept. arbit. C. quam Theoph. [illegible] appellat: non libera illa deferendi, aut non deferendi iuriſiurandi facultas, quæ in ipſa condemnatione iudici conceditur: id quod Placentinus aliquanto diligentius cæteris, non vno in loco conſideraſſe mihi viſus eſt in lib. de rerum vind. titu. de rei vind. & in ſumma tit. de actio. Inſtit. Ex eodem errore natam eſſe regulam eam contendimus, qua generaliter proditum eſt,

38 Omnem actionem, quæ ad reſtituendum competat, arbitrariam eſſe, quod reus præceptum iudicis cõtemnens, condemnari à iudice poſſit, quanti actor in litem iurauerit.

39 Neque enim verum eſt, in his omnibus, quibus ad reſtituendum agitur, in litem iurari, vt ſupra oſtendimus: neque ab ea iuriſiurandi delatione, tametſi arbitraria ſit, actiones arbitrariæ denominantur.

40 Supereſt vt de noxalibus actionibus videamus, in quibus iudex electionem rei interrogati ſequutus, ipſi iubere dicitur, vt ſeruum noxæ dedat. Quod vt merum commentum eſt, & à verbis ſenſuque Iuſtiniani penitus alienũ, ita ſpeciem nullam rationis habere mihi videtur. Officium namque iudicis eſt, in actione noxali ſub alternatione dominum cõdemnare, aut ad litis æſtimationem, aut noxæ dedere. §. 1. Inſt. de offic. iudic. & ſecundum communes regulas, ſolius noxæ deditionis iudicium nullum eſt. l. miles. de re iudic. Proinde officio ſuo recte fungi is dici nõ poteſt, quiſquis iudicando formam à lege præſcriptam non ſeruat. Etſi quis forte obiiciat, vbicunque iudicem æquitas mouerit, interrogationem in iudicio fieri oportere. l. vbicunque. de interrogat. act. Item officio eius cõtineri in interdictis quibuſdam noxalibus, vt voluntate domini primum explorata, ſeruum noxæ dedere iubeat, & ſic non parentem condemnet, idque ex Pauli reſponſo. d. l. finali. de interdictis. ff. cuius auctoritate noſtri quidem aduerſarij nos oppugnant. Reſpondebo, Iniquam, captioſamque huiuſmodi interrogationem eſſe, per quam reus facultatem ſibi à lege conceſſam amittit, cap. indultum. de regul. iur. noxæ dedẽdi videlicet poſt condemnationem, donec iudicati cõueniatur. l. item veniunt. §. idem recte. de petit. hæred. Ac tametſi reo prætextu iſtius interrogationis ſaluum videatur legis beneficium remanere, re vera tamẽ ipſi adimitur. Non enim dominus, à quo huiuſmodi reſponſio per iudicem extorquetur, ante latam ſententiam intelligere poteſt, an litis æſtimationem ſufferre, an vero ſeruum noxæ dedere ſibi magis expediat: cum tamen hæc dedẽdi facultas vſque ad executionem ſententiæ non alia ratione concedatur, quam quod iniquum ſit nequitiam ſeruorum dominis ſupra ipſorum corpora damnoſam eſſe. §. 1. Inſtitut. de noxa. actio. Neque ergo officio iudicis congruit, vt dominum interrogationi factæ nolentem reſpondere cogat, neque vt ſeruum noxæ dedere iubeat, niſi fortaſſis vltro ſeſe aduerſario ſatisfacturum negauerit. Quid igitur de actionibus arbitrariis cẽſendum? Et iam admonui, nulla melius, neque commodius eſt, quam Iuſtiniani, regula totam hanc rem explicari poſſe. Itaque verba ipſa hic adſcribere viſum eſt, vt ſubiecta interpretatione no-

ſtrs, verum, germanumque eorum ſenſum facilius oſtendere poſſimus. *Præterea quaſdam actiones arbitrarias, id eſt, ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus niſi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat, veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſoluat, vel ex noxali cauſa ſeruum dedat, condemnari debeat. Sed iſtæ actiones tam in rem, quam in perſonam inueniuntur. In rem, veluti Publiciana, Seruiana, de rebus colom: Quaſi Seruiana. quæ etiam hypothecaria vocatur: in perſonam, veluti quibus de eo agitur, quod vi, aut metus cauſa, aut dolo malo factum eſt. Item cum id, quod certo loco promiſſum eſt, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pẽdet. In his enim actionibus, & cæteris ſimilibus, permittitur iudici ex bono & æquo ſecundum cuiuſque rei, de qua actum eſt, naturã æſtimare, quemadmodũ actori ſatisfieri oporteat.*

41 Cum igitur in iudiciis regulariter iudici liceat, cauſa cognita, protinus ſentẽtiam diffinitiuã ferre, quamlibet reo grauis, duraque ſit futura condemnatio: eſt tamen genus quoddam actionum, in quibus humanius, benigniuſque cum reo agendum eſt. In his enim iudex priuſquam negotium diffiniat, velut interceſſor quidam, & beneuolus conciliator, arbitratur & æſtimat, quemadmodum ex bono & æquo actori ſatisfieri oporteat. Reum vero ita demum condemnat, ſi arbitrio non obtemperans in contumacia perſeueret vſque ad ſentẽtiam. Et hæc eſt propria, ſpecialiſque harum actionum natura, vt Theophili verba oſtendunt, διὰ τὸ ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταύτῃ τῶν ἀγωγῶν, licet alij vulgo diuerſum ſentiant, Bart. in l. in bonæ fidei de eo quod certo loco. Nam & Iuſtinus ipſe de actione. §. item actionum. Inſtit. de actio. Quod metus cauſa loquens: *Eius natura*, inquit, *actio continetur, vt qui iudicis iuſſu ipſam rem actori reſtituat, abſoluatur.* quod in cæteria caſibus non eſt ita, ſed omnino quiſque in quadruplum condemnatur, quod eſt & in furti manifeſti actione. l. qui ea mente. de furt. l. non prodeſt. vi bono. rapt. Neque enim furi neque raptori prodeſt, ad euitandam pœnam, ſi ante condemnationem, rem raptam, aut furto ſubtractam reſtituerit, cum iſtæ actiones in numerum arbitrariarum non referantur.

42 Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ quod dicitur, *Omnia iudicia abſolutoria eſſe.* §. final Inſtit. de perpet. & temp. actio. Sic enim id accipi debet, cum reus ſatisfacit actori, id eſt, omnino eius deſiderium adimplendo. l. 1. ff. qui ſatiſd. cogan. ſiue rem petitam, ſiue pœnam exoluit. Quod plerunque in famoſis iudiciis vtilitatem adferre poteſt. l. ſi reus paratus. de procur. At in his actionibus non actoris voluntate, ſed iudicis arbitrio fieri ſatisfactionem oportere dicimus. Inde conſequitur, non omnes actiones ob contumaciam rei arbitrarias dici poſſe, (quod quidam falſo exiſtimauerunt: Barto. & alij hic. & nos ſupra attigimus) ſed eas tantum, quæ in hoc contextũ recenſentur, & quæ cum his ſimilitudinem habent. Et has quidem actiones omnes huic regulæ, ſeu diffinitioni optime cõuenire dubium non eſt, cum in his arbitrio iudicis ſatisfaciens abſoluatur, non ſatisfaciens condemnetur. Quod vel maxime perſpicuũ eſſe poteſt in actione, quod metus cauſa, & de dolo, ne perſequendis omnibus exemplis ſim prolixior. Nam edicti, de eo, quod metus cauſa geſtum eſt, alterum caput in hæc verba conceptum fuiſſe ſcio. d. l. ſi cum exceptione. §. quatenus. verſic. in autem. *Si res metu ablata ſit, neque ea reo arbitrio iudicis reſtituatur, intra annum in quadruplum, poſt annum vero in ſimplum iudicium dabo.* In cuius interpretatione Vlpia. lib. ad Edictum 11. d. l. ſi cum. §. 1. cum ſequent. *Si quis non reſtituat*, inquit, *in quadruplum in eum iudicium pollicetur. Satis enim clementer cum reo prætor egit, vt daret ei reſtituendi facultatem, ſi vult pœnam euitare.* Et paulo poſt: *Nec cuiquam iniquum videatur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia non ſtatim quadrupli eſt actio, ſed ſi res non reſtituatur.* Hæc autem actio cum arbitraria ſit, licentiam habet reus ab arbitrio dato, vſque ad ſententiam reſtitutionem rei facere. Quod ſi non fecerit, iure meritóque quadrupli cõdemnabitur. Nõ adeo diſſimilibus verbis edictum de dolo malo, à Prætore promiſſum fuiſſe credibile eſt. Cuius edicti quoddam caput idem Vlpianus eodem lib. enarrans, l. arbitrio. in princ. de dolo. *Arbitrio iudicis*, inquit, *hac quoque actione reſtitutio comprehenditur. Et niſi fiat reſtitutio, ſequitur condemnatio quanti ea res eſt.*

43 Plane cum rei vindicationis mentionem hic nullam fecerit Imperator, an inter arbitrarias ea numeranda ſit, dubitari poteſt. Quod probabilius eſſe exiſtimo. In eo ſiquidem iudicio arbitrium, ſeu iuſſus, condemnationem ſolet præcedere, cui parens reus abſoluitur, non parens condemnatur. l. & ex diuerſo. l. ſi vero. l. qui reſtituere. de rei vind. Idemque in actione cõfeſſoria, & negatoria, quæ pro ſeruitutibus competũt, aliiſque ſimilibus dicendum eſt. l. harum. ſi ſeruit. vindic. Qui vero contra ſentiunt, in rei vindicatione aiũt nonnunquam arbitrio prætermiſſo rem à poſſeſſore manu militari auferendam eſſe, ideoque eam ex iudicis arbitrio non pendere. Quæ in re non ſimplex eorum error mihi eſſe videtur. Nam in primis conſtat in actione, quod metus cauſa, & quibuſdam aliis, plerunque iudicis arbitrium ceſſare. l. arbitrio. §. non tamen de dolo, quas vtique arbitrarias eſſe inter omnes conuenit. Hoc amplius in Publiciano iudicio, aliiſq. eiuſdem generis, rem à poſſeſſore auferri nõ minus quam in rei vindicatione crediderim. Idque Vlpiani verbis ad edictum ſatis perſpicue demonſtratur.

44 *Qui reſtituere iuſſus*, inquit, l. qui reſtituere. *iudici non paret, contendens ſe non poſſe reſtituere, ſiquidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo poſſeſſio transfertur, & fructuum duntaxat, omniſque cauſæ nomine condemnatio fit. Si vero non poteſt reſtituere, ſiquidem dolo fecit, quo minus poſſit, is quantum aduerſarius in litem ſine vlla taxatione in infinitum iurauerit, damnandus eſt. Si vero non põt reſtituere, nec dolo fecerit, quo minus poſſit, non pluris quam quanti res eſt, id eſt, quanti aduerſarij interfuit, condemnandus eſt.* Deinde ſubdit: *Hæc ſententia generalis, &c.* Quibos verbis ſignificat, præcedentem ſententiam de executione manu militari facienda, ac de in litem iurando, generalem eſſe, & ad omnes actiones pertinere, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur. Cum enim generali verbo vſus fuerit, *Qui reſtituere iuſſus*. merito adiicit, ſe non rei vindicationem modo, ſed & pleraſque alias actiones, quibus ad reſtituendum agitur, complecti voluiſſe. Eodem pertinet, & quod alibi idem Vlpianus ait, *In Publiciana actione, eadem omnia, quæ in rei vindicatione, obſeruanda eſſe.* l. etſi res. §. in publiciana. ff. de publi. Sed & cum Neratius ſcribit, l. fin. eod. tit. *Publicianam actionem non ideo comparatam eſſe, vt res domino auferatur:* an non aperte indicat, ab eo poſſeſſore, qui dominus nõ eſt, auferri poſſe?

45 De ea autem, quæ certo loco promiſſum petitur, maior dubitatio eſt, cum in arbitrium iudicis ob id referri dicatur, quod æſtimatio eius quod intereſt, arbitrio ipſius commiſſa ſit. l. ideo. & l. centum. de eo quod certo loco. Huc accedat, quod Theophilus harum actionum exẽpla diligentiſſime perſequutus, hãc omnino prætermiſit, id non facturus (vt credibile eſt) ſi ad hunc tractatũ eam pertinere intellexiſſet. Idque eo probabilius eſſe videtur, quod ſpeciali vocabulo hæc actio arbitraria à Iureconſultis appellari ſolet. l. 2. & toto ſere tit. de eo quod certo loco l. ſi duo. de conſtitut. pecun. §. loco. Inſtitut. de actio l. vnica. vbi conuenia. qui cer. loco. cum hic verbum ARBITRARIA, non actionis, ſed cuiuſdam actionum qualitatis nomen ſit. Sed

fortaſſis

fortaſſis tutius eſt, hanc à reliquis non ſeparare, quod & Latinorum exemplarium fides id ſuadeat, & ab earum natura, de quibus hic loquimur, aliena nõ ſit. Poteſt enim (exempli cauſa) huic actioni addictus iudex arbitrari, vt ſatiſdet reus de pecunia ibi ſoluenda, vbi promiſſa eſt: qui ſi dicto audiens fuerit, abſolutionem conſequetur. Et ita Vlpianus diſertè reſpondit. l. quod ſi Epheſi. §. interdum. de eo, quod certo loco. Et huic ſane non abſimilem iudicandi morem apud veteres olim fuiſſe accepi.

46 Nam Athenis iudices primis ſententiis ſtatuebãt duntaxat, damnarent reum, an abſoluerent. Deinde interrogato eo, ſi fraus capitalis non eſſet, quam quaſi æſtimationem commeruiſſe ſe maxime fateretur pœnam, ſiue mulctam irrogabant. Cicero lib. 1. de Orat. Sed & vetuſtiſſimo quoque iure Quiritum, ſi is, qui membrum alicuius ruperat, iudici talionem imperanti non parebat, neque interim eum aduerſario paciſcebatur, æſtimata lite iudex hominem pecuniæ damnabat, vt Sext. Cæcilius Iureconſultus auctor eſt. Gellius lib. 20. Noct. Att. Scopulos iam prætervecta eſſe videtur inſtituta diſputatio, facilisque reliquus curſus oſtẽditur, niſi forte nos actiones noxales remorentur, quæ aliquando mihi hęc commentanti magnum exhibuerunt negotium: tametſi res admodum expedita, vt nunc quidem ſentio, minimeque obſcura ſit.

47 Et ſane ineptiſſima ſemper hæc quæſtio mihi viſa eſt, An actiones noxales ſint arbitrariæ: quoniam, vt ſupra dixi, hoc vocabulum non actionis nomẽ, ſed qualitatis euiuſdam, certis actionibus inhærentis, ſignificat. §. ſunt autem. Inſtitut. de noxa. actio. Qui igitur quæſtionem hanc proponunt, nihilo ſtultius eos facere iudicandum eſt, quam ſi de actionibus perpetuis, aut temporalibus, pœnalibusve, aut rei perſequutoriis idem quærerent. Itaque ſic ſtatuo, earum actionum, quæ hic recenſentur, hanc eſſe naturam, vt reus ante ſententiam arbitrio iudicis ſatisfaciens condemnari debeat, ſi modo ſuo nomine conueniatur. Nam ſi ex noxali cauſa, noxæ deditio pro ſatisfactione habenda eſt, exempli loco, actionem quod metus cauſa, & de dolo, quæ arbitrariæ ſunt, non tantum aduerſus aliquem ſuo, ſed & ſerui nomine intendi poſſe conſtat. l. quod diximus. de eo quod met. cauſ. l. ſi oleum. §. fin. de dolo. Quid ergo ſi qua harum actionum noxaliter conuentus ſit dominus, iſque reſtituere iuſſus à iudice, arbitrio non pareat? an noxæ dedendo perinde condemnationem vitabit, ac ſi arbitrio ſatisfaceret? Quæſtionem faciunt verba edicti, d. §. quatenus. *Si res arbitrio iudicis non reſtituatur.* Ad hanc dubitationem eximit imperator his verbis, ſupplens quod edicto Prætoris omiſſum fuit, *Niſi arbitrio iudicis ſatisfaciat, vel ex noxali cauſa ſeruum dedat.* Vnde ad quæſtionem propoſitam reſpondeo, actiones, quæ in hoc contextu recenſentur, veluti quod metus cauſa, & de dolo, ſiue contra aliquem ſuo nomine, ſiue noxaliter intendantur, arbitrarias eſſe. Furti vero actionem, legis Aquilię, iniuriarũ, vi bonorũ raptorũ, quãuis ex noxali cauſa agatur, non eſſe. Et hoc θέμα ποτε cum non multis ante annis in frequenti hominum doctiſſimorum corona, de iure reſpondendo defenderemus, memini, quẽdam noſtri ordinis virum ſane acutum, ſed quem *arbitraria* plerique à veri cognitione abduceret, magnopere obluctatum fuiſſe, adeo vt ſponſione facta, tãdem coacti fuerimus Antonium Medicem Iureconſultum clariſſimum, qui & ei diſputationi præfuerat, eius controuerſiæ honorarium arbitrum eligere.

48 Vt autem ex diuerticulo velut in viam redeamus, facile eſt ex iam dictis colligere, quantum arbitraria iudicia à ſtrictis, & bonæ fidei differant iudiciis. Nam in ſtrictis, cum iudicis poteſtas formulis adſtricta, & tanquam incluſa ſit, liberum ei non eſt ante ſententiam quicquam clementius arbitrari, quam formula ipſa præſcribat. In his vero, quæ bonæ fidei ſunt, quia latiſſima iudicis poteſtas eſt, & minime formulis alligata, vt ſupra diximus, poteſt & neglecto arbitrio, ſi ita viſum ei fuerit, protinus ſententiam ferre.

Veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit, & Stichus deceſſerit.

Quoties veræ æſtimationis, aut dãni dati, ſiue eius, quod intereſt, probationẽ difficilẽ reddit dolus aduerſarij, in hoc iureiurãdo ſtricta ſint, an bonæ fidei iudicia, nihil intereſt. Quod ſi cõmune, & iuſtũ rei pretiũ iudici facile probari queat, in his nihilominus iurandũ eſt, quibus ad reſtituendũ agitur, vt ſupra diximus. Quandoquidẽ æquũ eſt, vt domini arbitrio pretium rei ſtatuatur, qui in iuſto pretio non cogitur vendere.

49 Hinc annotant interpretes, In actione ex ſtipulatu, aliiſque ſtrictis actionibus, vt in litem iuretur, duo eſſe neceſſaria. Primum eſt, dolus aduerſarij. Dolum autem accipere debemus ex his Martiani verbis, non, vt ſupra expoſuimus, ſed veluti moram in re dãda nã dedãve factã, quã dari tradive oportuit. Nã & ceſſationem eam dolum eſſe, aut culpam certe dolo proximam, vulgo dici ſolet. Alex. in l. ſi mora. ſolu. mat. not. in l. quod te. ſi cert. pet. Idem in furto quoque dicendum puto: quia dolo non caret fur, & ſemper morã facere videtur. l. in re furtiua. ff. de cõdict. furt. In violentia vero illata, non tantum eius rei, quam deberi probatum eſt, æſtimatio actoris iureiurando e mitti debet, vt in his caſibus, ſed & hoc amplius Zeno reſcripſit. l. ſi quando. C. vnde vi.

50 Si is, qui vim ſuſtinuit, ſingula, quæ perdidit, cõprobare non potuerit, probationis loco iuſiurandum ei delatum ſufficere: tametſi alioquin neque teſtimonium vnius ad fidem faciendam valeat. d. l. iuriſiurandi. C. de teſtib. neque in cauſa propria ad teſtimonium dicendum quiſquam admittatur. l. omnibus. eod. tit. Neque adeo multum refert, an exturbando aliquem de fundo, ædibuſve ſuis, an bona eius mobilia abripiendo, an alio modo vim admiſſam eſſe dicamus, vt Fulgoſius, Salicetus, Faber, Panorm. Iaſon, & alij non pauci recte opinantur. Quid enim ſi probabili, & iuſto metu territus, licet non deiectus, è domo ſua quis aufugerit? Quid ſi præpotentis domini, tyrannive iniuriam metuens, aut ab eodem non iure proſcriptus, ſolum vertat? Quid ſi ob eas cauſas abſentis, fugitiuique compilata domus, direptaque bona ſint? Et in huiuſmodi caſibus reſcripto locum eſſe, dubitandum non eſt. Alexand. conſi. 103. in 1. volum. not. in d. l. ſi quãdo. & in c. fi. de his, quæ vi met. cum ſit par ratio, & ipſius reſcripti verba ab hac interpretatione non abhorreãt. Sunt qui de furto idem quod de vi illata dicendum eſſe cenſeant: in quam ſententiam licet frequentius itũ ſit, mihi tamen videtur Zenonis conſtitutio, per quam tot regulis communibus derogatum eſt, d. l. iuriſiurãdi. & l. omnibus. non temere ad hunc caſum porrigenda eſſe. Nam licet odio digni fures ſint, delinquunt tamen longe atrocius, qui per vim rapiunt, aut alium poſſeſſione ſua deſpoliant. l. 3. §. in hac actione. vi bono. rapt. Adde, quod cum ab homine vigilantiſſimo furtum præcaueri poſſit, ideoque inter caſus fortuitos non numeretur, niſi à domeſticis admiſſum ſit, aliiſve, quibus erat confidendum, æquius videtur ei ſuccurrendum eſſe, cui vis illata, quam cui res aliqua clam ſurrepta eſt. Sed admonendi ſumus, in quibus caſibus hoc iuſiurandum, vice probationis recipitur, de violentia, aut delicto admiſſo plenam fidem iudici faciendam eſſe. d. l. ſi quando. in ver. patefacta. Vnde legem municipalem, qua cautum eſt, ſi à ſcholaſtico

interuerſa res ſit, quantum ad damni dati æſtimationem ipſius iuriurando ſtandum eſſe, ita accipiendam Barto. ait, ſi furtum admiſſum eſſe iudici probatum fuerit. Porro quod hic de iureiurando dicimus, ſi quis ex delicto alieno conueniatur, locum non obtinere idem Barto. auctor eſt, in l. 1. quãdo ex facto tuto. Quod & nos verum eſſe ſupra defendimus.

51 Quapropter in hac ſpecie, ſpoliato per vim à latronibus in oppido aliquo forte, aut vico, lege municipali damnum ab incolis reſarciri iubetur: ſi vis illata eſſe oſtenditur, ſed rerum ablatarum quantitas non probatur: prudentioribus placuit, incolas omnino abſoluendos eſſe: licet Iacobus ab Arena, edicto quodam Hadriani apud Calliſtratum relato, l. ne quid. ff. de incen. ruin. & naufra. motus, diſſentiat: quod tamen recte (vt opinor) intellectum, eius ſententiæ ne tantillum quidem ſuffragatur. Præcipitur enim eo edicto, *vt direpta naufragia dominis reſtituant, qui iuxta litora maris poſſident, licet ipſi non diripuerint.* Sed hoc diſerte edicto eodem expreſſum eſt, *vt quicquid probauerint ademptum ſibi naufragio, à poſſeſſoribus recipiant.* Quibus verbis & noſtra confirmatur opinio. & contraria haud dubie ſubuertitur. Sed & quod poſtea ſequitur, quo facilior ſit probatio, *permitti eis adire Præfectos, & apud eos teſtari, &c.* ſic accipe, ne probationis gratia neceſſe ſit, teſtes ad præſidem de eo negotio cogniturum ducere, qui fortaſſis longe abeſt, permittendum eſſe apud Præfectos teſtari: id eſt, teſtibus productis maleficium admiſſum oſtendere. l. capite quinto. ad leg. Iuliam. de adult. Nam & Cicero, literis (inquit) publicis teſtata ſunt omnia: id eſt, quod Græci dicunt *μαρτυρεῖσθαι*. Præfectos autem huiuſmodi Præſidibus inferiores fuiſſe, ex Sexto Pomp. liquet, quod eius loci interpretibus non ſatis cognitum fuiſſe videtur.

Quia iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi non poteſt rem, quæ non extat.

52 Hinc colligitur ab interpretibus, alterum ex his, quæ ad iuſiurandum hoc deferendum neceſſaria eſſe diximus, nempe probationis difficultas. Difficultatem autem Barto. ac reliqui fere ſic accipiunt, cum res petita aut periit omnino, vt hic, aut nuſquam comparet. l. cum res. §. penult. de legatis 1. licet ea forte in rerum natura eſſe non deſierit. Enimuero in bonæ fidei iudiciis plerique dolum aduerſarij ſufficere, nec difficultatem huiuſmodi neceſſariam eſſe putant: argumentóque eſſe, quod Vlpianus ſcribit. l. nummis. ſupra eod. *Nummis depoſitis in litem non iurari, niſi de eo quis iuret, quod ſua interfuiſſet, nũmos ſibi ſua die redditos eſſe. Quid enim,* inquit, *ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod quia pecunia ei depoſita denegata eſt, diſtractum eſt?* Nam pecuniam ſub pignore debitam, pignuſque diſtractum probare, non magni negotij eſſe videtur. Verum quia in interdicto, *quod vi aut clam*, id, quod intereſt, per iuſiurandum in litem æſtimatur. l. ſemper. §. in hoc. ff. quod vi aut clam. vix eſt, vt ego hanc diſtinctionem inter ſtricta, & bonæ fidei iudicia vſquequaque probem. Quapropter huius nodi diſſoluendi gratia difficultatem *μαχυμφισεγρ* hic accipiendam eſſe arbitror, vt cum de eo, quod intereſt, quæritur, cuius probationem difficilem eſſe ſcribit Venuleius. leg. fin. de prætor. ſtipulat. iuſiurandum in litem iudici deferre liceat. Etenim vbi incertum eſt, quanti actoris interſit, officio iudicis id æſtimari debet, vt recte Barto. ex Vlpia. annotauit. Bar. in l. vnic. C. de ſentan. quæ pro eo quod intereſt. arg. d. §. in hoc. Quid igitur mirum ſi iudex, cui etiam lex id, quod intereſt, per ſuam ſubtilitatem requirere iubet. d. l. vnica. veritatis eliciendæ gratia iuſiurandum in litem deferat, præſertim cum non niſi præcedente taxatione id fieri ſolitum ſit? Quod dictum tamen non ita accipi velim, quaſi iudex hac iuriſiurandi delatione omnem probationem deficientem ſuppleat, ſed tunc demum, cum ita factum probatum eſt, vt eius, quod intereſt, æſtimatio iniri queat. Itaque in interdicto, *quod vi aut clam*, ſi ſeruitutes amiſſas eſſe, vſumve fructum interiiſſe. §. in hoc. aut in depoſito. d. l. nummis. propter moram depoſitarij pignus diſtractum eſſe probatum fuerit, quanti ob eam rem intereſt, aut officio iudicis, aut per iuſiurandum in litem æſtimabitur. Sin autem quis ob rationes non editas, cautionemve ſurreptam, aut corruptam, ad id, quod intereſt agat, oſtendere debet, ſe, ſi eas rationes, cautionemve habuiſſet, vincere potuiſſe: alioqui iudex id, quod intereſt, æſtimare non poterit. l. quidam tabularuo. de fur. l. argentarius. §. cum autem. de edendo. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ quod Martianus hic ſcribit, cum exampli gratia id ab eo dictum eſſe appareat. Atque hinc non recte infertur, extra hunc caſum in litem iurari nullo modo poſſe, ſed vt plurimum id fieri non ſolere, vt ex Paulini Reſponſi fragmẽto apparet, quod his Martiani verbis attexuit Tribonianus, quodque ego ſic interpretor, quamuis non ſoleat iurari, nonnunquam tamen poſſe, cum videlicet iuſta aliqua cauſa iudicem mouerit. Neque enim ad certos aliquos caſus iudicis poteſtatem alligari contendo, quandoquidem iuſiurandum deferre velit necne, in ipſius arbitrio ſitum eſt. Sed nec Zenonis reſcriptum d. l. ſi quando. nos mouet, quo rerum amiſſarum probatio actori remittitur, iudexque ipſius iuſiurandum ſecutus condemnat. Nam id ſpecialiter in eo caſu conſtitutum eſt, tum quia vim illatam hac pœna dignam exiſtimauit Legiſlator, tum etiam quia in his actibus, (qui vt plurimum probari nequeunt,) qualemqualem probationem admitti, æquum eſt. l. conſenſu. C. de repud. l. non omnes. §. à barbaris. de re milit.

53 Vnde ſi pecunia in ſacculo ſignato depoſita ſit, eumque reſignatum depoſitarius reddat, tractari ſolet, an deficiente probatione deponentis iureiurando ſtandum ſit, ſi pecuniam ex eo ſubtractam eſſe quæratur. Et variæ extant conſultorum opiniones, aliis *τὸ ῥητὸν*, aliis æquitatem defendere ſatagentibus. Scriptum vrget Anton. Butrig. in dicto cap. fin. quod Zenonis conſtitutione aduerſus eum tantũ in litem iurare permittatur, qui vim intulit. Pro æquitate pugnant cæteri, quæ paribus in cauſis paria iura deſiderat, legemque de violentia loquentem, ad hoc grauiſſimum non ſolum furti, ſed etiam perfidiæ crimen trahunt. Quam ſententiam, ſiquidem dolus perfidiaque depoſitarij detegatur, tanquam humaniorem ſequi iudicando ac reſpondendo non dubitarem, idque multo proclivius, ſi apud cauponem, ſiue hoſpitem ponamus rem depoſitam fuiſſe. Cum enim viatores neceſſitate quadam exigente id faciant, tutiore loco res ſuas collocantes, creſcit perfidiæ crimen, quod tanto ſeuerius eſt vindicandum, quanto communi vtilitati magis contrarium eſt, in huiuſmodi caſu fidem frangere. argum. l. 1. §. 1. ff. depoſi. Merito igitur reprehenſa eſt eorum opinio, qui putabant, res omnes ſacco incluſas cauponi patefaciendas eſſe, neque aliter eum teneri, quam ſingularum rerum recepta cuſtodia. Durum enim atque inhumanum eſt, ad pandẽdum ſui patrimonij ſecretum quenquam cogi, vt Alexandri, ac Theodoſij reſcriptis continetur. l. 2. C. de aliment. pupil. præſt. l. 4. quando & quibus quar. Adde, quod rem familiarem ſic explicare nonnũquam periculoſum eſt, quod ea re latrones ad ſtruẽdas viatoribus inſidias, eoſque iugulandos extimulari ſoleant. Nam & Cãdauli Lydorũ regi idẽ accidiſſe memoriæ proditũ eſt, cũ eximia pulchritudine vxorẽ Gygi ſodali nudam demonſtraſſet. Sed quæritur, ſi reſi-

ſi reſignatus, apertuſque ſaccus reddatur, neque aliis probationibus conuincatur depoſitarij dolus. an idem, quod in ſuperiori caſu, dicendum ſit? Et vulgo receptum eſt, in hoc quoque caſu ſimiliter iurandum eſſe. Quod an verum ſit, dubito. Huiuſmodi namque iureiurando ita demum locum eſſe diximus, ſi maleficium plene probatum fuerit: quod & Bart. parum ſibi conſtans alibi cenſuit. Neque vero talis apertura, aut reſignatio ſola ad arguendum depoſitarij dolum ſufficit, argum. not. in l. neque. C. de probationibus, & in l. non hoc. C. vnde legit. quem perſpicuis indiciis, coniecturiſque probari neceſſe eſt. leg. dolum. C. de dolo. Quid enim ſi famulus citra conſcientiam heri, ſignacula remouerit, aut ea (vt fit plerúque) ſui natura deciderint? Nam etſi factum ſuorum præſtet dominus, ſi tamen eo nomine conueniatur, in ea cauſa eſt, vt aduerſus eum in litem iurari non poſſit: quod ſupra à nobis demonſtratum eſt. Sed nec vulgaris regula, qua *Duorum ſpecialium prohibetur concurſus*, patitur, vt in hoc caſu & iuſiurandum legitimæ probationis loco ſuccedat, & dolus ſine euidentioribus argumétis interueniſſe præſumatur. Itaque communem ſententiam ita coarctandam eſſe opinor, cum ex conditione perſonarum, aliiſque coiectura, depoſitarius in dolo eſſe deprehenditur: Qua in re plurimum iudicis arbitrio tribuédum eſt. Conſequenter tractat Bartol. An poſt hoc iuſiurádum præſtitum iudex vel abſoluere, vel minoris condemnare poſſit? quaſi vero hic ſpecies iuriſiurandi quædam ſit, ab eo, de quo ſupra diſputauimus, diſtincta. Et non poſſe reſpondet: cui reliqui omnes paſſim aſſentiuntur, ne hoc iudicis facto detegatur iurantis periurium. Sed hæc ſententia ſatis, ſuperque ante à nobis confutata eſt, quia non Martiani noſtri verbis modo aduerſatur, verumetiam Pauli. leg. fin. infra eod. qui quidem ſatis aperte innuit, de periurio eius, qui in litem iurauit, quæri aliquando ſolere. Et quia in axiomatis noſtris ſolenni more defendendis, cum Paulinum id reſponſum interpretaremur, de eo Imperatoris reſcripto controuerſia incidit, quo periurus fuſtibus cædi iubetur, & ei ſuperindici [illegible]. l. ſi duo. §. fin. de iureiur. non inutile forſitan, neque otioſum erit, quid de eorum verborum ſenſu, ex tempore tum reſponderimus, aperire.

54 Igitur ſciendum eſt, hunc morem apud veteres fuiſſe, vt cum de damnato homine ſupplicium ſumerent, in loco ſupplicij conſpicuo [illegible], ſeu, vt vocant, titulum affigerent, quo breuiter admonitus populus, pœnæ à reo expetitæ cauſam intelligeret, eoque exemplo à ſimili facinore perpetrando cæteri auocarentur. Tranquillus in Fla. Domitiano, Patremfamilias, inquit, quod Thracem Mirmiloni parem dixerat, canibus obiecit, cum hoc titulo, Impie locutus parmularius. Similem inſcriptionem cruci quoque Seruatoris noſtri Ieſu Chriſti impoſitam fuiſſe in Euangelio Matthæi, ac Lucæ ſcriptum eſt. Sed & ſine ſcriptura quandoque per præconem id factum fuiſſe legimus. l. fuſtibus. C. ex quibus cauſis irrogat. infam. Lampridius in Alexand. Seuer. Clamabat ſæpius, quod à quibuſdam ſiue Iudæis, ſiue Chriſtianis audierat, & tenebat, idque per præconem, cum aliquem emendaret, dici iubebat, *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*. Similiter & ei, qui per genium principis iuraſſet, fuſtibus ceſo ſuperindicebatur, [illegible]. vt omnibus innoteſceret, eum ob temerarium, petulanſque iuſiurandum plecti. Huius rei meminit & Euſebius lib. 5. Eccleſiaſt. hiſtor. cap. 5.

PAVLVS LIBRO XXVIII. AD EDICTVM.

Alias ſi ex ſtipulatu, vel ex teſtamento agatur, non ſolet in litem iurari.

55 Actio igitur ex teſtamento, ſtricti iudicij eſt, meritoque in numerum bonæ fidei iudiciorum à Iuſtiniano non refertur. §. actionum. de actio. Natura enim bonæ fidei iudiciorum hæc eſt, à reliquis multum diuerſa, vt ad id iudex condemnet, quodcunque ex bono & æquo præſtare oportet, etiam ſi nihil de eo nominatim conuentum ſit, vt ſupra diximus. Quod in hac actione non obſeruatur. Si enim vt quod ex teſtamento debes, mihi reddas, pecuniam dederim, eam repetere per hanc actionem non potero, licet in bonæ fidei iudiciis contra. l. fin. de condictio. ob turpem cauſ. Item ſi quid ex teſtamento ab hærede certo loco præſtandum ſit. hac actione non poterit alibi peti, ſed arbitraria ſi hæres. de eo, quod certo loco. Quod ſi vendendo, aut locando, vt certo loco quid detur, conuenerit, ex vendito, aut locato ſufficiet. l. in bonæ fidei. en. tit. Iure enim veteri in bonæ fidei iudiciis, ſi quid illo modo permiſſum eſſet, quo minus id quocunque loco peteretur, nihil prohibebat. Ex quo apparet, arbitrariá actionem ad id ſuppleendum, quod ſtrictis tantum iudiciis deeſt, à Prætore comparatam fuiſſe. At enim, dixerit aliquis, Iudex hac actione ad heres, non ſolú ad pecuniam teſtamento relictam, condemnat, verumetiam ad vſuras ex tempore moræ. l. in minorum. C. in quibus cauſis. quod bonæ fidei iudiciis peculiare eſt. l. mora. §. in bonæ fidei. de vſuris. Reſpondeo, id commune eſſe huic actioni cum iis iudiciis, in quibus *Ex fide bona*, additur, quia ſpecialiter iure conſtitutum. Neque ideo bonæ fidei iudiciis annumeratur, alioqui de actione ex ſtipulatu, omnibuſque ſtrictis actionib. idem dicendum eſſet, in quibus hodie iudex compéſationis rationem, ſicut in bonæ fidei iudiciis, quod olim ante Iuſtiniani conſtitutionem non licebat, §. in bonæ fidei. Inſtitut. de actio. Iudicē enim formula includit, & certos quos non excedat, terminos ponit, vt inquit Anneus Seneca, & nos ſupra attigimus. Adde quod pleraque iudicia eſſe videmus, in quibus aliquid ex bono & æquo ſtatuendi poteſtas iudici conceditur, eaque nihilominus ſtricta non bonæ fidei eſſe dicuntur. Cuiuſmodi ſunt actio funeraria. l. at ſi quis §. nec actionibus. de religioſis, & ſum. funer. l. non ſolum. §. iniuriarum. de iniuriis. condictio indebiti. l. hæc condictio. de condictio. indebit. de ſepulchro violato. l. quæſitum. de ſepul. viol. in factum. de deiectis & effuſis. l. ſi vero. §. hæc autem, de his, qui deiece. in factum aduerſus iudicem, qui per imperitiam male iudicauit. l. fin. de extraor. cognit. & aliæ ſimiles actiones, quas vel ex bono & æquo oriri, vel in bonum & æquum conceptas eſſe dicimus. Non enim in his, *Ex bona fide*, eſt additum, quod nomen, (vt Scæuola inquit) latiſſime manat, & infinitam prope poteſtatem iudici tribuit, nulliſque aliis finibus, præterquam æquitatis circumſcriptam.

56 Quapropter in funeraria, & aliis eiuſdem generis, ſtante iure veteri, iudex compenſationem non admitteret. Sed nec ea actione hodie quis vti poteſt, ad id repetendum, quod vt pecuniam ſibi debitam reciperet, dedit: ſed condictione ob turpem cauſam experietur, tametſi in actione ex vendito, cæteriſque bonæ fidei, aliud dicendum ſit. Fortius dico, nullam adeo ſtrictam, anguſtamque actionem eſſe, in qua iudex interdum ex bono & æquo quicquam non arbitretur. Id non tantum in actione ex ſtipulatu dicta leg. continuus. §. cum ita. ſed etiam ex teſtamento perſpici poteſt. Pone, maritus libertis legauit, ſi ab vxore ſua non receſſerint: cum ea aſſidue proficiſcatur, an ſequi eam liberti debeant, quæritur? Scæuola. l. Mæuia. §. vxore. de ann. leg. putat, non poſſe abſolute reſpóderi, cum multa oriri poſſint, quæ pro bono ſint æſtimanda: ideoque huiuſmodi varietatem viri boni arbitrio diiimendam eſſe. Itaque elegáter à Caio

dictum eſt in l. his. de condit. & demon. In iis, quæ extra teſtamentum incurrunt, id eſt, in caſibus inopinatis, qui à teſtatore non ſunt expreſſi, res ex bono & æquo interpretationem capere. Ex quo annotãdum eſt, bonum & æquum, ſeu, vt Ariſtoteles vocat, τὸ ἐπιεικὲς, nõ ad legum modo interpretationem, verumetiam teſtamentorum, contractuũ, aliarumque diſpoſitionum pertinere. Et ita regulam antiqui iuris interpretor qua dictum eſt, l. in omnibus. de reg. iur. In omnibus quidem, maxime tamen in iure, æquitatem ſpectandã eſſe.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XXII. DIGESTORVM

TIT. III.

DE PROBATIONIBVS COMMENTARIVS.

Cap. I.

De vtilitate huius tractatus.

Hic tractatus, quem aggredimur, longe vtiliſſimus eſt iis, qui in foro verſantur, & iudiciis. Nam omnis quæſtio, quæ inter litigantes mouetur, aut iuris eſt, aut facti. Quæſtio iuris eſt cum conſtat factum eſſe id, de quo lis eſt, ſed quæritur de iure, & ſtatus cauſæ iuridicialis dicitur: & hæ iuris quæſtiones proprie ſunt iuriſconſultorum, & pertinent maxime ad iuris ſcientiam. Alia eſt quæſtio facti, cum non conſtat, an id factum ſit, de quo lis orta eſt: puta, cum vnus dicit, alter inficiatur: conſtitutio huius cauſæ dicitur coniecturalis. Quæſtiones autem facti, proprie ad iuriſconſultos non pertinent, ſed ad oratores potius. Nec veteres iurecõſulti ſolebant de his reſpondere. Aquilius Gallus remittebat conſultores ad Ciceronem. Oſtendi lib. 1. diſputat. cap. 41. & fuſius in libro quem inſcripſi Scæuolam. Iudicis tamen eſt, de his cognoſcere, & iudicare: latius quippe eſt iudicis, quam iureconſulti officium l. 1. D. de iuriſd. Nec vero quicquam eſt frequentius in iudiciis, quam hæ quæſtiones, in quibus probatio requiritor. Non enim poteſt obtinere is, qui agit, ſine probatione. l. qui accuſare. C. de eden. Hinc illud, non ius deficit, ſed probatio, leg. duo ſunt Titij. D. de teſtam. tutel.

Tametſi autem quæſtiones facti recte dicantur non pertinere ad ius: tamen legiſlatoris eſt, præſcribere aliquid de forma, & ratione probandi. Ciuilis enim ſcientia eſt ἀρχιτεκτονικὴ, vt ait Ariſt. l. 1. Ethic. quaſi cæteris ſcientiis imperet, & dominetur.

Non definiunt leges rationem omnem faciendæ fidei, & probandi, neque id quidem poſſunt: tametſi de ea ratione probandi præſcribunt multa vtilia, ac neceſſaria: Quis probare debeat, quot teſtes ſint neceſſarij, & alia huiuſmodi.

Sed & præcepta quædam continentur libris noſtris, non diſſimilia Rhetorum præceptionibus, ſed horum cognitio magoopere vtilis eſt ac neceſſaria.

Cap. II.

De definitione probationis.

Incipiendum eſt à declaratione vocabulorum, quid ſit probatio, item quid præſumptio. Non debuiunt Iuriſconſulti, nec etiam opus his eſt definitione dialectica. Rectè Galenus ait, nõ eſſe opus definitione dialectica in initio diſputationis alicuius, cum res aliter declarari, ac intelligi poteſt, ac inſectatur vehemẽter medicos quoſdam, qui nimis erant ſuperſtitioſi, ac moroſi in definitionibus tradendis. Hoc vitio (quod rite vocat φιλονεικίαν) laborant noſtri interpretes. Si quis enim eorum ſcripta legat de finitione probationis, nõ poterit non ridere, & admirari eorum ineptias. Si quis mihi non credat, is velim euoluat commentationes cuiuſdam recentioris vulgo noti, quæ ſunt editæ annis abhinc quatuor, aut quinque. Huius ego mentionem facio, quia cæteris habetur elegaotior & διδασκαλικός.

Ad rem, videamus quid ſit probare. Soleo ita definire quo modo poſſum: & vt mihi videtur ſufficere ad declarandum id de quo agitur. Probare, eſt rei controuerſæ teſtibus aut tabulis iudici fidem facere. Qua de re ſcripſi lib. 1. diſput. c. 27.

Huius definitionis verba expendenda ſunt, atque declaranda. Dixi fidem facere, vt declararem homonymum. Probare interdum ſignificat experiri rem, & tentare, vt probare amicos: habet & alias ſignificationes.

Fidem facere minus habet ambiguitatis, & ſumptum à me eſt ex Quinti. l. 5. vbi idem ait, probationem idem eſſe, quod Græci πίστιν dicunt, id eſt, fidem, ſi verbum verbo reddere velis. Dixi rei controuerſæ, quia quæ certa ſunt, ac confeſſa, non requirunt probationem, vt cum aduerſarius reſpondet confitendo in iure, id eſt, in loco in quo ius redditur pro iudicato eſt, quia quodammodo ſua ſententia damnatur. l. 1. de confeſ. De quo mox dicturi ſumus.

Item hoc verbum oſtendit diligenter animaduertendum eſſe, quid controuerſum ſit: & ad hoc maxime reſpiciunt pragmatici in foro. Id declarandum eſt exemplis. Vnum eſt: Quod alienauit libertus dolo, & in fraudem patroni, reuocatur l. patronus. 6. hic. facit l. 1. §. alienatio. ff. ſi quid in fraud. patro. Duo igitur probanda ſunt, alienatio ſcilicet, dolus ſiue fraus liberti. Qui alterum tantùm probat, nihil agit, cum de vtroque ſit controuerſia.

Aliud eſt exemplum in l. ante omnia. 23. vt ſi agatur hypothecaria actione contra tertium poſſeſſorem, reus ſimpliciter inficiatur. Duo actori probanda ſunt, vnum quod inter agentem & debitorem conuenit, vt res pignori, hypothecęve ſit ſuppoſita: alterum quod pignoris tempore res ad debitorem pertinuerit. Qui alterum probat, nihil agit, quia de vtroque eſt controuerſia.

Deinde dicitur iudici, quia ſic loquuntur Iuriſconſulti, vt Celſus in l. quinquaginta. 12. hic. Petitor cũ duas ſcripturas oſtẽdit, & hæres poſteriorẽ inanẽ eſſe dicit, id iudici probare debet. Similis eſt locus apud Imperatorẽ Anto. l. 1. C. de cõdict. ob turp. cauſ. ibi, interpoſitã cautionẽ ob turpẽ cauſam ei, qui ſuper ea re cogniturus eſt, probaueris, abſolutio ſequetur: & alius apud Imp. Alex.

Alex. in l. 1. C. de reb. alie. non alien. ſi præſidi prouinciæ probatum fuerit. Similia item eſt apud Paulum, ſi filium meum ſe eſſe iudici probauerit, hæres mihi eſto. l. Lucius. ff. de condi. & demonſtrat. Hoc igitur poſui in definitione, primo, quia video Iuriſconſultos ita loqui: ſecundo, quia etymologia huius verbi rectè cognoſci poteſt, qui probat quod intendit, probat iudici, id eſt, facit vt iudici probum id rectumque videatur. Cic. 6. in Verrem. Non vereor ne hoc officium meum Seruilio iudici non probem. Ac fortaſſis ita ſenſit Placent. apud Accur. tametſi ineptè loquitur in rubr. C. de probat. A probè aduerbio (inquit) probatio dicitur: quia probè facit, qui probat, quod intendit.

Deinde dicitur, teſtibus, aut tabulis. Quoniam omnia probatio his duobus conſtat. Quamuis enim multa ſint probationum genera, tamen quæcunque fit probatio, ſemper aliquid oportet teſtibus, & fide tabularum probare, iuxta ſententiam Iſidori cap. forma. de verb. ſign. in decret. Hic, id eſt, in noſtro titulo generaliter tractatur de probatione, deinde in ſubſequenti, de probatione, quæ fit per teſtes, poſt, de ea quæ fit per inſtrumenta. Ex hac definitione colligitur, iudicem ſequi non debere, quod ſibi verum, rectumque videtur, ſed quod probatum eſt legitimis modis, teſtibus nimirum, aut inſtrumentis. l. illicitas. §. veritas. D. de offic. præſid.

Latiſſimè tamen patet iudicis arbitrium in hac probatione aſtruenda. Nec quidem ad vnam probationis ſpeciem debet iudex ſtatim alligari, ſed ex animi ſui ſententia æſtimabit, quid aut credat, aut parum ſibi probatum opinetur. leg. 3. D. de teſti. Et iudex quippe motum animi ſui ex argumentis, & teſtimoniis, quæ & rei aptiora, & vero proximiora eſſe compererit, cõfirmabit, vti tradit Arcadius in l. ob carmen. in fi. D. eo. Hæc de definitione probationis ſatis ſuperque. Ex qua quidem intelligi poteſt, quid dicendum ſit de confeſſione. Solet enim quæri, an ſit probatio. Cum quis non inficiatur, ſed confitetur in iudicio, nulla eſt opus probatione, cum probentur ea, quæ controuerſa ſunt, atq. incerta: alias non poteſt iudex pronuntiare. Confeſſus autem habetur pro iudicato, & condemnato. l. 1. D. de confeſſ. neque probatio, neque ſententia neceſſaria eſt. Non probat quidem confeſſus, ſed exoneratur probãdi neceſſitate. Ergo confeſſio non eſt probatio. Argumento eſt etiam quod titulus de confeſſ. non ponitur in hac parte, ſed alia in parte valde remota ab hoc tractatu de probationibus. Si quis tamen appellare voluerit probationem, quod vim probationis habeat, cũ eo nulla eſt mihi contentio, modo id intelligamus per abuſionem: ſed nos de proprietate verborum hic loquimur. Et hæc intelligenda ſunt, cùm reus confitetur in iudicio quod intendit actor: quo caſu nulla requiritur probatio. Aliquando inficiatur reus, quod intendit actor, tamen dicit actor eum confeſſum fuiſſe, & hoc teſtibus, & inſtrumentis probari debet. An probatio ſit, ex iis quæ poſtea dicturi ſumus, manifeſte apparebit hanc non eſſe plenam probationem.

De iureiurando ſimilis eſt quæſtio, an ſit probatio. Iurare deferente parte, non eſt fidem facere teſtibus, aut tabulis. Cum enim quis iurat deferẽte aduerſario, non probat, ſed exoneratur probandi neceſſitate. d. l. eum qui. ff. de iureiur. Perinde eſt ac ſi probatum eſſet, cum iuſiurandum pro veritate habeatur. l. ſed etſi poſſeſſori. §. vlt. eod. Aduerſarius reo volente iurauit ſibi deberi pecuniam, & initum pactum eſt, vt is vincat, qui in iudicio iurauerit. Vim ſanè probationis habet hoc iuſiurandum, cum teſtis ſit atque iudex in cauſa ſua. l. 1. quarum rerum actio non dat. l. vlt. de fideicom. C. Sed abuſiue quidem nos de proprietate loquimur. Abſolutus eſt primus locus diſputationis huius.

Cap. III.

De diuiſione probationis.

Diximus quid ſit probatio, diximus etiam nec confeſſionem aduerſarij, nec iuſiurandum probationem eſſe, ex definitione noſtra. Vtrumque tamen vim probationis habet, facitque ne qui aliquid dicit, probare cogatur: & cum aduerſarius iurauit, altero deferente, nulla eſt neceſſaria probatio. Nec nos mouere debet Quintilianus lib. 5. institut. orat. qui ponit iuſiurandum inter probationum genera. Nam latius accipitur verbum probatio, apud Rhetores, quam apud Iuriſconſultos. Ponunt enim res iudicatas (quas Fabius præiudicia vocat) in numero probationum, item leges ipſas: vocantque probationem, confirmationem eius quod dicimus, ſiue in iure id conſiſtat, ſiue in facto: & in omni ſtatu ſeu conſtitutione, ſiue coniecturali, ſiue iuridiciali, vtuntur probatione. Lis enim nulla eſt, (inquit Quintil.) cui probatione opus nõ ſit. Et ſane cum de iure quæritur, ſolet diſputari de eo inter litigantes: ac multa afferuntur, vt probetur aliquid iure eſſe factum, aut non eſſe. Nos probationem ita accipimus, quaſi ad conſtitutionem coniecturalem tantum pertineat, cum quæritur de facto, non de iure. Rara ſunt exempla eius probationis quæ ad ius pertineat, apud Iureconſultos noſtros. Sed de hac re poſtea aliquantò plura dicemus, ad l. ab ea parte. hic. Iam ſequitur probationum diuiſio valde vtilis in hac diſputatione. Ariſtoteles quidem, Cice. Quintil. & alij diuidunt probationem in artificialem, & inartificialem: illa ἔντεχνος, hæc ἄτεχνος dicitur, nos artificialem, & inartificialem vulgo dicimus. Atque ita loquitur Quintilian. Ariſtotelem interpretans, lib. 5. cap. 1.

Iam diximus probationem apud eos latius patére, & pertinere etiam ad quæſtiones iuris: apud Iuriſconſultos non itidem. Itaque ab eorum via nonnihil deflectimus & diuidimus probationem, quę ad factum tantũ pertinet, & quæ teſtibus, aut tabulis conſtat. nã ſolã probationem agnoſcimus inartificialem. Eſt apud nos genus, quæ ſpecies apud Rhetores: dicimus igitur probationem aliam directam, aliam obliquam. Directam vocamus, cum idipſum continetur tabulis aut teſtimoniis, quod intendimus, ſiue probare volumus. Exemplum, aio me tibi pecuniam certam credidiſſe, profero inſtrumentum, produco teſtes, qui adfuerunt numerationi. Hæc probatio eſt directa, quia directo probatur ex ipſis inſtrumentis, & teſtimoniis. Et eſt hæc probatio verè ἄτεχνος & inartificialis, & quidẽ rectius ac verius inartificialis, quam quæ à Rhetoribus ita vocatur, quia eſt omnino artis expers, nec vlla opus eſt arte ad fidem faciendam. Obliquam vocamus, cum directo non probatur tabulis aut teſtibus id quod intendimus, ſed id ex eis colligitur argumentando. Et hæc poteſt dici artificialis, quia ex arte cognoſcimus quæ quibus præpoſitis ſint conſequentia, Dialectica videlicet, atque etiam Rhetorica. Eſt enim Rhetorica Dialecticæ ſimilis, & vt Ariſtot. ait ἀντίστροφος: vtraque organum quoddam eſt iuriſprudentiæ noſtræ. De directa nunc plura non ſunt dicenda. Dicendum eſt de ea quam vocamus obliquam & indirectam. Vtimur his verbis demonſtrandi cauſa, quæ ſatis latina ſunt, & ad docẽdum accommodata. Non enim grata eſt nobis nouatio verborum ſine vtilitate.

Cap. IIII.

De ſubdiuiſione probationis obliquæ, & de ea quæ neceſſaria dicitur.

Huius probationis obliquæ ſcilicet, tria ſunt genera, ſiue gradus quis appellare malit, neceſſaria, veriſimilia, & leuia: Quintil. non repugnante vocat,

Neceſſaria & certa, cum id quod intendimus, colligitur neceſſario ex inſtrumentis ipſis, aut teſtimoniis. Exempli gratia: ſi peperit mulier, neceſſe eſt, cum viro concubuiſſe. Partus probatur teſtibus. Alterum autem colligitur ex ipſis teſtimoniis neceſſario: quia non poteſt non ita eſſe, vt ea mulier, quæ peperit, cum viro non concubuerit. Exemplũ eſt igitur huic probationi aptum: ſicuti cum dicimus, qui Athenis fuit certo aliquo die, eodem non fuiſſe Romæ. Si igitur Athenis illo die aliquid feciſſe arguatur, debebit ſuum alibi probare. l. optimam. Cod. de contrahen. & commit. ſtipul. Aliud exemplum Vitruuij de corona aurea, adduxi in lib. quem inſcripſi Scæuola. Aliud exemplum peti poteſt ex Plutarcho, in Alcib. ad reuellendos teſtes illos qui aiebant: Alcibiadem ſtatuas fregiſſe, & hoc illum facientem vidiſſe ſe noctu: ille ait eo tempore nouilunium fuiſſe, noctem illunem & obſcuram fuiſſe, nec potuiſſe videri noctu. Sunt hæc ſigna certa & indubitata, quę Ariſtotel. vocat τεκμήρια. Itaque valet hæc probatio ad condemnationem. l. vltim. Cod. hoc titul. & etiam in criminali iudicio, vt poſtea dicemus.

Cap. V.

De veriſimili probatione.

Secunda eſt veriſimilis, ſeu credibilis, cum ex tabulis, aut teſtimoniis colligitur, quod intendimus nõ naturali & neceſſaria, ſed probabili ratione. Hæc diſtinguitur aliquando à probatione, & præſumptio dicitur in rubrica ipſa: præſumere dicitur quaſi prius ſumere: quia id animo, & cogitatione ſumitur, antequã certum aliquid allatum fuerit. Præſumpta opinio dicitur à Quintil lib. 2. Inſtit. orat. Præſumpta ſuſpicio apud Tacitum ita accipitur. Noſtri dicunt præſumptionem, quod verbum vix reperias apud veteres auctores. Oritur ergo ex ratione aliqua probabili, veriſimili, credibili, non certa, non neceſſaria. Quid autem credibile ſit, aut non ſit, non poteſt in vniuerſum definiri. Quintil. lib. 5. c. 10. id ex cõmuni intellectu induci ait. Cõmunes ſunt quædã animi cõceptiones (quas Græci κοιναὶ ἔννοιαι vocant) inſitæ nobis natura, quæ multum valent ad hoc iudicandum, iuuant etiam plurimum in hac re mores hominum, vſus, experientia, & oportet hominem πολύπειρον, eſſe qui ad hæc iudicanda ſit idoneus. Conferunt Ariſtotelis præcepta in libro ſecundo Rhetor. quibus docet, qui ſint hominum mores, quid cuique rei accidat, quid conueniat homini cum quaque re. Proderunt etiam Iuriſconſult. exempla de quibus nunc dicemus. Magis enim vtuntur exemplis, quam præceptis Iuriſconſulti.

Exemplum probationis veriſimilis, ſiue præſumptionis, vnum eſt vulgare de mutatione voluntatis apud Vlpianum in l. cum qui. 22. hic. Voluntas præſumitur non eſſe mutata: ideo qui mutatam dicit, probare debet, & qui heri aliquid voluit, creditur & hodie idem velle, niſi aliud appareat. Poteſt tamen aliter ſe res habere, cum homines ſæpe conſilium ac voluntatem mutent. Homo quippe eſt εὐμετάβολον ζῶον, vt ait Plato in quadam epiſtola: ſed in dubio præſumitur manere in eadem voluntate, & ex præteritis ſolent æſtimari præſentia, inquit Quintilia. lib. 5. cap. 10. Ex communi ſenſu hoc æſtimatur. Ecce cum dubitatur, an Titius aliquid velit, quiſquis intellexerit eum id heri voluiſſe, facilius credet, & hodie velle. Sic dicimus eum qui recte valet, peruenturum eſſe in craſtinum, apud eundem Quintilia. ſic iudicamus, quamuis incertum ſit. Dubitatur an Titius viuat hodie, nemo eſt, qui non ſit propenſus ad credendum eum viuere, vbi intellexerit, eum heri recte valuiſſe. Huic præſumptioni maxime locus eſt, ſi non magnum ſpatium temporis interceſſerit. Non eſt enim facile quemquam ſtatim mutare, ac corrigere quod fecit. l. nõ ad ea. ff. de condi. & demonſtrat. Poſt longum tempus facilius præſumeretur mutatio. Huc pertinet quod traditum eſt ab Vlpian. in leg. fideicommiſſa. §. ſi rem. D. de legat. 3. de teſtatore qui rem alienam legauit: alienauit (inquit) forte coactus neceſſitate: & nihilominus debetur legatario, niſi probetur, ei adimere teſtatorem voluiſſe. Probatio autem mutatæ voluntatis, ab hæredibus eſt exigenda, cum non præſumatur mutata voluntas, niſi probetur. Poteſt autem probari contraria voluntas aliis coniecturis. vt ſi quia teſtamentum poſterius fecerit, non creditur reliquiſſe legatum prioris teſtamenti, ſi nullam fecerit mẽtionem in poſteriore. Totum enim prius teſtamentum reuocatur ipſo iure & rumpitur. §. poſteriore. Inſtitu. quibus mod. teſtam. infir. Quod eſt intelligendum, niſi aliqua probabilis ſit coniectura non mutatæ voluntatis. Adducit & in hoc exemplum tale Papinianus in leg. 3. hic. Quidam fecit teſtamentum, in quo inſtituit hæredem, & fideicommiſſum reliquit homini non capaci, & cui relinqui non poterat, veluti homini cœlibi contra legem Papiam, cuius meminit Iuſtinianus in Inſtitutionibus. Nam cœlebs legatum capere non poteſt ex teſtamento iure veteri. l. 1. Cod. de infirm. pœn. cœlib. &c. Itaque hoc legatum fiſcus vendicare poteſt. leg. 3. D. de iure fiſci. cum ſit relictum in fraudem legis. Deinde poſterius teſtamentum factum eſt, in quo idem hæres ſcriptus fuit, qui in priori teſtamento: fiſcus petit id, quod relictum fuit contra legem: negat hæres quicquam fuiſſe relictum in fraudem legis: quæritur hic, cui incumbat onus probandi? ait hic probationem mutatæ voluntatis incumbere hæredi. Et rationem adfert, quia ſecreti ſuſcepti ratio plerunque rerum dominis perſuadet, eos ita hæredes ſcribere, quorum fidem elegerunt. In ſecundo enim teſtamento præſumitur teſtator tacuiſſe quod ſecretum eſſe voluit, atque occultum, ne fiſcus id intelligens vindicaret. Et credibile eſt, eundem inſtitutum hæredem quod ſecretum eſt, ſuſcepiſſe, cum eius fides prius electa fuerit.

Aliud exemplum huius præſumptionis eſt ex Celſo in hanc ſpeciem in l. quinquaginta. hic. quidam teſtamento quinquaginta legauit, idem ſcriptum eſt in codicillis poſtea, legatum explicare voluiſſe creditur. Proinde hæredi probatio incumbit, non voluiſſe duplicare. Coniectura eſt, quia duæ ſcripturæ proferuntur, ideo conſulendum eſt iudicium, ſenſuſque communis. Nemo eſt ſenſu communi præditus, qui non præſumat, prima facie duplicem ſummam legatario deberi, niſi forte hæres contrarium probauerit. Huic aduerſatur Vlpian. alibi in l. plane. §. eadem res. C. de legat. 1. Vbi hoc in caſu legatario probationem incumbere aſſerit, non hæredi. De hac antinomia quid ſentiam, ſcripſi lib. 1. de iure accreſ. cap. 7.

Aliud exemplum huius præſumptionis ex Modeſtino profertur, de cancellatione inſtrumenti, qua liberatio præſumitur, quamuis non neceſſario conſequatur. l. ſi chirographum. 24. huius titu. Nam caſu aliquo potuit chirographum cancellari, non vt liberetur reus. Sed tamen in dubio creditur in cauſam liberationis id factum: quia ita fieri vt plurimum ſolet. Et quia non eſt firma nec plena probatio, poteſt contrarium probari. Et hoc generale eſt in omnibus huiuſcemodi præſumptionibus, vt qui contra probare velit, debeat apertiſſimas probationes opponere. Vlpianus in l. non veriſimile. D. de eo quod metus cauſa.

Aliud etiam exemplum producitur ex Celſo in hanc formam: quiſque præſumitur hæredibus ſuis conſulere, quoniam hæredes noſtros eodem loco habemus,

quin & nos ipſos, vt qui vicem noſtram teneant, noſtram repræſentent perſonam, & per quos nomen noſtrum conſeruetur. leg 9. hic. l. mortuo. de fide inſtrumen. l. hæres quandocunque. D. de acquir. hæredi. Hic ergo ſpectandum eſt quod eſt in hominum more poſitum. Quare ſi quis ſibi paciſcatur, & hæredibus ſuis paciſcitur. Eſtque hæc probatio veriſimilis non plena. Proinde probari poteſt voluntas contraria. coniungenda eſt hæc lex cum l. auus. D. de pact. eadem eſt enim inſcriptio vtriuſque capitis, vbi etiam conſulere hæredi conceſſum eſt contra regulam Pauli, in l. quo tutela. de reg. iur. D. nec tantum hæredi conſulere permittitur, ſed etiam in dubio præſumitur.

Aliud exemplum profert Paul. hoc modo, in l. ſi filius. hoc titu. Filius præſumitur eſſe in poteſtate patris: filius eſt Titij, ergo eſt in poteſtate Titij. Argumentum eſt probabile, licet non neceſſarium. Poteſt enim eſſe emancipatus, vel alio modo à patria liberatus poteſtate. Hoc intendo ex communi intellectu poſſe hanc præſumptionem æſtimari: Si quis cognouerit filium eſſe in patris poteſtate iure Romano, & talem naſci filium quemcunque. Non enim ſui iuris naſcitur, qui patre viuo naſcitur. leg. nam ciuium. D. de iis qui ſunt ſui vel alie. iur. Iuſtitut. de pat. poteſt. in princip. In re igitur dubia facilius credimus filium eſſe in poteſtate patris, quam emancipatum. Proinde ſi ad libertatem proclamet filius, prior docere iubetur, ſe eſſe patria poteſtate ſolutum. dict. leg. ſi filius. & leg. liberis. in fin. D. de libe. cau. Eſt & aliud exemplum eiuſdem Celſi in hunc modum: qui pauper eſt hodie, præſumitur & prius pauper eſſe, niſi contrarium probetur. leg. non eſt neceſſe. hic. Sed an ſit hæc vna cauſa, cur probet magiſtratus, dicam poſtea. Nam plerique contendunt, id non recte colligi ex ea lege, ſed de his loquor, quaſi ex communi ſenſu æſtimentur ſiue lege. Ecce cum dubitatur, an quis fuerit diues duobus aut tribus abhinc annis, facilius præſumitur fuiſſe diues, ſi etiam modo diues ſit: & facilius inops, ſi nunc inops ſit. Si igitur pupillo magiſtratus fideiuſſorem dederit, qui nunc pauper, & minime ſoluendo ſit, facit pro pupillo præſumptio. Ideo magiſtratus probare debet, fuiſſe ſoluēdo eo tempore, quo datus eſt ille fideiuſſor. Non eſt admodum grauis coniectura hæc, ſed tamen coniectura eſt.

Aliud exemplum eſt ex Paulo, in l. cum de indebito. 25 hic. Nemo (inquit) præſumitur ſuum donare, & effundere, nec quiſquam tam ſupinus eſt, vt ſuas temere iactet pecunias & indebite effundat. Itaque agens condictione indebiti probare debet indebitam fuiſſe pecuniam, quam ſoluit. Coniectura hæc oritur ex communi hominum natura, & conſuetudine. Sed de ea plenius infra dicturi ſumus. Aliud extat huc tranſlatum exemplum ab Vlpiano in l. filium. D. de iis qui ſunt ſui vel alieni iuris. Natus eſt ex vxore mea conſtante matrimonio, ergo eſt filius meus, quod tamen non neceſſario colligitur, præſertim in iis ciuitatibus, in quibus multi ſunt ſacerdotes, & monachi. Sed tamen præſumptio ſeu coniectura veriſimilis, & probabilis eſt, ſuadetque honeſtas matrimonij, vt ita præſumamus, cum præſertim coniecturis plerunque ſequamur quod honeſtum eſt. l. Quintus Mutius. D. de dona. inter vir. & vxor. l. etiam. C. eod. Ideo cum in controuerſiam venit, vnde ad mulierem quid peruenerit ex bonis mariti quæſitum eſſe tempore matrimonij æſtimatur, vt videtur turpis quæſtus ſuſpicio.

Aliud exemplum de cōfeſſione facta extra iudicium abſente parte, non enim eſt plena probatio, nec ſequitur, confeſſus eſt ſe feciſſe, ergo fecit. Miles glorioſus iactat ſe verberaſſe hominem, durum eſſet, huius confeſſionem temere; ac leuiter factam pro plena probatione recipi. Sed tamen magnam inducit præſumptionem. Vnde vulgo dicitur ſemiplena probatio ex conſtitutione pontificia. in cap. vlt. de ſucceſ. ab inteſta.

Cap. VI.

De leui probatione.

Tertium genus probationis eſt, quam leuem diximus, aut non repugnantem: ſic enim loquitur Fabius Quintilianus lib. 5. quæ nititur leui aliqua ſuſpicione, & opinione. Exemplum apud eundem Quintilianum furtum factum ab eo, qui domi fuit. Et ſimilia quædam hic obſeruamus. Similia apud noſtros reperiuntur argumenta. Vnum hoc eſt Pauli Iuriſconſulti in l. 4. hic. Seruum qui aufugit ab emptore, fugitiuum prius fuiſſe, coniectura eſt hic aliqua pro emptore, ſed leuis, quæ non transfert onus probandi in aduerſariū. Cum dubitatur, an quis fugerit ante annum, aut biennium: facile credemus eum fugiſſe, ſi nunc fugit. Sed leuis eſt, vt dixi, nec eius magna habetur ratio. Ideo nunc fugit fortaſſe, quia nouum dominum ferre non poteſt, cui nondum aſſuetus eſt. Notiſſimum quodque malum, id maxime tolerabile. Aliud exemplum eſt in hoc tit. de profeſſione matris in l. pen. hic. irata mater grauida, & à marito repudiata, abſente marito filiū enixa eſt, quē ſpuriū in actis profeſſa eſt. Antiqui enim liberos ſibi natos profitebantur apud acta. Marcus Philoſophus inſtituit, vt fieret ea profeſſio, auctore Capitolino. Hæc igitur coniectura leuis admodum eſt, cum præſertim repudiata à viro, atque adeo irata proponatur: ſed de profeſſione plenius infra dicemus. Aliud eſt hoc exemplum Scæuolæ in l. qui teſtamētum. hic. Confeſſio, inquit, debiti facta à teſtatore vim habet legati, ſi forte non debebatur. l. Lucius. §. quiſquis. D. de legat. 2. Sed non ſufficit ad probandum debitum, ſi forte capax non ſit legati, vt ſi deportatus, vel cœlebs ſit, qui legatum petere non poteſt, niſi vt ſibi debitum: ideo non ſufficit hoc caſu teſtatoris confeſſio. Ea tamen probationem inducit qualemcunque, ſed leuem, & infirmam, quæ facile leui alia præſumptione eliditur: quia facile præſumitur facta in fraudem legis. Et ſolent homines huiuſmodi confeſſionis prætextu plerumque leges violare.

Aliud eſt exemplum Galleni Imper. ad Iſidorum in l. neque natales. Cod. de probatio. Pater ingenuus, ergo filia ingenua. Leuis eſt hæc probatio: cum nihil prohibeat, & patrem ingenuum eſſe, & filiam ancillam, cum præſertim partus matris cōditionem ſequatur. l. partus. Cod. de rei vindic. Facit ad hoc vulgo tritum thema, non probat hoc eſſe, quod quandoque cōtingit abeſſe. Aliud & ſimile eſt exemplum Imperatoris in l. ad probationem ſeruitutis. Cod. eod. Mater, fraterque ſeruilia fecerunt miniſteria, non propterea ſeruus cenſendus ſum, cum neque ingenuorum conniuentia coniunctis neceſſitudine præiudicet, neque de ſeruis ex eadem matre natis vnus libertatem adipiſci prohibeatur. Eſt & aliud conſimile exemplum Philippi Imper. in l. inſtrumenta. C. eo. *Inſtrumenta domeſtica* (inquit) *ſeu priuata teſtatio, aut annotatio, ſi non aliis quoque adminiculis adiuuentur, ad probationem ſola non ſufficiunt.* Hæc autem æſtimantur arbitrio iudicis, nec poſſunt certa regula definiri. Ideo iudex in eis ſequitur, quod maxime ſibi credibile videtur. l. cum de ætate. 13. hic. leg. 3. D. de teſti.

Cap. VII.

De fama.

Diximus de triplici probatione, veriſimili, neceſſaria, leui. Retulimus multa, & varia exēpla ſingulariū.

De quibuſdam aliis exemplis dubitatur, de quibus nūc dicemus, ac in primis quæritur de fama, an aliqua fides ei ſit habenda, & quanta. Eſt locus communis apud rhetores pro fama, & contra famam. Contra famam dicitur ſermo diſperſus, cui malignitas initium dedit, credulitas incrementum, quod nulli non etiam innocentiſſimo poteſt accidere fraude inimicorum falſa vulgantium. Quintilian. lib. 5. cap. 3. & notus Vergilij verſus: *Tam ficti prauique tenax, quam nuncia veri.* Quare æquum non videtur ob famam hanc quēquam damnari: cum nemo ſit tam innocens, qui poſſit maledicorum hominum ſermones vitare. Cicero pro Cœlio quotus quiſque famam effugere poteſt in tam maledica ciuitate? hæc contra famam ferè dicuntur. Pro fama dicitur conſenſus ciuitatis, & publicum teſtimonium. Quintil. lib. 5. cap. 7. Cicero in Topicis vocat multitudinis teſtimonium. Iouis nuntia dicitur ab Homer. Διὸς ἄγγελος. Heſiodus vocat Deam. Æſchines multa huiuſmodi affert pro fama in oratione contra Timarchum. Ex his autem omnibus famæ non omnino fidem habendam, nec eam omnino contemnendam eſſe conſtat. Et poteſt referri ad eam, quam dicimus leuem probationem, ac ſuſpicionem. Huc pertinet quod Vlpian. ait in l. 3. D. de teſtibus. Conſentiens fama confirmat rei de qua quæritur, fidem. Cum aliæ ſunt coniecturæ, fama his accedens prodeſt ad confirmandam fidem. Ob ſolam autem famam condemnare aliquem valde iniquum eſt, ac inciuile: hinc illud Diocler. Vanę populi voces non ſunt audiendæ. l. decurionum. Co. de pœnis. Nec enim vocibus illis credi oportet, quando aut noxium crimine abſolui, aut innocentem condemnari deſiderant. Proſunt tamen interdum ad illuminādam veritatem, vt verbo vtar Vlpiani in l. de minore. §. tormenta. D. de quæſtio. Nam (inquit) & ex ſermone, & ex eo qua quis conſtantia, qua trepidatione, quid dicit, vel cuius æſtimationis quiſque in ciuitate ſua eſt, ad illuminandam veritatem pertinet. Quaſi dicat, cum aliæ ſunt coniecturę, ex quibus veritas apparet, ſed obſcurior adhuc eſt fama, & æſtimatio valet ad eam illuminandam, vt ſit clarior, & illuſtrior: hinc fit, vt interdum excuſetur is, qui famæ fidem habens aliquid fecit: vt ſi mulier audiens maritum deceſſiſſe, alij nupſit, non punitur pœna legis Iuliæ. leg. miles. §. penultim. D. ad leg. Iul. de adult. Nam etſi falſis rumoribus inducta fuit, pœnam non meretur. Non laudatur quidem nec probatur factum eius, quæ nimis credula fuit: ſed excuſatur quaſi aliqua miſeratione digna. Solet enim vulgus facile aſſentiri famæ, & rumori, qui plerunque fallax eſt, fictus & commentitius. Vulgo dicitur: Et partem veri fabula quæque tenet.

Cap. VIII.

De fuga.

Alia quæſtio eſt de fuga, ſi conuentus in iudicio, aut delatus fugerit, an ob id damnari debeat, quaſi tacita ſit quædam confeſſio admiſſi, quod ſane iniquum eſſet, nec id illo iure cautum reperitur: ſuſpicio quidem oritur, ſed leuis, ac tenuis: vt quę per ſe ad condemnationem non ſufficiat. Solent fugere etiam innocentes, quod exitum iudicij reformident, nec immerito: inde illud Alcibia. apud Plutarchum: [illegible] id eſt, ſtultum eſſe qui accuſatus, quum liceat fugere, quærat abſolui & liberari. Huius exemplum ſequi debuerant veſtri commilitones, qui nunc ſunt in vinculis. Sed ille Græcus, hi ſunt Galli, & Gallico ingenio. Olim Gallis nihil turpius videbatur, quam fugere. Scribit Deli. lib. 12. variæ hiſtor. exiſtimaſſe eos adeo ignominioſum fugere, vt ne ex ædibus quidem ruentibus, aut ardentibus effugerent. Idem ſcribit Ariſtot. lib. 3. Ethic. & Stob. ſermo. 7. Sed fuga plerunque & honeſta eſt, & ſalutaris, præſertim in bello. Vox iſta turpitudinis aliquid videtur habere, & cedere quidem honeſtius putatur. Cicero in quadam epiſtola ad Brutum: Cedebas Brute, cedebas: quoniam Stoici noſtri exiſtimant turpe eſſe fugere. Et Pontigonius cedens hoſtibus dicebat, non fugio, ſed vtilitatem, quæ retro eſt, perſequor. *Dictum memorabile Pontigonij.* Idem & in iudicio vſurpatur interdum. Ac ne quis dubitet, quin ob fugam non debeat quis damnari, locus eſt apertus de hac re in iure. l. vnica. Cod. de rapt. virg. ſi raptor virginis aufugerit, ac poſtea apprehēſus fuerit, poſt legitimas ac iuri cognitas probationes punietur. Conſimile eſt alibi exemplum in auth. vt iud. ſine quoquo ſuffra. §. neceſſitatem. col. 2. qui adminiſtrationem rexit, & faſces depoſuit, debet in prouincia per quinquaginta dies commorari, publice ſe monſtrare, & ab omnibus ſuſcipere conuentiones. Quod ſi ante aufugerit, ac captus ſit, omne quidquid furatus ſit, cauſa cognita reddet. Ex quibus notandū eſt pro conuicto quidem non haberi eum qui aufugit, niſi alia adſit probatio. Alia tamen eſt ratio eorum, qui effracto carcere aufugerunt: quos ait Calliſtratus puniendos eſſe, & ſi innocentes inueniantur ex eo crimine, propter quod impacti ſunt in carcerem. l. in eos. D. de cuſto. & exhib. reor. Nam effractura ipſa per ſe, delictum eſt. Aduerſus eum autem qui aufugit, non effracto carcere, nulla pœna ſtatuta eſt, ſi reperit fores apertas. Peccatum eſt veniale, nec ideo habetur pro conuicto, vt qui fortaſſis fugerit tædio carceris, aut cupiditate libertatis magis, quam conſcientiæ ſceleris alicuius. huc pertinet & illud: Qui fugit cum in carcere, vel ſub cuſtodia eſſet, in numero deſertorum non computatur: quia cuſtodiæ refuga, nō militiæ deſertor eſt. Is tamen qui carcere effracto fugerit, capite punietur. l. miles agrum. §. eius fugam. D. de re milit.

Cap. IX.

De præiudiciis.

Alia eſt quæſtio de præiudiciis, id eſt, de rebus ante iudicatis, de quibus docte ſatis ediſſerit Quintilianus lib. 5. cap. 2. Quæſtio hic proponitur de iudice, qui pronunciauit de facto inter alias perſonas. At certi iuris eſt, res inter alios iudicatas, aliis non præiudicare. l. ſæpe conſtitutum. D. de re iudic. Verbi gratia, ſi iudex pronunciauit rem quæ mea non eſt, meam eſſe, ſententia non nocebit vero domino, inducit tamen ſuſpicionem aliquam & præſumptionem. l. à ſententia. D. de appell. Et illa ſententia pronior eſt iudex ad me adiuuandum. l. ſi duo patroni. in princ. D. de iureiur. Excipiuntur aliqui caſus, vt ſi quis ingenuus pronunciatus ſit coram contradictore. l. ingenuum. D. de ſtatu homin. Vel ſi ex cauſa da inofficioſo cognouerit iudex, & contra teſtamentum pronuntiauerit pro hærede, oberit hęc ſententia legatariis, fideicommiſſariis, & aliis id genus. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. D. de inoffic. teſta. Dixi plenius in d. l. ſæpe conſtitutum.

Cap. X.

De vi præſumptionum in criminalibus.

Alia eſt quæſtio, an ex præſumptionibus damnari quis poſſit criminali iudicio, & vulgo dici ſolet non poſſe. l. abſentem. D. de pœnis. Non enim æquum eſt, ſuſpicionibus aliquem damnari. l. 1. §. ſed etſi incertum. D. de ventre in poſ. mitten. Conuenit autem inter omnes, poſſe quæſtionem haberi, ſi ſuſpicionibus vrgeatur. l. vlt. D. de quæſtionib. Quod ita accipiēdum puto, ſi indicia ſint luce meridiana clariora, & ad fidem indubi-

Digitized by Google

indubitata. Nã ex his indiciis plena oritur probatio. l. ſciant cuncti. C. de probat. Indicia voco etiam quæ probabilia ſunt, non neceſſaria: de probabilibus quæ Græci σημεῖα vocãt, loquitur lex, nõ de neceſſariis quæ τεκμήρια dicuntur. Nam quæ neceſſaria ſunt, hoc eſt, quæ aliter haberi non poſſunt, vix pertinere ad præcepta artis videntur: & vbi ſignum, ſiue indicium eſt indiſſolubile, ibi ne lis quidem eſt, vt coiiſſe eam cum viro quæ peperit. Conſimilia alia referuntur à Quintiliano lib. 5. cap. 9. Ex quibus emanat ἀπόδειξις, id eſt, euidens & inexpugnabilis probatio. Cæterum concurſus non neceſſariorum indiciorum facit, vt certiſſima & indubitata habeantur, vt in l. ſi qui adulterij. C. de adult. Verbi gratia, adulterij accuſati intentata depulerunt proximitatis obtẽtu: hi ſi poſtmodum in nuptias ſuas contuberniumque conuenerint, facinus illud in quo fuerunt accuſati, manifeſta fide, atque indiciis euidentibus publicabunt. Euidens probatio dicitur etiam illa, quæ gignitur ex cõiecturis. l. ſi quis locuples. D. de manumiſſ. teſtam. l. licet Imperator D. de legat. 1. Quæ enim non proſunt ſingula, multa iuuant. Bart. in d. l. licet Imperator. Confirmat hoc Vlpia. his verbis, in l. 1. § idem Cornelio. D. de quæſtionib. Vbi non in vnius quidem ſerui quæſtione fides rei conſtituitur, argumentis cauſa examinanda eſt. Idem etiam intendit Imperator Conſtantinus de falſitatis crimine detegendo diſputans, tunc (ait) acerrima fieri debet indago, argumentis, teſtibus ſcripturarum collatione, aliiſque veſtigiis veritatis. l. vbi falſi. C. ad l. Cornel. de falſis. Conſimile eſt, quod alibi tradit Arrius Menander Iuriſconſultus in l. non omnes. §. à barbaris. D. de re milit. Præterea noſtram ſententiam confirmant præcepta rhetorum Ariſtot. Cice. Quintilia. Item orationes Ciceronis, ex quibus perſpicuum eſt, id olim Romæ vſitatum fuiſſe. Quare multum diſſentio ab iis, qui putant non poſſe quemquam condemnari ex coniecturis quantumlibet vrgentibus. Vnde ait Cicer. lib. 7. in Ver. bonum iudicem nõ eſſe, qui certa ſuſpicione non mouetur. veluti homo dicitur occiſus à Titio, illius erat capitalis inimicus, minatus ei fuerat, atque inſidiatus, viſus eſt eodem loco, & tempore perturbatus & iratus cum gladio cruento, fugit metu perterritus, apprehenſus & interrogatus, nihil reſpondit: deprehenſa eſt in eo inconſtantia, trepidatio & alia huiuſmodi. Hæc ſigna euidentia ſunt, & quaſi tacita quædam teſtimonia. vt ait Cicer. in Partitionibus Oratoriis. Non dubitarem hunc carnafici tradere, ſi iudex eſſem.

Cap. XI.

Cui incumbat probandi onus.

Diximus de variis probationum generibus. Sequitur alius locus, in quo quæritur, quis probare debeat. Non enim poteſt iudiciũ exerceri, niſi vnus probationis onus ſubeat. & ſolent de eo magnæ eſſe contentiones. §. retinendæ. Inſtitut. de interdict. Nam eo non probante, cui id onus incumbit, vincit aduerſarius. Ergo definiendum eſt aliquid de hac re, & quædam traduntur regulæ à Iureconſultis noſtris, quas nunc explicabimus. Prima eſt in l. 2. hoc tit. ei qui dicit non qui negat, probatio incumbit. Quod eſt accipiendum, ſiue ſit actor, ſiue reus: nam reus non ſemper negat, atque inficiatur, ſed interdum aliquid dicit pro defenſione ſua. Et cum vnus tantum dicit, res eſt expedita, aut cum nihil eſt controuerſum, niſi quod vnus dicit. Exempli gratia, aio me tibi pecuniam credidiſſe, negas ſimpliciter, mihi tantum incumbit probatio, cum ſolus dicam, & affirmem. Aliud exemplum: Pecuniam tibi certam credidi: fateris, ſed te ſoluiſſe ais. Vterque aliquid dicit, ſed quod dicit alter, non eſt controuerſum. Probandum erit ergo id tantum, quod reus dicit, & eius eſt probare, quia dicit. Aliud exemplum: Pecuniam tibi credidi, fateor (inquis) ſed pactus es, ne peteres: verum eſt (inquam) ſed metu compulſus, aut dolo inductus: nihil eſt hic probandum niſi metus, aut dolus. Et probabit actor, quia dicit replicando. In his quæſtionibus nulla eſt difficultas cum vnus tantum dicit, aut cum id tantum eſt controuerſum, quod vnus dicit. ſed plerunque accidit, vt vterque dicat, atque ideo probare debeat, quia dictum vtriuſque eſt controuerſum. Transfugiſti ad hoſtes, non transfugi, ſed ab hoſtibus captus & remiſſus ſum: vterque dicit, & probare debet. l. omnes. §. à Barbaris. D. de re milit. Item difficile eſt plerunque diſcernere, vter dicat, & vter neget: videturque interdum eſſe negatio, quæ affirmationem habet, aut contra. Inde naſcuntur magnæ difficultates, & perplexitates, ſed pro declaratione huius rei referemus exempla, quibus hic vtuntur Iuriſconſulti, & ex ea explicabimus. Vnum eſt Papiniani in l. 1. hic. Cum quæritur an gentem, ſiue gentilitatem quis habeat, an genus tantum: & qui hoc allegat probare debet. Genus autem dicitur eorum, qui eiuſdem nominis ſunt, familiæ, agnationis, & qui ab ingenuis oriundi ſunt. De quibus Cicero multis in locis agit, in Topic. & lib. 1. de Ora. & ad Heren. lib. 2. cap. 26. Vnde videntur gentiles homines dici noſtro tempore. Sic accipitur in lege decemuirali. l. pronuntiatio. D. de verborum ſignificatio. Ex lege 12. Tabul. agnatis, & gentilibus defuncti hæreditas defertur. Genus vero latius accipitur, & pertinet non tantum ad agnatos, ſed etiam ad cognatos, ſed hęc differentia confunditur ſæpe, & vnum pro altero in iure vſurpatur, ſed nihil refert in hac diſputatione. Hoc autem eſt accipiendum cum is allegat gentem, aut genus, vt Papiniani verba oſtendunt, forte petit hæreditatem, & dicit ſe gentilem eſſe. Sufficiant hæc de expoſitione legis primæ tituli noſtri.

Aliud exemplum eſt Diocle. & Max. Imperat. in l. cum te. Cod. de probat. de minoris ætatis probatione, quæ incumbit ei, qui dicit, ſiue agendo, ſiue excipiendo. l. ſi minorem C. de in integr. reſtit. Aliud eſt exemplum Pauli de actione redhibitoria in l. 4. hic. Cuius interpretatio, & intellectus peti poteſt ex Vlpiano Iuriſconſulto quis ſit fugitiuus, diffiniente in leg. quis ſit fugitiuus. D. de ædilitio edict. Cauſa actionis redhibitoriæ eſt, quia vendidit quis ſeruum fugitiuum, probatio incumbit actori, idem iudicatur de patrono qui reuocare vult, quod eſt alienatum à liberto ſuo: duo dicit, nempe alienatum eſſe, & in fraudem ſuam alienatum, vtrumque probare debet patronus, l. patronus. 6. hic. Conſimile eſt, quod Martianus de actione hypothecaria ſcripſit in l. ante omnia, hic. Cui non eſſe locum ait, niſi duo probata ſint: nempe rem obligatam eſſe, & tempore obligationis fuiſſe eius, qui eam obligauit. De eo qui excipit, aut replicat, exempla ſunt clara, & varia in hoc tractatu. Nec dubium eſt, quin Paulus aſſerens, eius eſſe probare, qui dicit in l. 2. hic. ſenſerit etiam de exceptione: quia loquitur generaliter. Argumento vel illud eſt, quod ſcriptum id eſt in tractatu de exceptione, vt inſcriptio oſtẽdit. lib. 69. ad edictũ. Qui igitur aliquid dicit, ſiue agat, ſiue excipiat, probare debet quod dicit, cum reus excipiendo actoris partibus fungatur. l. 2. & l. in exceptionibus. hic. l. 1. C. eod. Aliud exemplum hoc eſt, ſi teſtator ſciens rem alienam legarit, eam hæres præſtare legatario debet, ſecus ſi ignorans. l. ſi res. D. de legatis 1. Legatarius contendit fundum quempiam ſibi eſſe legatum, hæres dicit eſſe alienum, & ignorantem teſtatorem eum legaſſe: vtrius erit probare, teſtatorem ſcientem alienum fundum legaſſe? Martianus reſpõdit, legatario id probandi onus incumbere, in l. verius, hic.

Aliud eſt eaemplum Vlpiani in hoc titulo de motatione voluntatis in l.eum qui 22. hic.non præſumitur voluntas mutata, vt ſupra diai.Proinde qui aliquid voluit,& præſumitur ounc velle, niſi probetur voluntatem mutaſſe.Aliud exemplũ eſt Celſi in 12.cap.hic.Legata ſunt bis quinquaginta, teſtamento,& codicillis.Legatarius ait,ſibi cẽtum eſſe legata,nẽpe quinquaginta ex teſtamento,totidemque codicillis:hęres fatetur hoc legatum fuiſſe,ſed contendit alterum legatum inane eſſe & teſtatorem repetiiſſe in codicillis illa quinquaginta quod oblitus fuerat ſe quinquagiuta in teſtamento reliquiſſe, & alteram ſcripturam inanem eſſe ait. Quod quidem probare debet hæres: cum iure fauorabiliores ſint legatarij,qoam hæredes:atque ideo mutatæ voluntatis probario ab hæredibus exigẽda ſit. l.fideicommiſſa.§.ſi rem ſuam D. de legat.3.Aliud eaemplum eſt eiuſdem Celſi in eap.17.huius titu. Cuius ſpecies hæc eſt:Legatarius dicit,aio centũ mibi legata eſſe, hæres ſic excipit, at locus eſt Falcidiæ, quia legata excedũt dodrãtẽ, probare debet hęres quod intẽdit.

Aliud eſt exemplum Pauli in 5. cap. hic, cuius hæc eſt ſpecies:accuſas me facinoris alicuius puta falſi, dico te prohibitum eſſe ſpecialiter accuſare : quia ſcilicet miles ſis aut infamis, aut filius, aut libertus meus es, vel mulier, vel pupillus, vel propter alias cauſas, de quibus egit Marcellus in l.qui accuſare. D.de accu. Si id neges, debeo probare, non ius, ſed factum ipſum, quod allego:ius quippe certum eſt,& notum,vnde nec probationem requirit.l.a.C.de iuris & fact.igno.Ideo vix defendi poteſt vulgaris opinio interpretum, qui dicunt negationem iuris hic eſſe. Iam dixi ſupra,probationem apud Iuriſconſultos noſtros referri ad ſtatum coniecturalem,quamuis Rhetores latius accipiãt. In hac igitur ſpecie reus ait prohibitum eſſe ſpecialiter, quia generaliter permittitur cuiuis ea populo accuſare.Inſtit.de pub.iud.in priocip.

Aliud eſt eaemplum de emãcipatione, quod poſtea declarabitur,cum de negante diſſeremus. Dixi probationem eius eſſe qui dicit, ſiue agendo, ſiue excipiendo, & id demonſtrari variis exemplis. Addendum eſt aliud exemplum ea Imp.Dioc. & Max. in l. ſiue poſſidetis.Cod. hoc tit. Duplex proponitur ſpecies, prior nullam habet difficultatem. Emancipatus agit aduerſus fratrem,eundemque poſſeſſorem:contenditque ſibi à patre prædium eſſe donatum: dubium nõ eſt quin donatum probare debeat. Altera ſpecies,cum emancipatus poſſidet donatum prædium, & ait lex, eum adhuc probare debere. idque ſecundum regulam, quia dicit hæres agens petitione hæreditatis, ita loquitur: Sum hæres patris, cuius tu fundum poſſides, tu illum mihi reſtitue: emancipatus ſic reſponde, fateor, ſed mihi à patre donatus fuit. hic probat donatum reus, quia id dicit ſcilicet excipiendo:regula igitur noſtra,ei qui dicit, &c. intelligenda eſt, niſi præſumptio iuris transferat onus probandi in aduerſarium. Exemplum eſt io l.ſi chirographum hic. Creditor petit pecuniam ſibi debitam ea mutuo,fatetur reus,ſed ſe ſoluiſſe contendit, io cuius rei probationem profert chirographũ cancellatum, quod non ſufficit ad probatiooem:ſed tamen nulla alia probatio exigitur ab eo, propter præſumptionem iuris: nec ideo tamen abſoluitur,ſed datur facultas actori contrarium probandi, caſu ſcilicet aliquo deletum eſſe,aut cancellatum,aut ab alio,quam ſe eſſe deletum & cancellatum. Sic eliditur præſumptio certiore probatione, illa tamen iuris præſumptio transfert onus probandi in actorem. Eadem eſt ratio huius exempli: metu illato me coegiſti rem meam dare,ſic ait actor, cui reus: ſed ſpoote dediſti, nulla coactus neceſſitate,in vrbe inquam dediſti, vbi erant magiſtratus, quos adire, & inuocare potuiſti, quò vtique te vim pati prohiberent. Reus quidem non probat, propter præſumptionem, ſed actor potius, qui huiuſmodi præſumptiooi debet apertiſſimas probationes violentiæ opponere.l.vltim.in. princ. D.de eo quod met.cauſ. Abſque hac præſumptione dubitari poteſt, vter debeat probare:nam vterque aliquid dicit,de quo poſtea dicetur.Sed vtcumque ſit,manifeſtior probatio exigitur ab actore, propter præſumptionem qua iuuatur reus.Huc pertinet etiam, quod de condictione indebiti dicitur, vter probare debeat: actor intendit, ſe indebitum ſoluiſſe, reus contra,debitum fuiſſe. Vterque hic dicit aliquid,vnde naſcitur difficultas,Ego ſolui indebitum (inquit actor) iure debitum recepi (ait reus)vterque probare poteſt quod dicit.Cum occurrit talis ſpecies, ſequimur quod æquius videtur, ita tamen vt reo magis faueamus, cùm præſertim nemo tam reſupinus ſit,vt ſua temere iactet,& effundat. c.quia veriſimile.de pręſumptio.extra leg.cum de indebito.hic. Igitur Paulus in d.l.cum de indebito.ait,actorem probare, niſi aliqua euidens ratio, & æquitas ſuadeat contrarium,veluti cum reus negauit ſolutum,& conuictus eſt mendacij, vel ſi actoris ea ſit perſooa,vt veriſimile ſit,eum indebitum ſoluiſſe,puta ſi minor, miles, ruſticus,mulier,&c. Hoc caſu reus ſubit onus probandi,& præſumptio cedit præſumptinni, debitor ſcilicet fortiori & efficaciori. Sed quidni probet, dixerit aliquis, cum reus debeat probare ſuam eaceptionem?Non poteſt dici mera exceptio hæc eſſe, quia vtrumque dicit actor,& ſolutum,& indebitum.Sed modo probat reus, modo actor, prout æquum videbitur, ex omnibus negotij circumſtantiis: ſi enim pupillus totam ſolutam pecuniam indebitam fuiſſe dicat,debitam probare debebit reus: ſi minus, partem tantum indebitam ſolutam eſſe profiteatur, veluti cum tibi deberem centum,ducenta ſolui: peto igitur mihi centum reddi, vt indebita:Paulus ait, actorem in hoc caſu cuiuſcunque qoalitatis; ſiue ætatis fuerit, probare debere. Magna quippe præſumptio eſt contra eum qui fatetur ſe partem debuiſſe:addit,id etiam dicendum eſſe,ſi actor fateatur ab initio debitum fuiſſe quod ſoluit, ſed obligationem fuiſſe ſublatam contendat ſolutione,vel pacto de non petendo. *Debita:* in Pandectis Florentinis legitur debita,in aliis indebita. Ego lectionem P.Flor. probo,& ſequor. Senſus eſt: tutus exceptione pacti ſi conueniatur à creditore,eam probare debet: item reus conuentus qui allegat,ſe ſoluiſſe debitum,probare debet ſolutionem.Mirum igitur non eſt,ſi repetens ſolutum probare debeat,ſublatam fuiſſe obligationem ſolutione, vel pacto de non petendo. *In omnibus autem, &c.* Is cui incumbit probatio, iuſiurandum aduerſario deferre poteſt, de quo alibi diſputaui ad l. manifeſtæ turpitudinis.D.de iureiur. Quamuis quidam diſſentiat ſecundum regulam l.qoi accuſare.Cod.de eden.Sed ea eſt accipienda cum exceptione,niſi iuſiurandum detulerit ex edicto prætoria.l.iuſiurandum. §.ait prætor.d. titu.de iureiurao.Sed quia id plene declaraui, oon nũc repetam:quæ de cautione ſequuntur pertinent ad titu. de fide inſtrumen.de quibus ibi dicemus. Ex iam dictis apparet,præſumptionem iuris multom valere,ad eaonerandum aliquem probatione,vt quæ probandi onus in aduerſarium transferat, hoc eſt, non eam quidem vim habet, vt ex ea ſtatim quis abſoluatur, cum eius contrarium probari poſſit, niſi forte aliud iure conſtitutum ſit, vt ſi maior quantitas fuerit deſcripta inuentario publice confecto ea confeſſione tutoris vel curatoris,oihil aliud eſt inſpiciendum, quam quod inſcriptum eſt, ſed ſecundum vires eiuſdem ſcripturæ patrimonium pupilli, vel adulti exigitur. Neque enim ſic homo ſimplex, imo magis ſtultus inuenitur, vt in publico inuentario ſcribi aliquid contra ſe patiatur,

ideo

ideo non admittitur contraria probatio, leg. vltim. C. arbitr. tutel. Ius hoc certum eſt, fundatum in coniectura & conſuetudine. Hæc enim communis eſt hominum natura & conſuetudo, vt ſua non temere iactent, & ad ea ſolet adaptari ius, quæ & frequenter & facile, non quæ caſu aliquo accidunt. l. ex iis. & l. nam ad ea. D. de legib. Hanc præſumptionem vulgus doctorũ vocat præſumptionem iuris, & de iure, inepte & barbare, quæ nimirum in ſe habeat aliquid iuſtitiæ, & à iure cõſtituta, ac introducta eſt, contra quam non admittitur probatio. dict. l. vltim. C. arbitr. tutel. ſecus de præſumptione iuris tantum, cõtra quam admittitur probatio. Non idem eſt dicendum de fictione iuris, quæ multum differt à præſumptione iuris: nam contra fictionem iuris non permittitur probatio, vt lex fingit, eum qui ab hoſtibus captus eſt, deceſſiſſe ab eo tempore quo captus fuit. §. ſi ab hoſtib. Inſtit. quib. mod. ius pat. poteſta. ſol. Et præſũptioni quidem locus eſt in incertis, fictioni in certis. l. continuus. §. cum ita. D. de verb. oblig.

Cap. XII

Quando actori atque etiam reo incumbat probatio, & quando is qui negat probare debeat.

Diximus in vltima quæſtione, ei qui dicit in iudicio incũbere onus probationis. Docuimus quomodo ea regula accipienda ſit: ſequitur altera, qua dicitur probationem non incumbere ei, qui negat. l. 2. hic l. fruſtra & l. actor. C. eo. cui⁹ rei ratio hęc redditur: quia per rerum naturam factũ negãtis nulla probatio eſt. Siquidem teſtis nullam certam poteſt afferre rationem, quæ iudicem adducat ad credendum quid non eſſe factum. Exempli gratia, aio me tibi certam pecuniam credidiſſe, inficiaris ſimpliciter, quid dicet teſtis, quo mouere poſſit iudicem ad credendum, nõ eſſe à me tibi pecuniam creditam? dicet ſe non adfuiſſe, cum tibi numerarem: at hoc non ſufficiet, cum teſte illo abſente, potuerit pecunia à me tibi numerari, idque natura ipſa notum eſt, & iudicatur ex ſenſu communi. Idem clarum reddunt Diocletianus & Maxi. Impp. in l. aſſeueratio. Cod. de non nume. pecu. Cũ quid affirmatur, facilis eſt probatio per rerum naturam: & teſti facile eſt, rationem reddere quæ iudicem moueat ad credendum. Simile eſt quadantenus quod ait Cicero in partit. orat. Nemo (inquit) eius quod negat factum, rationẽ aut poteſt, aut debet, aut ſolet reddere. At cum quis factum fatetur, poteſt rationem reddere, cum id iure fecerit. Oreſtes fatetur ſe occidiſſe matrem, ſed ait ſe iure feciſſe: quoniam (inquit) patrem meum illa occiderat. hoc habetur apud Ciceronẽ libr. 1. Rheto. ad Herenium, ad fin. Sed ſi ponamus Oreſtem inficiari, quod ei obiicitur, an rationem afferet, qua probet ſe id non feciſſe? minime quidẽ: quia id per rerum naturam fieri non poteſt, vt dixi. Hinc illud vulgate apud Accur. Plus credi duobus affirmantibus, quam mille negantibus. Et hoc eſt intelligendum de ſimplici negatione. Nam plerumque affirmatio eſt, quæ videtur negatio eſſe: & an ſit affirmatio, an negatio, magis ex re ipſa quam ex verborum conceptione apparet. l. inter ſtipulantem. de verb. oblig. l. ſi prius. D. de operis noui nunt. Quod quidem facilius intelligi poteſt, quã declarari. Exemplum eſt ad hoc clarum Pauli Iuriſconſulti in 8. cap. titu. huius: aio, te in poteſtate mea eſſe, quia filius meus es, ego (inquit reus) in tua poteſtate non ſum, ſed mei iuris, & emancipatus. Affirmatio hic quædam eſt, quæ probari poteſt per rerum naturam, & incumbit probatio filio, & id quidem conuenit pietati quam debet patri. Item præſumptio eſt pro patre, cum filius fateatur ſe filium eius eſſe. Conſimile eſt illud Martiani in l. verius. 21. hic. teſtator ſciens legauit rem alienam, imo (reſpõdet reus) ignorans legauit, hic vterque dicit aliquid, & poteſt vterque probare, ſed in dubio probare debet is qui agit: magis enim fauendum eſt reo, quam actori. l. fauorabiliores. ff. de reg. iur. l. Arrianus. D. de oblig. & action. Simile eſt etiam illud exemplum, quod ſupra de mutatione voluntatis attuli, aio mihi fundum legatum, (at reſpondes) mutata eſt voluntas, imo (replico) manſit eadem voluntas: in hac ſpecie vterque aliquid dicit, quod per rerum naturam probari poſſit, ſed reus probare debet mutationem voluntatis: quia præſumptio iuris eſt pro legatario, vt ſupra demonſtraui. Aliud exemplum eſt in l. non omnes. §. à Barbaris. D. de re iudic. tu es transfuga, imo ego captus ab hoſtibus fui: vtrumque poteſt probari, ſed hoc iudicari poteſt ex coniecturis: ſi autem deficiant coniecturæ, in dubio videtur eſſe fauendum reo, vt iam dixi. Aliud pariter exemplum eſt Pauli in cap. 5. huius titu. aio me emancipatum eſſe, &c. At non fuit iure facta emancipatio, non enim fuit facta coram iudice. §. præterea. Inſtitut. quibus modis ius patriæ poteſt. ſol. Hic affirmatio quædam eſt: imo etiam ſi quis dicat, nego emancipationem iure factam, nego ita eſſe, id eſt, dico ita non eſſe, apud Ciceronem & alios. Cicer. de Amicitia, negat quemquam eſſe virum bonum, niſi ſapientem. Inde negatoria actio dicta eſt. leg. 2. D. ſi ſeruit. vendi. §. æque. Inſtitut. de actio: Aio, tibi ius non eſſe, vtendi, fruendi, eundi, agendi, &c. Hic eſt quædam affirmatio, ſed etiam negatio dicitur, & negatoria, vt opponatur alteri actioni, qua quis ſibi aſſerit deberi ſeruitutem. Res igitur hic magis ſpectanda eſt, quam verborum conceptio. Simile eſt exẽplum Imper. Dioclet. & Maxim. in leg. nec codicillos. C. de codicil. Cuius hæc eſt ſpecies: pero legatum ex codicillis, hæres negat & contendit, codicillos non eſſe iure factos ab eo, qui furioſus eſſet & non ſanæ mentis: hæredi incumbit probatio. eſt enim affirmatio quædam, quæ ſpeciem habet negationis. Extat & aliud exemplum Vlpiani in edicto de ventre inſpiciendo. l. 1. D. de ventre inſpiciendo. l. 1. D. de ventre inſpic. qui dicit mulierem non eſſe prægnantem, ſpeciem habet negationis: cum tamen inſit quædam affirmatio, quæ probari poteſt. Nam qui dicit prægnantem non eſſe, vacuo ventre eſſe dicit, quod vt probet, obſtetrices ſolet adhibere. Simile eſt cum dicitur vulnus lethale non eſſe & ſanari poſſe. Simile exemplum eſt in l. cum de lege. 17. hic. legatarius petit legatum ex teſtamento, hæres ait tantum in bonis defuncti non eſſe, quantum legatum eſt detracta Falcidia, debet hæres quod intendit probare. Quod tametſi ſpeciem negationis habet, tamen reuera affirmatio eſt, quæ probatur. Alia poſſent adduci exempla, ſed his intellectis non difficile erit de cæteris iudicare. Cum autem mera negatio facti eſt, recte dicitur eam non poſſe probari, ſaltem directa probatione. Hoc ideo adieci, quia qui negat, quid à ſe factum eſſe, poteſt purgari coniecturis & argumentis: hoc eſt, poteſt reus, quod ſibi obiicitur, diluere coniecturis. Quod faciunt Cice. Demoſthen. & alij oratores, reos defendentes. Cice. pro Roſcio multis argumentis oſtendit nõ eſſe veriſimile Roſcium occidiſſe matrem: ad hoc multa quidem affert argumenta, & inter cætera hoc vtitur, quod vulgare eſt, ſi quis probet ſe alibi fuiſſe, probare ſuum alibi debet. l. optimam. Cod. de contrah. & commit. ſtipul. Quæ probatio eſt efficaciſſima: nam qui certo die fuit Athenis, non potuit eodem die Romæ hominem occidere. Id igitur quod dicit reus, probat: deinde ex eo colligitur id, quod negatur. Non diſſimilis eſt Alcibiadis obiectio aduerſus teſtes, de qua diximus: nox erat obſcura, & illunis: nempe in nouilunio: proinde non potuiſſe videre teſtes, quis ſtatuas fregerit. Et

hæc de reo ſimpliciter negante. Quid ſi actio ipſa, vel exceptio contineat in ſe negationem, hoc eſt, ſi actor agendo aliquid neget, an hoc caſu ei incumbit probatio, vel ei qui excipiendo negat? id ſane exemplis declarandum eſt. Vnum eſt Pauli de mera negatione in hunc ſenſum in l. in illa ſtipulatione. D. de verbor. obligat. Si calendis Stichum non dederis, decem dabis? poſt calendas decem à re petoiratio eſt, quia non ſoluiſti Stichum calendis. Puto ſequendam eſſe regulam, ne probet is, qui negat. Eſt enim mera negatio quam probare non poteſt actor, incumbit ergo probatio reo qui dicit. Ait enim ſe Stichum dediſſe, & ita interpretari debemus quibuſcunque verbis vtatur. Simile eſt exemplum Vlpiani de pœna iudicio ſiſtendi cauſa promiſſi, in l. 2. D. ſi quis caution. pœnam promiſiſti, ſi iudicio non ſiſteres, iudicio non ſtitiſti, pœnam ergo, &c. Simile exemplum eſt & illud Iuſtinian. in leg. 2. Cod. de iure emphyteut. Aio caducam eſſe emphyteuſim, quia canonem non ſoluiſti, videtur mihi incumbere probationem, ſed tamen mera eſt negatio, quæ probari non poteſt. Emphyteuta enim intelligitur dicere ſe ſoluiſſe. Aliud exemplum in exceptione non numeratæ pecu. Poſſunt aliæ exceptiones addi, ac diſtinctiones, ſed facile colligi poſſunt ex iam dictis. Diximus eum qui negat, probare non debere, &c. etiamſi neget, aliquid agendo vel excipiendo: tu non dediſti Stichum, tu non ſoluiſti penſionem, tu nõ ſtitiſti in iudicio: intentio hæc continet quandam negationem, quam reus diluere admititur affirmatione ei contraria, vt cui nimirum reſpondeat reus ſe Stichum dediſſe, penſionem ſoluiſſe, iudicio ſtitiſſe: itaque probare debet reus non actor ſecundum regulam: plerique tamen diſſentiunt, & Bartolus regulam hanc facit: quoties negatio (inquit) cauſſa eſt intentionis, actor eam probare debet, id colligit ex leg. hoc iure. D. de verbor. obligat. Si Titius ante calendas non venerit, decem date ſpondes? non ante agere poſſum, quam exploratum fuerit, eum ante calend. non veniſſe, aut non poſſe venire, quia ſcilicet mortuus ſit. Idem dicitur in leg. ita ſtipulatus. §. quod ſi ab initio. eod. ſed profecto locus ille non pertinet ad probationem, ſed oſtendit Iuriſconſultus quando poſſit agi, non autem quis debeat probare. cum ergo quæritur in lege, hoc iure. de verborum obligationibus vter probare debeat, id iudicandum eſt ex iis quæ iam docuimus.

Diximus omnino id definiri non poſſe, ſed committi arbitrio iudicis: deberque bonus & prudens iudex inſpicere, quid iuſtius & æquius ſit ex negotij circumſtantiis. In dubio tamen ſequenda eſt regula, quæ magna ratione & æquitate nititur. Abſurdum ſane eſt cogere actorem ad id probandum, quod probare non poteſt. In ſpecie l. hoc iure. videtur durum, vt imponatur reo onus probandi, quod Titius in Italiam venerit ante calend. quia hoc factum perſonam eius non reſpicit, nec ad eum pertinet. in l. in illa. facilius hoc admittitur, quia is ipſe cum quo agitur, decem dare debet, ſed tamen puto idem dicendum in vtraque ſpecie, ſi Titius non venerit, &c. Si fatetur reus ita contractam à ſe ſtipulationem, rectè dicitur, id factum ad ipſum pertinere. Videturque hoc actum eſſe, vt reus oſtendat Titium veniſſe, &c. Nec eſt credibile hoc actum eſſe, vt ita promiſſor det decem, ſi ſtipulator probauerit non veniſſe ante calend. quia ea difficilis eſt probatio, eaque ſemper eſt accipienda ſignificatio, vt actus valeat, non pereat. & l. vbi. D. de rebus dub. l. quoties in ſtipulationibus, D. de verb. oblig. Nec vero contrarium eſt noſtræ ſententiæ, quod dicitur ab Vlpiano de eo qui factum allegat, quo minus in iudicium quem produceret. in l. penultim. §. docere autem. D. ne quis eum qui in ius voca. vi exim. cum ducerem hominem in ius ad prætorem, cum mihi vi exemiſti, prodita eſt mihi actio aduerſus te, & duo probare debeo: primum, quod per vim exemptus eſt, alterum quod productus non eſt in iudicium. Reſpondeo, ideo probare actorem in eo caſu, quia facilis eſt ea probatio non ſimilis ei quæ per rerum naturam probari nequit. Per ductores enim & alios, qui aderant, id probari poteſt. Item ex actis ipſis poterit cognoſci, an fuerit in iuſe, aut iudicio. Sic etiam qui dicit aliquem non fuiſſe defenſum in iudicio, id probat. l. ergo D. ex quibus cauſ. maio. &c. quia facilè id probari poteſt ex actis. Quare in ſpecie l. in illa, ſi quæratur, an Titius venire poſſit ante calend. &c. interdum poterit probatio exigi ab actore, poteſt enim probare eum mortuum eſſe, aut carcere incluſum, aut in loco tam remoto eſſe, vt venire non poſſit ante calendas. Idem puto dicendum, cum quæritur, an reus principalis ſit ſoluendo, vt poſſit conueniri poſſeſſor pignorum, aut fideiuſſor, auth. de fideiuſſ. §. ſed neque. auth. hoc ſi debitor. C. de pign. Actor namque probare poteſt, ſoluendo non eſſe excuſſis facultatibus. Et ſane hæc non eſt mera negatio: nam qui dicit ſoluendo non eſſe, dicit eſſe pauperem, lapſum eſſe facultatibus, tantum in bonis poſſidere, quod poteſt agnoſci & probari.

Cap. XIII.

Quando poſſeſſor probare debeat, vel non, & de quodam commodo poſſeſſionis.

POſſidenti non incumbit probatio l. 2. Cod. eod. l. vltim. Cod. de rei vendicat. & in eo præcipue verſatur commodum poſſeſſionis, vt ni aduerſarius probarit, obtineat poſſeſſor, etiã ſi nihil præſtiterit. §. cõmodum. Inſtitut. de interdict. l. is qui deſtinauit. D. de rei vendic. Interdicta comparata ſunt poſſeſſionis cauſa, vel retinendæ, vel adipiſcendæ, & vtile eſt, qui petit poſſeſſionem, interdicto vti, & compellere aduerſarium ad probandi onus. hinc manauit frequens illud apud nos interdictorium iudicium. Regula eſt ergo, poſſeſſori onus probandi non incumbere. Exemplum ſumi ſolet ex Modeſtino in cap. 15 huius titu. cuius hęc eſt ſpecies: habitus pro filio defuncti geſſit ſe pro hærede, apprehenditque res hæreditarias, ſoluit fideicommiſſa fratribus defuncti, qui cauerunt ei tanquam filio & hęredi: nunc reſciuerunt eum filium non eſſe, at quis probabit, an filius opinatus & habitus, quia dicit ſe filium, an vero fratres eum eſſe filium negantes? & Modeſtinus ait, fratres probare debere, & merito: quia filius ille habitus poſſidet res hæreditarias, habitus eſt ab eis pro filio, receperunt ab eo fideicommiſſa, adeo vt vix contrarium dicentes audiantur. Ratio obſcura non eſt iis, qui diligenter expẽdunt vtramque ſpeciem: qui enim petit hæreditatem, probare debet quod intendit, non ipſius hæreditatis poſſeſſor, qui nunquam cogitur probare l. cogi. Cod. de petit. hæred. Et ea quidem eſt negatio quæ probari poſſit. Poterunt enim fratres probare illum filium non eſſe l. filium. D. de iis qui ſunt ſui vel alieni iur. Aliud eſt exemplum Vlpiani in leg circa. 14. hic. Cum quæritur, an quis ſit libertus, an ingenuus, ſolet & quęri, cui incumbat onus probandi, an ei qui dicit ſeſe patronum, & hunc eſſe ſuum libertum, an ei qui dicit ſe ingenuum eſſe, & ait Vlpianus vidẽdum eſſe, vter poſſideat: qui enim eſt in poſſeſſione ingenuitatis, non cogitur ſe eſſe ingenuum probare, patroni igitur eſt hunc eſſe libertum docere. Si autem eſt in poſſeſſione libertinitatis, debet ſe ingenuum eſſe probare: patroni enim poſſeſſio in aduerſarium onus probandi transfert. Poteſt tamen poſſeſſor.

vltro

vltro ſuſcipere onus probandi ſe verum eſſe rei controuerſæ poſſeſſorem, quod hodie vſitatum eſt propter metum falſi teſtimonij: at ſi conferantur teſtimonia, is obtinere ſolet, qui melioribus & locupletioribus nititur teſtimonijs. *Mos ei gerẽdus eſt*, id ait, ei obtemperandum eſt. Phraſin hanc non intellexerunt Accurſ. & Placenti. interpretantur enim morem gerere, conſuetudinem iudiciorum ſeruare, quod ineptum eſt. Dictũ eſt hoc eſſe commodum poſſeſſionis, vt probare ninime compellatur is qui poſſidet. huic regulæ opponitur lex, ſiue poſſidetis. C. eod. Defunctus pater reliquit filium quẽdam in poteſtate ſua hæredem, fũdum donauit alteri filio emancipato: qui eius fundi apprehendit poſſeſſionem, qui probare debet, ſibi donatum eſſe fundum, & tamen is proponitur poſſeſſor eſſe fundi hæreditarij: facilis eſt huius difficultatis ſolutio in ſpecie l. ſiue poſſidetis. Filius emancipatus fatetur actorem eſſe hæredem, & defendens excipit fundum ſibi eſſe donatum: debet igitur probare ſuam exceptionem: nã ſicuti actor intentionẽ probare debet, ita & reus exceptionem ſuam. l. 1. Cod. hoc titu. Dixerit aliquis, nonne in leg. circa. poſſeſſor dicit, & tamen probare non cogitur? Reſpondeo, in leg. circa. vtrumque dicere, tu es libertus, ego ſum ingenuus. at in leg. ſiue poſſidetis. cum quæritur, an donatus ſit fundus, mera eſt negatio ex parte actoris, quam probare non poteſt per rerum naturam, nec eſt quæſtio, an actor ſit hæres, cum id illi concedatur. Abſurdum eſſet igitur, actorem cogi probare, quod probare non poteſt. at in l. circa. vterq; poteſt probare, quod dicit. ſic in l. ſi filius. hic vterque dicit, tu es in poteſtate, ego ſum emancipatus, tu es ſeruus, ego ſum liber: inſpicitur ergo vter ſit in poſſeſſione, ſic videntur conciliandæ & declarandæ duæ leges, ſiue poſſidetis, & circa. Quid ergo dicemus, ſi quis vindicet fundum vt dominus, reus reſpondeat ſe dominum? vterque hic dicit, & probare poteſt, vt in leg. circa. & quod vterque dicit, verſatur circa idem: hic nulla eſt exceptio quæ ſeparetur ab actione. Reſpondeo probabiliter dici poſſe, idem ius eſſe, cum non ſit diuerſa ratio. leg. illud. D. ad leg. Aquil. Cum vterque ſe eſſe dominum contendit, vterque probare debet, & ſecundum eum iudicari ſolet, cuius potior eſt probatio. Non poſſunt enim duo in ſolidum eſſe domini eiuſdem rei. leg. ſi vt certo. §. nunc videndum. D. commod. Commodum fuerit hic nonnihil dicere de §. æque. Inſtit. de actio. Quæſtio eſt, an is qui poſſidet rem, poſſit eam vindicare ab eo, qui non poſſidet. Dubitatio quidem non eſt, quin poſſit, & debeat quia vindicat rem ab eo qui poſſidet. leg. officium. D. de rei vindic. Si enim reus non poſſideat, nihil erit hoc iudicium. leg. vnica. Cod. de alien. iud. mutan. cauſa fact. ideo admonet Caius eũ qui petitorio iudicio vult vti, ne fruſtra experiatur, vt prius requirat, an is, cum quo actionem inſtituit, poſſideat. l. qui petitorio. D. de rei vindic. Ex §. æqua, naſcitur dubitatio. vbi docet Iuſtinian. in ſeruitutibus eum etiam agere qui poſſidet, quæ actio eſt negatoria. dict. l. 2. D. ſi ſerui. vindic. Si interpretantur aliqui, quorum eſt in numero Bald. vt Iuſtinianus velit non ſimpliciter dicere, actionem ei competere, per quẽ neget rem actoria eſſe, id eſt, eius non eſſe, quem prius actorem dixerat, ſed etiam ſic agere, vt dicat ſe dominum eſſe. Aliàs dixi ad l. naturaliter. §. nihil cõmune. D. de acquir. poſſeſ. poteſt tamen agere poſſeſſor contra eum qui tenet, dict. leg. officiũ. quo caſu Vlpianus ibi ait, eum quamuis poſſideat, probare debere, & in actorem nõ omne trãsferri probãdi onus. Omiſſa igitur diſputatione de rebus corporalibus, videndum eſt de incorporalibus. De ſeruitutibus prodita eſt actio, tam confeſſoria, quàm negatoria: confeſſoria intendit quis ſibi ſeruitutem competere & deberi. leg. 2. & leg. ſi quis diuturno. § agi autem. D. ſi ſeruit. vindic. Negatoria negat quis ſe ſeruitutem debere, vt ſi dicam, te ius non habere eundi per fundum meum, hæc actio mihi competit, quamuis fundum poſſideam. Theophilus ait, hanc actionem effectu confeſſoriam eſſe quamuis verbis ſit negatoria. Perinde enim eſt, ac ſi dicerem, fundum meum immunem ac liberum eſſe à ſeruitute, vtilitas exigit, vt ita permittatur agere. In rei corporalis autem vindicatione diuerſa ratio eſt: à te vindico, quia tu poſſides, & tamen dominus non es, & dico me dominum eſſe, aut aliquod ius habere. l. is qui ſe obtulit. & d. l. officium. de rei vindic. Itaque de ſuo non de alieno iure quemquam agere oportet. l. uti frui. D. ſi vſusfruct. pet. tamẽ in rerum corporalium vindicatione is tantum agit, qui non poſſidet. dict. §. æque. Sed in ſeruitutibus idem eſt petitor & poſſeſſor. leg. & ſi forte. §. ſciendum. D. ſi ſeruit. vindic. Vnde quæritur, an poſſeſſor releuetur onere probandi, an vero aduerſarium probare cogat. Exempli gratia, ago confeſſoria, dico ſeruitutem tigni immittendi mihi competere, & tigna immiſſa habeo, ideoque ſum ego poſſeſſor, an debeam probare ſeruitutem mihi competere, an verò aduerſarius debeat libertatem probare, quæſtio eſt? & vulgo dici ſolet, actorem, probare debere ex ſententia Accurſij, quem alij fere ſequuntur. Mouentur hoc argumento, quia præſumptio eſt pro libertate, & pro naturali ſtatu rei. leg. altius. Codic. de ſeruitut. & aqua. leg. cum eo. D. de ſeruit. vrba. præd. Sed hæc ratio friuola eſt, cum præſumptio ſit etiam pro poſſeſſore. & idem dicendum eſſet in leg. circa. hic. Cur enim non præſumetur liber & ingenuus, potius quam ſeruus, aut libertinus? item, etſi fateamur, præſumptionem aliquam eſſe pro libertate prædij: tamen præſumptio contraria eſt pro poſſeſſore, & hoc videtur ſatis eſſe expreſſum ab Vlpian. leg. ſicuti. § ſed ſi quæratur, D. ſi ſerui. vindic. Poſſeſſoris partes ſuſtinet (ſiquidem tigna immiſſa ſunt) is qui ſeruitutem ſibi deberi ait: ſi vero tigna immiſſa non ſunt, is poſſeſſor cenſetur, qui negat. At poſſeſſoris partes ſuſtinere, eſt onere probandi releuari, & petitoris partes ſuſtinere, eſt onus probandi ſubire. leg. is qui deſtinauit. D. de rei vindicat. leg. ſi prius. D. de noui oper. nunt. Ergo nihil refert, an de ſtatu hominis agatur, an de iure prædij. &c. ſed quomodo probabit reus (dixerit aliquis) ſeruitutem non deberi? Eſt enim negatio, quæ non videtur poſſe probari. Poterit quidem probari dominium fundi, ſed hic non agitur de probando dominio, de quo forte conſtat. Sed de probanda prædij libertate. At ego iam dixi, affirmationem hic contineri ex ſententia Theophili. Nimirum dico, prædium ſeruitute liberum eſſe. Poterit quidem probari diuturnus fundi vſus cum libertate. leg. 1. Codic. de ſeruit. & aqua. Nec alia ratio eſt liberi hominis probandi. Errant igitur, qui putant ſatis eſſe, ſi probetur dominium fundi, & libertatem ex eo ſatis probari, quia non probatur ſeruitus. §. ſed ſi quæratur. quaſi libertas probari non poſſit. Qui hoc aſſeuerant, ducunt argumentum ex leg. ſi prius. da noui oper. nunt. Vbi agitur de actione negatoria, qua quis contendit, ſeruitutem non competere, vbi reus qui ſe non defendit, cogitur partes petitoris ſuſtinere, ergo ſi ſe defendat, poſſeſſoris partes ſuſtinet. Hoc non diceret Aphricanus, ſi libertas probari non poſſet ab eo, qui negat ſeruitutem deberi, ſed tunc probare cogitur, vt iam dixi, cum non poſſidet. Quod dixi de poſſeſſione, nempe ei qui poſſidet, non incumbere onus probandi, hoc ita eſt accipiendum, ſi violenta non ſit. l. ſi quis libertum. 20. hic. leg. vis eius. Codic. eod. idem ſi dolo quis poſſideat. leg. liberis. §. vltim. de lib. cauſ. idem in interdicto Vti poſſidetis. vterqua probat. leg. ſi duo.

vti poſſid. & multi alij caſus poſſunt obſeruari in iure. Additur alia exceptio ex iure Pontificio, cum quis dio poſſedit decimas, quæ ad Eccleſiã ſpectant, iure communi probare debet. c. ad decimas. de reſtit. ſpol. in 6. Hinc poteſt intelligi verum eſſe, quod Iuſtinian. ait in §. æque. ibi, *Sane non vno caſu*. Quidam affirmant, in veteribus quibuſdam codicibus ita legi. & ea lectio mihi placet. Non vno caſu. id eſt multis caſibus, videturque corruptus locus ab iis qui non intelligebant phraſim Latinam, qui legere volunt, vno caſu: ea fuit ineptia & caligo ſuperiorum ſæculorum. Hoc igitur vult Iuſtinianus vt quamuis poſſeſſor non agat, &c. tamen pro actore interdum habeatur, & probationis onus ſubeat dd. ll. ſi prios. & is qui deſtinauit. Scio Theophilum legiſſe vno caſu, ſed non multum eius me mouet auctoritas, vt quæ rationi repugnet.

Cœpimus oſtendere quis probare debeat, actor an reus, is qui dicit, an qui negat, is qui poſſidet, vel non poſſidet. Nunc videndum eſt de præiudiciis, & cui illorum probatio incumbit: ſed quia vulgo non intelligitur quid ſit præiudicium, prius declaranda eſt eius verbi ſignificatio. Eſt autem ſignificatio varia, eaque varietas confuſionem parit, ac errorem in hac inducit diſputatione. Primum accipitur pro re iudicata, quæ affert exemplum iudicaturis quod ſequitur Aſconius Pedianus in diuination. quia par cauſa eſt, & videtur idem iudicandum eſſe ſed verum eſt, quod vulgo dici ſolet, non exemplis, ſed legibus eſſe iudicandum. l. nemo. Cod. de ſentent. & interlocut. l. ſæpe conſtitutum. D. de re iudic. Item cum pronuntiatum eſt ad eandem cauſam in alio fortaſſis iudicio. Quintil. libr. 5 c. 2. Ponunt rhetores hæc præiudicia inter probationes, quod recte declaraui ſupra. Item ſignificat interdum interlocutionem, quæ ſententiam antecedit, vt in Codice Theodoſ. titul. de appel. & tit. quorum appel. non recip. Aliquando refertur hoc verbum ad exceptionem. l. fundum. & l. fundi. D. de except. quæ exceptio opponitur, ne præiudicium maiori cauſæ per minorem fiat. l. per minorem. D. de iudic. Exempli gratia, mota eſt quæſtio de proprietate fundi, nempe vindicatio, ſi agatur confeſſoria de ſeruitute illi fundo debita, opponetur exceptio, ne præiudicium maiori cauſæ per minorem fiat dict. l. per minorem. Cum enim iudicatur ſeruitutem ei deberi, ſimul iudicatur fundum eius eſſe, aliàs non deberetur ſeruitus. Ego de hac re dixi plene & copioſè ad titul. de iudic. & ad l. edita. Cod. de eden. Præterea præiudicium accipitur interdum pro actione l. actionis verbo. D. de obligat. l. 1. D. de rei vendic. l. 3. D. de lib. agnoſ. aliàs dicitur præiudicialis actio. §. præiudiciales. Inſtit. de actio. Quænã ſit hæc actio, nũc declarãdũ eſt: eſt. n. hoc præiudiciũ, de quo nũc quæritur. Cætera de quibus diximus ſup. ad rẽ noſtrã non multũ pertinent. Iuſtinianus ponit exempla huius præiudicij, ex quibus poteſt vtcunque intelligi ſignificatio: in quibus quæritur, an quis liber ſit, an libertus, item de partu agnoſcendo. Theophilus ita diffiniuit: præiudicium inquit, eſt formula ex ſola intentione conſtans, quæ non habet in ſe condemnationem. Quidam docti fatentur ſe non intelligere, nec ſuſpicari quidem poſſe, quid ſibi velit Theophilus, dicens intentionem ſine condemnatione. Ego diffinitionem Theophili declaraui lib. 2. diſput. cap. 2. quæ etiam videtur ſatis intelligi ex ipſis exemplis quibus vtitur in d. §. præiudiciales. Pone, libertus meus detractat operarum præſtationem, quas mihi debet, ago præiudiciali actione aduerſus eum, & peto eum pronuntiari eſſe meum libertum, & de operis nihil exprimo: deinde vbi apparuerit meum eſſe libertum, potero operas petere, ſi mihi viſum fuerit, idque reſeruo in aliud tempus, in quo forte alio iudicio agam vt operas præſtet. prius illud iudicium dicitur: quia aliud iudiciũ antecedit. In hoc iudicio animaduertere licet intentionem ſine condemnatione. Nam condemnatio eſt formula, qua cogitur quis ad aliquid dandum vel faciendum. Illa autem præiudiciali actione non condemnatur reus, id eſt, libertus ad aliquid faciendum, quibus Theophili diffinitio abſurda viſa eſt. Hi ita illum accipiunt, quaſi velit Theophilus, inquiſitionem iudicis eſſe ſine pronunciatione, ſed errant. Hoc namque genus agendi extraordinarium eſt, in quo petitur prononciari libertus, etiã ſi non exprimatur qua id fiat intentione: non enim cogitur afferre cauſam, cur petat quis libertum ſuum quem declarari. l. vltim. D. ſi liber inge. eſſe dicatur. Sed hoc genus actionis eſt receptum certis in cauſis tantum, d. §. præiudiciales. in aliis cauſis non facile admitti debet. Memini aliquando me conſultum eſſe, an liceat de nobilitate generis in hunc modum experiri. Conuenio te & peto me declarari nobilem: hoc genus agendi poſſet eſſe captioſum. Ideo prius volo cognoſcere, an ad me pertineat vel non, an mea interſit vel non. Simile eſt ſi quis petat, ſe pronuntiari alicuius eſſe agnatum, quod fit propter retractum linearum. Galli vocant *Retraict lignagier*. Sunt autem hæ actiones ſimiles actionibus in rem. d. §. præiudiciales. Ad quæſtionem propoſitam quæri ſolet, quis debet probare. Vlpianus docet hic in l. circa. videndum eſſe, vter poſſideat. refertque exempla præiudicij, de quo loquimur. Sed reperitur antinomia ex l. quoties. hoc titul. vbi dicitur patronum probare debere, licet poſſeſſor ſit. Item alibi dicitur, in l. vltim. D. ſi lib. ingenu. eſſe dicat. & in l. generaliter. D. de except. Quidam ſic reſpondent: cum principaliter quæritur de ſtatu hominum, videndum eſt, quis ſit in poſſeſſione, d. l. circa. Sed plerumque accidit vt principalis actio ſit de operis, & incidit quæſtio ſtatus, hoc caſu non eſt inſpiciendum quis ſit in poſſeſſione, vel non: tunc enim patronus probare debet, qui eſt actor in principali iudicio. Hæc opinio prima facie videtur probabilitatis aliquid habere, ſed iam ſatis demonſtraui, quomodocunque hæ quæſtiones moueantur, ſemper poſſeſſorem exonerandum eſſe probatione, idque etiam diximus locum habere in ſeruitutibus prædiorum. leg. ſicuti. §. ſed ſi quæratur. D. ſi ſeruit. vindic. Deinde Vlpiani verba repugnant in l. vltim. ſi liber ingen. eſſe dica. vbi legendum puto: ſiue nulla cauſa interueniat, ſic legitur in Florentinis Pandectis, nec vllum vidi codicem manuſcriptum, in quo diuerſa ſit lectio. Qua veteri lectione ſalua, (quam puto veram eſſe & certam) illa quidem opinio defendi non poteſt. in quibuſdam impreſſis legitur, ſine vlla cauſa. Sed veriſimile eſt, ita ſcriptum ab iis, quibus abſurdum videbatur, actionem dari ob nullam cauſam. Non intelligebant diffinitionem præiudicij, quam retulimus ex Theophilo. Quærenda eſt igitur alia huius nodi diſſolutio. Et iam dixi cum apparet, vter ſit in poſſeſſione, eum probare debere, qui non poſſidet. dicta l. circa. Nec referre puto, quomodo ea quæſtio moueatur, an principaliter, an vero incidenter: loquitur Vlpianus generaliter in dicta leg. circa. & leg. liberis. §. vltim. D. de liber. cauſ. Nam poſſeſſor ſemper exoneratur probatione, modo ſine dolo & vi poſſideat. dicta leg. liberis. & leg. ſi quis liberum. hic. Quid ſi non apparet, vter ſit poſſeſſor, hæc quæſtio non deciditur ab Vlpiano in dicta leg. circa. Tamen poteſt accidere, vt neuter probet, aut vterque non probet. leg. ſi duo. D. vti poſſid. Dicendum igitur eſt, hoc caſu eum probare debere, qui intentionem habet. leg. generaliter. D. de except. quamuis vterque aliquid dicat, tamen intentio eſt vnius, depulſio alterius. Dico te meum libertum eſſe, tu contra ais, te ingenuum eſſe, mea eſt intentio, tua depulſio. Sic intentio accipitur

apud

apud veteres auctores. Cicero libr. 1. de Inuen. Quintilian. li. 3. c. 6. Fortunatus lib. 1 Quæſtio (inquit) conſtat ex intentione & depulſione. Poteſt etiam eſſe intentio ex parte rei, cum excipit: eſt enim actor in exceptione ſua reus. leg. 1. D. de except. Vtroque igitur aliquid intendente, vel dicente, inſpici debet, vter prior appellarit, & dixerit, & hic probare debet. leg. qui prior. D. de iudic. Sic intelligo dictam leg. generaliter, cui adiungenda eſt leg. vltim. ſi liber ingen. eſſe dic. cum eadem habeat exempla. Patronus operas petit, aut obſequium deſiderat, quia forte famoſa actione conuenitur ab eo, quẽ libertũ ſuũ eſſe intendit, aut in iudiciũ vocatur ſine permiſſu, qui cõuenitur, negat ſeſe libertũ, & ſeſe liberũ aſſerit, probare debet patronus, qui actor eſt, & intentionem habet, dd. ll. vltim. & generaliter. Nec refert, an præiudicium reddatur ob aliquã cauſam, an cauſa nulla interueniente. dicta leg. vltim. Excipe, niſi is qui intendit, poſſideat. dicta leg. circa. Lex quoties, non loquitur de præiudicio, ſed de actione ex ſtipulatu, qua operæ petuntur: nimirum docere debet, ſeſe patronum, quia hoc dicit.

Cœpta fuit diſputatio de præiudiciis, cui incumbat probatio, cum vterque dicit: dixi, ſi non apparet, vter ſit in poſſeſſione, eum cuius eſt intentio, probare. leg. generaliter de except. Ego ſum patronus (inquit actor) at ego ſum ingenuus, reſpõdet reus. Hæc reſponſio nihil aliud eſt, quàm intentionis depulſio. Quod enim dicit reus, contrarium eſt intentioni actoris: quare patronus debet probare. Exempla in ſuperioribus retulimus, in quibus patronus fungitur actoris partibus, quia intendit agendo, aut excipiendo, cum intentio non tantum ſit actoris, ſed etiam aliquando rei, vt dictum eſt. Hæc ſententia Cornelij Celſi apud Quintilian. lib. 3. c. 7. occidiſti hominem, non occidi, mera eſt depulſio & inficiatio. Occidiſti, occidi, & iure, quia defendendi mei cauſa, quia me aggreſſus eſt, & interficere voluit. Hæc depulſio eſt intentio, nec mirum, cum reus dicatur actor in ſua exceptione. dicta leg. 1. de except. Atque ita accipiendum eſt hoc verbum apud Vlpianum in dicta leg. generaliter. Sed cur ait Vlpian. ſecundum id quod intendit? difficile hoc viſũ eſt pleriſque eruditis. nec immerito: puto hoc additũ, ne quis arbitretur, eum qui aliquid intendit, probare debere omnia de quib. in iudicio oritur quæſtio. Actor enim probat quod intendit, non quod intendit reus excipiendo. Reus quidem probat quod intendit, excipiendo, non quod actor replicando. Exemplo id declarandum eſt, dico te libertum meum eſſe, quia te manumiſi, at (inquit reus) ego pronuntiatus ſum ingenuus, proinde non amplius libertus. l. ingenuus. de ſtatu homi. Actor ſic replicat, at id per colluſionem factum eſt: ideo nullius momenti ſententia. l. 1. de iure aureo. ann. l. 3. D. de collu. deteg. hæc triplex eſt intentio, prima actoris, ſecunda rei, tertia actoris actio, exceptio, replicatio. Si negaret reus, ſeſe libertum, mera depulſio eſſet, & probare cogeretur actor, ſed non negat, imo fatetur, ſed aliud intendit, ſe ſcilicet eſſe manumiſſum. Item ſi negaret actor ſententiam latam eſſe, id probaret reus, quia intendit, hæc eſt eius intentio, ingenuus pronunciatus ſum, quod non negat actor, ſed aliud intendit replicando, puta colluſum eſſe: id vero negat reus: eius eſt ergo probare, qui intendit, id eſt, actoris. Is igitur qui intendit, probat, ſed quatenus intendit, & ſecundum id quod intendit. Simile eſt exemplum in leg. ſed ſi hac, D. de poſtul. Intendo te libertum meum eſſe, ſic excipis, at iuraui me eſſe ingenuum te deferente: actor ſic replicat, at eram pupillus, cum detuli iuſiurandum. Poſſunt & alia exempla afferri, ſed vnum oſtendiſſe & declaraſſe ſufficit. Sic interpretamur legem generaliter, quæ vulgo difficilis & obſcura habetur. Obiicitur nobis leg. quoties. hic. qua videtur omnino euerti noſtra diſtinctio, qui petit operas vt patronus, probat, licet poſſeſſor ſit in præiudicio, ergo male conciliauimus leg. circa. cum leg. vltim. ſi liber. inge. eſſe dica. ſed in hac leg. eſt ambiguitas. nec ſatis exprimitur, an agatur de probatione iuris patronatus, an de præſtatione operarum promiſſarum, & probabiliter dici poteſt, de operis eſſe intelligendum, cum operæ non debeantur niſi promiſſæ. leg. operis. D. de oper. liber. Nec ſufficit patronum eſſe, vt videbantur: ideo qui operas petit, duo dicit, & ſeſe patronum, & operas ſibi eſſe promiſſas. Proinde licet ſit in poſſeſſione iuris patronatus, probare tamen debet operas ſibi eſſe promiſſas. Sed de præiudiciis hactenus.

Cap. vlt.

Quo tempore probandum ſit, & vter prior probare debet.

POſtremus locus eſt, quo quæritur, quo tempore probandum ſit: iure receptum eſt, quibuſdam in caſibus actorem prius probare debere, quod intendit, poſt reum exceptionem ſuam: exceptionem intelligo dilatoriam, quæ ab initio ante litis conteſtationem opponi debet. leg. exceptionem. C. de proba. Secus habetur de peremptoria exceptione, quæ ad ſententiam vſque diffinitiuam opponi poteſt. leg. peremptorias. Cod. ſentent. reſcin. non poſſ. ſed hoc commune eſt, quod vtraque probari debeat. leg. emptor. C. de præſcr. longi tempo. Quod ſatis perſpicuum eſt ex Pauli ſententia in leg. cum de indebito. hic. qui docet, qui agit condictione indebiti, duo comprehendere ſua intentione: ait namque ſe pecuniam ſoluiſſe & eam indebitam: reus inficiatur ſe vllam pecuniam accepiſſe: hoc actor probare debet, ſcilicet numeratam fuiſſe pecuniam. Quod cum probatum fuerit, reus nullum aliud refugium habet, quam quod dicit, eam ſibi debitam fuiſſe, ideoque recte ſolutam, vel aduerſarium pactum eſſe ne peteret. Quod genus defenſionis non improbandum eſt tam in ciuilibus, quam in criminalibus iudiciis, vt occidiſti, non occidi, & ſi occidi, iure id feci. Si enim intentionem actoris probatione deficere cõfidas, nulla tibi opus eſt defenſione, ſed ſola & pura ſufficit negatio. Si autem dubites, an actor probauerit, vel non probauerit, negando aliquid excipere & expedit, & vtile eſt. leg. ſiquidem. Codic. de except. Vnde Fabius lib. 4. cap. vltim. ait, duplicem eſſe defenſionem, non feci, & ſi feci, iure feci: mera eſt inficiatio cum dico, non feci. At cum aliqua profertur exceptio, ſecus eſt: nam qui exceptione vtitur, de intentione aduerſarij confiteri non exiſtimatur, vt ait Marcellus in leg. non vtique. D. de except. Cæterum in concipienda exceptionum formula hæ plerunque opponuntur conditiones, ſi iuratum non ſit, ſi non conuenerit. Vnde exceptio aliquando pro conditione accipitur. leg. exceptio. de except. Ideo dictum eſt, neminem prohiberi, vti pluribus exceptionibus. leg. nemo. de except. Hodie autem vſitata non eſt hæc formularum conceptio. Ex ſuperioribus liquet, iure non aliter probandam eſſe exceptionem, quam ſi actoris intentio probata ſit. Sed moribus noſtris vterque probat, nulla habita temporis ratione, vt citius lites expediantur, ſoletque iudex interlocutione vtrique probandi onus iniungere, *apointer contraires*. Plura de exceptione dici poſſent, ſed non ſunt huius loci.

IN TIT. DE FIDE INSTRVMENTORVM ET AMISſIONE EORVM.

QVÆDAM capita ſuot à nobis explicata ſub tit. de proba. quæ partim pertinent ad tit. de fide inſtru. partim ad tit. de teſtib. Hic initio videndum eſt, quid ſit inſtrumentum, & quot modis accipiatur: hoc enim verbum variam habet ſignificationem. Aliquando dicitur id, quo aliquod opus efficitur. & hæc eſt vulgaris ſignificatio, & omnibus nota. Dicitur aliquando apparatus rerumque fundus, vel alia res inſtruitur, de quo extat D. li. 33. c. 7. de inſtruct. & inſtr. lega. Pro eo etiam accipitur, quo inſtruitur cauſa, quicquid enim pertinet ad inſtructionem cauſæ alicuius, id eſſe dicitur. hoc modo accipitur hoc tit. lex 1. vbi non ſolum teſtationes, id eſt, ſcripturæ dicuntur inſtrumenta, ſed & teſtes ipſi: quia inſtruunt cauſam. Similis eſt locus in l. notionem. 99. § inſtrumentorum. D. de verb. ſigni. vbi Iuriſconſultus interpretatur quomodo ſit accipiendum, quod dicitur inſtrumentorum cauſa dilationem dari, ſuprà de ferijs & dilationib. l. 7. oratione quidem diui Marci. §. illud. & C. de dilatio. l. 1. Alis autem ſpecialior & anguſtior eſt ſignificatio, cum pro tabulis & ſcriptura accipitur, vt rei, de qua agitur, facilior ſit probatio: ſic accipitur ſub hoc titul. Hoc ſenſu diſtinguuntur teſtes ab inſtrumentis, vt plane titulorum ipſorum diuerſitas oſtendit, ſed hic ſtatim initio in leg. 1. vt oſtenderetur homonymia vocabuli, poſitum eſt inſtrumenta pro teſtibus accipi, quibus cauſa inſtrui poteſt. Nunc de diuiſione inſtrumentorum dicamus, quæ vtilis eſt ad ſequentem diſputationem de fide inſtrumentorum. Inſtrumentum aliud eſt publicum, aliud priuatū. hæc diuiſio colligitur multis ex locis, præſertim ex leg. ſcripturas. 11. C. qui potio. in pigno. Acta omnia & monumenta iudiciaria, ſunt publica inſtrumenta, quæ à perſona publica, vel ab actuario, vel à iudice fiunt, & vocantur forenſia. leg. comparationes. 19. C. de fide inſtru. fortè quod eis in foro, in quo ius redditur, vtamur. Ratio conficiendorum inſtrumentorum traditur à Iuſtiniano in Nouel. 47. vt nomen Imp. prædo. Publicum autem non eſt accipiēdum in hoc tractatu, vt alibi plerumque accipitur, vt publicum dicitur, quod populi eſt. Publicum tunc differt à priuato, quod publica ſint populi, & dicantur quaſi populica, ſed inſtrumenta licet publica dicātur, ſunt tamen hominum priuatorum, & in eorum patrimonio, ſi in eorum gratia conſcripta ſunt. Vnde tractatur quæſtio in leg. vlt. hoc tit. cui ſupplēdæ ſunt circūſtantiæ, quæ traduntur in leg. ſi quæ ſunt cautiones. 5. ſuprà famil. erciſ. Hæc igitur duo capita ſunt coniungenda, cum quæritur apud quem ſunt deponenda inſtrumenta, quod ſi omnia paria ſunt, ſorte res decidetur, vt in leg. ſed cum ambo. 14. ſuprà de iudic. Ex his intelligitur quid ſit publicum inſtrumentum, quid priuatum. Inde facile quoque intelligi poteſt ſi inſtrumentum publicum eſt, quod nititur auctoritate publica, vel à perſona publica fit, dicendum priuatum inſtrumentum eſſe, quod nulla publica auctoritate nititur, & fit à perſona priuata. Si quis ſcripſerit apocham, dicitur priuatum inſtrumentum confeciſſe. Publicum fit per actuarium, vel iudicem, vel tabellionem, vt in l. orphanotrophos. 30. C. de epiſc. & cler. Sunt autem orphanotrophi, vt id obiter dicamus, quos vulgo hoſpitales vocamus, hi quaſi tutores & curatores habētur. Obiter notandum eſt cautionem, quam præſens præſenti dat, epiſtolam etiam dici, quia hæc cautio olim concipiebatur more epiſtolæ. leg. Publica. 26. ſuprà depoſi. Salutatio enim præponebatur, huiuſmodi eſt apocha, de qua frequens eſt mentio in iure ciuili. Apocha eſt ſcriptura & cautio, de pecunia ſoluta, ſic accipitur in leg. qui tabulas, vel cautiones. 27. §. apocha. infra de furt. vbi dicitur, ſi quis apocham ſuſtulerit, furti aduerſus eum agi poſſe. Similis eſt locus de apocha in le. vlt. §. Titius. ſuprà de condict. indeb. Similis etiam locus eſt in l. ſi accepto latum fuerit. 19. infrà de acceptil. Eſt & antapocha, de qua mentio eſt in leg. plures apochis. 18. C. de fide inſtru. quorſum fiat antapocha docetur d. l. plures apochis. Debitor eſt qui antapochā creditori dat: & vocatur Gallicè *quittance double*. Aliud exemplum inſtrumenti priuati eſt in rationibus, quas negotiatores conficiunt. l. rationes. 6. C. de probat. & diſtinguuntur à rationibus, quæ fiunt ab argentarijs: nam hæ publicæ ſunt. leg. argentarius. 10. ſuprà de eden. vbi dicitur argentariorum officium ac miniſterium olim publicā habuiſſe cauſā. idem vt apparet ex l. filiæ. 89. infrà de ſol. quoties erat emendum, aut vendendum, id per argentarios fiebat: cumque erat pecunia fœneranda, ea erat deponenda apud argētarios, ac de adminiſtratiōe ſua & actu rationes conficiebant. Vidimus quæ ſunt inſtrumenta publica, quæ priuata. Cum quæritur quæ inſtrumenta fidem faciant in iudicio, in primis nulla dubitatio eſt de publicis, quin fidem faciant. hoc colligitur præſertim ex leg. 11. ſcripturas. Cod. qui potio. in pign. & Nouel. Iuſtiniani. De inſtru. caut. & fid. Si inſtrumenta facta ſunt publice & recte, plenam fidem faciunt. cap. 2. extra de fide inſtrum. idque etiam ſi teſtes deceſſerint, qui nominati ſunt in inſtrumento publico, modo ſit authenticum, & vt loquuntur, originale, d. cap. 2. extra hoc titul. nam exemplum fidem non facit. vulgus noſtrum vocat *vn vidimus*, idque expreſſum eſt conſtitutione Pōtificia, cap. 1. de fide inſtrum. in antiq. Decretal. Idem dicitur de reſcripto Principis. l. ſancimus. C. de diuer. reſcrip. Et quamuis fiſcus multa habeat priuilegia, tamen nō tantū ei indulgetur, vt aliquē poſſit ex iudice conuenire. Idem dicendum eſt, etſi in eo inſtrumento fiat obiter alterius inſtrumenti mētio. authen. ſi quis in aliquo documento. C. de eden. huc pertinet l. vlt. huius tit. Notandum tamen eſt poſſe contra publicum inſtrumentum admitti probationem, ſi quis contendat vera non eſſe, quæ in inſtrumento continentur. leg. cum precibus. 18. Cod. de probat. Nunc de priuatis inſtrumētis eſt dicendū. Hæc quæſtio eſt multiplex, poteſt etiam dubitari, an pro tertio, an contra tertium valeant ad probationem. In primis dicendum eſt fidem non facere pro eo, qui ſcripſit: quod adeo verum eſt vt ne fiſco quidem hoc tribuatur. l. exemplo. 7. C. de probat. De rationibus idem cenſendum eſt. l. rationes. 6. C. de probat. Alia quęſtio eſt de inſtrumento, quod profertur aduerſus eum qui ſcripſit. Maior certe dubitatio eſt in hac quęſtione, in qua diſtinguendum eſt: nam is aduerſus quem profertur inſtrumentum, cautio, aut chirographum, vel negat ſe ſcripſiſſe, vel fatetur: Si neget, quęritur an aduerſus eum fidem faciat? Reſp. Imperatores Phil. A. & Phil. Cæſ. Sertorio, ne aduerſus eum quidem qui ſcripſit, non ſufficere ad probationem, niſi alijs adminiculis adiuuetur. l. inſtrumēta domeſtica. 5. C. de prob. iuuaret hoc autem caſu litem, ac cauſam vnus teſtis. Notandum tamen eſt ſi inſtrumenta priuata ſubſcriptionem habeant trium teſtium fide dignorum, non minus valere ad fidem faciendam, quam inſtrumenta publica & forenſia. l. ſcripturas. 11. Cod. qui potio. in pigno. hab. hoc tamen non intelligitur receptum conſtitutione illa Pontificia, cap. 2. de fide inſtru. Quod autem diximus hæc inſtrumenta priuata non facere plenam fidem aduerſus eū qui ſe ſcripſiſſe dicit, ſi ſe neget ſcripſiſſe, nos ita

in-

intelligimus, vt ne ad comparationem quidem valeant, ſi proferantur ad ſtabiliendam fidem alterius inſtrumenti: quia dubitatur, an ſcriptum fuerit ab eo à quo ſcriptum eſſe dicitur. Hæc comparatio rurſum non poteſt fieri niſi ex inſtrumento publico. l. comparationes. 19. Cod. de fide inſtrum. Quid ſi confiteatur is aduerſus quem cautio priuata profertur? vt, fatetur quidem ſe ſcripſiſſe, negat autem ſe debere. conſtat ſcilicet chirographum ab eo ſcriptum, adeo vt non inficietur, an valeat ad plenam probationem: certum eſt valere: nec auditur, qui ſe negat debere, cum ſe debere ſcripſerit, & manum ſuam agnouerit, *recognu ſon ſeing*: niſi aliud oſtendatur. Sunt loci vulgares, qui adduci ſolent in l. Publia. 26. §. vltim. ſuprà depo. in l. vltim. cum tabernam. §. 1. ſuprà de pign. Sed hoc intelligendum, modo ſit in cautione cauſa expreſſa debiti & obligationis. l. cum de indebito. 25. ſupra de proba. Sic intelligenda eſt lex, nuda ratio. 26. infrà de donat. hocque plenius eſt expreſſum in c. ſi cautio. extra de fide inſtr. quod videtur ſumptum ex dict. l. cum de indebito. Alia quæſtio eſt, an hæ rationes priuatæ, quæ publice conſcriptæ non ſunt, fidem faciant pro tertio, aut contra tertium. Hæc quæſtio tractabitur à nobis in l. ſola. 3. C. de teſtibus. De rationibus nummulariorum non eſt dubium, quin faciant fidem contra tertium. aliis enim proſunt quibus hæ ſcriptæ non ſunt, & aliis plerunque nocent, nec priuatæ ſcripturæ habentur: quia munus eorum publicam cauſam habet, vt dictum eſt, atque ideo dicitur probatio rerum geſtarum his rationibus contineri. l. argentarius. 10. & leg. quædam. 9. §. nummularios. ſupra de eden. Idemque dicendum eſt de profeſſione natalium, de qua etiam ſupra aliquid diximus. Ideo non mirum ſi exempla pleraque reperiantur in quibus hæc profeſſio fidem faciat, vt l. etiam. 16. ſupra de proba. & ſimil. Quod vero ſupra dictum eſt de inſtrumentis, tam priuatis, quam publicis, intelligendum eſt, niſi falſa ſint, ſuſpecta, aut calumnioſa, quo caſu non valent ad fidem faciendam. l. 2. verſi. cæterum. D. hoc titul. quinimo qui tale inſtrumentum profert, puniendus eſt tanquam falſarius. l. iubemus. 24. C. de proba. l. vbi falſi examen. 22. C. ad leg. Corne. de falſis. Sed & qui inſtrumentum falſum profert in iudicio, illud debet probare falſum non eſſe, nec adulterinum, & ab vtraque parte probatio exigitur. Sed animaduertendum eſt, moribus noſtris, aduerſus inſtrumentum, quod publicum eſt, non admitti probationem, ſi quis contendat falſum eſſe, ſi inſcriptio deſit: alias qui accuſat falſum inſtrumentum, punitur pœna calumniatoris, niſi docuerit falſum eſſe. Qui autem falſum inſtrumentum profert in iudicio, non punitur, ſi eo non vtatur, quod eſt aduerſione dignum. Licet enim is, qui vtitur falſo inſtrumento, non minus puniatur pœna falſi, quam is, qui inſtrumentum falſum conſcripſit, tamen deſiſtenti ignoſcitur. l. ſi aduerſarius tuus. 3. C. hoc titu. Notanda eſt differentia quæ traditur in l. ſi falſos. 8. Cod. ad leg. Cornel. de falſis. Falſum autem non tantum committitur in publicis, ſed etiam priuatis inſtrumentis. l. 5. D. hoc tit. vbi Paul. ait, Si repetita die cautio ſcripta ſit, falſum eſſe commiſſum: ſed inter eos, qui in hoc conſenſerunt. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, ſi quis inſtrumento de quo alius falſi conuictus eſt, vti velit, an falſarius dicendus ſit? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi veteris. 2. Cod. hoc tit. vbi dicitur non noceri ei, qui in iudicio profert inſtrumentum, ſi ſententia falſi de eo inſtrumento prius aduerſum alium, qui illud protulerat, lata ſit: ratio eſt, quia hoc inter alios geſtum fuit. l. pen. ſæpe. D. de re iud. Hinc exiſtit alia quæſtio, quæ tractatur in l. vltim. Cod. eo. ex qua notandum eſt quod ab aliquibus eſt obſeruatum, & viſitatum eſt in foro, exemplum ſcilicet inſtrumenti, quod eſt prolatum in iudicio, regiſtratum & deſcriptum in actis, fidem facere, nec exigitur authenticum ipſum, niſi quoties aduerſarius vult accuſationem falſi inſtituere: nam tunc inſtrumentum regiſtratum non valet ad fidem faciendam. & alius locus eſt in l. chirographis. 56. D. de adminiſt. tutor. Hactenus de falſis inſtrumentis quibus fidem non eſſe habendam diximus: nunc videndum eſt de ſcripturis diuerſis aut contrariis quæ proferuntur in iudicio. Sæpe accidit vt proferantur in iudicio ſcripturæ, quæ diuerſæ, aut contrariæ, aut repugnantes ſunt. Si quis ergo huiuſmodi ſcripturas protulerit in iudicio, quæritur an fidem faciant. Hæc quæſtio tractatur in l. ſcripturæ. 14. Cod. hoc titu. Cum apertè ſunt contrariæ ſcripturæ, nulla dubitatio eſt eas fidem non facere. leg. vbi pugnantia inter ſe. 188. D. de reg. iur. Sed vbi ſcripturæ ſunt diuerſæ, ſi tamen ita diuerſæ ſunt, vt fidem ſibi inuicem derogent, non proſunt ad fidem faciendam, alias iudex debet ſpectare quid credibilius ſit, vt dicemus in l. 3. de teſtibus. Ex his intelligitur quibus inſtrumentis hæc fides adhibenda ſit & quibus non. Nunc videndum eſt de effectu fidei inſtrumentorum. Effectus autem hic eſt, quod inſtrumenta quæ fidem faciunt, quæ vera ſunt, aut ſuſpicioſa, ad ſubſtantiam rei geſtæ non pertinent, ſed ad probationem tantum: nam etiam ſine inſtrumento quod geſtum eſt, valet, ſi modo poſſit probari vel teſtibus, vel aliis probationibus. l. in re hypothecæ nomine obligata. 4. D. hoc tit. Eſt locus cum communis de ſcripturis & inſtrumentis notandus, non ideo contrahi ſcriptura, quod contractus non valeat ſine ſcriptura. Vnde in pleriſque capitibus tit. Cod. multa reperiuntur exempla, in quibus valet probatio per teſtes, etſi nullum exemplum conſcriptum ſit. vnum eſt in leg. aliud. 1. in leg. illatæ, & leg. ſicut. 5. Cod. eod. Vnde cum inſtrumentum amiſſum eſt, tamen de re geſta teſtes poſſunt teſtari. dict. l. ſicut. Eodem pertinet quod dicitur in l. 4. proprietatis dominium. & l. cum res. 12. C. de proba. & l. in exercendis. 15. Co. hoc tit. Sed contrarium videtur in l. 10. cenſus. D. de proba vbi dicitur, cenſus & monumenta publica potiora teſtibus eſſe. Dixi, inſtrumenta non ideo dici publica, quia reipublicæ ſint: ſed ideo, quia nituntur auctoritate publica, & à perſona publica conſcripta ſunt, ſed monumenta aliquando dicuntur publica: quia publicè cuſtodiuntur, & reipublicæ ſunt, & publicè approbata, ideo Marcellus in d. l. cenſus. dicit ea potiora eſſe teſtibus. Si quid itaque perſcriptum ſit auctoritate publica, Reipublicæ gratia, ad perpetuam memoriam, maior eſt eorum monumentorum auctoritas, vt mirum non ſit ſenatum cenſuiſſe potiora eſſe ad fidem faciendam, quam teſtes. olim illi cenſus ſolebant publice cuſtodiri. Eſt autem cenſus æſtimatio bonorum cuiuſque. D. titu. de cenſibus. Ratio referendi in cenſum traditur in l. forma cenſualis. titu. eo. hic non eſt intelligendum de forma cenſuali. l. cenſualis. 7. Co. de donat. quæ omnia videntur alias contraria eſſe. Quod vero diximus inſtrumenta, ſeu ſcripturam non ad ſubſtantiam rei geſtæ pertinere, ſic eſt accipiendum, niſi actum ſit inter contrahentes ante cōtractum initum, vt in ſcriptis redigatur: id enim conſtitutum eſt à Iuſtiniano in l. contractus. 16. C. hoc tit. eiuſque conſtitutionis meminit idem Inſtit. de emptio. & vendi. in §. 1. vbi ait oportere inſtrumentum eſſe perfectum, Galli vocant *eſtre mis au net*, quod in omnibus contractibus locum ſibi vendicat. Notandum autem eſt inſtrumenta publica apud nos executionem, & vim rei iudicatæ habere aduerſus eum qui eſt obligatus, quod valde alienum eſt à iure Romano, quo prius agendum eſt, quam exequendum. l. 1. Co. de execu. rei iudic. Sed tamen mos conficiendorum inſtrumentorum poteſt dici in quibuſdam locis conuenire iuri Romano: quia condemnationem continent, quaſi iuriſdictionem quandam

volontariam exerceat. l. 2. D. de offic. procon. & lega.

IN TIT. XXII. Cod. lib. 4.

PLVS VALERE QVOD AGITVR, QVAM QVOD SIMVlate concipitur.

HIc titu. pertinet ad titu. præcedentem de fide inſtrument. In inſtrumentis enim plerunque aliud ſcribitur, aliud ſimulatur. Et cum dicimus fidem facere inſtrumentum, hoc eſt accipiendum, niſi appareat aliud eſſe in inſtrumento, & aliud ſimulatum inter contrahentes: tunc enim præualet veritas rei geſtæ. l. 1 hoc tit. C. Vt autem com modius explicemus quæ ad hunc locum pertinent, ſciendum eſt duobus modis contingere poſſe, vt aliud ſcribatur in inſtrumento, aliud ſimuletur. Id enim contingere poteſt per errorem, poteſt etiã contingere cum nullus error interuenit. De errore primum videamus. exemplum huius rei eſt in l. cum precibus. 18. C. de proba. aliud eſt in l. vlt. hic. Aliquando aliud agitur, aliud ſcribitur in inſtrumento, idque fit per ſimulationem contrahentium, nullo errore interueniente: ſed ipſis qui contrahunt conſentientibus. Cum autem quæritur quid in hac re ſequendum ſit, diſtinguendum eſt ita: Aliquando accidit vt ſimulatio reſpiciat contractum, aliquando vt reſpiciat perſonam. Sæpe accidit, vt ſimulatio reſpiciat contractum, vt pro vno ſcilicet contractu alius contractus exprimatur. exemplum eſt C. hoc tit. in l. 3. Emptione pignoris cauſa facta &c. apertiſſimum quoque eſt exemplum in l. 2. Cod de pign. actio. In hoc ergo caſu non quod ſcriptum eſt, ſed quod eſt geſtum inſpicimus, ſi apparet quid geſtum ſit inter contrahentes. ca. 4. illo vos credimus. de pign. in antiq. Decretal. & in cap. ad noſtram. de emp. & vendit. Aliquando ſimulatio reſpicit perſonam. exemplum eſt Cod. hoc tit. in l. 2. & l. 4. tunc inſpicimus magis quod certuo eſt, quàm quod ſimulatum eſt. Eſt autem quæſtio facti, quæ per iudicem examinabitur. Vt, ſi quis nomen ſuum accommodauerit in negotio contrahendo, vt loquitur Vlpianus in l. is qui ſuis nummis. 4. in fin. princ. D. de manumiſſ. Quod diximus valere id, quod agitur, eſt ita accipiendum, vt admonuimus, ſi appareat quid actum ſit. Aliquando nihil omnino agitur, vt hic. Cod. in exemplo. l. vlt. Id contingit etiam aliqua ex cauſa. Exemplum eſt in l. ſi ſponſus. 5. §. circa venditionem. D. de donat. inter. vir. & vxo. Deinde ſi voluerint contrahentes vnum contractum in alium transferre, & modus ſit idoneus ad transferendum, tunc non dicitur proprie ſimulatio: nec locum habent quæ diximus. Exemplum vnum eſt in l. ſi ex pretio. 6. Cod. ſi cer. pet. De his dixi in l. rogaſti. & l. ſingularia. D. ſi cer. pet. & in l. qui negotia. D. mandati.

IN TIT. DE TESTIBVS. tam ex Pandectis, quàm ex Iuſtiniani Cod.

PRimus locus eſt in hoc tractatu de teſtibus, in quo quæritur qui teſtes eſſe poſſint. Hic locus valde vtilis eſt, & pertinet ad rationem refellendorum teſtium in iudicio. Eſt res vitata ob quas cauſas teſtes refelli poſſint in iudicio. Et in primis notandum omnes admitti in iudicio, quibus id lege non interdicitur. hæc regula traditur in l. 1. §. 1. D. hoc titul. Supereſt ergo vt inquiramus quibus interdictum ſit teſtimonium, & quibus interdictum non ſit. Ego ſolitus ſum hoc complecti ſummatim, & vti diuiſione, quæ traditur in l. 3. §. vltim. D. hoc tit. Ait Iuriſconſultus ibi, quibuſdam interdici teſtimonium propter notam & infamiam: alios repelli à teſtimonio ob affectionem aliquam: alios propter inopiam conſilij & iudicij. Videamus primum de his, qui ob ſcelus aliquod repelluntur à teſtimonio. hi receuſentur in l. 3. D. hoc tit. Qui iudicio publico damnati ſunt, præterea notantur infamia l. infames. D. de public. iud. Exemplum ergo eſt eorum, quibus interdicitur teſtimonium ob notam & infamiam. in l. ſcio. 14. & l. repetundarum. 5. D. hoc titul. Ergo neque hi in iudicio teſtes eſſe poſſunt, neque in teſtamento. Aliud exemplum eſt in l. quæſitum ſcio. 13. D. hoc titul. de eo, qui damnatus eſt cauſa calumniæ in iudicio publico. de eo maior fuit dubitatio, quàm de alijs, nam ibi Papinian. ait, nihil lege Rhemmia lata aduerſus calumniatores cautum fuiſſe, ob ſimilitudinem tamen rationis quod de aliis iudiciis dicitur producendum eſſe. Aliud exemplum eſt in l. ob carmen. 21. in princip. Lex quidem Iulia, cuius mentio eſt in dict. l. 3. §. penult. loquitur de his, qui ſunt damnati publico iudicio. Idem dicendum de eo, qui damnatus eſt ob carmen famoſum: quamuis non dicatur iudicio publico damnatus, qui ob carmen famoſum eſt damnatus. Inteſtabilis autem quandoque dicitur ob carmen famoſum damnatus, vt neque teſtamentum facere, neque teſtimonium dicere poſſit. l. is cui lege bonis. 18. §. ſi quis ob carmen. D. de teſtam. Aliud exemplum eſt in l. quoniam liberi teſtes. 10. C. eod. de his, qui ſunt ſocij & participes eiuſdem criminis. Iuſtiſſima igitur cauſa refellendi teſtis eſt, ſi ſocius dicatur & particeps eiuſdem criminis: neque enim vnius ſocij criminis teſtimonium aduerſus conſocium recipitur, præterquam in caſibus quibuſdam exceptis. Ex his conſequitur non quoduis delictum ſufficere, vt repellatur quis à teſtimonio, quia opus eſſet nominatim de his caueri legibus, veluti Iulia & Rhemmia, & hoc iure vtimur, præterquam in foro Pontificio, vbi quoduis delictum ſufficit ad refellendum teſtem. can. infamis. 6. quæſt. 1. Apud nos autem in foro regio non ſufficit delictum obiicere, ſed oportet condemnationem ſubſecutam eſſe, & hic vſus omnino contrarius eſt pontificiis conſtitutionibus. Sunt autem duæ conſtitutiones Pontificiæ de eo in Decret. ſub titul. de teſtibus in ca. 13. ſuper eod. & c. 54. teſtimonium. Ergo ſufficit, vt videntur innuere ad repellendum aliquem à teſtimonio, notam infamiæ obiicere: ſed male intelligunt, meo quidem iudicio, iſtum locum. nam in dict. leg. 3. §. lege Iulia. D. eod. ſubiecta ſunt illa verba poſt legis Iuliæ verba recitata. hic breui epilogo continetur quod eſt in lege Iulia. In lege autem Iulia mentio facta eſt de impuberum teſtimonio, ideoque dicitur ibi quoſdam repelli ob lubricum ætatis, alios repelli propter notam vel infamiam vitæ, veluti eum, qui eſt damnatus publico iudicio, atque ita intellexit Accurſius, qui mihi videtur rectius hunc locũ intellexiſſe, quã Canoniſtæ. Diximus igitur de nota infamiæ, nunc videndum de alijs cauſis propter quas teſtis repellitur. Teſtimonium alicuius nõ recipitur propter affectionẽ aliquam veriſimilẽ, quæ poſſit impedire veritatem. Oportet enim eũ à quo teſtimoniũ requiritur, omni perturbatione vacuũ eſſe, aliàs idoneus teſtis nõ habetur. Id docetur ſequentibus exemplis. In primis dicimus neminem in propria cauſa teſtem eſſe poſſe. l. nullus. 10. D. hoc tit. l. omnibus. 9. C. eod. Nam natura comparatum eſt, vt homines ament ſe & ſua. vnde fit, vt nemo teſtis admittatur in cauſa propria. Cicer. pro Roſcio. Hoc autem adeo certum eſt & indubitatũ, vt fruſtra videatur admoneri à Iuriſconſ. Et ideo ex his alia multa ad conſequentiam trahuntur. Cum dicitur in propria

Qui à teſtimonio repelluntur.

cauſa

Digitized by Google

cauſa neminem idoneum eſſe teſtem, hinc illæ quæſtiones quæ ſit propria cauſa, aut aliena. Exempli gratia quæritur in cauſa euictionis, an venditor ſit idoneus teſtis? & certum eſt cum legitimum teſtem non eſſe: quæ ſit propria cauſa docet Iuriſcon. in l. 1. §. in propria. D. quando appel. ſit vbi cauſam propriam ait eſſe, ex qua commodum quis aut incommodum percipit. Superioris quæſtionis argumentum eſt l. ab executore. §. 1. de appel. Hinc naſcitur quæſtio de cauſa vniuerſitatis, aut corporis alicuius, an ſinguli, ex quibus ea vniuerſitas conſtat, idonei teſtes ſint. Et ex eo pendet, an cauſa eius propria ſit iudicanda, an aliena. Si cauſa eius propria ſit, dicendum eſt idoneum teſtem non eſſe, & vulgo receptum eſt idoneum teſtem eſſe in cauſa vniuerſitatis, niſi ea cauſa ad eius commodum, aut incommodum pertineat. Cauſa vniuerſitatis non videtur cauſa ſingulorum, ex omnibus enim vniuerſitas coaleſcit & conſiſtit. l. in tantum. §. vniuerſitatis. D. de rerum diuiſ. Aliud igitur eſt rem eſſe vniuerſitatis, aliud rem eſſe ſingulorum, ſed tamen videndum eſt an etiam cauſa, quæ nomine vniuerſitatis mota eſt, ad ſingulorum vtilitatem pertineat. Et hoc caſu dici poſset ſingulorum cauſam eſſe, & ſingulos à teſtimonio dicendo repelli: nam iam diximus eos repelli, ad quos nomine ſuo res quoquo modo pertinet. Et hæc diſtinctio vulgo recepta, probabilis mihi videtur. Aliud exemplum eſt in patre & filio, in l. teſtis idoneus. 9. D. hoc tit. vbi pater filio teſtis eſſe non poteſt, nec in cauſa filij teſtis idoneus cenſetur. Et hoc producitur longius ad omnes aſcendentes & deſcendentes in infinitum. l. parentes & liberi. 5. C. eod. Communi autem parentis appellatione continentur omnes in infinitum. l. quique litigandi. 4. §. 1. D. de in ius vocan. Sic liberorum appellatione continentur omnes qui ex nobis deſcendunt. l. liberorum. 220. D de verbo. ſignific. Nihil tamen prohibet patrem & filium in eadem cauſa teſtes adhiberi. l. pater & filius. 17. D. hoc tit. Hic oritur quæſtio ex eo quod dicitur de profeſſione parentum, ſi agatur de ætate filij probanda, aut filij natalibus, vtrum profeſſio parentum admittenda ſit? Et certe admittitur. l. cum de ætate. 13. l. etiam matris profeſſio. 16. l. Imperatores. 29. D. de probat. Et tamen diximus in cauſa filij, patris teſtimonium recipiendum non eſſe. Hæc repugnantia viſa ſunt Accurſio & cæteris, qui non intellexerunt quid ſit profeſſio, ſed docui ſub titul. de proba quid profeſſio differat à teſtimonio. Quæſtio agitari ſolet de fratre, an ipſe in cauſa fratris, teſtis ſit idoneus, an ſit hęc iuſta cauſa refellendi fratris, quod ſit frater? Dicitur vulgo, nulla lege fratrem repelli à teſtimonio dicendo, quamuis aliqui excipiant cauſam criminalem, ſed aliàs defendi libro 1. Diſputat. cap. 28. fratris teſtimonium legibus interdictum eſſe. ſic interpretatus ſum domeſticum teſtimonium in l. 2. Cod. hoc titul. Domeſtici enim non tantum dicuntur, qui in eadem domo morantur, vt in leg. reſpiciendum. 11. §. furta domeſtica. D. de pœn. ſed etiam dicuntur, qui eiuſdem familiæ ſunt. Sic interpretatur Theophil. Inſtit. titul. de teſtam. Ergo domeſticum teſtimonium iure improbatur. ſed hoc intelligendum eſt cum exceptione, niſi agatur de probando eo, quod domi geritur, quod non poteſt niſi per domeſticos probari, leg. conſenſu. Cod. de repud. Quæri poteſt de amico, an teſtis idoneus ſit, an cauſa ſit iuſta refellendi teſtis, quod is amicus ſit & familiaris ei à quo teſtis producitur? Certum eſt teſtimonium amici non tantum ponderis habere, idque ſatis colligitur in l. 3. in princip. D. eod. Sed quæſtio eſt, an interdicatur teſtimonium, an omnino recipiatur. Quidam enim ſunt quorum teſtimonium multum ponderis non habet, & hoc committendum eſt iudicis arbitrio, vt inſpiciat quanta fides eis habenda ſit, ſed tamen non interdicitur eis teſtimonium, quoties eorum ſit mentio in lege Iulia. dicta l. 3. §. in lege Iulia. D. hoc titulo. Quid ergo dicemus de amico? Exiſtimo ſi ſit magna aliqua & non vulgaris amicitia, quæ vix hodie reperitur, eam iuſtam cauſam eſſe interdicendi teſtimonij. hæc enim amicitia coniunctioni ſanguinis comparatur: vulgaris autem amicitia quæ contrahitur aliqua notitia, à teſtimonio non repellit. de hac in leg. latę culpæ. 223. §. amicos. D. de verborum ſignific. Aliud exemplum eſt de patronis cauſarum, procuratoribus, hi enim idonei teſtes non ſunt. leg. vltima. D. hoc titul. Nihil autem legibus hac de re cautum eſt, ſed de mandatis quæ dabantur præſidibus, cum mittebantur ad prouincias regendas. horum mentio eſt in Nouella Iuſtiniani de manda. princip. Eadem eſt cauſa executorum. dict. l. vltim. D. hic. de his exemplum eſt videndum in Inſtit. titul. de actio. §. ſi quis agens. Quod hic dicimus de patronis cauſarum, pertinet ad omnes procuratores & patronos. capit. vltim. hoc titul. libr. 6. De his quos ſolicitatores vocant, quæſtio eſt agitata. Ego puto conſtitutionem illam d. capit. vltim. ad eos pertinere: nam aduocatorum nomen, de quo ibi, generale eſt, & complectitur omnes, qui operam cauſis præſtant & litibus. leg. 1. §. aduocatos. D. de variis & extraord. cognit. Hæc exempla demonſtrant idoneos teſtes non eſſe eos, qui adfectione aliqua probabili mouentur erga eum, à quo teſtes producuntur. l. non ſolum. 67 §. primo. D. de ritu nuptia. Præterea ob eandem rationem, quam diximus, inimicus repellitur à teſtimonio. l. ſi quis teſtibus. 13. Cod. hoc titu. Exemplum eſt in l. licet autem. 15. D. de arbitr. Inimicitias autem hic non quaſuis, ſed capitales intelligimus. De amico vero an poſſit cogi vt teſtimonium dicat contra amicum: dicendum eſt non poſſe: deinde veriſimile eſt eum verum non dicturum. argumen. leg. qui cum maior. 14. Propter paupertatem autem non omnino repellitur teſtimonium, nec tamen pauperi tanta fides habetur, quanta locupleti. leg. 3. D. hoc titu. Repellitur etiam quis à teſtimonio propter infirmitatem conſilij. dict. l. 3. §. vltim. D. hoc titu. vbi teſtis repellitur à teſtimonio propter lubricum ætatis & cõſilij, vt impubes, cuius ſit mentio in lege Iulia, & l. inuiti. 19. D. hoc tit. Ex magna tamẽ & graui cauſa, aliquãdo impuberes interrogantur, vt in cauſa maieſtatis, l. de minore. 10. in princip. D. de quæſt. Dicitur etiam teſtimoniũ impuberis prodeſſe ad aliquod iudicium, quamuis plenã fidẽ nõ faciat. Rhetor. quidẽ apud Senecã lib. 4. controuerſiarũ, dicit puero nihil eſſe certius ad teſtimoniũ dicendũ. Sed hæc ſententia merito reprehẽſa eſt ab aliis. experimur enim quotidie quam ſit lubricũ teſtimonium pueri. magna enim huius ætatis inconſtantia, magna inopia conſilij. Quid dicemus de eo, qui pubes eſt, ſed minor eſt 25. ann. an teſtis idoneus eſt? Monet quæſtionem quod infirmũ eſt huius ætatis cõſiliũ, vnde auxilio curatorum, minores regi ſolẽt, ſed tamen conſtitutum eſt eum idoneum eſſe teſtem in ciuili iudicio: in criminali ita demum ſi maior ſit viginti annis. leg. in teſtimoniũ. 20. D. hoc titu Quæritur quid de muliere dicẽdũ? Magna eſt eius ſexus fragilitas & infirmitas cõſilij. Sentẽtia tamẽ Iuriſconſ. noſtrorũ eſt, mulierem in iudicio teſtẽ eſſe poſſe. argum. l. Iuliæ. de adult. l. ex eo quod prohibet. 18. D. hoc titul. quod caput ſumptũ eſt ex lib. 2 ſentent. Pau. tit. ad leg. Iul. de adult. In teſtamẽto tamẽ mulier teſtis adhiberi nõ poteſt. l. qui teſtamento. 20. § mulier. D. de teſtam. §. teſtes autẽ. Inſtit. eo. Quæritur etiã de hermaphrodito quid dicẽdũ ſit, an teſtis in teſtamẽto eſſe poſſit? Paulus ait qualitatem ſexus incaleſcentis oſtendere. l. repetundarum. 15. §. 1. Eſt enim incertum an ſit mas, an fœmina: tamen eius ſexus exiſtimãdus eſt, qui in eo præualet, vt ait Vlpianus.

l. quæritur. 10. D. de ſtatu hom. Hactenus de his, qui teſtes eſſe poſſunt, vel non poſſunt: nunc de his qui cogi poſſunt ad dicendum teſtimonium. Hæ quæſtiones à nobis ſunt ſeparatæ docendi cauſa. hæc etiam ſeparat Iuriſconſul. in l. 1. D. Ergo de teſtibus duplex eſt quæſtio: vna eſt, an teſtis idoneus ſit, an lege aliqua interdicatur teſtimonium. Altera quæſtio eſt, an excuſationem aliquam habeat à dicendo teſtimonio, vt cogi non poſſit. hanc quæſtionem tractaturi ſumus. Aduertendũ eſt teſtem inuitum cogi teſtimonium dicere, niſi ſit ex perſonis exceptis: nam quædam perſonæ excipiuntur, de quibus dicemus. Regula eſt, cum teſtis adhibetur ad teſtimonium dicendum, cogendum eſſe, ſi nolit teſtimonium dicere. hoc colligitur ex l. ſi quando. 15. Cod. eod. Simile eſt, quod dicitur in l. locum. 3. §. hoc interdictum. verſi. exhibere autem. D. de tab. exhib. Notandum tamen in hac re maxime ſpectandam conſuetudinem cuiuſque fori, vt admonet Iuriſconſultus in leg. 3. §. vlti. D. hoc titu. In his quæ pertinent ad ordinationem litis, certum eſt ſpectandam eſſe eius loci conſuetudinem in quo agitur: aliud eſt his, quæ pertinent ad deciſionem cauſæ, & adducitur l. ſi fundus væmerit. 6. D. de euictio. Quædam autem perſonæ excipiuntur, quę non poſſunt cogi ad teſtimonium dicendum, vt parentes & liberi, qui inuicem aduerſus ſe, vt teſtimonium dicant, cogi minime poſſunt, imo nec volentes ad teſtimonium admittendi ſunt. l. parentes. 4. Cod. hoc titu. & l. teſtis. 9 D. eo. Hoc enim inhumanum viſum eſt Iuriſconſultis, cum ſpectant quid honeſtati conueniat. Scio maiorem partem iuris ad alia duo præcepta referri, vt ſuum cuique tribuatur, & vt nemo lædatur, ſed nonnunquam etiam reſpiciunt ad illud præceptum honeſtatis. Idem de patrono & liberto conſtitutum eſt, l. libertorum. 11. eo. Simile eſt quod dicitur de accuſatione in l. penult. & vltim. Cod. de his qui accu. non poſſ. vbi idem dè domeſticis. Aliæ perſonæ excipiuntur, vt ſenes valetudinarij, de quibus in l. inuiti. 8. D. hoc titu. Quod autem ibi dicitur de abſentibus, ideo dictum eſt, quia teſtes adeſſe ſolebant, vt l. 3. D. eod. Simile eſt quod dicitur in l. 2. §. ſi quis iudicio. D. ſi quis caut. Hodie autem non requiritur vſquequaque præſentia teſtium, ideo quod dicitur, nos interpretamur, vt non cogantur ad iudicium venire teſtimonij dicendi cauſa propter valetudinem, aut aliam cauſam: quia is mos mutatus eſt, vt non tam teſti, quam teſtimonio credatur. Quid ergo fiet, ſi iuſta cauſa quis impeditus eſt, vt non poſſit venire teſtimonij dicendi cauſa? In primis iudex poteſt ad eum ire, vel mittere hominem idoneũ, qui interroget eum. arg. eſt quod dicitur in l. ad perſonas egregias. 14. D. de iureiur. De hac re eſt conſtitutio Pontificia in ca. 8. ſi qui teſtium. de teſtib. in antiq. Decretal. De committendo hoc negotio etiam iudici, in cuius territorio teſtes degant, tractatur in l. iudices. 17. Cod. de fide inſtrum. vbi etiam de inſtrumentis deſcribendis, Gallicè *faire extraicts*. Excipitur tamen criminalis cauſa. in Nouel. conſt. 90. Iuſtin. de teſtib. §. & quoniam ſcimus dudum factam legem, &c. vbi iubet iudices ipſos non alios in criminali iudicio teſtes interrogare debere: quoties ergo aliqua neceſſitas id exigit, iudex ipſe debet interrogare teſtem, vt ſi forte extraneus ſit teſtis. Ex his intelligimus quæ perſonæ ſunt, quæ excipiuntur à teſtimonio dicendo, nec poſſunt cogi teſtimonium dicere. Sed de his qui magiſtratu funguntur, oritur quæſtio, de qua in l. ob carmen. 21. §. 1. D. eod. Huc pertinet quod dicitur in l. curent. 22. D. eo. titu. Dixi aliquando hunc locum non eſſe accipiendum de his qui teſtamentum faciunt: ſed de his qui teſtimonium dicunt. Teſtari eſt in tabulas aliquid redigere memoriæ cauſa, multaque adduxi, vt oſtenderem veram eſſe hanc verbi ſignificationem. Hæ atteſtationes olim fiebant de quibuſcunque negotiis & contractibus, quo tempore in vſum nondum venerant tabelliones. l. ad teſtium. 22. D. de teſti. l. hac conſultiſſima. 21. Cod. eod. Proximus locus eſt de numero teſtium, & quot ad probationem ſufficiant. Et quidem vnius teſtimoniũ cuiuſcunque dignitatis ſit, etſi fuerit ordinis ſenatorij, non ſufficit. l. iuriſiurandi. 8. Cod. eod. Duo autem teſtes ſunt neceſſarij, vt dicitur in l. vbi numerus. 12. Et quidem oportet teſtes de eadem re conuenire, alioquin pro vno plures teſtes habentur, nos eos vocamus ſingulares teſtes. Vulgo dici ſolet: multi teſtes ſingulares tantum probant, quantum vnus. De his ſingularibus teſtibus locus eſt in iure Pontificio in c. licet cauſam. 9. de probat. ſed iure ciuili de his nihil cautum eſt. Quoties tamen inſtrumentum factum eſt de aliquo contractu: & is quidem, qui pecuniam accepit numeratam, contendit ſe ſoluiſſe ſcripto aliquo, ſed vult producere teſtes vt ſolutionem probet: hoc caſu dicitur duos teſtes non ſufficere, ſed proferre ſcripturam aliquam debet, vel cogitur probare quinque teſtib. ſe ſoluiſſe. l. teſtium facilitatem. 14. Cod. hoc titu. Alij loci & caſus explicantur ab Accurſio, quos vide. Vnum eſt hic notandum. ſuperfluam teſtium multitudinem non eſſe in iudicio recipiendam. l. 1. in fin. D. eod. In Gallia hoc relictum non eſt moderationi iudicis, vt iure ciuili. extat enim de numero teſtium adhibendorum conſtitutio regia, quæ vult in ſingulos articulos denos teſtes proferri.

Quomodo teſtes produci, interrogari, teſtificari debeant, & quo tempore.

IN primis teſtes vocati ad iudicium teſtimonij dicendi cauſa, iureiurando adiguntur, ne ante recedant, quam teſtimonium dixerint, hoc iureiurando ita obſtringuntur, vt quindecim dierum ſpatium iudices obſeruare debeant: poſt quindecim vero dies, datur eis recedendi facultas. hæc omnia continentur in l. ſi quando inuitos. 15. Cod. hoc titu. de teſtibus. Si ſponte velint fideiuſſores dare, recipiuntur: fideiuſſores autem dare non coguntur, nec ideo coniiciuntur in carcerem, quod ſatiſdare non poſſint, aut nolint. Interim autem ſumptus competentes eis teſtibus dandi ſunt, nec coguntur ſuo ſumptu ad iudicẽ accedere teſtimonij dicendi cauſa. Et ſolet quæri, an debeat eis ſumptus repræſentari ex pecunia, an ſufficiat eis mandare poſtquam dixerunt teſtimonium? Receptum eſt eis dandos ſumptus antequam è domo pedem extulerint: idque ſatis colligitur ex l. quoniam liberi. 10. C. hoc tit. quæ vult ſumptus dari ad iudicem venturis, idque maxime in criminalib. cauſis. Quod autem diximus teſtibus, nõ teſtationibus credendum eſſe, hoc eſt intelligendum ſecundum diſtinctionem, quam tradidimus ex l. iudices. 17. Cod. de fide inſtrum. Diximus teſtium interrogationem aliquando delegari poſſe, vt in pecuniariis cauſis. Hinc quæritur, an geſta ab arbitro cõpromiſſario fidem faciant in iudicio, ſi forte arbiter deceſſerit, cũ nondũ arbitratus eſſet? Hæc quæſtio tractatur in l. vlt. cũ apud cõpromiſſarios. C. hoc tit. de teſtib. & ait diſtinguẽdũ eſſe, vt ſi deceſſerit arbiter, & ſuperſtites ſũt teſtes, denuo interrogẽtur: ſin minus vtriq; deceſſerint, quod geſtũ eſt fidẽ facere. Arbiter. n. eſt quidã iudex, etſi. n. aliquid intereſt inter arbitrũ & iudicẽ: arbitraria tamẽ ad ſimilitudinẽ iudiciorũ redacta ſũt. l. 1. D. de arb. Vnde teſtes creduntur à iudice interrogati. idẽ dicitur in l. pen. cum ante. C. de rec. arb. & in cap. 50. de teſtibus in antiq. Decretal. Sed quomodo interrogabũtur? Ratio interrogãdi eſt, vt exigatur ab eis primũ iuſiurãdũ de teſtimonio vero dicẽdo. l. iuſiurãdi. 8. C. eo. Cautũ tamen eſt Pontificie conſtitutione hoc iuſiurandum poſſe remitti à parte aduerſa. ca. 39. tuis quæſtionibus. eod. titu. in Decretal. antiq. Sed quæritur, ad præcedere debeat iuſiurandũ teſtimonij dictionem? Receptum eſt, & ſi ſequatur valere, hoc

conſenta-

conſentaneum eſt inſtituto Athenienſium, qui poſt dictionem teſtimonij ad aras teſtes ducebant, vt iurarent. meminit huius inſtituti Cicer. in orat pro Balb. Ego tamen vtilius eſſe puto, vt prius iuſiurandum exigatur, quam teſtimonium dicatur, ne retractet teſtis quod dixit. Deinde interrogari teſtes debent parte præſente aut ſaltem vocata. l. ſi quando. 15. Cod. hoc titul. Ad hæc teſtia debet teſtificari quod ſcit, quodque ipſe percepit oculis vel alio ſenſu corporeo, ita vt appareat ei compertum eſſe id de quo teſtificatur. hoc vulgo dicitur receptum, quamuis id certi iuris non ſit, ſed illud. arg. l. teſtium. 14. verſic. ſub præſentia ſua debitum, &c. Oportet enim teſtem dicere ſe vidiſſe, nec ſatis eſt quod dicat ſe credere, aut quod arbitretur: quo caſu vulgo dicitur teſtis de credulitate. Ait Cicero fuiſſe morem veteribus in iudicio, vt iurarent teſtes ſe ſcire non arbitrari. Et hæc diligenter ſunt notanda, vt intelligamus quomodo teſtes debeant teſtificari, & eorum teſtimonia valeant. Ideoque vafri, litigioſi, & cauti homines, qui ſolent plauſtrum exacuere teſtibus, diligenter eos admonent, vt dicant ſe vidiſſe, hocque iure vtimur, vt nullus teſtis ex auditu admittatur. licet de hac re nullum aliud ius extet, excipiendus eſt tamen caſus in quo teſtimonium huiuſmodi valet, cum facti operis extare memoria dicitur. l. 28. D. de proba. iſque locus eſt diligenter notandus. Sed quæritur, an teſtem ſufficiat vidiſſe caſu aliquo obiter, & quod interfuit, an rogatum eſſe oporteat? Quæſtio eſt vtilis, de qua in l. ad fidem. 11. D. de teſtibus. vbi dicitur ad fidem faciendam etiam non rogatum teſtem idoneum eſſe. Reperiuntur tamen exceptiones in iure ciuili in quibus rogatum eſſe teſtem oportet, vt in teſtamentis l. hæredes palam. 21. D. de teſtam. & auth. rogati. Cod. hoc titu. de teſtibus. Alia eſt exceptio apud Iuſtinianum No. 90. de teſtibus. De tempore quæritur, an lite conteſtata teſtes interrogentur? Et hoc expreſſum eſt magis iure Pontificio, quam ciuili. eſt etenim tit. in antiq. Decretali. vt lite non conteſt. non procedatur ad teſtium recept. nihil autem aperte expreſſum iure ciuili eſt, ideo opinor, quia de eo nulla dubitatio erat. Aliquando tamen ante conteſtationem litis teſtes examinantur certis de cauſis, vt ſi decrepitæ ſint ætatis teſtes, quod apertiſſime expreſſum eſt iure Pontificio ſupra relato, vt lit. non conteſta. cap. 5. quoniam frequenter. eſt tamen aliqua huius rei mentio in Nou. illa de teſti. & in auth. ſed & ſi quis. Cod. eo. Deinde notandum eſt teſtes non examinari poſtquam teſtimonia perſpecta ſunt, id cautum eſt Nouel. illa Iuſti. conſt. de teſt. §. ſi vero dicatur. Sed quæritur, an teſtes qui refelluntur, debeant examinari à iudice? Diſtinguitur in d. §. ſi vero dicatur. hodie autem mos & conſuetudo fori ſpectanda eſt, & ſecundum eam teſtes examinari, vel omnino reiici ſolent. l. 3. §. vltim. D. eod. Poſtremus locus eſt in quo quæritur quanta fides ſit adhibenda teſtibus Calliſtratus. in l. 3. D. hoc tit. ait, non poſſe definiri in vniuerſum, & refert reſcripta Imperatorum de hac re quibus committitur hæc quæſtio arbitrio & religioni iudicis. hunc locum Cicero eleganter explicat in oratione pro Fonteio. Soleo autem dicere tria expendenda eſſe à iudice: primum perſona teſtia, ſecundo modus teſtimonij dicendi, tertio teſtimonium ipſum. hæc ſunt veſtigia inquirendæ veritatis, quibus aliquo modo inſtruitur iudex. Circa perſonam eius, qui teſtimonium dicit, ſpectantur mores, conditio, fortuna, & adfectio. vt ſi amicus ſit vel inimicus. hoc colligitur ex l. 2. & 3. D. eo. Modum teſtificandi docet Calliſtratus in d. l. 3. D. hoc tit. Videndum eſt enim, an teſtis ex tempore reſpondeat, an vero cunctanter. hinc enim intelligitur quanta fides teſti adhibenda ſit, vt etiam colligitur ex l. de minore. 10. §. tormenta. D. de quæſtionibus. Et id diligenter inquiſitores in ſuis actis perſcribere ſolent. Poſtremò teſtatio ipſa diligenter conſideranda eſt, an rei de qua agitur conueniens ſit, & credibilis. l. ob carmen. 21. §. vltim. Inquiſitio igitur tota committitur arbitrio iudicum. Non ſolum autem aduerſus teſtimonia, ſed & aduerſus teſtes obiici poteſt, obiectaque admitti ſolent. & ſi iudex deprehenderit falſo vel varie teſtes aliquid dixiſſe, eos ſeueriſſime punit. atque in hac animaduerſione nullum recipitur fori priuilegium, nulla præſcriptio: ſed teſtes ab eo iudice puniuntur, cuius aures offenderint, varie vel falsò teſtimonium apud eum dicendo. l. nullum penitus. 13. C. eod.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XXIV. DIGESTORVM COMMENTARIVS.

IN TIT. SOLVTO MATRIMONIO Dos quemadmodum petatur.

SOLENT qui hanc ἐξήγησιν, ſiue titulum interpretantur, multa præfari de continuatione (vt loquuntur) tituli de appellatione Infortiati, de Ablatiuorum abſolutorum natura, aliiſque id genus ineptiis. Quo genere docendi nihil eſt corruptius, ac pernicioſius. Et ſi non ignorem, ſubtiliter iſta ab iis tractari ſolere, vt vel inexplicabilia nonnullis videantur. Sed (vt inquit Poeta)

Turpe eſt difficiles habere nugas:
Et ſtultus labor eſt ineptiarum.

1. Nos ergo qui ſimplicitatem amamus in Iuris interpretatione, non fucum, non oſtentationem inanem, non argutias inutiles: pro huiuſmodi nugis, titulos librorum ſuperiorum, nempe 23. & 24 breuiter percurremus, è quibus hic titulus omnino dependet, nec totius tractatus hoc initium eſt. Qua in re, ſat ſcio, pleraque leuia & vulgaria quibuſdam viſum iri, qui fortaſſis ad diſſoluendos Iuris nodos plus acuminis, & vſus habent, quam cæteri. Sed æquum eſt profecto nobis veniam ab iis dari. tum quia rationem, ac viam in omnibus tradendis diſciplinis vſitatam & neceſſariam ſequimur, à leuiſſimis quibuſque ad grauiora, ſubtilioraque ſenſim progredientes: tum etiam quia rudioribus non minus, quam iis qui multum promouerunt in iuris ſtudio, conſulere nos oportet. Interim tamen & mediocriter quoque eruditos nonnihil (vt ſpero) iuuabit hæc noſtra proluſio. Igitur (quod fœlix fauſtumque ſit) de Sponſalibus primum: deinde de Nuptiis, de Dotibus, ac dotium iure dicemus. Titulos librorum ſuperiorum vſque ad hunc titulum, & eos, qui lib. 5. C. Iuſti. continentur, ſummatim explicantes.

DE SPONSALIBVS.

Hic titulus quatuor præcipuos locos habet, quos ſigillatim perſequemur.

1. *Quæ ſint Sponſalia.*
2. *Quomodo Sponſalia fiant.*
3. *Quales perſonas eſſe oporteat, quæ Spõſalia contrahunt.*
4. *Quæ ſit vis & poteſtas Sponſaliorum.*

I. Quæ ſint Sponſalia.

SPonſalia (inquit Florentinus l. 1. hic.) *ſunt mentio, & repromiſſio futurarum nuptiarum.* Ex qua diffinitione colligitur differentia inter nuptias, & ſponſalia. Aliud eſt enim nuptias contrahere, aliud ad nuptias contrahendas ſe obligare, ſicut mutuam pecuniam dare, & promittere ſe mutuam pecuniam daturũ, multum differunt. l. ſi pœnam. de verb. oblig. Nuptię ergo fiunt verbis in præſens tempus conceptis, vt *Accipio te in virum: Accipio te in vxorem.* Sponſalia verbis in futurum tempus conceptis contrahuntur, &c. Dicta autẽ ſunt ſponſalia, quia moris fuit veteribus ſtipulari, & ſpondere ſibi vxores futuras: quamuis hodie ſtipulatio non ſit neceſſaria. l. 1. & 2. de ſponſa. Nam ſponſio (vt alias docuimus) non ſimplicem promiſſionem ſignificat, ſed ad ſtipulationem refertur. l. ſponſio. de verbo ſignifi. Quo ſenſu in Theodoſij conſtitutione de ſuffragio, lib. 4. C. Iuſtin. hoc verbum accipiendum eſt, quam vulgus doctorum iuris non recte interpretatur. Quamuis enim, *Stipulari, & Spondere*, diuiverſa ſint, l. 1. de duo. re. tamen tota illa conceptio verborum, quæ conſtat ex ſtipulatione & ſponſione, id eſt, ex interrogatione & promiſſione, modo ſtipulatio, modo ſponſio appellatur. Idemque in emptione & venditione animaduertere licet. Sed & Seruius Sulpitius apud Gel. libr. 4. ca 4. Qui vxorem (inquit) ducturus erat, ab eo vnde ducenda erat, ſtipulabatur eam in matrimonium ductum iri: qui daturus erat, itidem ſpondebat. Is contractus ſtipulationum ſponſionumque dicebatur, *Sponſalia*. Tunc quæ promiſſa erat, Sponſa appellabatur: qui ſpoponderat ducturum, Sponſus.

II. Quomodo Sponſalia fiant.

1. Contrahuntur ſponſalia ſolo conſenſu ſine ſtipulatione, aut ſcriptura. Nec inter præſentes tantum, ſed etiam inter abſentes per nuntium, aut epiſtolam. l. 47. & vltim. de ſponſa. Ex quo conſequitur furioſum contrahere ſponſalia non poſſe, licet iam contracta furor interueniens non infirmet. l. furor. eod. titu. Conſenſum autem accipimus eorum inprimis, de quorum coniunctione agitur, deinde eorum etiã, in quorum poteſtate ij ſunt. Parumq; refert expreſſe, an tacite, id eſt, nõ contradicendo conſentiant, modo conſenſus omniũ adſit. l. ſi puellæ. l. in ſponſalibus. l. ſed ea. l. filiafamil. eod. tit.

III. Quales perſonas eſſe oporteat, &c.

De qualitate perſonarum ſponſalia contrahentium illud obſeruandum eſt, prohibito matrimonio inter aliquas perſonas, ſponſalia quoque prohibita intelligi. l. ſi quis tutor. de ritu nupt. Vnde & vulgo regulam colligunt: *Cum quid prohibetur, omnia prohibita intelligi, ſine quibus ad illud perueniri non poteſt.* Nec quicquam ſcriptum extat in iure ciuili, vnde aliqua huiuſmodi regula non conficiatur. Placetque adeo hic mos quibuſdam noſtri temporis profeſſoribus haud obſcuris, vt vel libris editis confirmare non dubitent, in eo artem omnem æqui & boni ſitam eſſe. Quod fortaſſis tolerabile eſſet, ſi modum in ea re adhiberent, quam in illis merito deſideramus. Sed cum ſine modo ac iudicio omnia ad huiuſmodi theſes nullo exemplo reuocent, ferendos nequaquam eos eſſe exiſtimo. Cum enim nihil periculoſius ſit in iure, quam aliquid definire, dubiũ non eſt quin huiuſmodi regulæ fallaces ſint, nihilque firmi, ac ſolidi habeant. Itaque ſtudioſis omnib. auctor

ſum,

ſum, vt multum operæ in his regulis aut colligendis, aut ediſcendis non ponant. Ac ſi quis diſſerendo (vt fit) aliquam huiuſmodi regulam pro lege & auctoritate adducat, equidem ei reſpondere non verebor, id in iure ſcriptum non reperiri. Nam & ſi quæ in legibus ſcripta ſunt, ad negotia, de quibus lex nihil definiat, plerunque porrigantur, tamen hunc morem regulas ex quaque hypotheſi conficiendi non probo, ſed magis placet, vt ſpecies ipſa proferatur, ac recitetur, ex qua argumenta à ſimilitudine, à conſequentibus, ab antecedentibus, aliiſque huiuſmodi locis ducantur. Vitabitur enim facilius proplexitas illa ſumma, & obſcuritas, quam eæ regulæ aliæ ſuper alias coacervatæ patiunt. Sed vt eò redeamus, vnde digreſſi ſumus: Prohibito matrimonio, ſponſalia quoque prohibita intelliguntur. Quod ſic accipiendum eſt, ſi ſit eadem ratio prohibitionis. Cuius rei exemplum eſt in Senatoribus, qui prohibentur libertinam vxorem ducere, ne dedecoretur ordo Senatorius tali coniunctione. Nam & ſola deſponſatio aliquã turpitudinem habet. Ceſſante igitur ratione ceſſat quoque legis prohibitio: veluti in muliere, quæ intra annum luctus nubere prohibetur, propter turbationem ſanguinis. Nullum enim periculum eſt, ne ſponſalia ſola turbationem ſanguinis afferant. l. ſolet. de his, qui notan. infam. Item qui officium in aliqua Prouincia adminiſtrat, vxorem ibi ducere non poteſt, quamuis ſponſare non prohibeatur. l. ſi quis offi. de ritu nupt. quia poſt depoſitum officium liberum eſt ei nuptias non contrahere: ideoque nullus metus aut impreſſio nocere ei poteſt, nec vlla eſt alia prohibitionis ratio. Quæri ſolet, cur lex prohibens tutorem pupillam ſuam vxorem ducere, interpretatione ad ſponſalia porrigitur. l. tutor. de ſponſal. l. ſi quis tutor. de ritu nupt. cum finita tutela facultatem ſponſalia diſſoluenda puella habeat? Qua de re poſtea diſſeremus ſub titu. de ritu nupt. Hoc autem inter nuptias & ſponſalia intereſt, quod in ſponſalibus contrahendis ætas definita non eſt, vt in nuptiis. Proinde impuberes contrahunt ſponſalia, modo infantes non ſint. d. l. in ſponſalibus. Vnde ſi puellam nondum annos duodecim natam quis vxorem duxerit nuptię non conſiſtunt, ſed tunc legitimam fore vxorem Pomponius ait, cum apud virum impleuerit duodecim annos. l. 4. de ritu nup.

IIII. De poteſtate, & effectu ſponſaliorum.

Sponſaliorum non ea eſt vis & poteſtas, vt aduerſus eum qui ſpopondit, vlla competat actio. Quanquam olim actionem ex ſponſo dari, litemque pecunia æſtimari ſolitam, auctor eſt Seruius Sulpitius apud Gellium. Liberum ſiquidem eſt alterutri renuntiare, & cum alio quouis matrimonium contrahere. l. 1. C. de ſponſ. Et hoc genus renuntiationis repudium appellatur. l. inter ſtuprum. l. inter diuortium. de verb. ſign. quod à patre pro filio, vel filia, quam habet in poteſtate, fieri poteſt: à tutore pro pupillo, aut pupilla non poteſt. l. in poteſtate. l. ſi puellæ. de ſponſal. l. 4. Cod. eod. titul. Nec infamia notatur cum alio poſtea contrahens, quaſi bina ſponſalia eodem tempore conſtituta habeat, diſſolutis nempe per huiuſmodi renonciationem prioribus ſponſalibus l. t. l. quid ergo. de his qui notan. infam. Sed nec pœna vlla, quamuis promiſſa, eo nomine peti poteſt, nec id quod intereſt, niſi forte dolus nuntium remittentis arguatur, quo caſu de dolo agi æquum eſt. l. Titia. de verb. obliga. l. 2. C. de inutili ſtipul. l. 1. de dolo. Verum ſi datæ fuerint arræ ſponſalitiæ, per eumque ſtet, qui dedit quo minus negotium peragatur, eas amittit. Sin autem per eum ſtet, qui recepit duplum, aut ſi ita conuentum fuerit, quadruplum is reſtituere cogetur. l. ſi quis officium. de ritu nupt. l. 3. l. vltim. Cod. de ſponſ. Quod ſi iuſtam cauſam renuntiandi habuerit alteruter, hæc pœna ceſſat. l. 1. l. vltim. Cod. de ſponſal. l. 1. Cod. ſi nuptiæ ex reſcript. pet. Arras autem vocamus annulos, aut alias huiuſmodi res quæ in hoc dantur, vt veluti argumentum ſint negotij contracti. Sponſalia nonnunquam à Iuris auctoribus eas dici animaduertimus. l. 1. Cod. ſi nupt. ex reſcript. pet. vt tit. de ſponſ. in Cod. Theodoſ. in quo Codice extat etiam hic titulus: *Si prouincia rector, vel ad eum pertinentes ſponſalia dederint.* Qui aliter in Cod. Iuſtin. legitur, ſed mendoſam eſſe eam lectionem, vel ex epitome Azonis perſpicuum eſt. Et hæc quidem omnia Iuri ciuili, quod Iuſtinianus ſcriptum nobis reliquit, cõſentanea ſunt. At ius Pontificium, quo in dirimendis huiuſmodi controuerſiis fere vtimur, repudium non permittit, ſed de eo iure tam ſponſus quam ſponſa coguntur matrimonium contrahere. c. ex literis. de ſponſ. Quidam tamen caſus excepti reperiuntur, in quibus diſſoluuntur ſponſalia: veluti cum vterque contrahentium conſentit huic diſſolutioni. cap 2. de ſponſ. cum in lepram, paralyſim, aut alium huiuſmodi morbum incidit alteruter, vel corporis vitium, quod magnam deformitatem afferat. cap. vltim. de coniug. lepro. cap. quemadmodum de iureiur. Cum affinis eſſe cœpit alter alteri poſt contracta ſponſalia. cap. 2. cap. fraternitati. cap. ex literis. de eo qui cog. conſan. Cum alter eorum peregre profectus eſt, & per triennium abfuit cap. de illis. de ſponſa. l. 2. C. de diuor. Cum is, qui impubes ſponſalia contraxit, factus tandem pubes ea dirimi poſtulat. cap. de illis. cap. à nobis. de deſponſa. impub. Cum poſt ſponſalia conſtituta nuptiæ cum alia perſona contractæ ſunt, verbis ſcilicet in præſens tempus conceptis. cap. ſicut. cap. ſi inter. de ſponſa. cap. t. de ſponſ. duo. Quod eſt accipiendum, niſi ſponſalia interim ſecutus fuerit concubitus. cap. is qui fidem. de ſponſal. In ſumma, quia non poſſunt omnes caſus ſigillatim enumerari, dicendum eſt, quoties iuſta aliqua ratio ſuadet è re ipſorum contrahentium non fore coniunctionem, veluti quia periculum eſt forte ne perpetuum inter eos odium, atque diſſidium ſit, iudex ad diſſoluenda ſponſalia, quam ad eos matrimonio iungendos, propenſior eſſe debet. Et ita Lucij Pontificis reſcriptum accipiendum puto, de cuius vero ſenſu inter iuris profeſſores non conuenit. cap. requiſiuit. de ſponſa. dicto cap. ex literis. Quod autem de arris ſponſalitiis ſupra dictum eſt, id iure pontificio non eſt immutatum. Itaque in foro pontificio ſeruandum eſt, quoties culpa alterutrius dirimuntur ſponſalitia.

Arræ quid.

DE NVPTIIS.

Præcipui loci huius tituli hi ſunt.

1 *Quæ ſint nuptiæ.*
2 *Quomodo nuptiæ contrahantur.*
3 *Inter quas perſonas contrahantur.*

I. Quæ ſint nuptiæ.

HActenus de ſponſalibus, nunc tractandum eſt de nuptiis, ſiue matrimonio, propter quod ſponſalia contrahuntur. *Sunt autem nuptiæ, viri & mulieris coniunctio, indiuiduam vitæ conſuetudinem continens*, vt definit Iuſtinianus tit. de patria poteſta. libr. 1. Inſtit. In qua definitione verbum *coniunctio*, oſtendit nuptias à ſponſalibus differre, quibus nulla coniunctio, ſed coniunctionis tantum ſpes inducitur, vt diximus. Reliqua verba ſignificant, vt vulgo creditur, in perpetuum coniuges ſimul viuere, & conuerſari debere, & hoc conſilio eos matrimonium contrahere, quamuis poſtea forte diuortium ſequatur. Itaque

Digitized by Google

hæc verba concubinatum à matrimonio diſcernere, ac ſeparare dicuntur. Sed mihi videtur Iuſtinianus his verbis communionem quandam ac ſocietatem inter coniuges ſignificare. Et hanc interpretationem adiuuant verba Modeſtini, cap. 1. de ritu nupt. cum ait: *Nuptiæ ſunt coniunctio maris, & fœminæ, conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio.* Nulla eſt enim res, ſiue diuini ſiue humani iuris, quam alter alteri non communicet, & cuius inter eos promiſcuus vſus non ſit. Quod & Plutarchus ſenſit in præceptis connubialibus, cum ait: *Prohibitam legibus donationem inter coniuges, non vt alter ab altero nihil accipiat, ſed vt omnia inter ſe communia eſſe ducant.* Hinc Paulus cap. 1. titu. rerum amo. *Societas*, inquit, *vitæ vxorem quodam modo dominam facit, &c.* Et Gordianus, *vxorem rei humanæ atque diuinæ domus ſociam eſſe ait.* l. aduerſus. Co. de crimin. expil. hæred. Ac fortaſſis Modeſtinus, quem conſtat Ethnicum fuiſſe, de ſacris priuatis, ac domeſticis ſenſit, quorum meminit Cicero lib. 2. de leg. Plautus in Captiuis. Plinius in Panegyrico. & Valerius lib. 2. cap. 1. Vnde fit, vt qui in domum & familiam alicuius aſciſcitur, in ſacra tranſire dicatur. Valerius lib. 7. cap. 7. titu. de teſtam. quæ reſciſſ. ſunt. de Anei filio loquens, qui à Suffenate adoptatus fuerat, Anei filius (inquit) in Suffenatis familiam, ac ſacra tranſierat. Quem loquendi morem imitati ſunt noſtri iuris auctores non vno in loco. Nam de filiis, qui adhuc in familia & poteſtate patris ſunt, loquentes, eos dicunt, in ſacris parentum conſtitutos. l. vlt. C. de inoffic. teſtamen. l. vlt. C. de cura. furio. l. vlti. Cod. ad Tertul. l. cum oportet. C. de bonis quæ liber. In ſacris poſitos. l. in coniunctione. C. de nupt. In ſacris manere. l. filiæ. Cod. de collat. l. penult. Cod. de adopt. In ſacris retineri. l. 3. C. de bonis mater. In ſacris eſſe. l. 2. Cod. de bonis quæ liber. Eos vero, qui per emancipationem aut alias exiuerunt è familia & poteſtate patris, dicunt Sacris vinculis exolui. l. 1. C. de offic. præt. E ſacris paternis dimitti. l. quidam. C. de fideicom. A ſacris paternis abſolui. l. de emancipatis. C. de leg. hæred. l. 1. C. de an. excep. Atque hinc ſatis apparet quid inter matrimonium & concubinatum (qui iure ciuili permittitur) interſit. titul. de concu. infra l. Maſſurius. de verb. ſignif. Nam etſi conſuetudine quis vtatur concubina, non ideo tamen in familiam eius, & ſacra tranſit cõcubina. Proinde filij ex ea ſuſcepti, tanquam alieni à familia paterna, ipſi, vt cæteri liberi non ſuccedunt, tit. de nat. lib. Cod. Quæſierit aliquis, An matrimonio contracto ſocietas aliqua inter coniuges coita eſſe intelligatur? Reſpondeo, ſocietatem veram, legitimamque non eſſe, qualis deſcribitur à iuris auctoribus ſub titu. pro ſocio: quamuis id veteribus Romonarum legib. conſtitutum fuiſſe Dionyſius ſcribat libr. 2. Sed moribus comparatum eſt fere in Gallia, vt mobilia inter coniuges communicentur, & ea quæ conſtante matrimonio quæſita ſunt. Quæ conſuetudo proculdubio iuri Romano contraria eſt, cum eo iure cautum ſit, nec pro marito vxorem, nec pro vxore maritum teneri. l. vxorem. C. de decurio. l. 1. C. ad leg. Iuliam de vi publi. & tit. C. ne vxor pro mari. Sed & Vlpiani verba aperte id indicant, cap. 1. de ſenatuſcon. Sillan. *Neque viri ſerui* (inquit) *proprie vxoris dicuntur, neque vxoris proprie viri, ſed quia commiſta familia, & vna domus eſt, ita iudicandum atque in propriis ſeruis Senatus cenſuit.* Huc accedat quod Diocletianus reſcripſit: *Ex pecunia etiam dotali fundum à marito comparatum vxori non acquiri.* cap. ex pecunia. C. de iure dot. Et viceuerſa idem de muliere dicendum eſt, ſi quid ipſa acquiſierit, quamquam in dubio præſumitur quicquid habet à viro ad eam perueniſſe. l. Quintus. de donat. inter vir. Poterat ſane bonorum ſocietas coiri inter coniuges, idque olim fieri ſolitum fuiſſe oſtendi Scæuola. l. alimenta. §. vltim. de adimen. leg. l. ex diuerſo. hic. verum citra conuentionem nulla ſocietas locum habebat. Cur ergo (dixerit quiſpiam) conſuetudo & communicatio vitæ indiuidua hic eſſe dicitur, ſi liberum ſit vtrique facultates ſuas ab altero ſeparare? Verborum ſiquidem proprietas repugnare videtur, cum indiuiduum id ſit, quod diuidi non poteſt. Sed captanda non ſunt Iuſtiniani verba, alioqui ne amicus quidem proprium quicquam habere diceretur, quod veteri prouerbio, amicorum omnia habeantur communia. Senſit enim, ſalua honeſtate coniugij, nihil indiuiſum inter coniuges, ſed promiſcuum rerum omnium vſum eſſe oportere, licet nulla ſit obligatio, qua alter alteri ad hanc communicationem obſtringatur. Deinde hoc verbum *Indiuiduum*, plerunque accipitur non pro eo, quod diuidi non poteſt, ſed pro eo quod commune adhuc & indiuiſum eſt. Sic enim *Indiuidua hereditas* dicitur à Modeſtino. l. ſi ſine. de adminiſtrat. tuto. & à Paulo *Indiuiduum curæ officium*. l. Lucius Titius. eod. titu. Occurrit hic quæſtio, an vxor in poteſtate viri ſit iure Romano? Nam vſu, moribuſque receptum eſt in Gallia, vt viri poteſtati omnino ſubiiciatur, nec vllum negotium abſque conſenſu & auctoritate mariti ſui contrahere poſſit. Sed quæritur an ea conſuetudo Romano iuri conſentanea ſit? Et non videtur eſſe, cum vxor mariti ſocia dicatur, vt iam docuimus: *Proinde filia familias, quæ nupta eſt, non deſinit eſſe in patris poteſtate*, vt clare Vlpianus ait. l. 1. de liber. exhib. Idemque iuris eſt in filiofamilias. l. inter liberas. leg. marito. leg. filium famil. de adulter. Nec verò dubium eſt, quin res ſuas vxor marito non conſentiente, arbitrio ſuo alienare poſſit. Quod & Diocletianus reſcripſit. l. velles. Cod. de reuocan. donat. leg. ſi vxor tua. Cod. de pigno. Ac tametſi rerum dotalium adminiſtrator, dominuſque ſit maritus, tamen in res cæteras niſi vxore permittente poteſtatem non habet, idque Theodoſij conſtitutione expreſſum eſt. l. hac lege. Cod. de pact. conuen. Ex quo apparet iſtam poteſtatem, quæ moribus noſtris recepta eſt, Romano iuri non conuenire, quanquam vxor quæ materfamilias eſt viro, & conuenit in manum viri, & poteſtati eius ſubiicitur iure veteri Romanorum, vt Boetius ait in Topic. Cicer. & Vlpianus in Inſtitut. tit. de tutel. titu. qui hære. inſtit. poſſ. titu. quemadmodum teſtam. rump. titu. de bon. liber. Ne illud quidem inficiari poſſumus, maritum auctoritate aliqua in vxorem legibus Romanis vti. Quod & naturali rationi conſentaneum eſt. Nam vxor non modo reuerentiam. l. alia hoc titu. §. cum autem. Cod. de rei vxor. action. ſed etiam obſequium ei, officiumq; debet. l. ſicut. de oper. libe. Ac vulgo traditum eſt, vxorem à marito coerceri, caſtigarique poſſe. not. in leg. ſed etſi quencunque. ad l. Aquiliam. cano. duo ſunt. 23. quæſtio. 4. Idque olim Romæ fieri ſolitum fuiſſe indicat Liuius libro nono. de bello Maced. quo loco de Bacchanalibus loquitur. Præterea forum, ac domicilium ſequitur mariti, & conditionis eiuſdem cenſetur. l. cum quædam. de iuriſdictio. l. exigere. de iud. l. mulieres. Cod. de dignitat. Adde quod ea eſt in vxorem mariti auctoritas, vt eam adulterij accuſare, atque adeo interdum eo nomine interficere poſſit. l. Gracchus. Cod. de adulter. cum tamen ei aduerſus maritum adulterum nulla competat accuſatio. leg. 1. Cod. de adulter. Sed vt ad noſtram conſuetudinem reuertamur, videndum eſt, qua ratione introducta ſit. Eſt enim crebro agitata hæc quæſtio. & mirum eſt tam clari apud Gallos inſtituti rationem adeo obſcuram eſſe, vt de ea inter ſupremarum curiarum iudices non conueniat. Quidam ad commodum mariti conſuetudinem reſpicere cenſent, vt cum vxoris facultatibus omnibus fruatur, conſtante matrimonio nihil in eius præiudicium vxor faciat. Quorum opinio ſi vera eſt, ſoluto matrimonio poterit mulier ex contractu à ſe inito, vel ipſius hæredes conueniri. argumen. leg. rem alienam de

pigno.

Digitized by Google

pigno. actio. leg. cum vir.de vſucap. Alij arbitrantur eo conſenſum & auctoritatem mariti requiri, quod vxor propter fragilitatem ſexus, & imbecillitatem ingenij ſub mariti poteſtate, quaſi tutoris cuiuſdam, aut curatoris, cuius conſilio regatur, eſſe debeat. Et ſecundum hanc opinionem vxores minoribus recte comparantur, qui abſque tutorum auctoritate inutiliter contrahunt, adeo vt ipſis maioribus effectis contractus non conualeſcat. Suffragatur huic ſententiæ, quod ſcribit Cicero in oratione pro Murena: Mulieres omnes propter infirmitatem conſilij olim in poteſtate tutorum fuiſſe. Et Boetius in Topica Ciceron. Mulieres, inquit, iure antiquo perpetua tutela continebat. Recedebant vero à tutoris poteſtate, quæ in manum viri conueniſſent. Et Liuius libro quarto belli Macedon. Maiores noſtri ne priuatam quidem rem agere fœminas ſine auctore voluerunt. Hinc Plautus in Aulularia de mulieribus loquens: Quarum animis, inquit, auidis, atque inſatiabilibus neque lex, neque tutor eſt, capere qui poſſit modum. Meminit & Cicero huius tutelæ in oratione pro Cecin. & in Topic. Meminit Vlpianus in fragmentis Inſtitutionum. Sed & iure quoque Athenienſium tutores fœminis olim dari ſolitos fuiſſe conſtat ex Demoſthene, & quibuſdam alijs ſcriptoribus Græcis, à quibus videtur Romanorum inſtitutum, vt à Romanis noſtrum profluxiſſe. Verum illud nobis ſcrupulum inijcit, quod nuptis tantum mulieribus libertas adimitur moribus noſtris: nam reliquæ nullius viri auctoritate reguntur, ſi iuſtæ ætatis ſint. Ex quo perſpicuum eſt, noſtræ conſuetudinis auctores infirmitatem conſilij, quæ in mulieribus eſt, hic non omnino ſpectaſſe. Alioqui innuptas mulieres ſub auctoritatem tutorum redigere eos oportuit, quæ nuptis minime ſagaciores, prudentioréſque ſint. Itaque exiſtimo maiores noſtros nihil aliud ſpectaſſe, quàm vt vxorem viro obnoxiā, ſubiectamque redderent, & ea in quandam velut ſeruitutem redacta, nihil aliud cogitaret, quàm vt marito omnibus in rebus obſequeretur. Et hæc quidem poteſt, mihi videtur, patriæ poteſtati, quę legibus Romanis introducta, eſt perquam vicina ſimiliſque eſſe, licet ab ea nōnihil differat. Nam ſi quæratur, exempli gratia, quamobrem filiusfamilias teſtamentum facere prohibeatur, nemo dixerit, opinor, id in gratiam patris fieri, cum ne patre quidem permittente teſtari poſſit, aut quia tam firmo conſilio iudicioque non ſit vt paterfamilias, ſed ad conditionem & ſtatum filij, qui ſui iuris non eſt, reſpexiſſe legiſlatorem non male dicetur. Sic vtile viſum eſt maioribus noſtris, ingentem marito poteſtatem in vxorem concedere, vt in eam conditionem redacta, quæ ſeruilis ſit, aut non multum à ſeruili diſtet, obſequentior ei, tractabiliorque redderetur. Ne quis autem id nos comminiſci putet, Cæſar libr.6. de Bello Gallic. de Gallis loquens, Viri, inquit, in vxores ſicut in liberos, vitæ, neciſque habent poteſtatem. Quæ poteſtas paulatim ita diminuta eſt, vt tamen veſtigia eius minime obſcura superſint. idemque apud Romanos in patria poteſtate accidit. Cum igitur ob perſonam ipſam, quæ ſeruilis quodam modo conditionis eſt, vetetur mulier bona ſua alienare non conſentiente marito, conſequens eſt contractum ab ea initum ſoluto matrimonio non conualeſcere. ſicut & de teſtamento, quod filiusfamilias condidit, iure conſtitutum eſt. l.1. de leg.3.

II. Quomodo nuptiæ contrahantur.

Nuptiæ conſenſu contrahuntur, abſque vllo actu venereo. leg. nuptias. de reg. iur. leg. cum fuerit. de conditio. & demon. l. cum hic ſtatus. §. ſi mulier. de donatio. inter vir. Itaque inter abſentes, non minus quam inter præſentes contrahi poſſunt, per procuratorem ſcilicet, qui ſpeciale mandatum habeat. l. denique. l. generali. de ritu nupt. Illud ſingulare eſt in hoc procuratore, quod poſt reuocationem inutiliter matrimonium contrahit, quamuis de ea certior factus non fuerit. c. vl. de proc. in 6. An autem ſit neceſſaria ſponſæ deductio in *Prima quæſtio.* mariti domum, controuerſi iuris eſt quæſtio. Nam ideo *abſentem mulierem per nuntium, aut epiſtolam nubere non poſſe Pomponius ait, quia deductione opus eſt in domum mariti.* l. mulierem. de ritu nup. Et Vlpianus *conditionem nubendi tunc videri impletam*, ait, *cùm vxor ducta fuerit.* l. cum fuerit. de condict. & demon. Item Iuſtinianus diſerte ait, *Conditionem nuptiarum impleri non poſſe, niſi ipſa nuptiarum accedat feſtiuitas.* l. ſancimus. C. de nup. quod de ſolenni deductione & pompa intelligi debet. Aurelianus quoque Imperator cum de donatione conſuleretur, quæ dicebatur nuptiarum die facta, & dubitaretur an à ſponſo, an à marito res donata eſſet, reſcripſit, *Ita demum videri à marito donatum eſſe, ſi in ſponſi domo facta fuerit donatio.* l. cum in te. Cod. de donat. ante nup. Quibus verbis oſtendere videtur, non aliter nuptias, quam per ductionem in mariti domum, perfectas intelligi. Sed verius eſt, deductionem hanc neceſſariam non eſſe, ſufficereque mutuum conſenſum, vt diximus. Quod & Scæuola apertiſſime reſpondit, lib.9. Dig. l. Seia. de donat. inter vir. & Theodoſiana conſtitutione ſatis cōmprobatur, qua pompæ celebritatiſque nuptiarum omiſſionem matrimonij firmitati nō obeſſe conſtitutum eſt. leg. ſi donationum. Cod. de nupt. Nec vero difficile admodum eſt obiecta diluere, ſi vim, ſenſumque verborum, & Iuriſconſultorum mentem paulo diligentius, & omni cauillatione ſummota expendamus. Nam certum eſt, ſolennes quaſdam ceremonias moribus olim receptas fuiſſe, quibus non ſeruatis matrimonium fere contrahi non ſoleret, vt ex Catullo, Plinio, Plutarcho, Lactantio, Chryſoſtomo, & alijs didicimus. ca. priuſquam. 27. q.2. d. l. Seia. Itaque quod Pomponius ait, puto, de his accipiendum eſſe, qui ſola conuentione non contenti, ritum illum ſolennem obſeruare volunt, quem minime neceſſarium eſſe reſcripſit Theodoſius, dict. leg. ſi donationum. Cum enim quidam ſuperſtitioſior cum abſente muliere matrimonium inire vellet, nihilque ex ſolennibus pretermittere dubitabat, an deductio, quæ maxima pars ritus ac ſolennitatis erat, in mulieris ipſius domum ſufficeret. Et ait Pomponius, *non ſufficere, quod contra vſitatam ceremoniam id fiat.* Non igitur docet Pomponius quomodo nuptiæ contrahi debeant, alioqui nudum conſenſum ſatis eſſe diceret, ſed rationem, ac formam deductionis tantum demonſtrat. Nec nos vel tantillum mouet, quod Vlpianus ait, conditionem nuptiarum tunc impletam eſſe, cum vxor ducta eſt: quoniam id μετωνυμικῶς ab eo dictum eſſe conſtat. Conſtitutio vero Iuſtiniani feſtiuitatem nuptiarum exprimit, quod perraro abſq; ea feſtiuitate, & pōpa eo tempore matrimonia inirentur. Idémq; proculdubio dicturus fuit de matrimonio, quod ſolo cōſenſu celebratur. Ac obiter adnotandum eſt, celebritatem illam, feſtiuitatémque nuptiarum à Iuriſconſultis nuptias aliquando appellari, vt cum Caius libr. 1. Inſtit. ait: *Nuptias legitimas eſſe, cum Romanus Romanam nuptiis interuenientibus, vel conſenſu, vxorem ducit.* Supereſt Aureliani reſcriptum, quo illud tantum oſtenditur, cum incertum eſt, an poſt nuptias, an ante eaſdem res donata ſit, ex deductione in domum mariti, nuptias iam perfectas præſumi. Ac ſi in ſpecie propoſita conſtitiſſet, quo tempore mutuo conſenſiſſent coniuges non fuiſſet neceſſe ad hanc coniecturam recurrere. Ex iam dictis concludendum eſt, nec concubitum, nec deductionem, aliumve ritum ſolennem ad perficiendas nuptias iure ciuili neceſſarium eſſe. Iure tamen Pontificio benedictio ſacerdotis cum ſacra oblatione & precationib. adhibetur. c. aliter. 30. q.5. & in titu. de clandeſt. deſpon.

Idque conſtitutionibus quibuſdam Leonis & Alexij, qui poſt Iuſtinianum Romano præfuerūt imperio, cautum fuiſſe auctor eſt Harmenopulus in Prochiro.

Secunda quæſtio. Sequens quæſtio eſt, Quorum conſenſus in matrimonio contrahendo neceſſarius ſit. Et certum eſt, non modo coniugum ipſorum conſenſum requiri, ſed etiā parentum, in quorum poteſtate ſunt. l. 2. de ritu nupt. Et Iuſtinianus ait lib. 1. Inſtit. 1. tit. de nupt. *Neque naturalem, atque ciuilem rationem permittere, vt abſque parentum cōſenſu filius nuptias contrahat.* Sed qui non contradicit, conſentire intelligitur. l. ſi vt proponis. C. de nup. *Pronde iuſta ubeoque nuptie non ſunt, nec iuſti, legitimique liberi qui inde procreantur*, vt Paulus reſpondit ſub tit. de ſtatu hom. l. Paulus reſpondit. Quanquàm in eo Sententiarum libro, qui titulo Pauli circumfertur, ſcriptum eſt: *Huiuſmodi nuptias non ſolum propter vtilitatem publicam, &c.* Quod non ita accipiendum eſt, quaſi ratum ſit matrimonium, quod ſine voluntate parentum contractum eſt. l. Paulus reſpondit. de ſtatu homi. ſed ſi volente patre contractum ſit, non ideo poſtea diſſoluetur, quod pater in ea voluntate non perſeuerauerit. l. diſſentientis. C. de repud. l. cū hic ſtatus. §. ſi ſocer. de donat. inter vir. Emancipatus ſane filius conſenſum patris non expectat. leg. filius emancipatus. de ritu nupt. ſed is tantum, qui in poteſtate eſt. Interdum vero filiusfamilias abſque patris conſenſu nuptias recte contrahit, vtputa ſi pater furioſus ſit, captius ab hoſtibus, aut abſens, &c. quæ res difficultatem non habet. l. ſi nepos. & leg. ſeq. de ritu nupt. l. ſi furioſi. C. de nupt. §. 2. Inſtit. de nup. Quid igitur ſi pater filio conſentire nolit? l. uocabit Magiſtratus officium ſuum. l. qui liberos. de ritu nupt. Non enim ex voluntate patris tantum pendet hoc negotium, ſed filij quoque, adeo vt cogi à patre non poſſit. l. non cogitur. de ritu nupt. l. nec filium. l. viduæ. l. in coniunctione. C. de nupt. Si tamen patre imperante filius contradicere non auſus vxorem duxerit, quam alioqui ducturus non erat, matrimonium valet. l. ſi cogente. de ritu nupt. Sed hoc ita eſt accipiendum, niſi minis eum terruerit pater, & metum intulerit, propter quem merito reſcindi, quod geſtum eſt, debeat. leg. ſi mulier. ſupra de eo quod met. cauſ. cap. cum locum. de ſponſal. Quæſitum eſt, An iure pontificio idem, quod iure ciuili de hoc parentum conſenſu ſtatutum ſit: Sed dubium nō eſt: quin veteres canones & decreta pontificum, quæ in collectaneis Gratiani hodie leguntur iuri ciuili conſentiant. Extat enim Euariſti Pontificis decretum in hæc verba: *Aliter legitimum non ſit coniugium, niſi ab his, qui ſuper ipſam fœminam dominationem habere videntur, & à quibus cuſtoditur, vxor petatur, & à parentibus & propinquioribus ſponſetur, & legibus docetur, &c.* can. aliter. 30. quæſtione 5. Eſtque aliud huic non diſſimile Leonis decretum, 32. quæſt. 2. Quo in loco refert etiam Gratianus Ambroſij verba ex lib. de Patriar. quæ ſequuntur: *Honorantur parentes Rebecca muneribus, conſulitur puella non de ſponſalibus: illa enim iudicium expectat parentum. Non eſt enim virginalis pudoris eligere maritum, ſed iam deſponſata viro, de profectionis die conſulitur: nec immerito dilationem non atulit. Iure etenim properare debuit ad maritum. Vnde illud Euripideum, quod mirantur plerique vnde tranſlatum ſit, manifeſtum eſt. Ait enim in perſona mulieris, quæ tamen volebat maritum relinquere, & ad aliud petebatur nuptias: Sponſaliorum meorum pater meus curam ſubibit. Hoc enim non eſt meum. Ergo quod & ipſi Philoſophi mirati ſunt, ſeruate virgines, & non ſolum virgines, &c.* Verſus autem quos citat Ambroſius ex Euripide, hi ſunt in Andromacha.

Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς
Μέριμναν ἕξει κοὐκ ἐμὸν κρίνειν τάδε.

Sed recentiora Pontificum decreta nobis obiiciuntur, ex quibus vix vnum reperitur quod multum ad rem pertineat, ſi quis ea commode & abſque calumnia interpretari velit. Huiuſmodi eſt Nicolai decretum 27. quæſt. 2. *Sufficiat ſolus ſecundum leges conſenſus eorum, de quorum coniunctione agitur, qui ſolus, ſi defuerit, cætera etiam cum ipſo celebrata fruſtrantur, &c.* In quo decreto dictio, *ſolus*, adicitur ad excludendum concubitum, non etiam conſenſum aliarum perſonarum. Multum enim intereſt, an dicamus *ſufficere ſolum conſenſum eorum, &c.* an vero *ſufficere conſenſum eorum tantum, de quorum coniunctione agitur.* Ac tametſi mentionem faciat Nicolaus parentum, dubium tamen non eſt, quin verba eius ita accipienda ſint: cum præſertim ſecundum leges conſenſum requirat. Non enim de qualitate perſonarum quærebatur, nec proponebatur filiumfamilias eum eſſe, qui matrimonium contrahere volebat, ſed de eo tantum dubitabatur, an præter conſenſum concubitus quoque requireretur. Itaque cum ſcribit Nicolaus, *ſufficere conſenſum eorum, &c.* intellige niſi ſint in parentum poteſtate, quorum conſenſu ad eam rem opus eſt. Nec diſſimilis eſt reſponſio ad Innocentij decretalem epiſtolam, ſub titul. de ſponſalib. & matrim. cum ait, *Matrimonium contrahi per legitimum viri, & mulieris conſenſum*, cap. tuæ. Quæſitum enim fuerat ab eo, quibus verbis matrimonium contraheretur, & an mutus matrimonium contrahere poſſet. Et reſpondet, *Matrimonium contrahi per legitimum viri & mulieris conſenſum, &c.* Cū igitur nulla fuiſſet tum mota quæſtio de qualitate perſonarum, quæ forte non erant in parentum poteſtate, aut conſtabat parentes non diſſentire, curioſi nimium hominis fuiſſet in eo reſcripto mentionem parentum facere. Adde quod non ſimpliciter conſenſum requirit, ſed legitimum, id eſt talem, vt legibus, quæ de patentum conſenſu latæ ſunt, aliiſque nō repugnet. Quod adfertur ex quibuſdam aliis Pontificum reſcriptis de libertate matrimoniorum, adeo leue, friuolumque eſt, vt reſponſione indignum videatur. cap. cum locum. Quid enim aliud Romanæ leges hac de re ſtatuunt, à quibus nihilominus conſenſus parentum requiritur? cap. gemma. de ſponſa. Vnum Lucij pontificis reſcriptum, ſub tit. de rap. negotium nobis faceſſit. cum enim orta fuiſſet quæſtio de muliere, quam miles quidam inuitis parentibus vxorem duxerat, cum eaque concubuerat, reſcripſit, *Eam à marito ſuo recedere non poſſe.* l. 2. C. de inutil. ſtipulat. l. Titia. de verborum obligation. Sed verba reſcripti oſtendunt ſeparationem, ac diſſolutionem matrimonij duram Lucio viſam fuiſſe propter concubitum, qui interuenerat. cap. cum cauſa. Itaque veteres canones hoc Lucij reſcripto abrogati omnino vere dici non poſſunt, ſed exceptione tantum addita immutati correctique, vt ita locum habeant, ſi matrimonio coitus non acceſſerit. Vt tamen libere dicam quod ſentio, mihi ſatis æquum, iuſtaque non videtur ea conſtitutio, quamuis humanitatem aliquam præ ſe ferat. Nam & ſi duram, acerbamque huiuſmodi ſeparationem eſſe non negem, tamen ſi ius ciuile, veteresque canones diligenter obſeruentur, id eſt, ſi impunitam non relinquant talem audaciam Magiſtratus ac iudices, quorum eſt cognitio, aut nunquam, aut certe perraro continget, vt ea ſeueritate vtendum ſit. Sed nec iuri diuino (vt exiſtimant nonnulli) conſentanea videtur huiuſmodi coniunctio. Cum enim leges ſint ordinatio Dei, eos demū coniungere recte & vere Deus dicitur, qui ſecundum præcepta legum coëunt.

Tertia quæſtio. Hinc exiſtit quæſtio, an quo caſu matrimonium non diſſoluetur ſecundum conſtitutiones pontificias, filius à patre ob eam cauſam exhæredari poſſit? Et vulgo receptum eſt, non poſſe, quod iure permittente matrimonium ita contrahatur, ideoque impunitum eſſe debeat. l. Gracchus. C. ad leg. Iuliam de adult. Verum ego diſſentientium opinionem, licet numero pauciorum, magis ſe-

gis ſequor. Nam pontifices manere volunt matrimonium, ne maius inde ſequatur ſcandalum, non quod filij audaciam, & inobedientiam probent, quæ diuino præcepto contraria proculdubio eſt: *Honora patrem & matrem,&c.* Nec nouum eſt, pleraque tum ciuili Iure, tum canonico prohiberi, atque adeo puniri, quæ tamen facta effectum habeant. No. in c.vlt.de ſecun.nupt.c.aliter.30.qu.5. Proinde melius erit conſtitutiones pontificias ſic interpretari, vt quam minimum à natura & lege diuina recedant: & lex Imperatoria quæ exhæredandi facultatem concedit, ſalua atque illibata maneat. Nouel.155.tit.vt cum de app. cognoſ. §. ſi vero. Poſtrema quæſtio eſt de curatorum conſenſu. Sed certi iuris eſt, horum conſenſum in nuptiis contrahendis neceſſarium non eſſe: quia rei tantum familiaris adminiſtrationem habent. l. ſciendum. de ritu. nuptia. l. in copulandis. C. de nuptiis.

III. Inter quas perſonas contrahantur.

Longum profecto eſſet, & ab inſtituto noſtro alienum, omnia ſigillatim ac diffusè perſequi, quæ ad hunc locum pertinet. Nos ergo pręcipua tantum, & inſigniora hîc attingemus, de perſonis differentes, inter quas connubium non eſt (vt verbis vtar Vlpiani) in Inſtit. id eſt, *inter quas nuptiæ contrahi non poſſunt.* Cognitis enim huiuſmodi perſonis, difficile non erit de cæteris iudicium. In primis inter eos, qui ſanguine coniuncti ſunt, prohibetur matrimonium idque in infinitum, ſi ex numero aſcendentium & deſcendentium ſint. l. nuptiæ. leg. vltim. de ritu nupt. Sin autem ex latere ſint coniuncti, inter ius ciuile, pontificiumque aliquid diſcriminis reperitur, quia pontifices matrimonium inter eos prohibent qui quarto gradu diſtant à communi illo parente, qui cognationis cauſa & origo eſt: Iuris autem ciuilis prohibitio non tam late diffunditur, vt mox dicemus, ca. non debet. de conſang. & affi. l. nemini. Cod. de nupt. Ac tales nuptiæ inutiles inceſtæque merito habẽtur, tit. Cod. de inceſt. nupt. nec à Principe confirmari ſolent. l. ſi adulterium. ad leg. Iuliam de adult. licet nonnunquam ex cauſa ſtatus liberorum confirmetur. l. qui in prouincia §. diuus. de ritu nupt. Huius autem prohibitionis multiplex eſt ratio. Nam in primis inter parentes, ac liberos pudor quidam natura hominibus inſitus hanc coniunctionem prohibet. leg. adoptiuos. de ritu nupt. Hinc Xenophon lib. 4. [illegible], hanc legem à diis poſitam eſſe ſcribit, ne liberi parentibus miſceantur, aut parentes liberis. Ius ſiquidem naturale recte diuinum appellatur, quod à Deo humanis mentibus inditum, inſcriptumque ſit: *Nam & bruta quadam animantia hunc coitum auerſantur*, vt Iuſtinianus ait, leg. Nouel. 12. titu. de inceſt & neſar. nupt. & in veteribus tum Græcis, tum Latinis auctoribus multa huiuſmodi exempla leguntur. Altera ratio eſt, charitas hominum ac neceſſitudo, quæ hoc pacto in plures familias manat, ac diſpergitur, authore Plutarcho in Problemat. Quam rationem Theologis quoque noſtris, & Pontificibus placuiſſe video. Auguſt. lib. 15. de ciuit. Dei cap. 16. Chryſoſt. in 1. ad Corint. epiſt. homil. 34. ca. eum igitur. 35. quæſt. 2.

Tertia ratio eſt, Ne cognationis nomina confundantur ac frater, paterque idem fiat, eiuſdemque ſit vxor, & mater, vt Iſychius Hieroſolymitanus in Leuiticum ſcribit. Cuius rei etiam Harmenopulus de affinitate diſputans, meminit in Prochiro. Vt autem intelligatur intra quot gradus cognationis prohibitæ ſint nuptiæ, valde neceſſarium eſt, rationem horum graduum ſupputandorum noſſe. Sed eius rei plena tractatio huius loci non eſt, & titulo de gradibus cognationum magis conuenit. Dicam tamen ſummatim quod de ea re mihi videtur, idque quanta maxima potero ſimplicitate, & quam minimum à veſtigiis priſcorum iuris auctorum deflectendo, qui facilem & expeditam vim, qua ad horum graduum cognationem poſſumus peruenire, nobis demõſtrarunt. Nam regulas à ſcholaſticis, vulgaribuſque doctoribus excogitatas, quæ obruunt verius, quam docent, libenter miſſas facio. Triplex eſt igitur cognatorum ordo, aſcendentium, deſcedentium, & eorum, qui à latere coniunguntur. leg. 1. de grad. Aſcendentes dicuntur, qui nos genuerunt, puta, pater, auus, proauus, &c. Deſcendentes, qui ex nobis geniti ſunt, vt filius, nepos, pronepos, abnepos. Coniuncti à latere, ſiue ex tranſuerſo dicuntur, qui neque nos genuerunt, neque ex nobis ſunt geniti, ſed ex eodem parente orti ſunt, & ſtirpem, radicemque communem nobiſcum habent, puta frater, patruus, conſobrinus, &c. Theophil. tit. de legi. agnat. ſucceſſ. Itaque ſi quis cognoſcere velit quoto gradu ſinguli cuiuſpiam cognati ab ipſo diſtent, deſcribendæ ſunt perſonæ ei coniunctæ, ita vt ſupra ipſum omnes ponantur aſcendentes, deſcendentes infra collocentur. Nam directum limitem Paulus ait in duas lineas ſeparari, quarum altera ſuperior eſt, altera inferior. l. [illegible] de gradibus cogn. Eorum vero, qui communem habent originem, deſciptio ita facienda eſt, vt quædam lineæ tam in ſiniſtro, quam in dextro latere à recti limitis ſuperiore linea pendeant. Hac deſcriptione perfecta, incipienda eſt enumeratio, vt Paulus ait. l. Iuriſconſultus. eo. ab eo, de cuius cognatione quæritur, qui inter lineam ſuperiorem, atque inferiorem recti limitis medius conſtituitur, nec vllam cognationis propriam appellationem in ea deſcriptione habet. Non enim aut pater, aut filius, aut frater dicitur, ſed tota cognatio, quæ deſcripta eſt, ad eum referri debet. Is igitur, de cuius cognatione quæritur, cum eo qui proximus ipſi eſt, vnam generationem, vnumque gradum efficit. Gradus enim aliud nihil eſſe hic intelligitur, quam generatio, conſtatque generationem omnem ex duabus conſtare perſonis, vna generante, altera generata: vt exempli gratia: Si quæratur quoto gradu Titius diſtet ab aliquo ex aſcendentibus, ſpectandus eſt numerus generationum à Titio ſurſum verſus progrediendo: & quia Titius à patre genitus eſt, recte dicemus patrem vno gradu, ſeu (quod idem eſt) vna generatione ab eo diſtare. Deinde computandæ ſunt perſonæ generatæ. Nec dubium eſt, quin totidẽ reperiantur generationes, quot huiuſmodi perſonæ. Sicut. n. Titius à patre genitus eſt, ita pater ab auo, auus à proauo, proauus ab abauo, abauus ab atauo, atauus à tritauo. Pater ergo in primo gradu eſt, auus in ſecundo, proauus in tertio, abauus in quarto, atauus in quinto, tritauus in ſexto. Eademque ratio eſt inferioris ordinis, qui deſcendentium appellatur. Nam incipiendo à Titio, de cuius cognatione quæritur, & deorſum tendendo, apparebit Titium, & eius filium vnam generationem conficere, quia Titius filium genuit, & quod præterea accedunt perſonæ generatæ, totidem generationes, ſeu gradus numerari. Vnde filius in primo gradu eſſe dicitur, nepos in ſecundo, pronepos in tertio, abnepos in quarto, atnepos, in quinto, trinepos in ſexto. In tranſuerſis autem lineis ſimiliter ad numerum generationum reſpiciendum eſt: vt ſi quæratur quoto gradu Titius ab aliquo tranſuerſorum, puta fratre, aut conſobrino, diſtet, videndum eſt, quot inter vtroſque ſint generationes, & ſimiliter incipiendum eſt ab eo, de cuius cognatione quæritur, vt in directo limite dictum fuit. Sed quomodo compotabuntur generationes? dixerit aliquis) cum nec frater fratrem, nec conſobrinus conſobrinum genuerit. &c. Verum huius computationis rationem hanc tradit Paolus, vt à Titio, de cuius cognatione quærıtur, ad patrem, aut auum progrediamur, aliúmve ex deſcendentibus, qui cognationis cauſa & origo ſit: deinde ad tranſuerſam lineam deſcendamus, ſingulas generationes enumerando, vt ecce: Si quæratur

quoto gradu Titius à fratre diſtet, animaduertendum eſt, à Titio ad patrem, qui communis parens eſt vtriuſque, reperiri vnum gradum, vnamque generationem: à patre vero ad fratrem deſcendendo reperitur altera. Ex quo efficitur, Titium à fratre duobus gradibus diſtare. Verba Pauli hæc ſunt, in dict. l. Iuriſconſultus. *Frater ſecundo gradu eſt: quoniam patris vel matris perſona, per quos coniungitur, prior numeratur.* Et paulo poſt. *Non aliter* (inquit) *peruenitur ad eum, de quo quæritur, niſi per eos tranſitum fuerit, ex quibus naſcitur.* Itaque ſi de fratre incidat quæſtio, ita ingrediendum eſt, vt per patrem tranſeamus, propter quem fratres cognati dicuntur. Si de patruele, aut conſobrino quæratur, progrediendum erit ſurſum verſus vſque ad auum, qui cognationis cauſa eſt, & origo: & ab eo rurſus deſcendendum per lineam obliquam, vſque ad patruum, ex quo naſcitur patruelis, &c. Et hæc computatio indicabit Titium à conſobrino quatuor gradibus diſtare: quandoquidem à Titio ad auum duæ ſunt generationes, & totidem ab auo ad conſobrinum, ſiue patruelem. Diſtat ſiquidem à Titio pater vno gradu, auus ſecundo, patruus tertio, patruelis quarto, & ſic de reliquis eſt dicendum. Pontifices autem creduntur hanc ſupputandi rationem in linea tráſuerſa immutaſſe, vt quos in ſecundo gradu ponimus, illi collocent in primo. Verum alius forte eorum ſenſus hac de re fuit, quamuis non ſat proprie, & clare elocuti
Ad ca. ad ſedem 35. quæſt. 5. ſint, can. ad ſedem. 35. quæſtione quinta. Non enim ex duobus gradibus vnum, aut ex quatuor gradibus duos efficere potuerunt, quod ſane perabſurdum eſſet, ſed cum de matrimonij coniunctione agitur inter ordinis tranſuerſi cognatos, illud ſpectandum eſſe voluerunt, quantum ambæ perſonæ, de quarum matrimonio quæritur, diſtent, aut quantum remotior diſtet à communi illo parente, qui cognationi ipſorum cauſam præſtitit, non autem quot gradibus inter ſe diſtent. cap. vltimo, de conſanguinitate. Quandoquidem propter reuerentiam communis illius parentis prohibitum inter eos matrimonium eſſe videtur. Si ergo quęratur quoto gradu diſtent frater & ſoror à patre communi, recte quis dixerit vno gradu eos diſtare, licet inter ſe diſtent duobus gradibus. Et regula, quæ eos vno gradu inter ſe diſtantes eſſe ait, non ſecundum veritatem, ſed fictionem iuris potius accipienda eſt. Quo enim gradu diſtant à communi ſtipite, eodem à ſe inuicem diſtare finguntur. Eadem eſt cauſa conſobrinorum, vt exemplis dilucidior res fiat. Conſobrini namque diſtant inter ſe quatuor gradibus, ſed ab auo, vnde communem ducunt originem, duobus tantum gradibus diſtant. Nec aliter reſponſurus fuit, opinor, Paulus, aut alius quiuis ex veteribus iuris auctoribus, ſi de ea re conſultus fuiſſet. Ex hac (vt conicio) ratione conſobrini ſiue patrueles in ſecundo gradu à pontificibus eſſe dicuntur. dic. can. ad ſedem. Verum (vt ex diuerticulo in viam redeamus) cum de prohibitione matrimonij quæritur, animaduertendum eſt inter aſcendentes matrimonium prohiberi, tã iure ciuili, quam pontificio: idque in finitum ſine vlla graduum diſtinctione. leg. nuptiæ. & leg. vltim. de ritu nupt. Inter eos autem, qui ex latere coniunguntur ad certum gradum, certamque generationem prohibentur nuptiæ, ſed iure ciuili aliter quam pontificio, licet in pleriſque inter vtrumque conueniat. Nam in primis inter fratrem ac ſororem vtroque iure prohibetur matrimonium, ſicut inter patruum ſiue auunculum, & fratris vel ſororis filiam. l. nemini. Codic. de nupt. Ac de fratris quidem filia non ducenda, promulgatam olim fuiſſe legem à Nerua Imperatore, Dion auctor eſt: ante cuius tempora id moribus receptum potius, quam certo iure, legibuſque definitum erat, ideoque à tali matrimonio plerique non abſtinebant. Illud etiam forte quoſdam mouebat, quod Senatuſconſulto Claudij temporibus facto matrimonium huiuſmodi permiſſum fuiſſe intelligerent. Sic enim de Claudio ſcribit Tacitus libr. 12. qui Agrippinam fratris filiam ducere cupiebat: Nec Claudius vltra expectato, obuium apud forum præbet ſe gratantibus, Senatumque ingreſſus decretum poſtulat, quo iuſte inter patruos fratrumque filias nuptiæ etiam in poſterum ſtatuerentur. Neque tamen repertus eſt, niſi vnus talis matrimonij cupitor, Talledius Seuerus eques Romanus, quem plerique Agrippinæ gratia impulſum ferebant. Præterea ſicut fratris, vel ſororis filiam vxorem ducere non licet, ita ne neptem quidem fratris vel ſororis quis ducere poteſt. dict. leg. nemini. *Cuius enim filiam vxorem ducere non licet, neque eius neptem permittitur,* vt Iuſtinianus ait libr. 1. Inſtitut. titu. de nupt. Idem dicendum videtur de omnibus fratris, ſororiſve liberis in infinitum, ſicut in linea recta: quoniam patruus vel auunculus his omnibus liberis loco parentis eſt, l. ſororis. de ritu nupt. Inter cõſobrinos iure ciuili prohibitum nõ eſt matrimonium. §. duorum. Inſtitut. de nupt. quamuis Tacitus libr. 12. innuat olim Romæ id permiſſum non fuiſſe. Nec deſunt exempla apud priſcos auctores huiuſmodi coniugiorũ. Sed ius pontificium hanc coniunctionem vetat, permittitque tantum iis, qui vltra quartum gradum diſtant à communi illo parente, qui caput eſt, & origo cognationis. vti iam diximus. cap. vltim. de conſang. & affin. Sed & quorundam Imperatorum legibus idem quod iure pontificio, de conſobrinis conſtitutum aliquando fuit. Cuius rei vel Sext. Aurelius teſtis eſt, qui Theodoſium ait tantum continentię & pudori tribuiſſe, vt conſobrinarum nuptias vetuerit. Cur autem ſororis neptem ducere, perinde ac conſobrinam non liceat iure ciuili, quæri poteſt. Nam pari gradu diſtat vtraque ab eo, de cuius cognatione quæritur, nempe quarto. Et ſatis conſtat ex iam dictis, neptem ſororis filiæ loco eſſe fratri, conſobrinam conſobrino non æque. Fratres enim parentum noſtrorum nobis vice parentum ſunt. Qua ratione materteram magnam iure ciuili prohibemur vxorem ducere, quamuis ea quarto gradu à nobis diſtet, non minus quam conſobrina. §. item amitam. Inſtitut. de nupt. l. per adoptionem. de ritu nupt. Ex quo conſequitur, regulam pontificiam non ſimpliciter accipiendam eſſe: *Quoto gradu remotior diſtat à communi ſtipite, &c.* cap. vltim. de conſang. Quæ regula oſtendit, cum Ad c. vlt. de cõſang.
ij, de quorum coniunctione agitur, inæqualiter diſtant ab eo, qui cognationis caput eſt, ſufficere, ſi vnus eorum quinto gradu diſtet, quamuis alter in quarto, aut tertio, ſecundóve gradu ſit. Ea ſiquidem regula mihi videtur ita accipienda eſſe, niſi alter tam propinquus ſit communi parenti, vt vno tantum gradu ab eo diſtet: quo caſu abſtinere debet ab eorum nuptiis, quorum veluti parens quodam modo eſſe intelligitur, vt ante admonuimus. Non enim videtur canon pontificius, vtcunque verba eius generalia ſint, hunc caſum, in quo ſpecialis quædam, ac ſingularis ratio eſt, complecti. Quod & Hoſtienſis clari nominis Iureconſultus reclamantibus fere cæteris, cenſuit, in cap. quod dilectio. de conſang. & affinit. Quod ſi verum eſt, non minus abneptem ſororis meæ, quam filiam, aut neptem eius ducere prohibeor iure pontificio, tametſi abneptis à patre meo quinque gradibus diſtet. Idemque de abamita mea, aut abmatertera dicendum eſt, quas ego vxores ducere nequeo, quod matrum loco mihi ſint. & inter me, qui ſum remotior, & atauum, qui noſtræ cognationis origo eſt, interuallum quinque graduum intercedat. Nam canon pontificius ſicut de parentibus ac liberis non intelligitur, ita nec de his, qui parentum, liberorumque locum tenent. De aliis vero cognatis omnibus à latere coniunctis accipi debet. Quod ſi quis forte contendat latius patere canonis verba, quam vt interpretationem hanc, ex-

ceptionem-

ceptionemque admittant, is velim conſideret, pontificem, qui regulæ auctor eſt, in eadem conſtitutione de quarto gradu loqui, vt vel hinc appareat, regulam de eo tantum gradu accipiendam eſſe, aut alio gradu, in quo ſit eadem ratio, puta tertio, aut ſecundo. Nam ſi vnus eorum, de quorum coniunctione agitur, in primo ſit gradu tranſuerſo, alter in quinto, ratio longe diuerſa eſt, vt ſatis perſpicuum ex iis, quæ iá à nobis dicta ſunt, Nec vero hominis eſt recto iudicio præditi, ſi quid parum commode ſcriptum alicubi deprehendat, id calũniari, & ad ſenſum aliquem abſurdum, & à mente ſententiaque auctoris alienum detorquere. Alioqui ne reprehenſionem quidem Iuſtiniani regula poterit effugere, ſub tit. de nupt. libr. Inſtitut. 2. *Cuius filiam ducere vxorem non licet, nec eius neptem permittitur.* Filiam etenim aui mei mihi ducere non licet, at eius neptem, quæ conſobrina mea eſt, licet. Verum Iuſtiniani mentem magis, quam verba eiuſdem intueri debemus, qui hoc proculdubio ſenſit: Si cuius filia mihi filiæ loco ſit, vt eam ducere non poſſum, nec eius neptem ducere potero. Suadent ergo verba conſtitutionis pontifitiæ, vt regulam interpretatione reſtringamus: ſuadet & ratio, ne alioqui ius ciuile mitius quam pontificium in prohibendis cognatorum nuptiis comperiatur, cum luce clarius ſit, pontifices nihil aliud hic ſpectaſſe, quam vt iuris ciuilis immoderatam (vt quidem erat eorum opinio) nuptias contrahendi licentiam cohiberent, & temperarent. dic. cap. ad ſedem.

De affinitate. Hactenus de ſanguinitate, propter quam prohibetur matrimonium: nunc de affinitate, quæ matrimonium quoque impedit, videndum eſt. §. affinitatis. Inſtitut. de nupt. Nec alia videtur prohibitionis ratio in affinitate, quam in cognatione. *Affines autem* (inquit Modeſtinus) *ſunt viri & vxoris cognati*, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ diuerſæ inter ſe ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit. l. non facile. de gradibus. Hinc affinitas à Theophilo lib. 2. Inſtitut. titu. de nupt. diffinitur, *Propria quædam perſonarum qualitas, qua extra cognationem nobis per nuptias coniunguntur.* Nam viri & vxoris cognati, licet inter ſe nullo cognationis vinculo colligati ſint, tamen altera cognatio alteri affinis, id eſt, vicina, contermina, proximaque eſt. Quod igitur Modeſtinus ait: *Affines eſſe viri & vxoris cognatos*, de omnibus cognatis hinc inde accipiendum eſt: quos inuicem affines eſſe qui negant, verba Modeſtini violant, atque corrumpunt verius, quã interpretantur. Inter eos autem prohibetur matrimonium etiam iure ciuili, qui parentum, liberorumque loco habentur, cuiuſmodi ſunt ſocer, ſocrus, gener, nurus, vitricus, priuignus, nouerca, dict. l. non facile. dict. §. affinitatis. eademque eſt aliarum huiuſmodi perſonarum ratio. Sicut enim nouercam prohibemur vxorem ducere, id eſt eſt, patris vxorem, ita etiam aui, proaui, aliorúmve aſcendentium. l. adoptiuus, de ritu nupt. Et quod de ſocru dictum eſt, id eſt, vxoris matre, idem de vxoris auia intelligimus, & ceteris in infinitum, ex quibus vxor deſcendit. Similiter prohibito eum nuru, id eſt, filij vxore, matrimonio, cum nepotis, pronepotis, aliorúmque deſcendentium vxore prohibitum intelligitur. Sed & cum nepte aut pronepte vxoris meæ non minus, quam cum eius filia, quæ priuigna mea eſt, matrimonium prohibetur. dic. l. adoptiuus. l. Aristo. Quid de leuiro, id eſt, mariti fratre, aliiſve huiuſmodi affinibus dicemus? Et ſane in Pandectarum libris Interdictas eſſe tales nuptias non reperio, ſed inter eos tantum, qui parentum, liberorumque loco habentur: dict. l. non facile. dict. §. affinitatis. ſed legibus quorundam Imperatorum, quæ in Codicem Iuſtiniani relatæ ſunt, ea coniunctio prohibetur. l. fratris, l. penult. & vltim. Cod. de inceſt. nupt. Nec vltra eum gradum extenditur prohibitio iuris ciuilis in tranſuerſo gradu. Et animaduertendum eſt, inter cognatos vxoris, & cognatos mariti matrimonium interdictum non eſſe. Vnde inter priuignos matrimonium recte contrahitur. l. Titia. de verbor. obligat. leg. generali. de ritu nupt. dict. §. affinitatis. Sed iure pontificio clarius aliquanto id expreſſum eſt. cap. quod ſuper his. de conſanguin. Non tamen recte quis inde collegerit, cognatos vxoris, mariti cognatis affines non eſſe, Alioqui ne cognati quidem noſtri dicerentur vltra eum gradum à nobis diſtantes qui matrimonium non impedit. Nec vero aliter locuti ſunt iuris ciuilis auctores, quamuis ceteri à proprietate verborũ recedere ſibi permiſerint. Ius autem pontificium à ciuili iure hoc differt, quod iure ciuili per iuſtas tantum nuptias contrahitur affinitas: dict. l. non facile. iure pontificio ſolus coitus abſque matrimonio ſufficit. titu. de eo, qui cogno. conſanguin. vxo. Nec eo mouemur, quod liberis parentum ſuorum concubinas ducere non licet iure ciuili. l. 4. Cod. de nupt. Huius enim prohibitionis cauſa non eſt affinitas vlla, ſed honeſtas potius, quæ in matrimoniis maxime ſpectari ſolet. l. ſemper. de ritu nupt. Præterea affinitas, quæ contrahitur per eorum nuptias, qui à latere nobis coniunguntur, iure ciuili vltra ſecundum gradum nuptias non impedit. dict. l. fratris. Cod. de inceſt. nupt. At iure pontificio inter affines, ſicut & inter cognatos vſque ad quartum gradum nuptiæ prohibentur. ca. non debet. de conſang. & affinit. Quod autem ait Modeſtinus. *affinitatis nullos gradus eſſe*, dic. l. non facile. videtur Paulo aduerſari ſub eodem titulo, qui *Iuriſconſulti eſſe ait cognatorum gradus & affinium noſſe.* leg. Iuriſconſultus. Verum ita accipiendum eſt dictum Modeſtini, *nullos eſſe affinitatis gradus*, ſcilicet alios quam cognationis, ſeu conſanguinitatis. Nam ſi quæratur quoto gradu affinis ſit Titio Sempronius, qui vxoris Titij cognatus eſt, inſpiciendum eſt quoto gradu cognationis diſtet ab vxore, vel quoto gradu vterque diſtet à communi parente. Nec alius inter ipſum, ac maritum affinitatis gradus erit. Itaque frater vxoris meæ affinis eſt mihi in ſecundo gradu, conſobrinus eiuſdem in quarto: quia totidem gradibus diſtant ab vxore: idque ſecundum computationem iuris ciuilis, de qua ante diſſeruimus. Nam quia frater iure pontificio dicitur eſſe in primo gradu cognationis, eo quoque iure in primo gradu affinitatis eſſe dicetur, ſicut & conſobrinus in ſecundo. Illud inter vtrunque ius conuenit, quod ſponſalia ſola plerunque matrimonium impediunt, licet nullus acceſſerit concubitus, ac ne nuptiæ quidem contractæ fuerint. Et hoc impedimentum publicæ honeſtatis vulgo dicitur. §. ſi vxor. Inſtit. de nupt. c. ſponſam. de ſponſ.

Frater an prohibeatur iure diuino vxorem fratris ducere. Sed quæſtio eſt, an iure diuino prohibeatur frater vxorem fratris ducere? Quam ſuperioribus annis diſputatam meminimus in celebrioribus Galliæ noſtræ gymnaſiis, poſtulante in Henrico VIII. Anglorum rege. Is enim Catharinam vxorem ſuam, quæ Ferdinandi Hiſpaniarum regis erat filia, dimittere, ac repudiare volebat, hoc prætextu quod prius Arcturo fratri ſuo nupta fuerat. Conſulebatque eruditos Theologiæ, & Iuris doctores num id ſibi liceret, & an iuris diuini ea ſit prohibitio, contra quam pontificis Romani auctoritas non valeat. Ac Ioannes quidem Baptiſta increpaſſe legitur Herodem, quod fratris ſui vxorem haberet. Sed eam à marito adhuc viuo & ſuperſtite abduxerat, vt plerique exiſtimãt. Matth. ca. 14. Lex Moſaica ait: *Eũ qui vxorẽ fratris ſui ducit, rem illicitam, ac nefariam facere.* Leuitic. cap. 20. eadem lex vult: *Si frater deceſſerit ſine filio, vxorem eius fratris ſuperſtitis nubere, vt demortui ſemen ſuſcitet.* Deuter. 25. Quæ duo capita confligere videntur, ſed ea ſic interpretantur Theologi: vt generi per ſpeciem derogetur: quod & in iure ciuili plerunq; accidit. Verum legi

Moſaicæ tanquam iuri diuino hodie non ſubiicimur, niſi quatenus præceptum aliquod naturale continet, cuiuſmodi non videtur hoc præceptum eſſe, ſed politicum potius: cuius gratiam facere poſſunt ob magnam aliquam vtilitatem vel neceſſitatem, quorum de ea re auctoritas eſt. Nam alias nullo caſu hanc coniunctionem Moſes permiſſurus fuit.

De cognatione per adoptionē.

De cognatione per adoptionem contracta, quam legalem vocant, tractant iuris ciuilis auctores, docentque quemadmodum ob eam matrimonium interdicatur. leg. adoptiuus. leg. per adoptionem. de ritu nupt. & extat titulus in volumine Decretalium de cognatione legali, ſed ea res alibi plenius à nobis tractata eſt. Eſt & aliud genus cognationis, quā ſacram ſpiritualemq; appellāt, quæ propter ſacrum baptiſterium contrahitur.

De cognatione ſpirituali.

Hanc ſcio Theologis recentioribus parum probari, ſed ea præter veteres canones legum noſtrarum auctoritate confirmatur, & matrimonium impedit, leg. ſi quis alumnam. C. de nupt. Ac fortaſſis hæc prohibitio antiquitus in vſum venit, quod magnum quoddam vinculum neceſſitudinis videretur ſolennis illa ſusceptio in ſacra ablutione, idque propter ingentem affectum erga religionem, qui fere in priſcis hominibus conſpiciebatur. Itaque mirum videri non debet, ſi cauſa propagādæ ac diſſeminādæ charitatis inter homines matrimonia cum iis vetita ſint, qui iam ſatis magna, arctaque neceſſitudine coniuncti credebantur, vt de naturali cognatione ſupra diximus. Sunt & aliæ perſonæ, inter quas nuptiæ inutiliter contrahūtur, veluti impuberes. leg. minorem. de ritu nupt. quos tamen ius pontificium coniungi permittit, pacis & publicæ quietis cauſa, vt fere fit inter principes hoc tempore. cap. 2. de deſponſ. impub. Nam grauiſſimi cuiuſque belli, ſicut comœdiæ, exitum eſſe aliquod matrimonium quotidie videmus, & experimur. Cum peregrinis quoque nuptiæ prohibitæ ſunt. §. 1. Inſti. de nup. Itaque cum ancillis non conſiſtit matrimonium iure ciuili. l. cum ancillis. C. de nupt. ſed iure pontificio ratū habetur. cap. 1. de coniug. ſeruo. Præterea inter tutorem, curatoremque & pupillam, ſiue adultam oratione Diui Marci, quæ Senatuſconſulto confirmata eſt, prohibitum eſt matrimonium. Periculum enim eſt, ne circumſcribatur puella ab iis, qui rationes reddere compellūtur. l. liberum. leg. ſi quis tutor. de ritu nupt. Non eſt igitur matrimonium, quod ita contractum eſt, & præter infamiæ notam, quam ſubit tutor, vel curator, extra ordinem etiam coercetur. l. non eſt. leg. libertum. de ritu nup. Et notandum eſt, *ne tutela quidem finita, rationibuſque redditis poſſe tutorem tale matrimonium contrahere ante conſtitutum tempus ætatis.* vt Papinianus ait, l. quanquam. de ritu nup. *Eſtque hoc tempus* 27. *annorum*, vt apud Paulum legitur in iis codicibus, qui emendatiores habentur. l. non eſt. de ritu nuptiarum. Sed Valerianus reſcripto quodam ſuo tempus 25. annorum cum vtili anno definiuit. l. ſi patris. C. de interdi. matrim. Itaque mihi ſuſpecta eſt ea Pauli lectio. Nam & ab ea diſcrepat exemplar Florentinum, niſi nos fefellerunt typographi, in quo legitur 26. &c. Quæſitum eſt, an oratio, quæ de minoris curatore loquitur, ad curatorem ventri boniſque datum pertineat? Et Tryphoninus propter ſimilitudinem rationis hoc admittendum eſſe ait. Nam hic quoque rationem reddere debet. l. pen. de ritu nupt. Qua ratione hæredi etiam tutoris, quamuis extraneo, huiuſmodi nuptiis interdicitur. l. libertum. de rit. nup. Hinc etiam perſpicuum ſatis eſt, cur eadem oratione, ſiue Senatuſcōſulto prohibeatur tutor, vel curator puellam filio ſuo iungere. d. l. non eſt. Id enim S. C. expreſſum eſt, quod iuris interpretatione ad nepotem quoque tutoris porrigitur. l. ſenatuſconſulto. Nec valde obſcurum eſt, hac ratione percepta, cur tutor filiam ſuam pupillo collocare non prohibeatur. d. l. libertum. Puella ſi quidem poteſtati mariti quodammodo ſubiicitur, vt vix iuris ſui eſſe videatur, maritus non ſubiicitur vxori, nec eam reformidat. Sciendum autem eſt, perpetuam non eſſe prohibitionem Senatuſconſulti, ſed quædam ab eo propter bonum & æquum excipi, veluti cum filia à patre tutori vel curatori deſponſata, vel teſtamento deſtinata eſt. leg. tutor. l. non eſt. de ritu nupt. l. ſi patris. C. de interdi. matrim. Item cum à principe citra ſubreptionem vllam venia impetrata eſt. l. ſi tutor. Cod. de interd. matr. Nam conſtitutio de nuptiis ex reſcripto non petandis tunc locum non habet. Cod. ſi nupt. ex reſcript. pet. Addendum & illud eſt ex Tryphonino: *Si auus tutelam gerat neptis ex filio emancipato nata, eum nepoti ex altero filio collocare eam poſſe, quoniam patris affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amouet.* leg. non ſolum. de ritu nupt. Pleraque alia ad orationem hanc pertinentia extant ſub tit. de ritu nupt. & C. de interd. matrim. dict. l. non ſolum. l. ſi quis tutor. Sed non adeo difficilem ea explicationem habent. Similis eſt tutori vel curatori is, qui in prouincia, officio, ſeu magiſtratu fungitur, nec poteſt mulierem prouincialem domum ducere, aut ducenti filio conſentire. l. ſi quis officium. l. qui in prouincia. de ritu nuptia. Quod ſi vi, errore, ac minis vſus in ea re deprehendatur, pœna aduerſus eum ſtatuta eſt conſtitutione Theodoſiana, qua vel conatus ſolus plectitur, licet res effectum non habuerit. tit. Cod. ſi qua præd. poteſt. Hinc conſequens eſt, matrimonium non tenere, quaſi aduerſus legum præcepta initum ſit. l. præfectus. de ritu nupt. Quod eſt accipiendum, niſi poſt depoſitum officium in eadem voluntate perſeuerent. l. eos qui. de ritu nup. l. & ſi contra. C. de nup. Veterem tamen ſponſam in prouincia, quam quis adminiſtrat, vxorem ducere poteſt, dict. leg. ſi quis officium. de ritu nuptia. Nec filias ſuas in eadem prouincia collocare prohibetur, propterea quod veriſimile non ſit, filiam inuito obtrudere velle, apud quem male accipiatur, ac velut in quandam ſeruitutem redigatur. dict. l. ſi quis officium. Ac tametſi tribuni, militeſque hac prohibitione legis contineantur, tamen qui in patria ſua militant, ex eadem prouincia recte vxorem ducunt. leg. eos, qui. de ritu nupt. Sed quæritur an ſi maritus, qui talem vxorem duxit, quicquam ei legauerit teſtamento, id ab ea auferendum, & fiſco vindicandum ſit, necne. Qua in re videtur Papinianus à Scæuola diſſentire. Verum inter eos nullum omnino reperitur diſſidium, ſi vtriuſque verba paulo accuratius expendantur. Nam Scæuola ſub titulo de vſufructu legato generaliter tradit: *Si eorū, qui illicitū matrimonium contraxerunt, alter alteri quidpiam legauerit, inutile legatum eſſe.* l. vxori. Nam in pœnam eorum conſtitutum eſt, vt tanquam indignis ademptum id legatum fiſco acquiratur. At Papinianus cum aliquot aliis prudentibus id ius ex bono & æquo ſic interpretatus eſt, vt in iis locum non obtineat, qui vetitas nuptias cōtrahendo nihil delinquunt, vt puta puella, quæ tutori aut prouinciæ adminiſtratori minime auſa contradicere nubit. leg. præfectus. de ritu nup. l. 1. de his, quib. vt indig. l. vltim. de legat. 1. l. qui contra. Cod. de inceſt. nupt. In matrimoniis quoque contrahendis nonnūquam dignitatis, & ordinis perſonarum habetur ratio. Vnde ampliſſimi, clariſſimique viri, humiles, abiectaſque fœminas ducere vxores prohibentur. leg. humilem. Cod. de inceſt. nupt. Ac vetus de ea re extat lex de maritandis ordinibus, vulgo à iuris auctoribus dicta, quæ ad ſenatorum nuptias maxime pertinet, l. lege Iulia, de ritu nupt. quam aliquot in locis Iureconſulti interpretantur, ſub titul. de ritu nupt. l. oratione. l. ſenatoris. l. à diuo. l. obſeruandum. l. palam. Notandum ſane eſt, tale matrimonium hodie ratum iudicari à pontificibus, ſicut & inter tutorem ac pupillam, aliaſque huiuſmodi perſonas, de quibus ante diximus: inter quas non canones Ec-

Digitized by Google

nes Eccleſiaſtici, ſed conſtitutiones ciuiles ob ciuilem aliquam rationem matrimonium prohibent. Panor. in rub. de cogn. leg. Item is, qui vxorem vnam habet, alteram ducere prohibetur. Hæc enim polygamia & prætorum edictis, & Imperatorum noſtrorum legibus improbatur. l. 1. de his, qui notan. infam. l. 2 C. de inceſt. nupt. l. eum qui. C. de adul. Meminerunt tamen hiſtoricorum nonnulli, legis cuiuſdam à Valentiniano quondam latæ, qua vxores duas ſimul ducere permittebat. Socrates in hiſtor. eccleſi. Sed & Suetonius ſcribit Iulium Cæſarem aliquando legem ferri iuſſiſſe, vt vxores liberorum quærendorum cauſa, quas, & quot quiſque vellet, habere liceret. Adde quod moribus multarum gētium, populorumque polygamia hęc recepta, probataque eſt, idque multis exemplis demonſtrat Tiraquellus noſter in legibus connubialibus. Nec dubiū eſt, quin ſanctiſſimi quique patres quondam apud Iudæos polygami fuerint. ca. recurrat. can. obiiciuntur. 32. quæſt. 4. Ac pleriſque placet, Paulum noſtræ religionis anteſignanum, hanc libertatem epiſcopis tantum adimere voluiſſe, cū epiſcopum vnius vxoris virum eſſe oportere ſcribit. Quod ſi verum eſt, imitatus eſt in ea re morem Ægyptiorum videri poteſt, apud quos plures habere vxores liberum cuique erat, exceptis ſacerdotibus, vt Diodorus auctor eſt. Sed de ea re quid cenſendum ſit, loco magis idoneo tractaturi ſumus. Certe noſtri legiſlatores, qui ſe Chriſtianos profitebantur, hanc polygamiam magnopere ſemper execrati ſunt. Ac vehementer eis placuit illud Euripideum:

Duas vxores ſimul ducere olim permiſſum.

Οὐδέποτ' οὖν δίδυμα
  λέκτρ' ἐπαινέσω βροτῶν,
Οὐδ' ἀμφιμάτορας κόρους.
  Et illud:
Οὐδὲ γὰρ καλὸν,
  Δυοῖν γυναικοῖν ἄνδρ' ἕν' ἡνίας ἔχειν.

Tametſi autem poſterius matrimonium pro nullo habeatur, vt iam diximus, tamen ob errorem iuſtum, & bonam fidem alterius coniugum, filij ex eo matrimonio ſuſcepti cenſentur iuſti ac legitimi, conſtitutione pontificia. cap. ex tenore. qui fil. ſint leg. Poſtremo loco de iis qui a nuptias iterant, videndum eſt. Et ſatis conſtat nec ſecundas, nec tertias nec vlteriores nuptias, iure, quo vtimur ciuili, pontificioque interdictas eſſe. ca. quid ſi. 31. q. 1. Verum Harmenopulus cuiuſquam Imperatoriæ Conſtitutionis meminit, qua quartæ nuptiæ damnantur, prohibenturque hoc colore, quod legi diuinæ repugnent. lib. 4. tit. 7. Sane mulier quæ intra annum luctus ſecundo nupſit, iure ciuili non modo notatur infamia, l. 1. liberorum de his qui not. infa. Ac veteris cuiuſdam legis de ea re meminit Plutarchus in Antonio: quo loco de nuptiis Antonij & Octauiæ, quæ ſoror erat Cæſaris, loquitur. Ea vero, quæ liberos ſuſtulit ex priore marito, ne exacto quidem lugubri anno impune nubit. Nam in primis quicquid à priore marito quacunque ex cauſa percepit, id filiis prioris matrimonij in integrum ſeruare cogitur. l. fœminæ. Cod. de ſecun. nup. Item ſecundo viro amplius dare ei non licet, dotis vel cuiuſcunque donationis nomine, quàm vni filiorum primi matrimonij, cui minor portio data vel relicta eſt: idque etiam in viro ad ſecundas nuptias tranſeunte conſtitutum eſt. leg. edictali. C. de ſecun. nup. Sed quia magna legum, conſtitutionumque varietas hic reperitur, diligenter euoluenda ac inſpicienda ſunt, quæ hac de re Iuſtinianus, tam in Codice ſuo, quàm in volumine τῶν νεαρῶν ſcripta reliquit. Nobis enim ad alia properantibus hæc leuiter attigiſſe, atque indicaſſe ſatis eſt. Illud tamen prætermittendum hic non videtur, quod vulgo traditum, receptumque eſt, pœnam infamiæ, & alias huiuſmodi iure pontificio mulieri condonari ac remitti, ſed eas, quæ ad filiorum commodum reſpiciunt, ſaluas manere. c. vlt. de ſecun. nupt.

De iis qui nuptias iterant.

DE DOTIBVS ET DOTIVM IVRE.

Huius tractatus præcipui loci hi ſunt:

1 *Quid ſit dos.*
2 *Quomodo dos conſtituatur.*
3 *A quibus conſtituatur.*
4 *Quis ſit effectus dotis conſtitutæ.*

Cap. I.

Quid ſit dos.

HVius verbi ſignificatio varia eſt. Nam & dotes animi, corporiſque vulgo dicimus, & dotes prædiorum non ſemel vocant Iureconſulti noſtri. l. 2. de inſtrum. lega. l. amiſſi. de fideiuſ. Hic autem peculiarem ſignificationem habet dos, atque ita diffiniri poſſe nobis videtur: *Pecunia, quam vxor dat marito pro oneribus matrimonij, vt perpetuo apud eum ſit, eiuſque dominus fiat.* Pecuniæ verbum hîc generale eſt, omnemque rem ſiue mobilem, ſiue immobilem complectitur. l. pecuniæ. de verb. ſign. l. 2 C. de conſtit. pecu. Alij malunt ius dotem appellare, quam pecuniam: nec ratione carent, qua ſuā tueantur opinionem. Sed hæ ſubtilitates vix dignæ profecto ſunt, in quibus nunc excutiendis immoremur. Ac memini Senecam in re non diſſimili Iuriſconſultos tidere lib. 6. de benefi. cap. 5. Iuriſconſultorum, inquit, iſtę acutæ nugæ ſunt, qui hæreditatem negant, vſucapi poſſe, ſed ea, quæ in hæreditate ſunt, tanquam quicquam aliud ſit hæreditas quam ea, quæ in hæreditate ſunt. Nā Iuriſconſulti hæreditatem ius eſſe contendunt, vt docet Theophilus titu. de reb. cor. lib. I. iſtit. 2. Cicero, & alij, qui argutias, in definiendo contemnunt, pecuniam dicere non dubitant, quæ morte alicuius ad quempiam peruenit, &c. Illud inficiari nec debeo, nec poſſum, in pleriſque iuris diſputationibus nonnihil referre, an dos, ſiue hæreditas ius eſſe dicatur, an pecunia. Sed hæc ſcrupuloſitas in diffinitionibus maxime fugienda eſt, vt alias admonuimus. l. iuriſgentium. §. dolo. de pact. Vt igitur craſſius ac planius quid ſit dos explicaremus, ſatius eſſe duximus, *Pecunia* verbo quam *Iuris* vti cum præſertim exemplum haberemus veterum iuris auctorum, quod ſequeremur. Hæc enim apud eos ſunt frequentiſſima, dotem dare, dotem tradere, dotem reſtituere, quæ non niſi de pecunia dotali accipi poſſunt. Quiſnam autem ſit vſus iſtius quæſtionis ac diſputationis, aliàs docebimus. Quod in definitione dicitur: *Vxor*, ſic accipe, *vel alius eius nomine.* Quod enim alius noſtro dat nomine, id quodam modo ipſi dare videmur. Ac ſi pater pro filia dotem dederit, ea dos profectitia dicitur. l. profectitia. de iure dot. aliàs dicitur aduentitia, vt & Vlpianus in Inſtitutionibus ait. Dicitur in eadem diffinitione, *pro oneribus matrimonij*: quæ verba ex aliquot iuris noſtri locis ſumpta, l. dotis fructus. de iure dot. l. pro oneribus. C. eo. tit. demonſtrant ſine matrimonio dotem eſſe non poſſe. l. 3 de iure dot. Itaque dos promiſſa tacitam conditionem habet, ſi nuptiæ ſequantur. l. ſtipulationem. l. dotis fructus. de iure dot. Hinc etiam illud conſequitur, dotem nullam eſſe, quæ matrimonij oneribus non ſeruiat. l. Iulianus. l. ſtipulationem. l. ſi is qui. l. ſi pater mulieris. de iure dot. deinde dicitur, *vt perpetuo apud eum ſit*, id eſt, quandiu matrimonium durauerit. Hoc enim verbum nonnunquam ita accipitur, cum id ſubiecta materia poſtulat. l. 1. de iure do. l. 1. pro ſoc. Nam ſoluto matrimonio dos exigitur à marito, vt poſtea dicemus. In extrema diffinitione hæc verba adſcribuntur, *eiuſque dominus fiat*, vt intelligamus maritum, quandiu matrimonium durat, dotalium rerum

dominum eſſe. Qua de re magna quæſtio eſt,& in vtramque partem diſputari ſolita. Nam pleriſq; videtur vxorem potius conſtante matrimonio dominam dici debere, propterea quod dos proprium ipſius patrimonium dicatur. l. denique. de minor. nec liceat marito dotem diſſipare, aut aliter ea vti quam frugi hominem, bonumque patremfamilias deceat. l. ſi cum dotem. §. ſio autem. hoc tit. Hinc maritus, qui theſaurum inuenit in dotali fundo, in alieno magis, quam in ſuo inueniſſe intelligitur. l. fructus. §. ſi fundum. infra hoc tit. Pro marito autem hæc faciunt, quæ ſequuntur.

1 Quod Iuſtinianus li. Inſt. 2. ti. quib. alie. lic. diſerte ait: *Maritum prædij dotalis dominum eſſe, quamuis id alienare non poſſit.*

2 Quia Diocletianus de muliere loquens, quæ dotale prædium vendiderat: *Eam non potuiſſe dominium auferre marito* reſcripſit. l. ſi prædium. C. de iur. dotiũ, Paulus ſub ti. ad manicip. ca. 23. aperte ait:

3 *Conſtante matrimonio dotem in bonis mariti eſſe.* l. Lucius. Conſtat, maritum res dotales vindicare, non vxorem. l. doce. Co. de rei vind. nec dubium eſt, quin rei vindicatio competit domino. l. in rem. de rei vind.

4 His addi poſſet & alia quædam huiuſmodi. Verum huius nodi expediẽdi gratia ſic dicẽdũ eſt: Quamuis re vera dominium ab vxore non recedat, tamen vtilitatis cauſa maritum dominum eſſe intelligi, vt ſcilicet vindicare, & alia quædã exequi poſſit, quæ dominorum propria ſunt. Hinc Tryphoninus: *Quamuis* (inquit) *in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt.* d. l. quamuis. de iure dot. Nam re vera vxor domina eſt, ſed quia maritus quaſi quidã domin⁹ eſt, & pro domino plerũq; habetur, iuris fictione res dotales in bonis eius eſſe dicuntur. Ea ſiquidem in bonis etiã noſtris numerantur, quorũ domini non ſumus, ſed in quæ ius quoddam aliud nobis competit. l. bonorum. de ver. ſig. Et hæc quidẽ pugnantium veluti locorum conciliatio ex Iuſtiniani conſtitutione ſumitur, cuius hæc verba ſunt: *In rebus dotalibus, ſiue mobilibus, ſiue immobilibus, ſeu ſe mouentibus, ſi tamen exiſtant, ſiue æſtimata, ſiue inæſtimata ſint, mulierem in iis vindicandis omnem habere poteſtatem poſt diſſolutum matrimonium iubemus, & neminem creditorum mariti, qui anteriores ſunt, poſſe ſibi potiorẽ cauſam in iis per hypothecam vindicare, cum eædem res, & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanſerint dominio. Non enim quod legũ ſubtilitate tranſitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confuſa eſt. Volumus itaque eam in rem actionem, quaſi in huiuſmodi rebus proprijs habere, & hypothecariam omnibus anteriorem poſſidere, vt ſiue ex naturali iure eiuſdem mulieris res eſſe intelligantur, vel ſecundum legum ſubtilitatem ad mariti ſubſtantiam peruenisſe, per vtramque viam, ſiue in rem, ſiue hypothecariam, ei pleniſſime conſulatur.* Ex iam dictis planum ſatis ac perſpicuum eſt, parapherna, id eſt, quæ præter dotem vxor in mariti domum infert, & ea recipit, vt M. Cato legem Voconiam ſuadens, dicebat, à dote multum differre, licet eorum adminiſtrationem interim habeat maritus, dum vxor ea repetere voluerit. l. ſi ego. de iure dot. l. hac lege. l. vlt. C. de pactis conuen. l. maritus. ad leg. Falcid.

Cap. II.

Quomodo conſtituatur dos.

Conſtituitur autem dos non tantum ſtipulatione, ſed etiam conuentione, quæ conuentio lege confirmata parit actionem ob fauorem dotis. l. ad exactionem. Co. de dotis promiſ. Itaque ea in numerum legitimarum conuentionum referri poteſt. l. legitima. de pactis. Olim promiſſio, ſtipulatioque erat neceſſaria. nec dotem dicere ſimpliciter ſufficiebat, niſi ipſa mulier dotem conſtitueret, &c. Itaque oſtendit Vlpianus in Inſtit. tit. de dot. & Caius lib. 2. Inſti. tit. 9. Mentio quoque eſt in C. Theodoſiano lib. 3. titu. de inceſt. nupt. Nec refert an certam quantitatem quis promittat, an generaliter quodcunque arbitratus fuerit. l. 3. Cod. de dot. promiſ. Nam tunc in boni viri arbitrium collata dotis cõſtitutio intelligitur. l. in perſonarum. §. generaliter. de reg. iur. l. Thais. §. ſorore. de fideicommiſ. liber. l. hæc venditio. de contrah. empt. l. ſi in lege. loca. l. ſocietatem. §. arbitrorum. pro ſocio. l. ſi libertus. de oper. liber. Quod ſi mulier dotem ſimpliciter promittat detracta arbitrij mentione, nulla eſt promiſſio, vt Alexandri reſcripto continetur. l. 1. Cod. de dotis promiſ. Idemque ſi extraneus promiſerit, dicendum puto, cum ſit eadem ratio: diuerſum ius eſſe in patre pro filia dotem promittente, Papinianus reſpondit. l. cum poſt. §. gener. de iure do. hac (vt arbitror) ratione, quia officium patris eſt dotare filiam pro modo facultatum ſuarum, & dignitate mariti, niſi de certa quantitate conuenerit, vnde incerta prorſus non eſt promiſſio, ſed ex iure & legibus certitudinem accipit. Verum nullus præfinitus eſt legibus modus nomine dotis, ad quem mulier citra conuentionem teneatur. Quare viliſſimam rem & nullius pretij dando liberaretur, ſi eam tali promiſſione obligari diceremus. Atque ita videtur ſenſiſſe Harmenopulus lib. 4. tit. 8. & nos id aliàs demõſtrauimus. lib. 1. diſput. anniuerſ. c. 56.

Præterea (vt paucis perſtringam) conſtituitur dos traditione, l. quemadmodum. de iure dot. acceptilatione, l. promittendo. l. licet. ſimplici remiſſione debiti, l. ſi ſpõſalibus. l. nuptura delegatione. l. ſi extraneus. l. debitor mulieris. Nec pure tantum, ſed etiam ſub conditione, & ad diem, l. ſtipulationem l. tali ſtipulatione. eod. tit. modo in tempus quo mortua fuerit vxor, non conferatur. l. Iulianus l. ſi pater. eo. tit.

Cap. III.

A quibus conſtituatur dos.

Qvod ad perſonas attinet, à quibus dos conſtituitur, notandum eſt, nihil referre, an ipſa mulier, an alius quiuis dotem pro ea ſponte conſtituit: inuitus vero exceptis quibuſdam perſonis, nemo compellitur. Ac in primis excipiuntur pater, auuſque paternus, ſi nuptiis conſentiant, aut iuſtam contradicendi cauſam non habeant. l. qui liberos. de rit. nup. l. profectitia. §. vl. de iure dot. l. dedit. de colla. bono. l. vl. C. de dot. promiſ. Si tamẽ filia locuples ſit, verius eſſe arbitror, patrem ad dotandam eam minime teneri, cum ne alimenta quidem ei præſtare cogatur. l. ſi quis à liberis. inf. de liber. agnoſc. Ratio tamẽ ea parũ mihi probatur, qua hãc ſententiam nonnulli cõfirmare nituntur, quia *officium paternũ eſt, dotare filiam, &c.* l. vlt. C. de dot. promiſ. Aiunt enim officium in eo verſari, quod ex liberalitate magis, quam neceſſitate proficiſcitur. Alciat. lib. Parerg. 8. c. 3. Verũ hoc verbum aliter nõnunquã accipi maiore argumento ſunt tituli de officio prætoris, de officio præſidis, de officio proconſulis, & alij, qui libro Pãdectarũ primo legũtur. Sed & officium iudicis, tutoris, & aliarũ huiuſmodi perſonarum pro munere neceſſario frequenter accipitur. Mitto quod de filia dotanda nullo modo id dici poteſt, cum auctoritate publica ad id pater compellatur, vt iam ſupra à nobis demonſtratum fuit. l. qui liberos. de ritu nup. not. in §. fuerat. Inſt. de act. Tutoris quoque officium eſt, pupillam dotare pro modo facultatum, & natalium dignitate, eademque eſt curatoris ratio. l. cum poſt. l. quæro. de iure dot. l. tam dementis. C. de cura. furio. Item frater ſorori dotem cogitur dare, modo ſit germana aut conſanguinea. Nam de vterina tantum vix hoc recipitur. l. cũ plures. de admin. tut. l. 1. de tuto. & ratio. diſtrah. Mater vero filiam, niſi certis ex cauſis, dotare cogenda non eſt. l. neque mater. C. de iure dot. l. cognouimus. de hæred.

Cap. IIII.

Quis ſit effectus dotis conſtitutæ.

DOtis conſtitutæ effectus ſunt varij. Nam ex promiſſione etiam ſimplici, & nuda naſcitur actio, leg. ad exactionem. C. de dot. promiſ. non tantum ad rē promiſſam petendam, ſed quaſcumque etiam acceſſiones poſt moram, quæ cōſtituitur iure ſingulari per lapſum biennij abſque vlla interpellatione. l. vlt. §. vl. C. de iure dot. Traditione vero acquiritur dominiū, ſi tradens dominus ſit, l. doce. C. de rei ven. l. 3. l. de iis. C. de iure dot. ſed hoc quemadmodum accipiendum ſit, paulo ante docuimus. Sin autem is, qui tradit dominium non habeat, emctionis nomine datur actio, ſecūdum diſtinctionem, quæ Veri & Antonini reſcripto exprimitur. l. quoties. l. non ſolum. de iur. dot. l. 1. C. eo ti. Soluto matrimonio alium effectum habet dotis conſtitutio, quia mulier eam repetere poteſt, non tantum actione ex ſtipulatu, ſed etiam hypothecaria, & rei vindicatione. l. in reb. C. de iure do. & C. de rei vx. act. Conſtante autem matrimonio ita demum repetitur, ſi maritus rem familiare m diſſipet ac profundat. l. vbi adhuc. C. de iu. do. In qua repetitione non tantum doli in reb. dotalib. à marito admiſſi. ſed etiam culpæ habetur ratio. l. in rebus. ſup. de iu. do. Quod ſi proponamus, abſque culpa mariti res periiſſe, aut diminutas eſſe, multum refert, an æſtimatæ fuerint marito datæ, an ſine æſtimatione. Priori caſu, mariti periculum eſt, cum is pecuniam debeat. l. plerunque. ſup. de iure dot. leg. quoties. leg. cum dotem. C. de iure dot. l. incendium. C. ſi cert. pet. niſi aliud actū eſſe appareat. l. ſi inter virum, Cod. de iur. dot. Poſteriori caſu periculum eſt mulieris, dict. l. plerunque. l. ſi ex legati cauſa. de verbor. obligat. niſi pondere, numero, vel menſura res dotales conſtent. l. res in dotem. ſupra de iure dot. Ex eo autem quod diximus, maritum ſoluto matrimonio ad reſtituēdam dotem teneri, exiſtit quæſtio, an fideiuſſor eo nomine acceptus cōueniri poſſit? Et vulgo receptum eſt, fideiuſſorem non teneri, quod Iuſtinianus ſatiſdationem vt bonis moribus contrariā prohibere videatur hac inſcriptione: *Ne fideiuſſores vel mandatores dotium dentur.* Quæ inſcriptio lib. 5. Cod. legitur, titu. 20. Sed cur bonis moribus contraria ſit ea ſatiſdatio, ſiue fideiuſſio, nemo ſatis adhuc explicaſſe mihi videtur. Alciatus lib. pareg. 4. cap. 26. rationem prohibitionis hanc eſſe ait, quia alioqui periculum eſt, ne maritus vt inueniat fideiuſſorem, eius erga vxorem amori indulgeat, ſi forte fructum hunc promiſſionis ſuę aduentitium capere velit. Sed hæc ratio tam leuis, friuola, ac ridicula eſt, vt refutationem nullam magnopere deſideret. Ceteri nihilo probabiliora hac de re ſcribunt: quanquam Molinæus noſter bonas ſe rationes alicui tradidiſſe ſcribit, ſed eius de ea re cōmentationes nondum, opinor, exierunt. Equidem arbitror, fideiuſſorem, qui à marito volente datus eſt, obligari, ac conueniri poſſe, quamuis fideiuſſorem inuitus dare non cogatur. Mouet me primum, quod omni obligationi poteſt accedere fideiuſſor. leg. 1. de fideiuſſor. nec vlla lex eſt, quæ hanc fideiuſſionem prohibeat, aut ratio, propter quam prohiberi debeat, vt mox dicemus. Præterea cum certi iuris ſit, *pignus vxori à marito pro dote dari poſſe*, l. quod autem. §. ſi vxor. de donat. inter virum & vxor. cur fideiuſſor non dabitur? Fideiuſſio namque pignoris dationi par ſimilisque eſſe videtur. leg. promiſſor. §. vlt. de conſtit. pecu. Deinde nemo dubitat, quin fideiuſſor pro muliere dotem promittente intercedens teneatur. leg. cum dotis. de iure dot. ex quo conſequens eſt, & pro marito intercedentem obligari, cum nulla ratio diuerſitatis, niſi perquam inepta, nugatoriaque afferri poſſit. Et ſane inter omnes conuenit, ſoluto iam matrimonio, ſatiſdationem hanc vtilem, atque efficacem eſſe. leg. ſi conſtanto. §. quoties. infra. l. exceptiones. de exceptio. §. cum autem. Cod. de rei vxoriæ actione. ſed conſtante matrimonio fideiuſſorem vtiliter dari negant. Ego vero fideiuſſionem valere contendo, quocunque tempore data fuerit. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ inſcriptio illa ſiue titulus: *Ne fideiuſſores dotium dentur*, quem ego prohibitorium eſſe nego: verba enim ea ambigua ſunt, & poſſunt ita accipi, vel vt maritus non cogatur fideiuſſores dare, vel vt ne volens quidem dare poſſit. In ambigua autem oratione ea accipienda interpretatio eſt, quæ vitio caret, non quæ rationi, & iuri contraria eſt. leg. in ambigua. de legi. Præterea duæ tantum leges ſub eo titulo collocantur, ex quibus nihil ad confirmationem vulgaris opinionis colligi poteſt. Prioris etenim legis hæc verba ſunt: *Siue ex iure, ſiue ex conſuetudine lex proficiſcitur, vt vir vxori fideiuſſorem ſeruandæ dotis exhibeat, tamen eam iubemus aboleri.* Quibus verbis abrogantur leges ac conſuetudines, quibus maritus ad dandum fideiuſſorem cogebatur. Poſterior lex clare, & aperte loquitur de fideiuſſionis exactione, non de ea, quæ à volente præſtatur, vt ſatis conſtet vel ea lege, tituli ſeu inſcriptionis ambiguitatem explicari. Verus igitur ſenſus earum legum eſt, atque adeo tituli ipſius, maritum vxori ad dandum fideiuſſorem dotis nomine cogendum non eſſe. Nam etſi plerunque cautiones huiuſmodi interponi ſoleant, maxime in bonæ fidei iudiciis. leg. in bonæ fidei. ſupra de iud. tamen indignum viſum eſt eam cautionem a marito extorquere propter rationem à Iuſtiniano proditam in lege poſteriore. Noſtræ huic ſententiæ Harmenopulus aſſtipulatur lib. 4. proch. tit. 1. cuius hæc verba ſunt; *μετὰ τὸ συστῆναι τὴν μνηστείαν οἱ δυνάμενοι ἐκ τῶν χρόνων γνώτορες ἀναγκάζειν τὸν μνηστῆρα παρέχειν ἐγγυητὴν καὶ λαμβάνειν τὴν προῖκα*, & quæ ſequuntur. Nihil autem in priſcis auctoribus iuris noſtri extare putamus, quod noſtræ interpretationi refragetur, niſi forte quis obiiciat neſcio quam Theodoſij conſtitutionem, quæ legitur in Theodoſiano Codice, lib. 3. tit. 15. Sed in eius conſtitutionis verbis nihilo minor eſt, quam in titulo illo Iuſtiniani (cuius modo fecimus mentionem) ambiguitas. Nam & Codex ille, qui Theodoſij titulo & nomine inſcribitur, valde mendoſus eſt. Nec Theodoſij Codex eſt, ſed Alarici Gottorum regis potius, qui in Theodoſij conſtitutionibus multa immutauit.

DE DONATIONE PROPTER NVPTIAS.

PRoxima eſt atque affinis doti, donatio propter nuptias. Nam ſicut vxor dat viro dotem tam ante, quàm poſt nuptias, ita maritus etiam contracto iam matrimonio ad compenſandam dotem, quam ab vxore accepit, recte donat. l. vltim. Cod. de donat. ante nupt. §. eſt & aliud. Inſtitut. de donat. Nec oratione D. Antonini prohibetur hoc genus donationis. l. 3. de donat. inter virum & vxor. quia ob cauſam eſt, non ſimplex donatio. Vnde antipherna à Græcis dicuntur, quæ ita donantur. d. l. vltim. An autem hæc donatio doti æqualis eſſe debeat, & quænam ſit eius æqualitatis ratio, ſæpe quæſitum eſt, nec adeo explicatu facilis eſt quæſtio. Sed varietatem legum, quæ hac de re à variis Imperatoribus editæ ſunt, conſiderantes & expendentes, multo commodius hæc explicaturi ſumus. Prima lex eſt Leonis, & Anthemij, qui ſexaginta, & eo amplius, annis ante Iuſtinianum imperauerūt. leg. ex morte. Cod. de pact. conuen. nec aliquid de ea re antiquius in iuris auctorum monumentis reperitur. Nam ne tempore quidem Iureconſultorum, ex quorum libris confectæ ſunt Pandectæ noſtræ, hoc genus donationis cognitū erat, tametſi apud Gallos tempore Iulij Cæſaris vſitata fuerit quædam donatio, quę dotis compenſandę gratia fiebat, vt conſtat ex libr. 6. cōment. de bello Gall. Sed ea huic donationi, de qua loquimur, vſquequaq; ſimilis non erat. Ea igitur lege, pacta, quæ inter virum &

vxorem fiunt de lucranda dote, aut rebus propter nuptias donatis, ad ęqualitatem primum redigi cœperunt. Eſt enim à Leone conſtitutum: *Non vt maiorem quantitatem dotis nomine non accipiat maritus, quam donet vxori, aut contra: ſed vt quantam partem ſtipulata fuerit mulier, ſibi lucro cedere ex ante nuptias donatione poſt mortem mariti, tantam maritus ex dote partem ſibi ſtipuletur mortua vxore.* Sed hæc æqualitas in partibus eſt, non in pecuniæ quantitate. Nam etſi vterque tertiam, vel quartam partem ſtipuletur, inæqualis nihilominus erit quantitas, ſi donatio propter nuptias doti æqualis non ſit. Secunda lex eſt Iuſtiniani, qua emendauit quadantenus Leonianam conſtitutionẽ, ſuppleuitq; quod ei deeſſe videbatur. l. lege. C. de pact. conuent. Hoc enim addidit Iuſtinianus: *Si pacta lucrorum paria non eſſe contingit, vt maior lucri pars ad minorem deducatur, & eo modo vterque non maiorem partem, ſed minorem potius lucretur.* Tertia lex eſt eiuſdem Iuſtiniani, l. vltim. Cod. de donat. propter nupt. qua ſtatutum eſt, vt ſi maritus vxori conſtante matrimonio propter nuptias donare voluerit, ea donatio quantitatem dotis minime excedat. Nam alioqui fraus Senatuſconſulto fieret, quo inter maritum & vxorem donatio prohibetur. Quarta lex eſt eiuſdem Iuſtiniani in volumine τῶν νεαρῶν Nouel. 22. tit. de his, qui nupt. iterant. qua Leonis conſtitutionem de pactis lucrorum cum ſua ad eam legem declaratione confirmat. dict. leg ex morte l. lege. Quinta lex eſt eiuſdem Iuſtiniani in eodem τῶν νεαρῶν lib. Nouel. 97. tit. de æqual. dot. qua Leonis cõſtitutionem, quam prius comprobauerat, tanquam à ratione alienam damnat, & ſtatuit, vt non tantum in pactis, & ſtipulationibus æqualitas ſeruetur, ſed etiam in ipſa præſtatione, aut promiſſione tam dotis, quam rerum propter nuptias donatarum. Additque rationem, ne alioqui alter alterum circumſcribat, quod in pleriſque aliis negotiis commerciiſque permiſſum eſt. l. in cauſę. de minor. l. item ſi pretio. loca. Sexta lex eſt Leonis cuiuſdam recẽtioris apud Harmenopulum libr. 4. proch. titul. 8. & 10. qua poſtremæ Iuſtiniani conſtitutioni derogatum eſt, & nominatim cautum, vt dos hypobolon tranſcendat, ſic enim vocat donationem propter nuptias. Additum eſt præterea, vt mortuo marito vxor ſuperſtes, non dotem modo ſuam petere poſſit, ſed etiam hypobolun, tametſi de eo nihil conuenerit, idque definitum eſt vſque ad triẽtem pecuniæ, quæ in dotem datur. Ex quo apparet, hoc hypobolon non adeo diſſimile eſſe ei, quod moribus noſtris vxori acquiritur mortuo marito: nos doarium, ſeu docalitium vulgo appellamus. c. plerunque. de dona. inter vir. & vxor. Porro notandum eſt adeo ſimilem eſſe doti donationem propter nuptias, vt res propter nuptias donatæ non minus; quam & ipſa dos, repetantur ſoluto matrimonio. l. vlt. C. de donat. propter nupt. Nouel. 98. neque virũ, &c. vl. de donat. inter vir. in Decret. Non tamen matrimonio conſtante fructus rerum propter nuptias donatarum percipit vxor: alioqui fruſtra daretur dos marito, vt ſeruiret oneribus matrimonij. l. pro oneribus C. de iure dot. Vi de poteſt dubitari, an huius donationis aliquis vſus, vtilitáſve ſit. Nam ſi quæ iam dicta ſunt tantum intueamur, videtur hæc donatio mulieri prorſus inutilis eſſe. Sed nõ ita eſt. Mulier ſiquidem domina interim eſt rerum donatarum, eaſque interdum vindicat. l. vbi adhuc. Cod. de iure dot. §. illud. auth. de æqual. dot. Ac ſi res mobiles ſint, poſſidere eas, & cuſtodire poteſt pro ſecuritate dotis ſuæ. ſi forte maritus eam conſumpſerit, ac perdiderit. Idque multo cõmodius eſt mulieri, quã ſi hypothecaria actione aduerſus emptores, poſſeſſoreſque rerum à marito alienatarum experiatur. Adde quod ſi immobilia propter nuptias donata ſint, eorum alienatione interdicitur marito, quamuis mulier conſentiat. Nouel. 61. tit. vt immob. ante nupt. Proinde magis proſpicitur mulieri hac donatione, quã hypotheca in bona mariti, cum viri hypothecæ mulier facile ad renunciandum inducatur, nec ea renuntiatio prohibita ſit. l. etiam. l. iubemus. C. ad Velleian. Præterea non minima huius donationis commoditas in diuortiis perſpicitur, cum videlicet maritus abſque iuſta, & legitima cauſa ab vxore diuertit. Sicut enim vxor ſine cauſa diuertens dotem, ita maritus res donatas amittit ex conſtitutione Theodoſij. l. conſenſu. Cod. de repud. Verum alia conſtitutio poſtea à Iuſtiniano edita eſt, qua proſpicitur vtrique, ſi matrimoniũ abſque dote, ac donatione contractũ fuerit. l. iubemus. C. de repud. Deinde vtilitas huius donationis in eo cõſiſtebat olim, quod pactum de lucrandis reb. donatis, aut earum parte fere interponi ſolebat. l. ex morte. Cod. de pact. conuen. cũ aliis ſimil. Itaq; quod ſupra dictum fuit: *Res donatas repeti ſoluto matrimonio*, cum hac exceptione accipiendum eſt, *niſi pactum interuenerit, &c.* Pactum enim huiuſmodi ſeruandum eſt à marito, ſi mulier dotem promiſſam dederit, qua fruitus ſit maritus conſtante matrimonio. Nouel. 91. ti. vt exact. inſtãt. dot. Poſtremo notandum eſt, hanc donationem propter nuptias ſpecialem contractũ eſſe, & ab aliis donationibus multum differre. Proinde inſinuationem non requirit quãtæcunque quantitatis donatio ſit. Sic enim eſt accipienda noua Iuſtiniani conſtitu. 119. tit. vt ſpõſa larg. quam vulgaris interpres è Græco in Latinum male conuertit, cum ἡ διὰ τοὺς γάμους δωρεά, non ſponſalitiam largitatem, ſed potius donationem propter nuptias ſignificet, vt recte Haloander intellexit.

DE SPONSALITIA DONATIONE.

Aliud genus donationis eſt, quæ dicitur ſponſalitia: quia inter ſponſos tantum fit, non inter coniuges: nec eam doti æqualem eſſe neceſſe eſt, cum ea propter dotem non detur. Itaque dubium non eſt, hanc donationem à donatione propter nuptias differre: id quod ſatis arguit titulus ille Codicis Iuſtinianei, *De donationibus propter nuptias, & ſponſaliciis.* Nam & hæc donatio vera perpetuaque eſt, quæ niſi ob ingratitudinem non reuocatur, vt ceterę donationes, ac diſſoluto matrimonio firma manet. l. ſi mater. Cod. de donat. propter nupt. Tacitam tamen habet conditionem, ſi nuptiæ ſequantur. l. 1. infra, de donat. Quare ſi per alterum ſteterit, quo minus matrimonium perficiatur, res donatæ ab eo condici poterunt. l. cum veterum. Co. de donat. ante nupt. Quod ſi mors interuenerit, propter quam ſponſalia irrita manſerint, idem eſt dicendum, niſi quod ſponſa, cui oſculum à ſponſo datum eſt, ob eam cauſam rerum donatarum dimidiam partem lucretur. l. ſi à ſponſo. C. de donat. ante nupt. Crediderunt enim veteres vel oſculo ſolo pudicitiam mulieris delibari, cum ſit proximum coitui, ac inter lineas quinq; amoris quarto loco conſtituatur. Donatus in Eunuchum Terentij. Vnde Ouidius:

Oſcula qui ſumpſit, ſi non & cætera ſumpſit,
Hæc quoque quæ ſumpſit, perdere dignus erat.

Huc etiam pertinet, quod ſcribit Valerius Mæuium quendam ciuem Romanum in libertum, charum admodum ſibi, animaduertiſſe, quia filiæ ſuæ nubilis iam ætatis oſculum dediſſe animaduerterat.

DE PACTIS DOTALIBVS.

Pacta tam ſuper dote, quam donatione propter nuptias interponuntur. De quibus extant duo tituli in Digeſtis, & Codice Iuſtiniani, & nos ſupra aliquid attigimus. l. ex morte. l. lege. Cod. de pact. conuen. Ac pro quodam veluti fundamento hæc regula traditur: *Omne huiuſmodi pactum valere*, l. in traditionibus. de pact.

Digitized by Google

de pact. Quod ita accipi debet, vt non modo ad exceptionem, verumetiam ad actionem proſit. Nam etſi verum ſit, ex pacto actionem non naſci, id eſt, ex ea conuentione, quæ non tranſit in proprium nomen contractus, tamen quia hic ſolum pactum non eſt, ſed cum datione rei coniunctum, merito actionem parere dicitur. Tunc enim pactum actionem nõ parit, cum ſolum, ſiue nudum eſt: id eſt, cum neque traditio, neque ſtipulatio ei accedit, propter quam iuſtum ſit actionem dari. Contractus vero, qui transeunt in proprium nomen, veluti emptio, venditio, & ſimiles, ſoli ac nudi, id eſt, ſimul atque perfecti ſunt, actionem pariunt, quamuis nihil aliud extrinſecus ipſis accedat. l. 1. C. de pact. cõuen. l. legem. C. de pact. Nudum autem aliud in hoc loco nihil ſignificat, niſi ſolum. Ac veteres iuris auctores eo verbo aliquando vſos fuiſſe comperimus: vt cum Scæuola *Tranſactionem ſolo pacto factam dicit.* l. qui Romæ. §. Seia. de verb. obligat. Et Diocletianus: *Solum pactum cõuentionem tueri, &c.* l. maior. Cod. de pigno. Quod genus loquendi ſi vbique vſurpaſſent illi, non dicam rectius, aut commodius elocuti fuiſſent, ſed barbaris, ineptiſque hominibus noua comminiſcendi vocabula forte non præbuiſſent occaſionem, qui pacta ſic diuidere ſolent, vt quædam nuda, alia vero veſtita eſſe dicant. De qua diuiſione quid ſentiamus, libris iamdudum editis teſtati ſumus. Sed quorundam pertinacia facit, vt non modo ſæpius eadem repetere: verum etiam ſi quid paulo obſcurius fortaſſis traditum ſit à nobis, id declarare cogamur. Ab eo autem quod diximus, pacta ſuper dote inita valere: excipiuntur pacta, quæ iuri, aut bonis moribus contraria ſunt. l. 5. de pact. dot. l. hæreditas. Cod. de pact. conuen. Item ea, quæ mulieri adhuc ſuperſtiti dotem adimunt. 2. de pact. dot. l. 3. C. de pact. conuen. aut quæ conditionem eius deteriorem reddunt. l. Pomponius. l. de die. & ſequen. de pactis dot. Idem dicendũ eſt de eo pacto, quo conuenit, vt vir fructus dotis non lucretur, & aliis quibuſdam ſimilibus. l. 4. de pact. dot.

DE DOTALI FVNDO.

POſt pacta dotalia de dotali fundo tractemus. Nam tametſi rerum dotaliũ dominus ſit maritus, tamen fundum dotalem fruſtra alienat. §. 1. inſtitut. quib. alien. non licet. Id enim prohibitum eſt lege Iulia, cuius hæc verba fuiſſe videntur: *Fundum Italicum dotalem maritus, ne alienet inuita vxore, ac ne ipſa quidem conſentiente obliget.* Quod autem ait lex, *Maritus*: id ad ſponſum porrigitur, propter ſimilitudinem rationis. l. 4. ſupra de fun. dot. l. non ſiue C. de bon. quæ lib. Quod ait, *alienet*, id de quocunque actu non ſolum quo dominium transfertur, l. 1. Cod. de fundo dot. verum etiam quo aliquid de fundo ipſo diminuitur, l. vlt. C. de reb. alien. non alienan. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis forte. inf. de verb. obliga. ſiue ſeruitutem amittendo, imponendove. l. 5. & ſeq. ſupra de fun. dot. ſiue vſucapi fundum ſinendo. l. alienationis. infra de verb. ſignifi. niſi ante dotis conſtitutionem cœpta ſit vſucapio. l. ſi fundum, ſup. de fundo dot. Sed animaduertendum de alienatione tantum voluntaria, non etiam neceſſaria legem accipiendam eſſe. l. 1. ſupra, de fun. dot. l. 2. C. eod. tit. Deinde ait lex, *fundum*, vt intelligamus rei mobilis non eſſe prohibitam alienationem, ſi maritus ſoluendo ſit. l. 1. C. de ſeruo pig. dama. Nam prohibita rerum mobilium alienatione plurimi deciperentur, ac maximum inde ſequeretur incommodum: qua ratione moribus noſtris hypotheca rerum mobilium contra tertium poſſeſſorem locum non habet. Quod ait lex, *Italicum*, emendatum eſt conſtitutione Iuſtiniani, vt in prouincialibus prædiis idem iuris ſit. Cod. de rei vxor. act. §. & cum lex. Ait lex, *dotalem*, quod verbum interpretantur Iureconſulti ſub titu. de fund. dot. l. ſi marito. l. dotale. Ait lex, *inuita muliere*: itaque ſoceri conſenſus non ſufficeret. d. l. etiam. eo. tit. Hodie ne conſentiente quidẽ muliere valet alienatio. §. 1. inſtit. qui. al. non lic. niſi iuſiurandum interuenerit, idque iure pontificio. c. cum contingat. de iureiu. Alterum legis caput his perceptis obſcuritatem non habet.

DE DONATIONE INTER VIRVM ET VXOREM.

HActenus de dote, donatione propter nuptias, ac ſponſalitia, quæ genera donationum permiſſa ſunt. Nunc de aliis quibuſdam donationibus videndum eſt. Et eſt in primis notandum, donationem inter coniuges prohibitam eſſe. Cuius prohibitionis has afferunt rationes Iureconſulti, ne ob mutuum amorem ſe inuicem ſpolient: ne alter ditior, alter pauperior fiat: ne cõcordia maritalis pretio conciliari videatur. l. 1. 2. 3 de donat. inter virum & vxorem. Alia etiam additur ratio ex Plutarchi Problemat. vt omnia inter ſe communia iudicent. Ac de huiuſmodi quidem donatione extat Antonini Caracallæ Imperatoris Oratio, quæ duo capita continet: vnum de donationis prohibitione. l. 3 eo. ti. alterum de confirmatione eiuſdem, l. cum his ſtatus. de quibus ordine dicendum eſt. Priore igitur capite ius moribus receptum de prohibitione donationis comprobat Antoninus. Quod de ſponſo, & ſponſa accipiendum non eſt: cum de marito & vxore eius loquatur. l. ſi ſponſus. Nec refert an vxor fuerit deducta ſolenniter in domum mariti: quia conſenſu perficitur matrimonium. l. Seia. vt ſupra in tractatum de ritu nuptiarum annotauimus. Proinde cum aduerſus legum præcepta contrahitur matrimonium, ſtricto quidem iure non prohibetur donatio, attamen ratio ſuadet, eam ratam eſſe non debere, ne melior ſit delinquentium conditio. l. 3. Hinc etiam colligi poteſt, concubinæ factam donationem valere. d. l. 3. l. donationes. l. affectionis. infra de donat. Excipitur tamen concubina militis, quam Antoninus in reſcripto quodam ſuo Focariam appellat. l. 3. Cod. de dona. inter virum. Id enim militaris diſciplina pati non videtur, ne focariarum ſuarum blanditiis, & adulationibus milites ſpolientur. Focaria autem dicitur mulier, quæ foci & interioris domus curam gerit. l. 12. & 15 de inſtru. leg. l. 3. Cod. de condi. inſer. Quo ſenſu & ſerui quidam focarij appellantur. l. 1. ſupra nau. caupo. ſtab. Sed verecundius, opinor, viſum fuit Antonino, Focariam militis, quam concubinam appellare: quamuis alioqui honeſtum habeatur nomen Concubinæ à iuris auctoribus. l. Maſſurius. de verb. ſignifi. Eadem oratione prohibetur tantum donatio, non etiam venditio aut locatio, aliiſve huiuſmodi contractus, niſi per ſimulationem donationis cauſa fiant. l. quod autem l. ſi ſponſus. §. circa. l. ſi vir vxori. eod. tit. Quamuis autem generalia ſint orationis verba, ſubiecta tamen ratio efficit, vt eam duntaxat donationem interdictam eſſe interpretemur, quæ donantem pauperiorem, accipientem vero locupletiorem reddit. Quare ſi horum alterum deſit, donatio conſiſtet. l. ſi ſponſus. §. conceſſa. l. quod autem. eod. tit. & Co. eo. l. maritus. Sed nec talis quidem donatio vſquequaque prohibita eſſe intelligitur, multæque exceptiones orationi adduntur à Iureconſultis, veluti. Si donauerit alter alteri mortis cauſa. l. ſi eum. §. vltim. & l. ſeq. eod. tit. Si in caſum diuortij vel exilij. l. ſed interim §. vlti. l. vitricus. l. inter. Itẽ ſi maritus quod vxori in diẽ debet, ei repræſentauerit. l. ſi vir. §. quod vir vxori. Si quid annuum præſtiterit, quod dotis quãtitatem nõ excedat. l. ex annuo. eod. tit. & C. eo. l. ſicut. Si vectigal in itinere pro ea ſoluerit. l. ſi quis pro vxore. Si alter alterius ſeruis, veſtimentis, aut ædibus gratis fuerit vſus. l. ſi vir. l. ſi id quod. Si alter alteri

ad refectionem combuſtæ domus pecuniam erogaue-
rit.l.quod ſi vir. Si alter alteri pecuniam dederit,vt eam
in dotem pro communi filia daret.l. ſiue vxor. Si vxor
marito pro honore aliquo,aut dignitate adipiſcenda a-
liquid largita fuerit.l.quod adipiſcendæ Denique exci-
piuntur donationes inter principem,eiuſque coniugem
factæ, quæ legis vicem obtinere dicuntur à Iuſtiniano.
l.penult.Cod.de donatio. inter virum. Quorundam eſt
opinio, mutuam quoque donationem inter coniuges
valere: quam ego veram non puto. Ea ſiquidem dona-
tio reuocatur, licet compenſationi locus ſit inter virum
& vxorem, ſi vnus rem ſibi donatam ſeruauerit, alter
conſumpſerit.l. quod autem. §. ſi vir.l.cum hic ſtatus §.
proinde.His igitur caſibus exceptis reuocatur donatio,
ſed quatenus ex ea factus eſt donatarius locupletior.l.ſi
mulier. leg. quod autem. Et vindicantur res donatæ,ſi
extent: ſed quia cauſam poſſidendi donatio præſtat,
contra non reſtituentem in litem non iuratur.l.ſi do-
natæ. In dubio autem quod ad vxorem peruenit con-
ſtante matrimonio, præſumitur ex mariti bonis ha-
buiſſe,vt turpis quæſtus vitetur ſuſpicio. l. quintus. eo-
dem titu. l. etiam. Cod. eodem. quamuis alioqui talis
præſumptio locum habere non ſoleat. l.ſi defunctus.
Cod. arbitr. tutel. Poſteriore capite orationis Di-
ui Antonini, confirmatur donatio inter coniuges facta,
ſi ea nondum reuocata donator deceſſerit. leg. cum hic
ſtatus. Quod eſt accipiendum,non modo,ſi rem alter
alteri tradiderit, verum etiam ſi nuda tantum interue-
nerit ſtipulatio.dict.l.cum hic ſtatus.l.ſi ſtipulata.idque
ſatis aperte oſtendit Vlpianus,cum ait: *Ita confirmari
donationem, vt obligatio ſit ciuilis.* dict.l.cum hic ſtatus.
leg.ſi ſtipulata. Nec verum eſt,quod nonnulli opinan-
tur,ea verba intelligi non de ſtipulatione, quæ in futu-
rum tempus confertur, ſed de donatione, quæ verbis
in præſens tempus conceptis (vt puta, *dono tibi talem
rem*) ſine ſtipulatione contrahitur. Nam tempore,quo
Vlpianus ea conſcripſit, ex tali donatione nulla naſce-
batur ciuilis obligatio leg.ſi quis argentum.Cod.de do-
natio. Fuerat quidem alia ante hanc, de qua loquimur,
oratio Seueri,qui Antonini huius pater fuit, de confir-
mandis donationibus inter virum & vxorem. Quam
orationem recte putauit Papinianus ad rerum ſiue cor-
porum donationem tantum pertinere.leg.Papinianus.
non etiam ad ſtipulationes, quæ donationis cauſa con-
trahuntur. Nam de his tantum locutus fuerat Seuerus,
quæ vxoris cauſa ſunt comparata, vt ex Vlpiani verbis
colligitur.dict. leg.cum hic ſtatus. Sed plenior eſt po-
ſterior oratio, nempe Antonini, & ad omnia.quæ do-
nationis cauſa geruntur,pertinet. Nec dubium eſt,quin
ſtipulatio donationis cauſa recte fieri dicatur, quamuis
à donatione corporis, id eſt, qua traditur corpus ali-
quod,diſtinguatur.l.3 ſciendum. hic.l.in ædibus.de do-
natio. Ac ſi poſt illam Papiniani ſententiam ſtatim à
Triboniano ſubiectus fuiſſet locus de Antonini ora-
tione, nulla hic difficultas reperiretur, ſicut in locis
quibuſdam aliis factum fuiſſe animaduerti. l. in tan-
tum §.vltim.& l.ſequen de rerum diuiſ. Quid enim in-
commodi in eo eſt, quod recitatur in vno capite ſen-
tentia Papiniani de Seueri oratione: deinde alio capi-
te additur Antonini oratio, quæ priorem orationem

Mors Papiniani Iuriſconſ.

nonnihil ſupplet ac emendat. Et,ne quid diſſimulem,
ſatis probabile mihi videtur, Papinianum,qui ab hoc
Antonino interfectus fuit, hæc ſcripſiſſe, antequam o-
ratio poſterior in Senatu recitata, & S. C confirmata
eſſet. Itaque inanis opera minime iudicanda eſt,quam
in his centonibus diſponendis digerendiſque poni-
mus. Ex hac enim diſpoſitione,ac collocatione rerum
obſcuriorum fere pendet explicatio. Dubitandum au-
tem non eſt, quin ſtipulatio confirmetur oratione An-
tonini, l. cum hic ſtatus. idque oſtendit hoc verbum,
obligatio ciuilis. Nam ſi quis ita dixerit, *dono illi hanc rem*,
non naſcitur ciuilis obligatio. ſecundum ius Pandecta-
rum. Quod ſi quis dicat,inductam eſſe eam obligatio-
nem oratione Antonini: Reſpondeo,Antoninum non
confirmaſſe donationes, quæ non recte contractæ ſunt
ſecundum iuris regulas, ſed quæ ob eam ſolum cauſam
non valent, quia factæ ſunt inter coniuges. Antoninus
id impedimentum, quod ex nuptiis oritur,tollere tan-
tum voluit,non etiam nouum genus obligationis indu-
cere,veluti ex pacto nudo, &c. Morte igitur donatoris
confirmatur hęc donatio,nec multum intereſt,quomo-
do mortem obierit.Nam etſi ob ſcelus aliquod damna-
tus, ſummóque ſupplicio affectus ſit, valebit donatio.
Idem dicendum, & ſi condemnatione adempta fuerit
ei libertas.l.res vxoris.C.eod.Si quis tamen mortem ſi-
bi conſciuerit ob ſceleris conſcientiam,aut ſi cuius me-
moria poſt mortem damnata ſit, nõ confirmabitur do-
natio.d.l.cũ hic ſtatus.§.ſi maritus.Item nõ confirmatur
morte donatio excedens ſummam quingentorum au-
reorum, niſi inſinuata,& in actis publicata fuerit.l.do-
nationes.C.eodem.Sed nec ea donatio cõfirmatur,quæ
ante donatoris mortẽ expreſſim,vel tacite reuocata eſt,
vt ſi pœnitere ſe donator declarauerit,in eaq; pœnitẽtia
perſeuerauerit,vſq; ad mortẽ, d.l.cũ hic ſtatus.§.1.Si rẽ
donatam in pignus dederit, vendiderit.donaverit,alie-
nauerit, nec aliud actum eſſe appareat.d.l.cum hic ſta-
tus §.ſi maritus.l.ſi maritus tuus.C.eod.Si ſecutum fue-
rit diuortium.Si prior deceſſerit is,qui donum accepit.
l.cum hic ſtatus.§.ſi diuortium.l.à marito.C.eod.tit.

DE DIVORTIIS.

HÆc præfati de matrimonio contrahendo,ſuper-
eſt,vt de eodẽ diſſoluendo aliquid dicamus. Ma-
trimonium inprimis ſoluitur morte alterutrius.l.1. ſu-
pra de diuor.& repu. Itaque ſuperſtiti licet ſtatim cum
alio matrimonium contrahere, niſi quod mulier intra
annum lugendo marito præſcriptum, nubere prohibe-
tur.l.liberorum. de his qui notan. infam. l.s Cod.de ſe-
cund.nupt. quæ tamen pœna remittitur ei iure pontifi-
cio.c.vlt.de ſecund.nupt. Secundo diſſoluitur captiuita-
te.d.l.1 de diuor.l.in bello.§.medio.infra de capti. Ve-
rum ei, qui remanet in ciuitate, nihilo magis permitti-
tur ad ſecundas nuptias tranſire, niſi incertum ſit ei,an
captiuus deceſſerit, necne, eumque per quinquennium
expectauerit.l.vxores. eod.tit.§. ſed etiam.in authen.de
nupt.22.Cui iuri derogatum eſt iure põtificio.c. in præ-
ſentia.de ſponſ.& mat. Quod ſi alter ex coniugibus ab-
ſit, militiæ cauſa fortaſſis, nec ſit captus ab hoſtibus,
præſtituit primum Conſtantinus quadriennium.l.vxor.
C.de repud.deinde Iuſtinianus decennium.§.nouimus,
authen.de nupt.Nouel.22.qui tandem & Conſtantinia-
næ legi, & ſuæ derogans, tantiſper abſtinendum eſſe à
ſecundis nuptiis conſtituit, dum præſens abſentem de-
ceſſiſſe exploratum habuerit.§. quod autem nobis. in
authen.vt lic.mat. Nouel.117 Tertio ſoluitur matrimo-
nium ſeruitute, ob aliam cauſam, quam captiuitatis,
contingente. l.1 de diuor. vt ſi libertus ingratus in pa-
tronum ſuum redactus fuerit in priſtinam ſeruitutem.§.
ſi vero decretum. in auth.de nupt. Damnatione vero in
metallum, licet iure veteri ſolueretur,l.res vxoris.C.de
donat.inter vir.& vxor.tamen hodie nemo tali ſenten-
tia libertatem amittit.§ quod autem ponis.in authen.
de nupt. 22. Quod ſi verum eſt, multo minus deporta-
tione dirimetur matrimonium.l.1. C de repud. Quarto
matrimonium mutuo conſenſu viri & vxoris ſoluitur.
l.Si conſtãte. C.de repud.Quod Iuſtinianus ita interpre-
tatur,ac reſtringit, ſi caſtitatis & vitæ cælebis amore id
fiat.§.quia vero ex conſenſu in authen vt lic.matr. No-
uel.117. Sed iure põtificio omnes huiuſmodi pactiones
impro-

improbatæ ſunt.cap.vlt.de tranſactio. in decre. Quinto ſoluitur matrimonium, diuortio.d.l.1.l.inter ſtuprũ, §.inter diuortium. infra de verbor. ſignificat. Fit autem diuortium certa forma ac ritu, non conſenſu ſolo, ac voluntate diuertentis. l.2. l. nullum.l.ſi pœnitunt.ſupra de diuort.l.conſenſu.Cod.de repud. Conſenſus tamen neceſſarius eſt, animuſque perpetuam diuiſionem conſtituendi.l.3.ſupra eodem tit. Itaque furioſus diuortij libellum mittere non poteſt.l. Iulianus,eodem tit.Porro certæ ſunt cauſæ legibus expreſſæ, ob quas diuortiũ impune permittitur.cap.conſenſu. l.in cauſis.l.vlt.C.de repud. Diuertens autem abſque legitima cauſa,ſi vxor ſit, dotem, ſi maritus, donationem propter nuptias amittit.d.l.conſenſu.Quod ſi matrimonium abſque dote aut donatione propter nuptias contractum fuerit, quartam bonorum ſuorum partem alter dare cogitur, niſi centum libras auri ea pars excedat.l.iubemus. C.de repud. Verum iure pontificio,quo nunc fere in huiuſmodi cauſis vtimur,matrimonium, quod ab initio recte contractum eſt,& perfectum, conſummatúmque concubitu (quem pontifices carnalem copulam vocant) nunquam diſſoluitur,ſed ſeparatio thori permittitur,eaque ob vnam ſtupri cauſam.cap.2. de coniug. leproſo. can. dixit dominus.32.quæſt.1.c. ſi vxorem.32. quæſt.5.can.1. 32.quæſt. 7. Ceſſante vero coitu dirimitur omnino matrimonium, ſi alter coniugum natura ad coeundum aptus non ſit.c.ex literis.de frigid. & mal. Hæc ſunt,quæ in iure pontificio hac de re ſcripta comperimus a iure ciuili multum diſcrepantia:quæ an diuino iuri conſentiant,non immerito dubitari poteſt. Non enim videtur homo, ſed Deus ipſe potius coniuges ſeparare: cum ob iuſtas legitimaſque cauſas auctoritate publica diuertũt. c.quos Deus.33.quæſt.1. Nec veriſimile eſt tempore Iuſtiniani,qui hæc nobis ſcripta reliquit,locum Euangelij quo vno pontifices nituntur,aliter à Theologis intellectum fuiſſe: cum is ſe Chriſtianum vbique profiteatur. Ac memini me aliquando conſtitutiones quaſdam Caroli Magni, Ludouici, & Clotarij,Chriſtianiſſimorum principum euoluiſſe, in quibus eædem fere diuortiorum cauſæ continebantur, quæ legibus Iuſtiniani expreſſæ ſunt.

IN TIT. SOLVTO MATRIMONIO QVEMADMODVM DOS PETATVR.

I. POMPONIVS LIB. XV. AD SABINVM.

DOtium cauſa ſemper & vbique præcipua eſt. Nam & publice intereſt,dotes mulieribus conſeruari, cum dotatas eſſe fœminas ad ſobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem, maxime ſit neceſſarium.

QVoniam multa paſſim in hoc, de re vxoria, & dotibus tractatu ſingularia, & à iure communi aliena reperiuntur, ne cui mirum id videatur,in ipſo initio poſitum eſt hoc Pomponij caput,quo edocemur, *dotium cauſam ſemper & vbique præcipuam eſſe*, id eſt, *fauorabilem præ cæteris eſſe*. Cuius rei Pompon. hanc affert rationem: *Quia publice intereſt,dotes mulieribus conſeruari, &c.* Idemque à Paulo fere ſcriptum eſt ſub. tit. de iure dot.ſupra cap.1. *Reipublicæ*(inquit)*intereſt, mulieres dotes ſaluas habere, propter quas nubere poſſint.* Hinc ergo ſatis cognoſcimus noſtri iuris auctores magnam curam procreationis liberorum habuiſſe, nec quicquam aliud magis ſpectaſſe, quam vt ciuitates hominibus replerentur. Vnde Hadrianus reſcripſit: *Se malle hominum adiectione quam pecuniarum copia imperium ampliari* leg. cum ratio.de bon.damna. Et Vlpian. cap.1.tit.de ventre in poſſeſſ.mit. *Fauendum eſſe partui*, ait, *vt in lucem educatur: quia non tantum parenti,ſed etiam Reipublicæ naſcitur.* Quare conditio viduitatem indicens alicui, veluti publicæ vtilitati contraria, legibus improbatur.leg hoc modo.infra de condit & demonſtrat. Inde etiam vidimus, præmia non vulgaria liberos habentibus tribui, quæ cæteris non conceduntur. Verum hac de re fuſius diſſeruimus lib.1. Diſputat.anniuerſ. Obiecerit forte quiſpiam ſine dote matrimonium recte contrahi,ideoque dotes propter matrimonia contrahenda tanto fauore dignas non videri. Meminit Iuſtinianus in lib. *νεαρῶν* conſtitut. x x I. conſuetudinis cuiuſdam in Armenia, qua mulieres indotatæ nubebant,quam conſuetudinem conſtitutione ſua ſuſtulit, & abrogauit. Et Cornelius Tacitus in libro de moribus Germanorum, aut quiſquis eſt alius eius libri auctor, ait, in Germania mulieres viris dotem non dare. Quinimo ne matrimonium quidem neceſſarium eſt ad liberorum procreationem: quoniam ex quouis coitu liberos procreari poſſe conſtat. Sed reſpondendum eſt, vagos concubitus, qui natura turpes, ac inhoneſti ſunt, iure prohibitos eſſe, nec vllum concubitum, niſi inter coniuges honeſtum haberi. Quod & Horatius oſtendit in arte Poetica his verſibus:

--Fuit hæc ſapientia quondam
Concubitu prohibere vago,dare iura maritis,&c.

Et Catullus ad Hymenæum:

Nil poteſt ſine te Venus.
Fama quod bona comprobet,
Commodi capere:at poteſt
Te volente. Quis huic Deo
Compararier auſit?

Quare ne fieri quidem poſſe dicitur, quod honeſte fieri non poteſt.l.filius de condi.inſtit. Et quod ad dotes attinet, licet abſque eis matrimonium iure conſiſtat,tamen quia non facile vxor indotata ducitur, idq; frequentius ita accidit: non aliter ius de dote conſtitutum eſt, quam ſi mulier abſque dote maritum omnino inuenire non poſſet. Id enim facere non poſſe dicimus, quod ſine incommodo non poſſumus. l. nepos.de verb. ſignif. Singularia autem præcepta, quæ circa rem vxoriam reperiũtur,ab aliis verboſiſſime deſcribi, & in hũc congeri locum ſolent,ſed non ſatis(vt mihi videtur)apposite, niſi quod ad Pomponij ſententiam illuſtrandam nonnihil exempla conducunt. Itaque breuiter ea hic percurram,quæ aliis in locis aliquanto commodius explicari poterunt. Primum,ius ſingulare eſt,quod ad dotis actionem ſoluto matrimonio ex ſtipulatu actio datur, quamuis nulla ſit eo nomine contracta ſtipulatio. Nam ſi per imperitiam forte, aut obliuionem aliquam fuerit omiſſa ſtipulatio, propter fauorem dotis ea interueniſſe fingitur.titu. Cod.de rei vxor act. Secundum, hæc actio inter bonæ fidei iudicia recenſetur, quamuis alioqui ſtipulatio ſtricti iudicij contractus ſit. §. fuerat. Inſtit.de actio.& C.de rei vxor.act. Tertium, quamuis hypotheca conſenſu, & conuentione contrahatur, l.1. de pigno.act. tamen mulier pro dote ſua abſque conuentione vlla tacitam hypothecam in omnia bona ſui mariti habet.Cod.de rei vxor.act. Quartum, in actione hypothecaria mulier cæteris creditoribus anteponitur,licet tempore priores ſint, contra regulam iuris,idque Iuſtiniani conſtitutione expreſſum eſt. l. aſſiduis Cod.qui pot.in pig.§.fuerat.Inſtit.de act. Sed verba conſtitutionis oſtendunt decretoribus priuilegiariis, id eſt, tacitam hypothecam habentibus, non expreſſam, id accipiendum eſſe. Nam & fiſcus quidem iis, qui prius hypothecam contraxerunt, præfertur. l.ſi pignus.qui potio.in pigno.Hoc autem beneficium præ-

lationis ad hæredem extraneum mulieris non transfertur d.l.aſſiduis & Cod.de priui.dot. Quintum, compenſatio quæ magna ratione & æquitate nititur, §. in bonæ fidei. Inſtitut. de actio. mulieri dotem exigenti obiici non poteſt. §.taceat. C.de rei vxor.act. Sextum, donatio, quæ inter patrem & filiumfamilias non valet, ſi dotis cauſa fiat, vtilis eſt l.frater à fratre. de condi.indeb. propter fauorem dotis.l.Pomponius Philadelphus.fam.erciſc.l.2.§.quod ſi in patris.infra. Septimum, mulier, quæ alioqui pro alio intercedans, iuuatur S.C.Velleiano, tamen pro alio dotem promittens obligatur: idque verum eſt, etſi nulla interceſſerit ſtipulatio, contra rationem iuris, l.vltim.Cod ad Velleian. Octauum, Si pater, qui bona filiæ aduẽtitia poſſidet, eã dotauerit: ex bonis propriis magis, quam filiæ, eam dotaſſe intelligitur.l. vltim.Cod.de dot.promiſ.cum tamen alias nemo ſuum donare præſumitur.l.cum de indebito. de proba. Nonum, fundus dotalis, ne conſentiente quidem muliere, à marito alienari poteſt. ſupra de fun.dot. ſicque facultas arbitrio ſuo res ſuas alienandi, quæ iure communi cuiuis permittitur, tam marito, quam mulieri, hic adẽpta eſt. Sed hac de re ſupra diſſeruimus. Decimum, res quæ obnoxiæ ſunt reſtitutioni fideicomm...riæ, & alias prohibentur alienari, ob cauſam dotis nihilominus alienari poſſunt.authent.de reſtitut.39. Vndecimum, actio de dote competens patri, mortuo patre ad hæredem non tranſit, contra regulam iuris, ſed datur filiæ, licet hæres non ſit. §. videmus. Cod. de rei vxor actio. Duodecimum, quamuis alteri ſtipulari non poſſumus: l. ſtipulatio iſta.§.alteri. de verbor. obligat. tamen ſi auus maternus ſibi, aut nepti ſuæ dotem reddi ſtipuletur, ex ea ſtipulatione vtilis actio nepti competit, propter fauorem nuptiarum. vt Paulus reſpondit. l. Caius. infra hoc tit. Decimumtertium, pactum, quo dotis conditio fit deterior, nullius momenti eſt: veluti ſi conuenerit, vt dos non tempore legibus ſtatuto, ſed vlteriori reddatur.l.de die.l. Attilicinus.de pact. dot. Id enim contra iuris rationem fauore dotis conſtitutum eſt. Eadem eſt cauſa pacti, propter quod vxor indotata maneret. l.2.de pact.dot.l.quamois.Cod.de pactis conuen. Decimumquartum, in ambiguis pro dotibus reſpondendum, ac iudicandum eſt. l. in ambiguis.ſupra de iure dot. l. in ambigois, de regul. iur. vt puta ſi quo die tabulæ dotis conſcriptæ ſunt, & res mariti pro dote vxori obligatæ, eodem die alius marito hypothecam contraxerit. Quãuis enim neuter altero prior, ac par cauſa vtriuſque videatur, tamen pro dote, quæ præcipua eſt & fauorabilior, iudicabitur. Addunt aliqui & promiſſionem dotis incertam valere.l.cum poſt.§. gener. ſupra de iure dot. Quod an verum ſit, ante à nobis declaratum fuit. Sed & multa alia conſulto hic prætermiſimus, quod ea vel ante explicauerimus, vel poſtea loco magis idoneo tractari debere videantur. Quod autem hic dicitur: *Semper & vbique dotium cauſam præcipuam eſſe, &c.* non ita accipiendum eſt, quaſi in hoc iudicio, nunquam ius commune ſeruari debeat, quod ſane perabſurdum eſſet. Hoc enim ſenſit Pomponius, ſingularia quædam præcepta de dotibus paſſim in iure ciuili reperiri, vt exempla iã à nobis recitata demonſtrant. Fit enim aliquãdo, vt non ſolum ius commune obſeruetur in dotis iudicio, ſed etiam, vt à iure communi contra dotem recedatur, vt puta ſi conueniatur maritus, qui ſoluendo non eſt. Non enim ab eo ſolidum exigitur, ſed tantum quatenus facere poteſt. leg. maritum infra. Honeſtatis enim & maritalis reuerentiæ maior quam commodi muliebris, hic ratio habetur. Item, ſi Primipilus, id eſt, Centurio, qui annonæ inter milites diſtribuendæ præficitur, propter adminiſtrationem fiſco conuenitur, fiſcus non tantum in eius bona, ſed in bona etiam vxoris hypothecam habet.l. 4. in quibus cauſis pignus tacite contraha. Eſt enim ea Primipilaria cauſa admodum fauorabilis, propter periculum ingens, quod mala eius rei adminiſtratio habet. Quod tamen in fiſco extra hanc cauſam Primipilarem locum non habet, cum fiſci cauſa potior non ſit cauſa dotis, ſed vtraque eodem iure cenſeatur. l. 2.Cod.de priuileg.fiſci.l.1.Cod.de iure fiſci. Nec verum eſt, quod plerique aſſerunt, *in dubiis quæſtionibus contra fiſcum iudicandum eſſe*, quamuis reſponſum ſit: *Eum non delinquere, nec vt criminis reum teneri, qui contra fiſcum reſponderit.* leg.non puto. ſupra de iure fiſci. Id enim ideo reſponſum eſt, quia plectebantur olim, qui fiſco parum fauere videbantur, cuius mala cauſa nunquam eſt, niſi ſub bono principe, vt Plinius in panegyrico ad Traianum ſcribit. Præterea funeraria actio in qua de ſumpto in funus facto agitur, dotis cauſa potior, fauorabiliorque viſa eſt, ne contra omnem humanitatem inſepulta cadauera iaceant. leg.impenſa.de relig & ſumpt. Vt autem eo reuertamur, vnde digreſſi ſumus, ex eo quod dictum eſt: *Dotis cauſam præcipuam eſſe*: vulgo annotari ſolet: *Vtilitatem publicam priuatorum commodis anteponẽda eſſe*: id quod Iuſtinianus cõſtitutione ſua expreſſit de reſtitutionib. Et huc pertinere verſus Heſiodi arbitrantur Græci enarratores eiuſdem auctoris. lib.2.ἔργ.

Μηδέ ποτ' οἰνοχόην τιθέμεν κρητῆρος ὕπερθεν
Πινόντων. ὀλοὴ γὰρ ἐπ' αὐτῷ μοῖρα τέτυκται.

Nam (vt Liuius ait) Deca.3 libro 6. Reſpublica incolumis, & priuatas res facile ſaluas præſtat, publica prodendo, tua nequicquam ſerues. Eſt enim Reſpublica naui perſimilis, cuius conſeruationi non minus quam rerum propriarum, quæ in ea naui ſunt, ſtudent vectores. Sed quæritur, quomodo ad publicam vtilitatem dotium conſeruatio pertinet, cũ mulierum tantum intereſſe videatur? Non enim ius publicum in ea re conſiſtit, *ſed in Sacris, Sacerdotibus, & Magiſtratibus*, vt Vlpianus ait, l.1.de iuſtit. & iure. Verum vtilitas publica non vno modo conſiderari debet. Nã quæ ad ſtatum publicum pertinent, ea publice vtilia vere ac proprie dicuntur, cuiuſmodi ſunt Magiſtratus & ſacra: item vectigalia & tributa, quæ neruí Reipublicæ dicuntur. l.1.§.in cauſa.de quæſtio. Quædam priuatim vtilia ſunt principaliter, nec ad ſtatum publicum tuendũ ſunt inſtituta: tamẽ periculũ eſt, ne eorũ contẽptus paulatim in grãde aliquod damnũ, atq; exitiũ Reipublicæ vergat. Ideoque ad Reipublicæ vtilitatẽ ea quoq; ſpectare dicũtur. Quo ſenſu Reipublicæ intereſſe dicimus, vt dotes mulieribus conſeruentur: quoniam abſque ſobolis procreatione ciuitates & Reſp. ſubuertũtur. Quamobrẽ Muſonius recte & ſapienter ita ſcribit apud Gnomologos: ὅτι ὁ ἀναιρῶν ἐξ ἀνθρώπων γάμον, ἀναιρεῖ μὲν οἶκον, ἀναιρεῖ δὲ πόλιν, ἀναιρεῖ δὲ σύμπαν τὸ ἀνθρώπειον γένος. [illegible] Et antipater: [illegible] &c. Nam & quoties multitudo priuatorum hominum periclitatur, huic incommodo occurri publice intereſt: cuius rei exemplum eſt in donatione prohibita inter coniuges: in tranſactione de alimentis: in rerum pupillarium alienatione: in lege commiſſoria pignorum, & aliis ad genus. Quæ vero ita priuatis hominib. vtilia ſũt, vt ſi neceis, nullũ aut quã minimum accipiat damnũ Reſpublica, ea nullo modo ad Rempublicam, ſed ad commodum priuatorum tantum dicuntur pertinere, tametſi re vera nihil ſit priuatim vtile,

quod

quod publicè vtilitatem aliquam non affectat, nec contra. Quãquam autem publica vtilitas priuatorum commodis longe antiquior nobis eſſe debeat, vti iam diximus, tamen ob graue damnum priuatorum mediocris vtilitas Reipub facile contemnitur, ſicut magnum pondus æris pluris quam parua auri lamina æſtimatur, quamuis aurum alioqui ære ſit pretioſius. l. 1. §. ſunt qui putant ne quis in flum. pub.

II. VLPIANVS LIB. XXXV. AD SABINVM.

Soluto matrimonio ſolui dos mulieri debet.

QVamuis ſupra dictum ſit, *dotis cauſam perpetuam eſſe, & eam perpetuo apud maritum manere*, l. 1. ſup. de iure dot. tamen ea reſtitui debet mulieri ſoluto matrimonio, ſiue morte, ſiue diuortio ſolutum ſit. l. cum quærebatur. de verb. ſignifi. Nam perpetuum varie accipitur pro ſubiecta materia, nec ſemper id, quod æternum eſt, quodque finem non habet, ſignificat. l. 1. ſupra pro ſocio. Immobilia autem ſtatim, mobilia intra annum reſtituuntur. §. exactio. Cod. de rei vxo. quamuis aliud tempus iure veteri definitum eſſet, de quo tempore poſtea dicemus. Sed cui reſtituenda ſit, quæritur. Et Vlpianus hic ait, mulieri reſtituendam eſſe. Quod eſt accipiendum, niſi dos profectitia ſit, quo caſu non tantum filiæ, ſed etiam patris eſt, vt paulo poſt docebimus. Sed & ſi extraneus qui dotem dedit, eam ſibi reddi pactus, ſtipulatúſve fuerit, ipſi potius quam mulieri reddetur. §. accedit. Cod. de rei vxor. act. Sed aliqui caſus ſunt, in quibus dotis exactio ceſſat ſoluto matrimonio, quos breuiter perſtringemus, quod alia ſint loca ſingulis tractandis, & excutiendis magis idonea.

Primus caſus eſt, cum pactus eſt maritus in dote cõſtituenda, vt ea ſibi lucro cedat. l. ſi dotali. infra. Nam hoc caſu dotem lucratur, niſi aliud impediat, vt puta ſi dotis lucrandæ cauſa vxorem occiderit. l. ſi ab hoſtibus. infra Sed notandum eſt, ita hoc pactum valere, ſi vxor marito non ſuperuixerit. Id enim iure ſingulari inductum eſt, ne vxor indotata maneat. Nec referre videtur pleriſque an à patre, an alio quouis extraneo dos data, & pactum factum fuerit. l. 2. ſupra de pact. dot. l. quamuis. C. de pact. conuenit. Aliis vero hoc non placet, quod dicam liberum eſſe ei, qui rem ſuam donat, paciſci, vt ea res poſt aliquod tempus alij reddatur. l. quoties. Cod. de donat. quæ ſub mo. Sed fruſtra rationem iuris adducimus aduerſus ea, quæ contra ius propter vtilitatem aliquam, & fauorem recepta ſunt. l. in iis. l. ius ſingulare. ſupra de legibus. Verum quia nullum de extraneo certum ius reperitur, melius eſt, regulam communem hic ſequi. Etſi enim Papinianus reſpondit, huiuſmodi pactum non valere, tamen credibile eſt, eum de extraneo non ſenſiſſe, de quo nihil in eius reſponſo expreſſum eſt. Adde quod ſi extraneo licet paciſci, vt ſibi dos reddatur, non mulieri: §. accedit. Cod. de rei vxor. actio. eadem ratione paciſci poſſe videtur, vt maritus dotem retineat. De donatione propter nuptias agitatur quæſtio. Et ſane fauor nullus impedit pactum de lucro huius donationis valere, ſi maritus vxori ſuperſtes fuerit: & ratio dotis, ac donationis propter nuptias hic longe diuerſa eſt. Verum quia Iuſtinianus donationem propter nuptias doti exæquauit, authen. de æqual. dot. ratione & æquitate nuda, contra ſcriptum, ac certum ius non eſſe pugnandum fortaſſe quiſpiam exiſtimauerit. argum. l. proſpexit. infra qui & à quibus manu. lib. Ego autem ideo hanc ſententiam non facile probo, quia diſpar ratio eſt vtriuſque. Et quod dicitur, *donationem propter nuptias doti exæquatam eſſe*, non ita eſt accipiendum, quaſi præcepta omnia dotis ſingularia ad donationem hanc pertineant. Idque multis exemplis facile eſt oſtendere, quæ ex iam dictis obſeruari poſſunt.

Secundus caſus eſt, cum ob mulieris adulterium, aliámve culpam ſolutum eſt matrimonium. l. Lucius. infra. c. plerunque de donat inter vir. Qua de re nos infra copioſius diſſeremus. l. viro. l. cum mulier. Idem exiſtimant nonnulli de ea, quæ ſoluto iam matrimonio ſtuprum admiſit, quod ea quoque virum iam defunctum iniuria afficiat, argu. l. 1. de iniur. Verum huic ſententiæ aduerſatur Iuſtiniani conſtitutio de Reſtitutionib. & ea quæ parit in vndecimo menſe, quæ aliis quibuſdã pœnis mulierem ſubiicit: nec eam dote ſua priuat, quamuis ea intra annum luctus (quod longe grauius eſt) ſtuprum perpetrauerit. Non enim noſtrum eſt, pœnas legitimas augere, cum præſertim eadem ratio huius ſtupri non ſit, & adulterij, quod manente adhuc matrimonio committitur.

Tertius caſus eſt, cum maritus ſoluendo non eſt, & reddita dote nihil ei ſuperfuturum eſt, vnde ſe tueatur. Sed de hoc inf. plenius, l. maritum.

Quartus, cum poſt moram mulieris, quæ dotem ſibi oblatam accipere noluit, aut alias ſine culpa viri res dotales perierunt, quo caſu æſtimationem earum præſtare non cogitur maritus, l. ſemel mora. infra.

Quintus, cum ob res donatas, aut amotas, vel ſumptus in dotem factos opponitur compẽſatio. l. fructus. § ob donationes. infra. Sed huic iuri conſtitutio Iuſtiniani derogauit. §. taceat. Cod. de rei vxor. act. vt inf. demonſtrabimus.

Sextus, ſi pendente iudicio mulieris agentis lus peremptum ſit, quod reintegrato matrimonio contingit. l. ſi mulier. infra.

Septimus, ſi maritus dotem conſtante matrimonio, idque ob iuſtam & legitimam cauſam ſoluerit. l. quamuis, inf. l. mutus §. manente. ſup. de iure dot. Nã abſque cauſa legitima dos manẽte matrimonio inutiliter mulieri reſtituitur, adeo vt *marito liceat vxore mortua ab eius heredibus fructus dotis repetere*, vt Theodoſius ait. C. ſi dos conſtan. matr. ſolu. Eſt enim donatio inter virum & vxorem iure prohibita, quæ ideo reuocari poteſt. Quam conſtitutionem Theodoſij non ſatis perpendentes quidam ex recentioribus magni nominis mirantur, cur ea donatio morte non confirmetur. Iaſon & Zaſius hic. Sed clarum eſt, atque indubitatum, morte tamen donatoris confirmari huiuſmodi donationem, non mulieris, cui donatum eſt. l. cum hic ſtatus.

Octauus caſus, cum bona mulieris publicata ſunt: tunc enim fiſco, non mulieri dos redditur. leg. ſi conſtante. §. vlt. infra.

Nonus, cum res dotalis euicta eſt ſine culpa mariti. l. Mæuia. §. vlt. infra.

Decimus eſt, cũ maritus dotẽ nõ recipit, nec per eum ſtetit, quo minus reciperet. l. maritus dotẽ. inf. l. ſi extraneus. ſupra de iure dot. Poſtremo hic annotandum eſt, *Ante dotem exigi non poſſe, quàm ſolutum matrimonium fuerit*. Sed hoc intelligendũ eſt cum aliquot exceptionibus, quę poſtea à nobis explicabuntur. l. ſi conſtante. inf. l. 1. C. de repu. l. quemadmodum. ſup. de iure dot.

Nec cogitur maritus alij eã ab initio ſtipulanti promittere, niſi hoc ei nihil noceat. Nã ſi incommodũ aliquod maritus ſuſpectũ habet, nõ debere eũ cogi alij, quã vxori, promittere dicẽdũ: eſt: hęc ſi ſui iuris mulier eſt.

Maritus accepta dote ab vxore ſua cogitur ei promittere ſe eam redditurũ ſoluto matrimonio, ſicut venditor emptori promittere compellitur. l. ex empto. ſupra de actio. empti. Nã & tabulas, ſiue inſtrumentum de negotio, quod cum aliquo contractum eſt, ab eo exigere poſſumus. l. ſicut datam. Cod. de liber. cauſ. l. plures. C.

ſe daturam, aut facturam promiſerit mulier? Quid ſi pœnam promiſerit in negotio contrahendo eius confirmandi gratia? Nam pater dotem petens adiuncta filiæ perſona, ſi reconueniatur, filiam defendere in ſolidum debet. Solus vero agens, & ſine perſona filiæ ad eam defendendam minime cogitur. l.3. §. vlt. infra. rerum amor. l. non ſolum, de procurato. Et hæc eſt noſtra, de antinomia perquam difficili, opinio, quam & veterum interpretum nonnullis placuiſſe videmus.

Quod ſi ſui iuris fuerit facta filia, nocebit ei iſta ſtipulatio.

Stipulatio de dote alteri reddendi, quæ voluntate ſolius filiæ facta eſt, etſi non noceat patri, ac ne filiæ quidem ipſi, quandiu eſt in patris poteſtate, ſi pater adiuncta ipſius perſona experiri, ac dotem exigere velit, tamen ſui iuris facta, dotem petere non poterit. Pactum ſiquidem de non petenda dote à filiafamil. factum valet, non modo ſi conferatur in id tempus quo ſui iuris effecta fuerit, l. & hæredi. §. filia, ſup. de pact. ſed etiam ſi ſimpliciter paciſcatur ne petat, vt ex horum verborum contextu facile colligitur: id enim tacite intelligitur: quamuis expreſſum non fuerit. Quod tamen ita accipiendum eſt, modo tali pacto, vel ſtipulatione dotis conditio non reddatur deterior. leg. de die. ſupra de pact. dot. Pacta enim de lucranda dote, & alia huiuſmodi, ſi deteriorem conditionem dotis non reddant, ſeruanda ſunt. l.2. ſup. de pact. dot.

Voluntatem autem filiæ, cum pater agit de dote, vtrum ſic accipimus, vt conſentiat, an vero, ne contradicat filia? Et eſt ab Imperatore Antonino reſcriptum, filiam niſi euidenter contradicat videri conſentire patri. Et Iulianus libro decimoſeptimo Digeſtorum ſcripſit, quaſi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, ſi furioſam filiam habeat. Nam vbi non poteſt per dementiam contradicere, conſentire quis eam merito credet? Sed ſi abſens filia ſit, dicendum erit, non ex voluntate eius id factum: cauendumque à patre, ratam rem filiam habituram. Vbi enim ſapit, ſcire eam exigimus, vt videatur non contradicere.

Quod dictum eſt, *Voluntate filiæ patrem experiri debere, &c.* hic interpretatur Vlpianus & ait nihil referre, an voluntatem ſuam verbis exprimat filia, an vero ſilentio factum patris comprobet. Sed quia tres præcipui loci hic ſunt, melius erit eos diſtinguere, ac ſeparatim explicare. Primus locus eſt de filia præſente, quæ ſanæ mentis eſt, quam hic Vlpianus ſcribit, niſi euidenter contradicat, videri conſentire patri, vt & Antoninus reſcripſit. Nam *tacens pro conſentiente habetur*, vt vulgo dici ſolet: quod quemadmodum accipiendum ſit, in vniuerſum hic non definimus, quod alterius ſit loci hæc diſputatio. not. in leg. ſæpe. infra de re iudic. nec nos mouere debet, quod Africanus ait, *Patrem ita demum ad agendum admitti, ſi doceat filiam conſentire.* leg. Titia. infra. Satis enim conſentit ea, quæ patri non contradicit. Sunt qui putent filiam, quæ iuſtam aliquam contradicendi cauſam habet, non ideo conſentire iudicandam eſſe, quod taceat, veluti ſi pater turpis perſona ſit, &c. leg. ſi cum dotem. §. eo autem tempore. infra. Sed hanc ſententiam, quę vulgo recepta eſt, non probo: quia nec certo iure vllo, nec ſatis firma ratione nititur, tametſi ea, quæ ſine iuſta, probabilíque cauſa patri reſiſtit, actionem impedire non poſſe vere dicatur. leg. dotem. infra. Probabilius mihi videtur, tunc filiam pro conſentiente non haberi, cum ob pudorem, reuerentiamque paternam contradicere auſa non fuit, idque euidenter appareat dicta leg. ſi cum dotem. §. ſed ſi latitet. Nam veritati præſumptio cedit. leg. non eſt veriſimile. ſupra de eo quod met. cau. l. continuus. §. cum ita. de verbo. oblig. & in hoc iudicio quod bonæ fidei eſt, æquum & bonum maxime ſpectamus. Secundus locus eſt de filia furioſa, ſeu demente, cuius taciturnitas, ac patientia hic quoque ſufficit. Non enim requirit Antoninus, vt filia conſentiat, ſed ne contradicat. At certum eſt, furioſam ne contradicere quidem vllo modo poſſe. Sed mirum pleriſque hoc videtur, cum voluntas nulla ſit furioſi, nec expreſſa, nec tacita. leg. furioſi. de reg. iur. vnde finito tempore locationis, quamuis patientia locatoris ad locationem redintegrandam valeat, tamen ſi interim furere is cœperit, locatio nulla contracta intelligitur. leg. qui ad certum. ſup. loca. Idemque videbatur hic dicendum eſſe, cum ratio diuerſitatis non appareat. Et ſane abſurdum videtur, nullum conſtituere diſcrimen inter furioſum, & eum qui ſanæ mentis eſt, cum vnus conſentire poſſit, alter non poſſit. Sed animaduertendum eſt inter filiam, quæ ſanæ mentis eſt, & furioſam, multum intereſſe in ſpecie propoſita, nec aliter ſenſiſſe Vlpianum arbitror. Nam filia, quæ ſanæ mentis eſt, tacendo conſentire præſumitur, niſi probetur diſſenſiſſe, vt ante diximus. At lex fingit furioſam, quæ non contradicit, conſentire: & hæc fictio à præſumptione multum differt: quoniam ſuper re certa, & minime dubia fit, nec aduerſus eam probatio admittitur. Sicut enim lex fingit eum, qui ab hoſtibus redit, captum non fuiſſe, contra veritatem: ita lex filiam conſenſiſſe fingit vtilitatis cauſa, quæ tamen propter furorem non conſentit, ne tacite quidē. Neceſſaria autem ideo videtur iſta fictio eſſe, quoniam aliter filiæ conſuli commodè non poteſt. Non enim ei poteſt curator dari, cuius voluntatem pater requirat, cū pater filiæ, quam habet in poteſtate, loco curatoris ſit. leg. vlt. in prin. C. de curato. furi. Suadet tamen æquitas (cuius potiſſimum hic habenda ratio eſt) vt officio iudicis ſuccurratur in hoc caſu filiæ, ſi pater is ſit cui dotem reddere non expediat argu. d. leg. ſi cum dotem. Tertius locus eſt, de filia abſente, quæ ſanæ mentis eſt, & hæc admoneri debet, vt videatur tacendo non contradicere: cum furioſa, quæ iudicio omni caret, fruſtra admoneatur, vt ante dictum fuit. Nam alias furioſus nō ſemper abſenti comparatur. leg. 2. de procu. l. 2. de iure codicil. Hinc Vlpianus ait, *Si pater abſente filia experiri velit, quia incertum eſt, an eius voluntate id fiat, eum cauere de rato cogendum.* l. 1. de procu. Non enim pater cauſam propriam vſquequaque agit, vt ab eo non videatur exigenda ſatiſdatio. §. ſed hodie. Inſtit. de ſatiſ. Sed cur non ſimiliter cauet pater, qui filiam furioſam habet? Reſpondeo, patrem loco curatoris eſſe. leg. vlt. de curat. furio. ideoque filiam pro abſente non haberi, cuius veluti curator adeſt. Non igitur quenquam en mouere debet, quod alibi dicitur, *Si pater furioſus ſit, filiam, quæ dotem in iudicio petit, cauere de rato.* leg. ſi cum dotem, §. ſi ſoluto. infra. quia non vt pater filiæ vice curatoris eſt, ita etiam filia patri. Alia cauſa eſt actionis iniuriarum, quam pater ob iniuriam filio illatam inſtituit, cum in ea actione cautio ratihabitionis à patre non exigatur. leg. non ſolum. ſup. de procura. Nam ob illatam filio iniuriam duæ naſcuntur actiones: quarum vna competit patri, altera filio. d. l. non ſolum. Nec eſt vna actio, quæ inter ipſos communis ſit. Item hanc iniuriarum actionem pater ſolus inſtituere, imo vero iniuriam prorſus remittere, ac condonare poteſt. l. ſed ſi vnius. infra, de iniur. Quare non immerito, vt propriam cauſam agens ad cauendum non compellitur.

III. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

NOn ſolum autem in exigenda, ſed etiam in ſoluenda dote, quæ commu-

nis eſt & patri & filiæ, vtriuſque voluntas exquiritur, nec alter alterius conditionem deteriorem facere poteſt. Sed ſi pecunia ad patrem peruenit, quam filia accepit, actio de dote vtriuſque tolletur.

Sicut pater ſine filia, aut filia ſine patre dotem communem exigere non poteſt, ita ſolutio, quæ ſponte facta eſt vni abſque conſenſu alterius, non nocet alteri. Paulus tamen ait, *Solutione facta filiæ, actionem omnino tolli, ſi pecunia, quam accepit filia ad patrem poſtea peruenit.* Idemque dicēdum eſt, & ſi filiæ ob iuſtam aliquam, legitimamq; cauſam ſolutum fuerit. leg. quamuis. leg. ſi cum dotem. §. 1 infra. Sed & ſi filiafamilias ex peculio, cuius liberam adminiſtrationem habebat, ſe ipſam dotauerit, recte ei ſoluitur. leg. ſi filia. ſup. de iure dot.

IV. POMPONIVS LIB. XV. AD SABINVM.

SI cum pater ſine conſenſu filiæ: dotem à viro exegiſſet, & eandē alij viro eiuſdem filiæ nomine dediſſet, mortuo patre, filia cum priore viro agat, doli mali exceptione repellitur.

Quod dicitur, dotem, quæ patri & filiæ communia eſt, patri non recte ſolui, ita accipiendum eſſe docet Pomponius, niſi ea dos poſtea in rem filiæ verſa ſit. Nā voluntate filiæ dos fingitur recepta, quoties filia iuſtam cauſam contradicendi non habet. leg. dotem. infr. Annotant vulgo tam ex hoc capite, quā præcedenti theſin huiuſmodi: *Qui non poteſt petere in iudicio, non poteſt rem ſpōte ſolutā recipere.* Sed alias admonui, huiuſmodi theſes perquam fallaces eſſe, & magnam perplexitatem, atque confuſionem in iuris diſputationibus parere, vt vel hinc facile perſpici poteſt. Nam ei qui ſolutionis cauſa adiectus eſt ſtipulationi, recte ſoluitur, quamuis nullam actionem ad petendum habeat. leg. eum, qui. §. qui ſibi. de verborum obligat. Item procuratori, litis gratia dato, qui rem in iudicium deducere poteſt, non recte ſoluitur. leg. hoc iure. infra de ſolut. Alia tamen cauſa eius eſt, qui non ſimpliciter ad agendum, ſed ad exigendum potius procurator datur. leg. non abſtulit. Cod. de nouatio. l. inductum. Cod. de ſolutio. Sed ne nimium à propoſito euagetur oratio noſtra, libenter hæc miſſa facimus. Annotant præterea quidam, coniunctis perſonis (cuiuſmodi ſunt parentes, liberi, & cæteri affines) non recte ſolui. Nam quæ maior coniunctio, ac neceſſitudo eſt, quam patris & filiæ? Quamuis enim huiuſmodi perſonis agere ſine mandato permittatur, leg. ſed & hæ. ſupra de procurator. non ideo tamen procuratores habendi ſunt. leg. 3 infra iudic. ſolui.

V. VLPIANVS LIB. XXX. AD SABINVM.

DE diuiſione anni eius, quo diuortium factum eſt, quæritur, ex die contracti matrimonij, an ex die traditi fundi maritus ſibi computet tempus? Et vtique in fructibus à viro retinendis, neque dies conſtitutæ dotis, neque nuptiarum obſeruabitur: ſed quo primum dotale prædium conſtitutum eſt, id eſt, tradita poſſeſſione.

Tametſi maritus ſingulorum annorum, quibus ſtetit matrimonium, fructus lucretur, ſi onera matrimonij ſuſtineat. leg. ſi is qui Stichum. ſupr. de iure dot. leg. pro oneribus. C eo. titulo. tamen ſi nondum eo anno finito, quo contractum eſt matrimonium, ſoluatur, morte, puta, vel diuortio, eius anni integros fructus non retinebit maritus, ſed pro portione temporis duntaxat, quo matrimonij onera ſuſtinuit: vt ſi fructus illius anni ſint xii. aureorum, & matrimonium, quod contractum eſt Calendis Ianuarij, ineunte Maio ſolutum fuerit, tertiam partem, id eſt, quatuor aureos iure ſuo retinebit maritus, reliquas duas partes, id eſt, octo aureos conſequetur vxor, vel hæredes vxoris. leg. fructus. §. ex contrario. infra. Idemque dicendum eſt, & ſi pluribus annis ſteterit matrimonium, ſed anno vltimo nondum finito diremptum fuerit. §. ſed & nouiſſimi. Cod. de rei vxo. actio. In fructuario diuerſum ius eſt. Nam fructus perceptos acquirit omnino ſibi, tranſmittitque ad hæredem ſuum quacunque parte anni fruitus ſit. leg. defuncta. ſupra de vſufruct. Non enim vſusfructus pro oneribus ferendis competit, &c. Verum quod diximus pro parte temporis, qua matrimonium ſtetit, fructus marito acquiri, ita accipiendum eſſe Vlpianus hic ait, ſi eodem tempore & contractum matrimonium, & dos data fuerit. Nam ſi poſt matrimonium contractum dotalis fuerit effectus fundus, id eſt, traditus, leg. dotale. ſup. de fundo dotal. ex tempore traditionis tantum fructus lucrabitur maritus: percepti verò medio tempore inter matrimonium, & traditionem ſecutam dotem augebunt. Ratio enim ſuadet, vt non ante fructus fundi lucretur, quam is fuerit dotalis effectus. Vt, exempli gratia, ſi matrimonium Calend. Ianuarij contractum, fundum dotalem Calend. Decembris traditum, matrimonium finito decembri ſolutum, & fructuum æſtimationem duodecim eſſe aureorum proponamus, maritus retento vno aureo, vndecim vxori reddere compelletur: quia vno tantum menſe poſt traditionem dotis ſtetit matrimonium. Quod videtur quibuſdam ideo iniquum eſſe, quia maritus vndecim mentium ſpatio onera matrimonij ſuſtinuit. Sed hoc accipiendum eſt, niſi per mulierem ſteterit, quo minus dotem daret. Nā ſi abſque mora, aut culpa vxoris, hæc fortaſſis mariti conſenſu vel expreſſo, vel tacito fuerit ſolutio dilata, nulla hic iniquitas reperietur. Per mulierem autem ſtare videtur, ſi interpellata à marito non ſoluerit. Dubiū enim non eſt, quin habeatur ratio fructuum à tempore in hoc iudicio, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis. Et eo magis quod cum in cæteris olim adderetur, *ex fide bona*, in hoc addebatur, *Quod æquius melius*, auctore Cicerone, idque alias docuimus in commentario, de in litem iurando. leg pe. inſ. l. ſi cum Cornelius. de ſolu. Quare & ſi mulier fortaſſis ne interpellata quidem ſit, tamen ſi iuſtam cauſam habeat credendi marito ſe dotem exoluere debere, à quo interim ſe ali videt, adhuc per eam ſtare dici poteſt, modo commode dotem ſoluere poſſit. Id enim bonæ fidei, cuius hic maxime habenda ratio eſt, conuenit, arg. leg. Iulianus. §. ex vendito. ſupra, de act. l. curabit. C. eo. Itaque non multum ad rem pertinet quæſtio hic vulgo agitata, An actio competens marito ad dotem ab vxore petendam, ſit bonæ fidei, an ſtricti iudicij? Cui quæſtioni anſam præbuerunt ſub obſcura conſtitutionis verba. C. de rei vxo. act. §. ſed & ſi non ignoramus. Æque aliena à propoſito eſt illa quæſtio, An ad mulierem in mora conſtituendam opus ſit interpellatione, an vero ſine interpellatione re ipſa mora fieri dicatur? leg. vlt. C. de iure dot. l. videamus. 2. ſup. de vſur. Nam licet actionem, quæ competit marito, ſtricti iudicij eſſe fateamur, tamen conuenit inter omnes hoc iudicium bonæ fidei eſſe. §. fuerat. Inſtit. de act. Cum igitur in eo agatur de fructibus reddendis, ac etiam diuidendis ſoluto matrimonio, æquitatem ac bonam fidem tam ex parte rei quam actoris hic ſpectamus: nec vlla certior regula, quam hic Iudex ſequatur, dari poteſt. §.

in bonæ

in bonæ fidei. Inſtit. de actio. leg. ſed & ſi ideo. infra. Quod & Boetius io Top. Cic. de hoc iudicio loquens ſcribit.

VI. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

SI ante nuptias fundus traditus eſt, ex die nuptiarum, ad eundem diem ſequentis anni computandus annus eſt: idē in cæteris annis obſeruatur, donec diuortium fiat. Nam ſi ante nuptias traditus ſit, & fructus inde percepti, hi reſtituendi ſunt quandoque diuortio facto, quaſi dotis facti.

Quod dictum eſt in ſuperiori capite, *Maritum fructus lucrari, ex quo prædium datum eſt, &c.* ſic accipiendum eſt, niſi ante nuptias datum ſit: nam cum dos ante nuptias oulla ſit, conſequens eſt, eos fructus tanquam rei dotalis maritum capere oon poſſe. Itaque dotem augent, & vxori matrimonio ſoluto redduntur. Idem dicendum videtur, & ſi matrimonium iure non conſiſtat, quia contra leges cootractum ſit: vt, ſi quis peregrinam, aut ancillam, aut minorem XII. annis domum duxerit. Talis enim matrimonij oulla ratio haberi ſolet, ac perinde eſt, ac ſi contractum omoino non eſſet. l. ſi concubina. rer. amot. leg. 1. Cod. de condictio. ob cau. leg. 1. vnde vir & vxor. l. de iure. ad mun. l. ſi vxor. de adul. Quod quemadmodum accipiendum ſit poſtea docebimus l. ſi cum dotem. §. vltim. Cenſuerunt tamen nonnulli, eum, qui onera hic ſuſtinuit, quaſi matrimonij cuiuſdam ad fructus reddendos cogendum noo eſſe. Quæ ſententia ſpeciem æquitatis habet, ſed eam ita probo, ſi iuſtus error interuenerit, & fructus bona fide percepti in onera mulieris conſumpti ſint, vt Pomponius reſpondit, l. in Inſulam. §. 1. infra.

VII. VLPIANVS LIB. XXXV. AD SABINVM.

FRuctus eſſe conſtat, qui deducta impenſa ſupererunt.

Cum agitur de diuidendis fructibus inter coniuges ſoluto matrimonio, quod tum accidit, cum anno nondum finito ſolutum eſt, & doteo maritus non extimatam accepit. §. ſed & nouiſſimi. C. de rei vxor. actio. ante omnia ſumptuum in fructus quærendos factorum fit deductio: iiſque deductis reliquum pro rata temporis parte diuiditur. Nam (vt Vlpianus, aut forte Sabinus ait.) *fructus ſunt, qui deducta impenſa ſuperſunt.* Quæ regula locum habet in omni fructuum exactione. l. 1. Co. de fructibus & lit. expen. l. quod in fructus. ſupra de vſur. l. fundus. ſupra fam. erciſc. etiam ſi à malæ fidei poſſeſſore petantur. l. ſi à patre. §. vltim. ſupra, de peti. hæred. leg. domum. Co. de rei vind. Sed & ſi de fructibus integris quæratur, ſumptus deducendos eſſe verius eſt. §. Papinianus. infra. leg. 1. C. de his, quib. vt indig. Nec multum referre exiſtimo, an lex huius verbi mentionem faciat, an vero ab homine proferatur, licet plerique diſſentiant. l. quoties. §. ſi colono. ſupra de vſufru. Nam ſi Princeps imperet quartam partem fructuum fiſco ſuo dependi, impenſas ante omnia deducere poſſeſſoribus licebit, argum leg. non amplius. infra, de lega. 1. Verum hæc regula ſic accipienda eſt, *niſi aliud actum eſſe appareat,* quod vel ex verborum ſignificatione, vel ex coniecturis deprehendi poteſt, vt in cæteris facti quæſtionibus. Huius rei exemplum eſt in colono partiario. l. cum duob. §. ſi in coeunda. ſup. pro ſoc. Cum enim in ſocietatem nihil conferat præter operam, induſtriamque ſuam, ſatis conſtat dominum portionem ſuam fructuũ ſine deductione ſumptuum conſequi debere. Nam qui operam debet, eam preſtare gratuitam cogitur. l. ſuo victu. de ope. lib. A regula excipitur etiam decimæ ſolutio, quæ miniſtris Eccleſiarum quotannis pendi ſolet. Ea ſiquidem ea fructibus omnibus collectis abſque vlla ſumptuum, aut ſe(oinis deductione ipſis tribuitur iure pontificio. ca. tua oobis. de deci. Sed hoc ius ad vectigalia publica, tributaque mihi producendum non videtur, niſi aliud actum eſſe appareat, non quod odioſa hæc ſint (vt quidam falſo exiſtimant) ſed quia hoc ius, quod ſingulare eſt, ad alia porrigi noo debet. leg. ius ſingulare. ſup. de legi. Sed reſponſum Modeſtini non recte ab eis percipitur, qoi odioſa eſſe hæc vectigalia inde colligunt. leg. noo puto. de iure fiſc. vt ſup. in caput primum annotaui. Cum enim ob neceſſitatem publicam indicuntur, maximo ſunt digna fauore, ac merito nerui Reipu. dicuntur. leg. 1. infr. vt in flu. pub. nauig. lic. l. 1. §. in cauſa. inf. de quæſtionibus. In cauſa autem ſunt *δημοσίοις*, vt nihil odioſius vulgo haberi ſoleat.

Quod Scæuola, & ad mariti, & ad mulieris impenſas refert. Nam ſi mulier pridie vindemias doti dedit, mox ſublatis à marito vindemiis diuertit, nō putat ei vndecem duntaxat menſium fructus reſtitui, ſed & impenſas, quæ ante, quam portiones fructuum fiant, deducendæ ſunt. Igitur ſi & maritus aliquid impenderit in eundem annum, vtriuſque impenſæ concurrent.

Quod dictum eſt, *Fructus intelligi deductis impenſis,* dubium noo eſt, quin de ſumptibus à marito factis recte accipiatur, ſi in fructus quærendos facti ſunt. Nam quæ ad perpetuam agri vtilitatem fiunt, cum fructibus non computantur, vt poſtea dicemus. §. impendi. inf. & titu. de impenſ. in res dota. Ad vxoris etiam impenſas hoc dictum, quod Sabini eſſe videtur, referri poteſt, autore Scæuola, idque exemplo Vlpianus declarat. Si mulier ante vindemias fundum fructibus plenum dederit oarito, & vno tantum menſe ſteterit matrimonium: primum enim mulier impenſas à ſe factas ex fructibus deduceret: deinde reliqui fructus ita diuidentur, vt maritus duodecima parte retenta, vndecim partes mulieri reſtituat. Quod ſi ab vtroque in eandem vineam ſumptus facti ſint, quia neceſſe fuit marito in vindemiam aliquid impendere, vtriuſque impenſæ concurrent, & ab vtraque parte deducentur.

Et ita, ſi impenſarum à muliere factarum ratio habeatur, cum plurimis annis in matrimonio fuit, neceſſe eſt, primi anni tēporis computari, quod fuit ante datum prædium.

Si verum eſt dictum Scæuolæ de impenſis à muliere factis, hinc conſequens eſt, mulierem impenſas quoq; deducere, ſi plurimis annis ſteterit matrimonium, nedum ſi ante finem anni diſſolutum fuerit. Nam impenſæ factæ à muliere primi anoi tempore, quod dationem prædij dotalis anteceſſit, ei reſtituentur.

Papinianus libro vndecimo quæſtionum, diuortio facto, fructus diuidi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis, temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem datus ſit, cumque vir ex Calendis Nouembribus primis fruendum locauerit, menſis Ianuarij ſuprema die facto diuortio, retinere virum & vindemiæ fructus, & eius anni, quo diuortium factum eſt, quartā partem mercedis, æquum eſt.

Digitized by Google

1. Matrimonium contractum eſt tempore vindemiæ, Calendis videlicet Octobris, id enim eſt fere tempus vindemiæ, Plin.lib.18.leg.2.C. de ſer.data eſt in dotem vinea, ex qua maritus ſtatim fructus percepit, & ex Calend. Nouemb.alicui colono eandem vineam locauit, deinde Ianuarij poſtremo die ſolutum eſt matrimonium diuortio: quæritur, quomodo fructus totius anni inter maritum & vxorem diuidi debeant? Et videbatur diuiſio ita fieri debere, vt maritus primum omnes vindemiæ fructus à ſe perceptos menſe Octobris retineat: deinde tantum ea mercede à colono præſtanda capiat, quanto tempore poſt contractam locationem ſtetit matrimonium, id eſt, quartam partem, cum quarta parte anni ſtetiſſe proponatur. Verum id à ratione prorſus alienum eſſe demonſtrat Papinianus, quia non tantum ex die locationis, ſed etiam contracti matrimonij, dotiſque traditæ fructuum diuiſio facienda eſt, vt pro parte temporis, qua ſtetit matrimonium, fructus retineat maritus. Quod autem hic dicitur, *Non ex die locationis, &c.* loculio frequens eſt apud Iureconſultos, ſubauditurque dictio, tãtum, de qua & ab alijs quoque aliquid annotatum eſt. Porro tametſi locationis hic fiat mentio, tamen idem dicendum erit, & ſi nulla locatio interuenerit. Quæſtio enim ac dubitatio omnis, ex eo naſcitur, quod matrimonium in finem vnius anni & initium alterius incurrit. Proinde & ſi nullam eſſe factam à marito locationem proponamus, adhuc dubitabitur an fructus integros prioris anni retinere debeat maritus, & præterea fructus poſterioris anni capere, pro rata parte tẽporis, qua eo anno durauit matrimoniũ. Annũ ſiquidem hic intelligimus, quo ager colitur fructuũ quærendorum cauſa, & fructus colliguntur: quamuis aliter hoc verbum accipiatur plerunque pro ſubiecta materia.

Alioquin ſi coactis vindemiis, altera die diuortiũ intercedat, fructus integros retinebit.

Si ex die locationis dicamus diuiſionem faciendam eſſe, abſurdum inde conſequi ait: quia ſi ſtatim à percepta vindemia ſolueretur matrimonium, integros vindemiæ fructus perciperet, ac lucraretur maritus: quod tamen nõ fatebitur is, qui diuiſionẽ hanc ad geometricam analogiam exigi debere intellexerit. Nã locatio ſequẽtis anni minime efficit, vt diuerſum ius eſſe debeat.

Itaque ſi in fine menſis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor menſibus matrimonium ſteterit, vindemię fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

2. Concludit in ſpecie propoſita, vt in diuiſione ſeruetur æqualitas, & proportio, de qua iam diximus, fructus vindemiæ anni præteriti, & quartam partem mercedis inſtantis præſentiſque anni confundi debere, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. Quorum verborum obſcuritas multum negotij omnibus huius loci enarratoribus exhibuit. Et vulgo receptum eſt, fructus omnes vindemiæ confundendos & commiſcendos eſſe cum quarta parte mercedis, vt maritus tertiam partem eius pecuniæ confuſæ, atque commiſtæ retineat: veluti ſi ponamus XII. aureorum eſſe fructus vindemię, totidem aureorum eſſe mercedẽ locationis: quia quarta eius mercedis portio cum fructibus coniuncta & confuſa, XV. efficit, maritus quinque aureos ex ea ſumma capiet. Sed alias oſtendi, c.vlt. Diſput. anniuer. ideo iniuſtam & iniquam eſſe hanc computationem: quia cum tertia tantum parte anni ſtetiſſe proponatur matrimonium, tertia reditus annui parte contentus eſſe debet maritus. Ac ne huius quidem ſententiæ auctores inficiantur, æqualitatem ac proportionem hic non ſeruari. Verum id aliquo colore, & ratione excuſant, ſed adeo leui, friuolaque, vt eam relatu indignam omnino exiſtimem. Videtur autem hic error ex linguæ Latinæ ignoratione profectus, quaſi nihil referat an *eius pecuniæ* dicamus, an *ex ea pecunia, &c.* cũ tamẽ inter hæc duo multum interſit. Non enim ait Papinianus tertiam partem eius pecuniæ confuſæ marito relinquendam eſſe, ſed ex ea pecunia tertiam portionem, ſcilicet reditus annui. Nam in tota hac diſputatione, de ea portione ſemper agitur, vt neceſſe hic non fuerit aliter eam exprimere. Fit autem hæc confuſio fructuum cum quarta parte mercedis, ne alteruter in hac diuiſione afficiatur incommodo, ſi hanc tertiam reditus annui partem, vel ex ſola mercede locationis, vel ex ſola fructuum quantitate metiamur. Ita ergo confunduntur, vt neque mercedis ſolius neque fructuum tantum habeatur ratio, ſed ſimul & fructuum, & mercedis. Fructuum, inquam, à tempore contracti matrimonij vſque ad tempus locationis, mercedis vero à tempore locationis, vſque ad finem matrimonij. Exemplo id facilius demonſtrari poterit. Pone XII. aureorum eſſe mercedem locationis, fructus vindemiæ perceptos à marito aureorum XXIIII. Habita ratione mercedis ſolius aureos quatuor auferet maritus, quæ tertia pars eſt XII. aureorum. Habita vero fructuum ſolummodo ratione, aureos octo percipiet, cum eorum ęſtimationis tertia pars hæc ſit. Verum confundi debent fructus cum quarta parte mercedis, ita vt pręter quartam illam partem, fructuum quoque habeatur ratio pro rata parte temporis, qua ſtetit matrimonium ante locationem. Itaque in noſtra hypotheſi quinque aureos capiet maritus, nempe tres aureos pro quarta parte mercedis, quæ eſt XII. aureorum, & duos aureos pro duodecima parte fructuũ, quam diximus quatuor & XX. aureorum eſſe. Fieri namque poteſt, vt longe amplius ſit in fructibus, quam in mercede locationis aut contra: cum vnius anni prouentus vberior eſſe ſoleat, quam alterius. leg. pretia rerum, ad legem Falcid. Quo caſu ſi ex mercede locationis tertiam hanc partem metiamur, damnoſum id quidem erit marito, lucro vero vxoris ceder. Sin autem ea fructibus, contra. Verum nulla ratio eſt, cur ex fructibus ſolis, aut mercede locationis ſola, tertiam hanc partem ſumamus, cum vno atque eodem anno minime ſteterit matrimonium, ſed in finem prioris anni, cuius ſunt fructus, & in poſterioris initium, cuius eſt locatio, incurrerit. Itaque huius incommodi vitandi gratia, vtilem excogitauit rationem Papinianus, qua vtrique proſpiciatur, & neuter iuſtam querendi cauſam habeat. Quod ſi vulgarem receptamque interpretationem ſequamur, pro quinque aureis, quos diximus marito deberi, nouem is aureos retinebit. Nam quarta pars mercedis (quæ trium aureorum eſt) commiſta cum fructibus (quos diximus vigintiquatuor aureorum eſſe) ſeptem & viginti aureorum ſummam efficiet, ex qua ſumma tertiam partem auferens maritus, nouem aureos conſequetur. Itaque multum à noſtra diſcrepat hæc computatio. Sed nec Alciati ſententia cum hac noſtra vſquequaque conſentit, tametſi prudenter animaduerterit, non de tertia parte illius pecuniæ confuſæ, ſed integri reditus annui Papinianum loqui. Ait enim lib. Parad.3.c.1. dandam marito quartam partem mercedis, & præterea ea fructibus vindemiæ tantum ei ſupplendum eſſe, quantum ad tertiam partem mercedis conficiendam ſufficiat. Hoc igitur inter noſtram, eiuſque ſententiam intereſt, quod in hac hydotheſi ille quatuor aureos tantum, nos quinque marito dandos eſſe contendimus. Nec aliter fieri abſque manifeſta iniquitate & iniuria poteſt, id quod à nobis ante demonſtratum eſt, & paulo poſt aliquanto dilucidius explicabitur. Sane ſi eiuſdem æſtimationis eſſe vtriuſque anni prouentum, id eſt, mercedem locationis, & fructus vindemiæ perceptos à marito proponamus, talis computatio neu-

tri con-

tri coniugum damnoſa futura eſt, ac ne vlla quidem confuſio tunc erit valde neceſſaria. Proinde hypotheſes illæ, quibus fingitur vtriuſque anni reditus æqualis eſſe, ad huius confuſionis rationem explicandam ineptiſſimæ ſunt. Rationem enim excogitare volunt Papinianus iniquitatis vitandæ, quæ ex varia fructuum quantitate, & æſtimatione vtriuſque anni oritur, ſi mercedis ſolius, aut fructuum haberetur ratio. Quæ varietas in fructibus crebro accidere ſolet, vt experientia quotidie edocemur. d. l. pretia rerum. Tractatur hic quæſtio difficilis vulgo exiſtimata. Si matrimonium non ſuprema die Ianuarij, ſed Septembris potius ſolutum fuerit, ſicque anno integro durauerit, quantam fructuum portionem retinere debeat maritus. Paulus Caſtrenſ. & quidam alij putant eum præter integros fructus vindemiæ, penſionem etiam totem locationis lucrari, nec quicquam vxori reddere cogendum eſſe. Alij hæſitantes cogitandum id nobis relinquunt. Quare ſi hæc Pauli opinio vera ſit, in ſpecie propoſita XXXVI. aureos conſequetur maritus, nempe XXIIII. pro antecedente anno, & XII. pro anno ſequente. Nec eo ſe moueri Paulus ait, quod cum vno tantum anno ſteterit matrimonium, maritus tamen duplicis anni fructum obtinere hac ratione videatur: *fructus enim* (inquit) *hi tanquam vnius anni habendi ſunt, qui reliquus annus fertilior fuerit.* Verum à Geometrica proportione, quam hic ſpectandam eſſe diximus, valde aliena eſt hæc ſententia. Itaque reſpondeo in propoſita quæſtione maritum vnius tantum anni fructus, ac reditus lucrari debere, cum vno tantum anno ſteterit matrimonium. Nec dubium eſt, quin fructus, de quibus hic quæritur, duorum annorum fructus ſint: quia non eius ſolum temporis, quo percipiuntur, ſed etiam, quo curantur, habenda eſt ratio. §. non ſolum, infra. In ea ergo hypotheſi, de qua hic agitatur quæſtio, ratio poſtulat, vt maritus pro vndecim menſibus poſterioris anni, quibus durauit matrimonium, nempe ab initio Nouembr. vſque ad finem Septembr. ſequentis, XI. aureos obtineat: pro primo autem illo menſe, id eſt, Octobr. qui finis fuit prioris anni, II. aureos habebit, quæ XII. pars eſt fructuum eius anni. Proinde ſumma integra totius annui reditus erit XIII. aureorum. Atque hinc conſequi videtur, ſi quatuor menſibus ſteterit matrimonium, maritum tertiam eius ſummæ partem, nempe IIII. aureos, cum tertia parte vnius aurei lucrari debere. Quod noſtræ computationi maxime aduerſatur, qui pro quatuor menſibus maritum quinque aureos integros retinere dicimus. Et exiſtimant aliqui valde abſurdum eſſe, vt maritus pro tertia parte anni habeat quinque, pro anno vero integro non quindecim, ſed tredecim tantum habeat. Vt enim ſe habet annus ad quindecim aureos, ita ſe habent quatuor menſes ad quinque aureos. Sed hanc rationem computandi fallacem eſſe deprehendimus, etſi aliquam veritatis ſpeciem habeat, eaque nos ipſos aliquando fefellerit. Nam in hac computatione ſeparatim habenda eſt ratio vtriuſque anni, in quem incidit matrimonium, nec aliter proportio, & æqualitas ſeruari poteſt. Exempli gratia: in noſtra hypotheſi maritus duos aureos retinet pro menſe Octobr. qui vltimus menſis eſt prioris anni: quia ſi eo anno integro ſtetiſſet matrimonium, vigintiquatuor aureos habiturus fuiſſet. Sicut enim ſe habet annus ad vigintiquatuor aureos, ita ſe habet menſis ad duos aureos. Item pro tribus menſibus ſequentis anni, ideo retinet maritus tres aureos, quia pro eo anno integro duodecim aureos conſequeretur. Nec dubium eſt, quin ſit eadem vnius anni ad duodecim aureos, quæ trium menſium ad tres aureos, proportio. Aliter autem computando in multas abſurditates incideremus, veluti ſi ponamus matrimonium contractum eſſe Calendis Auguſti, & finitum ſuprema die Nouembris, pro quatuor illis menſibus, ſeptem habebit aureos maritus, cum tamen in tertia parte fructuum, quos maritus haberet, ſi pridie Calendas Auguſti finitum eſſet matrimonium, ſeptem aurei minime reperiantur. Verum ſeparatim inſpiciendo, & computando vtriuſque anni fructus, ratio computationis hic erit expeditiſſima, nec à proportione & æquitate (quæ hic ſeruanda eſt) vel latum vnguem recedetur. Quod ſi forte quiſpiam obiiciet, nos hic ſeparare fructus duorum annorum, contra Iureconſulti mentem, qui *fructus confundendos eſſe* ait, &c. huic reſpondeo, nos fructus duorum annorum confundere ex ſententia Iureconſulti, cum trientem marito debitum ex fructibus vtriuſque anni capimus, pro modo ſcilicet temporis, quo vtroque anno ſtetit matrimonium. Et hæc quidem attigeramus in libr. Diſput. anniuerſ. qui iam dudum editus eſt, ſed paucis ea à nobis perſtricta, nec iam diffuſe expoſita fuerant. Quæ res forte effecit, vt non ſatis perciperetur noſtra interpretatio à viris eruditis, qui eam poſtea reprehenderunt: quorum obiecta nobis diluere perfacile eſt. Eguinar. Baro, de benefic. Nam in primis obiiciunt nimis exacte, & præfracte, nos contra morem veterum Iuris auctorum proportionem Geometricam ſequi. Verum etſi intelligam, Iuris auctores, Geometricæ proportionis rationem nõ ſemper habere, cum videlicet ex ea aliquod ſequi incommodũ vident, tamen non dubito, quin ad eã hic reſpiciẽdũ eſſe voluerint. Id enim ab eiſdem ſatis exprimitur, cũ aiunt, pro rata parte temporis fructus diuidendos eſſe. §. ex contrario. infra. Nec vlla res impedit, quominus ad hanc proportionem diuiſio fructuũ de qua hic loquimur, ſeruandæ æqualitatis cauſa inter coniuges cõmode exigi poſſit. Deinde obiiciũt, noſtrã interpretationẽ verbis ſiue Vlpiani, ſiue Papiniani in hoc loco nõ cõuenire, cũ ait fructus confundendos ſimpliciter, ac generaliter. Nos enim dicimus, *Nõ omnes fructus vindemiæ præcedentis anni maritum lucrari, ſed pro rata parte temporis, &c.* Sed reſpondeo, Papinianum, aut ſi mauis Vlpianum, nequaquam ſimpliciter dicere fructus cõfundẽdos eſſe, ſed ita cõfundendos, vt ex ea cõfuſione triẽtẽ reditus annui habeat maritus. Et confundere fructus cũ mercede, nihil aliud hic ſignificat (meo iudicio) quam ſimul habere rationẽ fructuũ, & mercedis in hac diuiſione. Illi perinde verba Iuriſconſulti accipiũt, ac ſi dixiſſet maritũ fructus vindemiæ retinere ſiue lucrari, cũ quarta parte mercedis, &c. Sed cur nõ certa pars fructuũ prioris anni, vt mercedis locationis hic exprimitur? Reſpõdeo, apud Vlpianum ſpeciatim tractatũ nõ fuiſſe de quãtitate fructuũ prioris anni, quã perciperet maritus: ſed quæſitum fuiſſe generaliter, an fructus percipere poſſet eius temporis, quod locationem anteceſſit. Quare ſatis viſum fuit ei ſimpliciter reſpondere, ex fructib. etiã prioris anni maritũ capere poſſe. Ac tametſi ex verbis eiuſdẽ ſubobſcuris ſatis colligatur, quantũ ex illis fructibus capere debeat maritus, tamẽ veriſimile eſt, eũ, ſi de eo proprie quæſitũ fuiſſet, clarius aliquãto, & apertius id demõſtraturũ fuiſſe. Quartã vero partem mercedis ideo expreſſit, quia nulla dubitatio erat quin ea deberetur, conueniebatque inter omnes, ex die ſaltem locationis, fructus diuidendos eſſe. Senſus igitur horum verborũ eſt. Fructus, & quartam partem mercedis, ita confundi, & commiſceri debere, vt præter quartam partem (de qua dubitatio nulla eſt) tantum ſumatur ex fructibus vindemiæ, quantum ad tertiam partem reditus annui conficiendam ſufficit. Poſtremo contendunt noſtram opinionem in his verbis repugnare. *Ex ea pecunia.* Cum enim dicimus, Non omnes fructus maritum retinere, ſed pro rata parte tẽporis quo ſtetit matrimonium ante locationem, nos omnem eam pecuniam marito relinquendam eſſe intelligimus, non ex ea pecunia portionem, &c. Exiſti-

mo autem à verborum proprietate, quibus vſus eſt hic Iureconſultus, noſtram interpretationem non abhorrere, ſi abſque cauillatione accipiatur. Quid enim refert, an maritus trientem ſuum capere ex ea pecunia, quæ confuſa eſt, an vero eam pecuniam capere pro ſuo triente dicatur? Sed multo facilius id aſſequetur, & intelliget quiſquis veterum Iuris auctorum lectioni aſſueuerit, & in eo ſcribendi genere conciſo & ſubobſcuro, quo fere vſos eſſe eos videmus, tritus ac longo vſu exercitus fuerit. Illud autem male habet pleroſque, quorum de ea re mecum fuit ſermo, quod nullus ſit reditus annuus, cuius hæc quinque aureorum ſumma, de qua loquimur, tertia portio dici poſſit. Verum conſiderandum eſt Iureconſultos cum viderent quatuor menſibus ſtetiſſe matrimonium, qui tertiam anni partem conficiunt, animaduertiſſe in primis, maritum tertiam partem annui reditus conſequi debere. Sed quia matrimonio in duos annos cadente, dubitabatur, vtrius anni fructuum tertiam partem conſequeretur: nec pateretur æquitas vnius anni potius, quam alterius rationem haberi, eo ventum eſt, iniquitatis vitandæ cauſa, vt maritus quartam partem fructuum poſterioris anni, & prioris duodecimam obtineat, idque pro tertia parte, quam lex ei attribuit, quæque certi reditus annui tertia pars re vera eſſet, ſi vno atque eodem anno conſtitiſſet matrimonium. Vtilitas igitur æquitaſque poſtulat, imo flagitat, vt has partes coniunctas, quartam ſcilicet ac duodecimam, pro tertia parte accipiamus, quamuis ſubtiliter diſputando, nullius annui reditus tertia portio hæc pecunia vere dicatur.

Ex contrario quoque idem obſeruandum eſt. Nam ſi mulier percepta vindemia, ſtatim fundum viro in dotem dederit, & vir ex Calendis Martiis eundem locauerit, & Calendis Aprilibus primis diuortium ſecutum fuerit, nō ſolum partem duodecimam mercedis, ſed pro modo temporis omnium menſium, quo dotale prædium fuit, ex mercede, quæ debebatur, portionem retinebit.

Alio exemplo docet Vlpianus, quod ante dictum fuit, non ex tempore locationis ſolum, ſed contracti potius matrimonij fructus diuidendos eſſe inter coniuges ſoluto matrimonio. Eſtque hoc exemplum ſuperiori diſſimile, ac contrarium: quandoquidem in ſuperiori exemplo poſitum eſt: Vxorem ante vindemiam fundum plenum fructibus in dotem dediſſe, & fructus à marito perceptos eſſe. Hic autem percepta iam vindemia, nempe Calend. Nouemb. fundus in dotem datus eſt, ſed poſtea à marito locatus eſt Calen. Martij. Et quia quinque menſibus ſtetit matrimonium, maritus quinque partes totius mercedis annuæ lucrabitur. Nec vlla confuſio hic neceſſaria eſt vt in ſuperiori hypotheſi, quia hoc matrimonium in duos annos non incidit, ſed in vnum tantum, quo ager locatus fuit, vt marito ſolius mercedis hic habeatur ratio. *Sed pro modo temporis*, Hic obſerua quod nullibi clarius expreſſum eſt, in hac fructuum diuiſione ſeruari proportionem Geometricam, in qua Ariſtoteles verſari iuſtitiam ait. Nam ſicut ſe habet annus (exempli gratia) ad duodecim aureos, ita ſe habent quinque menſes, ad quinque aureos. Atque ideo æquum eſt, vt maritus, qui pro anno integro duodecim aureos haberet, pro quinque menſibus quinque aureos retineat. *Portionem retinebit*. Alia cauſa eſt fundi venditi, qui prius locatus fuerat, vt hic vulgo ab aliis annotatum eſt, qui tamen huius diuerſitatis rationem non ſatis explicant. Nam ſi fundus locatus venditus ſit, die locationis nondum cedente, non venditor, ſed emptor mercedē accipere debet, vt Paulus de fundo à Cæſare vendito loquens lib. 3. decretorum ait. l. vlt. ſuſ. de iure fiſci. Nec vlla inter ipſos fit diuiſio, quocunque tempore anni fundus venditus fuerit. Fructus enim huiuſmodi, aut mercedes, pars fundi eſſe intelliguntur, ac idcirco vendito fundo in emptorem tranſeunt. Sed hic diuiduntur fructus pro rata parte temporis: quia dos pro oneribus matrimonij ſuſtinendis datur, vt iam ſæpe dictum eſt. l. pro oneribus. Cod. de Iure dot. Verum quod Paulus ait, emptorem eius anni penſionem accipere, d. l. vlt. cum diſtinctione Vlpiani conuenire non videtur, qui fructus quidem maturos emptori cedere ait: ſed ſi ager locatus ſit, penſiones ei cedere, qui locauerit, id eſt, venditori. l. Iulianus. §. ſi fructib. ſup. de actio. emp. Itaque Pauli dictū ita interpretamur, vt emptor mercedem accipiat, nō à colono, ſed à venditore. Non enim aduerſus colonū actionem emptor habet, ſed aut exactam à venditore mercedem petit, aut cogit eum vt ſuis actionibus cedat, quoniā id æquitati & bonæ fidei conſentaneum eſt. l. Iulianus. §. in iis autem. l. ſi cum fundum, ſup. de cōtrah. empt. Quinimo emptor fundi ante venditionem locati, poteſt fructus percipere expulſo colono, ſi mercede locationis contentus forte non ſit, l. arbores. ſup. de vſufr. ita tamē vt ſalua maneat actio conductori aduerſus locatorem, quod ei frui non liceat. Sed in quæſtione à Paulo tractata Imperator ipſe fundum vendiderat, & quia periculum erat, ne ſi à colono fructus auferret emptor, eo nomine Imperator conueniretur à colono, vtilius viſum eſt, propter fauorem fiſci, vt emptor non fructus, ſed mercedem tantum accipiat. d. l. vltim. Solent autem & alij caſus annotari, in quib. fructuum diuiſio non fit pro modo temporis, &c. quod ratio aliqua id faciendum non eſſe ſuadeat: veluti cum vſufructuarius nondum finito anno moritur. Is enim fructus totius anni ad hæredes ſuos tranſmittit, nec proprietatis dominus aliquid ex eis capit. l. defuncta. ſupra de vſufruct. modo fructus à defūcto percepti fuerint, leg. ii fur. ſup. de vſufruct. l. qui ſcit. infra, de vſufr. Non enim pro onere aliquo ſuſtinendo eos fructus lucratur vſufructuarius, ſicut maritus pro onerib. matrimonij rei dotalis fructus acquirit. Vſufructuario comparantur moribus noſtris ſacerdotes beneficiarij. gl. pragm. Sed iure pōtificio nullos fructus ad hęredes ſuos trāſferūt, c. ad hæc. c. relatū. de teſta. & vſuarij magis, quā vſufructuarij, habentur. c. epiſcopus. 10. q. 2. c. epiſcopus. 12. q. 1. Panor. in c. cum eſſes. de teſta. Qua de re accuratius in iuris pōtificij cōmentariis diſputaui. De clietib. noſtri tēporis, qui vaſalli dicūtur, extat in Hottēſij rhapſodia cōſtitutio, quā qui volet, inſpiciat. §. his cōſequēter. tit. hic ſi. leg. De ſtipendiis & ſalariis Magiſtratuum, Doctorum, & aliorum huiuſmodi quæſtio aliis in locis aptius aliquanto & opportunius tractatur. l. diē functo. ſup. de offi. aſſeſſo. l. qui operas. §. item cū quidā. l. ſed addes. §. vlt. ſup. loca. l. poſt duos. C. de aduoc. diuer. iud. l. matriculā. C. de agen. in reb. Illud præterea quæſitū eſt, Si maritus vxori annuū reliquerit, & ea nondum finito anno deceſſerit, an hæredib. eius integrū legatū debeatur? Et l. 5. de ann. lega. Modeſtinus reſpondit deberi. Nā & initio anni cedit dies huius legati, quamuis in ſtipulationibus diuerſum ius ſit. l. 1. C. quando dies lega. ced.

Item ſi meſſes eius anni, quo diuortium factum eſt, colonum ex forma locationis ſequantur ante vindemiam ſoluto matrimonio: nihilominus pecunia meſſium in computationem cum ſpe futuræ vindemiæ veniet.

Hic oſtendit Vlpianus in hac diuiſione fructuum nihil referre, an tempore, quo fructus percepti ſunt, matrimoniū ſteterit, necne, modo eo anno, cuius ſunt fructus, ſteterit. Non enim fructus eius temporis ſunt, quo

colliguntur,

colliguntur, ſed totius antecedentis temporis, quo curantur, vt paulo poſt dicemus. §. non ſolum. Pone ergo ita contractam eſſe fundi dotalis locationem, vt meſſes colonum ſequantur, ſed eo nomine locator ab eo pecuniam accipiat. Deinde nondum finito anno matrimonium ante vindemiam ſolutum eſſe. Hic duplex oritur quæſtio: vna de vindemia, quæ nondum percepta fuerat tempore ſoluti matrimonij: altera de fructibus, qui coloni ſunt, ideoque non videntur in computationem venire. Sed Vlpianus hic ait, tam vindemiam, quam meſſes in computationem venire. Licet enim meſſes colonum ſequantur, tamen eo nomine pecuniam pendit, quæ etſi fructus vere non ſit, tamen pro fructu habetur, vt poſtea dicemus. l. mercedis. de peti. hæred. Nec eo moueri debemus, quod matrimonium ante collectam perceptamque vindemiam ſolutum ſit, propter rationem, quæ iam adducta fuit.

Apparet igitur ex his, illos fructus, quos mulier percepit, antequam nuberet, non debere in contributionem venire.

Ex his quæ iam dicta ſunt, apparet, fructus à muliere perceptos ante matrimonium, in contributionem non venire, ſed mulieri integros acquiri. Cum enim poſitum fuiſſet, vxorem vindemia iam percepta nupſiſſe, & fundum poſtea à marito locatum fuiſſe, dictum fuit, ſolam mercedem locationis diuidi, nec fructuum ante perceptorum vlla mentio facta eſt. Sed quæſierit forte quiſpiam, Cur poſt matrimonium potius, quam ante percepti fructus diuiduntur? Nam cum vtrique matrimonio non conſtante percipiantur, non videtur diuerſum ius eſſe debere. Ratio autem diuerſitatis hæc eſt, quia non ſicut fructus percepti totius antecedentis anni fructus eſſe intelliguntur, ita etiam anni ſequentis, vt ſupra admonuimus.

Ob donationes, item ob res amotas ex his fructibus, qui poſt diuortium percepti ſunt compenſationes fieri poſſunt.

Quamuis maritus vxori reddere debeat fructus, qui poſt diuortium percepti ſunt (vt iam diximus) tamen ſi quid viciſſim ei ab vxore debeatur, ob res puta donatas, aut amotas, compenſatio fiet. Hoc tamen accipiendum eſſe vulgo creditur, cum hinc inde quantitas & pecunia debetur: quia forte fructus conſumpti ſunt, ac etiam res amotæ, quarum petitur ęſtimatio. Aiunt enim ita demum compenſationi locum eſſe, ſi quantitas, non ſpecies, aut corpus aliquod petatur. l. ſi conuenerit. de pig. act. Sed quantopere verbis Vlpiani repugnet hæc interpretatio, nemo non videt. Nam nec verum illud eſt, quod apud ipſos velut axioma certiſſimum, atque indubitatum habetur *ſpecies cum quantitate compenſationem non admitti*: idque præter hunc Vlpiani locum (qui tamen clarus ac perſpicuus eſt) aliis rationibus, & argumentis probari facile poteſt. Ac in primis Iuſtinianus officium iudicis demonſtrans in iudiciis bonæ fidei generaliter tradit: *Si quid actorem inuicem præſtare oporteat, eo compenſato, cum cum quo agitur, in reliquum condemnari oportere.* §. in bonæ fidei, Inſtit. de actio. Quod profecto non videtur ita poſſe accipi, vt nunquam locum habeat, niſi quantitas vltro citroque petita fuerit: idque paulo poſt apertius docebimus. Mouet me præterea Iuſtiniani conſtitutio, quæ compenſationem admitti vult in omnibus tam in rem, quam in perſonam, actionibus, l. vlt. Co. de compen. cum ſit certiſſimum, ſpecies & corpora vindicari ſolere, non pecuniam, niſi vt ſpecies magis, quam vt quantitas petatur. Sed & eadem conſtitutione excipitur is, qui poſſeſſionem alienam per vim occupauit. Quod fruſtra fieret, ſi poſſeſſionis, id eſt, prędij compenſatio non admitteretur. Hoc enim verbum pro prædio accipi, notius eſt, quam vt probari debeat. l. interdum. de ver. ſig. l. 2. Cod. de prob. Excipitur quoque is, qui rem depoſuit. d. l. vlt. l. ſi quis. Cod. depoſ. Ac nominatim loquitur conſtitutio depoſitum excipiens, tam de re, id eſt, ſpecie ſeu corpore, quam de pecunia depoſita. Quod proculdubio nunquam excepiſſet Iuſtinianus, niſi ſpeciei cum quantitate compenſatio alias reciperetur. d. l. ſi quis. Eodem pertinet quod Seneca, lib. 6 de benef. de compenſatione loquens, corporum quoque meminit. Non tantum, inquit, inter creditorem & debitorem iudex ſedet, qui dicat, Pecuniam credidiſti? Quid ergo? pecus abegiſti, ſeruum eius occidiſti, argentum, quod non emeras, poſſides, æſtimatione facta debitor diſcede, qui creditor veneras, &c. Nec deſunt exempla apud iuris auctores, eorum contractuum, in quibus compenſationis huius habetur ratio, ne quis verba Iuſtiniani, quorum ante meminimus, de quantitate tantum, non etiam de ſpecie accipienda putet. l. ſi quis rem. de acq. poſſeſ. l. ſi is, qui rem. l. creditoria. §. vlt. de fur. Cum enim commodatarius rem commodatam petit à commodatario, poteſt commodatarius rem cõmodatam velut pignoris loco retinere, donec pecunia ſibi debita ſoluatur. d. l. ſi quis reos. Nec eo moueri debemus, quod retentionis, non compenſationis, mentio fiat, quoniam Iuriſconſulti de his contractibus loquentes promiſcue his verbis vtuntur. l. in rebus. §. vlt. commo. l. 1. C. rerum amotarum. & hoc §. Noſtram quoque ſententiam iuuat, quod Scæuola ſcribit *Si debeas decem, aut hominem, vtrum aduerſarius volet, ita debiti compenſationem admitti, ſi aduerſarius palam dixiſſet, vtrũ voluiſſet.* l. ſi debeas. ſup. de compen. Nam vtrumcunque dixerit ſe velle, Scæuola ei compenſare permittit: quamuis dictum Scæuolæ perperam cæteri ad ſuæ opinionis confirmationem detorqueant. Nolim tamen inficiari, quod ad effectum compenſationis attinet, inter quantitatem ac ſpeciem aliquid intereſſe: quia enim hinc inde quantitas debetur, ipſo iure alter ab altero liberatur l. ſi conuenerit. de pign. actio. quod hæ res functionem in genere ſuo recipiant. l. 2. §. mutui datio. de reb. credit. adeo vt conuentus coram iudice ſeſe iam liberatum recte contendat. At in obligatione ſpeciei, non ſtatim fit liberatio, ſed poſtulat à iudice reus conuentus, vt cõpenſationem admittat: proinde vere dictum eſt, commodatarium prætextu debiti reſtitutionem rei commodatę recuſare non poſſe. l. vlt. C. commod. quia res commodata in pecunia, ſiue quantitate non conſiſtit. Verum nihilominus poterit is à quo ſpecies petitur, in iudicio poſtulare, vt iudex compenſationis rationem habeat. Ac iudicis officium in huiuſmodi iudiciis tale mihi videtur eſſe, vt rem iubeat retineri pignoris loco, donec aduerſarius ſoluerit, aut inita rei æſtimatione litigatores inuicem liberatos, vſque ad concurrentem quantitatem, dimittat. Et hac compenſatione Iuſtinianus ipſo iute iure minui quaſcunque actiones conſtituit. l. vlt. Co. de compen. Quod vtique ſic accipiendum eſt, non vt ipſo iure, ac ſine iudice alter ab altero liberetur, alioquin inter quantitatem, ac ſpeciem nulla eſſet differentia: ſed vt neceſſarium non ſit, doli exceptionem opponere. §. in bonæ fidei. Inſtit. de actio. Nec illud quidem prætereundum eſt, quod Iuſtinianus ex ſententia Papiniani ſtatuit. *Non ſolum iudicem de abſolutione rei iudicare, ſed & ipſum actorem, ſi è contrario fuerit obnoxius inuentus, condemnare.* leg. cum Papinianus. C. de ſenten. & interlocut. Quanquam non ignoro hanc compenſationem, de qua loquimur, à mutua petitione, quam reconuentionem vocamus, differre. Licet enim mutuæ actionis ſpecies quædam ſit compenſatio, l. neque. Cod. de compenſat. tamen poteſt mutua actio abſque compenſatione reperiri, vt puta, ſi is, vnde petitur, debitum non confiteatur, ſed viciſſim aduerſus actorem experiatur. Nam opponens compenſationem

bonam fidem agnoſcit, confitetúrque debitum; ſed inſtat apud iudicem vt pecuniæ ſibi debitæ ratio quoque habeatur. Poſtremo notandum eſt, hoc ius conſtitutione Iuſtiniani abrogatum eſſe: adeo vt ob eas cauſas, de quibus iam diximus, nulla admittatur compenſatio. §. taceat. Cod. de rei vxo. actio. verba eius hæc ſunt de actione rei vxoriæ loquentis: *Taceat in ea retentionum verboſitas. Quid enim opus eſt inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex moribus introducto? vel ex qua cauſa ob res donatas retentio introducatur?, cum ſit donatori facultas per actionem in rem directam, vel per vtilem, vel per condictionem ſuo iuri mederi. Sed nec retentio ob res amotas neceſſaria eſt: cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium, &c.* Quibus verbis manifeſtiſſime oſtendit Iuſtinianus, ſe ius antiquum emendare & abrogare. Nec vllum ius de ea re, quod corrigere potuerit, hoc excepto, reperitur. At enim affirmat Iuſtinianus in ſuis libris nullam antinomiam, aut contrarietatem extare. Quod fortaſſis non male dicitur ab eo de iis, quæ eodem tempore in libros iuris ciuilis ab eo relata ſunt. Sed conſtat ex ſubſcriptione conſtitutionis ipſius, eam poſt Codicis, atque Pandectarum editionem, Codici inſertam fuiſſe. Eſt enim ſubſcripta Lampadio, & Oreſte Conſulibus, cum Decio Conſ. Codex primum editus ſit. Ac tametſi data fuerit ea conſtitutio ante Pandectarum compoſitionem, tamen qui nondum ea promulgata, propoſitaque fuerat, non dubitarunt Pandectarum conſcriptores, ius antiquum de compenſatione dotis in eos libros referre. Sed in poſtrema editione, & emendatione Codicis, quæ Pandectarum editionem ſecuta eſt, nempe Theodoro Paulino Conſule, eam conſtitutionem adſcribi curauit Iuſtinianus, cum ius illud vetus de compenſatione adhuc in Pandectis remanſiſſe intelligeret. Itaque ferendus minime eſt eorum error, qui exiſtimant Iuſtinianum in ea conſtitutione de retentione tantum, non etiam de compenſatione loqui, quaſi aliud compenſatio hic ſit, quam retentio. Nam retineri res dicuntur ob compenſationem. l. 4. ob negotium. ſupra de compen. Ac Iuriſconſulti de dote loquentes, promiſcue his verbis vti ſolent. l. 1. Cod. rerum amo. l. dote. de dot. præleg. §. propter retentionem. Inſti. de actio. Vlpian quoque in fragmentis Inſtitutio. titu. de dot. *Retentiones* (inquit) *ex dote fiunt, aut propter mores, aut propter impenſas, aut propter res amotas*. Sed de aliis retentionum cauſis poſtea dicemus. l. rei iudicatæ. §. vltim. Nihilo probabilior eſt eorum opinio, qui putant dotem quidem compenſari, ac retineri non poſſe, fructus autem dotis poſſe. Quoniam exploratiſſimum eſt, huiuſmodi fructus dotem augere, nec de iis aliter, quam de ipſa dote, quam vxor dedit, marito iudicandum eſſe. l. ſi marito. §. ſi fundum. infra.

Quod in anno dicitur, poteſt dici & in ſex menſibus, ſi bis in anno fructus capiantur: vt eſt in locis irriguis: ſed & in pluribus annis idem dici poteſt, vt in ſylua cædua. Item ſi locatio agri talis ſit, vt ſuper annuam mercedem quinquennio quoque aliquid amplius præſtaretur: in eo enim quod amplius eſt, tempus ad quinquennium computamus.

Cum dicimus, *Eius anni fructus, quo ſoluitur matrimonium, diuidendos eſſe inter coniuges pro modo temporis, &c.* ideo anni mentionem faciamus, quod crebrius accidat, vt vnius anni cultura ad fructuum productionem neceſſaria ſit. Itaque ſi bifera terra ſit, ex qua bis in anno fructus capiantur, ſemeſtre tempus pro vno anno computabitur, eiuſque temporis fructus ſolum diuidentur: ſequentium vero ſex menſium fructus integri redderentur vxori. Eademque eſt ratio quinquennij, ſi forte quinto quoque anno fructus percipiantur velut ex ſylua cædua. Nam fructus totius quinquennij diuidentur pro rata parte temporis, quo matrimonium non vltimo anno, ſed quinquennio ſtetit. Quod ſi locatus ſit ager in quinquennium, vt veterum mos fuit, leg. ſi in lege. §. colonus. l. item quæritur. §. vltim. ſupra loca. l. ſi quis nec cauſam. ſup. de reb. cred. & conuenerit vt non ſolum annis ſingulis centum pendantur locatori, ſed vt quinto quoque anno aliquid amplius, puta decem præſtentur, quocunque tempore eius luſtri matrimonium ſolutum fuerit, illa decem inter maritum & vxorem diuidentur, quod quinque annorum fructus ſint. Vt igitur ſummatim omnia complectamur, eius temporis in hac eſt diuiſione habenda ratio, cuius temporis fructus eſſe videbuntur, ſiue annus ſit, ſiue aliud tempus anno, aut breuius, aut productius. Quod autem diximus: integri anni tempus non ſpectari, cum bis in anno fructus capiuntur, ſic accipiendum eſſe arbitror, cum eiuſdem generis fructus terra profert, puta tritici, aut hordei. Cuius rei exemplum refert Plin. lib. 17. ca. 4. In Chalcia, inquit, Rhodiorum inſula locus quidam eſt in tantum fœcundus, vt ſuo tempore ſatum demetant hordeum, ſublatumque protinus ſerát, & cum aliis frugibus metant. Proinde & ſi demeſſo tritico ſtatim ſeratur milium, (vt apud nos fieri conſueuit) non ideo ſolum bis in anno producere fructus recte dicetur. Nec puto biferam terram eo ſenſu veteres accepiſſe. Argumento eſt Virgilij locus, lib. 4. Geor. *Biferique Roſaria Paeſti.* & quod Grammarici in eum locum annotarunt. Adde quod cum locorum irriguorum hic meminit Vlpianus, ſatis demonſtrat de eiſdem fructibus hoc intelligendum: quandoquidem in locis nec irriguis nec admodum fertilib. poſt demeſſum frumentum, aliæ quædam fruges eodem anno capiuntur. Præterea fructus illos ſecundarios, nõ ſex menſium, ſed breuioris temporis eſſe videmus: cum tamen hic Vlpianus ſemeſtris tẽporis mentionem faciat, quaſi vtrique fructus tanto tẽpore producantur, ac binæ æſtates eodem anno ſint. Plin. lib. 6. ca. 17. Sed verba Plinij, quæ hunc locum illuſtrant, hic adſcribere præſtat ex lib. 18. c. 22. Ciuitas Africæ in mediis arenis, petentibus Syrteis Leptinque magnam, vocatur Tacape, felici ſuper omne miraculũ riguo ſolo. Ternis fere mille paſſ. in omnem partem fons abundat largus quidem, ſed certis horarũ ſpatiis diſpẽſatus inter incolas. Palmæ ibi prægrandi ſubditur olea, huic ficus, fico punica, illi vitis, ſub vite ſeritur frumentum, mox legumen, demum olus, omnia eodem anno, omniaque aliena vmbra aluntur. Quaterna cubita eius ſoli in quadratum, nec vt à porrectis metiantur digitis, ſed in pugnum contractis quaternis denariis venundantur. Super omnia eſt, biferam vitem, bis anno vindemiare. Et niſi multiplici partu exinaniatur vbertas, pereunt luxuria ſinguli fructus, &c. Quæri poteſt, Si arua alternis ceſſent (quod fieri præcipit Maro) quemadmodum diuiſio fructuum fieri debeat? Et cenſent plerique, biennium in diuiſione pro anno computãdum eſſe. Quæ ſententia non caret ratione: idemque non male dici poteſt, ſi vno anno frumentum ſeratur, altero lupinus, vicia, aut aliæ huiuſmodi fruges, quæ propter alia obiter ſeruntur, vt terram efficiant lætiorem. Plin. lib. 18. ca. 14. 15. 21. Verum de iis rebus agricolas, & rei ruſticæ peritos conſulere oportet, quoties iudicandum, ac pronunciandum erit: memineritq; ſemper iudex in hac diuiſione, *Quod æquius, melius*, ſpectandũ eſſe. l. penul. inf. Sufficit autem Iuriſconſulto, ſi ad eum referatur, quod de iure aperto reſpondere: Fructus diuidendos eſſe inter coniuges pro modo totius temporis, quo curantur, & colliguntur, ſiue annus, ſiue breuius aliquod longiúſve

Digitized by Google

longiuſve tempus ſit. Quanto vero temporis ſpatio fructus quærantur, ad Iuriſconſulti munus non magnopere pertinet, vt nos in reſponſum Scæuolæ demonſtrauimus.cap.122.tit.de verb.oblig. Ex his autem facile apparet cur Paulus dixerit, *Quod in ſementem erogatur, ſi non reſponderint meſſes, ex vindemia deducendum eſſe, quod totius anni vnus fructus ſit.* l.ſi fundus.§.vlt. infra. Nam licet illi fructus non eodem tempore colligantur, tamen quia eo tempore curãtur, eiuſdem temporis fructus habendi ſunt.§.non ſolum.infra.

Non ſolum autem de fundo, ſed etiam de pecore idem dicemus, vt lana ouium, fœtuſque pecorum præſtetur. Quare enim ſi maritus prope partū oues doti acceperit, item proximas tonſuræ, poſt partum, & tonſas oues protinus diuortio facto, nihil reddat? Nam & hic fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiũtur, rationem accipere debemus. In ſeruo quo anni ratio habetur: ſi in annum forte operæ eius locatæ ſint, præteriti temporis ad maritum, poſt diuortiū autem, ad mulierē operæ pertineāt.

Hic docet Vlpianus, verbum fructus, late accipi, cum diximus: *Inter coniuges matrimonio ſoluto fructus diuidendos eſſe.* Non enim eo verbo fruges tantum, quas terra fert, ſignificantur, ſed etiam fœtus pecorum, lana ouium, & alia huiuſmodi, quæ fructus extraordinarij dicuntur à Varrone in lib.2.de re ruſt.c.2. Item operæ ſeruorum, penſiones prædiorum, &c.

Quo curantur. Obſerua hanc rationem, quæ veluti regula quædam eſt, ad quam hæc diſputatio de diuiſione fructuum exigi debet. Plurimæ etenim quæſtiones hic agitari ſolent, quæ hac ratione animaduerſa non multum difficultatis habituræ ſunt.

De penſionibus quoque prædiorum vrbanorū idē eſt, quod in fructibus ruſticorū.

Mercedes habitationum proprie fructus non ſunt: quia non naturaliter ex re proueniunt.l.ſi nauis.ſup.de rei vindic. l. vſura.infra de verbor.ſignif.fructuum tamen loco habentur: ac ſicut fructus rei dotalis in contributionem veniunt, leg. mercedes.ſupra de pet.hær. l.prędiorum.ſupra de vſur. Itaque vulgo ciuiles fructus non inepte appellari ſolent, quod non naturaliter proueniant ex re, ſed tamen ciuili quadam ratione pro fructibus habeantur.

Si fundum viro vxor in dotem dederit, iſque inde arbores deciderit, ſi hę fructus intelliguntur, pro portione anni debent reſtitui. Puto autem, ſi arbores cæduę fuerint vel cremiales, dici oportere in fructum cedere: ſi minus, quaſi deteriorem fundum fecerit, maritum teneri. Sed ſi vi tempeſtatis ceciderint, dici oportet pretium earum reſtituendum mulieri, nec in fructum cedere, nō magis, quam ſi theſaurus fuerit inuētus. Nō enim in fructu cōputabitur, ſed pars eius dimidia reſtituetur, quaſi in alieno inuenti.

Cæduarum arborum, & cremialium, fructus recte dicuntur, ideoque quod ex eis cæditur, in contributionem venit. Alias autem arbores marito cædere non licet, nam in fructu non ſunt, ſicut nec cuicunque aut colono, aut vſufructuario.l.in fraudem. §.cōductor.de iure fiſci.l.item ſi fundi.l.ſed ſi grādes, de vſu. Qua ratione Antiſtites noſtri temporis, qui prædiorū ſacrorū arbores cædunt quotidie, ac ingentem inde pecuniam corradunt, non ſe adminiſtratores eorum bonorū, aut vſufructuarios, ſed compilatores, ac depopulatores eſſe oſtendunt, niſi ob iuſtam legitimamque cauſam id ab eiſdem fiat. Nec dubium eſt, quin huius dilapidationis nomine conueniri poſſint, & quicunque præterea ipſius hæredes extiterint: idque à nobis demonſtratum eſt in Iuris pontificij commentariis. *Cremiales.* Cremia à cremando dicuntur, vt quibuſdam placet. Suntque ſurculi tenues, ac aridi, qui facile comburũtur, l.ligni. infra de leg.3. Columel.lib.12.c.19. vnde cremiales arbores dictæ. Alij gremia, & gremiales legũt, cēſentque ſic dici, quod à ruſticis gremio deferri ſoleāt. *Si theſaurus.* Theſaurus in aliquo loco inuentus, cuius ſit, quæri ſolet. Nec difficilis eſt quæſtio, ſi aut in proprio fundo, aut in alieno ab aliquo inuentū eſſe proponamus. Inuētus enim in proprio fundo acquiritur inuentori: In alieno inuentus inter dominū fundi, & inuentorē diuiditur.§. theſauros.Inſti.de rer.diui. Maior dubitatio eſt de eo, quem quis in loco ſacro, religioſoque inuenit, propter conſtitutiones reſcriptaque Imperatorū, quæ cōtraria ac pugnantia reperiũtur: nēpe Hadriani, & M.Antonini, ac L.Veri Fratrum, quos Calliſtratus Diuos Fratres vocat. Hi namque ſtatuiſſe dicuntur, vt theſaurorum in locis ſacris, aut religioſis repertorum, dimidia pars fiſco vindicetur.l.3.§.ſi in locis, inſ de iure fiſci. Cōtra Hadrianus, vt inuentori omnino acquirantur. §. theſauros.Inſt.de rerum diuiſio. Quanquam hoc caput nō commemorat Spartianus, quo loco huius reſcripti meminit in Hadriani vita. Sunt qui negationem addant Calliſtrati verbis, veterum (vt aſſerunt) codicum fidem ſecuti. Quibus non temere aſſentiendum eſt, ſed illud Epicharmi potius retinendum: Neruos, atque artus ſapientię eſſe, *Non temere credere.* Exiſtimo autē hæc duo reſcripta adeo pugnātia eſſe, & cōtraria, vt nulla ratione cōciliari queāt. Nec ideo inſimulandus eſt Iuſtinianus, quaſi falſo ſcripſerit, nullā in libris ſuis antinomiā reperiri.l.2.C.de vete.iure enucl. Eſt enim vtrobique narratio quædā hiſtorica, ac idcirco pugnātia loqui exiſtimādus nō eſt, qui nihil conſtituit, ſed ab aliis ante conſtituta, quanquā ſibi inuicē diſſidētia, refert. Difficultas autem ex eo oritur, quod variis in locis hæc deſcripta ſunt, vt videri poſſit Iuſtinianus vtrunque reſcriptum à ſe recitatum probare, cui nec addere quicquam, nec detrahere voluerit. Sed iam ſæpe admonui, locos huiuſmodi, vt recte commodeque explicentur, perinde accipiendos eſſe, ac ſi vno atque eodem loco deſcripti eſſent. Cuius rei exemplum eſt apud Papinianum, cum ait, *Orationem Diui Seueri ad rerum donationem pertinere.* l.Papinianus.ſup.de don.inter vir. Qua de re ſupra ſatis fuſe diſſeruimus. Si igitur quis velit ea, quæ ſic diſſipata & diſiecta ſunt in iure ciuili, de theſauri inuentione diſponere, ac digerere (vt nos plerũque facimus, ac in poſterum nos facturos ſperamus) tametſi is de ſuo nihil omnino addiderit, nihil prorſus difficultatis reperietur, quæ quemquā remorari queat. Pone Iuſtinianum ita ſcripſiſſe: Hadrian. naturalem æquitatem ſecutus, theſaurum inuentum conceſſit inuentori. Sed Diui fratres conſtituerunt, vt media pars fiſco vindicetur. Quis tam ſtupidus eſt, vt non videat, quid ſequendum eſſe hic Iuſtinianus voluerit? Cum enim vtramque cōſtitutionem referat tantum, nec quicquam immutet, dubium non eſt, quin prior conſtitutio poſteriori cedere debeat.l.vlt.ſupr.de conſti.prin. Itaque hanc ſententiam Federicus Imper. conſtitutione quadam ſua poſtea confirmauit.tit.quæ ſint regal. vt iam obſcurum eſſe non poſſit, quid iudicando ſequi debeamus.

Quaſi in alieno inuenti. Obſerua, fundum dotalem mariti proprium non eſſe, ſed vxoris. Sed quemadmodum hoc accipi debeat, ante declaratum fuit.

Si vir in fūdo mulieris dotali lapicidinas marmoreas inuenerit, & fundum fructuoſiorem fecerit, marmor, quod cæſum, neq; exportatum eſt, mariti eſt, & impenſa non eſt ei præſtanda: quia nec in fructu eſt marmor: niſi tale ſi vt lapis ibi renaſcatur: quales in Gallia, & in Aſia. Sed ſi cretifodinæ, vel auri, vel cuius alterius materiæ ſint, vel arenæ, vtique in fructu habebuntur.

Dubium non eſt, quin maritus, ſicut quicunque vſufructuarius, lapicidinis & fodinis omnibus fundi dotalis fruatur. leg. item ſi fundi. de vſufru. l. ſi fundus. inf. Nam licet proprie dicantur fructus, qui producūtur è terra, & ſublati, perceptique redeunt per interualla, ac renaſcuntur: tamen in fructu habentur quoque, & quodam modo renaſci videntur, quæ ita abundant, vt deficere non poſſint: aut non cito, nec facile poſſint, cuiuſmodi ſunt lapides, & metalla. Proinde marito licet lapicidinam dotali fundo aperire, modo fundum deteriorem non faciat: marmorque ab eo cæſum conſtante matrimonio ipſi acquiritur, vt hic Vlpia. ait d. l. item ſi fundi.

Fructuoſiorem fecerit. Cum videret maritus valde ſterilem eſſe fundum dotalē, diligenter ſcrutando, fodiendo, qui lapicidinas tandem marmoreas inuenit. Itaque vberior cœpit eſſe reditus fūdi propter marmoris pretiū, quāuis fortaſſe nō renaſceretur. Nec aduerſatur huic interpretationi Priſci Iaboleni ſententia, ſi quis verba eius ſine cauillatione acceperit. leg. vlt. de fundo dota. Licet ex ea nōnulli colligant, aperta lapicidina, & cæſo lapide fundum ſemper deteriorem reddi, niſi lapis renaſcatur. Quod cum plane falſum ſit, & à communi ſenſu abhorreat, non iam dubiæ ſanitatis Priſcus (vt Plinius de eo ſcribit lib. 6. epiſt.) ſed demens omnino iudicandus eſſet, adeo temere reſpondens non de iure, ſed de eo, quod ruſtico cuiuis perinde notum eſſe poteſt, ac peritiſſimo Iurecōſulto. Cum enim ait Priſcus, *Non putare ſe fundum deteriorem eſſe, ſi tales ſunt lapicidinæ, in quibus lapis creſcere poſſit*, non negat profecto aliter contingere poſſe, vt fundus deterior non fiat.

Cæſum neque exportatum. Sufficit cæſum eſſe, quamuis exportatum & reconditum non ſit, vt acquiratur marito. Quod & de fruct. arbor. alibi dicitur. leg. ſi vſufructu. ſupra quibus mod vſuſfruct.

Mariti eſt. Diuerſum ius eſt in ea arbore, quæ nec cædua, nec cremialis eſt (vt ante diximus) cum tamen arbor huiuſmodi renaſcatur. Sed quia cædi marmor ſolet, in eoque verſatur marmoris vſus, & vtilitas, id ita conſtitutum eſt. Arbores grandiores ſalubritatis, voluptatis, ornatus cauſa ſolent in multos annos conſeruari. Inter lapidem autem & theſaurum ratio diuerſitatis obſcura non eſt.

Impenſa non eſt ei præſtanda. Impenſa hæc vtilis eſſe videtur. Alioqui falſo dictum eſſet, fundum fructuoſiorem factum eſſe. Quare mirum eſt, cur non præſtetur ab vxore, cum ea impenſa dotem minuat. toto tit. de impen. in reb. dot. fact. infra. Sed arbitror hunc locum accipiendum eſſe de ſumptu fructus quærendi cauſa tantum facto: quamuis ex ea re fortaſſis fundus in perpetuum redditus ſit fructuoſior. Conſtat enim huiuſmodi impenſam non repeti: vt poſtea docebimus. §. impendi. infra. Si quis obiiciat nobis Iabolenum exiſtimantem in eadem ſpecie impenſas vtiles præſtandas eſſe. leg. vlt. de fund. dot. Reſpondeo, Iabolenum de iure aperto, & generaliter reſpondere, quaſi regulam quandam tradendo de impenſis vtilibus, &c. Quæſtionem autem facti attingere ei viſum non fuit in ea ſpecie, in qua quæri poteſt quo conſilio ſumptus facti ſint. Sed Vlpianus ad conſilium ſumptum facientis reſpicere voluit (vti iam diximus) & vtiles intellexit, quæ ob perpetuam fundi vtilitatem principaliter factæ ſint, nec aliter Iabolenū ſēſiſſe credendū eſt.

Quia nec in fructu. Occurrit Vlpianus (niſi fallor) tacitę obiectioni. Poterat enim probabiliter quiſpiam obiicere, lapides cæſos in fructu eſſe, & in diuiſionem, contributionemque venire: de qua ante diximus: atq. ideo ſaltem deduci poſſe has impenſas, quamuis non repetantur. Sed Vlpia. ait, marmor in fructu non eſſe, niſi renaſcatur. Quibus verbis oſtendit, fructus proprie non dici, qui non renaſcuntur: nec in iis locum eſſe aut diuiſioni, aut impenſarum deductioni. Hoc enim commodum, quod fructus proprie non eſt, ſed pro fructu aliquando habetur, eius ſolum temporis eſt, quo percipitur, non anni antecedentis, ſicut fructus, de quibus ſupra locuti ſumus. Quare quod dictū eſt, *Rationem haberi fructuum quo tempore curantur, &c.* §. non ſolum. huic fructuum generi non poteſt conuenire, ſed aut mariti ſemper ſunt, aut mulieris. Ac idcirco de ſumptibus deducendis hic quærendum non eſt. Ex his conſequitur ſuperioris dicti hanc rationem ſolam non eſſe, *quia in fructu, &c.* Quod & vocula, *neq;* mihi ſignificare videtur.

Renaſcatur. In fructu ea proprie eſſe dicuntur, quæ perceptione ipſa non minuuntur: renaſcentibus videlicet aliis, & inperceptorū locum ſuccedentibus. Sed latius hoc verbum accipimus plerumque vtilitatis cauſa, vt referatur ad ea, quæ forte reparantur, licet renaſci nequeant, vt Senecæ verbis vtar, libro Epiſtolar. 18. & ex quibus aliquid commodi percipitur, ſalua quoquo modo rei ſubſtantia. Notandum ſane eſt arbores de quibus ſupra locuti ſumus, tametſi creſcant, ac renaſcantur, in fructu non eſſe, quia perfectionem ſuam non aſſequuntur, niſi longiſſimo temporis ſpacio: eademque cauſa lapidum, metallorum, & rerum huiuſmodi aliarum eſſe videtur. §. ſi fundum. ſup. Sed quid inter arbores, ac lapides interſit, attigimus ſupra.

In Gallia & in Aſia. Non ſolum in Gallia & in Aſia de quibus hic loquitur Vlpianus, ſed & in locis aliis lapides creſcere didicimus ex veterum lectione, idemque de metallis, ſale, aliiſque eiuſdem generis memoriæ proditum eſt. Plinius libro 36. cap. 18. idem Theophraſtus, & Mutianus eſſe aliquos lapides qui pariant, credunt. Idem eodem lib. capit. 15. Et inter plurima alia Italiæ miracula, ipſa marmora in lapicidinis creſcere author eſt Papirius Fabianus naturæ rerum peritiſſimus. Exemptores quoque affirmant compleri ſponte illa montium vlcera. Quæ ſi vera ſunt, ſpes eſt nunquam defuturam luxuriam, &c. Strabo lib. 5. Geogra. τοῦτο δὲ παράδοξον ἡ νῆσος ἔχει, καὶ τὸ τὰ ὀρύγματα ἀναπληροῦσθαι πάλιν τῷ χρόνῳ τὰ μεταλλευθέντα, καθάπερ τοὺς πλαταμῶνάς φασι τοὺς ἐν Ῥόδῳ, καὶ τὴν ἐν Πάρῳ πέτραν τὴν μάρμαρον, καὶ τοὺς ἐν Ἰνδοῖς ἅλας, οὕς φησι Κλείταρχος.

In fructu habentur. Hæc igitur omnia, quorum proprie fructus non eſt, niſi renaſcantur (vti diximus) tamen propter vtilitatem receptum eſt, vt habeantur in fructu: eiſque fruatur is, qui vſumfructum habet, leg. item ſi fundi. ſupra de vſufruct. Eademque ratio eſt aliarum huiuſmodi obuentionum. leg. vſufructu legato. ſupra de vſufruct. leg. vxoris meæ. de vſufruct. lega. Illud animaduertione dignum eſt, ſub alieno agro actis cuniculis, metalla effodi poſſe, ſi alias abſque domini vel fructuarij incommodo id fiat. Hoc enim ob publicam vtilitatem cōſtitutum eſt. leg. cuncti. l. quoſdam C. de metallar. etſi ratio iuris nonnihil repugnare videatur. leg. altius. Codic. de ſeruit. leg. Proculus. de dam. infect. Sed hoc ius ſingulare, ad res alias, in quibus non ſimiliter publica verſatur vtilitas, facile producen-

ducendum non eſt. leg. quod vero. de legibus. Cætera, quæ ad huius capitis explanationem pertinent, paulo poſt tractaturi ſumus, leg. ſi fundus. i fra.

Interdum marito de fructibus à muliere cauetur, & nihil retinebit, ſi fructibus ſtatibus fũdũ mulier recipiet: interdũ retinebit totum maritus, & nihil reſtituet: id eſt, ſi nõ plus erit, quam proportione eum retinere oportet: interdum vero reddet, ſi plus percepit, quam eum retinere oportet, eadem conditio erit, & ſi cum ſocero, vel cum herede alterutrius de dote agatur.

Subiicitur hic velut *ἀνακεφαλαίωσις* quædam ſuperius dictorum, cum aliqua tamen acceſſione. Nam interdum maritus fundum dotalem omnino reſtituit cum fructibus, cum videlicet fructus pendentes ſunt, qui pars fundi eſſe intelliguntur. leg. fructus pendentes. ſupra de rei vind. ſed exigitur à muliere, cui reſtitutio fit, cautio de ea portione fructuum reddenda, quæ competit marito, poſtquam percepti fuerint. Interdum maritus totum retinet, nec fructuum nomine quicquam reddit vxori, nempe cum integro anno ſte tit matrimonium, vel tantum impendit in dotem, vt nihil vxori præſtare debeat. Interdum vero partem retinet, & partem reddit, cum nondum finito anno ſolutum eſt matrimonium.

Cauetur. Hæc iudicialis cautio præſtatur marito, ab vxore ſecuritatis ſuæ cauſa, ſicut & viceuerſa maritus aliquando vxori cauet. leg. ſi filiofamilias. §. vlt. infra. Sed quæritur. An de ſatiſdatione debeat accipi, an de nuda tantum repromiſſione? Et verius eſſe exiſtimo, nudam repromiſſionem ab vxore exigi, non etiam dationem fideiuſſoris. Nam tameſi aliquando inter coniuges ſatiſdationi locus ſit. leg. ſi conſtante. §. quoties. infra. tamen in hoc caſu nec verba legis, nec ratio patitur, vt exigatur ſatiſdatio. Cautionis enim appellatione nuda ſtipulatio ſignificatur. leg. ſancimus. C. de verb. ſign. niſi aliud adiectum ſit. l. ſi mandato Titij. §. vlt. ſupra mand. l. 4. infra de fideicom. lib. vel niſi mens contraria euidenter oſtendatur leg. in omnibus. vbi not. ſup. de iudi. Præterea ſocietas, & coniunctio, quæ eſt inter coniuges. leg. 1. ſupra de ritu nupt. ſuadet, vt benignius hoc verbum interpretemur, quod & inter ſocios factum à Iuriſconſultis animaduertimus. leg. verum. ſupra ſocio. Exiſtimant aliqui, ſaltem obligationem bonorum, & hypothecam requiri. l. ſi filio, infra vt lega. nomi. cau. quod certi iuris non eſſe mihi videtur. Verum in hoc iudicio in quo maxime ſpectatur æquitas, id admitti poſſe, & ad iudicis officium pertinere arbitror, cum ea obligatio marito vtilis, nec vxori oneroſa, grauiſque ſit. Eademque æquitas poſtulat vt hæc cautio interdum remittatur vxori, & maritus fundum retineat: veluti ſi appetat meſſis, aut vindemia, ac fructus proxime non ſint colligendi. arg. l. ſi is à quo. infra, vt in poſſ. lega. Item ſi vxor fundum relinquere malit viro, quam vllo ſe vinculo cautionis obſtringere. l. hac dictali. C. de ſecun. nup. l. de bonis. §. qui pupillo. infra de Carbo. edict. Nam licet æquum bonumque ſit, quod hic Vlpianus ait, tamen in his ſpeciebus longe æquius ac melius eſt non caueri. Et huiuſmodi æquitatis comparatio ſemper in hoc iudicio locum habere debet, leg. pen. infra. Cic. lib. 3. Offi. Dubitatum eſt apud Accurſium, & reliquos Doctores ſcholaſticos, cum hoc iure fundus dotalis non ſtatim redderetur vxori, ſed annua, bima, trima, die, quorſum exigatur à muliere cautio? Si enim id verũ, eſt marito, donec collecti fuerint fructus, fundũ retinere licet. Sed falſum id eſt, verbiſque conſtitutionis Iuſtiniani, qua ius antiquum emendatur, contrarium. §. exactio. C. de rei vxo. act. Nã veteri iure iis exceptis, quę conſtabant, pondere, numero, aut menſura, res dotales ſtatim reddebãtur. l. cum in fundo §. ſi fundus. ſupra de iure dot. Quod & Vlpianus aperte exprimit in fragmentis Inſtitutionum, ti. de dote. Maior quæſtio eſt de compenſatione, quam Doctores vulgares hic mirantur, locum non habere. Videtur enim maritus iure compenſationis fundum retinere poſſe, pro fructibus, qui ſibi debentur. Sed illi abſurdum eſſe aiunt, vt res principalis pro acceſſione aliqua retineatur. Hincque colligunt, eum, qui ad recuperandam arcem nomine alterius ſumptus fecit, tamen eam retinere non poſſe, dum ſumptus refundantur. Ad quam ſententiam confirmandam, leges ad rem nihil pertinentes, ridicule admodum citant. leg. mater l. ſi mancipium. C. de rei vend. l. inciuile. C. de fur. Ego vero non dubito, quin compenſatio in huiuſmodi caſibus recipi debeat. l. ſumptus. l. in fundo. ſupra de rei vendic. idque ſatis perſpicuum eſt ex his. quæ ſupra diſſeruimus. §. ob donationes. Ideo autem hic non eſt locus compenſationi, ac retentioni fundi: quia per mulierem non ſtat, quo minus partem ſuam auferat maritus.

Impendi autem fructuum percipiendorum cauſa Pomponius ait, quod in arando, ſerẽdoque agro impenſũ eſt: quodque in tutelam ædificiorum, agrumve ſeruum curandum: ſcilicet ſi ex ædificio, vel ſeruo fructus aliqui percipiebantur. Sed hæ impenſæ non repetuntur, cum maritus fructum totius anni retinet, quia ex fructibus prius impenſis ſatisfaciendum eſt. Plane ſi nouá villam neceſſario extruxit, vel veterem totam ſine culpa ſua collapſam reſtituit, erit eius impenſæ petitio. Simili modo & ſi paſtinum inſtituit. Hæ enim impenſæ, aut in res neceſſarias, aut inutiles cedunt, pariúntque marito actionem.

Hic explicat Vlpianus quod ante dictum fuit *In fructuum diuiſione ſumptus deducendos eſſe.* hac lege, in principio. Ait enim, impenſas, ſiue ſumptus hic accipi, qui fructuum gratia fiunt. Nam ſi quid impenſum ſit in rem dotalem, non propter fructus, ſed ob perpetuam rei vtilitatem, id non compenſabitur cum fructibus, ſed repetetur ab vxore, eoque nomine actio marito dabitur. Vtilius autem eſt marito repetitionem fructuum habere, quam compenſationem, ſiue deductionem: quia fieri poteſt, vt nullos fructus producat ager, aut fructuũ quantitas ſumptibus minor ſit. Ac certum eſt, ex fructibus alterius anni ſequentis nihil deducendum eſſe. leg. ſi fundus. § quod in ſementem. infra. De ſumptib. autem, qui in fructus fiunt, duo notanda ſunt. Vnum eſt, hos ſumptus compenſari cum fructibus ac fructus minuere, quatenus probabilem modum non excedunt. leg. inter quos. §. vlt. infr. de damno infect. Id enim æquitati conſentaneum eſt. & veterum de re ruſtica præceptionibus, qui nihil minus expedire dicebant quam agrum optime colere. Alterum eſt, ſi per obliuionem aliquam, errorémve dos reſtituta abſque ſumptuum deductione fuerit, cõdictionẽ, repetitioneq. marito cõpetere, vt recte mihi Zaſius ſenſiſſe videtur. arg. l. ſed ſi me puté. ſup. de cond. inde.

In tutelam ædificiorum. Hoc exemplum videtur conuenire ſumptibus, quæ ad perpetuam rei dotalis vtilitaté fiunt, quoniam abſque hac tutela & curatione res dotelis ſalua eſſe non poſſet. Sed & exemplum de paſtinatione (quod poſtea ſequitur) ad fructus quoque

quærendos pertinere dici poteſt: vt mirum ſit hæc exempla ab Vlpiano confundi. Sed animaduertere debemus ſæpenumero contingere, vt ob impenſas fructuum quærendorum cauſa factas, ager fructuoſior ac vtilior reddatur, & viceuerſa, vt impenſæ, in fundum ipſum principaliter factæ ad fructus quærendos proſint. Nec dubium eſt, quin ſpectare debeamus, quod principaliter actum eſt l. vlt. infra, de impen. in reb. dot. Quod ſi id non appareat, ex genere, & magnitudine impendiorum æſtimabitur l. pen. infra de impen. in reb. dot. fact. Vt (exempli gratia) modicam refectionē ędificij ad fructus quærendos factam interpretabimur. Ideoque talis impenſa ex fructibus tantum deducetur. Magna vero impenſa in extructionem villę facta repetetur ab vxore, ac dotem minuet. dicta l. pen.

VIII. PAVLVS LIB. VI. AD SABINVM.

SI fundus in dotem datus ſit, in quo lapis cæditur, lapicidinarum commodum ad maritum pertinere conſtat, quia palam ſit, eo animo dediſſe mulierem fundum, vt is fructus ad maritum pertineat, niſi contrariā voluntatem in dote danda declarauerit mulier.

Fundo in dotem dato, in quo lapicidinę ſunt, marito licet inde lapides cędere, quamuis non renaſcātur forte, atque ideo in fructu eſſe non proprie dicantur, vt ſupra annotauimus, §. ſi vir. Nam omne emolumentū, commodumque ſolitum ex re capi, pro fructu habetur, & ad maritum pertinet. l. item ſi fundi. ſupra de vſufru.

Quia palam ſit. Credibile eſt, mulierem, quę ſimpliciter, & abſque vlla declaratione voluntatis fundum dat in dotem, in quo lapides cędi ſolent, velle vt maritus lapides cędendi ius habeat. Quo caſu dicuntur fructus eſſe benigniori interpretatione: alias in fructu nō habentur. Ac idcirco recte Pomponius ait, nummos ex venditione huiuſmodi lapidum dotis fieri. l. ſi ex lapicidinis. ſupra de iure dot. Nam Pomponius loquitur aperte de lapidibus, qui fructus non ſunt, vt & in hac ſpecie contingit, & in pleriſque aliis: veluti ſi lapides cęſi ſint, ante dotem conſtitutam, &c.

Mulier. Pactum quo conuenit inter coniuges, vt vir lapides non cędat ex lapicidinis, valet: quia poteſt forte maritus alios fructus ex dotali fundo percipere. Si vero nihil aliud in dotem datum eſſet, vnde onera matrimonij ſuſtinere poſſet maritus, ratum non eſſet hoc pactum. leg. 4. de pact. dot.

Quod in ſementem erogatur, ſi non reſponderint meſſes, ex vindemia deducetur: quia totius anni vnus fructus eſt.

Impenſa deducitur ex fructibus totius anni confuſe adeo, vt quod in vnam ſpeciem fructuum impenſum eſt, ex aliis quoque recte deducatur. Quod ſi duorum annorum fructus ſint, huic confuſioni locus non erit. Idemque dicendum & in duorum ſemeſtrium fructibus, ſi bis in anno ager fructus ferat. Quo caſu ſingula ſemeſtria pro ſingulis annis computantur, vt ſup. diximus. §. quod ſi in anno. Nihil autem referre puto an vnius, an diuerſorum prędiorum fructus ſint: cum iuris noſtri auctores hac diſtinctione nuſquam vſos eſſe comperiam. Etſi enim diuerſa ſint prędia, dos tamen vna, fructuſque vnus eſt. l. 1. de dote prælega. Nec eadem ratio prędiorum eſt, atque annorum: vt quidam hic cenſuerunt, tametſi receptior ſit contraria opinio. Adde quod hęc ſententia ęquitati magis conuenit, & ad ęqualitatem, quæ inter coniuges in hac diuiſione obſeruari debet, magis accedit: *Quod enim æquius, meliuſque eſt*, in hoc iudicio ſequimur. l. pen. inf.

IX. POMPONIVS LIB. XIIII. AD SABINVM.

SI mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam, maritus præſtare debet: ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur. Fructus tamen, qui perueniſſent ad virum, redduntur.

Tametſi maritus dolum, & culpam in rebus dotalib. pręſtare debeat, leg. etiam. §. 1. infra: tamen ſi per mulierem ſteterit, quo minus dotem reciperet, maritus ob culpam & negligentiam non tenebitur. Nam ſi negligere fundum dotalem impune ei non liceret, colonus mulieris perpetuus quodam modo eſſe cogeretur. Eſtque hic locus communis de mora creditoris obſeruatione dignus, de quo & in locis aliis tractatur. leg. ſi per emptorem. ſupra de per. & commo. rei vend.

Quominus dotem reciperet. Hęc mora interpellationem & oblationem mariti requirit, ſi vel prius mulier ab eo petiit dotem, vel lapſum eſt tempus, quo ſolui debuit. leg. magnam. C. de contrahen. & commit. ſtipula. leg. 2. C. de iure emphyteu. Sed quæritur, An ſufficiat, verbo offerre & profiteri ſe paratum eſſe quod debetur ſoluere. Et vulgo traditum eſt, rem, quę debetur, offerendam ac pręſentādam eſſe creditori. Id enim verbum Offerre, hic ſignificat. leg. qui decem. §. idem reſpondet. infra de ſolutio. leg. parui ſupra de condict. fur. Quod eſt accipiendum ſi talis res ſit, quę pręferri ad creditorem, & ei pręſentari poſſit. Nam ſi fundus debeatur, aut alia res huiuſmodi, quam ſe paratum ſoluere debitor teſtetur, mora per creditorem facta intelligitur. Nouel. 91. authen. vt exact. inſtan. dot. Idem dicendum eſt & cum certa liquidaque non eſt pecunia, quę debetur, pendetque certitudo ex rationum computatione inter debitorem & creditorem. Quo caſu ſi debitor ſoluere paratum ſe dicat, quod deberi apparuerit, arbiter, apud quem computatio fiat, dabitur. leg. ſi reſiduum. C. de diſtract. pign. Cum igitur res ea eſt vt ad creditorem perferri queat, nec vlla incertitudo oblationem impedit, verba nuda non ſufficiunt, quibus ſoluere ſe velle debitor fateatur, niſi forte appellatus creditor reſpondeat, eam rem (ſi ad ſe perferatur) acceptarum non eſſe, vt plerique hic ſentiunt, quorum opinio æquitate magis, quam certo iure nititur. Adde, ne oblationem quidem rei ſufficere videri, niſi eam inſpicere poſſit creditor, & omnino intelligere quid ſibi offeratur. Itaque receptum eſt, pecunię numerationem eſſe neceſſariam, ſi pecunia debeatur, nec liberari creditorem, ſi in folle aut ſacco incluſam offerat. leg. cum ſeruus. de condit. & demonſt. leg. 1. §. ſi ciſta. ſupra, depoſi. tractari ſolet, an pręter oblationem rei debitę, depoſitio eiuſdem ſit neceſſaria? Et certum eſt, eam neceſſario ad plenam liberationem requiri. leg. obſignatione. C. de ſolu. l. acceptam. C. de vſur. Nam ſi rē ſibi oblatam accipere noluerit creditor, ita demum debitor liberatur, ſi poſt eam oblationem res amiſſa ſit. leg. qui decem. in princ. infra de ſolu. Proinde ſi velit debitor omnino liberari, neceſſe eſt. vt rē, quę oblata eſt, obſignatā ſignis, & annulis ſignatorū, in loco ſacro, aut

publi-

blico deponat.leg.vltim. ſupra de lege commiſ. dicta leg. acceptam Conſtat tamen, ſi fundus, aut alia res immobilis debeatur, hac ſolemni depoſitione opus non eſſe, quæ in rebus ſoli locũ habere non poteſt. Nouel. 91. titu. vt exactio. inſtan. dot. Itaque ſi agrum dotalem fuiſſe hic ponamus, vt ex verbis Pomponij ſatis apparet, maritum omnino liberari non male dici poteſt, ſimulatque ſe velle fundum vxori reſtituere teſtatus fuerit: quia nihil amplius efficere poteſt. Nec me mouet, quod adhuc conueniri poteſt, ſi dolum malum admiſerit, aut fructus perceptos detineat: quia ne depoſitio quidem illa ſolemnis ita debitorem liberat, vt ex huiuſmodi cauſis nõ conueniatur. dicta leg. acceptam. de vſu. Quod ſi ſpecies alia, quæ mobilis ſit, aut pecunia, in dote eſſe dicatur, ſola quidem oblatione non liberabitur omnino maritus, ſed ita demum, ſi poſt oblationem res amiſſa ſit. Qua in re ſolet diſtinctio adhiberi. Sed longius à propoſito euagari nolumus. An aũt oblatio ſimplex pecuniæ debitæ, abſq. depoſitione & obſignatiõe de qua iã diximus, curſum vſurarũ ſiſtat, quæſtio eſt iuris controuerſi, de qua nos alio in loco magis idoneo diſſeremus. leg. qui Romæ. §. Seia. de verb. oblig. *Non etiam culpam.* De culpa lata non poſſunt hæc verba accipi: quia cum ea culpa dolo comparetur, quiſquis dolum præſtat, eam quoque præſtare debet. leg. 1. ſupra, ſi men. fal. mod. dixe. l. quod Nerua. ſupra, depoſi. Dicitur autem culpa quædam lata eſſe, alia leuis, alia leuiſſima, de quibus tractatum eſt à nobis fuſius in commentario de in litem iurando Culpa lata dicitur (vt craſſius aliquanto, ſed apertius rem explanemus) cum quis non ad eum modum, quem communis hominum natura deſiderat, diligens eſt. dict. leg. quod Nerua. & in eo peccat, atque errat, quod omnes homines vulgo intelligunt: leg. latæ. de verborum ſignifi. vt ſi quis rem ideo amiſerit, quod noctis nõ tẽpore, eam dimiſerit in via publica, & cauſetur, ſe nõ putaſſe quenquam ablaturum eſſe. Hæc enim culpa, licet machinatio non ſit, fraudandi, decipiendique alterius cauſa adhibita, ideoque à dolo diſtingui ſoleat. leg. 1. de dolo ma. tamen adeo diſſoluta, ac intolerabilis eſt, vt merito comparetur dolo malo, & æque ac dolus malus, præſtetur. Et quia à communi hominum natura abhorret, vix creditur fraude, & malo animo carere, qui huius culpæ arguitur. Sed ſi appareat, ex coniecturis dolum malum abeſſe, vt (exempli gratia) ſi forte nihilo diligentior eſſe ſoleat in ſuis rebus, &c. quamlibet lata negligentia pro dolo non habebitur. dicta leg. quod Nerua. Leuis culpa dicitur, cum quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias vitare potuiſſet, licet tam perdite negligens forte nõ ſit, vt à cõmuni hominũ more, & ratione viuendi, alienus omnino videatur, veluti ſi rem pretioſam, & quæ facile intercipi poterat, non condiderit in arca, ſed in media domo cuiuis expoſitam dimiſerit. leg. cum res §. culpa. de lega. 1. l. quicquid. Cod. arbi. tute. Leuiſſima culpa eſt, cum mediocrem quis diligentiam adhibuit, ſed culpam admiſit, in quam vir diligentiſſimus non incidiſſet: vt, ſi rem in arca reconditam, & occluſam, arte aliqua fur abſtulerit. Nam furtum inter fortuitos caſus non numeratur, ſi quoquomodo id effugere licuerit. leg. cum duobus, §. damna. ſup. pro ſoc. Fortuiti. n. caſus ſunt, quos nullũ humanũ conſilium præuidere poteſt. leg. 2. de admi. rerum ad ciuit. perti. Hi autem gradus culpæ docendi cauſa ſic à nobis diſtinguuntur, cum tamen certiſſium ſit, nulla certa iuris diffinitione eos comprehendi poſſe, ſed iudicis arbitrio relinquendos eſſe potius, qui pro re nata grauitatem, & magnitudinem culpæ ex circumſtantiis æſtimabit. argum. leg. mora. de vſur. Circa hanc culpæ diuiſionem argumentantur Scholaſtici Doctores, eonanturque omnia hæc culpæ genera exacte diffinire. Verum inanis eſt, atque inutilis hic labor, cum res aliter commode explicari, atque intelligi poſſit. Sed de hoc vitio, quod Galenus [illegible] vocat, opportunius alio in loco dicturi ſumus Vt igitur eo redeamus, vnde digreſſi ſumus, maritus à culpa non lata, quæ dolo proxima eſt, ſed leui tantum hic excuſatur. Quod de negligentia accipiendum eſſe inter omnes conuenit, cum marito poſt moram mulieris fundum negligere liceat. Nam ſi quid dãni dederit maritus in re dotali, quamuis leui culpa tantum, aut etiam leuiſſima, dubitandum non eſt, quin actione legis Aquiliæ vt quiuis alius extraneus. conueniri poſſit. leg. in lege Aquilia. ſup. ad leg Aquil. Quæ actio ad fructum tantum, non etiam ob negligentiam competit. leg. ſi cuius. §. denique. ſupra de vſufruct. Quod autem obiiciunt quidam ex Paulo, *Venditorem fundi, etiam ante quam emptor in mora fuerit, impune fundi culturam negligere*, id proculdubio huic Pomponij dicto aduerſaretur, ſi verum eſſet. Nihil enim refert, an res mea ſit, an mihi debita tãtum, quam alius negligit, vt falſo nonnulli opinantur. l. ſi ſeruum. in prin. inf de verborum obl. Sed quia Paulus de venditore aperte loquitur, cuius nulla culpa arguitur, ſatis oſtendit vel in mora fuiſſe emptorem, vel aliam fuiſſe iuſtam cauſam, cur venditor fundi culturam omitteret. l. venditor ex hæreditate. ſup. de hæredi. vendi.

Fructus tamen. Maritus ad fructus tenetur, non tantum quos percepit, ſed etiam quos percipere potuit. not. in leg. videamus. de vſu. Verum propter moram mulieris, eos demum reſtituere cogitur, quos percepit. Alia cauſa eſt hæredis, à quo petitum fideicommiſſum non eſt, quandoquidem fructus, quos interim percepit, culpa non petentis fideicommiſſarij, non cogitur ei reſtituere. leg. mulier. §. ſi hęres. infra ad Trebel. Hæres enim interim dominus eſt, adeo vt ne reſtituta quidem hæreditate, hæredis nomen amittat. Vxor autem eſt domina rei dotalis, pręſertim poſt ſolutum matrimonium, nec quicquam iuris in dotem habet maritus. l. in rebus. C. de iure dot.

X. IDEM LIBRO XV.

AD SABINVM.

SI ab hoſtibus capta filia, quæ nupta erat, & dotem à patre profectam habebat, ibi deceſſit: puto dicendum, perinde omnia obſeruanda, ac ſi nupta deceſſiſſet, vt etiam ſi in poteſtate patris non fuerit, dos ab eo profecta, reuerti ad eum debeat.

Cum filia emancipatur à patre, dos profectitia, quæ communis erat ei cum patre (vt ſupra diximus) l. 2. §. quod ſi in patris. ipſius propria efficitur. leg. ſi cum dotem. §. eo autem tempore. infra. At ſi patri ſuperſtes fuerit, dos in ipſam (quamuis hæres forte non ſit) omnino transfertur. Idque ius ſingulare eſt, propter fauorem dotis. §. videamus. C. de rei vxor. actio. Quid igitur dicemus, ſi filia ab hoſtibus capta apud eos deceſſerit? quo caſu & Pomponius ait dotem reuerti ad patrem debere, quamuis filia tempore mortis in poteſtate patris non fuerit. Fingit enim lex Cornelia eam, quæ apud hoſtes deceſſit, ante captiuitatem deceſſiſſe. leg. Cornelia. infra de teſta. Quod tametſi vere dicatur, tamen puto vel ſola veritate inſpecta dotem patris eſſe. Nam filia à patris poteſtate liberata non eſt, cum ius liberorum adhuc pendeat. §. ſi ab hoſtibus. Inſtitut. quibus modis ius patriæ poteſtatis ſol. & ſui iuris

per hanc captiuitatem minime fiat. Itaque nulla hic ratio eſt, cur à cōmuni iure recedamus, quo dos à patre profecta, poſt mortem filiæ ad patrem reuertitur. l.dos à patre.C.ſolu.mat.

Si vir vxorem ſuam occiderit, dotis actionem hæredibus vxoris dandam eſſe, Proculus ait, & recte. Non enim ęquum eſt, virum ob facinus ſuum dotem lucri facere. Idémque & ex contrario ſtatuendum eſt.

Maritus dotem lucratur aliquando, nec cogitur eam reſtituere ſoluto matrimonio, veluti ſi pactum de ea re factum fuerit. l.ex morte.C.de pact. conuen. quod eſt accipiendum, niſi hac ſpe fretus vxorem interfecerit. Interfeciſſe autem videtur, & qui infirmam neglexit, & qui aut nullum fortaſſis, aut malum, imperitumque adhibuit medicum, eum bono, probatoque vti non incommode poſſet. leg. ſi ſeruum.de verborum oblig. l. 3.infra, de iis quibus vt indig.leg.quod ſi nolit.§.ſi mancipium ſupra de ædil.edict. leg.necare.de lib. agnoſc. Nec multum refert an vxor in adulterio deprehenſa ſit à marito, necne, quoniam vxorem adulteram impune non occidit maritus, quamuis ob iuſtum dolorem, quo ad eam occidendam concitatur leuius, mitiuſque puniri ſoleat. leg.ſi adulterium. §.Imperatores. ad legem Iuliam de adult. Itaque verius exiſtimo, ſi lex municipalis, aut vetus conſuetudo vxorem adulteram interficere marito permittat, vt in Italia, Germaniaque, eum nihilominus dotem omnimodo lucrifacere. Idque ſatis demonſtrant Pomponij noſtri verba: *Non enim æquum eſt virum ob facinus ſuum dotem ſperare lucrifacere.* Nullus enim facinoris, ac ne culpæ quidem argui poteſt, qui lege permittente hominem interficit. l.Gracchus.C.ad l.Iuliam de adult. Et quod nōnulli aiunt, ſi maritus ex pacto, & conuentione dotem lucretur, ideo hoc lucrum ob cædem vxoris ei auferendū eſſe, quod veriſimile non ſit, mulierem, cum paciſceretur, ita ſenſiſſe, cuius mentem ac voluntatem hic ſpectare debemus, argum. leg.non omnis.ſupra de rebus credit. id me à ſententia mea abducere non poteſt. Nā ſi coniecturis verum quærere hic volumus, in dubium præſumenda eſt mulieris voluntas iuri conſentanea. Nec veriſimile eſt, mulierem, ſi in mentem ei veniſſet, id excepturam, quod ſine turpitudine, & affectari ſperatique adulterij ſuſpicione, excipi nō potuit: quodq. pudica, caſtaque mulier, & nullo vnquam probro ſe contaminatura, exceptum nollet. Sed nec magis nos commouet eorum ratio, qui dicunt, maritum vxorem interficiendo, ac ius quodam modo ſibi dicendo, dotis lucrum remiſiſſe videri, idque eius exemplo, qui poſtquam furem ad magiſtratum deduxit, furti amplius agere non poteſt ex Iuliani ſententia. l. interdum fur.§. qui furem. infra de furt. Vereor etenim, ne Iuliani ſententia non recte ab eis percepta ſit. Itaque quia ſubdifficilis eſt ille Iuliani locus, nec ab vllo adhuc explicatus, meo iudicio, libenter feci vt meam hic opinionem exponerem. Ait Iulianus: *Qui furem deducit ad Præfectum vigilibus vel ad Præſidem, exiſtimandus eſt elegiſſe viam qua rem perſequeretur. Etſi negotium ibi terminatum eſt, & damnato fure recepta eſt pecunia ſublata in ſimplum, videtur furti quæſtio ſublata: maxime ſi non ſolum rem furtiuam fur reſtituere iuſſus fuerit, ſed amplius aliquid ei eum Iudex conſtituerit. Sed etſi nihil amplius quam furtiuam rem reſtituere iuſſus fuerit, eo ipſo quod in periculum maioris pœnæ deductus eſt fur, quæſtionem furti ſublatam eſſe.* Cum igitur quis furem apprehendit, eumque deducit ad Magiſtratum, & conqueritur de furto ſibi facto, quæritur primum, An videatur ciuiliter agere, an criminaliter? id eſt, an ad proprium commodum, an ad vindictam publicam, vt docui lib. 1. Diſput. cap. 35. Nam pro furto vtroque modo poteſt agi, nempe ciuiliter ad repetendam rem condictione furtiua, & actione furti ad pœnam dupli, vel quadrupli. Criminaliter vero accuſatione extraordinaria, vt in furem animaduertatur extra ordinē. l. vlt.de furt. l.vlt. de priua.edict. Ad quæſtionem igitur propoſitam reſpondet Iulianus, eum, qui furem deducit ad Præfectum vigilib. cuius erat de furibus cognitio. l.3. ſupra de offic.præfect. vigil. vel ad Præſidem, qui in prouincia omniū Romæ magiſtratuum partibus fungitur, d. l. de omnibus leg. omnia. l.illicitas. §. vlt.de offic. præſid. exiſtimandum eſſe, elegiſſe viam, qua rem perſequeretur, id eſt, non qua vindictam publicam animaduerſione extraordinaria, ſed priuatum commodum potius perſequeretur. Alioquin ciuiliter agere poſtea non prohiberetur tit.C.quando ciui.actio crimin.præiud.leg.vlt.de furt. Non enim in crimen ſubſcribit, nec accuſationis ſolennia ſeruat d.l.vltim.de priua.delict. ſed de furto ſibi facto querimoniam defert apud Magiſtratum, &, vt plerunque ſolet, ius ſibi reddi poſtulat Magiſtratus arbitrio. Deinde quæritur, damnato fure à Magiſtratu: & recepta pecunia ſublata in ſimplum tantum, nō etiam in duplum aut quadruplum, an actio furti ad pœnam recte intendatur? Dubitationis hæc eſt cauſa, quia qui condictione furtiua rem ſuam conſecutus eſt, poſtea nō prohibetur actione furti pœnam legitimam perſequi. leg.ſi pro furto.de condict.furt. Tamen hic Iulianus ait, damnato fure apud Magiſtratum quæſtionem furti ſublatam eſſe: id eſt, de furto amplius quæri non poſſe, & maxime ſi pręter rei furtiuæ reſtitutionem, aliquid amplius in furem iudex conſtituerit. Quod ſi nihil amplius à fure exactum eſt eo iudicio, furti quoque quæſtionem in hoc caſu ſublatam eſſe Iulianus ſcribit, quia ius omne ſuum coram Magiſtratu deduxiſſe videtur is, qui furem detulit, & totum negotium arbitrio Magiſtratus ſubieciſſe, qui nulla formula adſtrictus fuit, ſed aut mitius, aut acerbius furem punire potuit. Alia cauſa eſt eius, qui iure ordinario apud iudicem experitur, condictione ſcilicet furtiua, in quo iudicio non omne ſuum ius deducit, ac ne id quidem poteſt propter formulam, quam iudex additus huic iudicio à Prætore accipit. Proinde nihil impedit quo minus rem ſubreptam conſecutus, formulam, atque iudicem, pœnæ quæ ſupereſt, nomine impetret. Hæc noſtra eſt de Iuliani dicto ſententia, ex qua ſatis apparet nihil ad rem, de qua hic diſputamus, id pertinere.

Hæredibus vxoris. Mirum videtur pleriſque quod hic Pomponius dicat, vxoris interfectæ hæredibus, dotis actionem competere. Videbatur enim potius dos fiſco vindicanda eſſe, quia ſe indignum præſtitit maritus, vxorem interimendo. Nam cum maritus vxoris ab alio interfectæ mortem non vlciſcitur, dotem ei, tanquam indigno, ablatam vindicat fiſcus, vt Seuerus reſcripſit. leg. ei, qui mortem. infra de his, quibus vt indig. leg. cum mortem. de iure fiſci. Sed meminiſſe debemus Iureconſultos veteres, Ius ſingulare quod præſertim fiſci locupletandi gratia contra rationem Iuris conſtitutū eſſe intelligebant, interpretatione ſua extendere, & ad conſequētiam producere ſolitos non fuiſſe, vt mirū nō ſit, ſi in hac ſpecie Pomponius rationem iuris, quam reſcripti Principalis exemplum ſequi maluerit. leg. quod vero. leg. ius ſingulare. ſupra de legibus. Inuidioſæ ſiquidem erant huiuſmodi conſtitutiones, ac iuris prudentibus non immerito diſplicebant, vt ſatis colligitur ex conſtitutione Iuſtiniani de caducis tollendis, & nos poſtea docebimus tit. quand. dies lega. Itaque ſingulos caſus iure expreſſos, in qui-

bus

bus fiſco res vindicatur, obſeruare debemus, nec à certo iure prætexta æquitatis, aut humanitatis alicuius iudicando recedere. l. 1. C. de legibus. Quamuis enim durum id fortaſſis videatur, tamen ita ſcriptam eſſe legem ſufficit, vt Martiani verbia vtamur. leg. proſpeait. infra qui & à quibus ma. libe. Verum ſi ſpecies noua occurrat, quamuis ſorte ei, de qua lex loquitur, ſimilis videatur, tamé iuris communis rationem nos iuri ſingulari anteponere non dubitabimus. Hinc Modeſtinus ait, *ſe non putare, eum delinquere, qui in dubiis quæſtionibus contra fiſcum reſponderit.* l. non puto. infra de iure fiſc. Et animaduertimus cum de lucrorum nuptialium amiſſione agitur, modo ex ſimpliciter vindicari fiſco, vt cum maritus vxoris mortem vltus non eſt: dict. l. ei, qui mortem; modo hæredibus omnino acquiri, vt cum quis vxorem ſuam interfecit: interdum fiſco quidem ea vindicari, ſed cum aliqua moderatione & exceptione, veluti cum mulier intra annum luctus nubit. l. 1. de ſecund. nupt. Cæteri qui hunc locum ante nos interpretati ſunt, varias diſtinctiones comminiſcuntur, ſed in luto (vt vulgo dicitur) hærent.

Ex contrario. ſi vxor maritum occiderit, vt rem ſibi propter nuptias donatam obtineat.

XI. IDEM LIB. XVI. AD SABINVM.

SI alienam rem ſciens mulier in dotem dederit, reddenda ei eſt, quaſi ſuam dediſſet, & fructus quoque pro portione anni, quo diuortium factum eſt.

Mulier dotalem rem petens ſoluto matrimonio, nõ ideo minus eam cõſequetur, quod alius quiſpiam eius rei dominus eſſe dicatur. Non enim in hac rei vxoriæ actione, vel ſi mauis, ex ſtipulatu de dominio rei quæritur, ſed mulier rem ſibi reddi poſtulat, quam marito in dotem dedit. Aliud dicendum videtur, ſi mulier dotem ſuam à marito, vt poſſeſſore, vindicet. l. in rebus. Cod. de iure dot. Cum enim agẽs in rem mulier ſe dominam eſſe dicat, dubitandum non eſt, quin reus alienam rem eſſe contendens intentionem eius excludat. l. vlt. Cod. de rei vendi. Quandoquidem fieri non poteſt, vt duo eiuſdem rei domini ſint in ſolidum. l. ſi vt certo. §. ſi duobus. ſupra, commoda. Contingit tamen aliquando, vt rem vindicans dominium probare non cogatur, nec aduerſarius audiatur, docere volens petitorem dominum non eſſe, vt puta cum quis ſpatio longiſſimi temporis poſſedit rem. nec ab initio bonam fidem habuit. Nam licet alias eam à poſſeſſore nõ poſſit vendicare, ſed tantum retinere, ac tueri ſi poſſideat, tamen aduerſus violentum poſſeſſorem recte agit, nec poteſt ei obiici quod dominus non ſit. leg. ſi quis emptionis. §. ſed hoc de illis. Cod. de præſcrip. long. tempo. Sed miſſas faciamus in rem actiones, quæ ad rem noſtram non ita valde pertinent, & de in perſonam actionibus videamus. In quibus illud quæritur, An is, qui ab alio cauſam habet, eum agentem ſummouere poſſit, ſi vel ſe, vel quemuis alium eius rei, quæ petitur, dominum eſſe contendat? Et receptum eſt in primis in iis contractibus, in quibus tranſlatio dominij neceſſaria eſt, & dantem dominum eſſe oportet, huiuſmodi exceptione agentem ſummoueri poſſe. Exemplum eſt in mutuo, ad cuius ſubſtantiam res accipientis fieri debet. l. 2. ſupra, de rebus credi. Nam ſi quis mutuam mihi pecuniam dederit, quam à me repetat, poſſum ei obiicere pecuniam non eius, ſed meam, aut alterius cuiuſpiam eſſe, ſicut in rei vindicatione fieri diximus. Hoc tamen inter vtramque actionem intereſt, quod in rei vindicatione petitor ſe dominum eſſe probat, quoniam id intendit. At in actione ex mutuo, actor pecuniam ſuam eſſe non cogitur docere, ſed aduerſario excipienti incumbit probatio, iuxta vulgarem de probationibus regulam. l. 2. l. in exceptionibus. ſupra de probat.

Obiecerit forte aliquis reſcriptum Imperat. Diocletiani, in quo dicitur, *Non vnde originem pecunia, quæ mutuo datur, habet, requirendum eſſe.* leg. non vnde origineni. Cod. ſi certum peta. Cui reſpondeo, non cogi petitorem, originem rei, dominiúmve oſtendere: ſufficit enim ei docere, ſe pecuniam quaſi propriam numeraſſe, tametſi aduerſarius non agentis propriam fuiſſe, ſed potius alienam probare poſſit, vt iam diximus. Sane in quibuſdam caſibus mutuum de aliena pecunia contractum poſtea conualeſcit, veluti ſi conſumpta ſit, aut vſucapta. l. nam etſi fur. ſupra de rebus credi. l. indebiti. §. ſed etſi nummi. ſupra de condi. indeb. Sed alienior eſt ab inſtituto noſtro hæc diſputatio. Ad alios contractus tranſeamus, in quibus, eum, qui dat, minime dominum eſſe oportet, cuiuſmodi ſunt, locatio, commodatum, depoſitum, pignus, &c. Dicendum igitur eſt, eum, qui rem à ſe traditam repetit, & ex huiuſmodi contractibus experitur, non ideo ſummoueri poſſe, quod res, quæ petitur, aliena eſſe dicatur. Nam & furi, & prædoni tales actiones dantur. leg. commodare. leg. ita vt ſi fur. ſupra commod. leg. 1. §. ſi prædo. ſupra depo. leg. non à iudice. de iudic. Quamobrem mulier, quæ rem dedit alienam marito in dotem, merito eam repetit, nec exceptione repellitur à marito, vt hic Pomponius ait. De pignore dubitari poteſt, quod res aliena in pignus dari non poſſe videatur. Verum nihilominus debitor à creditore ſoluta pecunia recte pignus, quamuis alienum ſit, repetet. leg. ſi pignore. §. ſi prædo. ſupra de pign. actio. leg. nec creditores Cod. eod. titu. Nam tametſi verum ſit, rem ipſam, quæ datur, quia aliena eſt, non obligari, nec eo nomine hypothecariam actionem competere, tamen inter dantem & accipientem contrahitur obligatio, quæ pignoratitiam actionem vltro citroque parit. Quod autem diximus in his contractibus quæſtionem dominij admittendam non eſſe, id de dominio alieno accipiendum eſt. Nam alia quædam ratio poſtulat, vt reus dominij proprij quæſtionem obiiciens audiatur: quia videlicet hi contractus non conſiſtunt, cum res, quæ traditur, non dantis, ſed accipientis eſt. l. qui rem. ſupra depoſ. l. qui rem. Cod. de loca. neque pignus, neque depoſitum, neque commodatum rei ſuæ eſſe poteſt. Idémque de dote dicendum eſt, ſi forte maritus rem ſuam eſſe, quæ in dotem data eſt, allegat. Ac certum eſt, in depoſito id quoque locum habere. leg. bona fides. ad fin. ſupra depoſi. Nec id conſtitutioni Iuſtiniani contrarium eſt, quæ compenſationem, deductionémve in iudicio depoſiti, tantum admitti vetat. leg. ſi quis. Codic. depoſiti. Quod mirum eſt, ab recentioribus animaduerſum non fuiſſe. Curtius in leg. bona fides. Ex iam dictis conſequitur, quo caſu huiuſmodi contractus valeret, exceptioni locum non fore, vt ſi quis rem ſuam vendam ab alio acceperit, propterea quod eius rei poſſeſſio penes alium erat. leg. ſi aliquam rem. infra de acquir. poſſeſſ. Quamuis autem verum ſit, aduerſus eum qui rem ſuam conduxit, actionem ex locato non competere, dicta leg. qui rem. ſupra, depoſi. tamen ſi locator rem neget conductoris eſſe, interim ei reſtituenda eſt poſſeſſio. leg. ſi quis conductionis. Codic. de loca. Quod reſcriptum vulgo intelligitur, non de actione ex locato, ſed de actione, qua condicitur poſſeſſio. vt patet ex Pauli Iurecõſ. ad Sabi. reſpõſo à Trib. in Pãdect. relato, vt l. indebiti. § ſed ſi nummi. de cond. indeb. item leg. 2. de tri. act. Sed quid opus eſt, generale reſcriptum hac

interpretatione reſtringere, quod cum aliis legibus ita, vt dicimus, intelligendo congruit? Extat quidem Iuſtiniani conſtitutio de colonis & cenſitis, diuerſum ius continens, ſed ea ad hos conductores, qui liberæ omnino ſunt conditionis, nihil pertinet. l. litibus. Cod. de agric. & ceoſi. illud quæſitum eſt, Si res depoſita, aut commodata ſit ab eo, qui dominus non eſt, eamque ſimul petant & dominus, & is, qui depoſuit, alter rei vindicatione, alter actione depoſiti, vel commodati, vtri potius reddenda ſit? Et eſt ſpecies tractata apud Triphoninum, de latrone, qui ſpolia depoſuit, quæ à domino abſtulerat. Aitque Triphoninus, *Domino potius, quam latroni reddenda eſſe*. leg. bona fides depo. Contra Vlpianus ſcribit, *Res alienas, quæ in nauem illata ſunt, iis, qui intulerunt, ſi ipſorum interſit, potius, quam dominis reddendas eſſe*. l. 1. §. pen. nau. caup. Verum has ſpecies multum diſſimiles eſſe facile perſpiciet, quiſquis non oſcitanter eas expenderit, ac conſiderarit. Nam Triphoninus loquitur de domino tantum, qui rem ſuam petit. Et aperte ait, domino non petente, reſtituendam eſſe rem ei, qui depoſuit. Apud Vlpianum vero nulla petitionis mentio repetitur. Deinde & ſi ponamus in vtraque ſpecie dominum petere, adhuc non minima deprehendetur diſſimilitudo. Loquitur enim Triphoninus de latrone, Vlpianus autem de eo, qui ius aliquod habet, puta pignoris, propter quod ipſius interſit. Latronis autem tametſi intereſſe videatur, quod reneatur domino. l. 1. §. ſi prædo, depo. tamen domino ipſo petente, & rem auferente per iudicem, ipſius intereſſe dici non poteſt, cum amplius à domino conueniri eo nomine nequeat. Neque igitur Vlpiani ſententia latroni, neque ea, quę Triphonini eſt, creditori pignus habenti conuenire poteſt. Præterea diſputatio tota Triphonini, ad iudicia bonæ fidei ſpectat, cuius tanta vis eſt, vt ad alias perſonas extrinſecus plerunque pertineat, in ſtrictis vero iudiciis, cuiuſmodi eſt actio in factum ex edicto de cauponibus, non tam facile à perſonis, inter quas negotium geſtum eſt, receditur. Sed de his iudiciis alibi plenius à nobis tractatum eſt. l. in actionibus. de in litem iurando.

XII. VLPIANVS LIB. XXXV. AD SABINVM.

Maritum in id, quod facere poteſt, condemnari, explorati iuris eſt.

A debitoribus fere ſolidũ exigi ſolet iure ciuili, adeo vt iudicati ſi non ſoluerint, in carcerẽ conſiciantur. l. ſi victum. inf. de re iud. l. 1. C. qui bo. cedere poſ. Verum maritus ab vxore conuentus actione dotis hoc beneficio vtitur, vt non condemnetur, niſi quatenus facere poteſt. Id enim ſuadet honeſtas, ad quam plerunque reſpiciunt Legiſlatores, licet ad iuſtitiam frequentius leges referantur. l. iuſtitia. ſupra, de iuſtit. & iure. Hoc autem eo pertinet, vt intelligamus, humanitatis cuiuſdam, & miſerationis gratia, hoc beneficium marito tribui: ſed eum nihilominus in ſolidum teneri. Nam & ab eo exigitur cautio. §. cum autẽ. C. de rei vxor. actio. & ſoluens non repetit per condictionem indebiti. leg. quod nomine. ſupra de condi. indeb. ſed quia indignũ, atque inhoneſtum viſum eſt, fortunis omnibus exui maritum ab vxore, voluerunt Iuris autores, ipſius rationem habendam eſſe, ne egeat. l. in condemnatione. de regul. iur. l. ſunt qui in id. infra de re iudicata. Quatenus autem facere quis poſſit, id in facto magis, quam in iure conſiſtit, vt de eo, quod intereſt, & de mora dici ſolet. l. quatenus. de reg. iur. l. mora. de vſur. Nec vlla Iuris conſtitutione in vniuerſum id definiri poteſt, ſed iudicantis arbitrio relinquitur, cuius eſt æſtimare non ſolum quas opes habeat maritus, ſed etiam cuius artis ac profeſſionis ſit: item cuius dignitatis, & familiæ. l. tutor ſecundum dignitatem. de admin. tut. l. ſi quis à liberis. §. ſed ſi filius. infra de lib. agn. Nec refert an maritus bona mobilia, aut immobilia, an actiones ſiue nomina habeat. l. facere. l. 3. ſi maritus. hic. Sed & mulieris quoque habẽda eſt ratio, ſi inopia laboret, eiuſque potior tunc cauſa eſſe videtur, quam mariti. l. aſſiduis. C. qui pot. in pign. hab. l. verum. §. vlt. ſupra de minor. In ſumma iudex quicquid æquius & melius eſſe exiſtimauerit, in hoc iudicio id ſequi debet: in quo veteres, *Quod æquius melius* addere ſolebant. l. pe. infra. l. ſi cum Cornelius. de ſolutio. quod ſatis intelligerent, nullis certis præceptionibus iudicis religionem hic alligandam eſſe. Itaque fruſtra quæſtiones pleræque hic tractantur à vulgaribus Doctoribus, quæ nõ minus à quouis prudente homine, quam à Iuriſconſulto aliquo decidi poſſunt. Illud certi iuris eſt, maritum, cum hãc exceptionem opponit mulieri, æs alienum deducere non poſſe, ſi forte maritus alios creditores habeat. Id enim ei tantum conceſſum eſt, qui ex ſua liberalitate conuenitur. l. maritus. hic. Nunc videndum eſt in quibus caſibus hanc exceptionem maritus non habeat. Et in primis conſtat, ſi dolo mariti factum ſit, ne facere poſſit, ſolidam dotem eum exoluere cogi. l. etiam. §. 1. hic. Nã & alias ex delicto conuentus maritus, hac exceptione non vtitur. l. ſi reum. infra de re iudic. arg. l. ſed hoc ita. eo. titu. Item ſi poſt diuortium negotia vxoris geſſerit, tanquam voluntarius procurator eiuſdem: & cum id temporis ſoluendo eſſet, à ſe dotem non exegerit, in ſolidum conuenietur. Atque ita reſpondit Scæuola. l. diuortio. ſupra de neg. geſt. Nos enim hic loquimur de actione dotis, quæ aduerſus maritũ iure ciuili prodita eſt. Faceſſit tamen hic nobis negotium Diui Pij cõſtitutio apud Modeſtinũ, qua marito hoc beneficiũ tribuitur, ſi ex alio contractu cõueniatur ab vxore. l. nõ tantum. infra, de iudi. Et vulgo receptum eſt, de cõtractibus initis conſtante matrimonio, conſtitutionẽ accipiendam eſſe. Quam ſententiam probo: quoniã Scæuola de negotiis geſtis poſt diuortium loquitur. Nam quoties occurrunt leges contrariæ, facilis & expeditiſſima ratio eſt earum conciliandarum, ſi vna generalis, altera ſpecialis ſit, vt docet Cicero lib. 2. de inuentione Rhetoric. Cui conſentaneum eſt, quod Papinianus ait, *In toto iure generi per ſpeciem derogari, & illud potiſſimum haberi quod ad ſpeciem directum eſt*. l. in toto. de regulis iuris. Qua ratione capita aliquot tituli de euictione alias conciliari poſſe oſtendimus, quæ alioqui valde pugnantia inter ſe videbãtur. l. vẽditor hominis. l. naue. l. ſi prægnãs. ſup. de euictio. Notandũ tamen hic eſt, ſi maritus dotem, quam vxori debet, ſe ſoluturum conſtituerit, aut promiſerit, beneficium iuris eum non admittere, quamuis hoc negotium ſoluto iam matrimonio contrahatur. l. quod ſi maritus. ſupra de conſtit. pec. quoniã hæc obligatio in locũ prioris obligationis ſuccedit, ac naturæ eiuſdẽ eſſe intelligitur. An idem dicem' de marito, qui creditori mulieris delegatur, quod de eo, qui mulieri ipſi promittit? Reſpondeo, Maritum vxoris creditori, qui delegatus eſt, in ſolidũ teneri, nec poſſe exceptionem obiicere. l. Neſennius. de re iudic. l. ſi certam quantitatem promiſerit. Nam ſi dos, quam vxori debet, ſimpliciter in ſtipulationem deducta fuerit, priuilegium non amittet. l. ſi prior. hic. quia effectu deberi id non videtur, quod ab inuito exigi nõ poteſt. Quid ſi res dotalis extet, cuius reſtituendæ facultatem habeat maritus? Et puto hoc etiam caſu marito exceptionem competere. Nam & olim in rei vxoriæ actione habebatur ratio facultatum mariti, quæcunque res in dotem datæ eſſent, eiuſque actionis natura in actionẽ ex ſtipulatu, qua nunc dos petitur, trãsfuſa eſt, cõſtitutione

tutione Iuſtiniani. §. cum autem. C. de rei vxor. actione. Et male interpretantur conſtitutionem, qui ex ea colligunt, in rebus tantum, quæ in pondere, numero, menſura conſiſtunt, hanc exceptionem locum habuiſſe. d. §. cum autem. Nam & hic Vlpianus generaliter loquitur: nec aliud eſt ius antiquum, ad quod Iuſtiniani conſtitutio referatur. Nec eo moueri debet quis, quod *Pater filij familias mariti, conuentus actione de peculio, in ſolidum condemnatur, ſi reſtituendi facultatem habeat*, vt Vlpianus ait, l. in bonæ fidei. ſup. de pac. quia non loquitur Vlpianus de eo, qui ſoluendo non erat, ſed qui tantum in peculio non eſſe contendebat, vt ad ſolutionem dotis ſufficeret, & rem dotalem interim retinebat. Itaque in dolo eſſe videbatur. quod de marito hic dici non poteſt. Tractatur quæſtio de marito, qui actione in rem conuenitur. Et exiſtimo, cum pleriſque alijs, ſi caſu aliquo vxor rem dotalem ſibi redditam poſſidere deſierit, eiuſque poſſeſſionem nactus ſit maritus, eum vt quemuis alium poſſeſſorem, damnandum eſſe. Quod de donatore expreſſum eſt. l. Neſennius. §. fundum. infra de re iudic. Si vero mulier dotem ſibi nondum redditam à marito vindicet, omiſſa dotis in perſonam actione, exceptionem marito denegandam non eſſe arbitror: quoniam hæc vindicandi facultas quæ olim non competebat, l. 1. de fundo dota. l. quædam. de acquir. rer. domi. ita conceditur mulieri conſtitutione Iuſtiniani. l. in rebus. C. de iure dot. vt marito iuris beneficium non adimatur. Quod vtique accideret, ſi prætermiſſa dotis actione, vxori in rem agere in ſolidum liceret.

Sed hoc hæredi non eſſe præſtandum.

Hæc verba non de quouis hærede accipienda ſunt: quia filiis ex eo matrimonio, de quo agitur, ſuſceptis hoc beneficium tribuitur. l. etiam. infra. l. ſciendum. de re iudic. Quidam hic legunt, *hæredi extraneo*: ſed vetera exemplaria refragantur. Hæres ſane mulieris, quicunque is fuerit, ſolidum non exiget à marito, ſed quatenus facere poteſt. Quod & in fiſco quoque mulieri ſuccedente locum habet. l. ſi maritus.

XIII. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

QVia tale beneficium perſonale eſt, & cum perſona extinguitur.

Paulus libro ſingulari de repititione dotis, *In omnibus* (inquit) *cauſis id obſeruatur, vt vbi perſonæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: vbi verò genus actionis id deſiderat, ibi ad quemuis perſecutio eius deuenerit, non deficiat ratio auxilij*. l. in omnib. de regul. iur. Quem Pauli locum ex hoc tractatu ſumptum eſſe inſcriptio ſatis indicat. An autẽ beneficium perſonæ ſit, an rei, ſiue actionis, facile non eſt in vniuerſum diffinire: nec de eo magnopere laborandum eſſe puto, quoniam ex quaque re, & ſpecie id commodius æſtimari poterit. l. 1. §. permittitur. de aqua quotidia. l. forma. §. quanquam. de cenſib. Huc pertinet, quod Vlpianus ſcribit, an pacta in rem, an in perſonã ſint, non ſolum ex verbis, ſed etiam ex mente paciſcentiũ iudicari. l. iuris gentium. §. pactorum. de pact. Eſt enim facti magis, quam iuris quæſtio, quæ tota ex iudicantis arbitrio pendet.

XIIII. VLPIANVS LIB. XXXVI. AD SABINVM.

A*Lia cauſa defenſoris, quem placet ſufficienter videri defendiſſe, ſi tantum vxori præſtet, quantum conſequeretur, ſi ipſum maritum conueniſſet.*

Ait prætor, in edicto de procuratoribus: *Cuius nomine quis actionem ſibi dari poſtulabit, is eum viri boni arbitratu defendat*. l. ſeruum. §. ait prætor. ſupra de procur. Hic igitur defenſor videtur ſatis maritum defendere, ſi vxori præſtet quantum mariti facultates patiuntur: quia non ſuo nomine, ſed mariti potius rem in iudiciũ deducit. l. ſi cum procur. infra de re iudi. Alia cauſa eſt fideiuſſoris, qui ſuo nomine cõuenitur, non mariti, ac idcirco ſolidum ab eo exigitur, quod & à marito poſtea repetit. l. & ſi fideiuſſor. de re iud. Exceptiones enim, quæ perſonæ cohærent, & ratione tantum habita perſonæ, competunt reo ad fideiuſſorem non tranſeunt. l. exceptiones. infra de excep. §. vlt. Inſti. de replicat. Itaque vulgares Doctores ita cenſent cauendum marito, vt ipſe mota aduerſus fideiuſſorem lite, oſtendat iudici ſua intereſſe, fideiuſſorem non damnari in ſolidum: quia fideiuſſor pecuniam à ſe exactam poſtea repetere poſſet à marito. l. idemque. §. generaliter. mand. Verum hæc cautio nec certo iure vllo, nec ſatis bona ratione nititur, & diſtinctionem exceptionum, de qua iam diximus omnino euertit. d. l. exceptiones. de excep. d. §. vlt. de replicat. Quod autem dicunt hac ratione ſolidum à marito exigi, parum me mouet, cum id ab eo non exigat vxor, ſed a fideiuſſore, & ignorat fortaſſis an id repetiturus ſit fideiuſſor à marito. argu. l. quod dictum. de pact. Atqui nihil refert vtra via marito beneficiũ iuris adimatur. Imo vero plurimum refert, quod in altera maior ſit turpitudo, atque indignitas. Et extát quædam exempla non adeo huic diſſimilia, in quibus beneficio iuris ceſſante, ſolidum à marito exigitur. l. Neſennias, de re iud l. diuortio. de neg. geſt.

Eleganter quærit Põpo. lib. XV. ex Sabino, ſi paciſcatur marit⁹, ne in id, quod facere poſſit, condemnetur, ſed in ſolidum: an hoc pactum ſeruandum ſit? Et negat ſeruari oportere: quod quidem & mihi verum videtur. Namque contra bonos mores id pactũ eſſe, melius eſt dicere: quippe cùm contra receptam reuerentiam, quæ maritis exhibenda eſt, id eſſe appareat.

Pactum, quo conuenit inter coniuges, vt maritus in ſolidum condemnetur, ſeruandum non eſt, quia contra bonos mores eſt, & contra receptam, quam maritis vxores exhibere debent. Quod ita accipiendum eſt, vt marito, ſi id ſeruare nolit, pactum non noceat. Nam alioqui maritus ſponte ſoluere poteſt. l. quod nomine, ſupra de condi. indeb. præiudicátque ſibi, ſi conſenſu ſuo damnatus à iudice, & ſolidum ab eo exactum ſit, l. ſi conuenerit, de re iud. Nulla enim contumelia in volentem, ac conſentientem infertur. Ac mulier tunc demum contra reuerentiam marito debitam facere videtur, cum ab inuito, & repugnante exigit, qui fortaſſis à pacto conuento recedere vult. l. quamuis. de in ius voc. Exiſtimant nonulli, pactum hoc valere, ſi ſoluto iam matrimonio fiat, arg. l. diuortio. ſup. de negot geſt. Sed nullam ſatis firmã, idoneamque rationem video, cur à verbis Vlpiani, quæ generalia ſũt, hic recedatur, Quid enim refert, an pactum ſoluto iam matrimonio fiat, an eo adhuc conſtante, ſed in tempus ſoluti matri-

monij conferatur? argu. l.in tempus.de hæred.inſtit. Quocunque enim tempore pactum huiuſmodi factum fuerit,nullas vires ante,quàm matrimonium ſoluetur, habere poteſt. Nec verum eſt vſquequaque in contractibus ſoluto matrimonio initis, nullam reuerentiæ erga maritum rationem haberi,ſed ſolidam ab eo dotem exigendam eſſe , vt ex iam dictis ſatis perſpicuum eſt.l.quod ſi maritus.ſupra , de conſti. pecu.*Contra bonos mores.* Idem dicendum in omnibus aliis pactis, quæcunque contra bonos mores interpoſita fuerint. l. pacta,quæ contra.Cod. de pact.Quod adeo verum eſt, vt ne iureiurando quidem confirmari poſſint.l. non dubium. C. de legi. c. non eſt obligatorium. de regul. iur.in 6 De quibuſdam pactionibus hic quæri ſolet,an contrariæ ſint bonis moribus necne , veluti , Si conuenerit vt creditor debitorem propria authoritate prehendere poſſit, vt debitor in vincula coniiciatur donec ſoluerit,vtque bonis cedere non poſſit. Et variæ leges adducuntur , quæ non multũ ad rẽ pertinent. Nam ſi de huiuſmodi rebus latæ leges eſſent,fruſtra quæreretur , an bonis moribus contrariæ eſſent huiuſmodi conuentiones:quia certum eſt,pacta contra leges facta nullius momẽti eſſe ex edicto Prætoris.l.iuris gẽtium. §.prætor.de pact. Nã boni mores vel de iure naturali, & gentium intelliguntur. l. quidam. infra de donatio. vel de conſuetudine, & inſtitutis cuiuſque ciuitatis, quæ ſcripta non ſunt.l.item apud.infra,de iniur.Proinde nihilo maioris erit ponderis , quod ex lege aliqua argumentum ducetur , quam Philoſophi dictum , qui de moribus præclare ſcripſerit, aut teſtimoniũ alicuius de ciuitatis inſtituto & recepta conſuetudine.Cum igitur in prima quæſtione videam , pactionẽ Iuri gentiũ repugnare , quo Magiſtratus ad coercendos improbos & contumaces conſtituti ſunt: ne ſi vnuſquiſque ius ſibi dicat,pernicioſi Reipub.motus ex ea re,& ſeditiones oriantur: non dubito quin ea pactio , vt contraria bonis moribus, merito improbetur. l. non eſt ſingulis. de regu. iuris. In ſecunda quæſtione aliter reſpondeo, quod nec à gentium Iure abhorreat debitoris incarceratio , & conſuetudine vulgo recepta ſit.cap. ex reſcripto. de iureiur. Nam quæ leges in eam rem citantur, eas alium ſenſum habere alibi oſtendimus.l. ob æs alienum. C. de act. & oblig. Tertia quæſtio ex ſecunda pendet:quia ſi bonorum ceſſio non admittatur , quo minus in carcerem debitor coniiciatur, nihil prohibet. l.1.C.qui bon. cedere poſſunt.

XV. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

REI iudicatæ tempus ſpectatur,quatenus maritus facere poteſt.

Tempus rei iudicatæ ideo hic ſpectandum videtur, quia ad agendam , inſtituendamque actionem , nihil refert , facere poſſit maritus , necne, ſed ad minuendã exactionem moderandamque executionem ſententiæ. l.verum.§. tempus.ſupr. pro ſoc. Cum autem negotia pupilli abſque tutoris auctoritate geſta ſunt, quoniam ita demum competit negotiorum geſtorum actio , ſi locupletior factus fuerit, merito litis conteſtatæ tẽpus inſpicitur.l.litis.de negot.geſt.l. in pupillo . de excep.l. in pupillo, de ſolut. l. quod autem. de dona.inter vir. Sed & ſi poſt ſententiam fuerit factus locupletior maritus,adhuc ſolidum ab eo recte exigi poterit:quia hoc beneficio Iuris in perpetuum non liberatur: ſed ſuſtinetur exactio tantiſper , dũ ſoluendo effectus fuerit. l. nec maritus.C.ſolut.matr.§.cum autem.C.de rei vxor. actio.

Hæredi mariti,licet inſolidum cõdemnetur , compenſationes tamen,quæ ad pecuniariam cauſam reſpiciunt,proderunt,vt hoc minus ſit obligatus:veluti ob res donatas,& amotas,& impenſas:morum vero coercitionem non habet.

Quod dicitur , hæredem mariti in ſolidum condẽnari,ſic accipiendum eſt , vt facultatum eius ratio non habeatur(vt iam diximus) non vt compenſationes ad minuendam condemnationem ipſi non proſint.Poteſt enim compenſationem ob res donatas , & amotas , & ob impenſas opponere.l.fructus.§. ob donationes. Sed hæ compenſationes ſublatę ſunt conſtitutione Iuſtiniani de rei vxor.actio.§.taceat , quod fauor dotis poſtulet,vt primo quoque tempore dos reddetur , deinde maritus,ſi velit,competentibus ſibi actionibus experiatur, idque à nobis ſupra annotatum fuit.d.l.fructus.§. ob donationes. Quod ad impenſas tamen neceſſarias attinet,Iuri antiquo non videtur derogaſſe Iuſtinianus, ſi verba eius recte expendantur.dict. §. taceat: quia cũ impenſæ neceſſariæ minuant dotem ipſo iure , dotem retinere non videtur,qui tantum retinet,quantum impendit. *Morum vero coercitionem non habet.* Pauli tempore licebat marito dotem retinerę ob mores vxoris.l. viro.infra. Et ſcribit Vlpianus in fragmentis Inſtitutionum,tit.de dotibus, *Morum grauiorum nomine ſextas retinere , leuiorum vero octauam:* docetque idem quemadmodum etiam mariti mores punirentur. Huc pertinet locus Plinij lib.14.cap.13.cuius verba hæc ſunt:Cn. Domitius iudex pronunciauit , mulierem videri plus vini bibiſſe ,quam valetudinis cauſa,viro inſciente , ac dote mulctauit. Sed hoc iudicium de moribus, retentioque ſublata eſt,& antiquata Principalibus conſtitutionibus.l.vlt.C.de repud.§.C.de rei vxo. actio. Tametſi autem alter alterius mores incuſare poſſit , tamen hæredibus eorum id non permittitur contra regulam vulgarem , qua dicitur, *Eodem iure vti hæredem, quo defunctus vti debuit.* l.hæredẽ.de regulis iuris. Hinc Conſtantinus in Cod.Theodoſiano,lib.3.tit.12. *De moribus actio (inquit) vltra perſonam extendi non poteſt, nec in hæredem habetur,nec tribuetur hæredi. Odioſa enim hæc iudicia ſunt,quæ ad vindictam quandam comparata videntur,adeoque ad hæredem non tranſeunt.* Quod animaduertere licet in actione iniuriarum , & in pleriſque aliis ſimilibus.l.2.de priua.deli.l.1.& vltima.C.de reuo.don. l.1.§.vltimo,de Senatuſconſ.Silan. l.omnimodo. Cod. de inoffic.teſtam.Qui enim conqueſtus non eſt in vita ſua,is remiſiſſe iniuriam , ac condonaſſe intelligitur. Eſtque iuris præſumptio,aut fictio potius,cõtra quam probatio non admittitur. Itaque ſi ponemus marito, dum ſuperſtes erat, mores vxoris cognitos non fuiſſe, non ideo hæredi mulierem incuſandi facultas dabitur: quod veriſimile ſit maritum,ſi ſciuiſſet , diſſimulaturũ non fuiſſe , quamuis ita vulgo traditum ſit , & plerunque,vbi vtilitas, & æquitas id flagitat , defunctorũ voluntatem ita interpretemur.l.vtilitatem. infra de confir.tut.Nec me mouet quod dicitur, *Neminem præſumi repudiare quod ſibi competere ignorat.* l.mater. ſupra, de inoffic.teſta. Non enim ratio legis eſt , præſumpta tantum defuncti voluntas, ſed odium iſtius iudicij, propter quod perinde habetur maritus,qui conqueſtus non eſt,ac ſi omnino vxori ignouiſſet. Nec puto quẽquam adeo auerſum à vero eſſe, vt actionem iniuriarum hæredi competere affirmet, ſi defunctum eam iniuriam non remiſiſſe appareat. Cui actioni hoc iudicium comparari poſſe iam admonuimus.

Socero quoque, cum quo nurus de dote agit,idem honor habetur; vt in id dãnetur,quod facere poteſt.

XVI. POM-

XVI. POMPONIVS LIB. XVI. AD SABINVM.

Quia parentis locum ſocer obtinet.

Eandem reuerentiam debet vxor ſocero ſuo, quam marito, eique velut filiæ loco eſt. quãuis in neutrius ſit poteſtate, ſed patris potius, ſi quem habeat, nec dum emancipata ſit, vt ante docuimus ſub titulo de ritu nuptiarum. Nec id mirum videri debet, cum nec in matris poteſtate ſit, cuius vere filia eſt, §. fœminæ. Inſtit. de adopt. cuique non minorem debet reuerentiã, quam patri, l. honori, infra, de obſeq.

XVII. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

EX diuerſo, ſi ſocer ex promiſſione à marito conueniatur, ſolet quæri, An idem honor ei habendus ſit? Neratius libris membranarum, & Proculus ſcribunt, hoc iuſtum eſſe.

De ſocero vxoris iam dictũ eſt: nunc quęritur de ſocero mariti, id eſt, patre vxoris, ſi ex promiſſione dotis conueniatur. Et Paulus Neratij ſententiam refert, exiſtimantis iuſtũ eſſe, *Vt idem honos ei habeatur, &c.* Idem tamen Paulus lib. 6. ad Plautium, alio iure nos vti teſtatur, ex eiuſdem Neratij ſententia. l. ſicut. infra de re iudi. Sed hæc nos conturbare non debent, quæ pugnantia, aut contraria non eſſe, ſatis perſpicuum eſt ex iis, quæ de antinomiis alio in loco ſcripſimus. l. Papinianus, ſupra de don. inter vir. l. fructus. §. ſi fundi. ſupra, hoc tit. Nam hiſtorica hic quædam narratio eſt, quæ ita accipi debet, ac ſi vno & eodem in loco deſcripta eſſet. Ac difficultas ex eo oritur, quod male conſuti ſunt hi centones à Triboniano, nec vllus ordo, aut diſpoſitio in eis conſarcinandis adhibita eſt. Itaque accidit ſæpenumero vt ſola diſpoſitio, & collatio rebus alias obſcuriſſimis magnam lucem adferat: tametſi nihil, ne minimum quidem ex verbis ipſis immutemus. Coniungamus igitur hæc duo capita, vt quaſi ex duobus vnum fiat, hoc modo, *Neratius, & Proculus ſcribunt, hoc iuſtum eſſe. ſed alio iure vtimur, vt Neratius ſcribit.* Quæſo, quæ difficultas lectorẽ hic remorari poteſt? Equidẽ fateor, ſi quis hoc caput ſolum legerit, ita intellecturum eſſe dictum Pauli, quaſi ſocer beneficio iuris non vtatur. *Sed inciuile eſt, niſi tota lege perſpecta, aliquid iudicare, vel reſpondere.* l. inciuile. ſupra de leg. Totum enim hoc iuris ciuilis corpus, quaſi magna quædam lex habenda eſt, cuius plurima ſint capita, ſed confuſe & abſque ordine vllo in vnum locum coaceruata, quæ diſpoſitionem, ordinem, & methodum deſiderent, nec aliter ſatis commode explicari poſſint. Porro locum Pauli iam citatum ex lib. 6. ad Plautium, ſequitur dictum Pomponij, quo additur exceptio. Quod enim dixerat Paulus, *Hoc iure nos vti, vt ſocer marus in ſolidum condemnetur*, ſic interpretatur Pomponius, *Si dos ex promiſſione petatur ſoluto matrimonio, quo tempore ceſſat affinitas.* Itaque dictum Pauli à Pomponio velut exceptione quadam corrigitur. Nec cuiquam hoc durum videtur, propterea quod continenter exceptio illa & correctio adſcripta eſt. Quod ſi alium forte in locum coniecta fuiſſet illa Pomponij ſententia, crederetur Pomponius Paulo cõtrarius eſſe. Tantum momenti eſt in ordine, & collatione rerum, quæ iure ciuili continẽtur. At rurſus huic Pomponij dicto alius Pauli locus aduerſari videtur, in quo dicitur, *Si dirẽpto matrimonio petatur dos, ex cauſa, & perſona tribuendum eſſe ſocero, vt quatenus facere poteſt condemnetur.* l. penu. ſupra de iure dot. Sed cum alter plus, alter minus ſcribat, pugnantia ſcripſiſſe dici profecto non debent. Coniungendus eſt igitur vterque locus, vt quod vni deeſt, ex altero ſuppleatur, in hunc modum, *Sed hoc ita accipiendum eſt, ſi à ſocero dos ex promiſſione petatur ſoluto matrimonio. Nam ſi dirempto matrimonio petitur, ex cauſa & perſona id tribuendum, &c.*

Item ſi mulier ex promiſſione conueniatur, magis placuit, defendendam eam per exceptionem. idem & Proculus ait. Sicuti enim cum ſocia fuerit, ſic dabitur ei exceptio, quamuis iure ciuili ſit obligata. Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapſus, condemnauerit maritum in ſolidum: Neratius & Sabinus doli exceptione vti oportere aiunt, eaque tutum fore.

Et ſi maritus vxori nullam reuerentiam debeat, tamen à marito conuenta, hoc beneficio vtitur, cum inter ſocios locum habeat, eaque mariti ſocia recte dicatur, vt ante oſtendimus ſub titulo de ritu nuptiarum. Sed quæritur an paciſci poſſit cum marito, vt in ſolidum condemnetur? Eademque quæſtio tractari poteſt de aliis omnibus perſonis, quibus hoc beneficium lex tribuit. l. ſunt qui. infra, de re iudi. Et exiſtimo, rationem perſonarum habendam eſſe, & inſpiciendum, an pactio bonis moribus contraria ſit necne. Vnde maritus, parens, patronus inutiliter paciſcũtur, vt quatenus facere poſſunt, condemnentur, propterea quod iure gentium, & receptis moribus, his perſonis honos & reuerentia debetur. l. alia. §. eleganter. ſupra. Sed nec militis pactum vtile eſſe videtur, cum publice interſit, fortunis omnibus ſuis non exui: & ius publicum pactionibus priuatorum mutari nequeat. l. ius publicum. ſupra de pact. Quo minus autem ſocius vtiliter de ea re paciſcatur, non video. Eademque eſt ratio aliarum huiuſmodi perſonarum.

Si in iudicio. Iudicis officium eſt in hac dotis actione, vt non ſimpliciter condemnet maritum ad ſoluendum quod petitum eſt, ſed quatenus facultates eius patientur id quod in executione rei iudicatæ perſpici poterit. Sic enim iudex in actione noxali, ita condemnat reum, vt noxę dedendi facultatem ei non adimat, ſed excipiat potius, ac reſeruet. §. 1. Inſti. de offi. iudi. l. miles. infra de re iudic. Intelligit namque iudex hanc noxæ dedendi facultatem domino competere, lata iam ſententia, donec iudicari conueniatur. l. item veniunt. §. idem recte. ſupra, de pet. hære. Itaque exiſtimo, etſi maritus in iudicio nõ allegauerit iudici inopiam ſuam, nihilominus iudicem cum hac exceptione ſententiam pronuntiare debere: quia licet marito poſt condemnationem hoc allegare. l. Neſennius. §. vlt. infra, de re iudic. Quod generaliter locum habet in omnibus exceptionibus, ac defenſionibus, quæ ſententiam non impugnant: ſed ad moderandam executionem ſententiæ, & exactionem obiiciuntur. l. ſi fideiuſſores. infra de fide. Expedit autem marito plerunque, paupertatem ſuam tegere interim, & diſſimulare, dum intellexerit, quantum in condemnationem deductum fuerit, & an commode id exoluere poſſit. Nec me latet, iudicem ſupplere non ſemper debere, quod à litigatoribus petitum non eſt. no. C. vt quæ deſunt aduoc. l. 4. §. hoc autem. infra de damno infect. Patrocinari enim hoc eſſet, non iudicare, vt Phauorinus apud Gellium ait. Sed hoc de iis accipi non debet, quæ poſt ſententiam opponi poſſunt. d. l. miles. cuiuſmodi eſt hæc exceptio, licet Doctores recentiores diſſentiant. Zaſ. in reſpon. ſingu. Ex

his ſatis perſpicuum eſt, iudicem ignorantia iuris labi, ſi maritum ſimpliciter condemnet ad ſoluẽdum quod petitur, non ſub exceptione, ſi facere poſſit, aut quatenus facere poſſit. Non ideo tamen maritus hoc beneficium amittit, ſed impetrat exceptionẽ doli, qua ſummouet agentem, ſi facere non poſſit. Cum enim hæc exceptio in dotis iudicium deducta nondum ſit, nulla ratio eam opponi vetat. Proinde dicendum eſt, ſi maritus in iudicio dotis eam exceptionem oppoſuerit, nec eius exceptionis ratione habita iudex eũ condemnauerit in ſolidum, de ea amplius quæri non poſſe, quaſi iudex ex iuſta cauſa id fecerit. Eadem etenim quæſtio bis in iudicium deduci, & reuocari nõ poteſt. l. duobus. infra, de excep. rei iudic. l. quod in diem. §. ſi rationem. de compenſ. l. ſin autem. §. vltimo. de negot. geſtis. Nec vlla eſt inter maritum, & ſocium, aliasve huiuſmodi perſonas, quod ad hanc rem attinet, differentia. dict. l. Neſennius. Rationes & argumenta eorum, qui contra ſentiunt, partim friuola, nugatoriaque ſunt, partim his, quæ iam diximus, ſatis refelluntur.

Ignorantia iuris. Iuris error in hac pronuntiatione expreſſus non fuit: alioqui ſententia eſſet nulla. l. 2. C. quando prouoc. non eſt neceſ. & exceptio quæcunque marito ſalua maneret, l. 4. §. condemnatum, de re iudic. Fuit enim hic mos veterum Romanorum in ferendis ſententiis, vt cum quæſtio iuris erat, non facti, aut (vt Rhetores loquuntur) cõſtitutio cauſæ iuridicialis erat) non coniecturalis, de iure pronuntiarent, ac veluti ius quoddam ſententia ſua conſtituerent, vt copioſe oſtendimus lib. 1. Diſputatio. Qua in re ſi erratum à iudice eſſet, ſententia ipſo iure nulla erat, adeo vt prouocatione ad eam infirmandam opus non eſſet. leg. ſi expreſſum. de appellat.

Doli exceptione. Hęc exceptio doli cum qualibet alia in factum exceptione concurrit. l. 2. § & generaliter. infra, de excep. dot. Eſt autem hæc exceptio non perpetua, & peremptoria, ſed temporalis potius, & dilatoria, quia perpetuo agenti non obſtat, ſed donec reus locupletior euaſerit. §. cum autem. C. de rei vxor. actio. Itaque mirum videri non debet, ſi hac exceptione, quamuis fauorabili, rurſus ſolutum non repetat. l. quod nomine. l. qui exceptionem. ſupr. de condit. inſtit. l. ſi fideiuſſor. §. quædam. ſupra mand. Sed qui ſit vt hæc exceptio opponatur poſt rem iudicatam cum ne peremptoria quidem opponi poſſit? l. exceptionem. C. de probat. l. peremptorias. C. ſenten. reſcin. non poſſe. Reſpõdeo, idcirco id fieri, quia hæc exceptio (vt iam diximus) non contra rem iudicatam opponitur à reo, quaſi ad rem, quæ debita non eſſet, exoluendam, inique & iniuſte condemnatus ſit, ſed vt executor rei iudicatæ propter beneficium iuris damnato competens, exactionem moderetur.

XVIII. POMPONIVS LIB. XVI. AD SABINVM.

Etiam filios mulieris, qui patri hæredes extiterunt, in id quod facere poſſunt, condemnandos Labeo ait.

Pomponius ab eo, quod ante dictum fuerat de hæredibus, l. maritum. filios excipit ex eo matrimonio, de quo agitur, ſuſceptos, & procreatos. Quod cum diſerte expreſſum ſit ab eodem, mirum ſane eſt, quoſdam adhuc quærere, ac dubitare an de filiis alterius matrimonij id quoque accipiendum ſit. Probabilius forte de nepotibus dubitari poteſt. Sed profecto modus in his priuilegiis, quæ non ſine alieno incommodo conceduntur, extendendis ac producendis, ſeruandus eſt. Itaque à verborum propria ſignificatione non temere hic recedendum eſſe arbitror, cum præſertim exemplum habeamus, quod ſequi poſſumus in hac interpretatione. Apud Modeſtinum id extat, cum de priuilegio veteranis conceſſo loquitur, vt à tutela excuſentur, niſi aliorum veteranorum filiis tutores dati ſint. leg. ſed & milites. ſupra, de excuſ. tut.

Licet in dotalibus rebus non ſolum dolum, ſed & culpam maritus præſtet: cum tamen quæritur in iudicio de dote, an facere poſſit, dolus duntaxat comprehẽditur: quia in rerum ipſius adminiſtratione non erat culpa ab eo exigenda. Quanquam eum dũtaxat dolum ei nocere putem (ſi facere non poſſit) quem propter vxorem adhibuit, ne ei ſolidum ſolueret, non propter quemlibet alium. Ofilius tamen aiebat, ſi dolo mariti res dotales interiiſſent, & alioquin ſoluendo non eſſet: quamuis nihil dolo feciſſet, quo minus ſoluendo eſſet, perinde tamen eum damnandum eius rei dotalis nomine, in qua dolum feciſſet, atque ſi dolo eius factum eſſet, quo minus facere poſſit. Cæterum ſi circa interitum rei dotalis dolus malus, & culpa mariti abſit, actiones ſolum, quas eo nomine quaſi maritus haberet, pręſtandas mulieri, veluti furti, vel damni iniuriæ.

Beneficium iuri, de quo hic loquimur, ita competit marito, vt condemnetur quatenus facere poteſt, niſi dolo malo ſuam diminuerit ſubſtantiam. §. cum autem. C. de rei vxo. act. Quamuis ergo culpa negligentiaque ſua deſierit ſoluendo eſſe, non continuo beneficium amittet, iametſi cum ſoluendo eſt, nec quæritur quatenus facere poſſit, non modo dolum, ſed etiam culpam in rebus dotalibus præſtet.

Dolus duntaxat comprehenditur. Qui dolo malo fecit ne facere poſſet, indignus eſt beneficio Iuris, & in ſolidum condemnatur. Quod generaliter locum habet in iis omnibus perſonis, quibus hoc beneficium tribuitur. l. verum. §. tempus. ſupra pro ſoc. Sed & propter falſam calumnioſamque inficiationem in hoc iudicio maritum beneficio Iuris priuari vulgo dicitur. arg. l. ſed hoc ita. infra de re iud. Verum id opportunius alibi diſcutietur. De iis, qui in ſolidum conueniũtur, ſi quid dolo admiſerint, an beneficium ceſſionis bonorum amittant, non immerito quęritur. Et ſane iuſtum eſt, eos propter dolum ſuum hoc beneficio carere, vt iudicati in carcerem detrudantur. l. 1. Cod qui bon. cede. poſ. vt puta, ſi dolo malo bona ſua diſperdiderit debitor, ne vſquam inueniri à creditoribus poſſent. argu. l. vltim. §. vlt. infra de his quæ in fraud. credit. Item ſi mentiens ſe locupletem, decipiendi alterius gratia, pecuniam acceperit, aut negotium contraxerit. l. pen. ſupra de iure dot.

Culpa ab eo exigenda. Culpa in rerum propriarum adminiſtratione præſtari fere non ſolet: quia *licet vnicuique re ſua arbitrio ſuo vti.* l. in re mandata. C. mand. Sæuitia tamen in ſeruos nimia culpatur & reprehenditur. l. ſi conſtante. §. ſi maritus. infra l. 1. ſupra de iis qui ſunt ſui vel alieni iur. idque ſuadet humanitatis ratio, quod homines ſint. l. ſeruus ea lege. ſupra de ſeruis expor. & *Corpora eorum & noſtra, materia conſtent eadem, paribúſque elementis,* vt Satyric. ait. Præterea in re empta, quæ redhibetur,

redhibetur, emptor culpam præſtat iudicio redhibitorio. l. ædiles etiam. §. Pædius. ſupra de ædil. edict. Sed hos caſus nūc perſequi, nimis à propoſitu noſtro alienum eſt.

Quemlibet alium. Maritus non ſimpliciter ob dolum admiſſum in rebus propriis beneficium hoc amittit, ſed ſi fraudandæ mulieris conſilium habuerit, ne ſcilicet ei ſolidum exolueret. Quid enim ſi bona ſua perdidit, atque conſumpſit, in cuiuſpiam alterius creditoris fraudem? Quid ſi certis rebus conſumptis, reliqua bona ad ſolutionem dotis ſuffectura exiſtimabat? Nec me monet, quod alibi ſcriptum eſt, de eo, cui in fraudem creditorum debitor bona ſua vendidit, nempe eum teneri Pauliana actione creditori, quem fraudatum iri à debitore neſciuit, modo alium quemuis ex creditoribus debitorem fraudare voluiſſe intellexerit. l. ait prætor. §. illud. infra de his quæ in frau. credit. Nā ibi requiritur dolus malus debitoris in creditorem ipſum, qui Pauliana experitur, non in quemuis alium admiſſus, quemadmodum & hic dicitur, quamuis participatio fraudis ex parte emptoris, & poſſeſſoris bonorum, contra quem agitur, aduerſus quemlibet ex creditoribus ſufficiat. Si cui igitur libeat argumentum à ſimilitudine ducere, ad impugnādam Pomponij noſtri ſententiam, vt ſophiſtæ hic faciunt, debitor qui bona ſua alienat, ſimilior marito, quam eorum bonorum emptor, iudicandus eſt. Hic autem locus ſatis oſtendit (niſi fallor) maritum ob latam culpam in rebus ſuis adminiſtrantibus beneficium non amittere: tunc enim lata culpa dolo cōparatur, cum lex ſimpliciter dolum requirit. l. quod Nerua, ſupra depo. l. 1. ſupra ſi men. fal. mod. dixe. Sed hic requiritur conſilium fraudandæ certæ perſonæ, quod detegi non poſſe videtur, quin dolus malus appareat.

Officius autem. Si res dotales dolo malo mariti perierint, licet nō eo animo vt facere nō poſſet, mulieri quę noceret, beneficio nihilominus priuabitur. Et hoc inter res mariti proprias, atque dotales intereſt. Proinde latam culpam rectè pro dolo hic accipiemus.

Cæterum. Supra dictum fuit, maritum in rebus dotalibus culpam præſtare. Quod quemadmodum accipiendum ſit, alibi diximus. l. ſi Nerua. ſupra. Hic autem Pompo. ait, quamuis non niſi ob culpam ſuam teneatur maritus, tamen ſi quas actiones eo nomine habeat, eas mulieri præſtandas eſſe, cum talis præſtatio, nullum ei incommodum afferat. l. quod debetur. ſupr. de pec. l. in creditore. ſup. de euict.

XIX. VLPIANVS LIB. XXXVI. AD SABINVM.

SI mulier diuerterit, & iudicio de dote conteſtato, reuerſa fuerit in matrimonium, redintegrato matrimonio expirat iudicium, & omnia manent in ſtatu priſtino.

Quæ poſt diuortium iterum nubit, marito dotem renouare intelligitur, quamuis id expreſſum non fuerit. l. dotem. l. diuus Seuerus. ſupra de iure dot. Proinde eam exigere non poterit à marito, tametſi ante poſtea rus matrimonium per iudicem petierit, litemque cōteſtata ſit. Nam perempto iure agentis pendente iudicio, expirat iudicium. l. vlt. infra rer. amo. l. ſin autem. §. 1. ſupra de rei vin. l. tigni. ſupra ad exhib. l. ſi ſeruus furtiuus. ſupra, de cond. fur. Notandum tamen eſt, ſi filia, quæ in patris poteſtate eſt, ad maritum redeat, abſque conſenſu patris, dotem à patre nihilominus exigi poſſe. l. ſi vt proponis. C. de nupt. Sed & ſi extraneus dotem dederit, poſtea in matrimonium reuerſa muliere, dos minime repetita intelligitur. leg. in inſulam. §. vlt. infra l. ſtipulatio. ſupra de iure dot. Sed videndum eſt ne iurgium potius, quam diuortium interuenerit, & mulier ad virum breui reuerſa fuerit. Quo caſu nec pater, nec extraneus dotem rectè petent, quod nōdum ſolutum ſit matrimonium. l. plerique. de ritu nupt. l. 3. de diuort.

XX. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

QVamuis mulier non in hoc accipiat conſtante matrimonio dotem, vt æs alienum ſoluat, aut prædia idonea emat, tamen vt liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus conſulat, vel vt eos ex hoſtibus redimat (quia iuſta & honeſta cauſa eſt) non videtur male accipere: & ideo rectè ei ſoluitur, idque & in filiafamilias obſeruatur.

Scripſerat forte Sabinus rectè ſolui dotē vxori conſtante matrimonio, vt æs alienum ſoluat, aut prædia idonea emat. Sed adiicit Paulus ex aliis ſimilibus cauſis ſolui quoque poſſe, veluti vt liberis, aut fratribus, aut parentibus conſulat. Sed & alia exempla apud eūdem referuntur libro ſecundo Sentētiarum. l. manente. § manente ſupr. de iure dot. Extra hās cauſas igitur maritus conſtante matrimonio reddens dotem vxori, non liberatur, & quaſi rem lege prohibente donatam repetit, vt Theodoſius conſtituit. C. ſi dos conſtan. matrim. ſol. Videtur autem ad plenam liberationem mariti ſufficere, datam eſſe dotem vxori, vt in eas res de quibus diximus, impendat. l. ſi cum dotem. §. 1. infra. Sed dotem præterea in id conſumptam conſtare oportet, vt Scæuola reſpondit, eiuſque rei probatio incumbit marito. l. vlt. ſupra de iure dot.

Iuſta & honeſta cauſa. Generaliter ergo dicendum eſt, quoties honeſta aliqua ratio ſuadet, dotem impendendam eſſe à muliere, rectè maritum ei ſoluere. Hæc enim exempla rei demonſtrandæ gratia hic adducuntur, non vt in aliis caſibus, in quibus eadem videbitur ratio, ſolui dos non poſſit.

Idque & in filiafamilias. Tametſi alias non rectè ſoluatur dos filiæfamilias ſine patre, vt ante diximus. l. 3. tamen ex his cauſis ſoluens liberatur. Hæc autem verba, ſi ad præcedentia referantur, de ære alieno, oſtendere videntur filiam cogi, æs alienum patris exoluere, contra rationem iuris. tit. C. ne filius pro pat. l. ſi quis à liberis §. parens. de liber. agnoſ. In qua difficultate hæſitatum eſt à quibuſdam. Verum hic non ſpectamus quid mulier facere cogatur legibus & iure ciuili: ſed an pia, honeſtaque cauſa ſit erogationis, propter quam maritus excuſari debeat, quod nondum finito matrimonio dotem reddiderit.

XXI. VLPIANVS LIB. III. DISPVTATIONVM.

SEd & ſi ideo maritus ex dote expendit, vt à latronibus redimeret neceſſarias mulieri perſonas, vel vt mulier vinculis aliquem de neceſſariis ſuis vindicaret, reputatur ei id, quod expenſum eſt; ſiue pars dotis ſit, pro ea parte: ſiue tota dos ſit, actio dotis euaneſcit. Et multo magis idem dicendum

eſt,ſi ſocer agat de dote, debere rationem haberi eius,quod in ipſum impenſum eſt: ſiue ipſe maritus hoc fecit: ſiue filiæ,vt faceret,dedit. Sed & ſi nō pater experiretur,ſed poſt mortem eius filia ſola de dote ageret, idem erit dicendum. Cum enim doli exceptio inſit de dote actioni, vt cæteris bonæ fidei iudiciis, poteſt dici (vt & Celſo videtur) ineſſe hunc ſumptum actioni de dote: maxime,ſi ex voluntate filiæ factus ſit.

Hic docet Vlpianus, Nihil referre, an maritus ipſe ob cauſas iam dictas dotem conſumat,an mulieri conſumpturæ eam reddat.

Ex vinculis vindicet. Pium honeſtumque eſt, captiuos liberare,id eſt,eos, qui ab hoſtibus, latronibusve capti detinentur l. ſi quis pro redemptione. C. de donat. leg. ſancimus. Cod. de ſacroſanct. eccl. c.ſacrorum. 12. q. 2. Idemque videtur hic Vlpianus ſentire, de his, qui ob delictum in vincula coniecti ſunt, quos miſericordia proſequi,licet nocentes, hominis eſt, præſertim Chriſtiani,c.non ſatis.86.diſt. Nam etſi male meritus,publice debeat egeſtate laborare, vt Triphoninus ait, l. bona fides.ſupra depo.tamen id de pœna, quæ publice per Magiſtratum infligitur,accipi debet, id eſt, de publicatione bonorum. Vtcunque ſe res habeat, Vlpianus non quaſcunque perſonas, ſed neceſſitudine coniunctas tantum è vinculis liberari, vindicarique vult. Quamobrem aliorum nomine non ſatis tuto fortaſſis dos impenderetur.

Doli exceptio. Quo modo inſit exceptio doli bonæ fidei iudiciis,vulgus Doctorum non explicat. Ego ante multos annos id docui in commentario de in litem iurando. Deinde in commentario de pactis accuratius, & fuſius rem omnem tractaui, & morem ac ritum veterum iudiciorum apud Romanos, qui ante paucis cognitus erat, patefeci,& illuſtraui, adeo vt iam vulgaria hæc,protritaque inter iuris ſtudioſos habeantur.

Maxime ſi voluntate. His verbis innuit Vlpianus, maritum poſſe in eas res,de quibus hic loquimur, dotem conſumere, quamuis mulieris voluntate id non fiat.Cum enim hoc iudicium bonæ fidei ſit, non auditur cōquerens mulier, quod in iam honeſtum ac pium opus,dos à marito conſumpta ſit.arg.l.1.§.1.infra de tute.& ratio.diſtrah. Arbitror tamen,inuita & contradicente muliere, factum in eas res ſumptum, ipſi imputari à marito non debere.leg.vltim.C.de nego geſt.

XXII. IDEM LIB. XXXIII. AD EDICTVM.

SI cum dotem daret pater,vel extraneus, pro muliere in vnum caſum pepigit, vel in diuortium, vel in mortem, dicendum eſt,in eum caſum,in quem non pepigit,eſſe mulieri actionem.

Cum dos pro muliere datur à patre vel extraneo,ita demum filiæ dos eſt ſoluto matrimonio, ſi is qui dat, eam ſibi reddi pactus,ſtipulatusve non fuerit, vt ſupra in caput ſecundum annotauimus. Vnde oriuntur quæſtiones de vi,& poteſtate pactorum, & ſtipulationum, quæ in dote conſtituenda interponuntur. Ac olim dubitatum fuit, an is, qui ſtipulatur ſoluto matrimonio dotem ſibi reddi, finito per mortem matrimonio dotem petere poſſit. Et pronuntiatum eſt à Tito imperatore,hoc verbum, *Soluto matrimonio, nō modo diuortium, ſed etiam mortem continere.* l. cum quærebatur. de verb. ſignificat. Quid ergo? Si quis vnū caſum,puta mortis, ſtipulatus,pactuſve ſit? Vlpianus hic ait,altero caſu cōtingente,nempe diuortij,mulieri actionem competere:quia conuentio in vnum caſum concepta, ad alium non porrigitur. Quod & in vltimis voluntatib. locum aliquando habet l.commodiſſime.infra de liber.& poſthum.vt loco magis idoneo fuſius demonſtraturi ſumus.l.vltim.C.de poſthu.hæred.inſtit. Fit tamen interdum,vt eo caſu,qui omiſſus eſt,contingente,dos nihilominus ſtipulanti reddenda ſit, vtputa, ſi cum pater ſtipulatus eſſet ſub hac conditione, Si filia in matrimonio deceſſerit,& ea dolo malo,fraudandique patris gratia à marito diuerterit.l.filiæ. infr.l.ſi filia. ſupra de diuort. Sed & ſi alter ex coniugibus in caſum mortis alterius lucrum ſtipuletur, altero ingrediente monaſterium,& monaſticum inſtitutum profeſſo,ſtipulanti lucrum acquiritur, vt eſt à Iuſtiniano conſtitutum.l. vltim.C.de epiſ.& cler. Notandum autem eſt,has quæſtiones facti,& voluntatis eſſe, & in coniecturali ſtatu conſiſtere. Quare in primis ſpectandum eſt,quid veriſimiliter actum ſit. Nam contingere poteſt, vt ex voluntate contrahentium dos nec patri, nec filiæ reddatur,ſed apud maritum remaneat. Cuius rei exemplum eſt apud Papinianum, de quo ingens altercatio eſt in aliorum commentariis. Zaſ. lib. ſingul.reſponſ. *Inter patrem puellæ, & generum conuenit, vt in matrimonio ſine liberis,defuncta filia,dos patri reſtituatur.* quæritur, Si liberis ſuperſtitibus filia defuncta ſit, vtri dos acquiri debeat? Et Papinianus ait, *id actum inter contrahentes intelligi,vt dos retineatur.* l.inter ſocerum. §. cum inter. de pact.dot. Itaque nec patri reddetur, nec filiæ, ſed eam maritus retinebit. Volūtas enim patris,qui dotem dat, ex verbis colligitur, qui non ſimpliciter dotem ſibi reddi ſtipulatur,defuncta in matrimonio filia, ſed ſi in matrimonio ſine liberis deceſſerit. Quorſum enim mētionem hic facit liberorum, niſi vt oſtēdat, ſe velle maritū dotē retinere,quo liberos facilius, & cōmodius alere poſſit? Nulla ſiquidem alia coniectura capi poteſt. Quamobrem mulieris hæredibus, propter præſumptam, aut euidentem potius paciſcentis voluntatem,dos non reddetur,ſed eam maritus retinebit. Nec locus ille Papiniani,huic aduerſatur, cum in ea quoque hypotheſi, ſi ponas diuortio matrimonium dirēptum eſſe, mulieris procul dubio futura ſit actio, vt hic dicitur. Quæſtio namque apud Papinianum non eſt,de eo caſu,quem penitus omiſit ſtipulator,puta diuortij, ſed de eo potius,quem expreſſit,id eſt, mortis. Eſt enim ille caſus ita expreſſus, vt ex pactione dos & ad patrem reuerti,& apud maritum remanere poſſit. Ad patrem, inquam, ſi ſine liberis defuncta fuerit filia. Idque ex conuentione expreſſa. Liberis vero ſuperſtitibus marito,pro eorum educatione acquiratur ex conuentione tacita. Et ſane de eo tantum caſu, qui omiſſus eſt à ſtipulatore,hic loquitur Vlpianus. De caſu enim expreſſo nulla videbatur eſſe dubitatio, vt certe nulla eſt, ſi is caſus ſimpliciter expreſſus ſit. Sed quia in ſpecie Papiniani liberorum mētio facta fuerat, inde orta eſt quæſtio voluntatis,vt iam diximus.

Pepigit. Hoc verbum cum ad patrem refertur, neceſſe eſt vt nō de nudo, ſimplicique pacto id accipiamus, ſed de eo potius cui ſtipulatio acceſſit: quia pater nudo pacto dotis actionem in ſe transferre non poteſt, licet extraneus id poſſit.leg.auia.C.de iure dot. Verum id poſtea clarius explicabitur.l.quoties.

Mulieri eſſe actionem. Si nulla à patre ſtipulatio interpoſita eſſet, mulieri non competeret actio, ſed communis eſſet patris & filiæ, eamque actionem pater inſtitueret, non filia, vt ante diximus. leg. 2. §. quod ſi in patris. Proinde non videtur rationi congruum eſſe, vt

eo caſu

vt eo caſu contingente, qui paciſcendo expreſſus non fuit, ea communio tollatur. Sed quia pater ſtipulatur in vnum caſum, ſic interpretamur eius voluntatem, quaſi deficiente conditione, quam adiecit ſtipulationi, omne ius ſuum remittere videatur. Quam præſumptionem & fauor mulieris, & patris affectio veriſimilis adiuuant. arg. l. Caius. infra.

Si poſt ſolutum matrimonium filiafamilias citra patris voluntatem exactam communem dotem conſumat: patri, & viua ea, & mortua, actio ſupereſt, vt dos ipſi ſoluatur, quod ita verum eſt, ſi perdituræ ſoluatur. Cæterum ſi non perdituræ, & ex iuſtis cauſis ſoluta ſit, non ſupererit actio, ſed mortuo patre, nec etiam hęredes agent, nec mulier.

Viuo patre dos profectitia non recte ſoluitur filiæ, ſoluto matrimonio. Itaque ea ſolutione actio competens patri non tollitur conſumpta dote, niſi iuſta fuerit cauſa ſoluendi. leg. quamuis. ſupra eod. leg. mutus. §. manente. ſup. de iure dot. Quod ſi dos ad patrem peruenerit, liberatur omnino maritus, quamuis patri non ſoluerit. l. non ſolum. ſupra eo.

Si non perdituræ, & ex iuſtis cauſis. Admonuimus ſupra, ad mariti liberationem non ſufficere, ſi pecuniam dederit mulieri, vt prædia idonea emat, ſed prædia empta eſſe oportere, vt ex reſponſo Scæuolæ colligitur. l. vltim. ſupra de iure dot. Quod mihi videtur difficultatem non habere, ſi manente adhuc matrimonio dos reddatur vxori. l. quamuis. ſupra. quod marito ſubiecta ſit, & rerum eius curam, adminiſtrationemque habeat maritus. Soluto autem matrimonio non idem fortaſſis dicendum erit. Sed maritum mulieri non perdituræ ex cauſis iuſtis ac legitimis dotem dediſſe ſufficiet, cum nullam diffidendi mulieri cauſam haberet. l. eum qui. §. vltim. & l. ſeq. l. argentum. ſupra commod. l. ſi à bonæ fidei. ſupra de rei vindic.

Sed mortuo. Quamuis non liberetur maritus, qui dotem dedit mulieri conſumpturæ, vt iam diximus, tamen ſi pater poſtea deceſſerit, dotem quæ iam forte conſumpta eſt, nec petent hæredes patris: quia omne ius eſt acquiſitum mulieri. §. videamus. C. de rei vxor. actio. nec ipſa mulier, cui ſoluta eſt: quia bis idem exigi æquum non eſt. l. bona fides. de reg. iur. l. 2. ſupra eo. Non enim recte pupillo comparatur mulier, qui rem ſibi ſolutam abſque tutoris auctoritate iterum petit. ſi ex ea non fuerit factus locupletior. §. at ex contrario. Inſtit. quib. alien. l. ait prætor. de minor. l. in pupillo. de ſol. Nam ſoluens pecuniam debitam creditori, qui pupillus non eſt, licet conſumpturo, liberatur, niſi ſciens, prudenſque ei ſoluerit, vt ſcorto daret, aut in aleam, vel rem aliam turpem, atque inhoneſtam impenderet. l. ſi quis cum ſciret. infra pro empto. l. ſi vero. §. ſi adoleſcens. ſupra mandat.

Si mulier, ſoluto matrimonio, egentem reum dotis per nouationem decepta accipiat: nihilominus actio dotis ei manebit.

Bonum nomen facit creditor (vt Paulus inquit) *qui admittit debitorem delegatum, licet is ſoluendo non fuerit.* l. inter cauſas §. abeſſe. ſupra manda. Quare (niſi aliud actum ſit) tale nomen accipere videtur, quale in obligatione fuerit. l. promittendo. § ſi à debitore. ſupra de iure dot. Nam & qui nomen vendit, locupletem eſſe debitorem præſtare non cogitur. l. ſi nomen. de hæred. vel actio. vend. Quod ſi creditor dolo debitoris deceptus fuerit, actio de dolo ei dabitur: quia ipſo iure nulla liberatio non eſt. l. ſub prætextu. C. de tranſact. Arbitror & propter iuſtam aliquã probabilemque ignorantiam creditori ſubueniẽdum eſſe, tametſi dolo debitoris circumſcriptus non fuerit. l. 1. l. ſed etſi. §. vltim. ex quib. cauſis maior. Et quanquam hæc vera ſint, tamen fauor mulieris ac dotis ſuadet, vt ſi mulier decepta, & ignorans, egentem reum dotis per nouationem accipiat, ſalua nihilominus ei maneat actio.

Si pater, filia abſente, de dote egerit, & ſi omiſſa ſit de rato ſatiſdatio, filię denegari debet actio: ſiue patri hęres extiterit, ſiue in legato tantum acceperit, quantum dotis ſatis eſſet. Sed & Iulianus in pluribus locis ſcribit, compenſandum ei in dotem, quod à patre datur, lucroque eius cedere ſi tantum ab eo conſecuta ſit, quantum ei dotis nomine debebatur à marito, qui patri ſoluit.

Quod dicitur, ſolutione dotis facta patri abſque conſenſu mulieris, maritum non liberari, ſed actionem mulieri ſaluam manere: hoc ita accipiendum eſt, niſi hæres patri extiterit mulier, vel tantum in legato acceperit, quanta erat dos à marito debita. Diuerſum tamen ius de marito vxori ſuæ aliquid legante conſtitutum eſt à Iuſtinian. §. ſciendum. C. de rei vxor. actio. Eſtque huius diuerſitatis ratio ſatis perſpicua, quam huius loci enarratores non ſatis expendiſſe mihi videntur. Nam ſi maritus, qui ſoluendo patri ſe liberare voluit, denuo ſoluere cogeretur, id contra bonum & æquum fieret: quod maxime hic ſpectandum eſſe crebro iã admonuimus, propter vim huius iudicij, in quo iudex, *quod æquius & melius eſt*, ſequitur. l. pe. inf. l. bona fides. de reg. iur. Cum autẽ maritus legat vxori, quamuis & legatum ſimul, & dotem conſequatur vxor, ex conſtitutione Iuſtiniani, tamen quia ſecundum mariti voluntatem id factum intelligitur, nec bonæ fidei, nec æquitati contrarium dici poteſt. d. §. ſciendum. Alij debitorem voluntarium à neceſſario hic diſtinguunt, ſed eam diſtinctionem, quæ abſque ratione excogitata eſt, miſſam facimus.

Lucroque eius cedit. Dos, quam accepit à marito pater, lucro patris hic cedit, & pater eã retinet iure quodam compenſationis, vt Iulianus ait. An autem pater, qui dotem debet filiæ, animo compenſandi legare ei videatur, facti magis eſt, quam iuris quæſtio: quæ alibi tractatur à iuris auctoribus. l. Titia. § qui inuita. l. cum pater. §. qui dotale. de lega. 2. l. huiuſmodi. §. cum pater. de lega. 1. Ac generaliter de quocunque debitore creditori ſuo aliquid legante quęri ſolet. l. creditorem. de lega. 2. Verum his quæſtionibus in præſentiarum omiſſis, quæ ad hunc locum non proprie pertinẽt, illud mihi conſiderandum in primis videtur, non eandem eſſe cauſam patris, & mariti, cæterorumque debitorum, qui creditoribus ſuis legant, cum pater vſquequaque debitor non ſit, ſed ius aliquod in dotem habeat. Itaque ratio & æquitas poſtulat, vt voluntatem obſcuram & incertã benignius, atq. humanius pro eo interpretemur.

Si patri propter condemnationem Romæ, vbi dos petatur, eſſe non licet, filiæ ſatis dotis fieri oportet: ita tamen, vt caueat ratam rem patrem habiturum.

Idem dicendum, & ſi pater ob quamcunque aliam

Digitized by Google

cauſam abſit, vt reuerti facile nequeat.l.filiusfamil.§. ſed & filia. ſupra de procur.

Eo autem tempore conſentire filiam patri oportet, quo lis conteſtatur. Secundum hæc, ſi filia dicat,ſe patri conſentire,& ante litis conteſtationem mutauerit voluntatẽ, vel etiam emancipata ſit, fruſtra pater aget.

Dictum fuit ſupra ad agendum de dote,conſenſum filiæ neceſſarium eſſe.l.2.§.vltim. Addit Vlpianus,tum conſentire eam oportere,cum lis conteſtatur, nec id immerito,cum de litigando hic agatur,liſque & iudicium à conteſtatione incipiat.l. amplius.infra rem ratam hab.qua de re ſupra aliquid annotatum eſt, l. rei iudicatæ.

Nec non illud quoque probamus, quod Labeo probat, nonnũquam patri denegãdam actionem, ſi tam turpis perſona patris ſit, vt verendum ſit, ne acceptam dotem conſumat. Ideoque officium iudicis interponendum eſt, quatenus & filię, & patri competenter conſulatur.

Interpretatur quod ante dictum fuerat,ita communem eſſe actionem de dote patri,& filiæ,vt pater actionem inſtituat,ſed conſenſu filiæ.d.l.2.d.l.filiusfamilias. Nam ita demum patri hoc permittitur,ſi probatæ ſit vitæ,vt veriſimile non ſit,eum dotem conſumpturum,& perditurum eſſe.

Sed ſi latitet filia, ne tali patri conſentire cogatur:puto dari quidem patri actionem, ſed cauſa cognita. Quid enim ſi filia verecunde per abſentiã patri contradicat? Cur non dicamus,patri non eſſe dandam actionem? Quod ſi is pater ſit, cui omni modo conſentire filiam deceat, hoc eſt, vitę probatæ: filia leuis mulier,vel admodum iuuẽnis, vel nimia circa maritum non merentem:dicendum eſt,patri potius adquieſcere Prętorem oportere, dareque ei actionem.

Quid iuris ſit, cum filia coram reſiſtit patri agere volenti,& ei turpitudinem obiicit apud iudicem,iam dictum eſt. Nunc quæritur, quid ſi latitet filia, vt eius abſentiam nihil aliud quam verecundam diſſenſionem,& contradictionem eſſe appareat.

Si maritus, vel vxor,conſtante matrimonio,furere cœperit,quid faciendum ſit,tractemus.Sed illud quidem dubio procul obſeruatur, eam perſonam,quæ furore detenta eſt(quia ſenſum non habet) nuntium remittere non poſſe.An autem illa repudianda ſit, conſiderandum eſt. Et ſi quidem interuallum furor habet, vel perpetuus quidam morbus eſt, ferendus tamen his, qui circa eam ſunt: tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, ſciente ea perſona, quæ cum compos mentis eſt,ita furenti (quemadmodum diximus) nuntium miſerit,culpa ſua nuptias eſſe diremptas. Quid enim tam humanum eſt,quam fortuitis caſibus mulieris maritum, vel vxorem viri participem eſſe? Si autem tantus furor eſt ita ferox, ita pernicioſus vt ſanitati nulla ſpes ſuperſit,ita circa miniſtros terribilis, & forſitan altera perſona velit, vel propter ſęuitiam furoris, vel quia liberos non habet, procreandę ſobolis cupidine tanta,dirimere: licentia erit compoti mẽtis perſonæ furenti nuntium mittere, vt nullius culpa videatur eſſe matrimoniũ diſſolutum, neque in damnum alterutra pars incidat.Si autem in ſæuiſſimo furore muliere conſtituta,dirimere maritus quidem matrimonium calliditate nõ vult, ſpernit autem infelicitatem vxoris, & non ad eam flectitur, nullamque competentem curam inferre manifeſtiſſimum eſt,ſed abutitur dote: tunc licentiam habeat vel curator furioſæ,vel cognati, adire iudicem competentem, quatenus neceſſitas imponatur marito, omnem talem mulieri ſuſtentationem ſufferre, & alimenta præſtare, & medicinæ ei ſuccurere, & nihil prætermittere, quorum maritum vxori adferre decet, ſecundum dotis quantitatem. Si vero dotem ita eum diſſipare manifeſtũ eſt, vt hominem non frugi, oportet dotem tunc ſequeſtrari, quatenus ex ea mulier cõpetens habeat ſolatium, vna cum ſua familia: pactis videlicet dotalibus, quæ inter eos ab initio nuptiarum inita fuerunt in ſuo ſtatu durantibus, & alterius expectantibus ſanitatem,aut mortis euentum.

Furor alterius coniugum iuſta diuertendi cauſa non eſt,vt pœna vitetur legitima,quæ eſt dotis amiſſio, aut rerum propter nuptias donatarum. leg.conſenſu.C.de repud.

Participem eſſe. Caue putes hic ius quoddam generale conſtitui de participatione infortunij, quod alterutri coniugum accidit. Nam & ſi humanum ſit quod hic dicitur, non tamen ſemper ad hanc humanitatem reſpicimus l.ſi conſtante. infra.l.res vxoris.C.de dona. inter vir. Hoc enim ab Vlpiano adſcriptum eſt, vt oſtenderet quod dicitur, ob furorem non dirimi matrimonium, id humanitate, & naturali quadam ratione niti. Ac ſimile quiddam apud eum legitur, in interpretatione edicti Prætorij de pactis conuentis, cum ait, *eius edicti æquitatem naturalem eſſe, quod congruum ſit humanæ fidei,ea,quæ placuerint inter homines,ſeruare.* l.1.ſupra de pact. Nemo ſiquidem ea verba quaſi generalem legem recte interpretabitur, qua homines ad id, quod promiſerunt, obſeruandum cogantur. Non enim æquitatis tantum naturalis, ſed & publicæ vtilitatis in iure ciuili habetur ratio.l.1. de vſucapio. Atque hinc fit, vt ex ſimplici,nudoque pacto actio nõ detur. Quod alias fuſius & accuratius à nobis explanatum eſt.

Secundum dotis quantitatem. Modum enim alimentorum ex quantitate dotis plerunque metimur. Non ſunt autem hæc verba ſic accipienda, quaſi maritus vxorem indotatam alere non debeat. Nam etſi iuris certi hoc non ſit,tamen multæ grauiſſimæque rationes ſuadent,tam maritum ab vxore, quam vxorem à marito alendam eſſe, ſi alter inops, alter diues, & copioſus ſit.l.

fit.l.quod ſi nulla.ſupra de relig.l. quod in vxorem. C. de neg.geſt. Eſt enim inter coniuges communio quædam rerum, de qua diximus ſub titulo de ritu nuptiarum. Vnde videmus alterum alteri non condemnari, niſi quatenus facere poteſt.l.maritum. ſup. Item alteri mortuo, alter plerumque ſuccedit, accepta bonorum poſſeſſione, quæ dicitur *Vnde vir & vxor.* tit. vnde vir & vxor. infra. Monet nos parentum, filiorumque exemplum, de quo ſub titulo de liberis agnoſcendis, tractabimus.

Sequeſtrari. Sequeſtratio hic fit propter malam adminiſtrationem mariti, ne aliter dos pareat. l. Imperatores.inf.de app. Sed cur non reddatur dos mulieri, cum matrimonio conſtante ob huiuſmodi cauſas exigi ſoleat, poſtea dicemus.l. ſi conſtante.

Item pater furioſæ vtiliter intendere, ſibi, filiæve ſuæ reddi dotem, poteſt: quamuis enim furioſa nuntium mittere non poteſt, patrem eius tamen poſſe, certum eſt.

Licet nec filia furioſa, nec eiuſdem curator nuntium mittere poſſit (vt dictum eſt) tamen ſi mulier filiafamilias ſit, pater nuntium mittere non prohibetur. l. Iulianus. ſup. de diuort. In codicibus quibuſdam antiquis hæc verba deſiderantur, tamen ad ſuperiorem explicationem haud dubie pertinent.

Si ſoluto matrimonio pater furioſus ſit, curator eius voluntate filiæ dotem petere poterit: aut ſi curatoris copia non ſit, agere filiam permittendum erit, cauerique oportebit de rato. Item dicendum eſt, & ſi ab hoſtibus captus ſit pater, puellæ dandam actionem de dote repetenda.

Hæc fuſius ſupra in caput ſecundum tractata ſunt.

Tranſgrediamur nunc ad articulũ hunc, vt quæramus, aduerſus quos competat de dote actio. Et aduerſus ipſum maritũ competere, palam eſt, ſiue ipſi dos data ſit, ſiue alij ex voluntate mariti, vel ſubiecto iuris eius, vel nõ ſubiecto. Sed ſi filiusfamilias maritus ſit, & dos ſocero data ſit, aduerſ⁹ ſocerũ agetur. Plane ſi filio data ſit, ſiquidẽ iuſſu ſoceri, adhuc abſolute ſocer tenebitur. Quod ſi filio data ſit, non iuſſu patris, Sabinus, & Caſſius reſponderunt, nihilominus cũ patre agi oportere: videri enim ad eum perueniſſe dotem, penes quẽ eſt peculium. Sufficit autem ad id eum damnari, quod eſt in peculio, vel quod in rem patris verſum eſt. Sin autem ſocero dotem dederit, cum marito non poterit experiri, niſi patri hæres extiterit.

Voluntate mariti. Nihil refert an alicui res detur, an alij ipſo conſentiente. l.nihil. Cod. de ſolutio. Quod de iis, qui ſui iuris ſunt, accipiendum eſt. Nam ſi ſeruus ex re peculiari mutuum dederit, creditor ei ſoluens liberatur, non alij, eo mandante. leg. fugitiuus. infra de ſolut. Nam hæ perſonæ, quamuis recte eis ſoluatur, tamen nouare non poſſunt. l.cui recte. l.nõ ideo. inf. de nouat.

Quod eſt in peculio. Tenetur pater hac actione, non tantum quatenus eſt in peculio, ſed quatenus ipſius dolo aduerſarius captus, fraudatuſque eſt. Proinde rebus dotalibus extantibus, quas dolo malo non reſtituit, in ſolidum condemnabitur. l. in bonæ fidei. ſupra de peculio Sed hic quæritur, an pater pro filio ducere vxorem volente, ad dotem reddendam ſeſe obligare cogatur? Sunt qui patrem cogendum eſſe putent. Quam ſententiam probare non poſſum: quia nunquam pater pro filio tenetur, niſi certis ex cauſis, quæ legibus expreſſæ reperiuntur. C.ne filius pro pat. Et extat exemplum huic non diſſimile de filio Decurione, pro quo pater inuitus non obligatur. l.honores. de decurio. Reſcriptum autem Hadriani de filiofamilias tutorẽ dato ad rem non pertinet. l. vlt. infra de ſuſpect. tuto. Nõ enim dicitur in reſcripto, cogendum eſſe patrem cauere pro filio: quoniam id inciuile videbatur: ſed eum ſimul cum filio tutorem dandum eſſe: quia non minus ad tutelæ onus ſubeundũ cogi poteſt, quã filius, ſi iuſtã excuſationẽ non habeat. Itaque reſcriptũ illud nõ poteſt huic ſpeciei, quam tractamus, conuenire. Nam ſi quis ex eo reſcripto vellet argumentum ducere, tanquam à ſimilitudine, dicendum eſſet, maritandum eſſe patrem ſimul cum filio, ſi cauere nolit. Quod quam abſurdum ſit, nemo non videt. Nec me mouet, quod pater vt dotare filiam, ita & filio propter nuptias donare compellitur, ne alias matrimonium contrahere liberi non poſſint. l. vlt. C. de dotis promiſ. quia ratio alia iniri poteſt, qua dotem danti conſulatur, ſi filiofamilias eam fortaſſis committere non auſit. Quod vel ex Pontificia conſtitutione colligitur. c. per veſtras. de donat. inter vir.

Si mulier in conditione mariti errauerit, putaueritque eſſe liberum, qui ſeruus eſſet: concedi oportet quaſi priuilegium in bonis viri mulieri: videlicet vt ſi ſint & alij creditores. hæc præferatur circa actionem de peculio: vt tamen ſi domino aliquid debeat ſeruus, nõ præferatur mulier, niſi in his tantum rebus, quæ vel in dotem datæ ſunt, vel ex dote comparatæ, quaſi & hæ dotales ſint.

Mulier, quæ ſeruo per errorem nupſit, quia non conſiſtit matrimonium, quod dotis nomine dedit, condicere poteſt. l. auunculo. ſupra, de condict. ſine cauſ. & ei aduerſus dominum ſerui de peculio actio competit.

Quaſi priuilegium. Priuilegia conceſſa mulieri propter veram dotem, locum habent & in hac dote opinata. Sic enim Latine dici poteſt, quam vulgo putatiuam vocant. Nam fauor nuptiarum, qui ad publicam vtilitatem pertinet, non minor hic eſt, quam ſi matrimonium conſiſteret, & dos rei vxoriæ iudicio repeteretur: quia ſi mulier quod dedit amittat, alij commode nubere non poterit. l. 2.3. de priuileg. cred. l. ſi ſponſa. ſupra de iure dot. Itaque maritus hic opinatus pro vero iuſtoque non vſquequaque habetur in hac conditione, propterea quod fauor iſte mulierem tantum reſpiciat. l.1. C. de condict. ob cau. l. in inſulam. §. fructus. infr. Eadem ratio efficit, vt tunc demum faueatur mulieri, cum de dote, quam dedit, repetenda quæritur, nõ etiam ſi de rebus amotis, &c. l. ſi cõcubina. infra rerum amota. Sed & ſi mulier deceperit virum, conſtat, eam nullo hic priuilegio vti poſſe. l. à diuo. ſupr. de ritu nup. l. pen. §. vlt. inf. quod fal. tut. aucto.

Etſi forte domino. Peculium eſt, quod ſeruus, domini permiſſu ſeparatum à rationibus dominicis habet, deducto inde ſi quid domino debetur. Quare ſi huiuſmodi deductio non fieret, non peculij fini, ſed vltra peculium condemnaretur dominus. l. depoſiti. ſupra de pecul.

Dotales ſint. Res empta ex pecunia dotali, minime dotalis eſſe intelligitur. leg. ex pecunia. C. de iure dot. l. vl. C. de ſer. pig. da. man. Et quod Paul⁹ ait, *Res ex dotali*

Quoties mulieri ſatiſdádũ eſt de ſolutione dotis poſt certum tempus, ſi maritus ſatiſdare non poſſit: tũc deducto cõmodo tẽporis, condemnatio reſidui repræſentatur. Sed ſi cum maritus ſatiſdare poſſet, nollet in ſolidum eum condemnandum, Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio conuenit, vt aut ſatiſdatione interpoſita abſoluat maritum, aut habita ratione repræſentationis eum condẽnet. Quod quidem hodie magis vſurpatur: nec ferenda eſt mulier, ſi dicat, magis ſe velle dilationem pati, quam in repræſentatione deductionem.

Quæſtio hic tractatur de officio iudicis in rei vxoriæ actione, ſi maritus non ſatiſdet mulieri, cum ſatiſdandum eſt, &c. Verum quia non docet Vlpianus, ex qua cauſa ſatiſdandum ſit, de eo aliquid videndum eſt. Et illud in primis eſt animaduertendum, cum iuſta cauſa ſuſpicionis eſt, ſolere ſatiſdationem exigi, præſertim in bonæ fidei iudiciis. l. in omnibus ſupra de iud. l. ſi creditores. de priui. credi. Nec facile poteſt hoc aliter diffiniri, ſed iudicis arbitrio relinquitur. arg. leg. mora. de vſucap. Si igitur, exempli cauſa, oſtendat iudici mulier maritum ſibi ſuſpectum eſſe, ne cum dote aufugiat, quia dos conſiſtit in nummis, nec maritus immobilia poſſidet, ea res mouere debet iudicem, vt ſatiſdari iubeat. Sed ſi conuenerit inter coniuges, vt maritus poſt certum tempus dotem reddat præſtita ſatiſdatione, idem dicemus. Nam ea conuentio aliquando vtilis eſt. l. licet. ſup. de pact. dot. Poſſunt & aliæ huiuſmodi cauſæ incidere, ſed theoremata vniuerſalia cum aliquot exemplis ad rem demonſtrandam ſufficiunt. Hæc cum ita ſe habeant, mirum videri non debet, quod ante à nobis dictum eſt, cautionem nudam ſine ſatiſdatione aliquando inter coniuges locum habere: veluti cum mulier fructibus ſtantibus fundum recipit, & marito cauet, &c. l. fructibus §. interdum. ſup. Non enim ob ſuſpicionem aliquam mulier cauere iubetur marito, quæ forte diues eſt, & immobilia poſſidet, ſed vt fructibus perceptis à muliere maritus aduerſus eam ex ſtipulatu agat. In ſumma, Bonum & æquum, quod in hoc iudicio maxime ſpectamus, modo cautionem ſiue promiſſionem ſimplicem, modo fideiuſſoris dationem exigit. Quæreret forte quiſpiam, Cur hic dicatur maritus cogi ſatiſdare, cum Imperatoria conſtitutio vetet pro dote ſatiſdationem exigi? C. ne fideiuſſo. dot. dent. Cui reſpondeo, tunc conſtitutioni locum eſſe, cum matrimonium ſolutum non eſt. Nam ſoluto matrimonio ex iuſta probabilique cauſa ſatiſdatio exigitur. l. exceptiones. de exce. Sed de hoc genere ſatiſdationis accurate diſſeruimus ſupra ſub. tit. de iure dotium.

Satiſdare non poſſit. Ei, qui fideiuſſorem inuenire non poteſt aliquando remittitur ſatiſdatio. Nou. de litig. §. ad excludendas. l. cum non facile. inf. ſi cui plus quam per leg. Falci. ſed quia hac repræſentatione, atque deductione, æque conſulitur mulieri & marito, vtile viſum non eſt iuris auctoribus, marito ſatiſdationem remitti in hoc iudicio, in quo boni & æqui maxime habenda ratio eſt.

Deducto commodo. Commodum temporis hic deducit maritus propter repræſentationem. Quod de vſuris pecuniæ dotalis recte accipitur, quam non ſtatim, ſed annua, bima, trima die, ſecundum ius antiquum, vel præterito anno ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani reddere cogitur. §. exactio. C. de rei vxo. act. De fructibus immobilium idem dici non poteſt, quia maritus ea ſoluto matrimonio confeſtim reddit, fructuſque reſtituit à die ſoluti matrimonij. d. §. exactio. Si qua tamen ſpecies forte occurrat, in qua maritus dilationem habeat ad reddenda immobilia, præſtita ſatiſdatione, puta ex pacto, fructuum quoque deductio fiet propter ſimilitudinem rationis.

Repræſentatur. Caue putes, eum, cui in diem debetur, poſſe ante diem exigere deducto commodo temporis. l. ſi mandauero tibi. ſupra. manda. Hic enim repræſentare cogitur maritus, non modo quia in diem debet, ſed quia etiam ſatiſdare debet ante diem, nec ſatiſdat.

In ſolidum. Tametſi æquũ ſit, ac bonum, commodum temporis deduci à marito, qui repræſentare cogitur, tamen æquius ac melius eſt, nihil ab eo deduci, qui per contumaciam ſatiſdare non vult, cum id facere commodè poſſit.

Nec ferenda. Cum mulier egit aduerſus maritum vt ſatiſdaret, ſi maritus ſatiſdare non poſſit, repræſentare iubetur deducto commodo temporis, vt iam diximus: idque etiam inuita muliere, quæ forte mauult omnino nihil repræſentari, quam deductionem fieri. Per hanc enim repræſentationem deductionemque æqualitas inter coniuges ſeruatur, quæ maxime æquitati huius iudicij conſentanea eſt.

Siue autem mariti, ſiue vxoris periculo dos fuit, nihilominus legitimo tempore debet ſoluere maritus.

Legitimum tempus reddendæ dotis ſecundum ius antiquum, cui Iuſtinianus nonnihil derogauit, eſt annua, bima, trima dies, in rebus, quæ conſtant pondere, numero, aut menſura, in cætera eſt tempus ſoluti matrimonij, vt auctor eſt Vlpianus in fragmentis Inſtitutionũ. tit. de dotib. Quid igitur dicemus, ſi ſpecies aliqua data ſit marito in dotem, vt periculum ſit mariti, & ad pecuniam tantum obligetur? leg. plerumque. de iure dot. Vlpianus hic ait, *legitimo tempore ſoluendum eſſe, quod res marito data magis quam mariti obligatio, ſpectari debeat.*

Si vir voluntate mulieris ſeruos dotales manumiſerit: ſiquidem donare ei mulier voluit, nec de libertatis cauſa impoſitis ei præſtandis tenebitur. Quod ſi negotium ab eo geſtum eſt, vtique tenebitur, vt officio iudicis caueat, reſtituturũ ſe mulieri quicquid ad eum ex bonis liberti, vel ex obligatione perueniſſet.

Si ſeruus dotalis manumiſſus ſit à marito voluntate vxoris, valet manumiſſio: atq. ideo ſeruus ipſe in reſtitutionem non venit. Sed propter ius patronatus, quod marito ob eam manumiſſionem acquiſitum eſt, cautio præſtatur, niſi mulier animo donãdi conſenſerit, &c. Qua de re plura dicemus infra, l. quod ſi. & lege ſeq.

Donare ei voluit. Valet donatio manumiſſionis cauſa inter coniuges, quamuis alias prohibita ſit. l. quod autem. §. vltim. ſup. de dot. inter vir. l. maritus. C. eo. tit.

Caueat. Hæc iudicialis cautio interponitur loco reſtitutionis, propter commodum omne, quod ex iure patronatus oritur. Cuiuſmodi ſunt operæ, ac hæreditas liberti. Valet autem hæc pactio, quæ de aliena hæreditate eſt, quia iuſta probabiliſque cauſa eſt paciſcẽdi, quæ prauam omnem ſuſpicionem diluit. Nam alioqui alter ab altero iniuria afficeretur. Eſtque ſimile exemplum ſup. tit. de actio. empt. l. ſi quis ſeruus. Alias de hæreditate aliena paciſci non licet. l. vltim. C. de pact.

Si marit' ſæu' in ſeruos dotales fuit, vidẽdũ, an de hoc poſſit cõueniri? Et ſi quidẽ tantũ

in ſeruos vxoris ſæuus fuit, conſtat eum teneri hoc nomine. Si vero & in ſuos eſt natura talis: adhuc dicendum eſt, immoderatam eius ſæuitiam hoc iudicio coercēdam. Quáuis enim diligentiam vxor eam demum ab eo exigit, quam rebus ſuis exhibet, nec plus poſſit: attamen ſæuitia, quæ in propriis culpanda eſt, in alienis coercenda eſt.

Maritus, ſi ſæuierit in ſeruos dotales, ideoque perierint, aut deteriores redditi ſint, eo nomine tenetur, etiamſi eadem ſæuitia in ſuos vti ſolitus fuerit: quia forte iracundus natura, & ſæuus erat.

Rebus ſuis exhibet. Maritus etſi dolum & culpam præſter in re dotali: l. etiam. §. 1. ſupr. l. ſi vt certo. §. nūc videndū. commod. tamen exactiſſima, diligentiſſimaque cuſtodia ab eo non exigitur, ſed ea diligentia, quam rebus ſuis adhibet. l. in rebus. ſupra de iure dot.

Coercenda eſt. Ob ſæuitiam in ſeruos ſuos culpatur, & coercetur dominus, not. in l. etiam. ſupra. ob negligentiam non æque. Quare mirum non eſt, ſi maritus ſæuitiæ nomine magis, quam negligentiæ, damnari hic dicatur. Cùm enim ſæuitia hæc, pœna omni modo digna ſit, an talis natura fuerit dominus, nec aliter ſeruos ſuos accipere conſueuerit, inquirendum non eſt.

Si vxor viri rem cōmodauerit, eaque perierit videndum eſt, an compēſationem hoc nomine pati poſſit? Et puto, ſiquidem prohibuit eam maritus commodare, ſtatim deductionem fieri. Si vero non prohibuit eam commodare, arbitrio iudicis modicum tēpus ei indulgeri, cautionem præbendi.

Vxor res mariti nec largiri alteri, nec commodare poteſt, vtcunque indiuidua ſit inter eos vitæ conſuetudo, & conſortium omnis vitæ, vt ſupra annotaui ſub tit. de ritu nuptiarum. Sed cum quæritur an in iudicio dotis eo nomine compenſatio, deductioque admittatur, ſequenda eſt diſtinctio, quam Vlpia. noſter hic tradit, *& quod æquius ac melius* eſt ſpectandum, ſicut & vbique alias in rei vxoriæ actione.

Deductionem fieri. Hodie nulla compenſatio aduerſus mulierem oppoſita, dotis exactionem moratur, vt ante diximus. l. fructus. §. ob donationes.

Cautionem præbendi. Cauebit mulier ſe reſtituturam marito ſi minus rem, ſaltem pretium, & æſtimationem eiuſdem. Nam poſitum hic fuit, rem commodatam periiſſe, vt intelligeremus, maritum eam vindicare non poſſe, nec aliter ei conſuli quam repetendo, ac deducendo, vt hic dicitur.

Si bona mulieris pro parte ſint publicata, ſupereſt mulieri reliquæ partis dotis exactio, plus puro, & ſi poſt litem conteſtatam publicata ſit pro parte dos, ſufficiet arbitriū Iudicis ad partis condemnationem faciendam. Quod ſi tota dos publicata ſit, expirabit iudicium.

Publicatis bonis vxoris, actio de dote publicata quoque intelligitur. l. bonorum appellatio. infra de verb. ſignific.

Poſt litem conteſtatam. Extincto iure agentis pendente iudicio, extinguitur iudicium, vt ſupra annotauimus. l. ſi mulier.

Arbitrium iudicis. Hæc actio cum ſit bonæ fidei. §. fuerat. Inſtit. de actio. iudici datur facultas arbitrandi, quemadmodum ex bono & æquo ſatisfieri oporteat. §. in bonæ fidei. eod. tit. Quod in aliis iudiciis in quibus non additur, *ex fide bona*, locum non habet. Nam in illis iudiciis ita pronuntiat iudex ex formulæ præſcripto, vt actor quod petit, aut totum conſequatur, aut totum amittat. Cicer. pro Roſ. Com. Senec. libro 3. de benefic.

Expirabit iudicium. Quantum ad mulierem attinet, vt nihil ei adiudicetur. Non extinguitur tamen ita hoc iudicium, vt ad fiſcum quaſi hæredem quendam inſtantia non transferatur. l. ſi cum hominem. infr. de fideiuſ. l. ſi in rem actum ſit. ſupra de rei vind. l. ſi petitor. de iudi. Qua de re ingens eſt doctorum altercatio & varietas opinionū, adeo vt vere illud dici poſſit, *Quot capita, tot ſententiæ.* Verum interpretatio noſtra, quæ & quorūdam veterum fuit, nihil incommodi habere nobis videtur. Nam etſi Vlpianus ſimpliciter dicat expirare iudicium, tamen quia nulla hic erat quæſtio de lite inter fiſcum & maritum, ſed inter maritum potius & vxorem, non video cur hæc verba ad mulierem referri non poſſint.

XXV. PAVLVS LIB. XXXVI. AD EDICTVM.

SI filiofamilias dos data ſit iniuſſu patris, de peculio quidem agetur, ſed ſiue propter impēſas à filiofamilias factas, ſiue propter res donatas à filiofamilias, vel amotas ab vxore, res peculiares hoc ipſo, quod habet actionem pater ex perſona filij, maius peculium fit: & ſic totum eſt præſtandum mulieri quod in peculio eſt: modo adhuc ſit, quod vxori debeatur.

Hypotheſis: Mulier filiofamilias marito abſque iuſſu patris trecenta in dotem dedit. Soluto matrimonio egit aduerſus patrem, qui ad centum ei danda condemnatus eſt: cum ea tantum ſumma reperiretur in peculio. Mox cum pater ob res amotas peteret ab vxore ducenta, poſtulabat ea, vt compenſarentur cum aliis ducentis, quæ ſibi adhuc deberentur dotis nomine. Quæritur an iure id poſtulet? Paulus ait, æquam eius poſtulationem eſſe, quod ea actio in peculio ſit filiifamilias mariti. l. quam Tuberonis. §. in peculio. ſupra. & ſecūdum peculij modum & quantitatem pater teneatur. Et notandum eſt, compenſationem, de qua hic loquitur Paulus, conſtitutione Iuſtiniani ſublatam non videri, cum ad mulieris commodum & fauorem reſpiciat. §. taceat. Cod. de rei vxor. actio.

Maritum in reddenda dote, de dolo malo, & culpa cauere oportet. Quod ſi dolo malo fecerit, quo minus reſtituere poſſit, damnandum eum, quanti mulier in litem iurauerit: quia inuitis nobis res noſtras alius retinere non debeat.

Vtilis eſt hæc cautio in iudicio dotis, ſi forte dubitet mulier an res, quæ in reſtitutionem venit, dolo vel culpa mariti deterior ſit reddita. Eſtque hoc exemplum ſtipulationis iudicialis, de qua alibi diſſeruimus.

In litem iurauerit. In omnibus actionibus, quibus rem noſtram nobis reſtitui petimus, in litem iurari ſolet, & arbitrio domini pretium rei petitæ ſtatui. Quod quam æquum, iuſtumque ſit, edito ante duodecim annos libello,

libello, *qui de in litem iurando* inſcribitur, demonſtrauimus.

Si poſt diuortium res dotales deteriores factæ ſint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnino detrimentum ipſe præſtabit.

Tametſi dos periculo ſit mulieris, ſi æſtimata non ſit &c. leg. plerunque. ſupra de iure dot. maritus tamen poſt moram ſuam omnimodo, & ſine exceptione periculum ſubit. An idem dicendum ſit, ſi res eodem modo peritura fuerit penes vxorem, quæri hic ſolet. Sed hanc quæſtionem ſatis diligenter, ac diffuſe tractauimus ſub tit. de verb. obligat. l. ſi ex legati cauſa. nec huius loci eſt ea diſputatio.

Si qui dotalium ſeruorum in fuga erunt, cauere debebit maritus, ſe eos viri boni arbitratu perſecuturum, & reſtituturum.

Exemplum hic eſt cautionis, quæ interponitur arbitratu iudicis in dotis reſtitutione, nõ diſſimile ſuperioribus, atque ideo iudicialis dici ſolet. Nec vero vſquã frequentius occurrunt ſtipulationum iudicialiũ exempla, quam in hoc tractatu. Quæ omnia diligenter obſeruanda ſunt pro explicatione vulgaris ſtipulationum diuiſionis in Prætorias, & Iudiciales. l. 5. de verb. oblig.

Si vir in quinquennium locauerit fundum, & poſt primum forte annum diuortium interuenerit: Sabinus ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam cauerit: ſi quid præter vnius anni locationem maritus damnatus ſit, id ſe præſtituram eſſe. Sed & mulieri cauendum, quicquid præter primum annum ex locatione vir conſecutus fuerit, ſe ei reſtituturum.

Exemplum aliud eſt cautionis, quæ in hoc iudicio de dote officio iudicis interponi iubetur. Nec horum verborum difficilis admodum eſt explanatio. Illa quæſtio ſubdifficilis eſt, quam hic omnes interpretes tractant, An ſi maritus fundum dotalem locauerit conſtante matrimonio, vxor eodem diſſoluto locationi ſtare cogatur, an vero cõductorem expellere poſſit? Paulus hic ſenſiſſe videtur, ratam manere locationem debere, nec mulieri licere aut colonum expellere, aut contra locationis legem aliquid facere. Alioqui iniquum eſſet à muliere hanc cautionem exigere, qua ius coloni expellendi eidem adimeretur. Et conſtat, ſtipulationes olim interponi ſolitas fuiſſe, de iis, quæ vel ſecundum naturã cõtracti negotij in obligatione eſſent, maioris videlicet certitudinis, cautioniſque gratia: idque alio in loco annotauimus in leg. prim. de pactis. Verum nobis ſcrupulum iniicit, quod idem Paulus hic ait, *Cauendum eſſe marito ſi damnatus ſit, &c.* Quibus verbis ſignificat, maritum, conductore, qui ab vxore expulſus eſt, agente, damnari poſſe. Quod contingere non poſſet, niſi per iudicem expulſo colono. Si enim per vim expulſus fuerit colonus, licet merces locationis ob eam cauſam remittatur, tamen nulla actio, qua damnari poſſit locator, id eſt, ad id, quod intereſt, competit conductori. leg. ſi fundus quem. ſupra loc. Itaque ſequor opinionem eorum, qui exiſtimant non ſimpliciter cogendam eſſe mulierẽ ſtare locationi, ſed cũ hac exceptione, niſi malit dãnum omne marito ſuo reſarcire, quo caſu maritus colono agente ex conducto damnatus fuerit. Nam ei, qui ſuccedit in rem, quẽ ſingularem ſucceſſorem vulgo appellamus, licet à conductione recedere, vt mox dicemus: ſed communio, ſocietaſque vitæ coniugum facit, vt in mariti damnum id mulieri non permittatur. Quod ſi verum eſt, mulier colonum impune expellet, marito conſentiente, nec vlla ſe exceptione tueri poterit aduerſus eam colonus, tametſi actionem ex conducto eo nomine aduerſus maritum, eundemque locatorem habeat. Sed vereor ne huic Pauli noſtri dicto in hac tantum ſpecie locus ſit, in qua ponitur in quinquennium fundus locatus eſſe. Nõ enim fruſtra hic videtur quinquennij facta mentio. Quod ſi ponamus in annum factam locationem eſſe, fortaſſis rata manere omnimodo debebit locatio, quaſi maritus, cui mulier fundum dedit in dotem, in annum locandi facultatem ab ea acceperit. Mulier enim, quæ fundum dat fruendum marito pro oneribus matrimonij, omnia ei concedere videtur, quæ ad fructuum perceptionem ſpectant. Cuiuſmodi eſt locatio in annum facta. Non enim in breuius ſpatium temporis vtiliter fundus locatur. Quare nihil eſt quod vitio verti queat marito, tametſi nonnunquam reprehendi poſſit, ſi in longius tempus, puta quinque annorum, locauerit. Id enim fit contra veriſimilem vxoris voluntatem, quæ fundi vſumfructum ita marito conceſſiſſe creditur, vt tota eius in ea re geſtio & adminiſtratio tempore vſusfructus concludatur, nec illud tempus niſi ex neceſſaria cauſa excedat. Eadem fere cauſa eſt vſufructuarij, niſi quod locato in longius tempus, puta quinquennium, fundo, & poſt mortem vſufructuarij expulſo conductore, nulla ei aduerſus hæredes fructuarij competit actio, ſi tanquam fructuarius locauerit. l. ſi quis domum. loca. De ſacerdotibus beneficiariis noſtri temporis, qui vſufructuariis comparari ſolent videnda eſt Pontificia conſtitutio, cap. vlt. ne præl. vic ſup. cuius explicationem hic omittimus, ne à propoſito nimium euagetur noſtra oratio. Sane qui maritum in hac re comparant tutori, vel curatori, mihi rem non ſatis expendiſſe videntur. Nam etſi lata ſit mariti poteſtas, adeo vt pro domino interdum habeatur, l. doce C. de rei vin. tamen ad tempus perceptionis fructuum reſtringitur, vt iam diximus. At poteſtas tutoris fructus non reſpicit, ſed ad proprietatem quoque rerum pertinet, modo adminiſtrationis terminos non egrediatur. Proinde locationem factam à tutore in quinquennium à pupillo diſſolui non poſſe arbitror. argu. l. ſi tutelæ. de admi. tuto. Emptor quidem fundi locati, quin expellere colonum poſſit, dubium non eſt. Nec ideo tenetur venditori, niſi id nominatim inter eos conuenerit. l. emptorem. Cod. de loca. l. ſi merces. §. 1. ſupra loca. Sed cur locatio facta à tutore, firmior, efficaciorque eſt, quam à venditore, cum venditor dominus ſit tempore contractus? Reſpondeo, Multum referre an is ſuccedat in rem cuius nomine locatio facta fuit à tutore, puta, vel alio adminiſtratore, an is, cuius nomine nihil geſſit locator, nec ab eo vllam poteſtatem habuit. Quod in emptore ac venditore animaduertere licet. Adde ſupradictis quod venditor fundi eum locando ante venditionem perſonam tantum ſuam obligat, non rem locatam conductori. Itaque emptor poſtea effectus dominus, eius rei colonum, qui in rem nullum ius habet, facile expellit. Eademque ratio eſt hæredis, & eius, cui teſtator fundum à ſe locatum teſtamento legauit. l. nihil proponitur. de lega. 1. Ex his illud efficitur, Si conductori ius in rem acquiratur ex conductione, cuiuſmodi eſt ſuperficies, aut pignus, conductorem ab emptore expelli non poſſe. arg. l. 1. §. quod autẽ. de ſuperfic. Qua de re plenior eſt alibi diſputatio. l. ſi creditor. §. vltim. de diſtr. pign. Emptori diſſimilis eſt miſſ' in poſſeſſio-

nem & decreto Prætoris, & ideo ſtare locationi cogitur, quia dominus non eſt, ac ne poſſeſſor quidem, ſed rei cuſtos tantum, & obſeruator, l. in venditionem. §. 1. de bonis author. iud. l. 3. §. genera. de acquiren poſſ. Quod autem diximus de emptore, locum non habet in eo, qui à fiſco emit: id enim conſtitutum eſt fauore fiſci, ne colono aduerſus eum agente ex conducto damnari poſſit. l. vlum. infra, de iure fiſci. Hæc de ſuccedentibus in rem breuiter à nobis dicta ſunt, vt diſputatio hæc noſtra de marito, & vxore apertior ex collatione, dilucidiorque fieret. De iis, qui non in rem, ſed in ius vniuerſum ſuccedunt, id eſt, hæredibus, nulla dubitatio eſt, quoniam omnis actio, obligatioque in ipſos tranſit l. viam. C. de loca. l. hæredem. l. ex qua perſona. de reg. iur. l. cum à matre. C. de rei vindic.

XXVI. IDEM LIB. XXXVII.

AD EDICTVM.

SEmel mora facta, ſi ſeruum dotalem poſtea offerente marito, mulier accipere noluerit, & ita is deceſſerit, non debebit pretium eius maritus, vel hæres eius, ne damnum ſentiat, quod poſtea offerente eo, mulier accipere noluit.

Quod ſupra dictum eſt, periculum rei dotalis poſt moram eſſe viri, non vxoris. l. ſi filio. §. ſi poſt. ſic accipiendum eſt, niſi maritus poſtea offerendo vxori, moram ſuam emendauerit. Hinc vulgare illud emanauit. *Poſterior mora nocet.* l. illud de peric. & commo l. per emptorem. ſupra de actio. empti. Extat ſane conſtitutio Imperatoria, qua cautum eſt, *Militem qui annonam ſibi oblatam non accepit, nihil amplius petere poſſe.* l. nulli. C. de erog. mil. anno. Sed vtilitas publica exigabat, vt diſciplina militaris ita conſtitueretur. Cæterum hæc moræ purgatio facit, vt maritus non culpam, ſed dolum tantummodo præſtet in re dotali. l. ſi mora. ſupra hoc tit. Sed de moræ purgatione alibi plenius.

XXVII. CAIVS LIB. XI.

EDICTVN PROVINCIALE.

SI poſt diuortium mortua muliere hæres eius cum viro, parenteve eius agat, eadem videntur de reſtituenda dote interuenire, quæ ipſa muliere agente obſeruari ſolent.

Nihil refert an mulier ipſa, an eius hæres à marito dotem petat, vt quatenus facere poteſt conueniatur. Indecorum enim atque inhoneſtum eſt, maritum ſiue ab vxore ſiue alio vxoris nomine fortunis ſuis omnibus ſpoliari. Sed multum intereſt, an aduerſus maritum, an eius hæredem agatur, vt ſupra diximus l. maritum.

XXVIII. VLPIANVS LIB. I,

INSTITVTIONVM.

FAcere poſſe maritus etiam id videtur, quod à muliere conſequi poteſt, ſcilicet ſi iam ei aliquid abſit, quod pro muliere vel expendit, vel mandatu eius præſtitit. Ceterum ſi nondum ei abeſt, vtputa ſi ſub conditione obligatus eſt, nondum videtur facere poſſe.

Cum quæritur an maritus facere poſſit, l. maritum. ſupra non tantum ſpectamus res, quas poſſidet, ſed etiam eas quæ ipſi debentur, & ad quas petendas actionem habet leg. bonorum appellatio. de verb. ſignifica. Exempli gratia, Si maritus centum aureos habeat, totidemque ei debeantur à Titio, facultates eius ducentorum eſſe intelliguntur, ac ſi centum ei forte opus ſit ad victum, reliquos cẽtum vxori reddere, aut certe actionem mandare debebit. leg. ſi maritus in id. infra. Hinc naſcitur quæſtio, in iudicio dotis mutua quædam petitio eſt viri & vxoris. Nam vxor petit centum, quæ in dotem dedit. Maritus viciſſim centum, quæ expendit pro vxore, vxor compenſari vult, quod tantum ſibi debeatur, quantum debet. Maritus negat, quod facere nõ poſſit. & centum, quæ accepit in dotem, ſibi neceſſaria ſint ad victum. Itaque contendit maritus non tantum mulieris dotem, id eſt, centum ſe retinere poſſe, ſed etiam alia centum ſibi ab vxore reddenda eſſe. Sed hoc obtinere non poteſt, ſecundum hanc Vlpiani ſententiam: quia eatenus dicitur facere poſſe, quatenus actionem habet aduerſus mulierem: ac idcirco non centum in bonis, ſed ducenta habere intelligitur. Quare cẽtum retentis pro victu ſuo æquum eſt, vt reliqua centum veluti ſoluat vxori compenſatione admiſſa. Compenſatio enim ſpeciem quandam ſolutionis habet. leg. dediſſe. de verb. ſignifi. Quid igitur dicemus, ſi maritus in bonis nihil habeat, præter eam actionem, quæ aduerſus mulierem competit? Quidam exiſtimant maritum exceptione compenſationis repelli poſſe: ſecundum quam opinionem maritus beneficium iuris amittit, & ſolidum ab eo exigitur. Sed illi aiunt vxorem facilius retinere poſſe quod petit ab ea maritus, quam à marito petere, ac exigere. argum. l. 1. de extraord. cogn. Verum nullam ſatis probabilem rationem hic video, propter quam marito beneficium iuris auferatur. Et aduerſus hanc ſententiam oppono regulam, *Quæcunque per exceptionem perimi poſſunt, in compenſationem non veniunt.* l. quæcunque. de compen. Nam ſi maritus eam pecuniam poſſideret, exceptione tueretur ſe aduerſus mulierem, quia non poteſt ab eo exigi, niſi quatenus facere poteſt. Ea igitur peteti à muliere compenſatio non obiicietur.

Ceterum nondum. Hæc generaliter dicta ſunt de eo marito, qui ſub conditione obligatus eſt. Quamuis enim id abeſſe cuique videatur ad quod præſtãdum obligatus eſt, l. ſi quis mandato Titij. de nego. geſt. tamen de eo, qui obligatus eſt ſub conditione, non recte id dicitur: eum ante conditionis euentum nulla naſcatur obligatio. §. ex conditionali. Inſtit. de verb. oblig.

XXIX. IDEM LIB. III.

DISPVTATIONVM.

QVoties pater dotem dat, & ſtipulatur, ita demum in ſuam perſonam de dote actionem transfert, ſi ex continenti ſtipuletur. Ceterum ſi interpoſito tempore ſtipulati velit, non niſi conſentiente filia poterit, quamuis in poteſtate ſit: quia deteriorem conditionem in dote filiæ facere non poteſt, niſi conſentiat. Plane ſi ante nuptias dotem dederit, poterit ex interuallo (ante nuptias tamen) ei citra voluntatem filiæ ſtipulati. Si quis pro muliere dotem dederit, conueneritque, vt quoquo modo dirempto matrimonio, ipſi ſolueretur, poſtea maritus vxori dotem dederit, rectiſſima dicetur, exactionem nihilominus ei, qui dedit, contra maritum competere.

Dictum

Dictum fuit actionem de dote, patri & filiæ communem eſſe. l. 2. §. quod ſi in patris. cui dicto exceptionem hic adnectit Vlpianus: *Niſi pater ſtipulatus ſit, eam ſibi reddi*. §. accedit. C. de rei vxo. actio. Quod autem hic dicitur, interpoſito tempore patrem ſtipulari poſſe, quomodo accipiendum ſit, poſtea docebimus, l. poſt dotem.

Conuenerit que. Hoc verbum ſi de pacto intelligamus (vt fere accipi ſolet) non de ſtipulatione, l. lecta ſupra de rebus credi. extraneum hic dotem promiſiſſe ponendum eſt. Nam pater dotem pro filia conſtituens ſolo pacto, abſque ſtipulatione, actionem de dote in perſonam ſuam transferre non poteſt, vt reſcripto Alexandri continetur. leg. auia C. de iure dot. Vnde Vlpianus in ſuperiore reſponſo de patre loquens ſtipulationis vbique meminit, non pacti. Huiuſque diuerſitatis ratio hæc eſſe videtur, quia neceſſaria eſt datio dotis, quæ à patre fit non voluntaria, cum pater filiam dotare cogatur Magiſtratus officio. l. qui liberos. ſupra de ritu nupt. l. vlt. C. de dot. promiſ. Quod autem dicitur ex pacto actionem naſci, cum in re tractanda interponitur. l. legem. C. de pact. l. rebus. C. de rer. permut. l. legem. C. de don. l. ſi dominus ſeruum. ſupra de præſcrip. verb. tunc verum eſt, cum nulla coactus neceſſitate rē ſuam quis tradit alteri. Eſt enim æquiſſimum vt ei, qui ſponte ſua rem ſuam alicui dat, quā cumque voluerit legem dicere, liceat. l. in traditionibus. ſup. de pact. Sunt & alij caſus, in quibus ſtipulatio in traditione rei propriæ neceſſaria eſt, nec ſufficit pactum ad quærendam actionem. Sed de his alias opportunius. l. 3. C. de vſur. l. 2. C. euict. l. quod ſi locus. ſupra de religioſis.

XXX. IVLIANVS LIB. XVI.

DIGESTORVM.

NVPTA non impeditur, quo minus cum priore marito de dote experiatur.

Mulier, quæ ſoluto matrimonio alij nupſit, dotem nihilominus ſuam petere poteſt. Qua tamen in re probabilis fuit dubitatio: quia fauetur mulieri in dote, vt nubere ac liberos procreare poſſit. l. 1. ſupra eo. non enim facile maritum inuenit mulier, quæ dotem non habet. Quæ ratio ceſſat in nupta muliere. Sed viſum eſt vtilius iuris noſtri authoribus, hoc ius vniuerſo mulierum generi attribuere, tametſi eas nec nubere, nec liberos ſuſcipere interdum contingat. Quod & de quinquagenaria muliere vulgo traditum eſt, quæ liberos procreare amplius nequit. l. ſi maior. C. de legit. hæred.

Quoties culpa viri accidit, ne dos à ſocero, aut à quolibet alio, qui mulieris nomine promiſerat, exigeretur: ſi aut in matrimonio filia deceſſerit, aut mater familias facta, eum, qui dotem repromiſerat, hæredem inſtituerit: ſatis conſtat, nihil amplius virum præſtare debere, quam vt eos obligatione liberet.

Maritus ſoluto matrimonio dotem vxori reddere cogitur, ſiue receperit eam, ſiue culpa, & negligentia ſua eam non exegerit, cum promiſſa eſſet. l. ſi extraneus. ſup. de iure dot. Si tamen is qui eam promiſerat, ſiue pater ſit, ſiue extraneus, aduerſus maritum mortua vxore agat, velut hæres aut ſucceſſor eiuſdem, maritua ei reſtituere non cogetur quod non accepit. Nam iniquum eſt, vt is culpam mariti obiicians audiatur, cuius lucro eam culpam ceſſiſſe conſtat. Quod & in muliere dotem petente obſeruatur, cum ipſi negligentia mariti profuit. l. cum in fundo. §. 1. ſupra de iure dotium.

XXXI. IDEM LIB. XV.

DIGESTORVM.

SI marito publico iudicio damnato, pars aliqua bonorum, eius publicetur, fiſcus creditoribus eius ſatisfacere neceſſe habet, inter quos vxor quoque eſt.

Quoties bona mariti ob maleficium publicantur, ſiue confiſcantur, liberatur a præſtatione dotis ſoluto matrimonio, aut alterius cuiuſcunque debiti, leg. 1. C. de fideiuſ. Actiones autem creditoribus competentes in fiſcum tranſeunt, veluti ſucceſſorem vniuerſalem. l. tutoris. C. ad leg. Iuliam de vi priuat. l. ſi quis poſt hac. C. de bonis proſcr. Quod ſi ex alia cauſa, puta venditionis, fuerint bona fiſco acquiſita, creditoribus hæreditariis maritus adhuc obnoxius manebit. l. mulier bona. ſupr. de iure dot. l. 2. C. de hære. vend. l. pacto ſucceſſorum. C. de pactis.

Si pater, cum ducenta filiæ ſuæ nomine dotis promiſiſſet, pactus fuerit, ne amplius, quam cētum a ſe peterentur, & ſoluto matrimonio egerit: centum, de quibus conuenit, ne peterentur, nec intelliguntur dotis eſſe: quod ſi mortuo patre cum hærede eius maritus agere cœperit, iſta quoque pecunia in dotem erit.

Qui ducenta promiſit dotis nomine, & centum ſolutis, marito pactus eſt, ne reliquum à ſe peteretur, id centum, matrimonio ſoluto, centum duntaxat, quæ dedit, petet: quamuis reliqua centum prima ratione quaſi ſoluta propter pactum habeantur. Sed hac de re infra plenius, leg. pen. §. ſi vir.

Mortuo patre. Hoc pactum, quia perſona expreſſa eſt, præſumitur in perſonam magis, quam in rem. l. qui in futurum, ſupra de pact. Proinde maritus, qui cum patre pactus eſt, ne dotem ab eo petat, exprimendo perſonam patris, petere ab eius hærede non prohibetur, niſi aliud actum ſit. Idque ſupra à nobis diſputatum eſt. l. iuris gentium. §. pactorum. de pact.

Si voluntate filiæ procurator à patre datus, litem de dote cōteſtatus fuerit, & re ſecundum eum iudicata, pater deceſſerit, iudicati actionem filiæ potius, quam hæredibus patris dari oportebit.

Actio de dote, quæ communis eſt patri, & filię, mortuo patre ad filiam tranſit, licet hæres inſtituta non ſit, eiuſque propria efficitur. §. videamus. C. de rei vxor. actio. Nam quamuis actio competens defuncto, trāſeat ad hæredem iure communi: titu. de perpet. & temp. actio. lib. Inſtitut. 4. hoc tamen præcipuum, & ſingulare habet dotis cauſa. l. 1. ſupra. Nec refert an patre dotem petente res iudicata ſit, & iudicati actio quæſita, necne, cum actio iudicati actioni de dote accedat, nec eam ita nouat vt perimat. l. aliam. inf. de nouat. Si vero dos iam exacta, & ſoluta ſit, pleri que exiſtimant ad patris hæredem transferri, vt res alias, quæ in ipſius patrimonio ſunt. l. vlt. C. commu. vtriuſque iudic. Sed conſtitutio Iuſtiniani, quam pro firmamento ſuæ opinionis afferunt, rationem tradit diuidendæ dotis, quæ propter legem vel ſtipulationem ad patrem reuerſa eſt. Quod poteſt variis modis contingere. Itaque dos, quæ ad patrem non reuertitur, cuiuſmodi hæc eſt, de qua nunc diſſerimus, ad eam conſtitutionem pertinere non videtur.

Cum patri dos data eſt, & ei filius ex aliqua parte hæres ſub conditione inſtitutus fuerit, & pendente conditione cohæredes eius dotem pro ſua portione mulieri ſoluerint: hoc minus ex dote filius præſtare debebit, quoniam nullam actionem eius pecuniæ recuperandæ gratia aduerſus cohæredes habet.

Si ſocer dotem accepit à muliere, maritus non tenetur mulieri ſoluto matrimonio, niſi quatenus patri hæres extiterit. l. ſi cum dotem. §. tranſgrediamur. ſi.pr. Tenentur ergo, mortuo ſocero, hæredes eius, ſed ita vt ſi qui eorum inſtituti ſint ſub conditione, interim ceteri conueniri poſſint, non in ſolidum, ſed pro parte hæreditaria. l. ſi maritus. famil. erciſc. Exiſtente vero conditione pars ab eo exigitur, cui conditio adſcripta fuerat.

Quoniam nullam. Quamuis matrimonio adhuc conſtante, maritus in ſpecie propoſita à cohæredibus dotem repetere poſſet, præſtita cautione (vt alibi dictum eſt) l. ſi filia. § hoc amplius. famil. erciſc. tamen ſoluto matrimonio actio aduerſus cohæredes ei denegatur. Solutum autem fuiſſe matrimonium hic accipere debemus, vt hoc caput tractatui conueniat.

Si fundum dotalem recepiſſet mulier nō habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuiſſet, nihilominus de dote agere poteſt: quia minorem dotem recepiſſet. Hoc enim ad dotis augmentum pertinet, quemadmodum ſi partū ancillarum non recepiſſet, aut legata, vel hæreditates quæ poſt diuortium per ſeruos dotales acquiſitæ marito fuiſſent.

Quamuis acceſſiones, quæ non ſunt in obligatione, ſed officio iudicis præſtantur, poſtquam res iudicata, aut ſors ſoluta eſt, peti non poſſint. l. 4. C. depo. leg. qui per colluſionem, ſupra de actio. emp. l. centum Capuæ, ſup. de eo quod certo loco da. tamen fructus dotis recte petuntur: quia non tanquam acceſſio, ſed tanquam dotis ipſius pars in iudicium deducuntur, nec minus ſunt in obligatione, quam quod à muliere in dotem datum eſt. Idque in vniuerſalibus locum habet, quibus non res ſingulares, ſed vniuerſitas aliqua petitur, veluti dos, hæreditas, &c. leg. 1. de dote præle. leg. item veniunt. §. fructus. de petit. hæred.

XXXII. IDEM LIB. II. AD VRSEIVM FEROCEM.

Si prior maritus poſteriori, dotis nomine, tanquam debitor mulieris, dotē promiſerit, non plus, quàm facere poſſit, dotis futurum eſt.

Prior maritus promittens ſe daturū poſteriori, quod vxori quondam ſuæ nomine dotis debet, hac promiſſione, vltra id, quod facere poteſt, ſeſe obligare non intelligitur: quia verum eſt, ſaltem effectu, & τῇ δυνάμει amplius eum non debere. l. maritum. ſupra. l. Mæuio. §. à me. de leg. 2. Quod ſi proponamus priorem illum maritum certam quantitatem ſimpliciter promiſiſſe in dotem, poſtea conuentus à ſtipulatore, beneficio iuris vti non poterit. *Nam exceptio, quæ obſtat deleganti, aduerſus eum, cui facta eſt delegatio, non recte obiicitur.* l. doli. infra de nouat. l. Neſennius. infra de re iudi. l. pure. §. ſi eum. inf. de doli except. Atque ita accipiendū eſt quod Paulus Neſennio Apollinari reſpōdit ſub tit. de re iudic. l. Neſennius. Quamuis enim in epiſtola Apollinari ſcriptum ſit, *Tantum marito dotem promiſſam eſſe*, tamen vt valeat dotis promiſſio, neceſſe eſt, aliter conceptam eſſe promiſſionem, quam in hoc loco, & dotis modū, quantitatemque expreſſam eſſe.

XXXIII. APHRICANVS LIB. IIII. QVÆSTIONVM.

Quæ dotis nomine certam pecuniam promiſerat, quoſdam adhibuerat, qui ſtipularentur partem dotis diſtracto matrimonio ſibi ſolui: ea nulla data dote obierat, eodem marito ſuo hærede relicto, is damnoſam hæreditatem eius adierat: nihilominus ſtipulatoribus teneri, quoniam adeundo hæreditatem debitricis intelligeretur ſe compenſaſſe, nec ad rem pertinere, quod ſoluendo non eſſet hæreditas, quando cæteris etiam creditoribus teneatur.

In hac ſpecie maritus cogitur ſtipulatoribus dotem reddere ſoluto matrimonio, quam nunquam accepit. quod quanquam mirum videtur, ac plene ἄδικον, tamen ratione non caret. Nam adeundo hæreditatem, quæ morte vxoris ſibi delata eſt, intelligitur ſe compenſaſſe, ac veluti dotem ſibiipſi ſoluiſſe, cum vxoris factum præſtare debeat cui hæres extitit. l. cum à matre. C. de rei vindic. Fuit autem vxor ei ad dandam dotem obligata, actionemque ſibi con petentem aduerſus eandem mandare debuit ſtipulatoribus hæreditate non adita. l. ſi ſocer. iuſſe. Cum igitur hæreditatem adeundo, eam actionem propter confuſionem amiſerit, l. debitori. C. de pactis. feceritque quo minus eā mandare poſſit, æquum eſt vt ſtipulatoribus, perinde ac ſi dos ei ſoluta fuiſſet, teneatur. Et huc pertinet quod alibi dicitur: *Aditionem hæreditatis vim poteſtatemque ſolutionis habere.* l. ſi debitori creditor. de fideiuſſor. leg. Stichum. §. aditio. de ſolutionib.

Tenebitur. Actio datur ſtipulatoribus ex hac ſtipulatione ſoluto matrimonio. Nam etſi expreſſum hic non ſit, ex qua cauſa ſtipulatio fuerit contracta, tamen intelligendum eſt, eam vtilem fuiſſe, vt ex ea agi potuerit. De vtilitate enim ſtipulationis hic nulla erat quæſtio, ſed an marito prodeſſe deberet ad abſolutionem, quod dotem non acceperat. Ac forte creditores erant mulieris, ij, qui ad ſtipulandum edhibiti ſunt, ita vt eos adhibendo conditionem ſuam deteriorem non fecerit, & actio ſtipulatoribus quæſita ſit. Quam interpretationem recte admittunt Aphricani verba, eamque ſophiſtarum cauillationibus minime obnoxiam.

Soluendo non eſſet. Hæres obligatur creditoribus hæreditariis, tametſi hæreditas ſoluendo non ſit. Quod eſt intelligendum ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani, niſi rerum hæreditariarum publice facta deſcriptione, quam inuentarium vocant, hæreditatem adierit. Cuius deſcriptionis formam & rationem ea conſtitutio continet. l. vlt. C. de iure delib.

XXXIIII. IDEM LIB. VIII. QVÆSTIONVM.

Titia diuortium à Seio fecit. hanc Titius in ſua poteſtate eſſe dicit, & dotem ſibi reddi poſtulat. Ipſa ſe matremfamilias di-

cit

cit, & de dote agere vult. Quæſitum eſt, quæ partes iudicis ſint? Reſpondi, Patri, niſi probet filiam non ſolum in ſua poteſtate eſſe, ſed etiam conſentire ſibi, denegandam actionem, ſicuti denegaretur, etiam ſi conſtaret eam in poteſtate eſſe.

Dotem profectitiam pater ſoluto matrimonio ita demum petere poteſt, ſi filia in eius poteſtate manſerit, & patri agenti conſentiat. leg. 2. §. quod ſi in patris. ſupra. §. videamus. C. de rei vx. actio. Quare dubium non eſt, quin filia contradicens patri, & ſe matremfamilias, ac ſui iuris dicẽs, audienda ſit. Eſt autem hoc vſitatum, vt mota inter duos litigantes cõtrouerſia, alius, cuius intereſt, ad iudiciũ adſit, & quaſcunque voluerit exceptiones ac defenſiones, in mediũ adducat. l. ſi ſuſpecta. de inoffic. teſta. l. ſæpe. de re iud. l. à ſententia de appel. l. 2. C. de neg. geſt. cap. veniens. de teſtib. cap. cum ſuper. de re iudic.

XXXV. MARTIANVS LIB. X.

INSTITVTIONVM.

Liberta, quæ voluntate patroni deceſſit, de dote cum eo agere poteſt, quam ei dedit.

Lex Iulia, & Papia, de maritandis ordinibus, vetat libertæ quæ nupſit patrono ſuo, ne ab eo inuito diuertat, & actionem de dote ei adimat poſt diuortium. l. vl. ſup. de diuor. Sed ea lex ad libertam, quæ diuertit volente patrono, non pertinet.

XXXVI. PAVLVS LIB. II.

DE ADVLTERIIS.

SI maritus minus facere poteſt, & dos publicata ſit, in id, quod facere poteſt, & fiſco maritus condemnandus eſt, ne in perniciem mariti mulier punita ſit.

Fiſco in locum mulieris ſuccedente, & dotem publicatam exigente, maritus beneficio iuris vtitur. l. maritum. l. ſi poſt. ſupra. Nam fiſcus vtitur iure communi priuatorum, maxime cum priuati alicuius ſucceſſor eſt. l. item veniunt. §. priuatorum. ſupra de petit. hæt. l. cum quidam. §. fiſcus. ſupra de vſur.

XXXVII. VLPIANVS LIB. II.

RESPONSORVM.

DOtem voluntate filiæ videri patrem recepiſſe cum cauſas contradicendi ei filia nõ haberet: maxime, cum ab eo poſtea ampliore ſumma dotata ſit.

Quia dictum fuit ſupra, patrem de dote agerẽ non poſſe, ſine voluntate filiæ. l. 2. §. quod ſi in patris. videbatur nihil referre, iuſtáne voluntas eius fuerit, an iniuſta: ſed tantum hoc ſpectandum eſſe, velit an nolit filia. Sicut & cum legatum, vel fideicommiſſum in voluntatem alicuius confertur à teſtatore. l. cum quidam. C. de lega. 2. leg. fideicommiſſa. §. quamquam. de lega. 3. Verum has verborum anguſtias contemnare debet iudex in hoc iudicio, & ad id, *quod melius & æquius eſt*, ſemper reſpicere, vt iam ſæpe à nobis dictum eſt. Cum igitur ex facto proponeretur, patrem recepiſſe dotem ſine voluntate filiæ, ſed ita vt vtilis ei fuerit ea receptio, nec contradicendi cauſam habuerit, merito Vlp. reſpondit, perinde habendum id eſſe, ac ſi vera conſenſiſſet filia.

XXXVIII. MARCELLVS LIB. SINGVLARI RESPONSORVM.

LVcius Titius, cum eſſet filiusfamilias, voluntate patris vxorem Mæuiam duxit, & dotem pater accepit. Mæuia Titio repudium miſit. Poſtea pater repudiati abſente filio, ſponſalia cum eadem nomine filij ſui fecit. Mæuia denuo repudium ſponſalibus miſit, atque ita alij nupſit. Quæro, ſi Mæuia ageret cum Lucio Titio quondam marito, & a patre hærede relicto de dote, & probetur culpa mulieris matrimonium diſſolutum, an poſſit maritus propter culpam mulieris dotem retinere? Marcellus reſpõdit, etiã ſi vt hęres inſtitutus à patre Titius conueniretur: tamen ſi ſponſalibus nõ conſenſiſſet, culpam mulieris mulctandam eſſe.

Si matrimonium culpa vxoris diſſolutum fuerit, ea dotem amittit. l. conſenſu. C. de repud. Sed reintegrato poſtea matrimonio, aut contractis inter eoſdem ſponſalibus, culpa omnis condonata, remiſſaque intelligitur. l. ſi vxor. §. vlt ad leg. Iuliam de adult. Aliud dicendum eſt de ſponſalibus à patre mariti contractis, abſente atque ignorante, ideoque, non conſentiente marito, vt hic Marcellus ait. Patris enim non eſt, pœnam hãc remittere, quamuis alias iniuriam filio factam remittere poſſit. leg. ſed ſi vnius. §. filiofamilias. de iniur. Nec ad rẽ pertinet, quod à filio tanquam patris hærede dotẽ exigit vxor in ſpecie hic propoſita, vnde videbãtur filius ratum habere quod à defuncto geſtũ eſt, debere. l. cum à matre. C. de rei vindic. l. ex qua perſona. de reg. iur. Nam ſi pater ipſe adhuc ſuperſtes conueniretur à muliere, & ei culpam obiiceret, ſicut hic dicitur, dotis retinendæ cauſa mulier prætextu horum ſponſaliorum tueri ſe non poſſet, quaſi condonata ſibi, remiſſaque ab eo culpa, cum ea remiſſio ex patris voluntate, poteſtateque non pendeat.

XXXIX. PAPINIANVS LIB. XI.

QVÆSTIONVM.

VIro atque vxore mores inuicem accuſantibus, cauſam repudij dediſſe vtrũque pronuntiatum eſt. Id ita accipi debet: vt ea lege, quam ambo cõtempſerunt, neuter vindicetur. Paria enim delicta mutua penſatione diſſoluuntur.

Facto diuortio inter coniuges, vtrius culpa factum eſſet, quærebatur, & vterque alterius mores incuſabat, quod olim erat permiſſum, iudicio de morib. in id comparato, de quo ſupra aliquid diximus. l. rei iudicatæ. §. vltim. Maritus ob malos mores vxoris cupiebat retinere dotem: vxor ob malos mores mariti volebat dotem ſibi præſentem reddi, aut aliter puniri maritum, vt mox dicturi ſumus: tandem quia vterq. probauit quod intendebat, pronũciauit iudex, vtrumque cauſam repudij dediſſe. Iam dubitatur de vi & poteſtate huius pronuntiationis. Et Papinianus ait, eam ita accipiendam eſſe. vt neuter ob mores ſuos puniatur, & delictorum compenſatio quædam fiat. Cui non diſſimile eſt, quod alibi ſcriptum extat, de interdicto vti poſſidetis, nempe vtroque probante ſe poſſidere, neutrum vinci. l. ſi duo. vti poſſide. Hinc mihi videtur ſenſus horum Papiniani verborum eſſe, quæ alij aliter interpretantur. Sed locus Vlpiani in Inſti. ti. de dotib. rem dotalem magnopere illuſtrat, cuius verba hic ſubiecimus: *Morum nempe, grauiorum quidem ſexta retinentur, leuiorum item octaua. Grauiores mores ſunt, adulteria tantum, leuiores omnes reliqui. Mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, qua à die reddi debet. Ita propter*

maiores mores præſentem dotem reddi: propter minores ſenûm menſium die. In ea autem, quæ præſens reddi ſolet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur.

XL. IDEM LIB. XXVIII. QVÆSTIONVM.

POſt dotem datam, & nuptias contractas ſtipulatus eſt pater, voluntate filiæ, diuortio facto dotem dari: ſi conditio ſtipulationis impleatur, & poſtea filia ſine liberis deceſſerit, non erit impediendus pater, quo minus ex ſtipulatu agat: viua autem filia, ſi agere vult, exceptione ſubmouendus erit.

Hoc caput Papiniani eſt, perquam difficile, & obſcurum vulgo creditur, adeo vt decem, aut duodecim variæ interpretationes extent vulgarium Doctorum, in quibus recitandis fruſtra tempus non conteram. Præcipua autem difficultas in eo eſt, quod ſtipulationem conſenſu filiæ factam Papinianus filiæ non nocere hic oſtendit, contra Vlpiani ſententiam, de qua viſum fuit ſuperius cap. 30. Quod igitur probabilius mihi videtur in tantis tenebris, quibus hæc circumfuſa ſunt, id breuiter dicturus, & Vlpianum cum Papiniano, quantum in me erit, conciliaturus ſum. Ac in primis animaduertendum eſt, licere patri dotem pro filia danti actionem de dote in ſe transferre, quæ alioqui patri, & filiæ communis eſſet. l. quoties. ſupra. Idque contingit, ſiue pater ex continenti ſtipuletur, ſiue interpoſito tempore, ſi modo filia conſentiat, atque acquieſcat voluntati paternæ. Cum ergo certum eſt id actum eſſe inter patrem & filiam, dubitandum nõ eſt, quin actio patri competat. Atque ita dictum Vlpiani accipiendum eſſe verba eiuſdem ſatis aperte (niſi valde hic hallucinor) demonſtrant. Poteſt autem incertum eſſe quid actum ſit inter eos, vt puta ſi in tabulis illud tantum ſcriptum reperiatur, *patrem voluntate filiæ ſtipulatum eſſe, dotem diuortio facto dari, &c.* Nam fit aliquando vt conſentiat filia patri ſtipulanti; nõ in patris gratiam vt aliquid ei donet, ſed in ſuam potius, vt pater quaſi procurator filiæ, & negotium eius gerens ſtipuletur. l. idemque. §. ſi cui mandando, ſupra manda. l. ſtipulatio. ſupra de iure dot. Itaque ſi non conſtet, filiam patris gratia conſenſiſſe, Vlpiani dicto (de quo iam diximus) locus eſſe non poteſt. Sed ſequenda eſt hæc Papiniani ſententia, ſecundum quam ſtipulatio filiæ non nocet. Quandiu enim viuit filia, pater ex ſtipulatu agens ſummouetur exceptione.

Filia voluntate. Obſcuritas & ambiguitas horum verborum dubitationis cauſa fuit in hac ſpecie. Eſtque huic non diſſimilis quæſtio apud Vlpianum, de marito, qui volũtate vxoris ſeruos dotales manumiſit: quam nos ſupra attigimus. l. ſi conſtante. §. ſi vir.

Sine liberis deceſſerit. Tametſi maritus ex hac ſtipulatione agens exceptione repellatur viua filia, tamen ea mortua agit tanquam ſucceſſor filiæ. Cur autem addidit Papinianus, ſine liberis? Vlpiani verba oſtendunt in Inſtit. titu. de dotib. *Mortua in matrimonio muliere, dos à patre profecta ad patrem reuertitur, quintis in ſingulos liberos in infinitum relictis penes virum.* Sed de eadem re quædam alia fortaſſis infra dicturi ſumus. l. ſi dotali.

XLI. IDEM LIB. XXXVII. QVÆSTIONVM.

SI pater ignorans filiam diuertiſſe dotem ex cauſa promiſſionis numerauerit, non per indebiti condictionem, ſed de dote actione pecunia petetur.

Cum pecunia numerata fuerit ſoluto iam matrimonio, videtur dos non eſſe, ideoque nec de dote actio competere. l. 3. ſupra de iure dot. Verum vt dos ſit, matrimonium contractum fuiſſe ſufficit.

Non per indebiti. Si ponamus hic dotem eſſe communem patri, & filiæ, æquũ eſt, actionem de dote magis, quam condictionem indebiti competere: ne alias mulier iniuriam patiatur. Si vero dos reddenda ſit patri ex ſtipulatione forte, cur non ſit locus condictioni, non video. Nec aliena erit à verbis hæc ſententia, particulam, non, pro non ſolum accipiendo. Quod genus loquendi crebrum, atque viſitatum eſt apud iuris auctores. Nam indebitum recte hic dicitur, quod ſolutum eſt à patre, propter exceptionem ei competentẽ, ſi maritus ab eo poſt diuortium dotem petat. l. dolo. de doli except. l. qui exceptionem. de condi. indeb.

XLII. IDEM LIB. IIII. RESPONSORVM.

IN inſulam patre deportato, qui pro filia dotem dedit, actio dotis ad filiam pertinet, poſt diuortium quoque patre damnato, qui dotem, conſentiente filia non petierat, æque dotis actio mulieris eſt.

Sicut mortuo patre actio de dote, quæ vtriq. communis erat, efficitur filiæ propria. §. videamus. C. de rei vxo. actio. ita etiam eo in inſulam deportato, cum pro mortuo habeatur, amiſſa ciuitate. leg. 1. infra de bono. poſſ. contra tab. & filia ſui iuris fiat. Nec multum intereſt conſtante adhuc, an ſoluto matrimonio deportatus fuerit. Ideo autem hoc ius competens patri non tranſit in fiſcum, quãuis fiſcus bonis publicatis ei ſuccedat. l. ſi marito. ſupra, quia hæreditarium non eſt, nec hæredi patris, niſi ſit filius, acquiritur. Ea enim fiſcus vindicat, quæ ad quoſuis hæredes etiam extraneos permeerent.

Fructus ex prædiis, quæ in dotem data eſſe videbãtur, bona fide perceptos, & in mulieris oneribus ante cauſam liberalem abſumptos: quamuis ſeruam fuiſſe poſtea conſtiterit, peti non poſſe placuit.

Cum verum iuſtumque matrimonium, veraque dos eſt, maritus lucratur fructus pro oneribus matrimonij. l. pro oneribus. C. de iure dot. Alia cauſa eſt opinati matrimonij dotiſque opinatæ, vt puta, ſi matrimoniũ per errorem cum ancilla contractum ſit. l. cum ancillis. C. de inceſt. & inutil. nupt. Dos enim opinata pro vera dote tunc habetur, cum ad mulieris commodum id ſpectat, vt ſupra annotauimus. l. ſi cum dotem. §. vlt. Mulieris autem non intereſt, vt hos fructus vir lucretur. Conſumptos tamen fructus reddere non cogetur, ne minus ei tribuatur, quam cuiuis alij bonæ fidei poſſeſſori §. ſi quis à non domino, Inſtit. de rer. diuiſ. Nec multum referre arbitror, an in mulieris tutelam, an in alium quemlibet vſum conſumpti ſint, quamuis oneris mulieris hic mentio fiat. In reſponſis enim Iureconſultorum ſolent ea deſcribi, quæ acciderunt, licet ad rem non adeo multum pertineant: in aliis iuris auctorum ſcriptis non æque.

Sumptus vero neceſſarios, & vtiles, in prædia, quæ dotalia videbantur, factos, compenſatis fructibus perceptis ad finem ſuperflui ſeruari conuenit.

Sumptus neceſſarij, & vtiles in rẽ dotalem facti non compenſantur cum fructibus, vt antea à nobis dictum fuit, ſed eos vir omnino recuperat à muliere. l. fructus. §. impendi.

§. impendi. ſupra. Verum quia non vera dos, ſed opinata hic fuit, compẽſatio dicitur locum habere, vſque ad finẽ ſuperflui, id eſt, vſque ad ſumptus, qui fructuum quantitatem excedunt. Quod genus loquendi explicauimus lib. 1. Diſput. Compenſatur enim fructus cum ſumptibus vſque ad concurrentem quantitatem (vt vulgo loquimur) & quod ſuperfluũ eſt, viro redditur.

Vſuras autem numeratæ dotis ex ſtipulatu, pater, in matrimonio defuncta filia, ſi petat: genet, qui reſiduę dotis promiſſę fœnus ſtipulatus eſt, ita demum ad finem vice mutua debitę quantitatis compẽſationem opponere iuſte videtur, ſi propriis ſumptibus vxorem ſuam exhibuit, alioquin ſi patris ſumptibus exhibita ſit, inanis vſurarum ſtipulatio compenſationi non proderit.

Quamuis pater pro filia dotem conſtituens vſuras tardius exolutæ dotis promittat, niſi tamen maritus vxorem interim exhibuerit, id eſt, educauerit, inanis eſt ea ſtipulatio. Cum enim dos pro oneribus matrimonij detur, l. pro oneribus. C. de iure dot. huiuſmodi vſurarum ſtipulationi ineſt hæc conditio, *Si vxorem aluerit, &c.* Hoc intellecto ſpecies quæ hic tractatur, difficilem explicationem non habet.

Ad virum vxore poſt diuortium reuerſa, iudicium acceptum ex ſtipulatione, qua extraneus qui dotem dedit, ſtipulatus fuerat, non diſſoluitur, nec officio iudicis abſolutio continebitur.

Dictum eſt ſupra, reintegrato matrimonio iudicium à muliere cœptum dotem exigente perimi, ac diſſolui. l. ſi mulier. Aliam cauſam eſſe extranei, qui dotem pro muliere datam cœpit exigere, hic ſcribit Papinianus: quia conſenſus mulieris extraneo nocere, & actionem ei quæſitam non poteſt adimere, niſi is quoque conſenſerit. l. ſtipulatio. ſupra de iure dot. l. cum maritus. ſupra de pact. dot. Et huic quidem differentiæ tum locus eſt, cum poſt longum temporis interuallum matrimonium renouatum eſt. Alioquin cum vnum, atque idem matrimonium eſſe intelligatur, l. plerique. ſupr. de ritu nupt. inter mulierem & extraneum nihil videtur intereſſe.

XLIII. SCÆVOLA LIB. II. QVAESTIONVM.

SI maritus in id, quod facere poteſt, condemnatus ſit, & nomina ſint ad dotis quantitatem, neque amplius habebit, mandare actiones debet.

Varietas lectionis hoc caput ſubobſcurum reddit. In Codice Norico ita legitur: *Si maritus in id quod facere poteſt, condemnatus ſit, & nomina ſint ad dotis quantitatem, neque amplius habebit, mandare actiones debebit.* Secundum quam lectionem hoc Scæuolæ dictum, vtilem ſententiam habet. Vult enim Scæuola vt quemadmodum maritus, qui condemnatus eſt iudicio dotis in id, quod facere poteſt, ſi pecuniam ſufficientẽ habeat, cogitur eam mulieri ſoluere, ita etiam ſi nomina, actionesve habeat ad dotis quantitatem, id eſt, quæ ſufficiant ad dotem exoluendam, deducto mariti victu neceſſario, eas actiones debeat mandare vxori. Altera lectio eſt, in qua extat negatio, eaque poteſt defendi, hoc modo Scæuolæ dictum accipiendo. Maritus, qui centum accepit ab vxore in dotem, nullam pecuniam habet: ſed centum in nominibus, ſiue actionibus. eas actiones non cogetur vxori mandare, quia ſi tantum haberet in numerato, id ab eo exigi non poſſet, cum victus ſit ei relinquendus, &c. l. maritum. ſupra. Hæc igitur verba, quæ ambigua ſunt, & nomina ſint ad dotis quantitatem, vtrique lectioni, velut cothurnus vtrique pedi aptantur. Si quis emendaciores nactus fuerit codices, veriorem forte ſenſum, ac ſinceriorem afferri aliquando poterit. Ego interim enarratoris non mali officio functus fuiſſe videor, quando vtraque interpretatio noſtra verbis auctoris ſatis conſentit, veramque & vtilem ſententiam vtraque certe continet.

XLIIII PAVLVS LIB. V. QVÆSTIONVM.

SI ſocer à genero hæres inſtitutus, adierit hæreditatem, quandoque mortuo patre cum hærede eius filiam de dote acturam, Nerua & Cato reſponderunt, vt eſt relatum apud Sextum Pomponium, ab Ariſtone lib. 5. vbi idem Ariſtoni cõſenſit. Ego dicerem, etſi emancipaſſet pater filiam, ipſum quoque conueniri poſſe.

Cum actio de dote communis eſt patri & filiæ aduerſus maritum, & marito hæres exiſtit pater, videtur extincta eſſe obligatio, propter cõfuſionem, quaſi creditor debitori ſuccedat. Quod tamen hic non accidit, quia non ſolus creditor erat pater mariti, cui ſucceſſit, & iniquum eſſet hac ſucceſſione ius mulieri quæſitum adimi. arg. leg. Vranius. de fideiuſſ. Actio igitur de dote ſalua manet mulieri aduerſus hæredem mariti, eundemque patrem, quam actionẽ poterit aduerſus eum exercere, ſi forte ab eo emancipata fuerit, aut aduerſus hæredem patris, &c. Sed quandiu manet in poteſtate patris, ratio iuris non permittit ei cum patre agere. l. lis nulla. de iudic. Hic mihi videtur planus, atque apertus horum verborum ſenſus, quæ non ſatis commode vulgo explicari ſolent.

LVcius Titius filiæ ſuæ nomine centum doti promiſit Caio Seio: interque Caium Seium, & Lucium Titium patrem mulieris cõuenit, ne dos à viro viuo Lucio Titio peteretur. poſtea culpa mariti diuortio facto, ſolutum eſt matrimonium: & pater mulieris decedens alios hæredes inſtituit, filia exhæredata. Quæro, an ab hæredibus ſoceri maritus exigere poſſit dotem, cum eam mulieri redditurus ſit? Reſpondi, cum filia, aliis à patre hæredibus inſtitutis, actionem de dote ſua recuperanda habere cœperit, neceſſe habebit maritus, aut exactam dotem, aut actiones ei præſtare, nec vllã exceptionem habebũt ſoceri hęredes aduerſus eum: cum abſurde dicatur, dolo videri eum facere qui non ipſi, quem conuenit, ſed alij reſtituturus petat. Alioquin etſi poſt mortem patris diuertiſſet, nondum exacta dote, excluderetur actione dotis maritus: quod non eſt admittendum. Sed etſi ex parte filia hæres patri ſuo extiterit, debebit maritus cohæredes eius pro parte virili exigere, & mulieri reddere, aut actiones ei præſtare.

Vxor matrimonio ſoluto agit de dote contra mari-

tum ſuum, vt eam reddat, vel actiones præſtet ſibi cõpetẽtes aduerſus promiſſorem. Proinde maritus à promiſſore dotem exigit, nec ſummouetur exceptione, quaſi dolo faciat, eam rem petens quam ſtatim redditurus eſt.leg.dolo.infra de doli except.leg.in condemnatione.§.vltim.infra de reg.iur. Non enim id ei redditurus eſt, à quo petit, ſed alij, nempe vxori. Hinc igitur duo annotanda ſunt. Vnum eſt eum dolo facere, qui petit quod redditurus eſt ei vnde petitur. Eſt tamẽ interdum iuſta cauſa petendi, nec doli exceptio datur, vt in interdicto quod legatorum, & aliis huiuſmodi caſibus.l.1.quod legat. Alterum eſt, eum dolo non facere, qui petit quod alij eſt redditurus, non ei. contra quem agitur. Sed ex iuſta cauſa plerunque competit exceptio doli, vt puta ſi tertius ille ei vnde petitur reddere debeat.l.ſi donaturus.§.vlt.ſup. de condi.cau. data cau.non ſec.

XLV. IDEM LIB. VI.

QVÆSTIONVM.

CAius Seius auus maternus Seiæ nepti, quæ erat in patris poteſtate, certam pecuniæ quãtitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, & in inſtrumento dotali huiuſmodi pactum & ſtipulationem complexus eſt: Si inter Lucium Titium maritum, & Seiam diuortium ſine culpa mulieris factum eſſet, dos omnis Seiæ vxori, vel Caio Seio auo materno redderetur, reſtitueretur que. Quæro, cum Seius auus maternus ſtatim vita defunctus ſit, & Seia poſtea ſine culpa ſua diuerterit, viuo patre ſuo, in cuius poteſtate eſt: an, & cui actio ex hoc pacto & ſtipulatione competat? Vtrum hæredi aui materni, an nepti? Reſpondi, in perſona quidem neptis, videri inutiliter ſtipulationem eſſe conceptam, quoniam auus maternus ei ſtipulatus proponeretur. Quod cum ita eſt, hæredi ſtipulatoris (quandocunque diuerterit mulier) actio competere videtur: ſed dicendum eſt, Seiæ dotem poſſe ſolui, quamuis actio ei directo non competat, ac ſi ſibi aut illi dari auus ſtipulatus eſſet. Sed & permittendam eſſe nepti ex hac auita conuentione, ne commodo dotis defraudetur, vtilem actionem: fauore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem perſonarum, ad hoc decurrendum eſſe.

Qui ſtipulatur alij, in cuius poteſtate nõ eſt aliquid dari, nihil agit.l.ſtipulatio iſta.§.alteri.inf.de verb.oblig.quantum ad obligationem attinet. Nam cum quis ſtipulatur ſibi aut Titio dari ex ea ſtipulatione ſibi vni acquirit obligationem. Titij vero perſona ſolutionis cauſa tantum adiecta videtur. leg. eum qui. §. qui ſibi.de verb.obl.l.Stichum.§.quæſitum.infra de ſolut. Tamen ius ſingulare eſt in eo, qui ſtipulatur ſibi, aut nepti dotem reddi, &c. vt mulieri ex ea ſtipulatione vtilis quæratur actio.

In cuius poteſtate eſt. Dos igitur aduentitia filiæfamilias eſt, eoque nomine agit ſine patre, iure in Pandectas relato, quod & ſupra attigimus. l.2.§.quod in patris. Quod videtur accipiendum de actione vtili, non directa. Nam directam exiſtimo patri competere ex ſententia Vlpiani in Inſti.ti.de dotib. *Si mulier* (inquit) *in poteſtate patris ſit, pater adiuncta filia perſona habet actionem re vera, nec intereſt aduẽtitia ſit dos, an profectitia.*

XLVI. IDEM LIB. XIX.

QVÆSTIONVM.

QVi dotem ſtipulanti vxorem promiſerat, eidem teſtamento quædam legauerat, ita tamen, ne dotem ab heredibus peteret, ea, quæ legata erant, vxor capere non potuerat. Reſpondi dotis actionem mulieri aduerſus hæredes non eſſe denegandam.

Cum maritus rem aliquam vxori legat; ea legatum ex teſtamento, & dotem ex ſtipulatu actione conſequi poteſt.§.ſciendum.Cod.de rei vxo.actio. niſi nominatim cauerit, vt rem legatam pro dote ſua habeat, quo caſu alterutro cõtenta eſſe debet, ipſiusque eſt electio. l.cum ab vno. infra de legat. 2. nec vno electo alterum petere poteſt, niſi forte rem legatam errore decepta maluerit, eamque capere non poſſit, vt hic dicitur.

XLVII. SCÆVOLA LIB. XIX.

QVÆSTIONVM.

CVm mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinet. Cur enim improbet maritus mores, quos ipſe, aut antè corrupit, aut poſteà probauit? Sed & ſi ex mẽte legis ſumat quis, vt nec accuſare poſſit, qui lenocinium vxori præbuit, audiendus eſt.

Quod in lege dicitur, *Maritum ob adulterium vxoris dotem retinere poſſe:* ſic accipiendum eſt, niſi lenocinio mariti adulterata ſit.l.ſi vxor.§. iudex. infra ad leg. Iuliam.de adult. Hac enim allegatione eliditur accuſatio mariti. Nam & cum accuſatio mutua eſt, vt ſup. vidimus apud Papinianum, neuter lege vindicatur.l.viro.

Ex mente legis. Lex de marito incuſante mores vxoris in iudicio dotis, vel de moribus, dotis retinendæ cauſa loquitur. Sed ob ſimilitudinem rationis ad eum producitur, qui lege Iulia de adulteriis, mulierẽm ſolenniter accuſat. In ea autem accuſatione Vlpi ait, *Lenocinium mariti mulierem non excuſare.* l.2.§.ſi publico. ad leg.Iuliam de adult. Cuius dicti ſenſum aperuimus in tractatu de adulteriis.

XLVIII. CALLISTRATVS LIB. II.

QVÆSTIONVM.

SI dotali inſtrumento ita ſtipulatio interpoſita ſit, vt liberorum nomine dos apud maritum reſideat, nepotum quoque nomine dos retinebitur.

Tractatum fuit apud Calliſtratum lib.2.quæſtio. An appellatione liberorum nepotes, & alij deinceps contineantur. Cuius diſputationis particula hoc caput eſt: maior vero pars eſt ſub tit.de verb.ſignif.c.220. à Triboniano collocata, quod cum hoc capite coniungendum eſt commodioris explicationis gratia. Eadem eſt enim vtriuſque inſcriptio in codicibus emendatis. Sententia igitur Calliſtrati eſt, appellatione liberorum nepotes & cæteros, qui ex iis deſcendunt, contineri. l. liberorum.de verb.ſignif.

Liberorum nomine. Agitata eſt quæſtio, & propter auctorum nobilium diſſenſionem magnopere celebrata, An mortua muliere, dos à patre profecta liberis extantibus,

tibus reddi debeat patri, ſi nulla eo nomine ſtipulatio interpoſita ſit. Nam ſi nulli ſint liberi, mortua in matrimonio filia, patri reddendam eſſe inter omnes conuenit. l. dos à patre C. ſolu. matr. l. iure. ſup. de iure dot. l. vlt. inf. rem rat. hab. Verum Vlpianus in Inſtit. tit. de dot. hãc controuerſiã, quæ tot præclara ingenia miſerè torſit, quam pauciſſimis verbis dirimit, ita vt nulla ſanæ mentis hominibus reliqua ſit dubitatio. *Mortua (inquit) in matrimonio muliere, dos à patre profecta ad patrem reuertitur, quintis in ſingulos liberos in infinitum relictis, penes virum*. Itaque pacta, & ſtipulationes de dote retinenda ſuperſtitibus liberis vtiles ſunt, quoniam alias liberorum nomine totam dotem maritus retinere non poteſt. l. ſi pater dotem. l. inter ſocerum. §. cum inter. ſup. de pact. dotalibus. Conſtitutio autem Iuſtiniani de rei vxoriæ actione huic iuri nihil derogauit. Suſtulit enim Iuſtinianus retentionem dotis, quæ fit liberorũ nomine ob culpã mulieris: cum ipſa mulier adhuc viuens dotem petit. De qua retentione Vlpianus paulo poſt ita ſcribit: *Propter liberos retentio fit, ſi culpa mulieris, aut patris (cuius in poteſtate eſt) diuortium factum ſit. Tunc enim ſingulorum liberorum nomine ſextæ retinentur ex dote: non plures tamen quam tres ſextæ in retentione ſunt, non in petitione.* Nec diſſimilis huic eſt locus Pauli lib. Inſtit. 2. tit. de dotib. quem refert Boethius in Topic. Cicer. De hoc autem retentionis genere loqui Iuſtinianum in ea conſtitutione, verba ipſius non obſcure indicant. *Sileat ob liberos retentio, cum ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur: ne varium genus culpæ mariti circa vxores excogitent, vt poſſint eadem retentione circa eas vti: cum iam & Imperialibus conſtitutionibus ſtatutum ſit, ſi culpa mulierum diſſolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat.*

XLIX. PAVLVS LIB. II. RESPONSORVM.

MAEuia marito ſuo inter alias res dotis, etiam inſtrumentum ſolidorum decem tradidit: quo Otacilius eidem Mæuiæ cauetat, datutum ſe (cum nuptum ire cœpiſſet) decem, ex eo inſtrumento maritus nihil exegit: quia nec potuit. Quæſitum eſt, ſi dos à marito petatur, an compellendus ſit etiam illam ſummam, quæ inſtrumento contineatur, refundere? Reſpondi, potuiſſe quidem eum, cui actiones mandatæ ſunt, debitorem conuenire: ſed ſi ſine dolo malo, vel culpa exigere pecuniam non potuerit: neque dotis nomine eum conueniri poſſe, neque mandati iudicio.

Nomine in dotem à muliere dato, periculum mariti non eſt, ſi dolo, culpaque omni vacet. Quod vtique intelligendum eſt, de nomine, quod inæſtimatum datur. Nam ſi æſtimatum ſit, vt ſi mulier, exempli gratia, pro centum aureis id ſe marito dare profiteatur, quia æſtimatio hæc venditio quædam eſt, periculum tranſit in maritum. l. plerumque. ſupra de iure dot. l. ſi nomen. ſupr. de hæred. vel actio. vend.

Debitorem conuenire. Inſtrumento vel chirographo ex cauſa venditionis, donationis, legati, dotis traditio, actio mandata creditur. l. ſeruum filij. §. eum, qui chirographum. de leg. 1. l. qui chirographum. de lega. 3. l. 1. C. de donat. In hac enim quæſtione, quæ facti eſt & ex coniecturis pendet, cauſa dandi præſumptionem inducit. Nam alias vel debiti remiſſio, vel adminiſtrationis conceſſio præſumitur. l. Labeo. ſupra de pact. l. vlt. C. de pact. conuent.

Fundus æſtimatus in dotem datus à creditore antecedente ex cauſa pignoris ablatus eſt. Quæſitum eſt, an mulier, ſi æſtimationem dotis repetat, exceptione ſubmouenda ſit? Ait enim, propterea ſe non teneri, quod pater eius dotem pro ſe dedit, cui hæres non extiterit. Paulus reſpondit, Prædio euicto ſine dolo, & culpa viri pretium petẽti mulieri doli mali exceptionẽ obeſſe. Cõſequi enim eam pretium fundi euicti, euidens iniquitas eſt: cum dolus patris ipſi nocere debeat.

Ablato fundo dotali per hypothecariã actionem à marito, quem pater ei æſtimatum dederat, nec eum alij obligatum eſſe admonuerat: ſi mulier ſoluto matrimonio æſtimationem petat, ſummouebitur exceptione doli à patre admiſſi: quamuis ei hæres minime extiterit, ideoque factum eius præſtare cogi non videatur. Nam is, qui ſuccedit in rem magis, quam in vniuerſum ius, ob dolum auctoris ſui tenetur, ſi ex lucratiua cauſa gratuitaque ei ſucceſſerit. leg. apud Celſum. §. ſi quis autem. de doli except. Dotis autem cauſa, quod ad mulierem attinet, lucratiua. leg. vlt. § 1. infra de his quæ in fraud. cred. & Cod. de impo. lucrat. deſcrip. quamuis maritus eam ex cauſa oneroſa habere dicatur. leg. ex promiſſione. inſ. de act. & oblig. Filia etenim dotem à patre profectam eius liberalitati acceptã ferre debet, tametſi interdum ex cauſa filiam dotare pater cogatur, cum videlicet alias nubere non poteſt. l. qui libero. ſupra de ritu nupt.

L. SCÆVOLA LIB. II. RESPONSORVM.

AEſtimatis rebus in dotem datis, pactum interceſſit, vt ex quacunque cauſa dos reddi deberet, ipſæ reſtituerentur, habita ratione augmenti & diminutionis, viri boni arbitratu: Si quæ vero non extarẽt, æſtimatio earum. Quæſitum eſt, Cum res quædam, quas maritus vendiderat, extarent: an ſecundum pactum & hæ mulierem pertinerent? Reſpondit, Res, quæ extant, ſi neque volente, neque ratum habente muliere veniſſent, perinde reddendas, atque ſi nulla æſtimatio interueniſſet.

In hac ſpecie ideo res alienatæ reſtituuntur, nec liberatur maritus æſtimationem dando, quia verum eſt, eas adhuc extare, & in rerum natura eſſe. Sed cur marito res huiuſmodi alienare non licet, cum æſtimatæ in dotem datæ ſint, & æſtimatio venditionem faciat, atque idcirco dotales eſſe non videantur, ſed pecunia potius, id eſt, earum æſtimatio? Reſpondeo, ex verbis paciſcentium ſatis apparere, hoc actum eſſe, vt res ipſæ reſtituantur. Et quamuis æſtimatio hæc ſi nihil aliud actum ſit, velut venditio quædam ſit. l. plerumque, ſupra de iure dot. tamen hoc in primis ſpectandum eſt, num alio fortaſſis conſilio æſtimatio rerum inita ſit. l. inter virum. C. de iure dotium.

Neque volente. Iure in pandectas relato, quod ferè ad legem Iuliam refertur res dotalis, conſentiente muliere alienari poteſt à marito. l. vlt. ſupra de pact. dot. Sed conſtitutione noua Iuſtiniani, hoc ius immutatum eſt. §. & cum lex. C. de rei vxor. actio §. 1. l. Inſtit. quibus alien. licet. vt diximus ſupra ſub. tit. de fundo dota.

LI. HERMOGEN. LIB. II. IVRIS EΠITOMΩ̃N.

AEſtimatæ res, vſu etiam mulieris, periculo mariti deteriores efficiuntur.

Quod dicitur, res æſtimatas periculo mariti deteriores fieri. l. plerunque, de iure dot. generaliter accipiendum eſt, etiam ſi mulieris vſu deteriores factæ ſint, vt puta ſi mulier veſtes quaſdam ſuas in dotem dedit marito, quæ vſu poſtea detritæ ſint, permittente marito. Non enim ideo minus dotem reddit maritus vxori, quod eam ex dote aluerit, cum pro oneribus huiuſmodi dos detur. l. pro oneribus. C. de iure dot.

LII. TRIPHON. LIB. VII. DISPVTATIONVM.

MAritus dotem, quam non accepit, ſi poſt diuortium per errorem ſoluit, repetet: quaſi non numeratam pecuniam cauerit, exigi enim ab eo non potuit.

Cum maritus, qui promiſſam dotem non accepit, iuſtam exceptionem habeat, ſi dos ab eo repetatur, cõſequens eſt, eum, ſi per errorem ſoluerit, quaſi debitam vxori, condicere, ac repetere poſſe. l. qui exceptionem. de condict. indeb. Competit autem exceptio marito, etſi pecuniam numeratam cauerit intra tempus legitimum. l. vl. C. de dot. cau. non nu. Nouel. 100. de tempo. non ſol. pec. ſup. dot.

LIII. IDEM LIB. XII. DISPVTATIONVM.

SI filiofamilias data eſt dos, ipſe quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio. Nec intereſt, in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat, necne: ſed quatenus facere poteſt, hic quoque condemnandus eſt. Intelligitur autem peculiotenus facere poſſe, quod habet rei iudicatæ tempore. Et quidem ſi cum patre agatur, deducetur ex peculio, quod patri, vel ſubiectis ei perſonis filius debet. At ſi cum ipſo filio agatur, alterius debiti non fiet detractio, in computatione quantum facere poſſit filius.

Cum dos datur patri, ipſe tenetur ad eam reddẽdam ſoluto matrimonio. l. ſi cum dotem. §. transfgrediamur. ſupra. cum vero datur filio, tenetur filius in ſolidum, pater duntaxat de peculio. l. ſi quis cum filio. ſupra, de pec. l. ſi dubitetur. §. vlt. infra, de fideiuſſ.

Nec intereſt. Conuenitur filius dotis actione, tametſi forte rem dotalem in peculio non habeat: quia id non permiſit ei pater: obligatur enim accipiendo, ſicut quiuis paterfamilias. inſ. de actio. & oblig. l. tam ex contractibus, ſupra de iud. nec obligatio, quamuis ſemel obſtrictus eſt, amiſſa poſſeſſione rei perimitur. l. vl. ſup. de contrah. emp.

Sed quatenus. Quod dicitur, *filium teneri in ſolidum*, id verum eſt, quantum ad ſubſtantiam obligationis: ſed quia maritus eſt, beneficio iuris vtitur, *ne vltra quam facere poteſt, &c.* leg. maritum. ſupra. pater autem ſupra modum peculij nullo modo obligatur.

Hic quoque. [illegible] accipiendum id eſt. *In hoc iudicio.* Nam deterioris conditionis non debet eſſe maritus, quod filiusfamilias ſit, quam ſi ſui iuris eſſet.

Intelligitur autem. Quamuis peculium ſit reuera patris, liceatque patri, cum voluerit filio id adimere: tametſi non ademerit, pro debito filij capitur: nec per omnia patris eſſe intelligitur, vt cætera, quæ in ipſius patrimonio ſunt. l. 3. §. ſed vtrum. ſupra de mino. l. & ſi condemnatus. ſupra de noxa. actio. leg. cum & filij. C. qui bon. cede. poſſ.

Peculiotenus. Filiusfamilias in ſolidum condemnatur, etiam ſupra quantitatem peculij, conijciturque in carcerem, donec iudicatum fuerit, niſi bonis ceſſerit. l. 2. l. cum & filij. C. qui bon. cede. poſſ. ſed hic facultatum eius ratio habetur, quia tanquam maritus conuenitur, &c. Ceterum quod hic dicitur, peculiotenus, ſic accipe, ita vt ei relinquatur, vnde ſe tueri poſſit. d. l. maritum. ſup. l. in condemnatione. de reg. iuris.

Rei iudicatæ. Tempus rei iudicatæ magis, quam conteſtatæ litis, inſpiciendum hic eſſe ſupra admonuimus. l. rei iudicatæ.

Deducetur ex peculio. Nam peculium dicitur deducto eo, quod patri debetur. l. depoſiti. ſupra de pecul. l. ſi cum dotem. §. vlt. hic.

Nam fiet detractio. Maritus condemnatur non deducto ære alieno, vt in proximo capite dicitur. Quare non ſpectatur an patri debeat, necne. Nec ad rem pertinet, quod peculium, quod habet filius, non dicitur, niſi deducto ære alieno: quia hæc bona non capiuntur tanquam peculium, nec actione de peculio exiguntur, ſicut cum aduerſus patrem agitur.

LIIII. PAVLVS LIB. SINGVLARI DE IVRE SINGVL.

MAritus facere poſſe creditur, nullo deducto ære alieno: item ſocius, item patronus, parenſue. At is, qui ex donatione conuenietur, omni ære alieno deducto facere poſſe intelligitur.

Fauorabilior viſa eſt iuris auctoribus donatoris conditio, quam parentis, patroni, mariti, aliarumve huiuſmodi perſonarum, quæ quatenus facere poſſunt, conueniuntur, cum hi æs alienum non deducant, ille deducat. Verum de his alias opportunius. l. inter eos. l. exhæredatum. inf. de iud.

LV. IDEM LIB. V. AD PLAVTIVM.

CVm mulier de dotis repetitione poſt ſolutum matrimonium agit: cauere debet marito, qui ædium nomine damni infecti cauit, ſi velit eam recipere, vt periculum marito amoueatur.

De cautionibus ſiue ſtipulationibus iudicialibus, quę in hoc iudicio inter maritum & vxorem interponuntur, ante diximus. l. ſi filiofamilias. ſupra. Ceterum hic obſeruandum eſt, eum, qui propter rem aliquam ſe ad dandum aliquid, faciendumve obligat: quamuis poſtea deſinat eam rem poſſidere, eum nihilominus obligatum manere. l. vlt. §. vlt. ſupra de contrah. emp. Qua ratione maritus in hac ſpecie non fruſtra cautionem ab vxore ſua exigit.

LVI. IDEM LIB. VI. AD PLAVTIVM.

SI quis ſic ſtipuletur à marito. Si quo caſu Titia tibi nupta eſſe deſierit, dotem dabis? hac generali commemoratione & ab hoſtibus capta ea committetur ſtipulatio: vel etiam ſi deportata fuerit, vel ancilla facta: hac enim conceptione omnes hi caſus continentur. Plane quantum veniet in ſtipulatione: vtrum quaſi mortua ſit, an quaſi diuortium fecerit? ſed humanius quis id

compe-

competere dixerit, quod propter mortem, conuenit.

Is qui dotem dat, ſi ſtipuletur in caſum mortis dotem ſibi reddi, eam non poterit in caſum diuortij petere, nec contra, leg. ſi cum dotem. ſupra. Qui igitur in omnem caſum ſibi dotem reddi vult, vt omnes caſus exprimere ſpecialiter debet, vel ſaltem generali commemoratione vti, quæ caſus omnes comprehendat, vt hic dicitur: vt puta mortis, diuortij, captiuitatis, deportationis, &c. Sed quibus modis matrimonia diſſoluantur, ante à nobis demonſtratum fuit ſub tit. de diuort.

Plane. Hæc verba, quæ ſententiam obſcuram habẽt, de ſtipulatione generali accipi nõ poſſunt, de qua iam dictum fuit. Nam propter mortem aliquid conueniſſe, & caſum mortis expreſſum fuiſſe, Paulus manifeſte oſtendit. Itaque coniectura ducti ſic interpretamur, quaſi ſtipulator plus vel minus in caſum diuortij, quam mortis, ſtipulatus ſit, & alios omnes caſus per obliuionem, & incogitantiam omiſerit. Si igitur caſus ſeruitutis fuerit omiſſus, exempli gratia, humanius eſſe ait Paulus hunc caſum morti, quam diuortio comparari, vt id competat, quod propter mortem, non quod propter diuortium conuenerit. Exiſtimo autem in ſpecie aliqua, quæ apud Plautium tractata, & aperte deſcripta fuerat, humanum id Paulo viſum fuiſſe. Hæc enim ſcripſit Paulus, quaſi breues annotatiunculas ad Plautianos libros, quæ abſque illis libris vix percipi poſſunt: idque inſcriptio ſatis indicat in vetuſtis codicibus. Hinc ergo colligemus in huiuſmodi ſpecie, quod humanius videbitur ſequẽdum, & ex negotio quoque id æſtimandum eſſe, vt caſus omiſſus non tãtum morti, ſed etiam diuortio interdum ſi id humanitas exigat, comparetur.

LVII. MARCELLVS LIB. VII. DIGESTORVM.

VSufructu in dotem dato, ſi diuortium interuenerit, nec proprietas rei apud maritum, vel mulierem ſit: eam dotis eſſe reſtitutionem, vt maritus caueat, quandiu vixerit, paſſurum ſe vti frui mulierem, hæredemque eius: id an verũ ſit circa adiectionem hæredis, dubito. Sed intereſt, quemadmodum ſit vſusfructus in dotem datus: vt ſi cum haberet mulier vſumfructum, viro, cuius erat proprietas fundi, vſumfructum ceſſit: nihil mulier hæredi ſuo relinquat. Debebatur enim ei vſusfructus, qui ad hæredem non ſolet tranſire. Quod ſi fundum ſui fructum mulier viro ceſſit, reſtitui à viro debet: cum proprietate enim ad hæredem eius tranſiiſſet, ſi vir in reddendo eo non feciſſet moram. Si vero alienata ſit proprietas, aut aliquis fundi ſui vſumfructum mulieris iuſſu, viro eius dederit in dotem, inſpiciendum eſt primum, quemadmodum mulieri poſſit reſtitui. Poteſt autem vel cautionibus interpoſitis, vt (ſicut poteſt) vir iure ſuo cedat mulieri, fruique eam patiatur: vel ſi ſe accommodauerit dominus proprietatis, volente eo, mulieri conſtituatur vſusfructus. Nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo (prout inter eos actum fuerit) dare. Nam finge hoc ipſum mulierem poſſe proprietatis domino vendere, quo caſu non inique etiam mulieris hærede agente, vir facere cogetur: quippe ſi moram non feciſſet, pretium fructuum mulier hæredi ſuo reliquiſſet. Quod ſi facultatem vſusfructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit, patientiam percipiendi fructus, quam præſtari ipſi debuit, & hæredi eius præſtet.

Quæſtio eſt, Si vſusfructus in dotem datus ſit, qui incorporeus eſt, & vſufructuarij perſonæ cohæret, quæ ſit ratio dotis reſtituendæ, & an hæredi quoque mulieris reſtitui debeat? Et Marcellus inquit, *Intereſſe, quomodo ſit vſusfructus in dotem datus.* Ex eo enim pẽdet ad propoſitã quæſtionẽ reſpõſio. Et quia variis modis in dotẽ datur vſusfruct᷒, eos modos hic Marcel. perſequitur.

Si cum haberet. Primus modus dandi in dotem vſusfructus eſt, cum fundi alicuius vſumfructũ mulier habet, vir proprietatem, & mulier vſumfructum cedit viro dotis cauſa. Hac enim ratione coniungitur vſusfructus cum proprietate, incipitque plenior eſſe proprietas viri, quam prius erat. §. finitur. Inſtit. de vſuf. Soluto autem matrimonio, ita reſtitutio fiet, vt vir in eodem fundo, mulieri vſumfructum conſtituat, quem per ceſſionem amiſit. Hinc Triphoninus, *Cum in fundo*, inquit, *mariti habens mulier vſumfructum, dotis cauſa marito eum dedit, quamuis ab ea vſusfructus deceſſerit, maritus tamen non vſumfructum habet, ſed ſuo fundo quaſi dominus vtitur, conſecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non ſeparatam ab vſufructu, nec eſt quod non vtendo maritus amittat. Diuortio autem facto conſtituet in eodem fundo vſumfructũ mulieri.* l. cum in fundo. ſupra de iure dot. *mortua autem muliere, nihil in hæredem transfertur.* Eſt enim vere hic vſusfructus in perſona mulieris: ideoque morte eius finitur, quemadmodum ſi nunquam fuiſſet in dotem datus, finiretur.

Quod ſi fundi. Alter modus eſt vſusfructus in dotem dãdi, cum mulier plenam proprietatem habet alicuius fundi, id eſt, non ſeparatam ab vſufructu, & viro dotis cauſa, eius fundi vſumfructum cedit. Quo caſu maritus vere vſumfructum habet, id eſt, ius aliena re vtendi, l. 1. de vſufr. Nã ius quod habet dominus vtẽdi, ac fruendi re ſua, vt in ſuperiore caſu, proprie non dicitur vſusfructus. l. vti frui. ſi ſeruit. vind. l. recte dicimus. de ver. ſignific. quamuis nonnunquam ita accipiatur. l. 4. de vſufruct. Sed hac de re plenior eſt apud Triphoninũ diſputatio, ſub tit. de iure dotiũ. d. l. cum in fundo. §. quod ſi mulier. vbi etiam traditur modus dotem ſoluto matrimonio reſtituẽdi, his verbis: *Ipſius autem reſtitutio ita fiet, vt habenti mulieri fundum, vſusfructus cedatur, & ita cum proprietate conſolidetur.* Nec ſolum mulieri fit reſtitutio, ſed etiam hæredi eius. Idque his verbis ſignificat Marcellus noſter, *Reſtitui is à viro debet.* Cũ enim quæſitum ſit in initio diſputationis de hærede, hæc verba quamuis ſimpliciter prolata, de hærede accipere debemus. Sed cur in hoc potius, quam in ſuperiore caſu hæredi fit reſtitutio? Reſpondendum eſt ex ſentẽtia Marcelli, Si in ſuperiore caſu maritus in reddendo non feciſſet morã, id eſt, ſi ſtatim diuortio facto, & ante mortem vxoris dotem ei reſtituiſſet, ea nihil reliquiſſet hæredi ſuo, ſed finitus fuiſſet eius morte vſusfructus, vt iã dictum eſt: in hoc vero caſu diuerſum contigiſſet, quia vſusfructus conſolidatus cum proprietate ad hæredem tranſit: & poſt conſolidationem deſinit vſusfructus eſſe, quomodo proprie vſumfructum accipimus.

Si vero alienata. Tertius modus eſt, cum proprietas plena cuiuſpiam tertij eſt, qui vſumfructum marito in dotem dat mulieris nomine, quo caſu maritus vere & proprie vſumfructum habet. Et huic ſimilis eſt ſecun-

in ſeruos vxoris ſæuus fuit, conſtat eum teneri hoc nomine.Si vero & in ſuos eſt natura talis:adhuc dicendum eſt,immoderatam eius ſæuitiam hoc iudicio coercẽdam.Quáuis enim diligentiam vxor eam demum ab eo exigit,quam rebus ſuis exhibet, nec plus poſſit: attamen ſæuitia, quæ in propriis culpanda eſt,in alienis coercenda eſt.

Maritus, ſi ſæuierit in ſeruos dotales, ideoque perierint,aut deteriores redditi ſint, eo nomine tenetur, etiamſi eadem ſæuitia in ſuos vti ſolitus fuerit: quia forte iracundus natura,& ſæuus erat.

Rebus ſuis exhibet. Maritus etſi dolum & culpam præſtet in re dotali:l.etiam.§.1.ſupr. l. ſi vt certo.§.nũc videndũm. commod. tamen exactiſſima, diligentiſſimaque cuſtodia ab eo non exigitur, ſed ea diligentia, quam rebus ſuis adhibet.l.in rebus.ſupra de iure dot.

Coercenda eſt. Ob ſæuitiam in ſeruos ſuos culpatur,& coercetur dominus,not.in l.etiam.ſupra. ob negligentiam non æque. Quare mirum non eſt,ſi maritus ſæuitiæ nomine magis, quam negligentiæ, damnari hic dicatur. Cùm enim ſæuitia hæc,pœna omni modo digna ſit, an talis natura fuerit dominus, nec aliter ſeruos ſuos accipere conſueuerit,inquirendum non eſt.

Si vxor viri rem cõmodauerit,eaque perierit videndum eſt, an compẽſationem hoc nomine pati poſſit? Et puto, ſiquidem prohibuit eam maritus commodare,ſtatim deductionem fieri.Si vero non prohibuit eam commodare,arbitrio iudicis modicum tẽpus ei indulgeri,cautionem præbendi.

Vxor res mariti nec largiri alteri, nec commodare poteſt, vtcunque indiuidua ſit inter eos vitæ conſuetudo, & conſortium omnis vitæ, vt ſupra annotaui ſub tit. de ritu nuptiarum. Sed cum quæritur an in iudicio dotis eo nomine compenſatio, deductioque admittatur,ſequenda eſt diſtinctio,quam Vlpia.noſter hic tradit, *& quod æquius ac melius* eſt ſpectandum, ſicut & vbique alias in rei vxoriæ actione.

Deductionem fieri. Hodie nulla compenſatio aduerſus mulierem oppoſita, dotis exactionem moratur, vt ante diximus.l.fructus.§.ob donationes.

Cautionem præbendi. Cauebit mulier ſe reſtituturam marito ſi minus rem, ſaltem pretium, & æſtimationem eiuſdem. Nam poſitum hic fuit,rem commodatam periſſe,vt intelligeremus,maritum eam vindicare non poſſe,nec aliter ei conſuli quam repetendo, ac deducendo, vt hic dicitur.

Si bona mulieris pro parte ſint publicata, ſupereſt mulieri reliquæ partis dotis exactio, plus puto, & ſi poſt litem conteſtatam publicata ſit pro parte dos, ſufficiet arbitriũ Iudicis ad partis condemnationem faciendam. Quod ſi tota dos publicata ſit, expirabit iudicium.

Publicatis bonis vxoris,actio de dote publicata quoque intelligitur. l.bonorum appellatio. infra de verb. ſignific.

Poſt litem conteſtatam. Extincto iure agentis pendente iudicio,extinguitur iudicium, vt ſupra annotauimus.l.ſi mulier.

Arbitrium iudicis. Hæc actio cum ſit bonæ fidei. §. fuerat. Inſtit. de actio. iudici datur facultas arbitrandi, quemadmodum ex bono & æquo ſatisfieri oporteat.§. in bonæ fidei.eod.tit. Quod in aliis iudiciis in quibus non additur, *ex fide bona*, locum non habet. Nam in illis iudiciis ita pronuntiat iudex ex formulæ præſcripto, vt actor quod petit, aut totum conſequatur, aut totum amittat. Cicer. pro Roſ.Com. Senec.libro 3.de benefic.

Expirabit iudicium. Quantum ad mulierem attinet,vt nihil ei adiudicetur. Non extinguitur tamen ita hoc iudicium, vt ad fiſcum quaſi hæredem quendam inſtantia non transferatur. l. ſi cum hominem. infr. de fideiuſ.l.ſi in rem actum ſit.ſupra de rei vind.l.ſi petitor, de iudi. Qua de re ingens eſt doctorum altercatio & varietas opinionũ, adeo vt vere illud dici poſſit, *Quot capita,tot ſententiæ.* Verum interpretatio noſtra,quæ & quorũdam veterum fuit, nihil incommodi habere nobis videtur. Nam etſi Vlpianus ſimpliciter dicat expirare iudicium,tamen quia nulla hic erat quæſtio de lite inter fiſcum & maritum, ſed inter maritum potius & vxorem, non video cur hæc verba ad mulierem referri non poſſint.

XXV. PAVLVS LIB. XXXVI. AD EDICTVM.

SI filiofamilias dos data ſit iniuſſu patris, de peculio quidem agetur, ſed ſiue propter impẽſas à filiofamilias factas, ſiue propter res donatas à filiofamilias, vel amotas ab vxore, res peculiares hoc ipſo, quod habet actionem pater ex perſona filij, maius peculium fit: & ſic totum eſt præſtandum mulieri quod in peculio eſt: modo adhuc ſit,quod vxori debeatur.

Hypothesis: Mulier filiofamilias marito abſque iuſſu patris trecenta in dotem dedit. Soluto matrimonio egit aduerſus patrem, qui ad centum ei danda condemnatus eſt: cum ea tantum ſumma reperiretur in peculio. Mox cum pater ob res amotas peteret ab vxore ducenta,poſtulabat ea,vt compenſarentur cum aliis ducentis, quæ ſibi adhuc deberentur dotis nomine. Quæritur an iure id poſtulet? Paulus ait, æquam eius poſtulationem eſſe, quod ea actio in peculio ſit filiifamilias mariti.l.quam Tuberonis.§.in peculio.ſupra.& ſecũdum peculij modum & quantitatem pater teneatur.Et notandum eſt,compenſationem, de qua hic loquitur Paulus, conſtitutione Iuſtiniani ſublatam non videri, cum ad mulieris commodum & fauorem reſpiciat.§.taceat.Cod.de rei vxor.actio.

Maritum in reddenda dote, de dolo malo, & culpa cauere oportet. Quod ſi dolo malo fecerit, quo minus reſtituere poſſit, damnandum eum, quanti mulier in litem iurauerit:quia inuitis nobis res noſtras alius retinere non debeat.

Vtilis eſt hæc cautio in iudicio dotis, ſi forte dubitet mulier an res, quæ in reſtitutionem venit, dolo vel culpa mariti deterior ſit reddita. Eſtque hoc exemplum ſtipulationis iudicialis,de qua alibi diſſeruimus.

In litem iurauerit. In omnibus actionibus,quibus rem noſtram nobis reſtitui petimus,in litem iurari ſolet,& arbitrio domini pretium rei petitæ ſtatui. Quod quam æquum, iuſtumque ſit, edito ante duodecim annos

libello,

libello, *qui de in litem iurando* inſcribitur, demonſtrauimus.

Si poſt diuortium res dotales deteriores factæ ſint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnino detrimentum ipſe præſtabit.

Tametſi dos periculo ſit mulieris, ſi æſtimata non ſit &c. leg. plerunque. ſupra de iure dot. maritus tamen poſt moram ſuam omnimodo, & ſine exceptione periculum ſubit. An idem dicendum ſit, ſi res eodem modo peritura fuerit penes vxorem, quæri hic ſolet. Sed hanc quæſtionem ſatis diligenter, ac diffuſe tractauimus ſub tit. de verb. obligat. l. ſi ex legati cauſa. nec huius loci eſt ea diſputatio.

Si qui dotalium ſeruorum in fuga erunt, cauere debebit maritus, ſe eos viri boni arbitratu perſecuturum, & reſtituturum.

Exemplum hic eſt cautionis, quæ interponitur arbitratu iudicis in dotis reſtitutione, nõ diſſimile ſuperioribus, atque ideo iudicialis dici ſolet. Nec vero vſquã frequentius occurrunt ſtipulationum iudicialiũ exempla, quam in hoc tractatu. Quæ omnia diligenter obſeruanda ſunt pro explicatione vulgaris ſtipulationum diuiſionis in Prætorias, & Iudiciales. l. 5. de verb. oblig.

Si vir in quinquennium locauerit fundum, & poſt primum forte annum diuortium interuenerit: Sabinus ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam cauerit: ſi quid præter vnius anni locationem maritus damnatus ſit, id ſe præſtituram eſſe. Sed & mulieri cauendum, quicquid præter primum annum ex locatione vir conſecutus fuerit, ſe ei reſtituturum.

Exemplum aliud eſt cautionis, quæ in hoc iudicio de dote officio iudicis interponi iubetur. Nec horum verborum difficilis admodum eſt explanatio. Illa quæſtio ſubdifficilis eſt, quam hic omnes interpretes tractant, An ſi maritus fundum dotalem locauerit conſtante matrimonio, vxor eodem diſſoluto locationi ſtare cogatur, an vero cõductorem expellere poſſit? Paulus hic ſenſiſſe videtur, ratam manere locationem debere, nec mulieri licere aut colonum expellere, aut contra locationis legem aliquid facere. Alioqui iniquum eſſet à muliere hanc cautionem exigere, qua ius coloni expellendi eidem adimeretur. Et conſtat, ſtipulationes olim interponi ſolitas fuiſſe, de iis, quæ vel ſecundum naturã cõtracti negotij in obligatione eſſent, maioris videlicet certitudinis, cautioniſque gratia: idque alio in loco annotauimus in leg. prim. de pactis. Verum nobis ſcrupulum iniicit, quod idem Paulus hic ait, *Cauendum eſſe marito ſi damnatus ſit, &c.* Quibus verbis ſignificat, maritum, conductore, qui ab vxore expulſus eſt, agente, damnari poſſe. Quod contingere non poſſet, niſi per iudicem expulſo colono. Si enim per vim expulſus fuerit colonus, licet merces locationis ob eam cauſam remittatur, tamen nulla actio, qua damnari poſſit locator, id eſt, ad id, quod intereſt, competit conductori. leg. ſi fundus quem. ſupra loc. Itaque ſequor opinionem eorum, qui exiſtimant non ſimpliciter cogendam eſſe mulierẽ ſtare locationi, ſed cũ hac exceptione, niſi malit dãnum omne marito ſuo reſarcire, quo caſu maritus colono agente ea conducto damnatus fuerit. Nam ei, qui ſuccedit in rem, quẽ ſingularem ſucceſſorem vulgo appellamus, licet à conductione recedere, vt mox dicemus: ſed communio, ſocietaſque vitæ coniugum facit, vt in mariti damnum id mulieri non permittatur. Quod ſi verum eſt, mulier colonum impune expellet, marito conſentiente, nec vlla ſe exceptione tueri poterit aduerſus eam colonus, tametſi actionem ea conducto eo nomine aduerſus maritum, eundenique locatorem habeat. Sed vereor ne huic Pauli noſtri dicto in hac tantum ſpecie locus ſit, in qua ponitur in quinquennium fundus locatus eſſe. Nõ enim fruſtra hic videtur quinquennij facta mentio. Quod ſi ponamus in annum factam locationem eſſe, fortaſſis rata manere omnimodo debebit locatio, quaſi maritus, cui mulier fundum dedit in dotem, in annum locandi facultatem ab ea acceperit. Mulier enim, quæ fundum dat fruendum marito pro oneribus matrimonij, omnia ei concedere videtur, quæ ad fructuum perceptionem ſpectant. Cuiuſmodi eſt locatio in annum facta. Non enim in breuius ſpatium temporis vtiliter fundus locatur. Quare nihil eſt quod vitio verti queat marito, tametſi nonnunquam reprehendi poſſit, ſi in longius tempus, puta quinque annorum, locauerit. Id enim fit contra veriſimilem vxoris voluntatem, quæ fundi vſumfructum ita marito conceſſiſſe creditur, vt tota eius in ea re geſtio & adminiſtratio tempore vſusfructus concludatur, nec illud tempus niſi ex neceſſaria cauſa excedat. Eadem fere cauſa eſt vſufructuarij, niſi quod locato in longius tempus, puta quinquennium, fundo, & poſt mortem vſufructuarij expulſo conductore, nulla ei aduerſus hæredes fructuarij competit actio, ſi tanquam fructuarius locauerit. l. ſi quis domum. loca. De ſacerdotibus beneficiariis noſtri temporis, qui vſufructuariis comparari ſolent videnda eſt Pontificia conſtitutio, cap. vlt. ne præl. vic ſup. cuius explicationem hic omittimus, ne à propoſito nimium euagetur noſtra oratio. Sane qui maritum in hac re comparant tutori vel curatori, mihi rem non ſatis expendiſſe videntur. Nam etſi lata ſit mariti poteſtas, adeo vt pro domino interdum habeatur, l. doce. C. de rei vin. tamen ad tempus perceptionis fructuum reſtringitur, vt iam diximus. At poteſtas tutoria fructus non reſpicit, ſed ad proprietatem quoque rerum pertinet, modo adminiſtrationis terminos non egrediatur. Proinde locationem factam à tutore in quinquennium à pupillo diſſolui non poſſe arbitror. argu. l. ſi tutelæ. de admi. tuto. Emptor quidem fundi locati, quin expellere colonum poſſit, dubium non eſt. Nec ideo tenetur venditori, niſi id nominatim inter eos conuenerit. l. emptorem. Cod. de loca. l. ſi merces. §. 1. ſupra loca. Sed cur locatio facta à tutore, firmior, efficaciorque eſt, quam à venditore, cum venditor dominus ſit tempore contractus? Reſpondeo, Multum referre an is ſuccedat in rem cuius nomine locatio facta fuit a tutore, puta, vel alio adminiſtratore, an is, cuius nomine nihil geſſit locator, nec ab eo vllam poteſtatem habuit. Quod in emptore ac venditore animaduertere licet. Adde ſupradictis quod venditor fundi eum locando ante venditionem perſonam tantum ſuam obligat, non rem locatam conductori. Itaque emptor poſtea effectus dominus, eius rei colonum, qui in rem nullum ius habet, facile expellit. Eademque ratio eſt hæredis, & eius, cui teſtator fundum à ſe locatum teſtamento legauit. l. nihil proponitur. de lega. 1. Ex his illud efficitur, Si conductori ius in rem acquiratur ex conductione, cuiuſmodi eſt ſuperficies, aut pignus, conductorem ab emptore expelli non poſſe. arg. l. 1. §. quod autẽ. de ſuperfic. Qua de re plenior eſt alibi diſputatio. l. ſi creditor. §. vltim. de diſtr. pign. Emptori diſſimilis eſt miſſ' in poſſeſſio-

nem & decreto Prætoris, & ideo ſtare locationi cogitur, quia dominus non eſt, ac ne poſſeſſor quidem, ſed rei cuſtos tantum, & obſeruator, l. in venditionem. §. 1. de bonis author. iud. l. 3. §. genera. de acquiren poſſ. Quod autem diximus de emptore, locum non habet in eo, qui à fiſco emit: id enim conſtitutum eſt fauore fiſci, ne colono aduerſus eum agente ex conducto damnari poſſit. l. vltim. infra, de iure fiſci. Hæc de ſuccedentibus in rem breuiter à nobis dicta ſunt, vt diſputatio hæc noſtra de marito, & vxore apertior ex collatione, dilucidiorque fieret. De iis, qui non in rem, ſed in ius vniuerſum ſuccedunt, id eſt, hæredibus, nulla dubitatio eſt, quoniam omnis actio, obligatioque in ipſos tranſit l. viam. C. de loca. l. hæredem. l. ex qua perſona. de reg. iur. l. cum à matre. C. de rei vindic.

XXVI. IDEM LIB. XXXVII.

AD EDICTVM.

SEmel mora facta, ſi ſeruum dotalem poſtea offerente marito, mulier accipere noluerit, & ita is deceſſerit, non debebit pretium eius maritus, vel hæres eius, ne damnum ſentiat, quod poſtea offerente eo, mulier accipere noluit.

Quod ſupra dictum eſt, periculum rei dotalis poſt moram eſſe viri, non vxoris. l. ſi filio. §. ſi poſt. ſic accipiendum eſt, niſi maritus poſtea offerendo vxori, moram ſuam emendauerit. Hinc vulgare illud emanauit. *Poſterior mora nocet.* l. illud de peric. & commo. l. per emptorem. ſupra de actio. empti. Extat ſane conſtitutio Imperatoris, qua cautum eſt, *Militem qui annonam ſibi oblatam non accepit, nihil amplius petere poſſe.* l. nulli. C. de erog. mil. anno. Sed vtilitas publica exigebat, vt diſciplina militaris ita conſtitueretur. Cæterum hæc moræ purgatio facit, vt maritus non culpam, ſed dolum tantummodo præſtet in re dotali. l. ſi mora. ſupra hoc tit. Sed de moræ purgatione alibi plenius.

XXVII. CAIVS LIB. XI.

EDICTVN PROVINCIALE.

SI poſt diuortium mortua muliere hæres eius cum viro, parentve eius agat, eadem videntur de reſtituenda dote interuenire, quæ ipſa muliere agente obſeruari ſolent.

Nihil refert an mulier ipſa, an eius hæres à marito dotem petat, vt quatenus facere poteſt conueniatur. Indecorum enim atque inhoneſtum eſt, maritum ſiue ab vxore ſiue alio vxoris nomine fortunis ſuis omnibus ſpoliari. Sed multum intereſt, an aduerſus maritum, an eius hæredem agatur, vt ſupra diximus l. maritum.

XXVIII. VLPIANVS LIB. I.

INSTITVTIONVM.

FAcere poſſe maritus etiam id videtur, quod à muliere conſequi poteſt, ſcilicet ſi iam ei aliquid abſit, quod pro muliere vel expendit, vel mandatu eius præſtitit. Ceterum ſi nondum ei abeſt, vtputa ſi ſub conditione obligatus eſt, nondum videtur facere poſſe.

Cum quæritur an maritus facere poſſit, l. maritum. ſupra non tantum ſpectamus res, quas poſſidet, ſed etiam eas quæ ipſi debentur, & ad quas petendas actionem habet leg. bonorum appellatio. de verb. ſignific. Exempli gratia, Si maritus centum aureos habeat, totidemque ei debeantur à Titio, facultates eius ducentorum eſſe intelliguntur, ac ſi centum ei forte opus ſit ad victum, reliquos cẽtum vxori reddere, aut certe actionem mandare debebit. leg. ſi maritus in id. infra. Hinc naſcitur quæſtio, in iudicio dotis mutua quædam petitio eſt viri & vxoris. Nam vxor petit centum, quæ in dotem dedit. Maritus viciſſim centum, quæ expendit pro vxore, vxor compenſari vult, quod tantum ſibi debeatur, quantum debet. Maritus negat, quod facere nõ poſſit. & centum, quæ accepit in dotem, ſibi neceſſaria ſint ad victum. Itaque contendit maritus non tantum mulieris dotem, id eſt, centum ſe retinere poſſe, ſed etiam alia centum ſibi ab vxore reddenda eſſe. Sed hoc obtinere non poteſt, ſecundum hanc Vlpiani ſententiam: quia eatenus dicitur facere poſſe, quatenus actionem habet aduerſus mulierem: ac idcirco non centum in bonis, ſed ducenta habere intelligitur. Quare cẽtum retentis pro victu ſuo æquum eſt, vt reliqua centum veluti ſoluat vxori compenſatione admiſſa. Compenſatio enim ſpeciem quandam ſolutionis habet. leg. dediſſe. de verb. ſignifi. Quid igitur dicemus, ſi maritus in bonis nihil habeat, præter eam actionem, quæ aduerſus mulierem competit? Quidam exiſtimant maritum exceptione compenſationis repelli poſſe: ſecundum quam opinionem maritus beneficium iuris amittit, & ſolidum ab eo exigitur. Sed illi aiunt vxorem facilius retinere poſſe quod petit ab ea maritus, quam à marito petere, ac exigere. argum. l. 1. de extraord. cogn. Verum nullam ſatis probabilem rationem hic video, propter quam marito beneficium iuris auferatur. Et aduerſus hanc ſententiam oppono regulam, *Quæcunque per exceptionem perimi poſſunt, in compenſationem non veniunt.* l. quæcunque. de compen. Nam ſi maritus eam pecuniam poſſideret, exceptione tueretur ſe aduerſus mulierem, quia non poteſt ab eo exigi, niſi quatenus facere poteſt. Ea igitur petẽti à muliere compenſatio non obiicietur.

Ceterum nondum. Hæc generaliter dicta ſunt de eo marito, qui ſub conditione obligatus eſt. Quamuis enim id abeſſe cuique videatur ad quod præſtãdum obligatus eſt, l. ſi quis mandato Titij. de nego. geſt. tamen de eo, qui obligatus eſt ſub conditione, non recte id dicitur: cum ante conditionis euentum nulla naſcatur obligatio. §. ex conditionali. Inſtit. de verb. oblig.

XXIX. IDEM LIB. III.

DISPVTATIONVM.

QVories pater dotem dat, & ſtipulatur, ita demum in ſuam perſonam de dote actionem transfert, ſi ex continenti ſtipuletur. Ceterum ſi interpoſito tempore ſtipulari velit, non niſi conſentiente filia poterit, quamuis in poteſtate ſit: quia deteriorem conditionem in dote filiæ facere non poteſt, niſi conſentiat. Plane ſi ante nuptias dotem dederit, poterit ex interuallo (ante nuptias tamen) ei citra voluntatem filiæ ſtipulari. Si quis pro muliere dotem dederit, conueneritque, vt quoquo modo dirempto matrimonio, ipſi ſolueretur, poſtea maritus vxori dotem dederit, rectiſſima dicetur, exactionem nihilominus ei, qui dedit, contra maritum competere.

Dictum

2. Dictum fuit actionem de dote, patri & filiæ communem eſſe.l.2.§. quod ſi in patris. cui dicto exceptionem hic adiicit Vlpianus: *Niſi pater ſtipulatus ſit, eam ſibi reddi, &c* §.accedit.C.de rei vxo.actio. Quod autem hic dicitur,interpoſito tempore patrem ſtipulari poſſe, quomodo accipiendum ſit, poſtea docebimus, l. poſt dotem.

Conuenerit que. Hoc verbum ſi de pacto intelligamus (vt fere accipi ſolet) non de ſtipulatione,l. lecta. ſupra de rebus credi. extraneum hic dotem promiſiſſe ponendum eſt. Nam pater dotem pro filia conſtituens ſolo pacto, abſque ſtipulatione, actionem de dote in perſonam ſuam transferre non poteſt, vt reſcripto Alexandri continetur. leg auia C.de iure dot Vnde Vlpianus in ſuperiore reſponſo de patre loquens ſtipulationis vbique meminit, non pacti. Huiuſque diuerſitatis ratio hæc eſſe videtur, quia neceſſaria eſt datio dotis, quæ à patre fit non voluntaria, cum pater filiam dotare cogatur Magiſtratus officio. l. qui liberos. ſupra de ritu nup. l. vlt. C. de dot. promiſ. Quod autem dicitur ex pacto actionem naſci, cum in re tractanda interponitur. l. legem. C. de pact. l. rebus. C. de rer. permut. l. legem. C. de don. l. ſi dominus ſeruum. ſupra de præſcrip. verb. id verum eſt, cum nulla coactus neceſſitate rē ſuam quis tradit alteri. Eſt enim æquiſſimum vt ei, qui ſponte ſua rem ſuam alicui dat, quā cumque voluerit legem dicere, liceat. l. in traditionibus. ſup. de pact. Sunt & alij caſus, in quibus ſtipulatio in traditione rei propriæ neceſſaria eſt, nec ſufficit pactum ad quærendam actionem. Sed de his alias opportunius. l. 3. C. de vſur. l. 2. C. euict. l. quod ſi locus. ſupra de religioſis.

XXX. IVLIANVS LIB. XVI.

DIGESTORVM.

NVPTA non impeditur, quo minus cum priore marito de dote experiatur.

Mulier, quæ ſoluto matrimonio alij nupſit, dotem nihilominus ſuam petere poteſt. Qua tamen in re probabilis fuit dubitatio: quia fauetur mulieri in dote, vt nubere ac liberos procreare poſſit. l. 1. ſupra eo. non enim facile maritum inueniit mulier, quæ dotem non habet. Quæ ratio ceſſat in nupta muliere. Sed viſum eſt vtilius iuris noſtri authoribus, hoc ius vniuerſo mulierem generi attribuere, tametſi eas nec nubere, nec liberos ſuſcipere interdum contingat. Quod & de quinquagenaria muliere vulgo traditum eſt, quæ liberos procreare amplius nequit. l. ſi maior. C. de legit. hæred.

Quoties culpa viri accidit, ne dos à ſocero, aut à quolibet alio, qui mulieris nomine promiſerat, exigeretur: ſi aut in matrimonio filia deceſſerit, aut mater familias facta, eum, qui dotem repromiſerat, hæredem inſtituerit: ſatis conſtat, nihil amplius virum præſtare debere, quam vt eos obligatione liberet.

Maritus ſoluto matrimonio dotem vxori reddere cogitur, ſiue receperit eam, ſiue culpa, & negligentia ſua eam non exegerit, cum promiſſa eſſet. l. ſi extraneus. ſup. de iure dot. Si tamen is qui eam promiſerat, ſiue pater ſit, ſiue extraneus, aduerſus maritum mortua vxore agat, vel ut hæres aut ſucceſſor eiuſdem, maritus ei reſtituere non cogetur quod non accepit. Nam iniquum eſt, vt is culpam mariti obiiciens audiatur, cuius lucro eam culpam ceſſiſſe conſtat. Quod & in muliere dotem petente obſeruatur, cum ipſi negligentia mariti profuit. l. cum in fundo. §. 1. ſupra de iure dotium.

XXXI. IDEM LIB. XV.

DIGESTORVM.

SI marito publico iudicio damnato, pars aliqua bonorum eius publicetur, fiſcus creditoribus eius ſatisfacere neceſſe habet, inter quos vxor quoque eſt.

Quoties bona mariti ob maleficium publicantur, ſiue confiſcantur, liberatur a præſtatione dotis ſoluto matrimonio, aut alterius cuiuſcunque debiti. leg. 1. C. de fideiuſ. Actiones autem creditoribus competentes in fiſcum tranſeunt, veluti ſucceſſorem vniuerſalem. l. tutoris. C. ad leg. Iuliam de vi priuat. l. ſi quis poſt hac. C. de bonis proſcr. Quod ſi ex alia cauſa, puta venditionis, fuerint bona fiſco acquiſita, creditoribus hæreditariis maritus adhuc obnoxius manebit. l. mulier bona. ſupr. de iure dot. l. 2. C. de hære. vend. l. pacto ſucceſſorum. C. de pactis.

Si pater, cum ducenta filiæ ſuæ nomine dotis promiſiſſet, pactus fuerit, ne amplius, quam centum a ſe peterentur, & ſoluto matrimonio egerit: centum, de quibus conuenit, ne peterentur, nec intelliguntur dotis eſſe: quod ſi mortuo patre cum hærede eius maritus agere cœperit, iſta quoque pecunia in dotem erit.

Qui ducenta promiſit dotis nomine, & centum ſolutis, marito pactus eſt, ne reliquum à ſe peteretur, id centum, matrimonio ſoluto, centum duntaxat, quæ dedit, petet: quamuis reliqua centum prima ratione quaſi ſoluta propter pactum habeantur. Sed hac de re infra plenius, leg. pen. §. ſi vir.

Mortuo patre. Hoc pactum, quia perſona expreſſa eſt, præſumitur in perſonam magis, quam in rem. l. qui in futurum, ſupra de pact. Proinde maritus, qui cum patre pactus eſt, ne dotem ab eo petat, exprimendo perſonam patris, petere ab eius hærede non prohibetur, niſi aliud actum ſit. Idque ſupra à nobis diſputatum eſt. l. iuriſgentium. §. pactorum. de pact.

Si voluntate filiæ procurator à patre datus, litem de dote cōteſtatus fuerit, & re ſecundum eum iudicata, pater deceſſerit, iudicati actionem filiæ potius, quam hæredibus patris dari oportebit.

Actio de dote, quæ communis eſt patri, & filiæ, mortuo patre ad filiam tranſit, licet hæres inſtituta non ſit, eiuſque propria efficitur. §. videamus. C. de rei vxor. actio. Nam quamuis actio competens defuncto, trāſeat ad hæredem iure communi: titu. de perpet. & temp. actio. lib. Inſtitut. 4. hoc tamen præcipuum, & ſingulare habet dotis cauſa. l. 1. ſupra. Nec refert an patre dotem petente res iudicata ſit, & iudicati actio quæſita, necne, cum actio iudicati actioni de dote accedat, nec eam ita nouat vt perimat. l. aliam. inf. de nouat. Si vero dos iam exacta, & ſoluta ſit, plerique exiſtimant ad patris hæredem transferri, vt res alias, quæ in ipſius patrimonio ſunt. l. vlt. C. commu. vtriuſque iudic. Sed conſtitutio Iuſtiniani, quam pro firmamento ſuæ opinionis afferunt, rationem tradit diuidendæ dotis, quæ propter legem vel ſtipulationem ad patrem reuerſa eſt. Quod poteſt variis modis contingere. Itaque dos, quæ ad patrem non reuertitur, cuiuſmodi hæc eſt, de qua nunc differimus, ad eam conſtitutionem pertinere non videtur.

Cum patri dos data eſt, & ei filius ex aliqua parte hæres ſub conditione inſtitutus fuerit, & pendente conditione cohæredes eius dotem pro ſua portione mulieri ſoluerint: hoc minus ex dote filius præſtare debebit, quoniam nullam actionem eius pecuniæ recuperandæ gratia aduerſus cohæredes habet.

Si ſocer dotem accepit à muliere, maritus non tenetur mulieri ſoluto matrimonio, niſi quatenus patri hæres extiterit. l. ſi cum dotem. §. tranſgrediamur. ſ. pr. Tenentur ergo, mortuo ſocero, hæredes eius, ſed ita vt ſi qui eorum inſtituti ſint ſub conditione, interim ceteri conueniri poſſint, non in ſolidum, ſed pro parte hæreditaria. l. ſi maritus. famil. erciſc. Exiſtente vero conditione pars ab eo exigitur, cui conditio adſcripta fuerat.

Quoniam nullam. Quamuis matrimonio adhuc conſtante, maritus in ſpecie propoſita à cohæredibus dotem repetere poſſet, præſtita cautione (vt alibi dictum eſt) l. ſi filia. § hoc amplius. famil. erciſc. tamen ſoluto matrimonio actio aduerſus cohæredes ei denegatur. Solutum autem fuiſſe matrimonium hic accipere debemus, vt hoc caput tractatui conueniat.

Si fundum dotalem recepiſſet mulier nō habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuiſſet, nihilominus de dote agere poteſt: quia minorem dotem recepiſſet. Hoc enim ad dotis augmentum pertinet, quemadmodum ſi partū ancillarum non recepiſſet, aut legata, vel hæreditates quæ poſt diuortium per ſeruos dotales acquiſitæ marito fuiſſent.

Quamuis acceſſiones, quæ non ſunt in obligatione, ſed officio iudicis præſtantur, poſtquam res iudicata, aut ſors ſoluta eſt, peti non poſſint. l. 4. C. depo. leg. qui per colluſionem, ſupra de actio. emp. l. centum C. puæ. ſup. de eo quod certo loco da. tamen fructus dotis recte petuntur: quia non tanquam acceſſio, ſed tanquam dotis ipſius pars in iudicium deducuntur, nec minus ſunt in obligatione, quam quod à muliere in dotem datum eſt. Idque in vniuerſalibus locum habet, quibus non res ſingulares, ſed vniuerſitas aliqua petitur, veluti dos, hæreditas, &c. leg. 1. de dote præle. leg. item veniunt. §. fructus. de petit. hæred.

XXXII. IDEM LIB. II. AD VRSEIVM FEROCEM.

SI prior maritus poſteriori, dotis nomine, tanquam debitor mulieris, dotē promiſerit, non plus, quàm facere poſſit, dotis futurum eſt.

Prior maritus promittens ſe daturū poſteriori, quod vxori quondam ſuæ nomine dotis debet, hac promiſſione, vltra id, quod facere poteſt, ſeſe obligaſſe non intelligitur: quia verum eſt, ſaltem effectu, & τῇ δυνάμει amplius eum non debere. l. maritum. ſupra. l. Mæuio. §. à me. da leg. 2. Quod ſi proponamus priorem illum maritum certam quantitatem ſimpliciter promiſiſſe in dotem, poſtea conuentus à ſtipulatore, beneficio iuris vti non poterit. *Nam exceptio, quæ obſtat delegante, aduerſus eum, cui facta eſt delegatio, non recte obiicitur.* l. doli. infra de nouat. l. Neſennius. infra de re iudi. l. pure. § ſi eum. inf. de doli except. Atque ita accipiendū eſt quod Paulus Neſennio Apollinari reſpōdit ſub tit. de re iudic. l. Neſennius. Quamuis enim in epiſtola Apollinari ſcriptum ſit, *Tantum marito dotem promiſſam eſſe,* tamen vt valeat dotis promiſſio, neceſſe eſt, aliter conceptam eſſe promiſſionem, quam in hoc loco, & dotis modū, quantitatemque expreſſam eſſe.

XXXIII. APHRICANVS LIB. IIII. QVÆSTIONVM.

QVæ dotis nomine certam pecuniam promiſerat, quoſdam adhibuerat, qui ſtipularentur partem dotis diſtracto matrimonio ſibi ſolui: ea nulla data dote obierat, eodem marito ſuo hærede relicto, is damnoſam hæreditatem eius adierat: nihilominus ſtipulatoribus teneri, quoniam adeundo hæreditatem debitricis intelligeretur ſe compenſaſſe, nec ad rem pertinere, quod ſoluendo non eſſet hæreditas, quando cæteris etiam creditoribus teneatur.

In hac ſpecie maritus cogitur ſtipulatoribus dotem reddere ſoluto matrimonio, quam nunquam accepit. quod quanquam mirum videtur, ac plene παράδοξον, tamen ratione non caret. Nam adeundo hæreditatem, quæ morte vxoris ſibi delata eſt, intelligitur ſe compenſaſſe, ac veluti dotem ſibiipſi ſoluiſſe, cum vxoris factum præſtare debeat cui hæres extitit. l. cum à matre. C. de rei vindic. Fuit autem vxor ei ad dandam dotem obligata, actionemque ſibi con petentem aduerſus eandem mandare debuit ſtipulatoribus hæreditate non adita l. ſi ſocer. infra. Cum igitur hæreditatem adeundo, eam actionem propter confuſionem amiſerit, l. debitori. C. de pactis. feceritque quo minus eā mandare poſſit, æquum eſt vt ſtipulatoribus, perinde ac ſi dos ei ſoluta fuiſſet, teneatur. Et huc pertinet quod alibi dicitur: *aditionem hæreditatis vim poteſtatemque ſolutionis habere.* l. ſi debitori creditor. da fideiuſſor. leg. Stichum. §. aditio. de ſolutionib.

Tenebitur. Actio datur ſtipulatoribus ex hac ſtipulatione ſoluto matrimonio. Nam etſi expreſſum hic non ſit, ex qua cauſa ſtipulatio fuerit contracta, tamen intelligendum eſt, eam vtilem fuiſſe, vt ex ea agi potuerit. De vtilitate enim ſtipulationis hic nulla erat quæſtio, ſed an marito prodeſſe deberet ad abſolutionem, quod dotem non acceperat. Ac forte creditores erant mulieris, ij, qui ad ſtipulandum adhibiti ſunt, ita vt eos adhibendo conditionem ſuam deteriorem non fecerit, & actio ſtipulatoribus quæſita ſit. Quam interpretationem recte admittunt Aphricani verba, eamque ſophiſtarum cauillationibus minime obnoxiam.

Soluendo non eſſet. Hæres obligatur creditoribus hæreditariis, tametſi hæreditas ſoluendo non ſit. Quod eſt intelligendum ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani, niſi rerum hæreditariarum publice facta deſcriptione, quam inuentarium vocant, hæreditatem adierit. Cuius deſcriptionis formam & rationem ea conſtitutio continet. l. vlt. C. de iure delib.

XXXIIII. IDEM LIB. VIII. QVÆSTIONVM.

TItia diuortium à Seio fecit. hanc Titius in ſua poteſtate eſſe dicit, & dotem ſibi reddi poſtulat. Ipſa ſe matremfamilias di-

cit,

cit,& de dote agere vult. Quæſitum eſt, quæ partes iudicis ſint? Reſpondi, Patri, niſi probet filiam non ſolum in ſua poteſtate eſſe, ſed etiam conſentire ſibi, denegandam actionem, ſicuti denegaretur, etiam ſi conſtatet eam in poteſtate eſſe.

Dotem profectitiam pater ſoluto matrimonio ita demum petere poteſt, ſi filia in eius poteſtete manſerit,& patri agenti conſentiat. leg. 2 §. quod ſi in patris. ſupra. §. videemus. C. de rei vx. actio. Quare dubium non eſt, quin filia contradicens patri, & ſe matremfamilias, ac ſui iuris dicẽs, audienda ſit. Eſt autem hoc vſitatum, vt mota inter duos litigantes cõtrouerſia, alius, cuius intereſt, ad iudiciũ adſit.& quaſcunque voluerit exceptiones ac defenſiones, in mediũ adducat. l. ſi ſuſpecta. de inoffic. teſta. l. ſæpe. de re iud. l. è ſententie de eppel. l. 2. C. de neg. geſt. cap. veniens. de teſtib. cap. cum ſuper. de re iudic.

XXXV. MARTIANVS LIB. X. INSTITVTIONVM.

Liberta, quæ voluntate patroni deceſſit, de dote cum eo agere poteſt, quam ei dedit.

Lex Iulia, & Papia, de maritandis ordinibus, vetat libertæ quæ nupſit patrono ſuo, ne eb eo inuito diuertat, & actionem de dote ei adimat poſt diuortium. l. vl. ſup. de diuor. Sed ea lex ad libertam, quæ diuertit volente patrono, non pertinet.

XXXVI. PAVLVS LIB. II. DE ADVLTERIIS.

SI maritus minus facere poteſt, & dos publicata ſit, in id, quod facere poteſt, & fiſco maritus condemnandus eſt, ne in perniciem mariti mulier punita ſit.

Fiſco in locum mulieris ſuccedente, & dotem publicatam exigente, maritus beneficio iuris vtitur. l. maritum. l. ſi poſt. ſupra. Nem fiſcus vtitur iure communi priuatorum, maxime cum priuari alicuius ſucceſſor eſt. l. item veniunt. §. priuatorum. ſupra de petit. hæt. l. cum quidam. §. fiſcus. ſupre de vſur.

XXXVII. VLPIANVS LIB. II. RESPONSORVM.

DOtem voluntate filiæ videri patrem recepiſſe cum cauſas contradicendi ei filia nõ haberet: maxime, cum ab eo poſtea ampliore ſumma dotata ſit.

Quia dictum fuit ſupra, patrem de dote agere non poſſe, ſine voluntate filiæ. l. 2 §. quod ſi in patris. videbetur nihil referre, iuſtáne voluntas eius fuerit, an iniuſta: ſed tantum hoc ſpectandum eſſe, velit, an nolit filia. Sicut & cum legatum, vel fideicommiſſum in voluntetem alicuius confertur à teſtatore. l. cum quidam. C. de lega. 2. leg. fideicommiſſa. §. quemquam. de lega. 3. Verum has verborum anguſtias contemnere debet iudex in hoc iudicio, & ad id, *quod melius & æquius eſt*, ſemper reſpicere, vt iam ſæpe à nobis dictum eſt. Cum igitur ex facto proponeretur, patrem recepiſſe dotem ſine voluntate filiæ, ſed ita vt vtilis ei fuerit ea receptio, nec contradicendi cauſam habuerit, merito Vlp. reſpondit, perinde habendum id eſſe, ac ſi verè conſenſiſſet filia.

XXXVIII. MARCELLVS LIB. SINGVLARI RESPONSORVM.

LVcius Titius, cum eſſet filiusfamilias, voluntate patris vxorem Mæuiam duxit,& dotem pater accepit. Mæuia Titio repudium miſit. Poſtea pater repudiati abſente filio, ſponſalia cum eadem nomine filij ſui fecit. Mæuia denuo repudium ſponſalibus miſit, atque ita alij nupſit. Quæro, ſi Mæuia ageret cum Lucio Titio quondam marito, & à patre hærede relicto de dote, & probetur culpa mulieris matrimonium diſſolutum, an poſſit maritus propter culpam mulieris dotem retinere? Marcellus reſpõdit, etiã ſi vt heres inſtitutus à patre Titius conueniretur: tamen ſi ſponſalibus nõ conſenſiſſet, culpam mulieris mulctandam eſſe.

Si matrimonium culpa vxoris diſſolutum fuerit, ea dotem amittit. l. conſenſu. C. de repud. Sed reintegrato poſtea matrimonio, aut contractis inter eoſdem ſponſalibus, culpa omnis condonata, remiſſaque intelligitur. l. ſi vxor. §. vlt ad leg. Iuliam de adult. Aliud dicendum eſt de ſponſalibus à patre mariti contractis, abſente atque ignorante, ideoque, non conſentiente marito, vt hic Marcellus ait. Patris enim non eſt, pœnam hãc remittere, quamuis alias iniuriam filio factam remittere poſſit. leg. ſed ſi vnius. §. filiofamilias. de iniur. Nec ad rẽ pertinet, quod à filio tenquam patris hærede dotẽ exigit vxor in ſpecie hîc propoſita, vnde videbatur filius ratum habere quod à defuncto geſtũ eſt, debere. l. cum à matre. C. de rei vindic. l. ex qua perſona. de leg. iur. Nam ſi peter ipſe adhuc ſuperſtes conueniretur à muliere, & ei culpam obiiceret, ſicut hic dicitur, dotis retinendæ cauſa mulier prætextu horum ſponſaliorum tueri ſe non poſſet, quaſi condonata ſibi, remiſſaque ab eo culpa, cum ea remiſſio ex patris voluntate, poteſtateque non pendeat.

XXXIX. PAPINIANVS LIB. XI. QVÆSTIONVM.

VIro atque vxore mores inuicem accuſantibus, cauſam repudij dediſſe vtrũque pronuntiatum eſt. Id ita accipi debet; vt ea lege, quam ambo cõtempſerunt, neuter vindicetur. Paria enim delicta mutua penſatione diſſoluuntur.

Facto diuortio inter coniuges, vtrius culpa factum eſſet, quærebatur, & vterque alterius mores incuſabat, quod olim erat permiſſum, iudicio de morib. in id comparato, de quo ſupra aliquid diximus. l. rei iudicatæ. §. vltim. Maritus ob malos mores vxoris cupiebat retinere dotem: vxor ob malos mores mariti volebat dotem ſibi præſentem reddi, aut aliter puniri maritum, vt mox dicturi ſumus: tandem quia vterq. probauit quod intendebat, pronunciauit iudex, vtrumque cauſam repudij dediſſe. Iam dubitatur de vi & poteſtate huius pronuntiationis. Et Papinianus ait, eam ita accipiendam eſſe, vt neuter ob mores ſuos puniatur, & delictorum compenſatio quædam fiat. Cui non diſſimile eſt, quod alibi ſcriptum extat, de interdicto vti poſſidetis, nempe vtroque probante ſe poſſidere, neutrum vinci. l. ſi duo. vti poſſide. Hinc mihi videtur ſenſus horum Papiniani verborum eſſe, quæ alij aliter interpretantur. Sed locus Vlpiani in Inſti. ti. de dotib. rem dotalem magnopere illuſtrat, cuius verba hic ſubiecimus: *Morum nomine, grauiorum quidem ſexta retinentur, leuiorum octaua. Grauiores mores ſunt, adulteria tantum, leuiores omnes reliqui. Mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, qua à die reddi debet. Ita propter*

maiores mores præſentem dotem reddi: propter minores ſenum menſium die. In ea autem, quæ præſens reddi ſolet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote quadrienmo redditur.

XL. IDEM LIB. XXVIII. QVÆSTIONVM.

POſt dotem datam, & nuptias contractas ſtipulatus eſt pater, voluntate filiæ, diuortio facto dotem dari: ſi conditio ſtipulationis impleatur, & poſtea filia ſine liberis deceſſerit, non erit impediendus pater, quo minus ex ſtipulatu agat: viua autem filia, ſi agere vult, exceptione ſubmouendus erit.

Hoc caput Papiniani aſt, perquam difficile, & obſcurum vulgo creditur, adeo vt decem, aut duodecim variæ interpretationes extent vulgarium Doctorum, in quibus recitandis fruſtra tempus non conteram. Præcipua autem difficultas in ea eſt, quod ſtipulationem conſenſu filiæ factam Papinianus filiæ non nocere hic oſtendit, contra Vlpiani ſententiam, de qua viſum fuit ſuperius cap. 30. Quod igitur probabilius mihi videtur in tantis tenebris, quibus hæc circumfuſa ſunt, id breuiter dicturus, & Vlpianum cum Papiniano, quantum in me erit, conciliaturus ſum. Ac in primis animaduertendum eſt, licere patri dotem pro filia danti actionem de dote in ſe transferre, quæ alioqui patri, & filiæ communis eſſet. l. quoties. ſupra. Idque contingit, ſiue pater ex continenti ſtipuletur, ſiue interpoſito tempore, ſi modo filia conſentiat, atque acquieſcat voluntati paternæ. Cum ergo certum eſt id actum eſſe inter patrem & filiam, dubitandum nó eſt, quin actio patri competat. Atque ita dictum Vlpiani accipiendum eſſe verba eiuſdem ſatis aperte (niſi valde hic hallucinor) demonſtrant. Poteſt autem incertum eſſe quid actum ſit inter eos, vt puta ſi in tabulis illud tantum ſcriptum repetiatur, *patrem voluntate filiæ ſtipulatum eſſe, dotem diuortio facto dari, &c.* Nam fit aliquando vt conſentiat filia patri ſtipulanti, nó in patris gratiam vt aliquid ei donet, ſed in ſuam potius, vt pater quaſi procurator filiæ, & negotium eius gerens ſtipuletur. l. idemque. §. ſi cui mandando, ſupra manda. l. ſtipulatio. ſupra de iure dot. Itaque ſi non conſtet, filiam patris gratia conſenſiſſe, Vlpiani dicto (de quo iam diximus) locus eſſe non poteſt. Sed ſequenda eſt hæc Papiniani ſententia, ſecundum quam ſtipulatio filiæ non nocet. Quandiu enim viuit filia, pater ex ſtipulatu agens ſummouetur exceptione.

Filiæ voluntate. Obſcuritas & ambiguitas horum verborum dubitationis cauſa fuit in hac ſpecie. Eſtque huic non diſſimilis quæſtio apud Vlpianum, de marito, qui volũtate vxoris ſeruos dotales manumiſit: quam nos ſupra attigimus. l. ſi conſtante. §. ſi vir.

Sine liberis deceſſerit. Tametſi maritus ex hac ſtipulatione agens exceptione repellatur viua filia, tamen ea mortua agit tanquam ſucceſſor filiæ. Cur autem addidit Papinianus, ſine liberis? Vlpiani verba oſtendunt in Inſtit. titu. de dotib. *Mortua in matrimonio muliere, dos à patre profecta ad patrem reuertitur, quintis in ſingulos liberos in infinitum relictis penes virum.* Sed de eadem re quædam alia fortaſſis infra dicturi ſumus. l. ſi dotali.

XLI. IDEM LIB. XXXVII. QVÆSTIONVM.

SI pater ignorans filiam diuertiſſe dotem ex cauſa promiſſionis numerauerit, non per indebiti condictionem, ſed de dote actione pecunia petetur.

Cum pecunia numerata fuerit ſoluto iam matrimonio, videtur dos non eſſe, ideoque nec de dote actio competere. l. 3. ſupra de iure dot. Verum vt dos ſit, matrimonium contractum fuiſſe ſufficit.

Non per indebiti. Si ponamus hic dotem eſſe communem patri, & filiæ, æquũ eſt, actionem de dote magis, quam condictionem indebiti competere: ne alias mulier iniuriam patiatur. Si vero dos reddenda ſit patri ex ſtipulatione forte, cur non ſit locus condictioni, non video. Nec alienũ erit à verbis hæc ſententia, particulam, non, pro non ſolum accipiendo. Quod genus loquendi crebrum, atque vſitatum eſt apud Iuris auctores. Nam indebitum recte hic dicitur, quod ſolutum eſt à patre, propter exceptionem ei competentẽ, ſi maritus ab eo poſt diuortium dotem petat. l. dolo. de doli except. l. qui exceptionem. de condi. indeb.

XLII. IDEM LIB. IIII. RESPONSORVM.

IN inſulam patre deportato, qui pro filia dotem dedit, actio dotis ad filiam pertinet, poſt diuortium quoque patre damnato, qui dotem, conſentiente filia non petierat, æque dotis actio mulieris eſt.

Sicut mortuo patre actio de dote, quæ vtriq. communis erat, efficitur filiæ propria. §. videamus. C. de rei vxo. actio. ita etiam eo in inſulam deportato, cum pro mortuo habeatur, amiſſa ciuitate. leg. 1. infra de bono. poſſ. contra tab. & filia ſui iuris fiat. Nec multum intereſt conſtante adhuc, an ſoluto matrimonio deportatus fuerit. Ideo autem hoc ius competens patri non tranſit in fiſcum, quãuis fiſcus bonis publicatis ei ſuccedat. l. ſi marito. ſupra, quia hæreditarium non eſt, nec hæredi patris, niſi ſit filius, acquiritur. Ea enim fiſcus vindicat, quæ ad quoſuis hæredes etiam extraneos pertinerent.

Fructus ex prædiis, quæ in dotem data eſſe videbãtur, bona fide perceptos, & in mulieris oneribus ante cauſam liberalem abſumptos: quamuis ſeruam fuiſſe poſtea conſtiterit, peti non poſſe placuit.

Cum verum iuſtumque matrimonium, veraque dos eſt, maritus lucratur fructus pro oneribus matrimonij. l. pro oneribus. C. de iure dot. Alia cauſa eſt opinati matrimonij, dotiſque opinatæ, vt puta, ſi matrimoniũ per errorem cum ancilla contractum ſit. l. cum ancillis. C. de inceſt. & inutil. nupt. Dos enim opinata pro vera dote tunc habetur, cum ad mulieris commodum id ſpectat, vt ſupra annotauimus. l. ſi cum dotem. §. vlt. Mulieris autem non intereſt, vt hos fructus vir lucretur. Conſumptos tamen fructus reddere non cogetur, ne minus ei tribuatur, quam cuiuis alij bonæ fidei poſſeſſori §. ſi quis à non domino. Inſtit. de rei. diuiſ. Nec multum referre arbitror, an in mulieris tutelam, an in alium quemlibet vſum conſumpti ſint, quamuis onerum mulieris hic mentio fiat. In reſponſis enim Iureconſultorum ſolent ea deſcribi, quæ acciderunt, licet ad rem non adeo multum pertineant: in aliis iuris auctorum ſcriptis non æque.

Sumptus vero neceſſarios, & vtiles, in prædia, quæ dotalia videbantur, factos, compenſatis fructibus perceptis ad finem ſuperflui ſeruari conuenit.

Sumptus neceſſarij, & vtiles in rẽ dotalem facti non compenſantur cum fructibus, vt ante à nobis dictum fuit, ſed eos vir omnimodo recuperat à muliere. l. fructus. §. impendi.

§.impendi.ſupra. Verum quia non vera dos, ſed opinata hic fuit, compẽſatio dicitur locum habere, vſque ad finẽ ſuperflui, id eſt, vſque ad ſumptus, qui fructuum quantitatem excedunt. Quod genus loquendi explicauimus lib.1. Diſput. Compenſatur enim fructus cum ſumptibus vſque ad concurrentem quantitatem (vt vulgo loquimur) & quod ſuperfluũ eſt, viro redditur.

Vſuras autem numeratæ dotis ex ſtipulatu, pater, in matrimonio defuncta filia, ſi petat: gener, qui reſiduę dotis promiſſę fœnus ſtipulatus eſt, ita demum ad finem vice mutua debitę quantitatis compẽſationem opponere iuſte videtur, ſi propriis ſumptibus vxorem ſuam exhibuit, alioquin ſi patris ſumptibus exhibita ſit, inanis vſurarum ſtipulatio compenſationi non proderit.

Quamuis pater pro filia dotem conſtituens vſuras tardius ſolutæ dotis promittat, niſi tamen maritus vxorem interim exhibuerit, id eſt, educauerit, inanis eſt ea ſtipulatio. Cum enim dos pro oneribus matrimonij detur, l. pro oneribus. C. de iure dot. huiuſmodi vſurarum ſtipulationi ineſt hæc conditio, *Si vxorem aluerit, &c.* Hoc intellecto ſpecies quæ hic tractatur, difficilem explicationem non habet.

Ad virum vxore poſt diuortium reuerſa, iudicium acceptum ex ſtipulatione, qua extraneus qui dotem dedit, ſtipulatus fuerat, non diſſoluitur, nec officio iudicis abſolutio continebitur.

Dictum eſt ſupra, reintegrato matrimonio iudicium à muliere cœptum dotem exigente perimi, ac diſſolui. l. ſi mulier. Aliam cauſam eſſe extranei, qui dotem pro muliere datam cœpit exigere, hic ſcribit Papinianus: quia conſenſus mulieris extraneo nocere, & actionem ei quæſitam non poteſt adimere, niſi is quoque conſenſerit. l. ſtipulatio. ſupra de iure dot. l. cum maritus. ſupra de pact. dot. Et huic quidem differentiæ tum locus eſt, cum poſt longum temporis interuallum matrimonium renouatum eſt. Alioquin cum vnum, atque idem matrimonium eſſe intelligatur, l. plerique. ſupr. de ritu nupt. inter mulierem & extraneum nihil videtur intereſſe.

XLIII. SCÆVOLA LIB. II. QVAESTIONVM.

SI maritus in id, quod facere poteſt, condemnatus ſit, & nomina ſint ad dotis quantitatem, neque amplius habebit, mandare actiones debet.

Varietas lectionis hoc caput ſubobſcurum reddit. In Codice Norico ita legitur: *Si maritus in id quod facere poteſt, condemnatus ſit, & nomina ſint ad dotis quantitatem, neque amplius habebit, mandare actiones debebit.* Secundum quam lectionem hoc Scæuolæ dictum, vtilem ſententiam habet. Vult enim Scæuola vt quemadmodum maritus, qui condemnatus eſt iudicio dotis in id, quod facere poteſt, ſi pecuniam ſufficientẽ habeat, cogitur eam mulieri ſoluere, ita etiam ſi nomina, actionesve habeat ad dotis quantitatem, id eſt, quæ ſufficiant ad dotem exoluendam, deducto mariti victu neceſſario, eas actiones debeat mandare vxori. Altera lectio eſt, in qua extat negatio, eaque poteſt defendi, hoc modo Scæuolæ dictum accipiendo. Maritus, qui centum accepit ab vxore in dotem, nullam pecuniam habet: ſed centum in nominibus, ſiue actionibus, eas actiones non cogetur vxori mandare, quia ſi tantum haberet in numerato, id ab eo exigi non poſſet, cum victus ſit ei relinquendus, &c. l. maritum. ſupra. Hæc igitur verba, quæ ambigua ſunt, & nomina ſint ad dotis quantitatem, vtrique lectioni, velut cothurnus vtrique pedi aptantur. Si quis emendaciores nactus fuerit codices, veriorem forte ſenſum, ac ſinceriorem afferri aliquando poterit. Ego interim enarratoris non mali officio functus fuiſſe videor, quando vtraque interpretatio noſtra verbis auctoris ſatis conſentit, veramque & vtilem ſententiam vtraque certe continet.

XLIIII PAVLVS LIB. V. QVÆSTIONVM.

SI ſocer à genero hæres inſtitutus, adierit hæreditatem, quandoque mortuo patre cum hærede eius filiam de dote acturam, Nerua & Cato reſponderunt, vt eſt relatum apud Sextum Pomponium, ab Ariſtone lib. 5. vbi idem Ariſtoni cõſenſit. Ego dicerem, etſi emancipaſſet pater filiam, ipſum quoque conueniri poſſe.

Cum actio de dote communis eſt patri & filiæ aduerſus maritum, & marito hæres exiſtit pater, videtur extincta eſſe obligatio, propter cõfuſionem, quaſi creditor debitori ſuccedat. Quod tamen hic non accidit, quia non ſolus creditor erat pater mariti, cui ſucceſſit, & iniquum eſſet hac ſucceſſione ius mulieri quæſitum adimi. arg. leg. Vranius. de fideiuſſ. Actio igitur de dote ſalua manet mulieri aduerſus hæredem mariti, eundemque patrem, quam actionẽ poterit aduerſus eum exercere, ſi forte ab eo emancipata fuerit, aut aduerſus hæredem patris, &c. Sed quandiu manet in poteſtate patris, ratio iuris non permittit ei cum patre agere. l. lis nulla. de iudic. Hic mihi videtur planus, atque apertus horum verborum ſenſus, quæ non ſatis commode vulgo explicari ſolent.

LVcius Titius filiæ ſuæ nomine centum doti promiſit Caio Seio: interque Caium Seium, & Lucium Titium patrem mulieris cõuenit, ne dos à viro viuo Lucio Titio peteretur. poſtea culpa mariti diuortio facto, ſolutum eſt matrimonium: & pater mulieris decedens alios hæredes inſtituit, filia exhæredata. Quæro, an ab hæredibus ſoceri maritus exigere poſſit dotem, cum eam mulieri redditurus ſit? Reſpondi, cum filia, aliis à patre hæredibus inſtitutis, actionem de dote ſua recuperanda habere cœperit, neceſſe habebit maritus, aut exactam dotem, aut actiones ei præſtare, nec vllã exceptionem habebũt ſoceri hęredes aduerſus eum: cum abſurde dicatur, dolo videri eum facere qui non ipſi, quem conuenit, ſed alij reſtituturus petat. Alioquin etſi poſt mortem patris diuertiſſet, nondum exacta dote, excluderetur actione dotis maritus: quod non eſt admirandum. Sed etſi ex parte filia hæres patri ſuo extiterit, debebit maritus cohæredes eius pro parte virili exigere, & mulieri reddere, aut actiones ei præſtare.

Vxor matrimonio ſoluto agit de dote contra mari-

tum ſuum,vt eam reddat, vel actiones præſtet ſibi cõpetẽtes aduerſus promiſſorem. Proinde maritus à promiſſore dotem exigit, nec ſummouetur exceptione, quaſi dolo faciat, eam rem petens quam ſtatim redditurus eſt.leg.dolo.infra de doli except.leg.in condemnatione.§.vltim.infra de reg.iur. Non enim id ei redditurus eſt,à quo petit,ſed alij,nempe vxori. Hinc igitur duo annotanda ſunt. Vnum eſt eum dolo facere, qui petit quod redditurus eſt ei vnde petitur. Eſt tamẽ interdum iuſta cauſa petendi, nec doli exceptio datur, vt in interdicto quod legatorum, & alijs huiuſmodi caſibus.l.1.quod legat. Alterum eſt, eum dolo non facere, qui petit quod alij eſt redditurus, non ei, contra quem agitur. Sed ex iuſta cauſa plerunque competit exceptio doli,vt puta ſi tertius ille ei vnde petitur reddere debeat.l.ſi donaturus.§.vlt.ſup. de condi.cau. data cau.non ſec.

XLV. IDEM LIB. VI.

QVÆSTIONVM.

CAius Seius auus maternus Seiæ nepti, quæ erat in patris poteſtate,certam pecuniæ quãtitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, & in inſtrumento dotali huiuſmodi pactum & ſtipulationem complexus eſt: Si inter Lucium Titium maritum, & Seiam diuortium ſine culpa mulieris factum eſſet, dos omnis Seiæ vxori, vel Caio Seio auo materno redderetur, reſtitueretturque. Quæro,cum Seius auus maternus ſtatim vita defunctus ſit, & Seia poſtea ſine culpa ſua diuerterit, viuo patre ſuo, in cuius poteſtate eſt: an, & cui actio ex hoc pacto & ſtipulatione competat? Vtrum hæredi aui materni,an nepti? Reſpondi,in perſona quidem neptis, videri inutiliter ſtipulationem eſſe conceptam, quoniam auus maternus ei ſtipulatus proponeretur. Quod cum ita eſt,hæredi ſtipulatoris(quandocunque diuerterit mulier) actio competere videtur: ſed dicendum eſt, Seiæ dotem poſſe ſolui, quamuis actio ei directo non competat,ac ſi ſibi aut illi dari auus ſtipulatus eſſet. Sed & permittendam eſſe nepti ex hac auita conuentione,ne commodo dotis defraudetur, vtilem actionem: fauore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem perſonarum,ad hoc decurrendum eſſe.

Qui ſtipulatur alij, in cuius poteſtate nõ eſt aliquid dari,nihil agit.l.ſtipulatio iſta.§.alteri.inf.de verb.oblig.quantum ad obligationem attinet. Nam cum quis ſtipulatur ſibi aut Titio dari ex ea ſtipulatione ſibi vni acquirit obligationem. Titij vero perſona ſolutionis cauſa tantum adiecta videtur. leg. eum qui. §. qui ſibi.de verb.obl.l.Stichum.§.quæſitum.infra de ſolut. Tamen ius ſingulare eſt in eo, qui ſtipulatur ſibi, aut nepti dotem reddi, &c. vt mulieri ex ea ſtipulatione vtilis quæratur actio.

In cuius poteſtate eſt. Dos igitur aduentitia filiæfamilias eſt, eoque nomine agit ſine patre, iure in Pandectas relato,quod & ſupra attigimus. l. 2. §.quod in patris. Quod videtur accipiendum de actione vtili, non directa. Nam directam exiſtimo patri competere ex ſententia Vlpiani in Inſti.ti.de dotib. *Si mulier*(inquit) *in poteſtate patris ſit, pater adiuncta filiæ perſona habet actionem re vera,nec intereſt aduẽtitia ſit dos,an profectitia.*

XLVI. IDEM LIB. XIX.

QVÆSTIONVM.

QVi dotem ſtipulanti vxorem promiſerat, eidem teſtamento quædam legauerat, ita tamen, ne dotem ab hæredibus peteret, ea, quæ legata erant, vxor capere non potuerat. Reſpondi dotis actionem mulieri aduerſus hæredes non eſſe denegandam.

Cum maritus rem aliquam vxori legat, ea legatum ex teſtamento, & dotem ex ſtipulatu actione conſequi poteſt.§.ſciendum.Cod.de rei vxo.actio. niſi nominatim cauerit, vt rem legatam pro dote ſua habeat, quo caſu alterutro cõtenta eſſe debet, ipſiuſque eſt electio.l.cum ab vno. infra de legat. 2. nec vno electo alterum petere poteſt, niſi forte rem legatam errore decepta maluerit,eamque capere non poſſit,vt hic dicitur.

XLVII. SCÆVOLA LIB. XIX.

QVÆSTIONVM.

CVm mulier viri lenocinio adulterata fuerit,nihil ex dote retinet. Cur enim imptobet maritus mores,quos ipſe, aut antè corrupit,aut poſteà probauit? Sed & ſi ex mẽte legis ſumat quis, vt nec accuſare poſſit, qui lenocinium vxori præbuit, audiendus eſt.

Quod in lege dicitur, *Maritum ob adulterium vxoris dotem retinere poſſe:* ſic accipiendum eſt, niſi lenocinio mariti adulterata ſit.l.ſi vxor.§.iudex. infra ad leg. Iuliam,de adult. Hac enim allegatione eliditur accuſatio mariti.Nam & cum accuſatio mutua eſt, vt ſup. vidimus apud Papinianum,neuter lege vindicatur.l.viro.

Ex mente legis. Lex de marito incuſante mores vxoris in iudicio dotis, vel de moribus, dotis retinendæ cauſa loquitur. Sed ob ſimilitudinem rationis ad eum producitur, qui lege Iulia de adulteriis, mulierem ſolenniter accuſat.In ea autem accuſatione Vlpi.ait, *Lenocinium mariti mulierem non excuſare.*l.2.§.ſi publico.ad leg.Iuliam de adult. Cuius dicti ſenſum aperuimus in tractatu de adulteriis.

XLVIII. CALLISTRATVS LIB. II.

QVÆSTIONVM.

SI dotali inſtrumento ita ſtipulatio interpoſita ſit,vt liberorum nomine dos apud maritum reſideat, nepotum quoque nomine dos retinebitur.

Tractatum fuit apud Calliſtratum lib.2.quæſtio. An appellatione liberorum nepotes, & alij deinceps contineantur. Cuius diſputationis particula hoc caput eſt: maior vero pars eſt ſub tit.de verb.ſignif.c.220. à Triboniano collocata, quod cum hoc capite coniungendum eſt commodioris explicationis gratia. Eadem eſt enim vtriuſque inſcriptio in codicibus emendatis. Sententia igitur Calliſtrati eſt,appellatione liberorum nepotes & cæteros, qui ex iis deſcendunt, contineri. l. liberorum.de verb.ſignif.

Liberorum nomine. Agitata eſt quæſtio,& propter auctorum nobilium diſſenſionem magnopere celebrata, An mortua muliere,dos à patre profecta liberis extantibus,

tibus reddi debeat patri, ſi nulla eo nomine ſtipulatio interpoſita ſit. Nam ſi nulli ſint liberi, mortua in matrimonio filia, patri reddendam eſſe inter omnes conuenit. l. dos à patre C. ſolu. matr. l. iure. ſup. de iure dot. l. vlt. inf. rem rat. hab. Verum Vlpianus in Inſtit. tit. de dot. hāc controuerſiā, quæ tot præclara ingenia miſerè torſit, quam pauciſſimis verbis dirimit, ita vt nulla ſanæ mentis hominibus reliqua ſit dubitatio. *Mortua* (inquit) *in matrimonio muliere, dos à patre profecta ad patrem reuertitur, quintis in ſingulos liberos in infinitum relictis, penes virum.* Itaque pacta, & ſtipulationes de dote retinenda ſuperſtitibus liberis vtiles ſunt, quoniam alias liberorum nomine totam dotem maritus retinere non poteſt. l. ſi pater dotem. l. inter ſocerum. §. cum inter. ſup. de pact. dotalibus. Conſtitutio autem Iuſtiniani de rei vxoriæ actione huic iuri nihil derogauit. Suſtulit enim Iuſtinianus retentionem dotis, quæ fit liberorū nomine ob culpā mulieris: cum ipſa mulier adhuc viuens dotem petit. De qua retentione Vlpianus paulo poſt ita ſcribit: *Propter liberos retentio fit, ſi culpa mulieris, aut patris (cuius in poteſtate eſt) diuortium factum ſit. Tunc enim ſingulorum liberorum nomine ſextæ retinentur ex dote: non plures tamen quam tres ſextæ in retentione ſunt, non in petitione.* Nec diſſimilis huic eſt locus Pauli lib. Inſtit. 2. tit. de dotib. quem refert Boethius in Topic. Cicer. De hoc autem retentionis genere loqui Iuſtinianum in ea conſtitutione, verba ipſius non obſcure indicant. *Soleat ob liberos retentio, cum ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur, ne varium genus culpæ mariti circa vxorem excogitent, vt poſſint eadem retentione circa eas vti: cum iam & Imperialibus conſtitutionibus ſtatutum ſit, ſi culpa mulierum diſſolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat.*

XLIX. PAVLVS LIB. II.
RESPONSORVM.

MAEuia mariro ſuo inter alias res doris, etiam inſtrumentum ſolidorum decem tradidir: quo: Otacilius eidem Mæuiæ cauerat, darurum ſe (cum nuptum ire cœpiſſet) decem, ex eo inſtrumento maritus nihil exegit: quia nec potuit. Quæſitum eſt, ſi dos à marito petatur, an compellendus ſit eriam illam ſummam, quæ inſtrumento contineatur, refundere? Reſpondi, potuiſſe quidem eum, cui actinnes mandatæ ſunt, debirorem conuenire: ſed ſi ſine dolo malo, vel culpa exigere pecuiam non potuerit: nequè dotis nomine eum conueniri poſſe, neque mandati iudicio.

Nomine in dotem à muliere dato, periculum mariti non eſt, ſi dolo, culpaque omni vacet. Quod vtique intelligendum eſt, de nomine, quod inæſtimatum datur. Nam ſi æſtimatum ſit, vt ſi mulier, exempli gratia, pro centum aureis id ſe marito dare profiteatur, quia æſtimatio hæc venditio quædam eſt, periculum tranſit in maritum. l. plerumque. ſupra de iure dot. l. ſi nomen. ſupr. de hæred. vel actio. vend.

Debitorem conuenire. Inſtrumento vel chirographo ex cauſa venditionis, donationis, legati, dotis traditio, actio mandata creditur. l. ſeruum filij. §. eum, qui chirographum. de leg. 1. l. qui chirographum. de lega. 3. l. 1. C. de donat. In hac enim quæſtione, quæ facti eſt & ex coniecturis pendet, cauſa dandi præſumptionem inducit. Nam alias vel debiti remiſſio, vel adminiſtrationis conceſſio præſumitur. l. Labeo. ſupra de pact. l. vlt. C. de pact. conuent.

Fundus æſtimatus in dotem datus à creditore antecedente ex cauſa pignoris ablarus eſt. Quæſitum eſt, an mulier, ſi æſtimationem dotis reperat, exceprione ſubmouenda ſit? Ait enim, propterea ſe non teneri, quod pater eius dotem pro ſe dedit, cui hæres non extiterir. Paulus reſpondit, Prædio euicto ſine dolo, & culpa viri pretium petēti mulieri doli mali exceptionē obeſſe. Cōſequi enim eam pretium fundi euicti, euidens iniquitas eſt: cum dolus patris ipſi nocere debeat.

Ablato fundo dotali per hypothecariā actionem à marito, quem pater ei æſtimatum dederat, nec eum alij obligatum eſſe admonuerat: ſi mulier ſoluto matrimonio æſtimationem petat, ſummouebitur exceptione doli à patre admiſſi: quamuis ei hæres minime extiterit, ideoque factum eius præſtare cogi non videatur. Nam is, qui ſuccedit in rem magis, quam in vniuerſum ius, ob dolum auctoris ſui tenetur, ſi ex lucratiua cauſa gratuitaque ei ſucceſſerit. leg. apud Celſum. §. ſi quis autem. de doli except. Dotis autem cauſa, quod ad mulierem attinet, lucratiua. leg. vlt. § 1. infra de his quæ in fraud. cred. & Cod. de impo. lucrat. deſcrip. quamuis maritus eam ex cauſa onero ſa habere dicatur. leg. ex promiſſione. inſ. de act. & oblig. Filia etenim dotem à patre profectam eius liberalitati acceptā ferre debet, tametſi interdum ex cauſa filiam dotare pater cogatur, cum videlicet alias nubere non poteſt. l. qui libero. ſupra de ritu nupt.

L. SCÆVOLA LIB. II.
RESPONSORVM.

AEſtimatis rebus in dotem datis, pactum interceſſit, vt ex quacunque cauſa dos reddi deberet, ipſæ res reſtituerentur, habita ratione augmenti & diminutionis, viri boni arbirratu: Si quæ vero non extarét, æſtimatio earum. Quæſitum eſt, Cum res quædam, quas maritus vendiderat, extarent: an ſecundum pactum & hæ ad mulierem pertinetent? Reſpondit, Res, quæ extant, ſi neque volente, neque ratum habente muliere veniſſent, perinde reddendas, atque ſi nulla æſtimatio interueniſſet.

In hac ſpecie ideo res alienatæ reſtituuntur, nec liberatur maritus æſtimationem dando, quia verum eſt, eas adhuc extare, & in rerum natura eſſe. Sed cur marito res huiuſmodi alienare non licet, cum æſtimatæ in dotem datæ ſint, & æſtimatio venditionem faciat, atque idcirco dotales eſſe non videantur, ſed pecunia potius, id eſt, earum æſtimatio? Reſpondeo, ex verbis paciſcentium ſatis apparere, hoc actum eſſe, vt res ipſæ reſtituantur. Et quamuis æſtimatio hæc ſi nihil aliud actum ſit, velut venditio quædam ſit. l. plerumque. ſupra de iure dot. tamen hoc in primis ſpectandum eſt, num alio fortaſſis conſilio æſtimatio rerum inita ſit. l. inter virum. C. de iure dotium.

Neque volente. Iure in pandectas relato, quod ferè ad legem Iuliam refertur res dotalis, con ſentiente muliere alienari poteſt à marito. l. vlt. ſupra de pact. dot. Sed conſtitutione noua Iuſtiniani, hoc ius immutatum eſt. §. & cum lex. C. de rei vxor. actio §. 1. l. Inſtit. quibus alien. licet. vt diximus ſupra ſub. tit. de fundo dota.

competere dixerit, quod propter mortem, conuenit.

Is qui dotem dat, ſi ſtipuletur in caſum mortis dotem ſibi reddi, eam non poterit in caſum diuortij petere, nec contra, leg. ſi cum dotem. ſupra. Qui igitur in omnem caſum ſibi dotem reddi vult, vt omnes caſus exprimere ſpecialiter debet, vel ſaltem generali commemoratione vti, quæ caſus omnes comprehendat, vt hic dicitur: vt puta mortis, diuortij, captiuitatis, deportationis, &c. Sed quibus modis matrimonia diſſoluantur, ante à nobis demonſtratum fuit ſub tit. de diuort.

Plane. Hæc verba, quæ ſententiam obſcuram habēt, de ſtipulatione generali accipi nō poſſunt, de qua iam dictum fuit. Nam propter mortem aliquid conueniſſe, & caſum mortis expreſſum fuiſſe, Paulus manifeſte oſtendit. Itaque coniectura ducti ſic interpretamur, quaſi ſtipulator plus vel minus in caſum diuortij, quam mortis, ſtipulatus ſit, & alios omnes caſus per obliuionem, & incogitantiam omiſerit. Si igitur caſus ſeruitutis fuerit omiſſus, exempli gratia, humanius eſſe ait Paulus hunc caſum morti, quam diuortio comparari, vt id competat, quod propter mortem, non quod propter diuortium conuenerit. Exiſtimo autem in ſpecie aliqua, quæ apud Plautium tractata, & aperte deſcripta fuerat, humanum id Paulo viſum fuiſſe. Hæc enim ſcripſit Paulus, quaſi breues annotatiunculas ad Plautianos libros, quæ abſque illis libris vix percipi poſſunt: idque inſcriptio ſatis indicat in vetuſtis codicibus. Hinc ergo colligemus in huiuſmodi ſpecie, quod humanius videbitur ſequēdum, & ex negotio quoque id æſtimandum eſſe, vt caſus omiſſus noo tātum oiorti, ſed etiam diuortio interdum ſi id humanitas exigat, comparetur.

LVII. MARCELLVS LIB. VII. DIGESTORVM.

Vſufructu in dotem dato, ſi diuortium interuenerit, nec proprietas rei apud maritum, vel mulierem ſit: eam dotis eſſe reſtitutionem, vt maritus caueat, quandiu vixerit, paſſurum ſe vti frui mulierem, hęredemque eius: id an verū ſit circa adiectionem hæredis, dubito. Sed intereſt, quemadmodum ſit vſusfructus in dotem datus: vt ſi cum haberet mulier vſumfructum, viro, cuius erat proprietas fundi, vſumfructum ceſſit: nihil mulier hæredi ſuo relinquat. Debebatur enim ei vſusfructus, qui ad hæredem non ſolet tranſire. Quod ſi fundum ſui fructum mulier viro ceſſit, reſtitui à viro debet: cum proprietate enim ad hæredem eius tranſiiſſet, ſi vir in reddendo eo non feciſſet moram. Si vero alienata ſit proprietas, aut aliquis fundi ſui vſumfructum mulieris iuſſu, viro eius dederit in dotem, inſpiciendum eſt primum, quemadmodum mulieri poſſit reſtitui. Poteſt autem vel cautionibus interpoſitis, vt (ſicut poteſt) vir iure ſuo cedat mulieri, fruique eam patiatur: vel ſi ſe accommodauerit dominus proprietatis, volente eo, mulieri conſtituatur vſusfructus. Nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo (prout inter eos actum fuerit) dare. Nam finge hoc ipſum mulierem poſſe proprietatis domino vendere, quo caſu non inique etiam mulieris hærede agente, vir facere cogetur: quippe ſi moram non feciſſet, pretium fructuum mulier hæredi ſuo reliquiſſet. Quod ſi facultatem vſusfructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit, patientiam percipiendi fructus, quam præſtari ipſi debuit, & hæredi eius præſtet.

Quæſtio eſt, Si vſusfructus in dotem datus ſit, qui incorporeus eſt, & vſufructuarij perſonæ cohæret, quæ ſit ratio dotis reſtituendæ, & an hæredi quoque mulieris reſtitui debeat? Et Marcellus inquit, *Intereſſe, quomodo ſit vſusfructus in dotem datus.* Ex eo enim pēdet ad propoſitā quæſtionē reſpōſio. Et quia variis modis in dotē datur vſusfruct', eos modos hic Marcel. perſequitur.

Si cum haberet. Primus modus dandi in dotem vſusfructus eſt, cum fundi alicuius vſumfructū mulier habet, vir proprietatem, & mulier vſumfructum cedit viro dotis cauſa. Hac enim ratione coniungitur vſusfructus cum proprietate, incipitque plenior eſſe proprietas viri, quam prius erat. §. finitur. Inſtit. de vſuf. Soluto autem matrimonio, ita reſtitutio fiet, vt vir in eodem fundo, mulieri vſumfructum conſtituat, quem per ceſſionem amiſit. Hinc Tiiphoninus, *Cum in fundo,* inquit, *mariti habens mulier vſumfructum, dotis cauſa marito eum dedit, quamuis ab ea vſusfructus deceſſerit, maritus tamen non vſumfructum habet, ſed ſuo fundo quaſi dominus vtitur, conſecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non ſeparatam ab vſufructu, nec eſt quod non vtendo maritus amittat. Diuortio autem facto conſtituet in eodem fundo vſumfructū mulieri.* l. cum in fundo. ſupra de iure dot. *mortua autem muliere, nihil in hæredem transfertur.* Eſt enim vere hic vſusfructus in perſona mulieris: ideoque morte eius finitur, quemadmodum ſi nunquam fuiſſet in dotem datus, finiretur.

Quod ſi fundi. Alter modus eſt vſusfructus in dotem dādi, cum mulier plenam proprietatem habet alicuius fundi, id eſt, non ſeparatam ab vſufructu, & viro dotis cauſa, eius fundi vſumfructum cedit. Quo caſu maritus vere vſumfructum habet, id eſt, ius aliena re vtendi, l. 1. de vſufr. Nā ius quod habet dominus vtēdi, ac fruendi re ſua, vt in ſuperiore caſu, proprie non dicitur vſusfructus. l. vti frui. ſi ſeruit. vind. l. recte dicimus. de ver. ſignific. quamuis nonnunquam ita accipiatur. l. 4. de vſufruct. Sed hac de re plenior eſt apud Triphoninū diſputatio, ſub tit. de iure dotiū. d. l. cum in fundo. §. quod ſi mulier. vbi etiam traditur modus dotem ſoluto matrimooio reſtituēdi, his verbis: *Ipſius autem reſtitutio ita fiet, vt habenti mulieri fundum, vſusfructus cedatur, & ita cum proprietate conſolidetur.* Nec ſolum mulieri fit reſtitutio, ſed etiam hæredi eius. Idque his verbis ſignificat Marcellus noſter, *Reſtitui is à viro debet.* Cū enim quæſitum ſit in initio diſputationis de hærede, hæc verba quamuis ſimpliciter prolata, de hærede accipere debemus. Sed cur in hoc potius, quam in ſuperiore caſu hæredi ſit reſtitutio? Reſpondendum eſt ex ſentētia Marcelli, Si in ſuperiore caſu maritus in reddendo non feciſſet morā, id eſt, ſi ſtatim diuortio facto, & ante mortem vxoris dotem ei reſtituiſſet, ea nihil reliquiſſet hæredi ſuo, ſed finitus fuiſſet eius morte vſusfructus, vt iā dictum eſt: in hoc vero caſu diuerſom contigiſſet, quia vſusfructus conſolidatus cum proprietate ad hæredem tranſit: & poſt conſolidationem deſinit vſusfructus eſſe, quomodo proprie vſumfructum accipimus.

Si vero alienata. Tertius modus eſt, cum proprietas plena cuiuſpiam tertij eſt, qui vſumfructum marito in dotem dat mulieris nomine, quo caſu maritus vere & proprie vſumfructum habet. Et huic ſimilis eſt ſecun-

LXII. VLPIANVS LIB. XXXIII. AD EDICTVM.

QVod ſi vir voluntate mulieris ſeruos dotales manumiſit, cum donare ei mulier ſetuos voluit: nec de libertatis cauſa impoſitis ei præſtandis tenebitur.

LXIII. PAVLVS LIB. II. AD LEG. IVL. ET PAP.

ET deſinit ſeruus in dote eſſe: quia cui manumittendi cauſam donare liceret, ei quodammodo donaret, quod permitteret manumittere.

LXIV. VLPIANVS LIB. VII. AD LEG. IVL. ET PAP.

SI vero negotium gerens mulieris non inuitæ, maritus dotalem ſeruum voluntate eius manumiſerit, debet vxori reſtituere, quicquid ad eum peruenerit. Sed & ſi quid libertatis cauſa maritus ei impoſuit, id vxori præſtabit: Plane ſi operæ fuerint marito exhibitæ, non æſtimatio earum: non erit æquũ, hoc nomine vxori maritum quidpiam præſtare. Sed & ſi poſt manumiſſionem aliquid fuerit ei liberto impoſitum, id vxori pręſtandum eſt: ſed & ſi reum maritus acceperat, expromiſſorémve, æque aduerſus ipſum obligationem debet præſtare. Item quicquid ad eum ex bonis liberti petuenerit, æque præſtare cogetur, ſi modo ad eum quaſi ad patronum peruenerit. Ceterum ſi alio iure, non cogetur præſtate. Nec enim beneficium, quod in eum libertus contulit, huc vxori debet, ſed id tantum, quod iure patronatus adſequitur, vel adſequi potuit. Plane ſi ex maiore parte, quam debet, hæres ſcriptus fuerit: quod amplius eſt, non præſtabit. Et ſi forte, cum ei nihil deberet libertus, hæredem eum ſcripſit, nihil vxori reſtituit.

Hic incipit diſputatio de ſetuo dotali manumiſſo, quæ his quatuor capitibus continetur. Nam quia permittitur marito tanquam domino ſeruum dotalẽ manumittere. l. ſeruum dotalem, de manu. l. & ſi dotis. Co. de iure dot. l. 1. C. de ſer. pign. dat. manu. quæritur an eo nomine aliquid reſtituendum ſit mulieri ſoluto matrimonio? Tres autem caſus conſiderandos hic eſſe Papinianus, Paulus, atque Vlpianus docent. Primus caſus eſt, Cum vir vxore inuita, & refragante ſeruum dotalem manumiſit. Quo caſu non modo pretium ſerui reddere cogetur vxori, ſed præterea quicquid ad eum ex ea manumiſſione, vel ob eam quacunque ex cauſa peruenerit. Quare ſi hæres inſtitutus ſit ex aſſe à liberto, non ſolum tertiam partem, quæ debetur ei tanquam patrono. §. ſed noſtra. Inſtitu. de ſucceſſ. liber. ſed reliquam etiam vxori reſtituet. Quamuis enim libertus totam hæreditatem ei non debuerit tanquam patrono, libertus tamen intelligitur ideo hæreditatem totam ei reliquiſſe, quod patronus ipſius, & dominæ maritus eſſet. Secundus caſus eſt, cum mulier conſenſit manumiſſioni donationis cauſa. Quo caſu nihil reſtituitur vxori. Nam ob hanc cauſam valet inter coniuges donatio, vt ante diximus. l. ſi conſtante. §. ſi vir. Tertius caſus eſt, cum maritus negotium gerens mulieris, manumittit ſeruum permittente muliere. Quo caſu reſtituit maritus vxori, quod ad ſe quaſi patronum peruenerit. Sic enim lex Iulia & Papia à prudentibus accepta eſt.

Dabit autem (vt ait lex Iulia) quod ad eum peruenit: Perueniſſe accipimus, ſiue iam exigere poteſt: quia actio ei delata eſt. Adiicitur in lege, Et ſi dolo malo factum ſit, quo minus ad eum perueniat. Si filium exhæredauerit patronus, vt ad eum bona liberti pertineant: videndum eſt, an hæres hoc nomine teneatur, & cũ nihil, neque ad ipſum, neque ad hæredem eius perueniat; quomodo fieri poteſt, vt hoc nomine teneatur?

Verba legis Iuliæ, & Papiæ, hæc videntur fuiſſe, tum ex hoc loco, tum ex aliis quibuſdam. l. filius emancipatus §. vlt. ad l. Corn. de falſ. *Si quid ex bonis liberti ad virum heredémve eius peruenerit, aut dolo malo eius factum ſit, quo minus perueniat, quanta pecunia erit, tantam pecuniam dato vxori.* Ex quibus verbis apparet, ita demum reſtitutioni locum eſſe, ſi quid ad virum peruenerit, vel eius hæredem, &c. Proinde vt hæres mariti teneatur, ad filium qui à patre exhæredatus eſt, perueniſſe non ſufficit, quia lex de hærede loquitur.

De viro, hæredeque eius lex tantum loquitur: de ſocero, ſucceſſoribúſque ſoceri, nihil in lege ſcriptum eſt: & hoc Labeo quaſi omiſſum adnotat. In quibus igitur caſibus lex deficit, non erit nec vtilis actio danda.

Sicut non ſufficit aliquid perueniſſe ad filium patroni, vt patroni hæres teneatur, ſed oportet vel ad patronum ipſum, vel ad hæredem eius perueniſſe (vt iam diximus) ita ſi quid peruenerit ad ſocerum, id eſt, patrem mariti ac patroni, non continuo patronus tenebitur. Nam lex ita demum teneri patronum vult, ſi quid ad ipſum, non ſi quid ad alium peruenerit. Itaque ſi ponamus ad maritum, qui dotem accepit, & ſeruum manumiſit, nihil perueniſſe, ſed ad ſocerum, deficit lex Papia, adeo vt ne vtilis quidem actio danda ſit mulieri. Ex ſententia autem legis tunc videtur teneri ſocer, quatenus ad eum peruenit, cum ipſe dotem accepit, ſeruúmque manumiſit: quia lex Iulia, quæ fauorem mulieris, & dotis reſpicit, ad ſimilia producitur interpretatione. l. fructus. §. interdum. ſup. At cum ponimus ad ſocerum quidem aliquid perueniſſe, ſed patronum eum non eſſe, nec iudicio dotis teneri, hic caſus diſſimilis eſt ei, qui lege Iulia exprimitur. Nec patiuntur verba legis, ac ne ſẽtẽtia quidẽ, vt vel maritus, vel ſocer hoc caſu teneatur. Alia eſt huius loci interpretatio vulgo ꝓbata receptaq́; Sed hæc lõge æquior, probabiliorq́; nobis viſa eſt.

Quod ait lex, Quanta pecunia erit, tantam pecuniam dato: oſtendit æſtimationem hæreditatis, vel bonorum liberti, non ipſam hæreditatem voluiſſe legem præſtari: niſi maritus ipſas res tradere maluerit. Et hoc enim benignius admitti debet.

Pecuniæ verbum variè accipitur. l. pecuniæ. de verbo. ſigni. l. talis ſcriptura. de lega. 1. l. ſed Iulianus. §. mutui dationem. ad ſenatuſconſ. Macedo. Sed benignius eſt, pro pecunia numerata, & ęſtimatione rerum hic accipi. Sic enim fauetur mulieri in hoc iudicio, vt benigne, & humaniter cum marito agatur. Ac boni conſulere debet mulier hanc æſtimationis præſtationem, cui fauore quodam ſingulari agere in hoc caſu permittitur, cum ius patronatus in æſtimationem venire non ſoleat. l. naturalis. §. vltim. de præſcr. verb. §. ſi ergo plane. l. 2. §. vltim. de lega. 1. l. 2. quib. ad libe. procla. l. nemo prædo. de reg. iur.

Maluerit. Qui quantitatem debet loco ſpeciei, & velit ſpeciei æſtimationem, dando ſpeciem liberatur. l. fideiuſſor. inf. de ſol. l. ex ea. q. quamuis alias aliud pro alio ſolui non poſſit. l. 2. ſup. de reb. cred. Hoc amplius in propoſita ſpecie, intereunte re, non liberatur maritus, propter eandem rationem. l. Titia textores §. vlt. inf. de lega. 1. tametſi debitor quantitatis nullo caſu fortuito liberetur, l. incendium. C. de reb. cred. l. in ratione. §. incertæ ad legem Falcidiam.

LXV. SCÆVOLA LIB. SINGVLARI QVÆSTIONVM PVBLICE TRACTATARVM.

HÆc actio, etiam conſtante matrimonio mulieri competit.

Actio de dote, vt ante diximus, manente adhuc matrimonio competit propter inopiam mariti. l. ſi conſtante. ſupra in quam actionem non minus veniunt bona liberti ex lege Iulia, quam ſi ſoluto iam matrimonio ageretur. l. proxi. ſup.

LXVI. IABOLENVS LIB. VI. EX POSTERIORIBVS LABEONIS.

IN his rebus, quas præter numeratam pecuniam doti vir habeat, dolum malum, & culpam præſtare eum oportere, Seruius ait, eaque ſententia & Publij Mutij eſt. Nam is in Licinnia Gracchi vxore ſtatuit: quod quæ res dotales in ea ſeditione, qua Gracchus occiſus erat, periiſſent (quia Gracchi culpa ea ſeditio facta eſſet) eas Licinniæ præſtari oporteret.

Res dotales, quæ in pecunia numerata non conſiſtunt, periculo non ſunt mariti, ſed vxoris. l. plerunque. l. res in dotem. ſupra de iure dot. Sed in his rebus maritus culpam præſtare debet. l. etiam. §. 2. ſup. vt reſpondit P. Mutius pro Licinnia Gracchi vxore, cuius vulgo nota eſt hiſtoria.

Quia Gracchi culpa. Niſi ergo culpa Gracchi facta eſſet ea ſeditio, ob factum inimicorum, non teneretur ſecundum Mutij ſententiam. Atque hinc colligi poteſt interpretatio vulgaris dicti, *damnum, quod quis patitur ab inimicis ſuis, culpa ſua pati intelligitur.* l. ſi merces. §. culpæ. ſup. loca. Sic enim accipiendum, id eſt, ſi eius culpa ſuſceptæ ſint inimicitiæ. Nam alioquin factum alienum, quod vitare non potuit, à quoquam præſtari, durum & iniquum eſt. l. ad eos. ſupra commod. l. ſed & de damno. ſup. loca. & cond. Itaque τὸ ῥητὸν, quamuis generale ſit, tamen hac exceptione temperari ac mitigari debet, ne cum ſententia auctoris pugnet.

Seruis vxoris, vir nummos in veſtiarium dederat: quo peracto, deinde intra annum diuortium interceſſerat. Placuit Labeoni & Trebatio, qualia veſtimenta poſt diuortium eſſent; talia viro reddi. Idem iuris futurum fuiſſe, ſi ipſa veſtimenta vir emiſſet, & ſeruis dediſſet. Quod ſi veſtimenta non redderentur: tunc virum pretium in dotem compenſaturum.

De ſeruis dotalibus intelligi hic locus poteſt, quos in vſu ſuo habet maritus: ideoque cogitur eis victum, veſtitumque ſuppeditare. l. in rebus. §. poſſunt. ſup. commo. Quare totam pecuniam quam dedit, repetere non poteſt, cum ſuum magis, quam alienũ, id eſt, negotium vxoris geſſerit. Quoniam autem proprium eius negotium eſt, pro eo duntaxat tempore, quo conſtat matrimonium, veſtimenta, quæ in longius tempus comparata erant, ſi iam ſoluto matrimonio redduntur, ſed ita, vt ſi vſu detrita ſint, & deminuta eorum æſtimatio, id damnum compẽſet maritus cum operis ſeruorum, quib. eſt vſus, vtique potuit conſtãte matrimonio. De famulis noſtri temporis, qui liberi homines ſunt, quæri ſolet, ſi ante tempus locationis finitum recedant ab hero ſuo, an veſtimenta reddere cogãtur. & an hero, quaſi manu iniecta, eadẽ exuere liceat. Qua in re ſemper quid actum ſit, ſpectandum eſt, & an herus dominium amiſerit veſtimentorum, an ea tantum vſus temporarij cauſa conceſſerit. l. id veſtimentũ. ſup. de pecul. Si enim veſtimẽta manſerint in heri dominio, videtur ea retinere iure ſuo, & famulo adimere poſſe. argu. l. ſi ſeruus. C. quod cum eo. Alias actione experiri, non ius ſibi dicere debet l. extat. de eo quod met. cauſ. niſi forte ſuſpecta ſit fuga, vt plerunque accidit. l. ait prætor. §. ſi debitorẽ. inf. de his, quæ in fraud. cred. Alia quæſtio hic tractatur, quæ toties agitata eſt apud ſcholaſticos doctores, vt vix quiſquã credi tutus ſit, tã multas, variaſque eorũ opiniones, reſponſa, conſilia, extare, niſi cui ea lege contigerit. An veſtimẽta, ornamẽtaue vxori cõceſſa à marito, vxor ſoluto matrimonio reddere debeat? Et ſane quatenus iuris eſt hęc quæſtio, nec difficilis admodum, nec obſcura mihi videtur. Nã ſi ponamus, maritũ vxori non donaſſe, ſed precario tantum dediſſe, vt cultior ornatiórque apud ſe eſſet: l. ſi vt certo §. interdum. commod. conſtat, eas res mariti ſemper manere. atque ideo ab vxore reddendas eſſe. Si vero ponamus donaſſe maritũ, ſequendũ eſt ius de donationib. inter cõiuges cõſtitutum, de quo diximus ſub tit. de donat. inter virũ & vxor. Plerumque autẽ valet huiuſmodi donatio, vt, *Si immodica nõ ſit, &c.* l. ex annuo. eodem titu. Aliquãdo rata nõ eſt iure ciuili, ſed morte donãtis cõfirmatur, niſi ante mortẽ reuocata ſit. l. cũ hic ſtatus. eod. tit. Si vero dubiũ incertũque ſit an maritus donauerit, necne quæſtio facti eſt magis, quam iuris, quæ ex coniecturis decidẽda eſt. l. vtrũ. de donat. inter vir. & vxor. Nec ad Iuriſc. magnopere pertinet, ſicut nec aliæ huiuſmodi, quæ in ſtatu cõiecturali verſatur, de quib. l. Scæuola copioſe diſſeruimus. Sed ſi obſcuritas hęc nullis coniecturis poſſit explicari, donationem interueniſſe credendum non eſt. l. ſed ſi vir. l. quotiens ſuæ cauſa. eod.

Compenſaturũ. Hodie nulla cõpẽſatio oppoſita, dotis ſolutionem impedire poteſt, vt Iuſtinianus antiquum ius emendans conſtituit. §. taceat. Co. de rei vxor. actio.

Filiafamilias diuortio facto, dotem patri reddi iuſſerat. Deinde parte dotis perſoluta, pater deceſſerat: reliquam partem, ſi necdum delegata, nec promiſſa nouandi animo patri fuiſſet, mulieri ſolui debere, Labeo & Trebatius putant. Idque verum eſt.

Dos, quæ profecta eſt à patre communis eſt patri & filiæ, quamdiu manet in poteſtate patris, ſed mortuo patre, propria filiæ eſt, quamuis hæres non extiterit patri. §. videamus. C. de rei vxor. actio. Idque locum habet, etſi filia dotem iuſſerit patri antè, quàm moreretur, reddi, modo nulla nouatio interceſſerit. Qua de re aliquid attigimus ſup. l. ſi marito. §. ſi voluntate.

Mancipia in dotem æſtimata accepiſti: pactum conuentum deinde factum eſt, vt diuortio facto, tantidem æſtimata redderes: nec de partu dotalium ancillarum mentio facta eſt. Manebit (inquit Labeo) partus tuus: quia is pro periculo mancipiorum penes te eſſe debet.

Partus ancillarum non lucratur maritus, quia in fructu non ſunt. l. in pecudũ, de vſu. l. vetus, de vſufruct. ſed

eos omnes reddit vxori ſoluto matrimonio, niſi ancillarum periculum ſuſceperit, qui eas in dotem æſtimatas accepit, vt hic dicitur. Sed aduerſari videtur huic ſententiæ reſcriptum Aotonini, cuius hæc verba ſunt: *Dubium non eſt, poſt æſtimationem dotis, pactione vel ſtipulatione interpoſita, vt ipſæ res diſſoluto matrimonio extarent, vxori reddantur, & ancillas cum partu ex ſtipulatu iudicio reſtitui oportere.* l. 1. Cod. ſolut. matrimonio. In hoc enim reſcripto æſtimate dos fuit, vt periculum viri eſſe videatur. l. plerumque. de iure dot. ſed nihilominus reſtituitur partus ancillarum mulieri. Verum ita reſpondit Antonious ſecundum ea, quæ proponebantur, vt ſæpe ab aliis, qui de iure conſulebantur, factitatum eſt. Nihil enim ei propoſitum fuit, cur maritus partum retinere poſſe contra ius commune videretur: quia non ſufficit ancillas æſtimatas eſſe, vt periculum ſit viri: ſed videndum eſt quo conſilio æſtimatæ ſint l. æſtimatis. ſup. eo. titu. l. ſi inter. Cod. de iure dot. Conueneret enim vt res, quæ extarent, vxori redderentur, ſcilicet quales tunc reperirentur, niſi culpa mariti periiſſent, deteriores ve redditæ eſsent, ac ideo fortaſſis inita fuerat æſtimatio earum, vt eis culpa viri deperditis, vel diminutis, æſtimetionem probare mulieri neceſſe non eſset. In hoc autem capite perſpicuum eſt, ita factam fuiſse æſtimetionem rerum, vt viri periculo eſsent, non mulieris.

Muliet, quæ centum dotis apud virum habebat, diuortio facto ducenta à viro errante ſtipulata erat, Labeo purat, quanta dos fuiſſet, tantam deberi: ſiue prudens mulier plus eſſet ſtipulata, ſiue imprudens. Labeonis ſententiam probo.

Mulier, quæ centum in dotem dedit marito, vtiliter ab eo ducenta ſtipulatur. l. ſi diuortiu. inf de verb. obli. niſi maritus per errorem ea promittat. l. ſi per errorem. ſup. de iuriſd.

Siue imprudens. Error conſideratur ex perte promittentis tantum, non etiem ſtipulantis, nec quicquam refert, ſciuerit, ſtipuletor, an ignoreuerit. Alia cauſa eſt eius, qui pecuniam accipit eb alio, cum ſimulans ſe creditorem eſſe, accepta pecunia furti ſe alliget. l. quoniam. ſupra de condict. furt. l. falſus. infra de furt.

Vxor, diuortio facto, partem dotis receperat, partem apud virum reliquerat, deinde alij nupſerat, iterum vidua facta ad priorem virum redierar, cui centum doti dederat: neque eius pecuniæ quæ reliqua ex priore dote erat, mentionem fecerat: diuortio facto, reliquum ex priore dote iiſdem diebus virum redditurum, ait Labeo, quibus reddidiſſet, ſi ſuperius diuortium inter eos factum non eſſet: quoniam prioris dotis cauſa in ſequentem dotis obligationem eſſet tranſlata: & hoc verum puto.

Dotis conſtitutio, ſi matronium ſolutum, & denuo contractum fuerit, inter eoſdem repetita, ac renouate intelligitur. l. ſtipulatio. l. dotem. l. diuus Seuerus. ſupra de iure dot. idque etiam tunc locum obtinet, cum interim mulier alij nupſit, aut cum aliæ res in redintegrando matrimonio in dotem datæ ſunt, ex quo naſcebetur quæſtio, quam hic tractat Iabolenus.

Si vir ſocero, iniuſſu vxoris, manente matrimonio, dotem acceptam feciſſet: etiam ſi id propter egeſtatem ſoceri factum eſſet, viri tamen periculum futurum, ait Labeo, & hoc verum eſt.

Cum maritus, cui dos promiſſa eſt, peciſcitur ne eam petat, ea mente id facere intelligitur, vt gratis ſubeat onera matrimonij, & hactenus debitori gratificetur, non vt ſoluto matrimonio, quod nunquam accepit, reddat. l. ſi marito. §. 1. ſupra. l. vlt. de pactis dot. Cum autem acceptilatione liberat debitorem, aliud dicendum eſt: quandoquidem acceptilatio ſolutio quædam eſt, & qui acceptum facit quod ſibi debetur, id perinde haberi vult, ac ſi re vera acceptum ab eo eſſet. §. item per acceptilationem. Inſtitu. quib. mod. tolli. oblig.

Si quis pro muliere dotem viro promiſit, deinde hærede muliere relicta deceſſit: qua ex parte mulier ei hæres eſſet, pro ea parte dotis periculum, quod viri fuiſſet, ad mulierem pertinere, air Labeo: quia nec melius, nec æquius eſſet (quod exigere vir ab vxore non potuiſſet) ob id ex detrimento viri mulierem locupletari. Et hoc verum puto.

In hac ſpecie mulier non videtur agens ſummoueri debere, cum duplicem perſonam ſuſtineat, & tanquam vxor experietur aduerſus maritum, ab eo autem non tanquam vxor, ſed tanquam hæres promiſſoris conuenire debuerit. Sed hac ſubtilitate reiecta hic admonet Iabolenus, in hoc iudicio æquitatem maxime ſpectandam eſſe, in quo ſolebat olim addi à prætore, *Quod æquius melius.* vt auctor eſt Cicero lib. 3. Officior. idq; ex hoc loco, & aliis quibuſdam facile perſpici poteſt. l. ſi cum Cornelius. infra de ſolut.

LXVII. POMPONIVS LIB. XX. EPISTOLARVM.

IN partem dotis reddendæ erit id, quod mulieri ex peculio ſerui reſtitui debebit. Et ideo & dolum & culpam in eo peculio, vel acquirendo, vel conſeruando maritus præſtare debet: & fructus ex eo percepti, quomodo cuiuſlibet rei dotalis, ad maritum pertinebunt.

Si quid ſeruus dotalis acquiſierit, non ex re mariti, nec opera ſua, id peculium marito non acquiritur, ſed dotem auget. l. hoc quæritur. de pecul. Proinde quæ de dote conſtituta ſunt, ad hoc peculium, tanquam dotis portionem, pertinere dicuntur.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XXVI. DIGESTORVM.

IN TITVLVM I. DE TVTELIS,

MIRATVR Accurſius cur titulus de tutelis titulo de concubinis ſit ſubſcriptus, ex quo apparet eum non intellexiſſe ordinem, quem Iuſtinianus dixit ſe ſecuturum in Epiſtola ad iuris doctores miſſa, quos antecessores vocat. Nam ipſe actiones propoſuit, & de his diſſeruit à titulo de iudiciis. Et cum de actione dotis dixerit ſubiicit materiam tutelarum. De tutela diſſeruimus per locos communes. Primus locus huius diſputationis eſt,

CAP. I.

Quid ſit tutela.

TVtela, vt Iuſtinianus definit in l. 1. hic. eſt vis, & poteſtas in capite libero iure ciuili data ac permiſſa, ad tuendum eum qui ſe per ætatem tueri non poteſt. Singula huius definitionis verba explicaturi ſumus breuiter.

In primis dicitur vis & poteſtas. hæc duo verba coniungere ſolent Iureconſulti, vt in l. 1. hic. cum τὴν δύναμιν exprimere volunt. l. Scire leges. ſupra de legib. §. ſequitur. Inſtit. de interd. Deinde dicitur, in capite libero. Hæc verba referunt interpretes ad tutores, melius eſt referre ea verba ad pupillum: hæc verba ſignificant caput non minui ob tutelam. Præterea dicitur in definitione, iure ciuili data, ac permiſſa. Quidam enim tutores lege dantur, quidam lege non dantur, ſed permittuntur tantum. Deinde dicitur, ad tuendum eum. Hoc verbum, ad tuendum, oſtendit pupillo dari tutorem, ad tuendum, vnde tuitores vel tutores dicũtur. l. 1. hic. Hinc colligitur ſi non tuetur, tutorem non eſſe. Tutor autem, qui non tuetur, punitur etiam extra ordinem. l. patronus. & l. eos. hic. Deinde dicitur, eum, hoc verbum emphaſim habet ad tuendam perſonam. Hinc apparet manifeſtè differentia inter tutores & curatores. Nam tutor proprie ad tuendam perſonam pupilli datur. l. qui à perſona. infrà de teſtã. tutel. Curator vero potius rei, quam perſonæ. l. in copulandis. Cod. de nupt. Curator ſolam rei familiaris, vt inquit Imperator, ſuſtinet adminiſtrationem. Præterea dicitur in definitione, qui per ætatem ſe tueri non poteſt. Hæc verba ſignificant, quid interſit inter tutorem datum pupillo, & datum furioſo. Nam curator furioſo quidem datur ad tuendam perſonam, non tamen propter ætatem.

CAP. II.

Quis poſſit tutorem dare.

VLpianus in l. muto. §. tutoris datio. hic. ait ius dandorum tutorum iure magiſtratus non competere, imperij, aut iuriſdictionis. Non enim quiuis magiſtratus poteſt tutorem dare, quamuis imperium, aut iuriſdictionem habeat, niſi cui id lex nominatim tribuit. Multa ſunt quæ magiſtratus facere poſſunt, etiam ſi illis ea iure magiſtratus non competant. l. 1. ſupra de offic. eius cui mandata eſt iuriſdictio Alia etiam habent ſpecialiter ſibi conceſſa. l. 1. infra de tutor. & curat. dat. ab his qui. Recenſentur etiam aliquæ perſonæ quibus ius dandorum tutorum eſt conceſſum. Alius autem nec tutorem dare poteſt, nec mandare tutelæ dationem. l. nec mandante. infra de tutoribus. & curato. dat. ab his. vbi hunc locum, qui ſtrictim explicatur, fuſius explicabimus. Sequitur

CAP. III.

Quis poſſit tutor dari.

DE quibuſdam perſonis dubitatum fuit veluti de muto, ſurdo, furioſo, &c. Et in primis certum eſt mutum & ſurdum tutores dari non poſſe. l. 1. §. ſi. hic. Furioſus etiam prohibetur tutor dari. l. furioſus. hic. Qui tamen ſi datus ſit vtiliter, nihilominus datus intelligitur, cum ſuæ mentis eſſe cœperit, cum remiſſus fuerit furor. Idem dicitur in l. ſi hæreditas. §. ſi furioſus. inf. de teſta. tut. Simile eſt quod dicitur de furioſo iudice dato in l. cum furioſus. ſupra de iudiciis, cum ſcilicet furor fuerit remiſſus. Quæritur de eo, qui eiuſdem municipij non eſt, an poſſit tutor dari? De hac quæſtione vide l. etiam non municeps. hic. In quibuſdam exemplaribus deeſt negatio, nõ, ſed receptior eſt negatio, quod & hi probant, qui inſpexerunt Florentinas Pandectas, quem errorem peperit difficultas. l. ius dandi inf. de tutor. & curator. datis ab his, vbi dicitur ius dandi tutorem conceſſum eſſe omnibus magiſtratibus, modo eiuſdem municipij ſint, qui tutores dantur. tamen neque Cod. qui tutores, vel curator. dar. poſſ. videtur aduerſari. nam in dicta l. etiam, dicitur dari poſſe tutorem etiam non municipem. Sed interpretatio & conciliatio harum legum mihi videtur petenda ex l. diuus. infra de tutor. & curator. datis ab his, qui ius dandi. Verum eſt municipem eſſe debere tutorem, ſed ſi magiſtratus nõ reperiat idoneum tutorem in ſuo municipio, ex vicinis municipiis idoneum eliget, & nomina eorum, qui ſibi idonei eſſe videbuntur, ad Præſidem mittet. Quæſtio etiam eſt de mulieribus, an mulieres dari poſſint tutrices? hæc quæſtio tractatur in l. vlti. & l. tutela. hic. Et extat tit. in C. quando mulier tutor. officio fungi poſſ. Nouel. de hæ. ab inteſtat. quæ tutela ſaltem defertur matri & auiæ, ceteræ fœminæ excluduntur: vnum ſingulare eſt in l. 2. C. quando mulier tut. off. Si quis duxerit vxorem, quæ tutrix fuit filiorum ſuorum, pro adminiſtratione tutelę eius, omnia bona mariti ſunt obligata. Quæritur etiam de filiofamilias, an tutor dari poſſit. hæc quæſtio tractatur in l. ſi filiusfa. hic. ex qua notandum eſt patrem ſi conſenſerit tutelæ, filiufamilias nomine conueniri in ſolidũ, pro male adminiſtrata tutela. Si vero nõ agnouerit, pater tenebitur ſaltem de peculio: hoc locum non habet in tutore teſtamentario. l. Lucius. de adminiſt. tut.

CAP. IV.

Quibus tutores dentur.

ET reſpõdẽdũ eſt tutores dari impuberib. etiã inuitis. l. 2. hic. & non petentibus. Curator vero petenti datur, niſi in quibuſdã caſib. exceptis, ſi impubes furioſus ſit, dabitúr ne ei tutor vel curator? hæc quæſtio tractatur in l. 3. hic. & dicitur tutorem potius dandum eſſe, quam curatorem: habẽda enim eſt ætatis ratio potius quã tutoris, aut demẽtiæ. Idẽ de muto & ſurdo quod de furioſo diximus dicẽdum eſt. l. muto. in princ. & §. ſurdi. hic.

Quæritur etiam de eo cuius pater ab hoſtib. captus eſt, an ei dari tutor poſſit? hæc quæſtio tractatur in l.

Muto.

Muto.§.ſi. hic. vbi Iuriſcon.ait,tutorem ei non dari propter ius poſtliminij, & ſpem reditus, non enim eſt ſui iuris pupillus, ſed ius liberorum interim pendet.§.ſi ab hoſtib.Inſtit.quib.mod.patr pot. ſoluit. Expectabitur ergo reditus paternus, & interim curator datur, ne conſilio pupillus egeat. Præterea dicitur tutorem habenti, tutorem non dari, quod verum eſt. ſed hoc perpetuo verum non eſt.Nam quidam caſus excipiuntur in leg. quæſitum.l.ſolet.l. penul. hic. dator potius curator quã tutor. datur tamen & tutor aliquando. Extat titulus in C.quib.caſibus tutorem habenti tutor detur.

Cap. V.

Quomodo tutor detur.

ET certum eſt tutorem à Prætore dari debere purè. non etiam in diem, à die,aut ſub conditione: huc pertinet lex. Muto. §. ſub conditione. Idem dicitur in l. Actus. infra de regul.iuris. Conditiones,quæ tacite inſunt,etiam ſi expreſſæ non ſint, non reddunt negotium conditionale, nec nocent,velut,tutor dandus eſt pure, ſed tamen conditio hæc ſi ſatiſdederit ſubauditur. Quæ conditio ideo non nocet, quia admonet tutorem officij ſui.Sed his quæ diximus aduerſari videtur l. ſi ſub conditione. infra de teſtamenta.tutela, vbi dicitur tutorem in teſtamento ex die & in diem tutorẽ dari poſſe. Idem dicitur in § ad certum.Inſtit. qui teſtam. tuto. dar.poſſ. Sed dicendum eſt quod hic dicitur, intelligendum eſſe de legitimis tutoribus.& à prætore datis.Quod vero dicitur in d.l.ſub conditione,de tutoribus teſtamento datis. Ratio huius iuris eſt,quia cum teſtamento pater tutorem dat, ex die, vel in diem,idcirco fit,quod ſperet prætorem conſulturum ſuo filio finita die,aut ſi extiterit conditio: ſed hæc ratio ceſſat in prætore qui ſtatim dicitur proſpicere pupillo. Alius locus ſequitur,in quo quæritur.

Cap. VII.

Quomodo tutela finiatur.

HIc locus explicatur in l. quæſitum.l.ſi arrogati.l.ſi quis tutor.hic.& eſt titulus in Inſti.quib.mod.tut. finiatur.& in C. Quando tutor vel curator eſſe deſinat. Pauca etiam ſub hoc titulo traduntur. Primum igitur pupilli deportatione ex arrogatione perimitur tutela. Poteſt enim impubes, vel pupillus deportari. l. ſi arrogati. hic.de impubere poteſt ſupplicium ſumi, ſi doli capax ſit, & proximus pubertati. l. excipiuntur.de ſenatuſ. Silla.

IN TIT. II. LIB. XXVI. PANDECT.

DE TESTAMENTARIA TVTELA.

Cap. I.

Quid ſit teſtamentaria tutela.

TEſtamentaria tutela eſt, quæ teſtamento datur à patre liberis. Et hæc differt à datiua & legitima.Et ideo de teſtamentaria prius hic tractatur, quam de datiua, & legitima, quia alias tutelas antecedit, & deficiente demum teſtamentaria, deferatur tutela proximis agnatis, quibus omnibus deficientibus locum habet datiua.Ex l.1 hic.colligitur, quæ ſit hæc tutela.Legibus duodecim tabularum licebat teſtamento tutores dare.l.verbis legis. de verbo. ſignific. eius legis meminit Iuriſconſ. Nam verbum legaſſit de quauis re generaliter vſurpatur.Sed cur hæc tutela dicitur teſtamentaria,non legitima, cum lege duodecim tabularum conceſſa ſit?Verum quidem eſt propterea hanc tutelam teſtamentariam, legitimam dici.l.obuenire.hic. Sed ad diſtinguendum,ea legitima dicitur teſtamentaria. Legitima autem lege tantum defertur,vt de adoptione dicitur.Nam adoptio alia eſt arrogatio,alia adoptio ſcilicet tantum. Cum autem dicimus teſtamentariam tutelam eam quę teſtamento data ſit,idem accipiendum eſt de codicillis teſtamento confirmatis. l. 3. hic. Sed accipiendum eſt hoc quod de teſtamento dicitur, ſi ex eo hæreditas adita fuerit. l.ſi hæreditas.l.ſi nemo.hic.& l.ſi nemo. inſ. de regul.iur. Sed ſi adita ſit hæreditas ex eo teſtamento, quo tutor datus eſt,retrotrahitur aditio ad id tempus quo mortuus eſt teſtator. l. Tutoris.hic.vt à teſtatore ipſo protinus & immediate tutela proficiſcatur,non ab hærede. Argumento eſt quod ipſe hæres teſtamento tutor dari poſſit. Sed quid ſi teſtamentum ruptum ſit agnatione poſthumi, an valebit tutoris datio? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi pater. hic. vbi dicitur eoſdem tutores dari commodius eſſe, licet re vera ruptum ſit teſtamentum. In l.lute. §.vlt.hic tractatur quæſtio de inofficioſo teſtamento.Sed hanc quæſtionem alibi tractauimus. Idem dicitur in l.ſeq. de eo, qui dicit falſum eſſe teſtamentum.

Cap. II.

Quis teſtamento tutorem dare poſſit, & cui

IN primis parentes liberis ſuis impuberibus quos habent in poteſtate ſua tutores dare poſſunt. l. 1.hic. Quod de liberis diximus,de poſthumis etiam intelligendum eſt,quia poſthumi in numero liberorum ſunt, præſertim cum de eorum commodo agitur. l. qui in vtero.ſupra de ſtatu homi. Poteſt & auus teſtamento tutorem dare nepoti,ſed ita demum valebit tutoris datio, ſi filius ante auum deceſſerit,ne auo mortuo, filius recidat in patris ſui poteſtatem. Et quamuis multa ſingularia habeant milites,idem tamen nec militi licet.l.2.hic. Idem dicitur in l.ſi hæreditas.§. qui filium.hic.Quid autem cautum fuerit lege Vellea, cuius mentio fit in d.§. qui filium,dicemus ad l.Gallus.inf. de liber.& poſthumis.hæc inſtit. Quod ad poſthumos autem attinet,notandum eſt eum qui poſthumo datus fuerit tutor, antequam poſthumus editus fuerit, tutorem non eſſe leg.ſi nemo.hic.Sed potius negotiorum geſtor dicetur.Mater filiis ſuis teſtamento tutorem dare non poteſt. l. 4. hic. Imo nec pater poteſt liberis quos in poteſtate ſua non habet dare.l.1.hic. Pater filio ſuo tutorem dare poteſt etiam exhæredato. Poteſt enim & exhæredato ſubſtituere vulgariter, vt videbimus in l.2.inf. de vulgari & pupill. ſubſtitut. Mater inſtituto tantum filio tutorem dare poteſt teſtamento ſuo,quaſi rei tutorem det potius quam perſonæ. Deinde inquiri debet tutor datus à matre:ſine inquiſitione autem admittitur tutor, quem teſtamento pater liberis ſuis dedit. Ex his notari poſſunt duæ differẽtiæ inter patrẽ & matrẽ, qui liberis ſuis tutorẽ dãt teſtamento ſuo, ex l.4. hic.Patronus quoq; teſtamẽto fruſtra dat tutorẽ impuberi liberto.l.qui tutelã. §.ſi.hic. Alius locus ſequitur hui' tituli in quo quęritur,

Cap. III.

Quis tutor detur.

DE quibuſdã perſonis quæſtiones tractãtur,de quibus probabiliter dubitari potuit. Veluti de furioſo,an furioſus tutor teſtamẽto dari poſſit. Hæc quæſtio tractatur in l.ſi hereditas.§.ſi furioſus.hic.Et ſimpliciter datus tutor furioſus,intelligitur datus.ſci.vbi furere deſierit. De ſeruo proprio tutore dato hic reperitur antinomia. ex §. 1. qui teſtam.tut.dar. poſſ. & l. etſi non adſcripta. C. de fideicommiſſ. libert. In d.§.dicitur,ſi ſeruus alienus pure datus fuerit, tutor inutiliter dari, ſed ſi ſub hac conditione ſi liber erit recte dari idem non obtinenti ſeruo proprio, ſi nulla mentio libertatis facta fuerit.Nam ſi ſine libertate tutor datus eſt, tacite directam libertatem conſequitur. At in d.l.etſi.non dicitur fideicommiſſariam libertatem ei relictam videri. Ego autem ſæpe dixi, cum in vna lege plus eſt ſcriptũ quam in altera,non propterea eſſe pugnantes. dict. l. & ſi minus dicit.d.§.1. plus dicit.ſi in d.l.etſi,diceretur nõ directam libertatẽ, ſed fideicommiſſariã relictã, eſſet anti-

Digitized by Google

nomiſa. ſed d. §. plus adiicit. d. leg. & ſi. Hoc autem intelligẽdũ eſt, niſi teſtator errauerit. Nã per l. ſi quis tutorem hic ſi quis dederit tutorẽ ſeruũ quẽ putabat liberũ, nec tutor ſeruus erit, nec liber. Idẽ in l. qui tutelam. §. 1. eo. oportet ergo liberum eſſe tutorem. Notandum tamen eſt ſeruum prius liberum eſſe poſſe, quam tutor ſit. Huc pertinet l. quæro ad finem tituli. §. Lucius. vbi antequam ad iuſtam ætatem perueniat & tutor ſit, liber nihilominus eſt ſeruus. Nemo enim ante iuſtam ætatem tutor eſſe poteſt, d. l. quæro § Lucius.

De ſeruo alieno quæſtio tractatur in d. l. ſi hæreditas. §. ſeruus alienus. hic. quæ lex repugnat cum titulo inſtit. qui teſtamen. tutor. da. poſſ. Nam ibi dicitur conditionem adiici debere ſi liber erit. At in d. leg. ſi hæreditas. dicitur etiam pure valere hanc tutoris dationem. Sed quod ego ſæpe admonui, & hic faciendum eſt, vt quę de ſeruo alieno dicuntur in Inſtit. ſimul & coniunctim, & vno contextu legantur cum d. §. ſeruus alienus. & nulla omnino erit difficultas, aut repugnantia. Præterea tutor incertus dari non poteſt. l. tutor incertus & l. duo ſunt Titij. hic. quia teſtator certo conſilio debet proſpicere poſteritati ſuæ. Ea d. l. duo ſunt Titij. locus communis notãdus eſt de iure & facto. Quæritur de matre, an ea poſſit teſtamento tutrix dari? Hæc quæſtio tractatur in l. Iure noſtro. hic vbi dicitur, dari non poſſe, quod noua Iuſtiniani conſtitutione emendatum eſt. Nouel. de hæred. ab inteſtato. Præterea is cum quo teſtamenti factio non eſt, ſcilicet paſſiuè, tutor dari non poteſt. l. teſtamento tutores. hic. Minor etiam tutor dari non poteſt. d. l. quæro. §. Lucius. hic.

Deinde quæritur de eo qui eiuſdem municipij non eſt, in d. l. quæro. in principio. & Paulus reſpondet dari poſſe. Hoc tamen cum exceptione intelligendum eſt. Non enim intelligimus neminem excuſandi habere facultatem, qui teſtamento tutor dari poteſt. Imo poteſt quis ſe excuſare, vt videbimus infra ſub titulo de excuſat. tutor. Nam lege duodecim tabularum excuſationes à tutela permittuntur, l. tutor. eo. Vnum hic notandum eſt quod qui ſe excuſant, quod nolint ſuſcipere onus tutelæ ſibi iniunctæ teſtamento, legata ex eo teſtamento omnia amittunt. l. qui tutelam. eo. imo & quæ legata ſunt filiis eorum, in honorem patris.

Cap. IV.

Quomodo teſtamento tutores dentur.

Hic locus explicatur in l. ſi quis filiabus. & aliis legibus. hic. ex quibus apparet multum intereſſe, quibus verbis fiat hæc tutoris datio in teſtamento. Nã ſi quis liberis tutores dederit, & nepotibus etiam dediſſe videtur. Si vero filiis dederit non item. Liberorum enim appellatio latius patet quam filiorum, l. liberorum. infra de verbo. ſignific. & leg. ſi quis na. hic. Et hinc notandus eſt locus communis de legum interpretatione tam extenſiua, quam reſtrictiua, vt loquuntur vulgo. Tutor autem teſtamento datur non tantum pure, ſed & ſub conditione ex die & in diem, l. pen. cod. l. tutor datus. §. vlt. eod. vbi dicitur in tutoris datione nouiſſimam conditionem ſpectandam eſſe, vt in legatis non leuiſſimam, vt in libertate Huc pertinet l. quod traditur. l. ſub diuerſis. infra, de condit. & demonſtrat. Quod diximus intelligendum eſt ſi plures ſeparatim conditiones adſcriptæ ſint. Nam ſi coniunctim, omnibus parendũ eſt. Sub conditione autem tutores dari à Prætore non poſſunt, vt diximus ſup. ex l. mutuo. §. 1. ſup. de tutelis. Hinc quæritur ſi tutor datus fuerit ſub conditione, & nondum conditio extiterit, quomodo proſpicietur pupillis? l. ſi quis ſub conditione. inf. hic. vbi dicitur pendente conditione à prætore dari poſſe interim tutorem pupillo. Hic Iuriſconſultus meminit Senatuſconſulti cuiuſdam quod hodie non extat. Tractatur etiam quibus verbis teſtamento tutor dari poſſit. Hæc quæſtio tractatur in l. vlt. C. eo. vbi dicitur licere etiam verbis Græcis tutorem teſtamento dare, non minus quam verbis legitimis, id eſt, Latinis & directis. Idem dicitur de libertate in l. directas. Cod. de manu. teſtam. Ex his duobus locis ſumpſi aliquando interpretationem l. verbis. infra. de vulgari & pupill. ſubſtit. quæ male vulgo accepta eſt, etiam ab Alciato, de verbis ciuilibus, legitimis, directis, precariis, differenti. Præterea tutor teſtamento certę rei aut certæ cauſæ dari non poteſt. l. certarum. hic. Tutor enim perſonæ potius datur quam rebus. Curator autem rebus. l. in copulandis. C. de nupt. Sed hoc ita accipiendum non eſt, quaſi tutor rebus nõ detur, ſed potius perſonæ. Nam deductis rebus inutiliter tutor datur. Quamuis autem tutor certæ rei non detur, ſed perſonæ, tamen ſi pupillus in diuerſis prouinciis bona habeat veluti in Syria & Africa, poterunt ei plures tutores dari, quorum alter curam habeat rerum Syracuſanum, alter Africanum: quamuis ambo ad perſonam regendam dati ſint. leg. Titium & Mæuium. §. tutores. infra de adminiſtrat. tutor.

Cap. V.

Quot modis teſtamento tutor dari poſſit.

Tutores teſtamento tripliciter dantur, adminiſtrationis cauſa, honoris cauſa, & notitiæ cauſa. Notitiæ cauſa dantur qui alios inſtruunt. Qui honoris cauſa dantur, ipſi nihil adminiſtrant, ſed ſunt cuſtodes, & obſeruatores aliorum qui adminiſtrant. In l. ſi plures. l. 3. de adminiſt. tut. & in l. quod ſi forte. infra de ſolut. horum honorariorum tutorum fit mentio, quibus & recte ſoluitur. Nam & ipſi quoque tenentur niſi alios diligenter obſeruauerint. In l. 1. C. de periculo tutor. mentio fit tutorum qui dantur notitiæ cauſa, & in l. quæro, hic. De honorariis mentio eſt, etiam in l. Iure noſtro §. 1. hic. tractatur quæſtio, an recte tutor detur. ſi ſe quis adſcripſerit in alieno teſtamento tutorem pupillo? Hæc quæſtio oritur ex eo quod dicitur eum qui ſibi adſcripſit legatum in teſtamento alieno, puniri pœna falſi. l. 1. § vlti. infra ad l. Cornel. de falſ. Pœna autem falſi, vel quaſi falſi eſt deportatio, vel confiſcatio bonorum. Extat titulus in Codice, de iis qui ſibi adſcrib. in teſt. Quid igitur dicemus de tutela, & de eo qui ſe tutorem adſcripſit in alieno teſtamento? Et Iuriſconſultus in l. ex ſententia. hic. ex ſententia Senatuſcõſulti Liboniani ait, ſibi videri non eſſe cogendum tutelam gerere, nec debere puniri pœna falſi, vt is qui ſibi legatum adſcripſit. Tutelam enim gerere onus eſt, & nemo pręſumitur affectare tutelam alienam, vt legatũ. Poſtremus locus huius tituli eſt,

Cap. VI.

De effectu tutele teſtamentariæ.

Effectus huius tutelæ teſtamentariæ eſt, quod teſtamento tutor datus ſatiſdare non cogitur, alij coguntur. Hoc ideo fit quod eius fidem, & diligentiam teſtator probauit. Inſtit. de ſatiſdat. tutor. l. teſtamento. eod. Si quis tamen tutor teſtamentarius paratus ſit ſatiſdare, in geſtione tutelæ cæteris præfertur, niſi iidem etiam ſatiſdare parati ſint. Quod autem dicitur ſatiſdationem ab his non exigi, id cum cauſæ cognitione ſtatuendum eſt. vt dicitur eod. l. teſtamento. Cum autem ab homine locuplete, & non ſuſpecto ſatiſdatio exigitur, contumelia afficitur, vt hic dicitur. & datur ei actio iniuriarum. l. ſi creditores ad fi. de priuil. cred. vulgo alius etiam locus citatur in l. ſi vero §. vltim. qui ſatiſ. cogant. ſed hoc bene non probat, vt lex à nobis citata.

IN TIT. III. LIB. XXVI. PANDACT.

DE CONFIRMANDO TVTORE.

Quia tutores aliquando inutiliter dantur teſtamento, ideo neceſſe eſt eos cõfirmari à Prętore. Sũt autem hic

Digitized by Google

tem hic tres caſus diſtinguendi. Primus eſt de his qui dantur à patre, & hi confirmantur à prætore, ſine diſquiſitione vlla, aut ſatisdatione, puta ſi pater non iure teſtamentum fecerit. l. 1. hic. Eſt lex Modeſtini Græca quæ perperam traducta eſt. Male legitur *nihil amplius*, legendum eſt *nihil plerunque* in l. 3. hic. idem dicitur & in l. ſi filio. hic. Excipiendi ſunt duo caſus in quibus inquiſitio neceſſaria eſt. In primis ſi pater dederit tutorē filio ſuo naturali, vel ſpurio. Nam quod ſupra dictum eſt, intelligitur de patre qui teſtamento non iure facto, legitimo filio tutorem dedit. Alter caſus eſt, etſi legitimo filio tutor à parente etiam ſolenniter datus ſit, ſi dubium ſit an durauerit patris voluntas. l. in confirmando. hic. Eſt hic locus communis de ſeruanda voluntate teſtatoris, & non ſeruanda. Secundus caſus eſt cum à matre datus eſt tutor teſtamento, is enim confirmatur à prætore, ſed cum inquiſitione. l. 2. hic. Non exigitur tamen ab eo ſatiſdatio, ſed tantum præcedet inquiſitio. Idem dicitur in l. 1. C. eo. & l. pater hæred. tit. præcedenti.

Tertius caſus eſt ſi extraneus teſtamento tutorem dederit, quæritur an is confirmari poſſit à prætore. Et dicitur non debere confirmari à Prætore, niſi extraneus ille qui tutorem dedit pupillo eundem inſtituerit hæredem. l. ſi patronus. hic. Hoc enim eius affectui tribuitur. Neceſſaria tamen eſt ſatiſdatio, vel inquiſitio. l. 5. hic.

De effectu huius confirmationis, ſiue ſatiſdationis pauca dicenda ſunt. Et præcipuus eius effectus eſt, quod datio tutoris inutilis omnino eſt, ſine hac confirmatione. Hinc conſequuntur duo alij effectus. Primus eſt, quod excuſatio neceſſaria non eſt antequam fuerit cōfirmatus, nec currit ei tempus 50. dierum, quia inutilis eſt datio. l. 1. & 2. C. eo. Alius effectus eſt quod ante hanc confirmationem alius tutor dari poteſt l. 3. C. eod. & is tutor erit qui interim tutor datus erit.

TIT. IIII. LIB. XXVI. PANDECT.

DE LEGITIMIS TVTORIBVS.

CAP. I.

ADmonui ſupra, cum tutor nullus datus eſt teſtamento, legitimæ tutelæ locum eſſe. Nam lex defert deinde eam proximis agnatis. Diciturque hæc tutela legitima, quia ipſo iure tutores fiunt per legem ſine vlla datione aut confirmatione Prætoris, quos lex tutores eſſe voluit. leg. inteſtato, & leg. ſi plures. eod. Frater præfertur patruo, quia prior eſt agnatus. Idem habetur in l. ſi reliquero. hic. Hæc autem computatio graduum quomodo facienda ſit docui ſupra ſub titulo de ritu nuptiarum. Quæritur qui agnati ſint, in l. ſunt autem agnati. hic. Agnatio nomen iuris ciuilis eſt, vt dicitur ſub tit. de legitima agna. ſucceſ. in Inſtit. Agnati ſunt, qui nobis iuncti ſunt per virilem ſexum, qui & nomen retinent. Hinc ſoror mea licet mihi ſanguine coniuncta ſit, non tamen mihi eſt agnata, ſed tranſit in aliam familiam. Hoc ergo iure tutela non defertur cognatis. Hoc iure nouiſſimo immutatum eſt Nouella conſtitutione Iuſtiniani, de hæredit. ab inteſtat. ſublata eſt differentia inter agnatos, & cognatos. Excipiuntur fœminæ agnatæ, licet proxime ſint in gradu, l. 1. & l. agnatæ. Eſt enim virile officium tutelam gerere. Dicitur autem hæc tutela legitima, quod eam lex deferat proximis agnatis. l. 1. & l. legitimos. his. Oportet autem eos eſſe & agnatos & conſanguineos, quibus hæc tutela defertur. leg. 1. hic. Nam cognatio nomen eſt iuris naturalis, & agnatus eſſe poteſt etiam qui non eſt conſanguineus, vt frater adoptatus. Excipiuntur etiam minores qui perfectæ ætatis non ſunt, qui tutores legitimi eſſe poſſunt. leg. vltim. Cod. de legit. tutor. Et alia tutela legitima quæ defertur patronis, cuius mentio eſt in l. 3. hic. Iuſtinianus in Inſtitutionibus ſub titul. de legitima patronorum tutela, docet cur hæc tutela patronorum legitima dicta ſit, quā tamen lex duodecim tabularum non introduxit. Dicta eſt legitima, quod Iuriſconſulti ita ſunt interpretati legem duodecim tabularum, quaſi idem de patronis ſtatuerit, quod de agnatis conſtituit, quod æquum ſit ad eos onus tutelæ pertinere, qui ſpem ſucceſſionis habebant. Alio autem capite lex duodecim tabularum defert hæreditatem liberti patrono, ſi libertus impubes deceſſerit. Merito ergo etiam ad eos hęc tutela pertinere debet. Verbum autem legis accipiendum eſt, non tantum verbum legis, ſed mens. arg. l. non dubium. Codi. de legib. leg. nominis & rei. §. verbum legis. inf. de verbo. ſignifi. Eſtque hic locus communis de interpretatione, quam vulgo extenſiuam vocant. Alia eſt legitima tutela parentum, cuius mentio eſt in leg. 3. § vltim. hic. & Inſtit. de leg. parent. Hæc legitima tutela dicitur quod exemplo tutelæ quæ patronis defertur, introducta ſit interpretatione prudentū. Nō quod ex lege duodecim tabularū deſcēdat. Si parēs emācipauerit filiū ſuū, eius legitimus tutor eſt. Sed dixerit aliquis, agnatus eſt patri filius. Sed quia emācipatus eſt filius agnatus amplius nō eſt. Nā capitis diminutione etiā minima ius agnationis tollitur. §. vlt. Inſtit. de legit. agnat. tutel. Nā agnatio nomē iuris ciuilis eſt. Ciuilia ergo iura ciuilib. tollūtur. Eſt enim & emancipatio nomē iuris ciuilis. Præterea qui emancipatur, in aliam familiam tranſibat, & quaſi redigebatur in ſeruitutem, exibat de familia patris. Agnati autem ſunt qui eiuſdem familiæ ſunt. De more emancipationis & familiæ emptore vide Theophilum lib. 1. Inſtit. Semper autem parens contracta fiducia videtur emancipaſſe, de quo olim dubium erat. §. vlti. Inſtit. de legitima agnat. ſucceſſio. Theophilus etiam aliam rationem affert, cur exēplo patronorū, & quomodo hæc patronorum tutela introducta ſit. Eſt & alia tutela, quæ dicitur fiduciaria, cuius mētio fit in leg. 4. hic. quæ quia ex lege non deſcendit, legitima non dicitur, ſed fiduciaria, ſi frater emancipati fratris tutelam gerat. quæ igitur fiduciaria dicitur quod maior fides attribuatur fratri in tutela fratris impuberis, cuius ante parens defunctus tutelam geſſerat: nec autem per interpretationem quidem hæc tutela legitima dici poteſt, vt patronorum & parentum, quia ceſſat ratio legis. illic ſuccedunt patronus liberto, pater filio, frater autem fratri emancipato non ſuccedit, iure digeſtorum. Sed hæc omnis differentia de emancipatione, & patria poteſtate ſublata eſt Nouella Iuſtiniani conſtitutione de hæred. ab inteſt. Cuius Nouellæ reſpectu etiam legitimi tutores fratres dici poſſunt. Inſtit. de fiduciaria tutela, vbi mentio fit non ſolum fratrum, ſed etiam filiorum fratris, vel ſororis, &c. Hoc Theophilus exemplis declarat, quomodo frater nanciſcatur tutelam fratris eiuſque liberorum, ſi is defunctus eſſet, quorum pater vel reſpectu horum nepotum auus tutelam antequā defunctus eſſet, geſſit, aut gerere potuit. In quibuſdā autem vetuſtiſſimis exemplaribus in Inſtitut. hæc verba, *& ceterorum*, non leguntur. Et ea lectio mihi ſemper ſuſpecta viſa eſt, quia ratio quam ſubiicit Iuſtinianus ibidem, cōuenit ſaltem fratribus, nō etiam liberis fratrū. Et inſtitutionibus quæ editæ ſunt à Ferreto hæc verba deſiderantur, quanquam eam lectionē ſecutus ſit Theophilus: nec ratione caret, quamuis verbis ſequentibus non conueniat. Quæſtio eſt de fratre emancipato an tutor legitimus ſit an fiduciarius? Hęc quęſtio tractatur in l. 4. Co. de legitima tut. Et dicitur eum legitimum tutorem eſſe. Quod autem dicitur in d. l. 4. non conuenit cū iure digeſtorum, quod certum eſt. Sed quia eo tempore admittebantur fratres ad fratrum ſucceſſionem,

quæſtio d.l 4.edita eſt. Iure quoque legitimus tutor frater erit, ſublata differentia emancipationis & patriæ poteſtatis. Tutor fiduciarius aliter accipitur apud Vlpianum in Fragment. Inſtit. quę nuper edita ſunt, refert ad veterem vitam & morem. Qui liberum, inquit ſub tit. de tutelis, caput emancipatum ſibi, vel à parente vel à patrono manumiſit, per ſimilitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur. Huius iuris quod attinet ad tutelam nulla reperio veſtigia. Verum quidem eſt, quod manumiſſor iſte fiduciarius omnino non ſit imaginarius, quia ſuccedebat etiam emancipato, ſi duæ perſonæ quæ illi præferebantur, non admittebantur ad bonor. poſſeſſioné. tit. Inſtitut de bon poſſeſ. Huius tutelæ legitimæ de qua hic loquimur, hoc proprium eſt, vt omnium tutelarum legitimarum, quæ capitis diminutione perimuntur. l. legitimos. § vlt. & l.2. hic. l. tutela, ſupra de cap dimin. Cæteræ tutelæ minima capitis diminutione non tolluntur: hæc autem tollitur. Et ratio eſt, quia hæc defertur agnatis. Agnationis autem nomen ciuile eſt, & hæc eſt tutela delata tanquam agnato. Agnatio perimitur emancipatione Mirum ergo nõ eſt quin etiã capitis diminutione perimatur. quod in aliis tutelis non obtinet. Pater enim & frater nomina ſunt naturalia, & licet frater vel pater emancipetur, non tamen deſinunt eſſe qui fuerunt, pater ſcilicet & frater, & propterea emancipatione non tolluntur. Iura enim naturalia non tolluntur ciuili ratione §. vlt. de legit. agnat. tutel. §. naturalia. de iure nat. gent. & ciuil.

IN TIT. V. LIB. XXVI. PANDECT.

DE TVTOR. ET CVRAT. DATIS AB HIS QVI.

Cap. I.

Dicendum eſt in primis, qui ſint hi datiui tutores. Datiui tutores dicuntur, qui à prætore dantur, & hoc nomine vtuntur etiam Iurecon. nec eſt à nobis cõfictum vocabulum. l. datiuus tutor. inf. rem pupill. ſaluam. ſot. Et quia hi datiui tutores à prætore dantur, prætorij etiam dici poſſunt. Huic autem tit. reſpondet alius tit. C. Qui dare tutores poſſint. & Inſt. de Attiliano tutore. Hos omnes tit. explicaturi ſumus.

Cap. II.

Quis tutorem dare poſſit.

Svprà titulo generali de tutelis hunc locum attigimus in interpretatione leg. muto. §. tutoris datio. ſupra de tutel. tutoris datio neque imperij neque iuriſdictionis eſſe dicitur. Nam quod quis imperium habeat tutorem dare poteſt, niſi hoc ei ſpecialiter ſit attributum. Exempla autem reperiuntur in l. 1. eodem. hic. vbi recenſentur omnes quib. lege conceſſum eſt tutores dare in l.3 hic. tractatur quæſtio de magiſtratibus municipalibus. Qui magiſtratus municipales ſint vulgo non intelligitur, ego vero ſic de his ſentio. In municipiis populo Romano ſubiectis erant quidam magiſtratus Romani à populo, aut à principe ad regẽdas prouincias miſſi, qui præfecti dicebantur, quorum meminit Pomponius Feſtus. Præter hos magiſtratus Romanos ſunt etiam quidam alij magiſtratus municipales, vt duumuiri, decuriones, & quos municipes ex ſuo municipio eligebant, vt hodie in Gallia paſſim nulla eſt ciuitas, vbi non ſint magiſtratus regij, & præter hos ſint decuriones. *Les Eſchevins.* Decuriones autem dicebantur olim ſenatores ciuitatum ad exemplum Romanæ vrbis leg. pupillus. §. decuriones. de verb. ſig. Alij erant etiam magiſtratus qui defenſores ciuitatum appellantur, de quibus titulus eſt in Codice, de defenſo. ciuit. Si velimus comparare magiſtratus, Præfectos prouinciarum comparabimus Conſulibus Romanis, decuriones ſenatoribus, defenſores autem tribunis plebis. In §. Attilianus tutor. recitatur ius Antiquum, quod lege Attilia ſtatutum erat. & cur Attiliani tutores dicti ſint, in leg. nec mandante. eod. hic. dicitur non poſſe mandari à Præſide tutoris dationem. Quæ enim ſpecialiter lege, ſenatuſcon. &c. competunt mandari non poſſunt, nec mandata generali iuriſdictione, hæc tutoris datio tranſit. Quæritur de decurionib. an poſſint tutores dare l. vbi abſunt eod. & quomodo & quando eis liceat, ibidem docetur. Contingit aliquando, vt eidem pupillo, & Prætor Romæ, & Præſes prouinciæ dent tutores. l. pupillo, circa finem. Quomodo autem hic locus accipiendus ſit docui ſub titulo de tutelis, ſup. Curator datur certæ rei, cauſæ, negotio, patrimonio, Tutor autem perſonæ datur, & tamen hic tutor datur alter rebus Italicis, alter prouincialibus. Dixi ſub illo titulo omnes hos tutores dari perſonæ, potius quam rei, quamuis diuidatur inter eos adminiſtratio. Citaui textum in l. Titium, & Mæuium infra de adminiſtratio. Præfectus vbi adhibitis decem perſonis ex Senatu, & Prætore tutelari, illuſtribus perſonis, tutores dat. C. de tuto. & curat. illuſt. perſ. & clariſſimar. perſ. Hæ omnes perſonæ tutorem dant, ita demum ſi ſanæ mentis ſint. l. nec mandante. §. 1. eo.

Cap. III.

Qui dare tutores poſſint: & qui non poſſint.

Qvædam perſonæ tutores dari non poſſunt, quibus cognitis, quæ dati poſſint facile erit cognoſcere: de his igitur perſonis videndum eſt. In primis mulier tutrix dari non poteſt. leg. ſcire oportet. hic. quia tutela officium virile eſt. Excipitur tamen mater pupilli, & auia. Nouella & titul. Inſti. de hæred. ab inteſt. & titul. quando mulier tutor. off. fungi. poſ. Præterea Modeſtinus in d.l. ſcire oportet. quæ Græca eſt, & male verſa, ait legatum prouincialem Romæ tutorem dari non poſſe, vbi legendum eſt, *ſi prouincialem hominem*, & legendum eſt, *præterea Romanus magiſtratus*, non, *Princeps Romanus*. Princeps enim tutores non dabat. Præterea in d.l. ſcire. Si parentes aliquem tutorem eſſe noluerint, ſi is datus fuerit tutor non erit. ſalua tamen eius exiſtimatione. in l. ſeq. quæ eiuſdem Modeſtini eſt, vbi *conſiliarios ſuos* vertit interpres, legendum eſt *decuriones*. Etiam qui decuriones non ſunt, tutores eſſe poſſunt, filiorum decurionum. Quæſtiones aliquot tractantur de cæco milite colono ſub tit. Co. qui dari tuto. poſſ. in l.3. dicitur cæcum tutorem dari non poſſe, nec miles etiam dari tutor poteſt. l. 4. C. eo. de ſeruis eſt l. in ſeruili. de colono & cæteris, videte l. vlt. C. eo tit. Quæſtio vtilior tractatur de debitore & creditore pupilli, an poſſit tutor eſſe? vide l. creditoré. C eo. tit. vbi dicitur dari poſſe. Hoc tamen quia periculoſum erat, immutatum eſt, vt qui ſe res minor. oblig. & vbi cautum eſt ne debitor aut creditor tutores ſint. Quod ſi erunt, puniuntur. Alia quæſtio tractatur de prętore, & alio magiſtratu, an prætor, aut alius magiſtratus ſe tutorem dare poſſit? Et dicitur non poſſe. Dari tutor etiam is non poteſt, qui alterius municipij eſt. l.a hic. Idem dicitur in l. neque. C. eo. qui dari tutor. vel curato. poſſint. Ergo oſtendi quomodo accipienda ſit l. etiam. ſup. de tutelis. vbi dicitur etiã non municeps tutor dari poteſt. Cuius legis interpretationem diximus ſumendam eſſe ex. l. diuus. eo hic. Et dixi prętorem aut Præſidem prouinciæ hac de rę admonendum. Abſens etiam tutor dari poteſt. l.5. hic. Eſt enim hoc munus publicum quod etiam inuito iniungitur. Hoc tamen denuntiandum eſt abſenti, vt mox dicemus. Alia quæſtio tractatur de filiofamilias, an is recte tutor detur patri? Quidam putant dari non poſſe, quod id indecorum ſit. Tamen conſtitutum eſt, filium patri

recte

recte tutorem dari, id eſt, curatorem, loquimur enim hic promiſcue. Idem dicitur in l. 1. infra de curat. furio. Præterea magiſtratus collegam ſuum tutorem dare poteſt. l. vbi abſunt. hic. Libertus recte tutor datur nec poteſt ſe excuſare à tutela, ſi modo liberi ſint ei patroni futuri. l. libertus. eod. hic. Nam contingit aliquando libero patroni iura patronatus amittere. Alius locus huius tituli ſequitur in quo quæritur.

CAP. IV.

Quibus perſonis detur tutor vel curat.

IMpuberi tutor tantum datur. Nam puberi inutiliter tutor datur. l. Seiæ. ad finem tituli. Et hoc adeo verum eſt, vt tutor neceſſe non habeat ſe excuſare. Abſenti quoque vt præſenti tutor dari poteſt. l. 1. C. eo. Ventri autem aut partui tutor dari non poteſt. curator poteſt. l. ventri. hic. Extat tit. de ventre in poſſ. mitten. Seruo tutor dari non poteſt preterquam in exceptis caſibus. Tutela quæ lege defertur eſt iuris ciuilis, quæ autem iuris ciuilia ſunt, ad ſeruos omnino non pertinent. Excipiuntur quidam caſus in quibus datur etiam ſeruo tutor, vt ſi de ſtatu ſuo litiget. l. ei qui eo. hic. l. 1. C. eo. Idem in l. ſi impuberi, quæ eſt Papiniani obſeruatione digna. Præterea notandum eſt tutorem ei tantum dari, qui eiuſdem municipij eſt vel prouinciæ, ciuitatis. l. 1. hic. l. etiam. ſupra de tutel. Etiam non municeps tutor dari poteſt, modo ei qui eiuſdem municipij ſit detur. Hinc contendunt quidam pupillo clerico magiſtratum regium, tutorem dare non poſſe, ſed hæ ſunt quæſtiones canoniſtarum. Præterea habenti tutorem non recte datur tutor. l. 2. hic. l. ſoror. & l. tutor. hic. huc pertinet titulus C. in quib. cauſis habenti tutorem tut. dari poteſt. Sed ibi ſunt exceptiones noſtræ regulæ. Cui detur curator quæritur, curator datur puberi, furioſo, prodigo, ventri, partui non edito. l. nec mandante. §. vlt. hic. l. & ventri. l. is cui. §. diuus Pius. hic. vbi locus eſt notatu dignus in leg. curator. & l. omnem. l. curatorem. hic. dicitur aliquando etiam impubari curatorem dari, & in l. ventri. dicitur curatorem habenti curatorem dari, quamuis tutorem habenti tutor non recte detur.

CAP. V.

De officio magiſtratus in dando tutore.

IN primis videre debet magiſtratus, vt tutorem det perſonę, non rei certæ aut cauſæ ſeu negotio, vt dicitur in l. impuberi. hic. niſi in exceptis caſibus, qui magni momenti ſunt, vt in adeunda hæreditate. l. cum in vna. de appellat. & dict. l. impuberi. hic, matrimonium ſine tutore pupillus contrahere omnino poterat. Vlp. in fragmentis Inſtit. titul. de tutel. Curator autem certæ rei datur, aut cauſæ. l. non tantum. hic. Die feriata tutor dari poteſt. l. nec mandante. hic. Debet etiam ex inquiſitione tutor dari à Prætore. l. in dando. eodem. Et quidem in omnes inquiritur. Poſtremum eſt, vt ſi abſentem tutorem dederit Prætor hoc ei ſignificet intra triginta dies. l. vlt. hic. vt ſcire poſſit an gerere tutelam debeat, an vero potius ſeſe excuſare is qui abſens tutor vel curator datus eſt.

TIT. VI. LIB. XXVI.

PANDECT.

QVI PETANT TVTORES VEL CVRAT. ET VBI PET.

CAP. I.

DVæ ſunt partes huius tituli, vt videtis: priorem partem diuidemus in tria capita. Qui petant tutores, quidam enim tutores pupillis petere coguntur, aliis permittitur petere, aliis prohibetur.

CAP. II.

De his qui coguntur tutores pupillis petere.

EX eo numero in primis eſt mater, quæ filiis impuberibus cogitur tutores petere. l. 2. hic. Mulier quæ ex ſenatuſconſulto Tertilliano admittitur ad ſucceſſionem filij ſui impuberis defuncti, ab hac hæreditate repellitur, ſi tutorem ei non petierit. Idem dicitur in leg. 2. §. ſi mater. infra ad ſenatuſconſul. Tertil. Cuius ſenatuſconſulti magnam partem hic explicaturi ſumus: legendum autem eſt in d. l. 2. hic: *quæ defunctorum perm.* ita enim hoc verbo vtitur Vlpianus in dict. l. 2. §. ſi mater. ad Tertil. Hoc autem accipiendum eſt non tantum de filio legitimo, ſed etiam de naturali. Nam & ad huius quoque hæreditatem mater admittitur. § vlt. ad Tertil. vide leg. vlt. C. qui pro tut. vbi dicitur naturali filio etiam matrem tutorem cogi petere, etiam vulgo quæſitis. Nec excuſatur mulier iuris ignorantia. Eſſe enim quaſi iuris ignorantiam ſcripſit Accurſius, quem plerique omnes ſequuntur. Mihi videtur ignorantia iuris poſitiui. Poteſt enim non negligere filium mater, & tamen ei tutorem non petere. Iure enim naturali mater non cogitur liberis tutores petere, ſed iure ciuili ſeu poſitiuo: hic autē ignorantia iuris non prodeſt mulieri, quia de commodo, & lucro eis agitur. l. error, & l. iuris: ſup. de iuris & facti ignor. Nā alias in damnis amittēdæ rei ſuæ iuris ignorantia excuſat, d. l. error. niſi ſit craſſa & intolerabilis ignorantia. Vt ſi edictum promulgatum ſit, non excuſatur is, qui ſe ignorare dicit, quod omnes ſcire debent. Exempli gratia promulgatum eſt edictum, ne quis in æde ſacra deambulet, excuſatur tamen alienigena, l. vltim. de decret. ab ord. facien. quia abfuit forte tempore quo edictum fuit promulgatum: ſed quid dicemus de confirmatione tutoris, ſi pater teſtamento ſuo inutiliter tutorem dederit, an mater cogetur petere confirmationem tutoris? Et dicitur cogi tutoris confirmationem petere debere. leg. vltim. hic. Quæritur etiam an mater cogatur curatorem petere? hæc quæſtio tractatur in leg. 1. vbi dicitur, quod matris ſollicitudo in tutoribus petendis filiis requiritur non autem in curatoribus, niſi in iis caſibus à quibus petitur curator impuberi, adultis curatores non petentur. Præterea ſenatuſconſultum Tertillianum loquitur tantum de tutorib. petendis impuberibus. Quando autem impuberi curator detur, diximus ſupra ſub tit. proximo. Idem dicitur in l. 2. §. quòd curatores. ad ſenatuſc. Tertillia. vbi locus communis eſt de interpretatione legis, verbis legis deficientibus. Mater autem legata relicta à matre impuberis, eodemque marito non ideo amittit, ſi liberis ſuis impuberibus tutores non petierit. Senatuſconſultum loquitur tantum de hæreditate filij impuberis defuncti. l. fina. hic. Notandum eſt aliquos eſſe caſus, in quib. excuſatur mater, quæ filio etiam impuberi tutorem non petierit: hos caſus hic recitabimus.

Primus caſus eſt, ſi mater minor erit vigintique annis: l. 2. C. ſi aduerſ. delictum. lib. 2.

Secundus caſus eſt ſi filius pubes deceſſerit. l. 3. C. ad ſenatuſconſ. Tertil. ſenatuſconſultum enim loquitur de hæreditate eius, qui impubes deceſſit. Idem dicitur §. vltim. Inſti. de ſenatuſcon. Tertil.

Tertius caſus eſt, ſi interſit pupilli & impuberis, tutores ei non peti. l. 2. §. tractant. inf. ad Tertill. Exempli gratia, relictum eſt impuberi fideicommiſſum ſub hac conditione, ſi tutores non habuerit: intereſt hoc caſu pupilli tutorem non habere, ne deficiente conditione amplum forte fideicommiſſum impubes petere non poſſit, & hoc quoque caſu mater excuſatur: nullum exemplum magis idoneum haberi poteſt de interpretatione legum, quam in d. l. 2. ad Tertill.

Quartus caſus eſt, ſi mater præuenta fuerit ab alio, qui tutorem petierit, qui filiis ſuis datus ſit. l. 2. hic. alias fruſtra mater peteret. Hodie procurator regius apud nos

ſolet pupillis & impuberibus petere tutores. Si igitur is anteuerterit matrem, ea excuſari debet. Maret enim debet petere tutores filiis ſuis, qui indigeant, l.cum iure.9.C.qui petant tutor.

Quintus caſus eſt, ſi caſu aliquo impedita ſit mulier, quo minus tutorem peteret. tunc enim excuſari debet, nec repelletur ab hæreditate impuberis. l.cum à matribus. Cod. eod. vbi locus eſt inſignis de caſu fortuito. Alium ſimilem habemus in l. Præſes prouinciæ. Cod. de appellat. Hactenus de matre quæ tutorem cogitur petere filio ſuo.

Ex eodem genere eſt libertus, qui cogitur etiam petere tutorem filiis patroni ſui. l.2.hic. Atque grauior eſt cauſa liberti, quam matris, quia ille etiam extraordinem punitur. Hæc autem ab hæreditate tantum repellitur

Cap. III.

De his quibus permittitur tutores petere ſi velint, licet non cogantur.

HI numerantur in l.2.in principio, hic conſanguinei, educatores, &c. in l.auita. C.eo. & in l.ſciant. C. de legit. hæred. vbi dicitur eos non prohiberi petere tutores, quod niſi fecerint repelluntur ab hæreditate. Idem igitur de his dicitur quod de matre hic. Nos autem hic dicimus eis permitti petere tutores, eos tamen non cogi. Ego hunc locum intelligo cum pupillus matrem habet, quæ ei ſucceſſura eſt, per ſenatuſconſ. Tertullianum, quæ quia præcedit in ſucceſſione omnes cõſanguineos, ea cogitur petere tutores. d.l.ſciant. debet intelligi de his, quæ ſuccedunt pupillo, ſublata iam è medio matre. Et quemadmodum mater repelleretur ab hæreditate, ſi tutorem non petiiſſet, ſic etiam hi qui ſuccedent. Alius locus huius tituli eſt in quo tractatur

Cap. IV.

De his qui tutores petere prohibentur.

HI continentur in l.auita. D.eo. & l.3.§.ſi quodam. hic. vbi excipitur creditor, quod poſſit tutorem petere. Vnde colligitur alios eſſe, qui petere vetantur. Hoc autem ea ratione fit, quod iuris authoribus ſemper ſuſpecti fuerint, qui tutores petierunt, aut ſe ingeſſerunt tutelæ. l. ſcire oportet. §.vlt.ſup.titul.præced. voluerunt iuris authores præcludere viam, ne omnes ambirent tutelas aliorum, quod id ſui commodi, & quæſtus gratia facere viderentur. licet ergo conſanguineis tantum tutores petere impuberibus. Nunc videndum eſt de curatoribus. hic enim huius tractatus ordo id expoſcere videtur.

Cap. V.

De curatoribus.

DE curatoribus pauca hic dicemus, quia certum eſt curatorem dari tantum petenti. §. item inuiti. Inſtit. de curator. l.3. l. curatorem. hic. Curatores ergo petent ipſi adulti, ſi præſentes ſint, vel ſi abſentes ſint procuratores eorundem. Excipitur caſus cum quis litem habet cum adulto. tunc enim & inuitus cogitur adultus curatorem accipere. d.ll. à nobis citatis,

Cap. VI.

Vbi petantur tutores.

DE hac re titulus eſt ſpecialis in Codice Iuſtiniani. Vbi tutor. petan. eſt lex vnica. A magiſtratibus eius loci vnde pupilli ipſi originem habent per conditionem patris, vel eius loci vbi ſunt eorum facultates, peti & dari debent tutores, In alio autem loco vbi morantur, ſi inde oriundi non ſint, nec ſuas facultates habent, non accipient tutores. Quid ſi in vno loco originem habeant, in alio loco facultates ſuas? Quidam putant vtrobique tutorem dari debere. Ad id probandum citant l. pupillo. ſupr. tit. præcedenti. Sed tamen eſt alia lex, quæ videtur contraria in l. propter litem. §. vlt. infra de excuſat. tut. quæ explicat quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in d. leg. pupillo, dicitur neminem vltra centeſimum lapidem cogi tutelam gerere, niſi in eadem prouincia pupilli ſit, licet datus tutor, inquit, ad vniuerſum patrimonium datus intelligatur, tamen ſe excuſare poteſt ne vltra centeſimum lapidem tutelam gerat, niſi in eadem prouincia pupilli patrimonium ſit, alias illarum rerum præſides dabunt tutores in illa prouincia.

TIT. VII. LIB. XXVI. PAND.

Cap. I.

De adminiſtrat. & periculo tutor. & curat.

HVius rubricæ ſunt plures partes, & in C. Iuſtiniani tres ſunt tituli huic noſtro reſpondentes. Primus de adminiſtrat. tutor. Secundus de pericul. tutorum. Tertius ſi ex pluribus: nos confuſionis vitandæ gratia, quæcunque ſcripta ſunt ſub hoc titulo, in hæc tria capita diuidemus.

Cap. II.

De adminiſtratione tutorum.

CVm autem de adminiſtratione tutorum quæritur, primum conſideranda ſunt ea, quæ ipſam adminiſtrationem antecedunt. Sunt enim velut quædã procemia adminiſtrationis tutelaris, de quibus nunc videndum eſt: poſtea de his tractabimus quæ ad ipſam adminiſtrationem pertinent.

Cap. III.

De his quæ ipſam adminiſtrationem præcedunt.

ILlud in primis adminiſtrationem præcedit, quod tutor ſimulatque datus eſt vel in teſtamento à patre, vel à magiſtratu, vel à lege, ſi nolit gerere tutelam, cogitur extraordinem gerere, & adminiſtrare. Quid autem ſit extra ordinem gerere, ſæpe alias dixi. In iudiciis ſolitum erat, vt iudices à Prætoribus darentur qui cauſas cognoſcerent, ſed ſæpe hoc ordine prætermiſſo ſolebat Prætor authoritate ſua exequi, & cognoſcere, cum fauor cauſæ aut perſonarum id ſuadebat. Sunt ergo quædam extraordinaria auxilia, quibus licet vti aduerſus tutorem contumacem. Primum poterit Prætor iubere eius pignora capi. Eſt enim hoc genus vnum quo tutor coercetur ad adminiſtrationem tutelæ ſuſpiciendam. tit. de admi. tut. Huc pertinet quod dicitur in l.ſi quis magiſtratus. de muneribus & honoribus, ſi quis magiſtratus in municipio creatus munere ſibi iniuncto fungi detractet, per præſidem munus agnoſcere cogendus eſt, iis remediis quibus tutores quoque ſolent cogi ad munus: quod iniunctum eſt cognoſcendum. Prætor igitur aliquando mittit in poſſeſſionem, de qua re eſt titulus, Ex quibus cauſ. in poſſ. eatur. huius rei exemplum eſt in cautione damni infecti. Hæc extraordinaria auxilia, quibus vtitur Prætor. Deinde prehenditur tutor detrectans munus tutelæ, & in vincula conuicitur. l.ob fœnus.29. hic. & l.3. de ſuſpect. tuto. Solet etiam dici eius domũ poſſe poſſideri. ſed hoc quomodo ſit accipiẽdum, docui aliquando ſub tit. com. diuid. Cum igitur aliquis tutor datus eſt pupillo extra ordinem, cogi poteſt ſubire tutelam.

Secundo tutor antequam tutelam ſibi iniunctam gerere poſſit, ſatiſdare cogitur. ante ſatiſdationem enim nihil agere aut adminiſtrare poteſt. l.muto. §.1. ſupra. de tut. Cogitur autem ſatiſdare rem pupilli ſaluam fore. Hæc ſtipulatio numeratur à Iuriſconſul. inter communes, id eſt, inter eas quæ non tantum ſunt prætoriæ, ſed etiam iudiciales. l.5. inf. de ver. obli. Poteſt enim proficiſci non tantum ex prætoris, ſed etiam ex iudicis officio. Exempli gratia, cum prætor tutorem dat, is cogitur ad ſatiſdandum. Hoc fit prætoris officio qui tutorem

rem dedit, aliquando id fit etiam officio iudicis à prætore dati quando res aliter expediri non poteſt, veluti tutor datus aliquem nomine pupilli conuenit, reus conuentus obiicit ſe non recte ab eo conueniri, quod tutor non ſit. Res, id eſt, lis expediri non poteſt. Neceſſe ergo eſt vt iudex qui datus eſt à prætore hanc litem dirimat. Iudicis ergo officio tutor cogetur ſatiſdare, de hac tutorum ſatiſdatione extat titulus in Inſtit. & in C. de tutor. & curat. qui non ſatiſd.

Excipiuntur nonnulli tutores qui non coguntur ſatiſdare, vt tutor teſtamentarius: eius enim fides probata eſt à teſtatore, & ideo non cogitur ſatiſdare. Item is qui ex inquiſitione datus eſt, l. teſtamento. ſupra, de teſtam. tutel.

Tertio tutor datus antequam adminiſtret, inuentarium ſiue repertorium omnium rerum pupillarũ conficere debet. l. tutor qui repertorium. hic. & l. tutores. Cod eod. forma conficiendi inuentarij traditur in leg. vltima. Cod. de iure delib. Et quamuis ea conſtitutio loquatur de conficiendo inuentario rerum hæreditariarum, tamen poteſt ex ea colligi quomodo debeat à tutore confici inuentarium rerum pupillarium, cum eadem ſit ratio. l. 3 §. tutores. infra de ſuſpect. tut. vbi dicitur, niſi tutor confecerit inuentarium, in vincula conijciendum eſſe. *Neceſſaria & iuſtiſſima cauſa.* Exemplum eſt, ſi forte pater, qui tutorem teſtamento dedit, vetuit confici inuentarium rerum pupillarium. id enim aliquando prodeſt pupillo, matri nomium eius tenue forte deregant, vt dicitur in leg. 1. C. de aliment. pupil. præſtan. hocque conſtitutum eſt, vt hac in re voluntati teſtatoris pareatur. iuſtiſſima etiam cauſa eſt, cum tanta eſt inopia pupillorum, vt inuentarium confici non poſſit, nec eo nomine tutor vel magiſtratus conueniri poteſt. argumento eſt, quod dicitur in l. Mediterraneæ. C. de ann. & tribu. huius autem inuentarij magnus eſt vſus & effectus, præterea quæ nota ſunt ſuis, & quæ poteſt vnuſquiſque ſatis aſſequi per ſe, præter iam dicta duo ſunt præcipui effectus. Primus eſt, quod debitores pupillorum poſſunt conueniri ex inuentario, ſi tabulę, quę ſcriptæ ſunt inuentarij, incendio, vel alio caſu perierint. l. chirographis, 57. hic. Alius effectus eſt, quia ſi in inuentario quicquam deſcribere curauerit tutor, etiam ſi poſtea contendat non tantam eſſe quantitatem patrimonij pupillaris, is non audietur, quamuis hoc probare velit. l. vltim. C. arb. tutel. Et hoc eſt introductum propter fauorem pupillorum: eſt præſumptio iuris, contra quam nulla admittitur probatio. Confecto enim inuentario, cogitur tutor tutelam gerere. Si tamen plures ſint tutores, vel vni decerni poteſt adminiſtratio, vel tutela inter eos diuidetur. l. 3. hic. Spectatur enim quid vtilius ſit futurum, an vt decernatur vni adminiſtratio, vel diuidatur inter eos tutela: de hac diuiſione dicemus ſuo loco. hæc ſunt procemia adminiſtrationis. nunc videndum eſt de ipſa adminiſtratione.

Cap. IV.

De his quæ ad curam & adminiſtrationem tutoris pertinent.

In primis ad adminiſtrationem tutoris pertinent, cura morum pupilli, vt eum recte inſtituat. l. Cum plures. 12. §. cum tutor. hic. Idem habetur in l. qui filium. vbi pupil. educ. debeat.

Secundo ad curam tutoris pertinet maxime ſalus, & incolumitas pupilli poſt eius morum inſtitutionem. l. conſilio. ſupra de tutor. & curator. dat. ab his. huc pertinet, quod dicitur de alimentis pupillo præſtandis, & vbi pupillus educari debeat.

Tertio, tutor curam habere debet rerum & patrimonij pupilli ſui. Nam vt ſub titulo de tutelis dictum eſt, tutor principaliter perſonæ datur; ſed in cõſequentiam etiam rebus ipſius dari intelligitur. Cum enim tutor poteſtatem habeat in perſonam ipſam, æquum eſt etiã, vt in res eiuſdem poteſtatẽ habeat. Huc pertinet quod dicitur in l. generaliter. hic. quotieſcunque generaliter non ſit nomine pupilli, quod quiuis paterfamilias idoneus faceret, non videtur defendi. Siue igitur ſolutionem, ſiue iudicium, ſiue ſtipulationem detrectet, non videtur defendi. Idem dicitur in leg. tutor qui tutelam. hic. tutor qui tutelam gerit, quantum ad prouidentiam pupillarem attinet, domini loco haberi ſolet. Ex his igitur regula quædam confecta eſt, ex qua multæ conſequuntur. Primum eſt, tutorem debitores pupilli conuenire poſſe. imo debere. l. ſi tutor. hic. & l. debitoribus. C. eodem. Addendum eſt & ſi tutor victus fuerit in iudicio, in cauſa pupillari eum à ſententia appellare debere, ſi bonam cauſam habeat. l. ſi bonam. Cod. eod. titu. Nec ſufficit appellare, ſed appellationem perſequi oportet. id tamen facere non cogitur procurator inuitus. l. inuitus. Cod. de procura. vbi dicitur quod nemo inuitus procurationem ſuſcipere cogitur, nec eandem vltra prouocationis cauſam extendere. Sed nec defenſionem abſentis ſubire compellitur, cum fidem ſuſceptam implere ſufficiat. Ratio igitur eſt diuerſa procuratoris & tutoris. Procurator enim non datur ad litem generaliter, niſi aliud expreſſum ſit, & ſpecialiter ei mandatum. Si datus eſt ad litem quandam inſtituendam, poſt ſententiam nõ cogitur amplius defendere, niſi hoc ei ſpecialiter fuerit mandatum. Alia eſt cauſa tutoris. Nam tutor non tantum prouocare debet à ſententia, quæ iniuſte contra eum lata eſt, ſed etiam proſequi: non enim datur pupillo, vt litem exerceat, aut inſtituat, ſed ei datur pleniſſima poteſtas, in his omnibus, quæ ad perſonam pupilli, vel eius rem pertinent. vide l. ſi actor. Cod. de appellat. & in iure pontificio, cap. non iniuſte, ext. de procur. Addendum eſt etiam tutorem cœptam litem perficere debere, ſi nondum rationem adminiſtrationis reddiderit. l. ita autem. §. fin. hic. Sed quæſtio eſt an ſatiſdare debeat tutor, cum aliquem in ius, aut in iudicium vocat pupilli nomine? Hæc quęſtio tractatur in leg. 24. hic. vulgo hic dicitur eum non debere ſatiſdare, niſi forte incertum ſit, tutor ſit, nec ne.

De procuratore dubium non eſt, quin ab eo exigatur cautio ratihabitionis, ſi incertum ſit an ei mandatum ſit necne, vt agat. l. non ſolum. §. qui alieno. ſupra de procurat. & l. 1. C. d. eodem tit. de procurat. De tutore loquitur etiam l. tutores. & l. vltim. §. defenſionem. Co. de adminiſtratione tutorum. Idem de procuratore cõſtitutum eſt, ſi diligenter inſpexerimus verba legum. Nam ſi certum ſit procuratorem mandatum habere, non cogitur ſatiſdare. & huc pertinet tit. C. de ſatiſdat. & Inſtitut. de ſatiſd. in leg. Si is qui procuratorem. de procurator. dicitur, ſi quis apud acta conſtituerit aliquẽ procuratorem ſuum, non exigi ſatiſdationem à procuratore, quia certum eſt eum procuratorem eſſe, ſed quoties dubium id eſt, ſatiſdatio exigitur. leg. prim. Cod. de procur. leg. & ſi pupilli ſupra, de neg. geſt. Quid ſi tutor victus fuerit omnino, non tantum à iudice ordinario, à quo appellatum eſt, ſed etiam à iudice, ad quam prouocauit, an actio & in ipſum tutorem danda ſit, an vero in ipſum pupillum? Et breuiter dicendum eſt, ſententiam latam in cauſa pupillari, aduerſus tutorem, aut pro tutore prodeſſe, aut nocere ipſi pupillo, non ipſius tutori. Nam quamuis tutor rem in iudicium deducat, id tamẽ non tam ſua cauſa facit, quam pupilli, & ideo actio iudicati datur pupillo, & aduerſus pupillum. leg. 2. hic. vbi notandum eſt, quod dicitur litigatorem condemnare. Idem in leg. 4. infra, de re iudi. vbi dicitur tutor quoque vel procurator, in eadem conditione ſunt, vt nõ debeant videri ſe liti obtuliſſe, & idcirco denegari in eos debet iudicati actio, niſi ſciẽtes, & prudentes actionem calumnioſam inſtituerint. l. non eſt ignotum. C. de

adminiſtrat. tuto. Tutor autem non tantum debet exigere ab extraneis debitoribus, ſed etiam à ſeipſo. l. quoties. hoc titulo primo. hic quæritur an ſoluens tutori liberetur? Et vt recte ſoluatur pecunia debita pupillo, & vt plena ſit ſecuritas ſoluentis, conſultum eſt, vt præter tutoris authoritatem accedat etiam decretum Prætoris. huc pertinet l. ait Prætor. ſup. de minorib. & §. pen. Inſt. quib. alien. lic. vel non licet. & leg. 1. C. ſi aduerſus ſolut. reſtit. huc quoque pertinet l. conſtitutionem. l. ſancimus. Co. eo. Et eſt conceptio in d. l. ſancimus. hoc enim non eſt intelligendum de reditibus, qui quotannis penduntur.

Secundo, ſi pupillus conueniatur, tutor eum defendere & tueri debet. l. tutoris. hic. idem dicitur in l. vlti. C. eod. ſed quæritur vter ſuſcipere iudicium debeat, an tutor, an pupillus? hæc quæſtio tractatur in leg. 1. hic. & dicitur tutori licere vtrum mallet, aut iudicium ſuſcipere, aut pupillum exhibere, qui eo authore iudicium ſuſcipiat: ita tamen vt pro his, qui fari non poſſunt, vel quia abſunt, ipſi tutores iudicium ſuſcipiant. Pro his autem qui ſupra ſeptimum ætatis annum ſunt, & præſto erunt, authoritatem præſtent. Ex hoc loco obiter notandum eſt, eum qui fari non poteſt, id eſt, infantem opponi ei, qui ſeptimum annum ætatis habet, quamuis videamus eos, qui nondum attigerunt annum ſeptimū loqui. Sed ego alias dixi in interpretatione cuiuſdam legis de verborum obligatione, infantem definiri eum, qui nondum eſt ſeptem annorum, verum quidem eſſe, quod infantes loquantur ante annum ſeptimum, ſed tamen oportuiſſe certum tempus definiri, ſicut etiam certum tempus definitū eſt pubertati. Et in huiuſmodi temporibus definiendis Iureconſulti noſtri maxime eius rationem habuerunt, quod plurimum accidit. Tutor autem conuentus pro pupillo bonam fidem agnoſcere debet, ſi videat iure peti, & debitum eſſe, quòd ab eo nomine pupilli petitur, non recte fungitur officio ſuo, ſi non ſatisfecerit. l. quoties, §. ſicut. hic. & l. ſi tutoris. C. eod. Addendum eſt etiam tutorem ipſum ſibi ſoluere poſſe, ſicut enim bonam fidem agnoſcere debet circa alias perſonas, ita etiam quod ſibi debetur, id ſibi ſoluere debet & poteſt. Alias ſi forte ſit debitum vſurarium ſibi imputare debet, ſi non à ſe ipſo acceperit.

Quarto, ad officium & adminiſtrationem tutoris pertinet, ex pecunia pupilli prædia comparare, ſi eius pecunia ad eam rem ſufficiat. l. ita autem. hic. Alioqui eam collocare, & fœnori dare debet. Et eſt in ea lege locus communis notandus de quæſtionibus facti. Et ideo hoc neceſſarium viſum eſt iuris authoribus, vt iubeāt coerceri tutorem, qui in hanc rem pecuniam pupilli non impendit. dict. leg. ob fœnus. l. tutor, qui repertorium. l. niſi. C. eod. Si autem tanta pecunia non ſit, vt ſufficiat ad prædij comparationem, ad vtilitatem pupilli fœnori danda eſt. l. ſi tutor. l. cum plures. cum ſeq. hic. Ex multis aliis locis idem facile colligi poteſt. exempla ſunt infinita, ſed tamen hoc abrogatum eſt noua Iuſtiniani conſtitutione 72. vt qui ſe res minor. obligat. Ea enim lege conſtitutum eſt, ne tutor cogatur pecuniam pupillarem fœnori dare. Experientia enim docuit id non ſemper vtile eſſe pupillis, quia fiebat nonnunquam, vt hominibus non idoneis illorum pecunia mutua daretur, & ita perderetur. Sed hoc iure, quod in Pandectas relatum eſt, cogitur tutor pecuniam pupilli fœnori dare. Imo poteſt tutor ipſe veluti quiuis extraneus, à pupillo mutuo accipere. l. non exiſtimo. hic. hoc tamen intelligendum eſt, modo palam, & bona fide id ab eo fiat. Nec obſtat dict. lex, ob fœnus. quia ſi id faciat palam, id ſibi vitio verti non poteſt. Huius ſtipulationis forma & conceptio cum pecunia pupillaris creditur, docetur in leg. quoties. hic.

Quinto, ad officium tutoris pertinet res pupilli non donare, nam quamuis domini loco habeatur, vt ſupra diximus: non tamen ei permittitur res pupilli perdere & diſſipare. l. cum plures. hic. Idem dicitur in leg. 1. infra de tutel. & ratio. diſtr. huc pertinet l. tutor. §. vltim. hic. & l. non omni. C. eod. tit.

Sexto, tutor non poteſt vendere res pupillares. Sed hoc quomodo accipiendum ſit docet Conſtantinus Imperator in l. lex quæ tutores. C. eod. qua derogat orationi D. Seueri, cuius mentio eſt in l. 1. de rebus eorum, qui ſub tutel. Ea oratione prohibeatur tantum alienatio prædiorum ruſticorum: vrbanorum autem admittebat. de hac venditione loquitur etiam, l. vlt. C. eod. quæ lectionem tantum deſiderat.

Septimo, tutor non tantum ipſe gerere debet pro ſua virili parte, ſed etiam ſi videat contutorem ſuum male verſari in adminiſtratione tutelæ, eum accuſare debet ſuſpecti, alias tenetur. l. etiam. hic. & l. actus. eod. tit. Nam quamuis à contutore ſuo non poſſit rationem actus ſui exigere, tamen poteſt, imo debet, eum ſuſpectum facere.

Octauo, conſilium tutor requirere debet eius cuius conſilio teſtator tutelam geri voluit. l. quidam decedens. 4. hic. in aliis libris eſt l. ita autem. §. Papinianus. eo. huc quoque pertinet l. Titium & Mæuium. hic.

Nono & vltimo, ad officium tutoris pertinet poſtquam finita eſt tutela, admonere pupillum ſuum, vt curatorem ſibi dari petat. d. l. ita autem. §. ſi tutor. hic. hæc pertinent ad adminiſtrationem pupillarem.

Cap. V.

De periculo tutorum vel curat.

PEriculum tutoris vel curatoris in eo eſt, quod actio tutelæ aduerſus eum detur, ſi quid fecerit, vel prætermiſerit aduerſus ea, quæ iam diximus. Et notandum eſt eum conueniri ex eo tempore, quo ſciuit ſe tutorem datum, & iuſſus fuerit tutelam ſubire. l. prima. hic. idem dicitur in leg. quidam. §. vltimo. l. qui iuſſus. & l. tutor. hic. hæc autem omnia accipienda ſunt, ſi appareat culpam tutoris interueniſſe. Non enim hoc generaliter & indiſtincte accipiēdum eſt: ſi damno aliquo affectus ſit pupillus: ſed intelligendum eſt, ſi culpa interuenerit tutoris, alia enim damna præſtare non cogitur tutor. l. ſi ſine. l. à tutoris. l. tutores. l. qui poſt. l. cum poſt. hic. Sed qua culpa hoc accipiendum ſit, quæritur, nec ſatis de eo conuenit inter iuris interpretes. Et breuiter dicendum eſt tutorem præſtare omnem culpam, non tantum latam, ſed & leuem. l. quicquid. C. arb. tutel. Sunt tamen duo loca, quæ videntur contraria, vnus eſt in l. tutor, qui repertorium. §. competit. hic. alter in l. 2. C. arbit. tutel. Ego ſæpe iam vos admonui in antinomiis explicandis videndum eſſe, an lex vna generalis ſit, altera ſpecialis, quia per ſpeciem derogatur generi. d. l. quicquid. generaliter loquitur. dict. lex. tutor qui repertorium, ſpecialiter propterea nulla hic dicenda eſt antinomia. Verum ita vnam legem hic interpretari debemus, vt exceptio ſit alterius legis. l. in toto. de regulis iur. Ratio autem huius exceptionis magna eſt, & eo omnia referenda ſunt, vt tutor ea præſtet quæcunque ad bonum patremfamilias pertinent. In his autem duobus caſibus leuis culpa bono patrifamilias imputanda non eſt. hic tractatur quæſtio huiuſmodi an tutor honorarius ſubeat periculum tutelæ? Et dicendum eſt excuſſis aliorum facultatibus eum teneri. l. 3. hic. Idem dicendum eſt de eo tutore, qui notitiæ cauſa datur. Quæritur etiam de patre an pater pro filio tutore dato teneatur? hæc quæſtio tractatur in l. Lucius. hic. vbi dicitur patrem actione de peculio & de in rem verſo teneri, nec multum videri in hoc caſu facere patris ſcientiam, & conſenſum ad obligandum eum in ſolidum, niſi forte contutore, vel quo alio volente eum facere ſuſpectum interceſſiſſet, & quaſi in ſe periculum recepiſſet. Sed huic ſententiæ con-

tiæ contraria videtur l. ſi filiusfamilias. ſupra de tutelis. vbi dicitur: Si filiusfamilias tutor à Prætore datus ſit, ſi quidem pater tutelam agnouit, in ſolidum eum teneri debere: ſi non agnouerit, duntaxat de peculio. Sed dicẽdum eſt dictam l. Lucius. loqui de tutore teſtamentario. dict. l. ſi filiusfamilias, de datiuo tutore, quem Prætor dedit.

Caſus igitur diuerſi ſunt, ſed an ratio quoque diuerſa ſit; Satis mihi videtur probabilis diuerſitatis ratio. fides & diligentia eius tutoris quem pater teſtamento dat liberis ſuis, probata videtur iudicio teſtatoris, vnde etiam videmus nullam ab eo exigi ſatiſdationem. In datiuo autem tutore aliud conſtitutum eſt. hæc diſtinctio Bartoli eſt & recepta, nec mihi videtur reiicienda: alius locus huius diſputationis eſt, in quo quæritur,

Cap. VI.

Quid veniat in hoc iudicium tutelæ.

SI intelligamus quid præſtet in hoc iudicio tutor, facile intelligemus quomodo actionis formula concipienda ſit. Primum in hoc iudicium venit, vt rationem reddat tutor adminiſtratæ tutelæ, & reliqua reddat ſi quæ reliqua ſint. l. tutorem. Cod. arbit. tutel. Quæſtio eſt de fructibus rerum pupillarium, an tutor reddere debeat fructus? Et certum eſt eum cogi ad fructus reddendos leg. ſi ſine. hic. Et quod magis eſt, dicitur non tantum cogi ad fructus reſtituendos, qui percepti ſunt, ſed etiam ad eos fructus, qui percipi potuerunt. Sed quid de vſuris dicemus? Et dubium etiam non eſt, quin debeantur, & peti poſſint iure ciuili. l. tutor, qui repertorium. hic. vbi eſt prolixa de his diſputatio, & locus communis notandus. Huc pertinet titulus Codicis, de vſuris pupilla. & coniungendus cum dicta leg. tutor, qui repertorium. Alia quæſtio tractatur de ſumptibus à tutore factis, an ſumptuum à tutore factorum ratio habeatur in hoc iudicio? Et dicendum eſt, ſi tutor ſumptus fecerit, vt ſe aleret, eorum non haberi rationem, eos nõ reddi. excipitur tamen vnus caſus niſi ſalarium ei conſtitutum ſit. Qui locus oſtendit tutelæ officium non eſſe gratuitum, ſi magna ſit inopia tutoris. l. à tutoribus. §. vltim. hic. alias non eſt dubium, quin ſumptuum in adminiſtratione rerum pupillarium factorum ratio habeatur, vt docebimus infra ſub titulo de tutel. & ration. diſtrahend.

Hæc actio ceſſat ſi teſtator prohibuerit rationem à tutore exigi. l. ita autem, §. quidam decedens. hic. An autem teſtator poſſit hoc cauere teſtamento ſuo, controuerſi iuris eſt apud interpretes, ſed tamen in dicta lege dicitur teſtatorem id prohibere. Ea tamen voluntas teſtatoris non eſt tantæ poteſtatis, ſi conſtiterit tutorem male verſatum eſſe in adminiſtratione tutelæ, vt non poſſit eo nomine conueniri, ſed tantum prohibetur ſcrupuloſa ratio. Huc pertinet, quod dicitur in leg. ſi ſeruus. de legat. 1. Simile eſt etiam, quod dicitur in leg. Aurelio. §. vbi. de liber. legat. Alia quæſtio huc pertinens tractatur pro qua parte tutores teneantur. Et animaduertendum eſt in primis, ſi plures tutores dati ſint pupillo, eos ipſo iure teneri in ſolidum, niſi diuiſa ſit inter eos adminiſtratio à magiſtratu, vel à teſtatore. l. tres tutores. & l. ſi duo. hic. Ex bono tamen & æquo ſi vnus conueniatur in ſolidum pro alio, etiam ſi non fuerit diuiſa adminiſtratio, datur exceptio. Harum autem exceptionum tria ſunt genera.

Prima ordinis dicitur, ſi vnus ex tutoribus conueniatur in ſolidum, poterit hanc exceptionem opponere, quæ ordinis dicitur, cum nihil geſſit & nihil gerere debuit, quia tutor honorarius tantum fuit. l. 3. hic. de hac re extat titulus in Codice Iuſtiniani, Si tutor vel curator non geſſ.

Secunda exceptio diuiſionis appellatur, quæ deficiente prima exceptione opponi ſolet, hæc autem exceptio competit cum omnes ſoluendo ſunt, vt diuidatur inter eum, qui conuenitur in ſolidum, & alios qui ſunt ſoluendo, actio. l. 2. Cod. de diuid. tute. l. 1. §. nunc tractemus. infra de tutel. & ratio. diſtrah. l. ſi plures. hic.

Tertia exceptio dicitur exceptio cedendarum actionum, exempli gratia, nulli fuerunt honorarij tutores, aut cæteri ſoluendo non ſunt, tunc in ſubſidium hæc ei ſupereſt exceptio, ſcilicet cedendarum actionum. Ille petit, vt ante omnia ei cedatur & præſtetur actio competens aduerſus contutores ſuos. l. 2. Cod. de diuid. tut. hæc exceptio eſt magni vſus, quia niſi cedat aduerſarius eam actionem, non condemnabitur tutor in ſolidum: huius ceſſionis mentio eſt in l. ex pluribus. hic. Notandum etiam hic eſt: Cum non ceſſerit actionem ſuam pupillus forſan, quia id ab eo petitum non fuerit, tamen ex bono & æquo viſum eſt tutori à quo ſolidum eſt exactum actionem in factum vtilem dari. l. 1. §. nunc tractemus. infra, de tutel. & ratio. diſtrah. de prima & ſecunda parte huius tituli diximus, nunc videndum eſt de tertia.

Cap. VII.

De agentibus & conueniendis vno vel plur.

HVic parti rubricæ reſpondet titulus Codicis, Si ex pluribus tutoribus vel curator. omnes, vel vnus & qui pendet ex titulo de pericul. tutorum. Certum eſt autem vnum ex pluribus tutoribus poſſe conueniri pro pupillo. l. Decreto § vltim. hic. Cum diuiſa eſt tutela, nõ eſt dubium, quin vnus agere vel conueniri poſſit, ſed tamen benigne permiſſum eſt vni tutori agere, ſi duobus ſimul tutela permiſſa ſit. Dicit autem lex benigne, quod id ob vtilitatem, & fauorem pupillorum receptum ſit, quod rigore iuris non admitteretur. Hinc quæſtio tractatur in leg. Inter tutores. 36. hic. Vnus ex pluribus tutoribus inter quos eſt diuiſa tutela. agit aduerſus debitorem pupilli, qui conuentus eſt, is obiicit compenſationem pecuniæ debitæ à pupillo ob adminiſtrationem alterius tutoris: tutor qui agit dicit ad ſe hoc non pertinere. quæritur an compenſatio locum habeat. Et Papinianus dicit locum habere compenſationem, quod pupillus ipſe agere videatur cum pupilli nomine agitur. Pupillus autem etiam pecuniam debet, ergo merito compenſatio locum habere debet. Diuiſio autem tutelæ iuris non eſt, quia omnes tutores in ſolidum ſunt tutores, ſed eſt iuriſdictionis, & venit à prætore qui tutelam diuidit.

TIT. VIII. LIB. XXVI. PANDECT.

DE AVTHORIT. TVTORVM.

Cap. I.

HIc titulus particula quædam eſt & appendix tituli præcedentis. Nam magna pars adminiſtrationis eſt authoritas, ſed quia hæc res pleniorem tractationem requirebat, ſeparatim hic titulus conſcriptus eſt. Habet autem hic titulus tres præcipuos locos. Primus eſt in quo quæritur,

Cap. II.

Quid ſit authoritas tutoris.

AVthorare dicitur tutor, cum approbat quod geritur cum pupillo. l. etiam. hic. videndum autem eſt quomodo authoritas interponatur in leg. 2. huius titul. Iuriſconſultus ait nullam eſſe differentiam, an authoritas tutoris non interuenerit, an perperam interpoſita ſit. In primis vt tutor authorare dicatur, eius conſenſus neceſſarius eſt. leg. prim. §. vltim. hic. Nam ſi tutor per vim retentus ſit, non ideo conſentire intelligendus eſt. leg. non multum. hic. Præter hunc conſenſum oportet

in ipſo negotio pupillo tutorem authorem fieri. l.obligari.§.vltim.hic.qui locus oſtendit non ſufficere ſolum conſenſum tutoris.Nam alias tutor poſſet per nuntium id facere,quod hic negatur. Alias conſenſus non requirit præſentiam in ipſo negotio,l.Labeo. ſupra, de pact. l.1.de contrah. empt. videtur tamen aduerſari l. ſi quis bona.§.iuſſus. de acquiren.hæreditat. vbi dicitur iuſſus eius qui alium in poteſtate habet, non eſſe ſimilis tutoris authoritati, quæ interponitur perfecto negotio:ſed præcedere debet. Sed quando dicimus in ipſo negotio, non dicimus tutorem non poſſe conſentire ſtatim contracto negotio: & hoc tantum dicitur ad excludendum conſenſum abſentis, qui per nuntium volũtatem ſuam declarare volebat.Ergo poteſt etiam incontinenti poſt contractum negotium author fieri præſens tutor. Quæ enim incontinenti fiunt, negotiis ipſis vel contractibus inſunt.leg. lecta. ſupra,de rebus credit.leg.iuriſgẽtium. §.quinimo.ſupr.de pact. in leg.obligari.§.vltim.hic.dicitur non requiri neceſſario præſentiam eius, qui cum pupillo contrahit. Præterea notandum eſt hanc authoritatem pure interponendam,nec admittere conditionem.l.& ſi conditionalis. hic. l. Actus legitimi.de reg. iur.licet non recenſeatur in dict.leg. actus. tutoris authoritas, addenda tamen eſt. Illic enim actus legitimi non recenſentur omnes in dict.leg.Iuris regula.Nec dicam ibidem omnes actus legitimos conditionem non admittere, ſed eos actus legitimos qui non recipiunt conditionem adiecta conditione vitiari, quia quæri poterat an conditiones iis actibus adſcriptæ pro non ſcriptis habeantur, an eos omnino vitient. Deinde quæritur, an neceſſaria ſit conſignatio & ſubſcriptio tutoris authorantis. Hæc quæſtio tractatur in leg.inter pupillos. hic. vbi dicitur aſſignationem tutoris neceſſariam non eſſe, vbi obiter nota modum reſpondendi Scæuolæ. Hinc quæritur in leg. accipientis.hic.an idem tutor datus duobus pupillis, ſi vnus aduerſus alterum agere velit,& è contra, quia opus habent tutoris authoritate, poſſit vtrique author eſſe, & ei qui agit & ei qui conuenitur? Et ibi dicitur vtrique fieri authorem, vulgo exiſtimant duo iudicia eſſe, non idem,ſed verba d.l.refragantur omnino, vbi alter dicitur edere iudicium, alter pupillus accipere. Idem autem tutor dicitur duplicem perſonam ſuſtinere hoc caſu intelligi. Sed aiunt, quomodo iurabunt de calumnia? Poteſt,ſi factum incertum ſit & probatio pendeat ex teſtimoniis, quæ non nota & incognita ſint tutori,& vna hoc caſu ſufficit authoritas & vtrique applicatur pupillo. Alius locus huius tituli eſt,

Cap. III.

De perſonis quæ authorare poſſunt.

TVtor & curator poſſunt authorare,quod ex rubrica hic ſatis intelligitur. in leg. 4. huius tituli dicitur vnius tutoris authoritatem ſufficere, ſi forte plures tutores eidem pupillo dati ſunt. Hęc autem quęſtio plenius deciditur in leg. vltim. C.de autho.præſt.quæ conſtitutio eſt edita ad ius vetus emandandum,cuius mentio eſt apud Vlpianum in fragmentis Inſtitutionum. Excipit autem Iuſtinianus in d.l.vlt. vnum caſum,niſi tale negotium geratur quod tutelæ finem imponat, cuiuſmodi eſt arrogatio. Hoc enim caſu omnium tutorum authoritatem requiri, & interuenire debere conſtituit.Præterea notandum eſt eos qui non gerunt tutelam non poſſe authores eſſe ſuis pupillis. l.4.hic. Nec obſtat lex pupillum. infra, de acquiren. hæred.quæ vt contraria d.leg.4. huius tituli opponitur: in illa enim lege dicitur etiam eos qui non gerunt tutelam, poſſe authores eſſe pupillo. Sed ego intelligo d.l.4.huius tituli, de honorariis tutoribus, vel datis notitiæ cauſa, quod hi non poſſint authores eſſe. quibus non eſt conceſſa adminiſtratio. In d. l. pupillum. dicitur eum,qui tutelam non gerit, poſſe etiam authorem eſſe. Longe diuerſa eſt ratio vtriuſque legis. Quidam enim gerere non poteſt, cui tamen non eſt denegata adminiſtratio.

Alia quæſtio tractatur de curatore impuberis in leg. curatorem. hic. vbi dicitur curatorem etiam impuberi dari poſſe. Sed ad ea quæ ſolennitatem iuris deſiderant explicanda,authoritatem tutoris requiri.in leg.cum in vna.inſ.de appell.exemplum eſt de ſolennitate iuris, ad adeundam hæreditatem non poteſt curator impuberis author ei eſſe,ſed dandus eſt ad eam rem tutor,quia hæc maiorem ſolennitatem requirunt,vt & ad nuptias contrahendas neceſſario dandus eſt impuberi curator, vt Vlpianus in fragmentis etiam notat. Cæcus etiam poteſt author eſſe,l.etiam.hic. ſed quæſtionem, & dubitationem facit l.luminibus.Co.qui tutor.dat. poſſ.vbi dicitur cæcum tutorem dari non poſſe, verum eſt non prodeſſe pupillo cæcum habere tutorem, tamen ſi poſt acceptam tutelã factus fuerit cæcus, nihil obſtat quominus autor fieri poſſit, quia cæcitas non adimit iudicium. Ego contra omnium ſententiam in diſputationibus anniuerſariis cap.23. docui & oſtendi cæcum etiam iudicem dari poſſe. Quæritur an tutor cogendus ſit authorari, ſi forte author eſſe nolit? Hæc quæſtio tractatur in leg.tutor. & in l. ſi tutor.& dicitur tutorem cogẽdum non eſſe. Si tamen ſine iuſta cauſa authorare recuſauerit,actio tutelæ pupillo dabitur in ipſum tutorem.

Cap. V.

De vſu & effectu huius authoritatis.

MAgna eſt vtilitas & magnus effectus huius authoritatis. Primum,nullum negotium recte cõtrahitur ſine hac authoritate, ex quo obligetur pupillus.l.obligari.hic.ſtipulando tamen pupillus poteſt ſibi acquirere etiam ſine tutoris authoritate:huius rei multa exempla ſequuntur ſub hoc titulo. l. impuberis. & l. poteſt.hic. De iudicio criminali quæri poteſt vtrum tutor quoque author pupillo ſuo eſſe debeat. Et in l. Clarum.Co.de authorit.præſtand.dicitur in his etiam iudiciis tutoris authoritatem requiri, ſiue pupillus accuſetur, ſiue alium accuſet. Ea tamen conſtitutio apud nos antiquata eſt moribus noſtris. Non enim obligatur pupillus ſine tutoris authoritate,niſi locupletior factus ſit. l.pupillus.§ pupillus, hic. Hinc oritur quæſtio: quid ſi ipſo tutore authore contraxerit pupillus cum tutore ſuo? Et dicitur in le. 1. hic authoritatis interpoſitionem hoc caſu valere, ſi adeundo hæreditatem pupillus fiat debitor tutoris. Idem dicitur in l.pupillus. hic. An autem pupillus naturaliter obligetur accipiendo pecuniam. Ex his quæ diximus tractatur alia quæſtio in l. defendente.hic. vbi eſt exemplum conficiendorum actorum. Aliud habetis in l.proxime.infra. de his quæ in teſta. delent. *faciat iudicata.* Hinc moris eſt apud nos,vt poſt ſententiam fiat præceptum condemnato, cui niſi pareatur,procedatur ad executionem.Ex hoc etiam loco notandum eſt pupillum non adiiſſe hæreditatem tutore authore:qui nouellus curator dixit,abſtineo pupillum.Vnde etiam Scæuola reſpondit pupillum proponi abſtentum.

TIT. IX. LIB. XXVI. PANDECT.

QVANDO EX FACTO TVTORIS VEL CVRAT. MINORES.

Cap. VI.

DVo ſunt loci præcipui huius tituli qui pendent ex generali titulo de adminiſtrat.tuto.Primus eſt quando ex facto tutoris minor agere poſſit. alter eſt quando

quando ex facto tutoris minor poſſit conueniri.

Cap. VII.

Quando ex facto tutoris minor agere poſſit.

Notandum eſt & pro regula firmiſſima habendum, ex negotio contracto, à tutore nomine pupilli, vtilem actionem pupillo competere, n on directam, l. 2. & l. tutor. hic. Idque ideo, quia regula & ratio iuris repugnant. Nemo enim alteri actionem acquirit. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verbor. oblig. Inuenta ſunt ſtipulationes vt vnuſquiſque ſibi acquirat, non alteri: vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, vt hoc caſu detur actio vtilis pupillo contra ſtrictam rationem & iuris regulam, aduerſus eum, qui cum tutore aut curatore contraxit. Si igitur tutor contraxerit aut ſenecontram obtinuerit nomine tutorio, actio ex eo contractu, aut iudicati non tutori aut curatori dabitur, ſed ipſi pupillo. l. 1. C. eod. hæc de priori loco.

Cap. VIII.

Quando ex facto tutoris minor conueniri poſſit.

Et in primis certum eſt minorem ex facto tutoris, id eſt, ex contractu conueniri poſſe. l. poſt mortem. l. tutori. l. 1. C. eod. & l. vltim. hic. eadem ratio eſt partis, quæ toties. Tutor qui erat cohæres pupillo cautum totum, & ei aduerſus ipſum pupillum actio dabitur pro parte pupilli. Quæſtio hic tractatur ad hunc locum maxime pertinens, an ex dolo tutoris minor conueniri poſſit? Hæc quæſtio tractatur varus in locis huius tituli, & aliorum titulorum iuris. Sed breuiter ſciendum eſt, ſi dolus extra rem pupilli admiſſus ſit, eo nomine pupillum non conueniri. Abſurdum enim eſſet ob quemcunque dolum, in quacunque re admiſſum, à tutore pupillum conueniri. l. 4. hic. Si in adminiſtratione tutelæ tutor dolum admiſerit, dicendum eſt pupillum teneri, ſi modo locupletior factus ſit. Hoc pertinet l. 3 huius tituli. Alia quæſtio tractatur, an pupillus conuentus ex contractu cum tutore ſuo inito poſſit illum tutorem vocare vt authorem? Gallice dicimus *appeller à garand.* An vero ut adſit cauſæ, Gall, *ſommer à garand.* Quidam exiſtimant tutorem p ſſe vocari à pupillo ſuo, non vt authorem, ſed vt adſit tantum cauſæ, & ſuſtineat cum pupillo litem: non vt teneatur tutor pupillum indemnem omnino præſtare, & remouere omnino à lite.

Secundo, tenetur pupillus ex dolo ſui tutoris, ſi idoneus ſit & ſoluendo. l. 1. hic vbi caſus eſt de iureiurando in litem, vbi iuriurando in litem non eſt locus, alias ob dolum poſſeſſoris iuratur in litem. l. in actionibus. de in litem iurando. Sed ob dolum tutoris in litem non iuratur in infinitum contra pupillum, viſum eſt iuris authoribus, ſi detur actio aduerſus pupillum, ne perueniatur ad iuſiurandum in litem. Damnatur ergo pupillus ob dolum tutoris, ſi rem ſuam à tutore ſeruare poſſit. Si vero hæc duo non concurrant, eatenus tenebitur vt cedat actionem ſibi competentem aduerſus tutorem: & ea ratione liberatur. l. vltim. ſupra de adminiſt. tutor. Sed aduerſari videtur l. neque interdicto. infra de regul. iur. ſed ego puto hanc legem loqui de dolo tutoris qui extra rem pupilli admittitur, non de dolo admiſſo in re pupillari, le enim interdum nocet. l. 4. hic. ſed quomodo nocebit pupillo dolus? In libera poteſtate tutoris dolus nõ continetur. l. creditor. ſupra mand. l. ſi pater. de his quæ in fraudem creditor. l. in peculio. ſupra de pecul. Cum alicui datur adminiſtrandi poteſtas non conceditur illi vt dolum admittat. verum eſt, ſed nihil minus pupillus tenetur dictis caſibus ex dolo tutoris. Sed ipſe tutor tenetur pupillo quemadmodum procurator, qui dolum admiſit tenetur domino actione mandati, ſi propter eius dolum damno afficiatur dominus: non enim hæc mandaſſe videtur, licet generaliter mandauerit.

IN TIT. X. LIB. XXVI. PANDECT.

DE SVSPECT. TVTOR.

Huius tituli octo ſunt loci præcipui Primus eſt in quo quæritur, Vnde deſcendat ſuſpecti poſtulatio ſeu accuſatio. Et iuriſconſultus in leg. 1. hic. oſtendit eam deſcendere ex lege duodecim tabularum: vnde ciuilis & legitima dicitur. Crimen autem vocatur quia actio ciuilis non eſt, ſed potius accuſatio quædam, & hic criminale potius iudicium quam ciuile. Extra ordinem enim puniuntur tutor ſuſpectus, & notatur ei infamia, hoc iudicio non agimus ad commodum priuatum vt in ciuilibus iudiciis fit. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur.

Quis poſtulet ſuſpectum, aut tutorem ſuſpectum faciat.

Hæc accuſatio quaſi publica eſt. l. 1. §. conſequens, hic. vt liberi ex populo competit, licet coniunctæ perſonæ facilius admittantur quam extraneæ. l. 1. §. notandum. hic & l. pietatis. C. eo. tit. quaſi publicam diximus, quoniam ea iudicia publica dicuntur quorum accuſatio cuilibet patet. §. 1. Inſtit. de public. iudic. quamuis aliquando docuerim hanc non eſſe definitionem publicorum iudiciorum, ſed etymologiam tantum, publica enim iudicia ſunt quæ ex certis & publicis legibus deſcendunt, quorum iudiciorum ordo conſtitutus eſt totius cognitionis & proceſſus l. Ordo. de public. iudic. vt qui teſtes admittendi, qua pœna plectendi rei, quæ dilationes dandæ, non quod ſingulorum ex populo accuſatio eſſet. Olim animaduerſio in facinoroſos homines erat populi: ſed quia illorum criminum vindicatio maxime ad publicum ſtatum pertinebat, publica dicuntur: quæ ergo illis legibus attribuuntur, publicis iudiciis non conueniunt, ſuſpectis tutoribus, nisi hoc vnũ quod cuilibet pateat hæc accuſatio. Separatus erat ordo in ſingulis iudiciis, non eſt ergo accuſatio ſuſpecti tutoris publica, quod ex hoc apparet: nam remotus non ob dolum infamia non notatur. l. infamem. infra de public. iudi. Varie appellatur hoc iudicium: aliquando appellatur accuſatio, aliquando crimen, aliquando actio. Vocabulum actionis latiſſime accipitur, vt actio perduellionis apud Ciceronem pro accuſatione. Rarius apud Iuriſconſultos pro accuſatione accipitur: ſolent enim accuſationes ab actionibus diſtinguere: ſed quæſtio eſt an impuberib. hæc accuſatio cõpetat. Et iuriſconſultus in l. impuberibus. ait, impuberibus non competere. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Quis ſuſpectus poſtuletur.

Et ex l. 1. §. oſtendimus. hic. apparet nullum eſſe tutorem cuiuſcunque generis ſit qui non poſſit ſuſpectus accuſari, etiam teſtamentarius, cuius tamen fidem teſtator ſecurus eſt, ſuſpectus poſtulari poteſt. l. 3. & 4. hic. Alius locus eſt huius tituli in quo quæritur,

Apud quos hæc accuſatio inſtituatur.

Hic locus explicatur in l. 1. §. damnis. hic. & l. cognitio. ſupra de officio eius cui mand. eſt iuriſdict. ſuſpecti tutoris crimen quod ſpecialiter lege defertur, iure magiſtratus non competit. leg. 2. §. ſuſpecti. infra ad Turpill. vnde videtur hæc cognitio non poſſe mandari, vel mandata iuriſdictione non tranſire cum iuriſdictione. dict. leg. prim. de officio eius cui mandata. Sed tamẽ mandata iuriſdictione generaliter in legatum hæc ſuſpecti tutoris cognitio tranſire dicitur. dict. leg. cognitio. qua autem ratione id fiat apparet ex verbis eiuſdẽ, l. propter vtilitatem pupillorum. Vlpiano ergo viſum eſt à ratione iuris recedendum eſſe propter vtilitatem pupillorum, hęc cauſa, vtilitas pupillorum hoc poſtulat,

vt celerius & facilius remoueatur tutor: vt ſi forte præſes grauioribus negotiis implicitus non poſſit huic cognitioni operam dare. Hæc autem ſuſpecti tutoris cognitio non competit iure magiſtratus, ſed lege ſpeciali competit, quoniam merum imperium non tranſit. Ergo neque mandatur niſi propter vtilitatem pupillorum. Alius locus huius tituli eſt,

De officio magiſtratus apud quem hæc accuſatio inſtituitur.

MAgiſtratus de hac accuſatione pro tribunali cognoſcere debet nõ de plano, leg. 1. §. ſuſpecti. infra ad Turpil. eſt enim grauiſſima cauſa cum agitur de fama tutoris & pupilli vtilitate. Deinde ad officium magiſtratus qui de hac accuſatione cognoſcit, pertinet, vt ſuſpectum tutorem remoueat pendente hac accuſatione, quandiu pendet hoc iudicium, & ei interdicat adminiſtratione tutelæ, ne amplius graſſetur. l. eum quem. hic. Alius locus huius tituli eſt, in quo tractatur

De cauſis ob quas competit hæc actio.

HIc locus explicatur in leg. 3. §. nunc videamus. hic. Et tota diſputatio hoc in ſumma habet, quod propter fraudem, negligentiam, & deſidiam ſuſpectus tutor remoueatur. Item facultatum aliquando ratio habetur, quæ tamen conſideratio tanta non eſt, quanta eſt morum, vt propter paupertatem ſtatim quis vt ſuſpectus remoueatur, ſicut in teſtibus. l. 3. de teſtibus. l. ſuſpectus. l. impuberib. l. ſuſpectum. hic. l. 3 & l. poſtulantis. C. eo. Alius locus huius diſputationis eſt, in quo quæritur,

Quando hæc accuſatio inſtituatur.

HÆc accuſatio inſtituitur manente & durante adhuc tutela. l. 1. C. eo. poſt finitam autem tutelam nimis ſero inſtitueretur. Vnde ſi cœpta ſit hæc accuſatio, & pendente lite finiatur tutela, ſoluitur quoque hæc accuſatio: adeo vt nulla ſequatur condemnatio. l. poſt finitam, hic. Alius locus ſequitur,

De pœna quæ in hoc iudicium venit.

PRimum remouetur tutor ſuſpectus, eſtque hic precipuus finis huius accuſationis, deinde ſi quid atrocius admiſerit tutor, extra ordinem coercetur. l. 1. §. vlti. & l. 2. hic. quo caſu remittitur ad præfectum puniendus ſeuerius, cuius poteſtas eo tempore maior erat quam prætoris. Præterea hoc iudicium & ſententia inurunt infamiam ſi ob dolum ſuſpectus ſit tutor. l. 3 §. vltim. hic. & §. ſuſpectus. Inſt. eod. ſi ob negligentiam aut culpam remotus ſit, infamia non notatur. An autem remotus tutor ob latam culpam infamia notetur, quæritur? Et dicitur non notari, licet alias lata culpa dolo cõparetur, & ita interpretamur dict. §. ſuſpectus. hoc docui in tractatu de in litem iurando.

Ego vero puto latam culpam etiam dolo hic comparari, & intelligo dict. §. ſuſpectus. de leui culpa. latæ enim culpæ dolus eſt adeo proximus vt nihil ſupra. l. quod Nerua, depoſi. l. 1. ſi menſor falſ. mod. dix. Pœna ergo eſt vt remoueatur ſuſpectus tutor. Excipiuntur cõiunctæ perſonæ quæ non facile remouentur: ſed adiungitur iis tutor vel curator vitandæ ſuſpicionis cauſa. l. ſi tutor, hic.

TIT. I. LIB. XXVII. PANDECT.

DE EXCVSATIONIBVS TVTORVM.

HVius tractatus præcipui quidam loci ſunt quos ordine recitabimus. Primus eſt in quo quæritur,

Quomodo fiat excuſatio.

FOrma huius excuſationis hæc eſt. In primis profeſſio huius excuſationis fieri debet apud tribunal, apud magiſtratum, vel apud acta, vt dicitur in le. ſcire oportet hic. Modeſtinus Græce ſcripſit, cuius ſcripta omnia male verſa ſunt, melius ergo eſt ipſum Græcum authorem conſpicere. Deinde qui vult ſe accuſare, poteſt libellos dare, id eſt, per libellum ſe accuſare apud magiſtratum. Aduerſari tamen videtur quod dicitur in leg. excuſare. hic. vbi Iuriſconſultus ait tutorem datum non poſſe ſe excuſare per libellos. Sed hoc ita accipiendum eſt, vt totum hoc negotium non poſſit peragi per libellum, vt ei libello ſubſcribat ſtatim magiſtratus. Sic accipitur libellus in pleriſque locis iuris noſtri, veluti in leg. nec quicquam. § vbi decretum. ſupra de offic. proconſul. & dict. leg. excuſare. hic. per hanc legem poteſt explicari, quod vulgo male intelligitur. Poteſt ergo tutor per libellos ſe excuſare, ſed non vt ſtatim ſubſcribat ei libello magiſtratus, id enim tantum fit cum cauſæ cognitione. Poſtquam profeſſus eſt tutor nolle ſe tutelæ onus ſubire, cauſáſque excuſationis protulerit, ſi cauſa cognita, admiſſa ſit eius excuſatio, liber erit ab omni periculo. l. ſi tutor. Co. eo. quid ſi eius qui male electus & nominatus eſt tutor excuſatio non admittatur? Prouocare poterit. l. ſcire oportet. in principio. hic. & l. tutores. Cod. eod. Idem dicitur in leg. infra, quando appell. ſit.

Quando ſe excuſare debeat tutor.

CAuſæ excuſationis allegandæ ſunt intra quinquaginta dies, vt dicitur in d. l. ſcire oportet. hic. & leg. quinquaginta. C. eod. Hoc autem tempus 50. dierum incipit cedere ex quo ſe tutorem eſſe datum ſciuit: quid ſi tutor ſit datus qui aberat? Et ſi quis abſens datus ſit tutor cum abeſſet centum miliaria ab vrbe, ei numerabuntur viginti miliaria in ſingulos dies & poſtquam in vrbem peruenerit, alios triginta dies habebit ad probandam ſuam excuſationem: ad perſequendam autem ſuam excuſationem poſtquam cauſæ excuſationum propoſitæ ſunt, dantur quatuor menſes. d. l. quinquaginta. hic. Præterea notandum eſt hoc tempus cedere ex quo quis datus eſt tutor pure ſine conditione aut die. Nam ſi quis tutor datus ſit ſub conditione aut die, quod fieri teſtamento poteſt, vt ſupra docuimus, tempus hoc non cedit antequam conditio aut dies aduenerit. l. Titius. hic.

De cauſis excuſationum.

IN primis excuſatio admittitur propter ſtatus pupilli, & tutoris diſparitatẽ, ſi alter ingenuus ſit, alter vero libertinus. l. 1. & l. cũ ex oratione. hic. l. 3. C. eo. hæc quæ hic dicuntur ſequuti ſunt, qui mores noſtros introduxerunt, quibus nobiles ſe excuſare poſſunt ſi dentur tutores plebeiis, quòd ſcio receptum eſſe.

Secundo, excuſatur tutor propter matrimonium aut ſponſalia. l. 1 & l. 4. hic. Puta ſi vir vxori ſuæ datus ſit tutor aut curator, is excuſationem habet. l. maritus. C. qui dari tutor. poſſunt.

Tertio, ætas excuſat à tutela. l. 2. hic. quod eſt intelligendum de ætate ſeptuaginta annorum, de qua ætate titulus eſt in Cod. Iuſtiniani, qui ætate ſe excuſa*n*t. Locus autem communis notatu dignus eſt in dict. leg. 2. de ætatis probatione. Ego id declaraui ſupra ſub titulo de probat. quomodo per natales ætas probetur.

Quarto, numerus etiam liberorum à tutela excuſat. leg. 2. hic. Huc pertinet titulus Cod. qui numero liberorum ſe excuſa. Vacatio munerum olim concedebatur apud Romanos vt allicerentur homines ad liberos procreandos, quia putabatur hoc maxime pertinere ad reipublicæ vtilitate: quod ego latius declaraui lib. 1. diſput. de iure trium liberorum. addenda eſt etiam l. bello. hic.

Quinto, numerus quoque tutelarum excuſat à tutela, ſi quis tres tutelas non affectatas habeat, excuſatur à tutela l. 2. 3. 4. 5. 6. l. ſpadonem. l. ſi quis inter. leg. non tantum. l. ſi quis tres. hic. Huc pertinet. tit. C. qui muner. tutel. ſe excuſ. vbi eſt de hac re copioſa diſputatio.

Sexto, propter profeſſionem quis excuſatur à tutela. l. ſi duas. & l. 6. hic. vt ſunt grammatici, rhetores, ſophiſtæ, &c.

ſtæ &c. vbi etiam numerus profeſſorum qui vacationem habent recenſetur. Vnde notandus eſt locus communis de priuilegiis profeſſorum, ſed hoc eſt intelligendum de his profeſſoribus qui profeſſionem ſuam exercent.l. generaliter. de epiſco. & cler. & l. qui ſub prætextu. C. eodem. Idem dicitur de clericis, vt iis tantum clericis priuilegia concedi intelligatur qui ſunt in miniſterio eccleſiæ.

Septimo, adminiſtratio reipublicæ iuſtam tribuit excuſationem à munere tutelæ. l. Athletæ. & l. non tantũ. hic. Sed ſciendum eſt d. legem non loqui de iis magiſtratibus qui in magiſtratu ſunt, ſed de his qui aliquando adminiſtraturi ſunt. Adde l. adminiſtrantes. hic.

Octauo, ob inimicitias quis excuſatur à tutela. d. l. Athletæ. hic. & Inſtit. eo. titul. vbi dicitur hoc ſimpliciter accipiendum non eſſe.

Nono, iuſta eſt excuſatio à tutela, ſi quæſtio ſtatus mota ſit inter pupillum & tutorẽ, modo id per calumniam aut fictionem factum non ſit. l. 2. hic.

Decimo, ruſticitas, & literarum imperitia excuſat. l. 2. §. ſimiliter, & Inſtitut. eodem. Sed videtur lex 1. huius tituli contraria eſſe. Ego alias docui cap. 3. diſputat. anniuerſ. quid ſit literas neſcire, aliter quam hactenus explicatum ſit. Sed vt conciliemus hæc duo loca, notandum eſt exceptionem addi reſcripto Diui Seueri ex d. l. 1. hic, ſi modo expers negotiorum non ſit. Poteſt etiam aliter conciliari hæc antinomia, vt ſi hæc reſponſa ſibi mutuo coniungantur, quia narratio tantum eſt & hiſtoria, vt a conciliamus plures leges.

Vndecimo, excuſat etiam à tutela paupertas, ſi quis adeo inops ſit vt cõſtet eum impatem oneri iniuncto. vt dicitur in l. paupertas. & l. poſt ſuſceptam. hic. quando autem quis pauper iudicandus ſit non poteſt certa regula definiri, quamuis aliquando in certis caſibus in iure reperiatur expreſſum, vt pauper eſſe definiatur, qui non habet quinquaginta in bonis, vbi pauper accuſare prohibetur. Hoc caſu & aliis exceptis nulla certa regula definiri poteſt, an quis pauper ſit. Iuſtinianus autem ait pauperem hoc caſu eſſe qui impar ſit oneri iniũcto.

Duodecimo, militia quoque & miſſio militaris à tutela excuſat. Huc pertinet titu. de excuſat. veter. & l. ſed & milit. hic. à conueteranorum tamen tutela non excuſantur veterani. Vnum hic notandum eſt quod dicitur de milite impubere in d. l. ſed & milites. §. qui autem. hic. Poteſt ne impubes miles eſſe? Et reperitur in iure ciuili mentio non tantum militum impuberum, ſed etiam impuberum tribunorum. Quidam putant, hoc negligentia imperatorum accidiſſe, qui permiſerint ad hos honores impuberes peruenire. habetis hac de re textum expreſſum in leg. vltim. C. de milit. teſtamen. & §. iam vero. d. l. ſed & milites. ſed ego alias dixi illum locum & alia ſimilia accipienda eſſe de ſimulata militia ex Suetonio in Claudio, quę militia tituloṫenus militia erat. Huius militiæ mentio eſt in Epiſtolis Ciceronis libro ſeptimo, ad Trebat. cum ait: Sum admiratus cur Tribunatus commoda dempto præſertim labore militiæ contempſeris.

Decimotertio, abſentia reipublicæ cauſa excuſat à munere tutelæ. l. non ſolum. & l. adminiſtrantes. hic. Huc pertinet titulus C. ſi tutor reip. cauſa abfuer. quibus ex legatione reuerſis annus vacationis tribuitur horum munerum.

Decimoquarto, aduerſa valetudo aut vitium corporis, ob quod non poſſit quis huic oneri ſupereſſe, excuſat etiam à tutela. l. non ſolum. & l. poſt ſuſceptam. hic. huc pertinet tit. C. qui morb. ſe excuſ. qui autem morbi ſint qui excuſent à tutela, ſcire poſſumus, ex titulo de ædilit. edicto ſupra. Hinc quæſtiones aliquot tractãtur de quibuſdã perſonis, veluti de ſpadone: an ſpado excuſetur à tutela. Et Iuriſcõſultus reſpõdet in l. ſpadonem. hic. non excuſari. Idem de capto vno lumine dicendum eſt. hic enim non excuſatur. l. frater. Cod. eodem.

Decimoquinto, priuilegium & immunitas à principe conceſſa excuſat etiam à tutela. leg. non tantum. hic. Hæc priuilegia ſolebant olim concedi nobilibus à ciuitatibus. l. Iuriſperitos. §. pen. l. adminiſtrationis. §. vlt. & l. vlt. hic.

Decimoſexto, lis eſt iuſta cauſa excuſationis, ſi quis litem habeat cum minore pupillo. l. propter litem. hic. Idem dicitur in le. ſi vt allegas. C. de excuſa. tut. Sed notandum eſt Nouella Iuſtiniani quæ inſcribitur, vt hi qui obligat. habere ſe perhib. huic iuri derogatum eſſe: hac enim conſtitutione plectitur graui pœna, quia celauit ſe debitorem eſſe pupilli cum tutor daretur. Huic ergo iuri locus eſſe non poteſt, niſi poſt ſuſceptã tutelam tutor pupilli debitor factus, ſit: tunc enim poteſt petere ſine pœna ſe liberari onere tutelæ iam ſuſceptæ. Quod de lite diximus obtinet etiam ſi quis vereatur ne litem cogatur inſtituere nomine pupilli cum coniuncta ſibi perſona. l. humanitatis. C. eod. tit. Ex ea lege colligitur interpretatio edicti prætoris de poſtulando, *His qui aduocatos non habebunt, ego dabo.* Nam certæ ſunt perſonæ quæ poſtulare prohibentur, niſi contra certas perſonas, & pro certis quibuſdam perſonis.

Decimoſeptimo, diſtantia locorum iuſtam præſtat excuſationem à tutela. l. propter litem. §. licet. hic. & l. 2. Cod. eod. titul.

Decimooctauo, munus etiam à principe iniũctum excuſat à tutela, Gallice *vne commiſſion du Roy.* veluti cum ad tempus à principe alicui munus aliquod iniunctum eſt, interim is excuſatur. l. Geometræ. hic. non loquitur de magiſtratu. *car c'eſt vne autre choſe.* Idem habemus in l. iuriſperitos. & in l. adminiſtrantes. hic. Vnde quidam perperam colligunt officia publica perpetua eſſe debere, & ad hoc probandum citant hanc legem: ſed Iureconſultus noluit dicere eum honorem non poſſe finem accipere, ſed dicit tempus præfinitum non eſſe, inter quæ magna eſt differentia.

Decimonono, munus publicum excuſat à tutela. l. menſores. hic. & l. exactores. C. eod. tit.

Vigeſimo, exilium perpetuũ, non temporariũ excuſat quoque à tutela. l. plane. hic. Exilium autẽ hic accipiendum eſt, quod fit ſalua ciuitate, vt ego docui in diſput. ann. c. 37. de crimi. dixi exilium variam habere ſignificationem, vt exul aliquando dicatur etiam, qui ciuitatem non amiſit, vt Ouidius:

Quippe relegatus dicor non exul ab illo.
Parcáque fortuna ſunt tibi verba mea.

In eadem ſignificatione reperitur etiam in iure ciuili. veluti in l. ſed & ſi quis. ſupra ſi quis caut. & l. exiliũ. infra de interdict. & releg.

Vigeſimoprimo, is etiã qui domiciliũ nõ habet in eo loco vbi tutela gerenda eſt, excuſatus à tutela. l. vlt. & l. iuriſperitos. §. vlt. hic. & l. Idẽ Vlpianus. §. vlt. q̃ lex male verſa eſt, in ea legẽdũ eſt, vtrumq;, vbi interpres vertit alterutrũ. Ex huiuſmodi cauſis, & aliis ſimilibus, volui tãtũ præcipuos attingere. Excuſatur tutor vel curator à tutela, vel cura. Ex ſupradictis naſcitur quæſtio q̃ tractatur in d. l. ſpadonem. §. qui iure. hic. an coaceruatæ aliquot ſpecies imperfectæ quas recenſuimus excuſationẽ à tutela præſtent. Diximus ætatẽ ſeptuaginta annorũ excuſare, numerũ triũ liberorũ, numerũ trium tutelarũ. Ponamus quendã ſexaginta annorũ eſſe, eundem duos liberos & duas tutelas habere, an excuſabitur à tutela? Videtur hoc caſu excuſatio cõpetere ſecũdũ illud vulgare dictũ, quæ nõ proſunt ſingula multa iuuant: & tamẽ dicitur in d. §. q iure. ob tales ſpecies imperfectas excuſationẽ nõ cõpetere. Notãdũ eſt præterea quãuis ob dictas cauſas excuſetur tutor, tamẽ ſi ob tutelã alicu-

qui teſtamento datus eſt tutor, aliquid legatum ſit à teſtatore, ſi ſe excuſauerit à tutela, legatum non debere conſequi. l. legatarius. & l. ſeq. l. neceſſarios. & l. amiciſſimos. hic. quod tamen cum exceptionibus in d. l. expreſſis accipiendum eſt. hactenus de cauſis excuſationum, ſequens locus huius tituli eſt

De his qui ſe excuſare non poſſunt.

EX eorum numero eſt libertus, ſi libertus tutor datus ſit à patrono liberis ſuis, ſe excuſare non poteſt. habet tamen hic caſus plures diſtinctiones. l. liberum. l. nequaquam. l. iuriſperitos. §. vlt. l. Titius. §. vlt. hoc tit. Is etiam qui promiſit patri liberorum ſuorum ſe tutelam ſuſcepturum, id munus detrectare non poteſt, etiam ſi alioqui iuſtam exceptionem habeat. l. ſpadonem. §. 1. hic. In Codice Iuſtiniani ſequitur titulus, ſi tutor aut curator ex falſis allegationibus excuſat. ſit, de quo hic aliquid dicemus.

TIT. LXIII. LIB. V. C.
SI TVTOR AVT CVRATOR.

EX hoc titulo notandum eſt, ſi tutor ex falſis allegationibus excuſatus fuerit, eum nihilominus tutelæ periculum ſuſtinere. Ipſo enim iure excuſatus non eſt. Notandum eſt etiam, hoc ius ſingulare eſſe. Nam alias cum ob falſas allegationes, inſtrumenta, teſtimonia & religio iudicantis ipſa ſententia lata ipſo iure nulla non eſt: & ideo opus eſt aduerſus eum in integrum reſtitutione. l. diuus. infra de re iudic. Et ita intelligendus eſt totus ille titulus Iuſtiniani, ſi ex falſis inſtr. iudic. ſit.

TIT. II. LIB. XXVII.
PANDECT.
VBI PVPILLVS EDVCARI VEL MORARI DEBEAT.

HIc titulus duo capita complectitur. Primus locus vbi pupillus educari debeat, alter eſt de alimentis pupillo præſtandis. In Codice Iuſtiniani extant duo tituli, huic noſtro reſpondentes. hos omnes hic explicaturi ſumus, quod ad primum attinet,

Vbi pupillus educari debeat.

CVm quæritur vbi pupillus educari debeat, id à prætore cauſa cognita ſtatuendum eſt. l. 1. C. eod. Id decretum prætoris locum etiam habet, quamuis pater pupilli hac de re aliquid ſuo teſtamento ſtatuerit. Poteſt enim prætor ab eius voluntate iuſta ex cauſa recedere l. 1. hic. In hac cauſæ cognitione habenda eſt ratio ſuſpectarum perſonarum, ne apud eas educetur. l. 1. diſceptetur. hic. Inter has autem perſonas, de quibus quæri poteſt apud quas poſſint aut debeant pupilli educari, præferenda eſt mater cæteris. l. 1. C. eo. tit. modo mater vitricum non induxerit, vt ibidem dicitur. quid ſi noliſſet ſuſcipere is, apud quem educandus eſt pupillus? A prætore cogendus eſt, l. 1. §. quantus. hic. & l. 1. C. eo. Alius locus huius tituli eſt

De alimentis pupillo præſtandis.

IN primis notandum eſt tutorem cogi ad alimenta pupillo ſuo præſtanda. l. 1. C. eod. tit. modo ſufficientes facultates habeat pupillus: pupillum enim de ſuo alere tutor non cogitur. l. 3. §. vlt. hic. Quid ſi abſens ſit tutor & interim conqueratur pupillus apud prætorem de alimentis, quid ſtatuendum erit? Id traditur in l. vlt. huius tituli. Eſt & mirabilis in ea lege ratio. Ratio decernendi aduerſus abſentem eſt paulo alienior à iure communi. Hinc igitur notandus eſt locus communis de abſentibus conueniendis & damnandis, quod exigit vtilitas pupillorum contra rationem iuris communis: ſumptus autem factos in alimenta pupilli tutor imputabit in ratione reddenda adminiſtrationis ſuæ in iudicio tutelæ. l. 2. & 4. hic. Idem dicitur in l. 2. & l. vlt. C. de aliment. pupillo præſtandis. Audiendus autem videtur pupillus, ſi dicat, ſe alitum non fuiſſe, quod tamen probare debet. l. vlt. C. eod. Decretum autem prætoris tutorem tutum reddit, vt non ſit diſceptandum an patrimonij pupillaris facultates exceſſerit tutor necne: tutius ergo eſt tutorem adire prætorem, cum de modo alimentorũ quæritur, modo is prætori non obrepſerit. l. 2. hic. Nec patris quidem voluntas excuſat tutorem dolo malo verſatum. d. l. 2. hic. & l. 2. C. eod.

IN TIT. III. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE TVTELÆ ET RAT. DISTRAHEN.

HIc titulus tres habet partes, prima eſt de tutelæ actione, ſecunda de actione rationum diſtrahẽdarum, tertia de vtili actione curationis cauſa. Videamus primum de actione tutelæ directa, prima parte huius tituli.

De actione tutelæ directa.

HVic primæ parti reſpondet titulus Codicis, arbitrium tutelæ. Arbitrium autem tutelæ, vt id intelligant tyrones pro actione, & iudicio tutelæ accipitur. dabatur enim arbiter vel iudex tutelæ iudicio. Hinc Cicero inſectatur Iureconſultos in oratione pro Murena, quod tot ſeculis definiri non potuerint, vtrum rem vel litem, arbitrium, vel iudicium dicere oporteret. Primus igitur locus huius actionis eſt,

Quid veniat in hoc iudicium tutelæ.

IN primis in hoc iudicium venit, vt tutor rationem reddat pupillo adminiſtrationis ſuæ adminiſtratæ, vel neglectę tutelæ. l. 1. hic. Deinde in hoc iudicium venit dolus & culpa, nec lata tantum, ſed etiam leuis. l. quicquid. C. arbit. tute. Ego tamen excepi duos caſus ſub ti. de admini. tut. In rationibus exigendis, & prędiis ex pecunia pupillari comparandis leuem culpam non præſtat tutor. l. 2. C. arbit. tut. & l. qui repertorium. ſupra de adminiſtr. tut. quia in prædiis comparandis, & rationibus exigendis prudentiſſimus quiſque falli poteſt. Non ergo ob leuem culpam hoc caſu tutor damnandus eſt.

Hoc etiam iudicio petitur, vt tutor reddat pupillo rationes actus ſui, rationes ipſas ſeu codices rationum & actionum. l. 1. §. offic. hic. Tutor enim tabulas ſeu codices conficere debet actus ſui, & finita tutela pupillis ſuis illas reddere. Sed ad quid proſunt pupillis hæ rationes, ſiue codices rationum? Conducunt pupillo, vt ex iis cognoſcere poſſit, quantum à tutore ſit reddendum ſibi ex ea adminiſtratione, ex his bonis, quæ adminiſtrauit tutor. Modos enim patrimonij ex inuentario perſpicitur. l. 1. & l. vlt. C. arbit. tutel.

In hoc etiam iudicium veniunt res depoſitæ & commodatæ. l. ſi tutor. hic. Si pater pupilli antequam decederet, res quaſdam depoſuerit apud tutorem vel curatorem, aut ſi quid commodauerit, id reſtituere hac actione tutor tenetur: ſed qua ratione tutor tenetor propterea actione tutelæ cum contraxerit cum patre pupilli, cum tutor nondum eſſet? Actio tutelæ bonæ fidei eſt. Quid autem æquius eſt, quid bonæ fidei magis conueniens eſt, quam vt tutor pupillo ſuo reddat quod accepit à patre, & quæ poſſidet quauis actione repeti? Nã ſponte reſtituere tutor debet, quæ ſpectant ad commodũ pupilli: idẽ dicendum eſt, ſi pecuniã acceperit, vt redderet res apud ſe depoſitas & cõmodatas. d. l. tutor. poſſet etiã cõdictio ob turpem cauſam competere

pupillo

pupillo aduerſus tutorem, ſi ſtricti iuris actio eſſet, quæ tamen actio ſeu conditio ineſt bonæ fidei iudiciis. argum. l. vlt. ſupra de condict. ob turpem cauſ. Quæritur an geſta poſt pubertatẽ in hoc iudicium veniãt? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi tutor. hic vbi dicitur eum non teneri niſi de his, quæ ita connexa ſunt priori adminiſtrationi, vt diſſolui non potuerint. Idem dicitur in l. Tutor. C. arbit. tutel. Alia quæſtio hic tractatur. Pupill' agit tutelæ actione, & contendit omnia bona ſua retineri à tutore, ſibi nullam pecuniam ſupereſſe ad litis ſumptus, an audiendus ſit pupillus, ſi petat interim ſibi ſumptus miniſtrari? & in l. Imperatores. hic. dicitur tutores hoc caſu non debere cogi miniſtrare ſumptus pupillis ſuis niſi forte plane conſtiterit eos debere. Hodie alio iure vtimur, ſi monachi contra abbatem ſuum conquerantur. cap. ex parte. extra de accuſat. ſed alia ratio eſt pupilli & tutoris, quia monachus alendus eſt ex bonis monaſterij, pupillus autẽ ex ſuis tantũ bonis alitur. hæc de primo loco huius actionis.

Cui & aduerſus quem detur hæc actio.

HÆc actio datur pupillo aduerſus tutorem: datur etiam hæredibus ipſius pupilli in hæredes tutoris. leg. tutela. C. arb. tutel. Huc pertinet titulus C. de hæred. tutor. ex cuius tit. l. 1. 2. & 3. ius ſingulare notandum eſt. quod quamuis tutor cogatur præſtare culpam leuem, hæredes tamen eius latam tantum culpam præſtare coguntur, niſi forte aliquid ad eos peruenerit, alias autem regulariter obligationis cauſa & conditio hæredum gratia non immutatur. l. 2. §. ex his. de ver. obligat. Datur autem hæc actio in plures tutores in ſolidum: quod tamen intelligendum eſt, vt diximus ſupra ſub ti. de adminiſt. tut. cum exceptionibus, ſi vnus conueniatur nomine plurium perſonarum datur enim exceptio diuiſionis, ordinis & cedendarum actionum, quo te remitto: de quibus omnibus loquitur hic Vlpianus in l. 1. §. nunc tractemus. hic. Non eſt hac de re alius locus in iure notatu dignior, vbi legendum eſt: *Si ſoluendo tutores ſint*, & delenda negatio *non*, in nouis exemplaribus. Alius eſt locus hic pertinens in l. ſi ex duobus. hic. l. interdictæ. C. arb. tutel. Vnum hic notandum eſt. cum ab vno pupillo plures tutores conueniuntur, licet diuerſa ſint domicilia, coram vno iudice omnes conueniri debere. l. omnes. C. arbit. tute. & huc pertinet titulus, ex quib. cauſ. ad eundem iudicẽ eatur. Ratio autem huius iuris ſumitur ex l. cognitio. infra. de libe. cau. ne diuerſa iudicio ex eadem cauſa oriãtur. Quæritur de filiofam. an hæc actio detur aduerſus filiũ familias. & I. C. in l. 1. & 2. huius tit. oſtendit, etiam aduerſus filiumfamilias hanc actionem dari, quia ſicut paterfa. ita filiusfamilas ex omni obligatione tenetur. l. filiusfam. de oblig. & act. niſi in quibuſdam caſibus exceptis. Pater autem quatenus in peculio eſt tantum tenetur. dd. ll. Ex quibus autem cauſis teneatur dixim' ſupra ſub tit. de adminiſtr. tuto.

Quando competat hæc tutelæ actio.

ET certum eſt ante tutelam finitam non dari. l. niſi. & l. ſi tutor Reip. l. ſi pupillus. l. cum adhuc. hic. Ceteræ tamen actiones interim poſſunt intendi. d. l. ſi tutor. §. vlt. hic. Quæſtio tractatur de præſcriptione temporis, an præſcriptio obſtet agenti actione tutelæ? & dicitur non obeſſe. l. tutores. C. arb. tut. & l. neque. quib. non obſt. longi tempo. præſcr. Hæc actio in quibuſdam caſibus ceſſat. In primis ſi ab vno ex tutoribus ſolutum ſit. l. ſi ex duobus. hic. quamuis tranſactio cum vno facta alteri neque proſit neque noceat, ſolutio tamen ab vno ex tutoribus facta cæteros liberat ab hac actione. l. 2. C. de tranſact. Secundus caſus eſt, ſi probatum ſit nomen à nouiſſimo curatore. l. ſi probatum. hic. exempli gratia, Tutor in collocanda pupilli pecunia non elegit idoneum nomen, id eſt, idoneum fœneratorem. finita tutela curator probauit hoc nomen. Hoc caſu iuſta eſt defenſio tutoris, ſi is conueniatur finita tutela à pupillo huius rei nomine. Exiſtimarem tamen poſſe ſuccurri pupillo per reſtitutionem in integrum, ſi aliter rem ſuam ſeruare à ſuo curatore non poſſit. Nam non tantum minoribus, ſed etiam maioribus ob iuſtam cauſam ſuccurritur hoc beneficio reſtitutionis in integrũ ex generali clauſula edicti pretoris: Ex quib. cau. maio. *Et ſi qua alia iuſta cauſa mihi eſſe videbitur*. De prima parte huius tit. vidimus: nunc videndum eſt de ſecunda.

De actione rationum diſtrahendarum.

HÆc quoque actio datur pupillo aduerſus tutorem ſicut & ſuperior, ſed differt actione tutelæ, vt ſpecies à genere. generaliter enim actio tutelæ competit ob adminiſtratam tutelam, vel neglectam. Hæc vero actio ita demum datur, ſi tutor interceperit aut interuerterit bona pupilli. l. 2. hic. *Rationes diſtrahere*, verbum eſt iuris antiqui opinor, quod tamen alibi non legi. Rationes autem diſtrahere idem eſt, quod rationes diſpungere, quod frequenter in iure ciuili reperitur. Hæc actio etiam in eo differt ab actione tutelæ, quod hæc in ſimplum detur, illa vero pœnalis eſt, & in duplũ. l. 2. §. vlt. hic. Et in hoc duplo de rationibus diſtrahendi, rei etiam perſecutio continetur.

Præterea hæc actio datur hæredibus, non autem in hæredes. l. 1. §. vlt. hic. quia pœnalis eſt. l. 1. §. rationibus, vſque ad finem. hic. ſequitur tertia pars huius tit. in qua tractatur

De vtili actione curationis cauſa.

HÆc eſt tertia actio, quæ dicitur vtilis curationis cauſa. in rubr. hæc actio eſt negotiorum geſtorũ, quæ datur minori aut furioſo, aduerſus curatorẽ. l. niſi. hic. Sed cur vtilis actio competere dicatur non directa? Directa actio negotiorum geſtorum non cõpetit aduerſus curatorem nec curatori. l. curatoribus. C. de negot. geſt. quia actio negotiorum geſtorum ex edicto prætoris ei datur, qui vltro aliena negotia geſſit, nec puto prætoris edictum perfectum eſſe. l. 1. ſupra de neg. geſt. Et in eo edicto de neg. geſt. loquitur de eo, qui gerit abſentis negotia, curator vero vt plurimum gerit negotia minoris præſentis. Cum ergo nulla actio propoſita eſſet ob adminiſtrationem curatoris, viſum eſt iuris auctoribus ſufficere actionem vtilẽ neg. geſt. idque propter vtilitatem non directam, quæ ex mẽte, non verbis edicti naſcatur. Aliud exemplum huius actionis eſt in l. Poſthumo. ad fi. huius tituli.

TIT. IIII. LIB. XXVII. PANDECT.

DE CONTRARIA TVTELAE, &c.

IN quibuſdam libris ita legitur, de contraria & vtili actione tutelæ, ſed in noua editione melior eſt lectio. Sub hoc igitur tit. agitur de actione tutelæ contraria, quæ datur tutori aduerſus pupillum ex his cauſis, de quibus hic loquitur Vlp. in l. 1. *Quia contra*, id eſt, viciſſim datur. De hac actione videndum eſt. Primus locus huius actionis eſt, in quo quæritur,

Ex quibus cauſis hæc actio contraria competat.

IN primis hæc actio contraria datur tutori aduerſus pupillum, propter ſumptus à ſe factos in adminiſtrationem tutelæ. l. 1. hic. Petit etiam tutor vſuras & acceſſiones. l. 3. hic. Quid ſi ſumptus à tutore facti excedant facultates ipſius pupilli? Hoc caſu nihilominus refundentur tutori, ſi modo tutor iuſtã cauſam illos faciendi habuerit. d. l. 3. hic. Hinc tractatur quæſtio vulgo agitari ſolita. Quid ſi tutor cum nomine pupilli ageret, ſuccubuerit, an expenſas litis repetere poſſit à pupillo, hac actione contraria tutelæ? hic diſtinctione vtendum eſt. Si tutor iuſtam litigandi cauſam habuerit, certum eſt

eas expenſas repetere poſſe: nec obeſt ei quod ſucceſſum non habuerit: ſufficit eũ bona fide egiſſe. Huc pertinet l. quoties. §. ſicut. ſupra de admioiſt. tut. l. 3. §. ſufficit. hic. l. ſumptus. C. de adminiſt. tut. Sufficit quod vtiliter geſſerit, licet effectum non habuerit. l. ſed an vltro. §. 1. de neg. geſt. Alia quæſtio naſcitur ex ſupra dictis: quid ſi res in quem ſumptus fecit tutor perierit, io rerum natura non ſit? Et nihilominus dicitur pupillum illos ſumptus refundere tutori debere. d. l. 3. §. ſufficit. hic. Hæc prima cauſa ob quam hæc actio datur tutori aduerſus pupillum.

Altera cauſa eſt, ſi tutor obligauerit ſe, aut bona ſua pro pupillo, vt liberetur. l. vlt. & l. 3. §. contrerium. hic. Aliud dicẽdum eſt, ſi tutor aliquid ſoluerit pro contutore ſuo. Nã hoc iudicium contrarium tutori noo cõpetit huius rei nomine aduerſus pupillum. d. §. contrarium l. 1. C. de contra. tut. iudic. Et quod magis eſt, hoc iudicio tutelæ contrario non poteſt cogi pupillus ad cedendam actionem, nec pupillus etiam id poteſt facere, etiamſi id maxime velit, vt oſtendit Modeſtinus io l. Modeſtious. infra de ſolut. Si quis ſoluerit pro ſuo correo, vel cõtutore, debet in ipſa oumerstione petere ſibi cedi actionem: poſt ſolutionem eutem id facere non poteſt, quia ſolutione facta nulla actio ſupereſt, quæ cedi poſſit. Nam per ſolutionem vnius ſublata eſt omnis obligatio: vterque liberatur ea ſolutione. Quomodo igitur ſuccurretur tutori, qui pro ſuo cõtutore ſoluit? Datur ei vtilis actio, qui ſolidum ſoluit. Hoc eſt intelligendum niſi is dolo malo ſolidum ſoluerit, vt dicitur io l. 1. §. nunc tracte. ſupra tit. præcedenti. Notandum eſt in ſumme, ſi ex alia cauſa qua tutelæ aliquid debeatur à pupillo tutori, eum non poſſe hoc iudicio illud conſequi. l. 1. §. hoc iudicio. hic. Niſi forte tutor exactionem debiti ſui diſtulerit ob tutelam, ne eſſet moleſtus pupillo: hæ ſunt cauſæ, & ſi quæ ſint ſimiles ob quas datur hæc actio, non enim omoes recenſuimus. Alius locus eſt huius tituli, in quo tractatur

De qualitate huius actionis.

HÆc actio dicitur prætoria, argum. l. 1. his verbis prætor contrariam induxit actionem, &c. Præterea hæc actio eſt perpetua. l. 3. §. vlt. hic. eſt enim rei perſecutoria. Hæc de contrarie actione tutelæ directa. Quædam de vtili dicendũ eſt, vt rubricæ ſatisfaciamus.

De vtili contraria actione tutelæ.

ACtio contraria tutelæ competit in primis tutori aduerſus pupillum, vt diximus, l. 1. §. hæc actio. hic. Competit etiam ei qui pro tutore negotia geſſit & curatori. Ego eutem hic complector ſub contraria actione etiam actionem vtilem tutelæ.

Hæc contraria vtilis negotiorum geſtorum actio competit minori, furioſo, &c. contra curatorem. Finito officio tutelæ aut curatelæ hæc actio competit. l. 1. §. finito. & l. 4. hic.

TIT. V. LIB. XXVII.

PANDECT.

DE EO QVI PRO TVT. PRO'VE CVRAT. NEGOT.

SVb hoc tit. tractatur de actione, quæ dicitur protutelæ actio. Videndum igitur in primis de perſonis. Deinde ſimul videbimus de cauſis.

Cui detur hæc actio.

HÆc actio datur impuberi cuius negotia geſta ſunt, ab eo qui pro tutore geſſit, vel per errorem, vel finxit ſe tutorem eſſe. Quia hoc caſu actio tutelæ competere non potuit, opus fuit hac actione. l. 1. hic. Hæc igitur actio datur impuberi. l. 1. §. ſi quis quaſi. Oporter autẽ eũ eius ætetis eſſe, quia poteſt ei tutor dari, vt ei hęc actio detur, aliàs non ei dabitur, ſed alia actio, ſcilicet actio negot. geſt. Deinde hæc actio datur aliquando aduerſus verum tutorem, ſi is ſe tutorem eſſe ignorauerit, & nihilominus io eo errore tutelam geſſerit. l. quarto. hic. Quemadmodum in conditionibus implendis requirimus ſcientiam. l. 2. de condit. & demonſt. ita & hoc caſu ſcientiam requirimus. Præterea in l. 1. C. eod. dicitur, & aduerſus mulierem hanc actionem competere, quæ tutelæ capax non eſt. Quid ſi ſeruus tutelam geſſerit? Et ſi ſeruus ipſe tutelam geſſerit, Iuriſconſultus in l. 1. hic. ait. §. 1. hanc actionem dari aduerſus dominum.

Quando hæc actio detur.

HÆc actio datur etiamſi nondum finita ſit tutela, cuius rei ratio eſt, quia re vera nulla tutela eſt. l. 1. §. cum vero. hic.

Quæ in hanc actionem veniant.

IN hoc iudicium veniunt ea omnie, quæ in iudicium tutelæ venire ſuprà diximus. l. 1. §. vlt. & l. penult. hic. Quamuis quod diximus verum ſit, tamen reperitur duplex differentie inter hunc protutorem & verum tutorem. Prior differentia eſt, quia is qui pro tutore negotis gerit, non poteſt rem popilli vendere, quæ à vero tutore veodi poteſt. l. 2. hic. Deinde rem in iudicium deducere oon poteſt protutor, quod poteſt verus tutor. l. 1. C. eod.

TIT. VI. LIB. XXVII.

PANDECT.

QVOD FALSO TVTORE AVCTORE.

HOc edicto his proſpicitur, qui à falſis tutoribus falluntur: duplex autem remedium competit ei, qui falſi tutoris auctoritate aecedente cum pupillo contraxit. Primum eſt reſtitutio in integrum ex tribus cauſis. In primis ſi ignorauerit eum falſum tutorem eſſe. l. 1. hic. Secundo ſi ſcioerit quidem, ſed pupillus vel minor fuit. Tertia cauſa eſt, ſi compolſus fuit à prætore, vel alio magiſtratu cum pupillo contrahere.

Secundum remedium eſt actio in factum, quæ ei datur aduerſus falſum tutorem, ſi dolo malo ſe tutorem eſſe mẽtitus eſt. l. nouiſſimo. hic. Si autem abſit dolus à falſo tutore, hęc actio aduerſus eum non datur, ſed recurrendum eſt ad reſtitutionem in integrũ. l. falſis. hic.

Eſt etiam alia actio, quæ datur aduerſus eum, cuius dolo malo tutor falſus auctor factus eſt, licet aduerſus tutorem falſum hoc caſu actio non detur, cum dolo careat. l. huius actionis. hic. ex l. 2. huius tit. obiter notãdum eſt hæc duo ipſo iure & per tuitionem prætoris, plerumque opponi.

TIT. VII. LIB. XXVIII.

PANDECT.

DE FIDEIVSSORIBVS ET NOMINATORIB. TVTORVM.

HIc titulus duas partes hebet, prior eſt de fideiuſſoribus & nominatoribus tutorum. Poſterior eſt de hęredibus tutorum. Ad priorem partem quod attinet, notandum eſt, fideiuſſorem non minus quam tutorem obligari, etiamſi de vſuris quęratur. l. 3. hic. oẽs refert, en per ſtipulationem legitimo iure conceptam fideiuſſor obligatus ſit. l. cum oſtendimus. §. vlti. hic. Eſt ius ſingulare propter fauorem pupillorum. Fideiuſſor enim oon aliter obligatur quam per ſtipulationem legitime conceptam. l. 5. §. ſatiſdatio. infra de verb. oblig. & l. blanditus. C. de fideiuſſoribus. Et tamẽ hic obligatur, ſi nominatus ſit à teſtatore & non contradixerit. Eadem cauſa eſt affirmatorum, ſed dubium non eſt, quia hi affirmatores obligentur, vt fideiuſſores ipſi: quamuis per omnia hęc obligatio

non

Digitized by Google

non ſit ſimilis fideiuſſoriæ obligationi. Nam fideiuſſor ſemper tenetur,& affirmator non tenetur, ſi idoneus fuerit principalis tempore affirmationis,vel in eo falſus,vel malus dolus non fuerit. Hic locus diligenter notandus eſt de affirmatoribus:alius ſimilis eſt in l. & eleganter.§.vlt.& l.ſequenti.ſupra de dolo. Nominator etiam conueniri, poteſt, qui idoneos non nominauit.l.2. hic. De his nominatoribus aliquid etiam dicemus infra ti.ſequēti,De magiſtratibus conueniēdis.

De his fideiuſſoribus notandum eſt, eos ita demum conueniri debere,ſi excuſſæ fuerint prius facultates tutoris. Huc pertinet Conſtitutio Nouella Iuſtiniani de fideiuſſorib.eſt Nouel.4.Hodie morib' noſtris ſolet in obligationū inſtrumētis adiici clauſula, qua beneficio ſuo fideiuſſor,ſcilicet, beneficio diuiſionis renunciat.

Deinde animaduertendum eſt,reo ſoluente, tutore ſcilicet fideiuſſorem liberari.l.a.C.eod. Quid ſi plures fideiuſſores ſint,an ſinguli in ſolidum conueniri poterunt,an vero pro parte quiſque ſua teneatur?Hæc quæſtio tractatur in l.pupillus. hic. vbi ius ſingulare: quia plures fideiuſſores in ſolidum conueniri poſſunt. Diuidetur tamen inter eos actio,ſi omnes ſoluendo ſint, vt dicitur in l.ſi fideiuſſores. infra de fideiuſſor.Idque cōtinetur oratione Diui Adriani: ſed hic ius ſingulare eſt. *Quod non niſi ex perſona.* Hæc verba obſcura ſunt, ſed dilucidius explicantur in l.vlt. infra.rem pupil.ſal. fore.Diuiditur igitur inter eos actio: alias in ſolidum conueniuntur.Altera pars huius ti.eſt

De hæredibus tutorum.

DE hac re ſunt ſinguli tituli in Codice Iuſtiniani. Licet autem tutela mortuo tutore ad hæredes eius non tranſeat,eo tamen mortuo,hæredes eius tenētur.l.curatoris.C.de negot.geſt.ſicut & curatoris hæredes tenentur. Sed quomodo teneantur tutoris hæredes quæritur.Hic diſtinguendum eſt.Nam in primis ſi lite conteſtata cum pupillo tutor deceſſerit, hæredes eius eodem modo tenentur,quo tutor ipſe defunctus ſine vlla diſtinctione.l. vlt.hic. idem dicitur in l. alin. C.de in litem iurand.Si vero lis conteſtata non fuerit cum tutore defuncto, & conueniatur hæres tutoris ob adminiſtrationem tutelæ,hoc caſu ob dolum defuncti & latam culpam hæres tenetur, non autem ob leuem culpam.l.1.C.de hære.tutor. idem dicitur in l. curatoris.C de neg.geſt.Quid ſi hæres ipſe culpam admiſerit quid dicemus? & Iuriſconſulti in l.1.& leg.cum oſtendimus.hic. aiunt, hæredem tutoris ob dolum ſuum & culpam conueniri poſſe.

TIT. VIII. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE MAGISTRATIB. CONVEN.

SVb hoc titulo tractatur de actione, quæ iure prodita eſt aduerſus magiſtratus,qui tutores idoneos non dederunt,vel ſatiſdationem non exegerunt:magiſtratus enim municipales hoc nomine tenentur, & ita acipi debet §.vlt.Inſtitut.de ſatiſdatio.tutor. Quod hic dicitur de magiſtratibus,non debet intelligi de maioribus magiſtrabus, ſed de minoribus. Non enim datur actio aduerſus prætorem,aut præſidem,&c.ſed aduerſus magiſtratus municipales tantum,qui hanc ſatiſdationem exigere ſolent,licet non ſemper tutores dent, & hoc rectè explicat Theophilus in Inſtitutionibus,in d.§.vlt.Idem dicitur in l.magiſtratus. C. eod.

Nominatores autem ſunt, qui nomina eorum, qui tutores eſſe poſſunt,ad prætorem, aut præſidem,aut alios magiſtratus qui ius dandi tutoris habent, detulerunt.Et hoc caſu datur aduerſus eos nominatoria actio. Idem dicitur in l.Æmilius.ſupra de adminiſt.tut. De hac actione per locos communes tractandum eſt,

Cui & aduerſus quem detur hac actio.

HÆc actio in primis eis competit,qui in tutela vel curatione fuerunt,& eorum hæredibus.l.1. §.nō tantum.hic. Quæritur an hæc actio detur ei,qui ſolidū ſoluit pro contutore ſuo. Et Iureconſultus in l.proponebatur, hic. ait non dari:quia hoc ſenatuſconſultum pertinet ad fauorem pupilli, alias durum eſſet pupillum teneri. At hic ille fauor ceſſat: mirum ergo non eſt, ſi dicatur eo caſu magiſtratum conueniri nō poſſe. Hæc actio datur aduerſus magiſtratus municipales, vt dicitur in §. vlt. Inſtit. de ſuſpect. tut. licet decretum prætoris interponant.Soli autem magiſtratus tenentur non fideiuſſores,qui rem pupilli ſaluam fore promittunt,vt dicitur in l.1.hic. Decuriones autem dicti ſunt, quod publici conſilij gratia, decimus quiſque cooptabatur in ſenatum,vt mihi videtur. l. pupillus, de verb. ſign.Sed quid ſi plures magiſtratus ſint, an contra omnes in ſolidum dabitur hæc actio? Hæc quæſtio tractatur in l.magiſtratus.hic.ſi plures fuerint in dolo, in ſolidum tenentur,ſi in culpa tantum,dicitur aduerſus eos diuidendam eſſe actionem. idem dicitur in l.5.C.eo.ti. Quid ſi conuenerit inter eos, vt vnus periculum ſuſcipiat?Iureconſ.in l.2.§.ſi inter.hic ait, hanc conuentionem non obſtare quominus in ſolidum conueniant ſinguli eorum. eſt enim hic ius publicum, quod priuatorum pactis immutari non debet.l. ius publicum, ſupra de pact. Hinc igitur notandus eſt locus communis de iure publico.Quid dicemus de hæredibus magiſtratuum? an idem dicemus quod de tutorum hæredibus diximus?Iureconſ.in l.4.hic.& l.Imperator. in l. 2. C. eod. oſtendunt idem dicendum eſſe de hæredibus magiſtratuum, vt ob dolum tantum & latam culpam teneātur. Alius locus huius actionis eſt,in quo quæritur,

Quæ ſit cauſa & finis huius actionis.

PRimum datur hæc actio aduerſus magiſtratus, qui neglexerunt tutorem idoneum dare. l. 1. §. magiſtratibus, hic, ſed ita demum tenentur magiſtratus, ſi moniti non dederint.d.l.1.hic. Secundo ſi ſatiſdationē non exegerint.d.l.1.§.magiſtratibus. hic. Finis autem huius actionis eſt, vt damnum quod ſubiit pupillus ei ſarciatur.d.l.1.§. magiſtratibus.hic.

De qualitate huius actionis.

ACtio tutelæ vtilis dicitur in l.vlt.hic. Eadē actio in magiſtratus datur quæ in tutores, ſed vtilis tantum,vt dicitur in l.1. C.eo.de magiſtratib. conuen. quia directa actio hoc caſu cōpetere non poteſt.Deinde hæc actio dicitur ſubſidiaria, quia non datur niſi prius excuſſis facultatibus omnium tutorum,fideiuſſorum, & nominatorum.l.aduerſus.C.eod. Excipiuntur tamen tutores,quod diligenter notandum eſt,qui ſoluendo non ſunt,vt dicitur in l.1.§. vſque adeo. ſupra de tutel.& ratio.diſtra. Obiter hic duo notanda ſunt ex l. 1.§.1.hic.de ſtipulatione ſiue cautione, quæ à tutoribus exigitur,pupillus ipſe ſtipulabitur,ſi fari poſſit, ſi vero fari nequeat,ſeruus eius ſtipulabitur:qui ſi deſit, adhibebitur ſeruus publicus:ſi & is deſit,magiſtratus pupilli nomine ſtipulabitur. Eſt locus communis de ſtipulatione alteri facta contra iuris cōmunis regulas propter pupilli vtilitatem.l.ſtipulatio iſta.§.alteri. infra de verb.oblig. Deinde notate ex l.vlt.C.eod. actionē dari aduerſus tabularios, ſi quid ab iis quod ad damnū pertineat eius, pro quo ſcriptum eſt inſtrumentum omiſſum erit,alias ſi dolus malus eorum interuenerit,dabitur aduerſus eos actio falſi: falſum enim ſine dolo cōmitti non poteſt.l.nec exemplo C.ad l.Cornel.de fal.

TIT. IX. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE REBVS EORVM QVI SVB TVTELA, &c.

SVb hoc titulo extat ſenatuſcōſultū,q. interpretantur Iurecōſulti. Pertinet aūt hoc ſenatuſcōſultū ad

alienationem rerum pupillarium, quæ prohibetur niſi decretum prætoris cum cauſæ cognitione interuenerit. Verba ſenatuſconſulti extant in l. 1. hic. De his autem orationibus principium, quæ pro ſenatuſconſultis habentur, alias diximus. Quod autem pertinet ad hoc ſenatuſconſultum, ego in certa capita, & locos congeſſi, quos ordine videbimus.

Quæ alienatio prohibita ſit.

IN primis dubium non eſt, quin alienationis vocabulo intelligatur venditio: nam ſenatuſconſultum propter intelligitur de diſtractione, intelligitur etiam de donatione vt ea etiam prohibeatur, adeo vt non valeat donatio propter nuptias. l. prædia. C. de prædiis & aliis reb. mi. ſine decret.

Prohibetur etiam ſeruitutis impoſitio & remiſſio. Eſt enim ſpecies alienationis. l. 3. & l. vl. C. de reb. alien. non alien. l. §. pen. hic.

Alienationis etiam appellatione cõtinetur permutatio & tranſactio. l. 4. C. eo. tit. Idem dicendum eſt de donatione in ſolutum. l. ſi minor. C. eo. Alienationis etiam verbo continetur repudiatio legati. l. magis. §. fundũ. hic. Et generaliter quod de alienatione dicitur in ſenatuſconſulto, de quacunque promiſſione accipiendum eſt, qua quis ius ſibi in fundo competens remittit, vt dicitur in l. 7. ſi ad reſoluendam. C. eod. Alienatio tamen neceſſaria hic non prohibetur, quæ non pendet ex voluntate eorum qui alienant, ſed ad quam etiam inuiti adiguntur. l. 1. §. ſi communis. hic. vbi Iureconſultus loquitur de diuiſione. Diuiſio autem eſt ſpecies alienationis. Res enim vel pars eius, quæ mea non fuit, diuiſione mihi acquiritur, nam ante diuiſionem fundi pars ſocij mei in toto cõfuſa erat, & mea in toto. Præterea fieri poteſt aliquãdo, vt tota res vni adiudicetur qui condẽnetur, deinde ad tantundem præſtãdum.

Minor alium ad diuiſionem prouocare non poteſt, ipſe autem prouocatus recte diuidet: aliud igitur exemplum alienationis, quæ non prohibetur ſenatusconſulto, veluti neceſſaria. d. l. 1. hic. & l. inter omnes C. eod. Vnde conſequens eſt, ſi vterque minor ſi, neutrum alterum prouocare ad diuiſionem poſſe. l. ſi pupillorum. hic. Prædium quoque minoris in pignus dari non poteſt. l. 1. §. vlt. l. 2. & 3. hic, niſi reſcripto principis pignoris obligatio confirmetur. Valet etiam cum fiſco facta hæc pignoris obligatio. dd. ll.

Quarum rerum alienatio prohibita ſit ſenatuſconſulto.

CErtum eſt prædiorum ruſticorum & ſuburbanorum alienationem prohibitam eſſe, quorum fit mentio in ſenatuſconſulto, hic. l. 1. & l. ſi prædium. C. eo. ſenatuſconſulto non eſt prohibita alienatio prædiorum vrbanorum, quia iuris auctores videbant prædia vrbana & ædificia oneri plerumque eſſe, ruſtica vera vſui. Sed tamen lex à Iuſtiniano edita eſt, qua prohibetur alienatio rerum vrbanarum. l. lex quæ. C. de adminiſt. tut. Quæ eſt rebus emphyteuticariis, vectigalibus & vſuſfructu, an hæc prædia poſſint obligari aut alienari, hæc quæſtio tractatur in l. 3. ad fin. hic quo te remitto. de his prædiis vectigalibus loquitur quoque l. etiam. C. eo.

Quæritur etiam de lapidicinis, & ſalinis, an alienari poſſint? Et Iureconſultus in l. 3. 4. & 5. hic ait, nec eas quoque alienari poſſe. in d. l. 5. §. 1. hic quæſtio tractatur de rebus bona fide poſſeſſis. & Iurecõſultus ait alienari eas res non poſſe.

Quid dicemus de rebus datis in pignus minori: an hæ res obligatæ alienari poterunt à tutore? minime. Cur ita? quia pupilli non ſunt. d. l. 5. hic. hoc tamen eſt intelligendum cum exceptione, quæ ibidem traditur, niſi pupillus ius dominij à principe impetrauerit.

Alia quæſtio tractatur de rebus communibus in l. neque. §. pen. hic. vbi dicitur eas alienari non poſſe.

Quibus perſonis interdicatur hæc alienatio?

HÆc alienatio interdicitur tutoribus, curatoribus, & aliis huiuſmodi perſonis, vt ſenatuſconſulto continetur: id autem explicatur fuſius à Iureconſulto in l. neque in primo. hic. & in l. 2. C. de curat. furio. Quæritur de patre qui tutor aut curator datus eſt filio ſuo, an is alienare poſſit res ipſius filij? Et Imperator in l. 3. C. eo. reſcripſit ne patrem quidem alienare poſſe bona filij ſui. Notandum tamen eſt, ſi pater pupilli eiuſdẽmque tutor velit diſtrahere prædium aliquod filij ſui, prætorem debere propenſiorem eſſe ad conſentiendum diſtractioni, quam alia perſona eſſet. l. ſi pupillorum. §. ſi pater. hic. Alius locus huius tit. eſt in quo tractatur

De effectu huius prohibitionis.

TAntus eſt effectus huius prohibitionis, vt alienatio aduerſus eum facta ipſo iure nulla ſit & irrita, vt non quæramus, an ſit circumſcriptus minor necne. l. 2. l. ſi quidem. C. eo. Idem etiam dicendum eſt, etſi alienatio facta ſit ſecundum ſolennitatem ſenatuſconſulto requiſitam: ſit tamen obreptum prætori. hoc expreſſum eſt l. 2. hic. Idem dicitur in l. etſi præſes C. eod. Animaduertendum autem hic eſt, ſi minor, qui vendidit prædium ſuum, locupletior factus ſit ex illa alienatione, & velit vindicare rem alienatam, eum ſubmoueri poſſe exceptione doli. d. l. pupillorũ. §. vlt. hic. Et aliquãdo non pecuniã tantũ, ſed etiam vſuras præſtare debet minor. Huiusrei exemplũ eſt in l. ſi fundus. §. vltim. hic. Poſtremus locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Ex quibus cauſis concedatur hæc alienatio.

ET in primis permittitur prædij minoris alienatio, ſi pater pupilli teſtamento ſuo cauerit, vt prędia alienentur: hoc enim expreſſum eſt ſenatuſconſulto. Vnum hic diligenter notandum eſt, quod in l. vltima. huius tituli dicitur, ſi teſtamentum quo pater voluit diſtrahi prædium minoris, factum ſit irritum, poſſe nihilominus tutores prædium illud alienare. Quamquã enim teſtamentum irritum factum ſit, voluntatem tamen teſtatoris probat, & ad id ſolet hic locus adduci. Non hic loquimur de teſtamẽto iniuſto non ſolenni: ſed de teſtamento quod irritum factum eſt, diminutione aliqua capitis.

Secunda cauſa eſt, æs alienum. Si ære alieno oneratus ſit minor, prędia eius alienari poſſunt, vt ære alieno liberetur, id etiam ſenatuſcõſulto expreſſum eſt. Idem dicitur in l. ob æs. C. eod. Sed hoc fit cauſa tantum cognita, oportet enim decretum prætoris cum cauſæ cognitione, quæ deſcribitur in l. magis. §. non paſſim, hic. interuenire, hoc etiã caſu huc pertinet l. ſi pupillorum, hic, & l. minorum. C. eo. vbi dicitur hoc per libellum fieri non poſſe, qui locus maxime prodeſt ad interpretationem l. nequicquam. in prin. de offic. proconſul. & legati.

Tertia cauſa eſt, ſi id permiſerit princeps. hic enim reſcriptum vim habet decreti prætoris. l. 2. C. quando decreto opus non eſt.

TIT. LXXIIII. LIB. V. C.
SI MAIOR FACTVS ALIEN. FAC.

HIc titulus appendix eſt præcedentis, & propterea coniungendum putaui. Diximus venditionem prædiorum pupillarium nullius eſſe momenti, niſi ex iuſta cauſa facta ſit, & cauſa cognita decretum prætoris interuenerit: hic dicimus valere venditionem etiam ſine decreto prætoris factam, ſi maior factus, qui minor erat, venditionem ratam habuerit. Sed quæritur quis ſit effectus huius ratihabitionis? Et diſtinguendum eſt: eſt enim quædam ratihabitio expreſſa, quędam tacita quæ per lapſum temporis inducitur,

tur. Expreſſa huuc effectum habet, vt confirmet alienationem,quæ ſine decreto facta eſt, perinde ac ſi decretum interceſſiſſet,vt dicitur in l.1.hic. Notandum igitur eſt, hac ratihabitione nullum alium defectum ſuppleri niſi decreti prætoris. Nam ſi minor deceptus ſit ea venditione,hac ratihabitione non efficiet quominus recedi poſſit à tali contractu.l.2.C.de reſcin.ven.

Aliud eſt genus ratihabitionis, quæ inducitur lapſu temporis, cuius mentio eſt in l. vlt. hic,celebratiſſima: Cui conſtitutioni repugnare videtur, quod dicitur in l. vlt.C.de tempo.reſtit.in integ.pet.vbi conſtituitur quadriennium continuum. Sed hic nos loquimur de alienationibus inutilibus, quæ nullius momenti ſunt d. l. vlt. loquitur de tempore quod conſtituitur pupillo ad reſtitutionem in integrum petendam, quod facile ex verbis dictæ legis colligitur. Hodie in Gallia non ſeruatur hæc conſtitutio, vbi præſtituitur tempus decem annorum tam ad reſtitutionem impetrandam, quam ad prumouendum contractum,eſſe nullum.

TIT. X. LIB. XXVII. PANDECT.

DE CVRATORIBVS FVRIOSO, PRODIGO, ET ALIIS,&c.

Totvm hunc tractatum in quinque locos partiemur.Primus eſt in quo quæritur,

Quibus detur curator.

Titulus ipſe ſatis oſtendit, minoribus viginti-quinque annis curatores dari: huius enim ætatis eſt imbecillitas tanta, vt ei curatore opus ſit. l. 1. ſupra de minoribus. Mirum autem viſum eſt quod ibi dicitur non committi eis ante vigeſimumquintum annum adminiſtrationem rerum ſuarum: idque contrarium videatur quod dicitur ſub tit. de curatorib.in Inſtit.non poſſe eis inuitis curatorem dari.Budæus putauit hæc pugnantia eſſe,quod ego tamen non puto. Cum enim dicitur, eis inuitis curatorem non dari, non eſt intelligendum, quod ideo rerum ſuarum adminiſtationem habeant. Dantur ergo curatores minoribus petentibus non inuitis,excepto milite,vt dicitur in l.3.C.ſi curator.

Secundo, furioſo,prodigo,muto,ſurdo,mente capto, & generaliter his omnibus, qui ſe regere non poſſunt, datur curator,vt dicitur in l.2. huius tituli. Olim furioſi in poteſtate agnatorum & gentilium erant: nam lege duodecim tabularum agnati iis legitimi curatores erant. Hodie tamen prætores eis curatores dare ſolent ex inquiſitione,etiam ſi agnati non ſint.idem dicitur in l.1. C. eod. Quæritur de filiofamilias,quid ſi filiusfamilias inciderit in furorem,dabiturne ei curator à prætore? hæc quæſtio tractatur in l. vlt.in prin.C.eod.vbi dicitur quod curator ei non datur, ſed pater ſit ei legitimus curator. Quæritur etiam de prodigo,quid ſit prodigus? id docet Vlpianus in l.1.hic.& in l.Et mulier. eod. de prodigo tractabimus in lectione publica, in explicatione l. is cui bonis.de verbor.obligat.Ventri etiam curator datur.l.bonorum.hic.Curator etiam datur bonis hæreditariis.l.3.hic.de hoc curatore titulus eſt infra de curat.bon. dand. vbi hæc ſuo loco tractabimus, *Commiſſaire aux biens*, Galli vocant. Item bonis diſtrahendis nobilium perſonarum. l. 5. hic. nec & aliarum perſonarum bonis diſtrahendis datur. Secundus locus huius tituli eſt, in in quo quæritur,

A quibus detur curator.

Diximus iam prætorem Romæ vel præſidem in prouincia ex inquiſitione dare ſolere curatores, tametſi olim agnatis & tutela,& cura deferretur,vt apparet ex §. furioſi. Inſtitut.de curat.l.ſæpe.hic.& l. vltim.§. ſin autem. Cod. eod. De hac datione obſeruandum eſt, quod cautio interuenire debeat,& ea quidem pleniſſima. Quæſtio tractatur de fratre emancipato in leg 5. Cod. eod. vbi dicitur eum legitimum curatorem eſſe ſorori furioſæ, licet iuris ratio contraria omnino videatur, cum emancipatione tollatur agnatio. Quæritur de patre, an poſſit filio ſuo dare curatorem? hæc quæſtio tractatur in l. ſi furioſo.hic. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Quis detur curator his perſonis.

Cvm quæritur quis detur curator his perſonis, de quibus locuti ſumus, dicendum eſt hunc locum plene non tractari ſub hoc tit. ſed in titulis ſuperioribus explicatum fuiſſe. quæritur in l. 1. hic, an filius poſſit dari patri furioſo curator? hæc autem quæſtio tractatur in l. 1.2.& 3.hic. & l.is qui. ſupra de tuto, & curat. dat. ab his qui ius dand.tuto. In quibus omnibus locis dicitur poſſe dari,quamuis ratio naturalis repugnare videatur,quia iniquum eſt patrem à filio regi. Tamen viſum eſt Iureconſultis, filio potius curationem permittendam, quam extraneo alicui. Alia quæſtio tractatur de marito & vxore, an maritus vxori furioſæ curator dari aut conſtitui poſſit?& in l.virum.hic.& l.2. C. qui dar. tutor. poſſ. id prohibetur, ne forte propter affectionẽ vxoris erga maritum non auſit ille repetere curationis ſuæ rationem. Alius locus eſt huius tituli in quo tractatur,

De officio & poteſtate huius curatoris.

Hic locus etiam hic non plenè tractatur propter rationem quam ſupra adduximus in loco præcedẽti. A curatore qui his perſonis datur, exigitur ſatiſdatio.l.1.§.1.hic.l.vlt. §. ſed cum antiquitus. C. eo. de hac ſatiſdatione dictum eſt ſupra ſub tit. de adminiſt. tut. Omnia quæcunque ad furioſum ſpectant, hic curator procurat & adminiſtrat.l.Iulianus.& l. pignus. hic. l. 2.C eo.hæreditatem adit,pignori dat, dominium transferr.l.vlt.§.ſin autem. Cod. eod. Donare tamen hic curator non poteſt nec manumittere: quia ea res ex adminiſtratione non eſt. l. ab agnato. hic. Recte quoque ei ſoluitur. l. conſilio.§.vltim.hic. ſi intermiſſus ſit furor & dilucida habeat interualla,poterit furioſus res ſuas gerere dum ſapit.l.cum aliis.C.eod.Non tamen interim mutatur curator,nec deſinet eſſe,neque tamen agit interim.

De officio eius curatoris qui bonis datur,loquitur Iureconſultus in l.cuius bonis,hic: vbi ait eius officium ad hæredes eius non tranſire,& eo mortuo dandum eſſe alium curatorem bonis. Poſtremus locus huius tit.eſt,in quo quæritur,

Quando finiatur hæc cura.

Hic locus pauciſſimis verbis explicatur in l. 1. hic. vbi dicitur hanc curam finiri cum furioſus ſanitatem aut bonos mores recuperauerit. Intermiſſo tantum furore non deſinit eſſe curator, vt iam diximus ex d.l.cum ex aliis.C.eod.

Hic finitur tractatus de tutelis, & ita totius quartæ partis Pandectarum.

adminiſtrat. tuto. Tutor autem non tantum debet exigere ab extraneis debitoribus, ſed etiam à ſeipſo.l.quoties.hoc titulo primo. hic quæritur an ſoluens tutori liberetur? Et vt recte ſoluatur pecunia debita pupillo, & vt plena ſit ſecuritas ſoluentis, conſultum eſt, vt præter tutoria authoritatem accedat etiam decretum Prætoris. huc pertinet l.ait Prætor.ſup. de minorib.& §.pen.Inſt. quib.alien.lic.vel non licet. & leg.1.C.ſi aduerſus ſolut. reſtit. huc quoque pertinet l. conſtitutionem. l.ſancimus.Co.eo. Et eſt conceptio in d.l.ſancimus.hoc enim non eſt intelligendum de reditibus, qui quotannis penduntur.

Secundo, ſi pupillus conueniatur, tutor eum defendere & tueri debet. l. tutoris. hic.idem dicitur in l.vlti. C.eod.ſed quæritur vter ſuſcipere iudicium debeat, an tutor, an pupillus? hæc quæſtio tractatur in leg. 1.hic. & dicitur tutori licere vtrum mallet, aut iudicium ſuſcipere, aut pupillum exhibere, qui eo authore iudicium ſuſcipiat: ita tamen vt pro his, qui fari non poſſunt, vel quia abſunt, ipſi tutores iudicium ſuſcipiant. Pro his autem qui ſupra ſeptimum ætatis annum ſunt, & præſto erunt, authoritatem præſtent. Ex hoc loco obiter notandum eſt, eum qui fari non poteſt, id eſt, infantem opponi ei, qui ſeptimum annum ætatis habet, quamuis videamus eos, qui nondum attigerunt annum ſeptimū loqui. Sed ego alias dixi in interpretatione cuiuſdam legis de verborum obligatione, infantem definiri eum, qui nondum eſt ſeptem annorum, verum quidem eſſe, quod infantes loquantur ante annum ſeptimum, ſed tamen oportuiſſe certum tempus definiri, ſicut etiam certum tempus definitū eſt pubertati. Et in huiuſmodi temporibus definiendis Iureconſulti noſtri maxime eius rationem habuerunt, quod plurimum accidit. Tutor autem conuentus pro pupillo bonam fidem agnoſcere debet, ſi videat iure peti, & debitum eſſe, quod ab eo nomine pupilli petitur, non recte fungitur officio ſuo, ſi non ſatisfecerit.l.quoties,§.ſicut.hic.& l.ſi tutoris.C. eod. Addendum eſt etiam tutorem ipſum ſibi ſoluere poſſe, ſicut enim bonam fidem agnoſcere debet circa alias perſonas, ita etiam quod ſibi debetur, id ſibi ſoluere debet & poteſt. Alias ſi forte ſit debitum vſurarium ſibi imputare debet, ſi non à ſe ipſo acceperit.

Quarto, ad officium & adminiſtrationem tutoris pertinet, ex pecunia pupilli prædia comparare, ſi eius pecunia ad eam rem ſufficiat. l. ita autem. hic. Alioqui eam collocare, & fœnori dare debet. Et eſt in ea lege locus communis notandus de quæſtionibus facti. Et ideo hoc neceſſarium viſum eſt iuris authoribus, vt iubeāt coerceri tutorem, qui in hanc rem pecuniam pupilli non impendit. dict.leg. ob fœnus. l.tutor, qui repertorium.l. niſi.C.eod.Si autem tanta pecunia non ſit, vt ſufficiat ad prædij comparationem, ad vtilitatem pupilli fœnori danda eſt.l.ſi tutor.l.cum plures.cum ſeq.hic. Ex multis aliis locis idem facile colligi poteſt. exempla ſunt infinita, ſed tamen hoc abrogatum eſt noua Iuſtiniani conſtitutione 72.vt qui ſe res minor.obligar. Ea enim lege conſtitutum eſt, ne tutor cogatur pecuniam pupillarem fœnori dare. Experientia enim docuit id non ſemper vtile eſſe pupillis, quia fiebat nonnunquam, vt hominibus non idoneis illorum pecunia mutua daretur, & ita perderetur. Sed hoc iure, quod in Pandectas relatum eſt, cogitur tutor pecuniam pupilli fœnori dare. Imo poteſt tutor ipſe veluti quiuis extraneus, à pupillo mutuo accipere.l.non exiſtimo.hic. hoc tamen intelligendum eſt, modo palam, & bona fide id ab eo fiat. Nec obſtat dict.lex, ob fœnus. quia ſi id faciat palam, id ſibi vitio verti non poteſt. Huius ſtipulationis forma & conceptio cum pecunia pupillaris creditur, docetur in leg.quoties.hic.

Quinto, ad officium tutoris pertinet res pupilli non donare, nam quamuis domini loco habeatur, vt ſupra diximus: non tamen ei permittitur res pupilli perdere & diſſipare.l.cum plures.hic. Idem dicitur in leg.1.infra de tutel.& ratio.diſtr. huc pertinet l. tutor.§.vltim.hic. & l.non omni.C.eod.tit.

Sexto, tutor non poteſt vendere res pupillares. Sed hoc quomodo accipiendum ſit docet Conſtantinus Imperator in l.lex quæ tutores. C.eod.qua derogat orationi D.Seueri, cuius mentio eſt in l.1. de rebus eorum, qui ſub tutel. Ea oratione prohibeatur tantum alienatio prædiorum ruſticorum: vrbanorum autem admittebat. de hac venditione loquitur etiam, l. vlt. C.eod.quæ lectionem tantum deſiderat.

Septimo, tutor non tantum ipſe gerere debet pro ſua virili parte, ſed etiam ſi videat contutorem ſuum male verſari in adminiſtratione tutelæ, eum accuſare debet ſuſpecti, alias tenetur.l.etiam. hic. & l.actus.eod.tit. Nam quamuis à contutore ſuo non poſſit rationem actus ſui exigere, tamen poteſt, imo debet, eum ſuſpectum facere.

Octauo, conſilium tutor requirere debet eius cuius conſilio teſtator tutelam geri voluit. l. quidam decedens.4.hic. in aliis libris eſt l.ita autem. §. Papinianus. eo.huc quoque pertinet l.Titium & Mæuium.hic.

Nono & vltimo, ad officium tutoris pertinet poſtquam finita eſt tutela, admonere pupillum ſuum, vt curatorem ſibi dari petat. d. l.ita autem.§.ſi tutor.hic.hæc pertinent ad adminiſtrationem pupillarem.

Cap. V.

De periculo tutorum vel curat.

PEriculum tutoris vel curatoris in eo eſt, quod actio tutelæ aduerſus eum detur, ſi quid fecerit, vel prætermiſerit aduerſus ea, quæ iam diximus. Et notandum eſt eum conueniri ex eo tempore, quo ſciuit ſe tutorem datum, & iuſſus fuerit tutelam ſubire. l.prima.hic. idem dicitur in leg. quidam. §. vltimo. l.qui iuſſus.& l. tutor.hic.hæc autem omnia accipienda ſunt, ſi appareat culpam tutoris interueniſſe. Non enim hoc generaliter & indiſtincte accipiēdum eſt: ſi damno aliquo affectus ſit pupillus: ſed intelligendum eſt, ſi culpa interuenerit tutoris, alia enim damna præſtare non cogitur tutor. l.ſi ſine.l.à tutoris.l.tutores.l.qui poſt.l.cum poſt. hic. Sed qua culpa hoc accipiendum ſit, quæritur, nec ſatis de eo conuenit inter iuris interpretes. Et breuiter dicendum eſt tutorem præſtare omnem culpam, non tantum latam, ſed & leuem.l.quicquid.C.arb.tutel. Sunt tamen duo loca, quæ videntur contraria, vnus eſt in l. tutor, qui repertorium § competit, hic. alter in l.2.C.arbit.tutel. Ego ſæpe iam vos admonui in antinomiis explicandis videndum eſſe, an lex vna generalis ſit, altera ſpecialis, quia per ſpeciem derogatur generi. d.l.quicquid. generaliter loquitur. dict.lex.tutor qui repertorium, ſpecialiter. propterea nulla hic dicenda eſt antinomia. Verum ita vnam legem hic interpretari debemus, vt exceptio ſit alterius legis.l. in toto. de regulis iur. Ratio autem huius exceptionis magna eſt, & eo omnia referenda ſunt, vt tutor ea præſtet quæcunque ad bonum patremfamilias pertinent. In his autem duobus caſibus leuis culpa bono patrifamilias imputanda non eſt. hic tractatur quæſtio huiuſmodi an tutor honorarius ſubeat periculum tutelæ? Et dicendum eſt excuſſis aliorum facultatibus eum teneri.l.3. hic. Idem dicendum eſt de eo tutore, qui notitiæ cauſa datur. Quæritur etiam de patre an pater pro filio tutore dato teneatur? hæc quæſtio tractatur in l. Lucius.hic.vbi dicitur patrem actione de peculio & de in rem verſo teneri, nec multum videri in hoc caſu facere patris ſcientiam, & conſenſum ad obligandum eum in ſolidum, niſi forte contutore, vel quo alio volente eum facere ſuſpectum interceſſiſſet, & quaſi in ſe periculum recepiſſet. Sed huic ſententiæ con-

Digitized by Google

tiæ contraria videtur l. ſi filiusfamilias. ſupra de tutelis. vbi dicitur: Si filiusfamilias tutor à Prætore datus ſit, ſi quidem pater tutelam agnouit, in ſolidum eum teneri debere: ſi non agnouit, dumtaxat de peculio. Sed dicẽdum eſt dictam l. Lucius. loqui de tutore teſtamentario. dict. l. ſi filiusfamilias, de datiuo tutore, quem Prætor dedit.

Caſus igitur diuerſi ſunt, ſed an ratio quoque diuerſa ſit; Satis mihi videtur probabilis diuerſitatis ratio. fides & diligentia eius tutoris quem pater teſtamento dat liberis ſuis, probata videtur iudicio teſtatoris, vnde etiam videmus nullam ab eo exigi ſatiſdationem. In datiuo autem tutore aliud conſtitutum eſt. hæc diſtinctio Bartoli eſt & recepta, nec mihi videtur reiicienda: alius locus huius diſputationis eſt, in quo quæritur,

Cap. VI.

Quid veniat in hoc iudicium tutelæ.

SI intelligamus quid præſtet in hoc iudicio tutor, facile intelligemus quomodo actionis formula concipienda ſit. Primum in hoc iudicium venit, vt rationem reddat tutor adminiſtratæ tutelæ, & reliqua reddat ſi quæ reliqua ſint. l. tutorem. Cod. arbit. tutel. Quæſtio eſt de fructibus rerum pupillarium, an tutor reddere debeat fructus? Et certum eſt eum cogi ad fructus reddendos leg. ſi ſine. hic. Et quod magis eſt, dicitur non tantum cogi ad fructus reſtituendos, qui percepti ſunt, ſed etiam ad eos fructus, qui percipi potuerunt. Sed quid de vſuris dicemus? Et dubium etiam non eſt, quin debeantur, & peti poſſint iure ciuili. l. tutor, qui repertorium. hic. vbi eſt prolixa de his diſputatio, & locus communis notandus. Huc pertinet titulus Codicis, de vſuris pupilla. & coniungendus cum dicta leg. tutor, qui repertorium. Alia quæſtio tractatur de ſumptibus à tutore factis, an ſumptuum à tutore factorum ratio habeatur in hoc iudicio? Et dicendum eſt, ſi tutor ſumptus fecerit, vt ſe aleret, eorum non haberi rationem, eos nõ reddi. excipitur tamen vnus caſus niſi ſalarium ei conſtitutum ſit. Qui locus oſtendit tutelæ officium non eſſe gratuitum, ſi magna ſit inopia tutoris. l. à tutoribus. §. vltim. hic. alias non eſt dubium, quin ſumptuum in adminiſtratione rerum pupillarium factorum ratio habeatur, vt docebimus infra ſub titulo de tutel. & ration. diſtrahend.

Hæc actio ceſſat ſi teſtator prohibuerit rationem à tutore exigi. l. ita autem, §. quidam decedens. hic. An autem teſtator poſſit hoc cauere teſtamento ſuo, controuerſi iuris eſt apud interpretes, ſed tamen in dicta lege dicitur teſtatorem id prohibere. Ea tamen voluntas teſtatoris non eſt tantæ poteſtatis, ſi conſtiterit tutorem male verſatum eſſe in adminiſtratione tutelæ, vt non poſſit eo nomine conueniri, ſed tantum prohibetur ſcrupuloſa ratio. Huc pertinet, quod dicitur in leg. ſi ſeruus. de legat. 1. Simile eſt etiam, quod dicitur in leg. Aurelio. §. vbi. de liber. legat. Alia quæſtio huc pertinens tractatur pro qua parte tutores teneantur. Et animaduertendum eſt in primis, ſi plures tutores dati ſint pupillo, eos ipſo iure teneri in ſolidum, niſi diuiſa ſit inter eos adminiſtratio à magiſtratu, vel à teſtatore. l. tres tutores. & l. ſi duo. hic. Ex bono tamen & æquo ſi vnus conueniatur in ſolidum pro alio, etiam ſi non fuerit diuiſa adminiſtratio, datur exceptio Harum autem exceptionum tria ſunt genera.

Prima ordinis dicitur, ſi vnus ex tutoribus conueniatur in ſolidum, poterit hanc exceptionem opponere, quæ ordinis dicitur, cum nihil geſſit & nihil gerere debuit, quia tutor honorarius tantum fuit. l. 3. hic. de hac re extat titulus in Codice Iuſtiniani, Si tutor vel curator non geſſ.

Secunda exceptio diuiſionis appellatur, quæ deficiente prima exceptione opponi ſolet, hæc autem exceptio competit cum omnes ſoluendo ſunt, vt diuidatur inter eum, qui conuenitur in ſolidum, & alios qui ſunt ſoluendo, actio. l. 2. Cod. de diuid. tute. l. 1. §. nunc tractemus. infra de tutel. & ratio. diſtrah. l. ſi plures. hic.

Tertia exceptio dicitur exceptio cedendarum actionum, exempli gratia, nulli fuerunt honorarij tutores, aut cæteri ſoluendo non ſunt, tunc in ſubſidium hæc ei ſupereſt exceptio, ſcilicet cedendarum actionum. Ille petit, vt ante omnia ei cedatur & præſtetur actio competens aduerſus contutores ſuos. l. 2. Cod. de diuid. tut. hæc exceptio eſt magni vſus, quia niſi cedat aduerſarius eam actionem, non condemnabitur tutor in ſolidum: huius ceſſionis mentio eſt in l. ex pluribus. hic. Notandum etiam hic eſt: Cum non ceſſerit actionem ſuam pupillus forſan, quia id ab eo petitum non fuerit, tamen ex bono & æquo viſum eſt tutori à quo ſolidum eſt exactum actionem in factum vtilem dari. l. 1. §. nunc tractemus. infra, de tutel. & ratio. diſtrah. de prima & ſecunda parte huius tituli diximus, nunc videndum eſt de tertia.

Cap. VII.

De agentibus & conueniendis vno vel plur.

HVic parti rubricæ reſpondet titulus Codicis, Si ex pluribus tutoribus vel curator. omnes, vel vnus & qui pendet ex titulo de pericul. tutorum. Certum eſt autem vnum ex pluribus tutoribus poſſe conueniri pro pupillo. l. Decreto §. vltim. hic. Cum diuiſa eſt tutela, nõ eſt dubium, quin vnus agere vel conueniri poſſit, ſed tamen benigne permiſſum eſt vni tutori agere, ſi duobus ſimul tutela permiſſa ſit. Dicit autem lex benigne, quod id ob vtilitatem, & fauorem pupillorum receptum ſit, quod rigore iuris non admitteretur. Hinc quæſtio tractatur in leg. Inter tutores. 36. hic. Vnus ex pluribus tutoribus inter quos eſt diuiſa tutela. agit aduerſus debitorem pupilli, qui conuentus eſt, is obiicit compenſationem pecuniæ debitæ à pupillo ob adminiſtrationem alterius tutoris: tutor qui agit dicit ad ſe hoc non pertinere. quæritur an compenſatio locum habeat. Et Papinianus dicit locum habere compenſationem, quod pupillus ipſe agere videatur cum pupilli nomine agitur. Pupillus autem etiam pecuniam debet, ergo merito compenſatio locum habere debet. Diuiſio autem tutelæ iuris non eſt, quia omnes tutores in ſolidum ſunt tutores, ſed eſt iuriſdictionis, & venit à prætore qui tutelam diuidit.

TIT. VIII. LIB. XXVI. PANDECT.

DE AVTHORIT. TVTORVM.

Cap. I.

HIc titulus particula quædam eſt & appendix tituli præcedentis. Nam magna pars adminiſtrationis eſt authoritas, ſed quia hæc res pleniorem tractationem requirebat, ſeparatim hic titulus conſcriptus eſt. Habet autem hic titulus tres præcipuos locos. Primus eſt in quo quæritur,

Cap. II.

Quid ſit authoritas tutoris.

AVthorare dicitur tutor, cum approbat quod geritur cum pupillo. l. etiam. hic. videndum autem eſt quomodo authoritas interponatur in leg. 2. huius titul. Iuriſconſultus ait nullam eſſe differentiam, an authoritas tutoris non interuenerit, an perperam interpoſita ſit. In primis vt tutor authorare dicatur, eius conſenſus neceſſarius eſt. leg. prim. §. vltim. hic. Nam ſi tutor per vim retentus ſit, non ideo conſentire intelligendus eſt. leg. non multum. hic. Prætor hunc conſenſum oportet

In ipſo negotio pupillo tutorem authorem fieri. l. obligari. §. vltim. hic. qui locus oſtendit non ſufficere ſolum conſenſum tutoris. Nam alias tutor poſſet per nuntium id facere, quod hic negatur. Alias conſenſus non requirit præſentiam io ipſo oegotio, l. Labeo. ſupra, de pact. l. 1. de contrah. empt. videtur tamen aduerſari l. ſi quis bona. §. iuſſus. de acquiren. hæreditat. vbi dicitur iuſſus eius qui alium in poteſtate habet, non eſſe ſimilis tutoris authoritati, quæ interponitur perfecto negotio: ſed præcedere debet. Sed quando dicimus in ipſo negotio, non dicimus tutorem oon poſſe conſentire ſtatim contracto negotio: & hoc tantum dicitur ad excludeodum conſenſum abſentis, qui per nuntium volũtatem ſuam declarare volebat. Ergo poteſt etiam incontioenti poſt contractum negotium author fieri præſens tutor. Quæ enim incontinenti fiunt, negotiis ipſis vel contractibus Inſunt. leg. lecta. ſupra, de rebus credit. leg. iuriſgẽtium. §. quinimo. ſupr. de pact. in leg. obligari. §. vltim. hic. dicitur non requiri neceſſario præſentiam eius, qui cum pupillo contrahit. Præterea notandum eſt hanc authoritatem pure interponendam, nec admittere conditiooem. l. & ſi conditionalis. hic. l. Actus legitimi. de reg. iur. licet non recenſeatur in dict. leg. actus. tutoris authoritas, addenda tamen eſt. Illic enim actus legitimi non recenſentur omnes in dict. leg. Iuris regula. Nec dicam ibidem omnes actus legitimos conditionem non admittere, ſed eos actus legitimos qui non recipiunt conditionem adiecta conditione vitiari, quia quæri poterat an conditiones iis actibus adſcriptæ pro non ſcriptis habeantur, an eos omnino vitieot. Deinde quæritur, an neceſſaria ſit conſignatio & ſubſcriptio tutoris authorantis. Hæc quæſtio tractatur in leg. inter pupillos. hic. vbi dicitur aſſignationem tutoris neceſſariam non eſſe, vbi obiter nota modum reſpondendi Scæuolæ. Hioc quæritur in leg. accipientis. hic. an idem tutor datus duobus pupillis, ſi vnus aduerſus alterum agere velit, & è contra, quia opus habent tutoris authoritate, poſſit vtrique author eſſe, & ei qui agit & ei qui conuenitur? Et ibi dicitur vtrique fieri authorem, vulgo exiſtimant duo iudicia eſſe, non idem. ſed verba d. l. refragantur omnino, vbi alter dicitur edere iudicium, alter pupillus accipere. Idem autem tutor dicitur duplicem perſonam ſuſtinere hoc caſu iotelligi. Sed aiunt, quomodo iurabunt de calumnia? Poteſt, ſi factum incertum ſit & probatio pendeat ea teſtimoniis, quæ non nota & incognita ſiot tutori, & vna hoc caſu ſufficit authoritas & vtrique applicatur pupillo. Alius locus huius tituli eſt,

Cap. III.

De perſonis quæ authorare poſſunt.

TVtor & curator poſſunt authorare, quod ex rubrica hic ſatis intelligitur. in leg. 4. huius tituli dicitur vnius tutoris authoritatem ſufficere, ſi forte plures tutores eidem pupillo dati ſunt. Hęc autem quęſtio plenius deciditur in leg. vltim. C. de autho. præſt. quæ conſtitutio eſt edita ad ius vetus emandandum, cuius mentio eſt apud Vlpianum in fragmentis Ioſtitutionum. Excipit autem Iuſtinianus in d. l. vlt. vnum caſum, niſi tale negotium geratur quod tutelæ finem imponat, cuiuſmodi eſt arrogatio. Hoc enim caſu omnium tutorum authoritatem requiri, & interuenire debere conſtituit. Præterea notandum eſt eos qui non gerunt tutelam non poſſe authores eſſe ſuis pupillis. l. 4. hic. Nec obſtat lex pupillum. infra, de acquiren. hæred. quæ vt contraria d. leg. 4. huius tituli opponitur: in illa enim lege dicitur etiam eos qui non gerunt tutelam, poſſe authores eſſe pupillo. Sed ego intelligo d. l. 4. huius tituli, de honorariis tutoribus, vel datis notitiæ cauſa, quod hi non poſſint authores eſſe, quibus non eſt conceſſa adminiſtratio. Io d. l. pupillum. dicitur eum, qui tutelam non gerit, poſſe etiam authorem eſſe. Longe diuerſa eſt ratio vtriuſque legis. Quidam enim gerere non poteſt, cui tameo ooo eſt denegata adminiſtratio.

Alia quæſtio tractatur de curatore impuberis in leg. curatorem. hic. vbi dicitur curatorem etiam impuberi dari poſſe. Sed ad ea quæ ſolennitatem iuris deſiderant explicanda, authoritatem tutoris requiri. in leg. cum in vna. inf. de appell. exemplum eſt de ſolennitate iuris, ad adeundam hæreditateio noo poteſt curator impuberis author ei eſſe, ſed dandus eſt ad eam rem tutor, quia hæc maiorem ſolennitatem requirunt, vt & ad nuptias contrahendas neceſſario dandus eſt impuberi curator, vt Vlpianus in fragmeotis etiam notat. Cæcus etiam poteſt author eſſe. l. etiam. hic. ſed quæſtionem, & dubitationem facit l. luminibus. Co. qui tutor. dar. poſſ. vbi dicitur cæcum tutorem dari non poſſe, verum eſt oon prodeſſe pupillo cæcum habere tutorem, tamen ſi poſt acceptam tutelã factus fuerit cæcus, nihil obſtat quominus autor fieri poſſit, quia cæcitas noo adimit iudicium. Ego contra omoium ſententiam in diſputationibus anniuerſariis cap. 23. docui & oſtendi cæcum etiam iodicem dari poſſe. Quæritur an tutor cogendus ſit authorari, ſi forte author eſſe nolit? Hæc quæſtio tractatur in leg. tutor. & io l. ſi tutor. & dicitur tutorem cogẽdum non eſſe. Si tamen ſine iuſta cauſa authorare recuſauerit, actio tutelæ pupillo dabitur in ipſum tutorem.

Cap. V.

De vſu & effectu huius authoritatis.

MAgna eſt vtilitas & magnus effectus huius authoritatis. Primum, nullum oegotium recte cõtrahitur ſine hac authoritate, ea quo obligetur pupillus. l. obligari. hic. ſtipulando tamen pupillus poteſt ſibi acquirere etiam ſine tutoris authoritate: huius rei multa exempla ſequuntur ſub hoc titulo. l. impuberis. & l. poteſt. hic. De iudicio criminali quæri poteſt vtrum tutor quoque author pupillo ſuo eſſe debeat. Et in l. Clarum. Co. de authorit. præſtand. dicitur in his etiam iudiciis tutoris authoritatem requiri, ſiue pupillus accuſetur, ſiue alium accuſet. Ea tameo conſtitutio apud nos antiquata eſt moribus noſtris. Non enim obligatur pupillus ſine tutoris authoritate, niſi locupletior factus ſit. l. pupillus. § pupillus, hic. Hinc oritur quæſtio: quid ſi ipſo tutore authore contraxerit pupillus cum tutore ſuo? Et dicitur in le. 1. hic authoritatis interpoſitionem hoc caſu valere, ſi adeundo hæreditatem pupillus fiat debitor tutoris. Idem dicitur in l. pupillus. hic. An autem pupillus naturaliter obligetur accipiendo pecuniam. Ea his quæ diximus tractatur alia quæſtio in l. defendente. hic. vbi eſt exemplum conficiendorum actorum. Aliud habetis in l. proxime. infra. de his quæ in teſta. delent. *facias iudicata*. Hinc moris eſt apud nos, vt poſt ſententiam fiat præceptum condemnato, cui niſi pareatur, procedatur ad executionem. Ex hoc etiam loco notandum eſt pupillum oon adiiſſe hæreditatem tutore authore: qui nouellus curator dicit, abſtineo pupillum. Vnde etiam Scæuola reſpondit pupillum proponi abſtentum.

TIT. IX. LIB. XXVI. PANDECT.

QVANDO EX FACTO TVTORIS VEL CVRAT. MINORES.

Cap. VI.

DVo ſunt loci præcipui huius tituli qoi pendent ea generali titulo de adminiſtrat. tuto. Primus eſt quando ex facto tutoris minor agere poſſit. alter eſt quando

quando ex facto tutoris minor poſſit conueniri.

Cap. VII.

Quando ex facto tutoris minor agere poſſit.

NOtandum eſt & pro regula firmiſſima habendum, ex negotio contracto, à tutore nomine pupilli, vtilem actionem pupillo competere, nominatim d. l. 2. & l. tutor. hic. Idque ideo, quia regula & ratio iuris repugnant. Nemo enim alteri actionem acquirit. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verbor. oblig. Inuenta ſunt ſtipulationes vt vnuſquiſque ſibi acquirat, non alteri: vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, vt hoc caſu detur actio vtilis pupillo contra ſtrictam rationem & iuris regulam, aduerſus eum, qui cum tutore aut curatore contraxit. Si igitur tutor contraxerit aut ſententiam obtinuerit nomine tutorio, actio ex eo contractu, aut iudicati non tutori aut curatori dabitur, ſed ipſi pupillo. l. 1. C. eod. hæc de priori loco.

Cap. VIII.

Quando ex facto tutoris minor conueniri poſſit.

ET in primis certum eſt minorem ex facto tutoris, id eſt, ex contractu conueniri poſſe. l. poſt mortem. l. tutori. l. 1. C. eod. & l. vltim. hic. eadem ratio eſt partis, quæ totius. Tutor qui erat cohæres pupillo cauit in totum, & ei aduerſus ipſum pupillum actio dabitur pro parte pupilli. Quæſtio hic tractatur ad hunc locum maxime pertinens, an ex dolo tutoris minor conueniri poſſit? Hæc quæſtio tractatur variis in locis huius tituli, & aliorum titulorum iuris. Sed breuiter ſciendum eſt, ſi dolus extra rem pupilli admiſſus ſit, eo nomine pupillum non conueniri. Abſurdum enim eſſet ob quemcunque dolum, in quacunque re admiſſum, à tutore pupillum conueniri. l. 4. hic. Si in adminiſtratione tutelæ tutor dolum admiſerit, dicendum eſt pupillum teneri, ſi modo locupletior factus ſit. Huc pertinet l. 3. huius tituli. Alia quæſtio tractatur, an pupillus conuentus ex contractu cum tutore ſuo inito poſſit illum tutorem vocare vt authorem? Gallice dicimus *appeller à garand.* An vero vt adſit cauſæ, Gall. *ſommer à garand.* Quidam exiſtimant tutorem poſſe vocari à pupillo ſuo, non vt authorem, ſed vt adſit tantum cauſæ, & ſuſtineat cum pupillo litem: non vt teneatur tutor pupillum indemnem omnino præſtare, & remouere omnino à lite.

Secundo. tenetur pupillus ex dolo ſui tutoris, ſi rem ſuam ab ipſo tutore ſeruare poſſit, ſi idoneus ſit & ſoluendo. l. 1. hic vbi caſus eſt de iureiurando in litem, vbi iuriiurando in litem non eſt locus, alias ob dolum poſſeſſoris iuratur in litem. l. in actionibus. de in litem iurando. Sed ob dolum tutoris in litem non iuratur in infinitum contra pupillum, viſum eſt iuris authoribus, ſi detur actio aduerſus pupillum, ne perueniatur ad iuſiurandum in litem. Damnatur ergo pupillus ob dolum tutoris, ſi rem ſuam à tutore ſeruare poſſit. Si vero hæc duo non concurrant, eatenus tenebitur vt cedat actionem ſibi competentem aduerſus tutorem: & ea ratione liberatur. l. vltim. ſupra de adminiſt. tut. Sed aduerſari videtur l. neque interdictum. infra de regul. iur. ſed ego puto hanc legem loqui de dolo tutoris qui extra rem pupilli admittitur, non de dolo admiſſo in re pupillari: ſe enim interdum nocet. l. 4. hic. ſed quomodo nocebit pupillo dolus? In libera poteſtate tutoris dolus nõ continetur. l. creditor. ſupra mand. l. ſi patet. de his quæ in fraudem creditor. l. in peculio. ſupra de pecul. Cum alii cui datur adminiſtrandi poteſtas non conceditur illi vt dolum admittat. verum eſt, ſed nihilominus pupillus tenetur dictis caſibus ex dolo tutoris. Sed ipſe tutor tenetur pupillo quemadmodum procurator, qui dolum admiſit tenetur domino actione mandati, ſi propter eius dolum damno afficiatur dominus: non enim hoc mandaſſe videtur, licet generaliter mandauerit.

IN TIT. X. LIB. XXVI. PANDECT.

DE SVSPECT. TVTOR.

HVius tituli octo ſunt loci præcipui. Primus eſt in quo quæritur. Vnde deſcendat ſuſpecti poſtulatio, ſeu accuſatio. Et Iuriſconſultus in leg. 1. hic. oſtendit eam deſcendere ex lege duodecim tabularum: vnde ciuilis & legitima dicitur. Crimen autem vocatur quia actio ciuilis non eſt, ſed potius accuſatio quædam, & hic criminale potius iudicium quam ciuile. Extra ordinem enim punitur tutor ſuſpectus, & irrogatur ei infamia, hoc iudicio non agimus ad commodum priuatum vt in ciuilibus iudiciis ſit. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Quis poſtulet ſuſpectum, aut tutorem ſuſpectum faciat.

HÆc accuſatio quaſi publica eſt. l. 1. §. conſequens, licet cuilibet ex populo competit, licet coniunctæ perſonæ facilius admittantur quam extraneæ. l. 1. §. notandum. hic & l. pietatis. C. eo. tit. quaſi publicam diximus, quoniam ea iudicia publica dicuntur, quorum accuſatio cuilibet patet. §. 1. Inſtit. de public. iudic. quamuis aliquando docuerim hanc non eſſe definitionem publicorum iudiciorum, ſed etymologiam tantum. publica enim iudicia ſunt quæ ex certis & publicis legibus deſcendunt, quorum iudiciorum ordo conſtitutus eſt totius cognitionis & proceſſus l. Ordo. de public. iudic. vt qui teſtes admittendi, qua pœna plectendi rei, quæ dilationes dandæ, non quod ſingulorum ex populo accuſatio eſſet. Olim animaduerſio in facinoroſos homines erat populi: ſed quia illorum criminum vindicatio maxime ad publicum ſtatum pertinebat, publica dicuntur: quæ ergo illis legibus attribuuntur, publicis iudiciis non conueniunt, ſuſpectis tutoribus, niſi hoc vnũ quod cuilibet pateat hæc accuſatio. Separatus erat ordo in ſingulis iudiciis, non eſt ergo accuſatio ſuſpecti tutoris publica, quod ex hoc apparet: nam remotus non ob dolum infamia non notatur. l. infamem. infra de public. iudi. Varie appellatur hoc iudicium: aliquando appellatur accuſatio, aliquãdo crimẽ, aliquando actio. Vocabulum actionis late ſumitur accipitur, vt actio perduellionis apud Ciceronem pro accuſatione. Rarius apud Iureconſultos pro accuſatione accipitur: ſolent enim accuſationes ab actionibus diſtinguere: ſed quæſtio eſt an impuberib. hæc accuſatio cõpetat. Et Iuriſconſultus in l. impuberibus. ait, impuberibus non competere. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Qui ſuſpectus poſtuletur.

ET ex l. 1. §. oſtendimus. hic. apparet nullum eſſe tutorem cuiuſcunque generis ſit qui non poſſit ſuſpectus accuſari, etiam teſtamentarius, cuius tamen fidem teſtator ſecutus eſt, ſuſpectus poſtulari poteſt. l. 3. & 4. hic. Alius locus locus eſt huius tituli in quo quæritur,

Apud quos hæc accuſatio inſtituatur.

HIc locus explicatur in l. 1. §. damnis. hic. & l. cognitio. ſupra de officio eius cui mand. eſt iuriſdict. ſuſpecti tutoris crimen quod ſpecialiter lege defertur, iure magiſtratus non competit. leg. 2. §. ſuſpecti. infra ad Turpill. vnde videtur hæc cognitio non poſſe mandari, vel mandata iuriſdictione non tranſire cum iuriſdictione. dict. leg. prim. de officio eius cui mandata. Sed tamẽ mandata iuriſdictione generaliter in legatum hæc ſuſpecti tutoris cognitio tranſire dicitur. dict. leg. cognitio. qua autem ratione id fiat apparet ex verbis eiuſdẽ, l. propter vtilitatem pupillorum. Vlpiano ergo viſum eſt à ratione iuris recedendum eſſe propter vtilitatem pupillorum, hęc cauſa, vtilitas pupillorum hoc poſtulat,

vi celerius & facilius remoueatur tutor: vt ſi forte præſes grauioribus negotiis implicitus non poſſit huic cognitioni operam dare. Hæc autem ſuſpecti tutoris cognitio non competit iure magiſtratus, ſed lege ſpeciali competit, quoniam merum imperium non tranſit. Ergo neque mandatur niſi propter vtilitatem pupillorum. Alius locus huius tituli eſt,

De officio magiſtratus apud quem hæc accuſatio inſtituitur.

MAgiſtratus de hac accuſatione pro tribunali cognoſcere debet nō de plano. leg. 1. §. ſuſpecti. infra ad Turpil. eſt enim grauiſſima cauſa cum agitur de fama tutoris & pupilli vtilitate. Deinde ad officium magiſtratus qui de hac accuſatione cognoſcit, pertinet, vt ſuſpectum tutorem remoueat pendente hac accuſatione, quandiu pendet hoc iudicium, & ei interdicat adminiſtratione tutelæ, ne amplius graſſetur. l. eum quem. hic. Alius locus huius tituli eſt, in quo tractatur

De cauſis ob quas competit hæc actio.

HIc locus explicatur in leg. 3. §. nunc videamus. hic. Et tota diſputatio hoc in ſumma habet, quod propter fraudem, negligentiam, & deſidiam ſuſpectus tutor remoueatur. Item facultatum aliquando ratio habetur, quæ tamen conſideratio tanta non eſt, quanta eſt morum, vt propter paupertatem ſtatim quis vt ſuſpectus remoueatur, ſicut in teſtibus. l. 3. de teſtibus. l. ſuſpectus. l. impuberib. l. ſuſpectum. hic. l. 3 & l. poſtulantis. C. eo. Alius locus huius diſputationis eſt, in quo quæritur,

Quando hæc accuſatio inſtituatur.

HÆc accuſatio inſtituitur manente & durante adhuc tutela. l. 1. C. eo. poſt finitam autem tutelam nimis ſero inſtitueretur. Vnde ſi cœpta ſit hæc accuſatio, & pendente lite finiatur tutela, ſoluitur quoque hæc accuſatio: adeo vt nulla ſequatur condemnatio. l. poſt finitam, hic. Alius locus ſequitur,

De pœna quæ in hoc iudicium venit.

PRimum remouetur tutor ſuſpectus, eſtque hic præcipuus finis huius accuſationis. deinde ſi quid atrocius admiſerit tutor, extra ordinem coercetur. l. 1. §. vlti. & l. 2. hic. quo caſu remittitur ad præfectum puniendus ſeuerius, cuius poteſtas eo tempore maior erat quam prætoris. Præterea hoc iudicium & ſententia inurunt infamiam ſi ob dolum ſuſpectus ſit tutor. l. 3 §. vltim. hic. & §. ſuſpectus. Inſt. eod. ſi ob negligentiam aut culpam remotus ſit, infamia non notatur. An autem remotus tutor ob latam culpam infamia notetur, quæritur? Et dicitur non notari, licet alias lata culpa dolo cōparetur, & ita interpretantur dict. §. ſuſpectus. hoc docui in tractatu de in litem iurando.

Ego vero puto latam culpam etiam dolo hic comparari, & intelligo dict. §. ſuſpectus. de leui culpa. latæ enim culpæ dolus eſt adeo proximus vt nihil ſupra. l. quod Nerua, depoſi. l. 1. ſi menſor ſalſ. mod. dix. Pœna ergo eſt vt remoueatur ſuſpectus tutor. Excipiuntur coniunctæ perſonæ quæ non facile remouentur: ſed adiungitur iis tutor vel curator vitandæ ſuſpicionis cauſa. l. ſi tutor, hic.

TIT. I. LIB. XXVII. PANDECT.

DE EXCVSATIONIBVS TVTORVM.

HVius tractatus præcipui quidam loci ſunt quos ordine recitabimus. Primus eſt in quo quæritur,

Quomodo fiat excuſatio.

FOrma huius excuſationis hæc eſt. In primis profeſſio huius excuſationis fieri debet apud tribunal, apud magiſtratum, vel apud acta, vt dicitur in le. ſcire oportet hic. Modeſtinus Græce ſcripſit, cuius ſcripta omnia male verſa ſunt, melius ergo eſt ipſum Græcum authorem conſpicere. Deinde qui vult ſe accuſare, poteſt libellos dare, id eſt, per libellum ſe accuſare apud magiſtratum. Aduerſari tamen videtur quod dicitur in leg. excuſare. hic. vbi Iuriſconſultus ait tutorem datum non poſſe ſe excuſare per libellos. Sed hoc ita accipiendum eſt, vt totum hoc negotium non poſſit peragi per libellum, vt ei libello ſubſcribat ſtatim magiſtratus. Sic accipitur libellus in pleriſque locis iuris noſtri, veluti in leg. nec quicquam § vbi decretum. ſupra de offic. proconſul. & dict. leg. excuſare. hic. per hanc legem poteſt explicari, quod vulgo male intelligitur. Poteſt ergo tutor per libellos ſe excuſare, ſed non vt ſtatim ſubſcribat ei libello magiſtratus, id enim tantum fit cum cauſæ cognitione. Poſtquam profeſſus eſt tutor nolle ſe tutelæ onus ſubire, cauſaſque excuſationis protulerit, ſi cauſa cognita, admiſſa ſit eius excuſatio, liber erit ab omni periculo. l. ſi tutor. Co. eo. quid ſi eius qui male electus & nominatus eſt tutor excuſatio non admittatur? Prouocare poterit. l. ſcite oportet. in principio. hic. & l. tutores. Cod. eod. Idem dicitur in leg. infra, quando appell. ſit.

Quando ſe excuſare debeat tutor.

CAuſæ excuſationis allegandæ ſunt intra quinquaginta dies, vt dicitur in d. l. ſcite oportet. hic. & leg. quinquaginta. C. eod. Hoc autem tempus 50. dierum incipit cedere ex quo ſe tutorem eſſe datum ſciuit: quid ſi tutor ſit datus qui aberat? Et ſi quis abſens datus ſit tutor cum abeſſet centum miliaria ab vrbe, ei numerabuntur viginti miliaria in ſingulos dies & poſtquam in vrbem peruenerit, alios triginta dies habebit ad probandam ſuam excuſationem: ad perſequendam autem ſuam excuſationem poſtquam cauſæ excuſationum propoſitæ ſunt, dantur quatuor menſes. d. l. quinquaginta. hic. Præterea notandum eſt hoc tempus cedere ex quo quis datus eſt tutor pure ſine conditione aut die. Nam ſi quis tutor datus ſit ſub conditione aut die, quod fieri teſtamento poteſt, vt ſupra docuimus, tempus hoc non cedit antequam conditio aut dies aduenerit. l. Titius. hic.

De cauſis excuſationum.

IN primis excuſatio admittitur propter ſtatus pupilli, & tutoris diſparitatē, ſi alter ingenuus ſit, alter vero libertinus. l. 1. & l. cū ex oratione. hic. l. 3. C. eo. hæc quæ hic dicuntur ſequuti ſunt, qui mores noſtros introduxerunt, quibus nobiles ſe excuſare poſſunt ſi dentur tutores plebeiis, quòd ſcio receptum eſſe.

Secundo, excuſatur tutor propter matrimonium aut ſponſalia. l. 1. & l. 4. hic. Puta ſi vir vxori ſuæ datus ſit tutor aut curator, is excuſationem habet. l. maritus. C. qui dari tutor. poſſunt.

Tertio, ætas excuſat à tutela. l. 2. hic. quod eſt intelligendum de ætate ſeptuaginta annorum, de qua ætate titulus eſt in Cod. Iuſtiniani, qui ætate ſe excuſant. Locus autem communis notatu dignus eſt in dict. leg 2. de ætatis probatione. Ego id declaraui ſupra ſub titulo de probat. quomodo per natales ætas probetur.

Quarto, numerus etiam liberorum à tutela excuſat. leg. 2. hic. Huc pertinet titulus Cod. qui numero liberorum ſe excuſa. Vacatio munerum olim concedebatur apud Romanos vt allicerentur homines ad liberos procreandos. quia putabatur hoc maxime pertinere ad reipublicæ vtilitatē: quod ego latius declaraui lib. 1. diſput. de iure trium liberorum. addenda eſt etiam l. bello. hic.

Quinto, numerus quoque tutelarum excuſat à tutela, ſi quis tres tutelas non affectatas habeat, excuſatur à tutela l. 2. 3. 4. 5. 6. l. ſpadonem. l. ſi quis inter. leg. non tantum. l. ſi quis tres. hic. Huc pertinet. tit. C. qui muner. tutel. ſe excuſ. vbi eſt de hac re copioſa diſputatio.

Sexto, propter profeſſionem quis excuſatur à tutela. l. ſi duas. & l. 6. hic. vt ſunt grammatici, rhetores, ſophiſtæ, &c.

ſtæ &c. vbi etiam numerus profeſſorum qui vacationem habent recenſetur. Vnde notandus eſt locus communis de priuilegiis profeſſorum, ſed hoc eſt intelligendum de his profeſſoribus qui profeſſionem ſuam exercent. l. generaliter. de epiſco. & cleri. & l. qui ſub prætextu. C. eodem. Idem dicitur de clericis, vt iis tantum clericis priuilegia concedi intelligatur qui ſunt in miniſterio eccleſiæ.

Septimo, adminiſtratio reipublicæ iuſtam tribuit excuſationem à munere tutelæ. l. Athletæ. & l. non tantũ. hic. Sed ſciendum eſt d. legem non loqui de iis magiſtratibus qui in magiſtratu ſunt, ſed de his qui aliquandiu adminiſtraturi ſunt. Adde l. adminiſtrantes. hic.

Octauo, ob inimicitias quis excuſatur à tutela. d. l. Athletæ. hic. & Inſtit. eo. titul. vbi dicitur hoc ſimpliciter accipiendum non eſſe.

Nono, iuſta eſt excuſatio à tutela, ſi quæſtio ſtatus mota ſit inter pupillum & tutorẽ, modo id per calumniam aut fictionem factum non ſit. l. 2. hic.

Decimo, ruſticitas, & literarum imperitia excuſat. l. 2. §. ſimiliter, & Inſtitut. eodem. Sed videtur lex 2. huius tituli contraria eſſe. Ego alias docui cap. 3. diſputat. anniuerſ. quid ſit literas neſcire, aliter quam hactenus explicatum ſit. Sed vt conciliemus hæc duo loca, notandum eſt exceptionem addi reſcripto Diui Seueri ex d. l. 2. hic, ſi modo expers negotiorum non ſit. Poteſt etiam aliter conciliari hæc antinomia, vt ſi hæc reſponſa ſibi mutuo coniungantur, quia narratio tantum eſt & hiſtoriam conciliamus plures leges.

Vndecimo, excuſat etiam à tutela paupertas, ſi quis adeo inops ſit vt cõſtet eum imparem oneri iniuncto. vt dicitur in l. paupertas. & l. poſt ſuſceptam. hic. quando autem quis pauper iudicandus ſit non poteſt certa regula definiri, quamuis aliquando in certis caſibus in iure reperiatur expreſſum, vt pauper eſſe definiatur, qui non habet quinquaginta in bonis, vbi pauper accuſare prohibetur. Hoc caſu & aliis exceptis nulla certa regula definiri poteſt, an quis pauper ſit. Iuſtinianus autem ait pauperem hoc caſu eſſe qui impar ſit oneri iniũcto.

Duodecimo, militia quoque & miſſio militaris à tutela excuſat. Huc pertinet titu. de excuſat. veter. & l. ſed & milit. hic. à conueteranorum tamen tutela non excuſantur veterani. Vnum hic notandum eſt quod dicitur de milite impubere in d. l. ſed & milites. §. qui autem. hic. Poteſt ne impubes miles eſſe? Et reperitur in iure ciuili mentio non tantum militum impuberum, ſed etiam impuberum tribunorum. Quidam putant, hoc negligentia imperatorum accidiſſe, qui permiſeſint ad hos honores impuberes peruenire. habetis hac de re textum expreſſum in leg. vltim. C. de milit. teſtament. & §. iam vero. d. l. ſed & milites: ſed ego alias dixi illum locum & alia ſimilia accipienda eſſe de ſimulata militia ex Suetonio in Claudio, quę militia titulotenus militia erat. Huius militiæ mentio eſt in Epiſtolis Ciceronis libro ſeptimo, ad Trebat. cum ait: Sum admiratus cur Tribunatus commoda dempto præſertim labore militiæ contempſeris.

Decimotertio, abſentia reipublicæ cauſa excuſat à munere tutelæ. l. non ſolum. & l. adminiſtrantes. hic. Huc pertinet titulus C. ſi tutor reip. cauſa abfuer. quibus ex legatione reuerſis annus vacationis tribuitur horum munerum.

Decimoquarto, aduerſa valetudo aut vitium corporis, ob quod non poſſit quis huic oneri ſupereſſe, excuſat etiam à tutela. l. non ſolum. & l. poſt ſuſceptam. hic. huc pertinet tit. C. qui morb. ſe excuſ. qui autem morbi ſint qui excuſent à tutela, ſcire poſſumus, ex titulo de ædilit. edicto ſupra. Hinc quæſtiones aliquot tractãtur de quibuſdã perſonis, veluti de ſpadone: an ſpado excuſetur à tutela. Et Iuriſcõſultus reſpõdet in l. ſpadonem. hic. non excuſari. Idem de capto vno lumine dicendum eſt. hic enim non excuſatur. l. frater. Cod. eodem.

Decimoquinto, priuilegium & immunitas à principe conceſſa excuſat etiam à tutela. leg. non tantum. hic. Hæc priuilegia ſolebant olim concedi nobilibus à ciuitatibus. l. Iuriſperitos. §. pen. l. adminiſtrationis. §. vlt. & l. vlt. hic.

Decimoſexto, lis eſt iuſta cauſa excuſationis, ſi quis litem habeat cum minore pupillo. l. propter litem. hic. Idem dicitur in le. ſi vt allegas. C. de excuſa. tut. Sed notandum eſt Nouella Iuſtiniani quæ inſcribitur, vt hi qui obligat. habere ſe perhib. huic iuri derogatum eſſe: hac enim conſtitutione plectitur graui pœna, qui celauit ſe debitorem eſſe pupilli cum tutor daretur. Huic ergo iuri locus eſſe non poteſt, niſi poſt ſuſceptã tutelam tutor pupilli debitor factus, ſit: tunc enim poteſt petere ſine pœna ſe liberari onere tutelæ iam ſuſceptæ. Quod de lite diximus obtinet etiam ſi quis vereatur ne litem cogatur inſtituere nomine pupilli cum coniuncta ſibi perſona. l. humanitatis. C. eod. tit. Ex ea lege colligitur interpretatio edicti prætoris de poſtulando, *His qui aduocatos non habebunt, ego dabo.* Nam certæ ſunt perſonæ quæ poſtulare prohibentur, niſi contra certas perſonas, & pro certis quibuſdam perſonis.

Decimoſeptimo, diſtantia locorum iuſtam præſtat excuſationem à tutela. l. propter litem. §. licet. hic. & l. 2. Cod. eod. titul.

Decimooctauo, munus etiam à principe iniũctum excuſat à tutela, Gallice *vne commiſſion du Roy.* veluti cum ad tempus à principe alicui munus aliquod iniunctum eſt, interim is excuſatur. l. Geometræ. hic. non loquitur de magiſtratu. *car c'eſt vne autre choſe.* Idem habemus in l. iuriſperitos. & in l. adminiſtrantes. hic. Vnde quidam perperam colligunt officia publica perpetua eſſe debere, & ad hoc probandum citant hanc legem: ſed Iureconſultus noluit dicere eum honorem non poſſe finem accipere, ſed dicit tempus præfinitum non eſſe, inter quæ magna eſt differentia.

Decimonono, munus publicum excuſat à tutela. l. menſores. hic. & l. exactores. C. eod. tit.

Vigeſimo, exilium perpetuũ, non temporariũ excuſat quoque à tutela. l. plane. hic. Exilium autẽ hic accipiendum eſt, quod fit ſalua ciuitate, vt ego docui in diſput. ann. c. 37. de crimi. dixi exilium variam habere ſignificationem, vt exul aliquando dicatur etiam, qui ciuitatem non amiſit, vt Ouidius:

Quippe relegatus dicor non exul ab illo.
Parcáque fortuna ſunt tibi verba mea.

In eadem ſignificatione reperitur etiam in iure ciuili. veluti in l. ſed & ſi quis. ſupra ſi quis caut. & l. exiliũ. infra de interdict. & releg.

Vigeſimoprimo, is etiã qui domiciliũ nõ habet in eo loco vbi tutela geranda eſt, excuſatur a tutela. l. vlt. & l. iuriſperitos. §. vlt. hic. & l. idẽ Vlpianus. §. vlt. q lex male verſa eſt, in ea legẽdũ eſt, vtrumq;, vbi interpres vertit alterutrũ. Ex huiuſmodi cauſis, & aliis ſimilibus, volui tãtũ præcipuos attingere. Excuſatur tutor vel curator à tutela, vel cura. Ex ſupradictis naſcitur quæſtio q tractatur in d. l. ſpadonem. §. qui iure. hic. an coaceruatæ aliquot ſpecies imperfectæ quas recenſuimus excuſationẽ à tutela præſtent. Diximus ætatẽ ſeptuaginta annorũ excuſare, numerũ triũ liberorũ, numerũ trium tutelarũ. Ponamus quendã ſexaginta annorũ eſſe, eundem duos liberos & duas tutelas habere, an excuſabitur à tutela? Videtur hoc caſu excuſatio cõpetere ſecũdũ illud vulgare dictũ, quæ nõ proſunt ſingula multa iuuant: & tamẽ dicitur in d. §. q iure. ob tales ſpecies imperfectas excuſationẽ nõ cõpetere. Notãdũ eſt præterea quãuis ob dictas cauſas excuſetur tutor, tamẽ ſi ob tutelã alicu-

qui teſtamento datus eſt tutor, aliquid legatum ſit à teſtatore, ſi ſe excuſauerit à tutela, legatum non debere conſequi. l. legatarius. & l. ſeq. l. neceſſarios. & l. amiciſſimos. hic. quod tamen cum exceptionibus in d. l. expreſſis accipiendum eſt. hactenus de cauſis excuſationum, ſequens locus huius tituli eſt

De his qui ſe excuſare non poſſunt.

EX eorum numero eſt libertus, ſi libertus tutor datus ſit à patrono liberis ſuis, ſe excuſare non poteſt. habet tamen hic caſus plures diſtinctiones. l. liberorum. l. nequaquam. l. iuriſperitos. §. vlt. l. Titius. §. vlt. hoc tit. Is etiam qui promiſit patri liberorum ſuorum ſe tutelam ſuſcepturum, id munus detrectare non poteſt, etiam ſi alioqui iuſtam exceptionem habeat. l. ſpadonem. §. 1. hic. In Codice Iuſtiniani ſequitur titulus, ſi tutor aut curator ex falſis allegationibus excuſat. ſit, de quo hic aliquid dicemus.

TIT. LXIII. LIB. V. C.
SI TVTOR AVT CVRATOR.

EX hoc titulo notandum eſt, ſi tutor ex falſis allegationibus excuſatus fuerit, eum nihilominus tutelæ periculum ſuſtinere. Ipſo enim iure excuſatus non eſt. Notandum eſt etiam, hoc ius ſingulare eſſe. Nam alias cum ob falſas allegationes, inſtrumenta, teſtimonia & religio iudicantis ipſa ſententia lata ipſo iure nulla non eſt: & ideo opus eſt aduerſus eum in integrum reſtitutione. l. diuus. infra de re iudic. Et ita intelligendus eſt totus ille titulus Iuſtiniani, ſi ex falſis inſtr. iudic. ſit,

TIT. II. LIB. XXVII.
PANDECT.
VBI PVPILLVS EDVCARI VEL MORARI DEBEAT.

HIc titulus duo capita complectitur. Primus locus vbi pupillus educari debeat, alter eſt de alimentis pupillo præſtandis. In Codice Iuſtiniani extant duo tituli, huic noſtro reſpondentes. hos omnes hic explicaturi ſumus, quod ad primum attinet,

Vbi pupillus educari debeat.

CVm quæritur vbi pupillus educari debeat, id à prætore cauſa cognita ſtatuendum eſt. l. 1. C. eod. Id decretum prætoris locum etiam habet, quamuis pater pupilli hac de re aliquid ſuo teſtamento ſtatuerit. Poteſt enim prætor ab eius voluntate iuſta ex cauſa recedere. l. 1. hic. In hac cauſæ cognitione habenda eſt ratio ſuſpectarum perſonarum, ne apud eas educetur. l. ii diſ. epietur. hic. Inter has autem perſonas, de quibus quæri poteſt apud quas poſſint aut debeant pupilli educari, præferenda eſt mater cæteris. l. 1. C. eo. tit. modo mater vitricum non induxerit, vt ibidem dicitur. quid ſi nolit onus ſuſcipere is, apud quem educandus eſt pupillus? A prætore cogendus eſt, l. 1. §. quantus. hic. & l. 1. C. eo. Alius locus huius tituli eſt

De alimentis pupillo præſtandis.

IN primis notandum eſt tutorem cogi ad alimenta pupillo ſuo præſtanda. l. 1. C. eod. tit. modo ſufficientes facultates habeat pupillus: pupillum enim de ſuo alere tutor non cogitur. l. 3. §. vlt. hic. Quid ſi abſens ſit tutor & interim conqueratur pupillus apud prætorem de alimentis, quid ſtatuendum erit? Id traditur in l. vlt. huius tituli. Eſt & mirabilis in ea lege ratio. Ratio decernendi aduerſus abſentem eſt paulo alienior à iure communi. Hinc igitur notandus eſt locus communis de abſentibus conueniendis & damnandis, quod exigit vtilitas pupillorum contra rationem iuris communis: ſumptus autem factos in alimenta pupilli tutor imputabit in ratione reddenda adminiſtrationis ſuæ in iudicio tutelæ. l. 2. & 4. hic. Idem dicitur in l. 2. & l. vlt. C. de aliment. pupillo præſtandis. Audiendus autem videtur pupillus, ſi dicat, ſe alitum non fuiſſe, quod tamen probare debet. l. vlt. C. eod. Decretum autem prætoris tutorem tutum reddit, vt non ſit diſceptandum an patrimonij pupillaris facultates exceſſerit tutor necne: tutius ergo eſt tutorem adire prætorem, eum de modo alimentorũ quæritur, modo is prætori non obrepſerit. l. 2. hic. Nec patris quidem voluntas excuſat tutorem dolo malo verſatum. d. l. 2. hic. & l. 2. C. eod.

IN TIT. III. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE TVTELÆ ET RAT. DISTRAHEN.

HIc titulus tres habet partes, prima eſt de tutelæ actione, ſecunda de actione rationum diſtrahẽdarum, tertia de vtili actione curationis cauſa. Videamus primum de actione tutelæ directa, prima parte huius tituli.

De actione tutelæ directa.

HVic primæ parti reſpondet titulus Codicis, arbitrium tutelæ. Arbitrium autem tutelæ, vt id intelligant tyrones pro actione, & iudicio tutelæ accipitur. dabatur enim arbiter vel iudex tutelæ iudicio. Hinc Cicero inſectatur Iureconſultos in oratione pro Murena, quod tot ſeculis definiri non potuerint, vtrum rem vel litem, arbitrium, vel iudicium dicere oporteret. Primus igitur locus huius actionis eſt,

Quid veniat in hoc iudicium tutelæ.

IN primis in hoc iudicium venit, vt tutor rationem reddat pupillo adminiſtrationis ſuæ adminiſtratæ, vel neglectę tutelæ. l. 1. hic. Deinde in hoc iudicium venit dolus & culpa, nec lata tantum, ſed etiam leuis. l. quicquid. C. arbit. tute. Ego tamen excepi duos caſus ſub ti. de adminiſt. tut. In rationibus exigendis, & prędiis ex pecunia pupillari comparandis leuem culpam non præſtat tutor. l. 2. C. arbit. tut. & l. qui repertorium. ſupra de adminiſtr. tut. quia in prædiis comparandis, & rationibus exigendis prudentiſſimus quiſque falli poteſt. Non ergo ob leuem culpam hoc caſu tutor damnandus eſt.

Hoc etiam iudicio petitur, vt tutor reddat pupillo rationes actus ſui, rationes ipſas ſeu codices rationum & actionum. l. 1. §. offic. hic. Tutor enim tabulas ſeu codices conficere debet actus ſui, & finita tutela pupillis ſuis illas reddere. Sed ad quid proſunt pupillis hæ rationes, ſiue codices rationum? Conducunt pupillo, vt ex iis cognoſcere poſſit, quantum à tutore ſit reddendum ſibi ex ea adminiſtratione, ex his bonis, quæ adminiſtrauit tutor. Modus enim patrimonij ex inuentario perſpicitur. l. 1. & l. vlt. C. arbit. tutel.

In hoc etiam iudicium veniunt res depoſitæ & commodatæ. l. ſi tutor. hic. Si pater pupilli antequam decederet, res quaſdam depoſuerit apud tutorem vel curatorem, aut ſi quid commodauerit, id reſtituere hac actione tutor tenetur: ſed qua ratione tutor tenetur propterea actione tutelæ cum contraxerit cum patre pupilli, cum tutor nondum eſſet? Actio tutelæ bonæ fidei eſt. Quid autem æquius eſt, quid bonæ fidei magis conueniens eſt, quam vt tutor pupillo ſuo reddat quod accepit à patre, & quæ poſſidet quauis actione repeti? Nã ſponte reſtituere tutor debet, quæ ſpectant ad commodũ pupilli: idẽ dicendum eſt, ſi pecuniã acceperit, vt redderet res apud ſe depoſitas & cõmodatas. d. l. tutor. poſſet etiã cõdictio ob turpem cauſam competere

pupillo

pupillo aduerſus tutorem,ſi ſtricti iuris actio eſſet,quæ tamen actio ſeu conditio ineſt bonæ fidei iudiciis. argum.l. vlt. ſupra de condict.ob turpem cauſ. Quæritur an geſta poſt paupertatē in hoc iudicium veniāt? Hæc quæſtio tractatur in l.ſi tutor.hic vbi dicitur eum non teneri niſi de his,quæ ita connexa ſunt priori adminiſtrationi,vt diſſolui non potuerint. Idem dicitur in l. Tutor.C.arbit.tutel. Alia quæſtio hic tractatur. Pupill⁹ agit tutelæ actione. is contendit omnia bona ſua retineri à tutore, ſibi nullam pecuniam ſupereſſe ad litis ſumptus,an audiendus ſit pupillus,ſi petat interim ſibi ſumptus miniſtrari?& in l.Imperatores.hic,dicitur tutores hoc caſu non debere cogi miniſtrare ſumptus pupillis ſuis niſi forte plane conſtiterit eos debere. Hodie alio iure vtimur, ſi monachi contra abbatem ſuum conquerantur.cap.ex parte.extra de accuſat.ſed alia ratio eſt pupilli & tutoris, quia monachus alendus eſt ex bonis monaſterij, pupillus autē ex ſuis tantū bonis alitur.hæc de primo loco huius actionis.

Cui & aduerſus quem detur hæc actio.

HÆc actio datur pupillo aduerſus tutorem: datur etiam hæredibus ipſius pupilli in hæredes tutoris.leg.tutela. C. arb. tutel. Huc pertinet titulus C. de hæred.tutor. ex cuius tit.l.1.2.& 3. ius ſingulare notandum eſt,quod quāmuis tutor cogatur præſtare culpam leuem,hæredes tamen eius latam tantum culpam præſtare coguntur,niſi forte aliquid ad eos peruenerit, alias autem regulariter obligationis cauſa & conditio hæredum gratia non immutatur. l.2.§. ex his.de ver. obligat. Datur autem hæc actio in plures tutores in ſolidum;quod tamen intelligendum eſt, vt diximus ſupra ſub ti.de adminiſt.tut.cum exceptionibus, ſi vnus conueniatur nomine plurium perſonarum datur enim exceptio diuiſionis, ordinis & cedendarum actionum, quo te remitto:de quibus omnibus loquitur hic Vlpianus in l.1.§. nunc tractemus. hic. Non eſt hac de re alius locus in iure notatu dignior,vbi legendum eſt: *Si ſoluendo tutores ſint*,& delenda negatio *non*,in nouis exemplaribus. Alius eſt locus hic pertinens in l.ſi ex duobus.hic.l.interdictæ.C.arb.tutel. Vnum hic notandum eſt,cum ab vno pupillo plures tutores conueniuntur, licet diuerſa ſint domicilia, coram vno iudice omnes conueniri debere.l.omnes. C. arbit. tut. & huc pertinet titulus,ex quib.cauſ. ad eundem iudicē eatur. Ratio autem huius iuris ſumitur ex l. cognitio. infra. de libe. cau.ne diuerſa iudicio ex eadem cauſa oriātur. Quæritur de filiofam.an hæc actio detur aduerſus filiū familias.& I.C.in l.1.& 2.huius tit. oſtendit. etiam aduerſus filiumfamilias hanc actionem dari, quia ſicut paterfa.ita filiusfamilas ex omni obligatione tenetur. l. filiusfam. de oblig. & act. niſi in quibuſdam caſibus exceptis. Pater autem quatenus in peculio eſt tantum tenetur.dd. ll. Ex quibus autem cauſis teneatur dixim⁹ ſupra ſub tit.de admininiſtr.tuto.

Quando competat hæc tutelæ actio.

ET certum eſt ante tutelam finitam non dari.l.niſi. & l.ſi tutor Reip.l.ſi pupillus.l.cum adhuc.hic. Ceteræ tamen actiones interim poſſunt intendi.d. l.ſi tutor.ſ.vlt.hic. Quæſtio tractatur de præſcriptione temporis, an præſcriptio obſtet agenti actione tutelæ? & dicitur non obeſſe.l.tutores.C.arb.tut.& l.neque.quib. non obſt.longi tempo.præſcr. Hæc actio in quibuſdam caſibus ceſſat. In primis ſi ab vno ex tutoribus ſolutum ſit.l.ſi ex duobus.hic. quamuis tranſactio cum vno facta alteri neque proſit neque noceat, ſolutio tamen ab vno ex tutoribus facta cæteros liberat ab hac actione.l. 2.C.de tranſact. Secundus caſus eſt, ſi probatum ſit nomen à nouiſſimo curatore.l.ſi probatum. hic. exempli gratia, Tutor in collocanda pupilli pecunia non elegit idoneum nomen,id eſt, idoneum fœneratorem. finita tutela curator probauit hoc nomen. Hoc caſu iuſta eſt defenſio tutoris,ſi is conueniatur finita tutela à pupillo huius rei nomine. Exiſtimarem tamen poſſe ſuccurri pupillo per reſtitutionem in integrum, ſi aliter rem ſuam ſeruare à ſuo curatore non poſſit. Nam non tantum minoribus, ſed etiam maioribus ob iuſtam cauſam ſuccurritur hoc beneficio reſtitutionis in integrū ex generali clauſula edicti prætoris: Ex quib.cau.maio. *Et ſi qua alia iuſta cauſa mihi eſſe videbitur*. De prima parte huius tit. vidimus: nunc videndum eſt de ſecunda.

De actione rationum diſtrahendarum.

HÆc quoque actio datur pupillo aduerſus tutorem ſicut & ſuperior, ſed differt actione tutelæ, vt ſpecies à genere. generaliter enim actio tutelæ competit ob adminiſtratam tutelam, vel neglectam. Hæc vero actio ita demum datur, ſi tutor intercepérit aut interuerterit bona pupilli.l. 2. hic. *Rationes diſtrahere*, verbum eſt iuris antiqui opinor, quod tamen alibi non legi. Rationes autem diſtrahere idem eſt, quod rationes diſpungere, quod frequenter in iure ciuili repetitur. Hæc actio etiam in eo differt ab actione tutelæ, quod hæc in ſimplum detur, illa vero pœnalis eſt, & in duplū. l.2.§.vlt.hic. Et in hoc duplo de rationibus diſtrahendis, rei etiam perſecutio continetur.

Præterea hæc actio datur hæredibus, non autem in hæredes.l.1.§.vlt.hic.quia pœnalis eſt.l.1.§. rationibus, vſque ad finem.hic. ſequitur tertia pars huius tit.in qua tractatur

De vtili actione curationis cauſa.

HÆc eſt tertia actio, quæ dicitur vtilis curationis cauſa.in rubr.hæc actio eſt negotiorum geſtorū, quæ datur minori aut furioſo, aduerſus curatorē. l. niſi. hic. Sed cur vtilis actio competere dicatur non directa? Directa actio negotiorum geſtorum non cōpetit aduerſus curatorem nec curatori. l. curatoribus. C.de negot. geſt. quia actio negotiorum geſtorum ex edicto prætoris ei datur, qui vltro aliena negotia geſſit, nec puto prætoris edictum perfectum eſſe.l.1. ſupra de neg. geſt. Et in eo edicto de neg. geſt. loquitur de eo, qui gerit abſentis negotia, curator vero vt plurimum gerit negotia minoris præſentis. Cum ergo nulla actio propoſita eſſet ob adminiſtrationem curatoris, viſum eſt iuris auctoribus ſufficere actionem vtilē neg. geſt. idque propter vtilitatem non directam, quæ ex mēte, non verbis edicti naſcatur. Aliud exemplum huius actionis eſt in l.Poſthumo.ad fi. huius tituli.

TIT. IIII. LIB. XXVII. PANDECT.

DE CONTRARIA TVTELAE, &c.

IN quibuſdam libris ita legitur, de contraria & vtili actione tutelæ, ſed in noua editione melior eſt lectio. Sub hoc igitur tit. agitur de actione tutelæ contraria, quæ datur tutori aduerſus pupillum ex his cauſis, de quibus hic loquitur Vlp.in l.1. *Quia contra*, id eſt, viciſſim datur. De hac actione videndum eſt. Primus locus huius actionis eſt, in quo quæritur,

Ex quibus cauſis hæc actio contraria competat.

IN primis hæc actio contraria datur tutori aduerſus pupillum, propter ſumptus à ſe factos in adminiſtrationem tutelæ.l.1.hic. Petit etiam tutor vſuras & acceſſiones.l.3. hic. Quid ſi ſumptus à tutore facti excedant facultates ipſius pupilli? Hoc caſu nihilominus refundentur tutori, ſi modo tutor iuſtā cauſam illos faciendi habuerit.d.l.3.hic. Hinc tractatur quæſtio vulgo agitari ſolita. Quid ſi tutor cum nomine pupilli ageret, ſuccubuerit, an expenſas litis repetere poſſit à pupillo, hac actione contraria tutelæ? hic diſtinctione vtendum eſt. Si tutor iuſtam litigandi cauſam habuerit, certum eſt

eas expenſas repetere poſſe: nec obeſt ei quod ſuccubuerit: ſufficit eũ bona fide egiſſe. Huc pertinet l. quoties. §. ſicut. ſupra de adminiſt. tut. l. 3. §. ſufficit. hic. l. ſumptus. C. de adminiſt. tut. Sufficit quod vtiliter geſſerit, licet effectum non habuerit. l. ſed an vltro. §. 1. de neg. geſt. Alia quæſtio naſcitur ex ſupra dictis: quid ſi res in quam ſumptus fecit tutor perierit, in rerum natura non ſit? Et nihilominus dicitur pupillum illos ſumptus refundere tutori debere. d. l. 3. §. ſufficit. hic. Hæc prima cauſa ob quam hæc actio datur tutori aduerſus pupillum.

Altera cauſa eſt, ſi tutor obligauerit ſe, aut bona ſua pro pupillo, vt liberetur. l. vlt. & l. 3. §. contrarium. hic. Aliud dicẽdum eſt, ſi tutor aliquid ſoluerit pro contutore ſuo. Nã hoc iudicium contrarium tutori non cõpetit huius rei nomine aduerſus pupillum. d. §. contrarium l. 1. C. de contra. tut. iudic. Et quod magis eſt, hoc iudicio tutelæ contrario non poteſt cogi pupillus ad cedendam actionem, nec pupillus etiam id poteſt facere, etiamſi id maxime velit, vt oſtendit Modeſtinus in l. Modeſtinus. infra de ſolut. Si quis ſoluerit pro ſuo correo, vel cõtutore, debet in ipſa numeratione petere ſibi cedi actionem: poſt ſolutionem autem id facere non poteſt, quia ſolutione facta nulla actio ſupereſt, quæ cedi poſſit. Nam per ſolutionem vnius ſublata eſt omnis obligatio: vterque liberatur ea ſolutione. Quomodo igitur ſuccurretur tutori, qui pro ſuo cõtutore ſoluit? Datur ei vtilis actio, qui ſolidum ſoluit. Hoc eſt intelligendum niſi in dolo malo ſolidum ſoluerit, vt dicitur in l. 1. §. nunc tracte. ſupra tit. præcedenti. Notandum eſt in ſumma, ſi ex alia cauſa qua tutelæ aliquid debeatur à pupillo tutori, eum non poſſe hoc iudicio illud conſequi. l. 1. §. hoc iudicio. hic. Niſi forte tutor exactionem debiti ſui diſtulerit ob tutelam, ne eſſet moleſtus pupillo: hæ ſunt cauſæ, & ſi quæ ſint ſimiles ob quas datur hæc actio, non enim omnes recenſuimus. Alius locus eſt huius tituli, in quo tractatur

De qualitate huius actionis.

HÆc actio dicitur prætoria, argum. l. 1. his verbis prætor contrariam induxit actionem, &c. Præterea hæc actio eſt perpetua. l. 3. §. vlt. hic. eſt enim rei perſecutoria. Hæc de contraria actione tutelæ directa. Quædam de vtili dicendũ eſt, vt rubricæ ſatisfaciamus.

De vtili contraria actione tutelæ.

ACtio contraria tutelæ competit in primis tutori aduerſus pupillum, vt diximus, l. 1. §. hæc actio. hic. Competit etiam ei qui pro tutore negotia geſſit & curatori. Ego autem hic complector ſub contraria actione etiam actionem vtilem tutelæ.

Hæc contraria vtilis negotiorum geſtorum actio competit minori, furioſo, &c. contra curatorem. Finito officio tutelæ aut curatelæ hæc actio competit. l. 1. §. finito. & l. 4. hic.

TIT. V. LIB. XXVII.
PANDACT.
DE EO QVI PRO TVT. PRO'VE CVRAT. NEGOT.

SVb hoc tit. tractatur de actione, quæ dicitur protutelæ actio. Videndum igitur in primis de perſonis. Deinde ſimul videbimus de cauſis.

Cui detur hæc actio.

HÆc actio datur impuberi cuius negotia geſta ſunt, ab eo qui pro tutore geſſit, vel per errorem, vel finxit ſe tutorem eſſe. Quia hoc caſu actio tutelæ competere non potuit, opus fuit hac actione. l. 1. hic. Hæc igitur actio datur impuberi. l. 1. §. ſi quis quaſi. Oportet autẽ eũ eius ætatis eſſe, quia poteſt ei tutor dari, vt ei hęc actio detur, aliàs non ei dabitur, ſed alia actio, ſcilicet actio negot. geſt. Deinde hæc actio datur aliquando aduerſus verum tutorem, ſi is ſe tutorem eſſe ignorauerit, & nihilominus in eo errore tutelam geſſerit. l. quarto. hic. Quemadmodum in conditionibus implendis requirimus ſcientiam. l. 2. de condit. & demonſt. ita & hoc caſu ſcientiam requirimus. Præterea in l. 1. C. eod. dicitur, & aduerſus mulierem hanc actionem competere, quæ tutelæ capax non eſt. Quid ſi ſeruus tutelam geſſerit? Et ſi ſeruus ipſe tutelam geſſerit, Iuriſconſultus in l. 1. hic. ait. §. 1. hanc actionem dari aduerſus dominum.

Quando hæc actio detur.

HÆc actio datur etiamſi nondum finita ſit tutela, cuius rei ratio eſt, quia re vera nulla tutela eſt. l. 1. §. cum vero. hic.

Quæ in hanc actionem veniant.

IN hoc iudicium veniunt ea omnia, quæ in iudicium tutelæ venire ſuprà diximus. l. 1. §. vlt. & l. penult. hic. Quamuis quod diximus verum ſit, tamen reperitur duplex differentia inter hunc protutorem & verum tutorem. Prior differentia eſt, quia is qui pro tutore negotia gerit, non poteſt rem pupilli vendere, quæ à vero tutore vendi poteſt. l. 2. hic. Deinde rem in iudicium deducere non poteſt protutor, quod poteſt verus tutor. l. 1. C. eod.

TIT. VI. LIB. XXVII.
PANDECT.
QVOD FALSO TVTORE AVCTORE.

HOc edicto his proſpicitur, qui à falſis tutoribus falluntur: duplex autem remedium competit ei, qui falſi tutoris auctoritate accedente cum pupillo contraxit. Primum eſt reſtitutio in integrum ex tribus cauſis. In primis ſi ignorauerit eum falſum tutorem eſſe. l. 1. hic. Secundo ſi ſciuerit quidem, ſed pupillus vel minor fuit. Tertia cauſa eſt, ſi compulſus fuit à prætore, vel alio magiſtratu cum pupillo contrahere.

Secundum remedium eſt actio in factum. quæ ei datur aduerſus falſum tutorem, ſi dolo malo ſe tutorem eſſe mẽtitus eſt. l. nouiſſimo. hic. Si autem abſit dolus à falſo tutore, hęc actio aduerſus eum non datur, ſed recurrendum eſt ad reſtitutionem in integrũ. l. falſis. hic.

Eſt etiam alia actio, quæ datur aduerſus eum, cuius dolo malo tutor falſus auctor factus eſt, licet aduerſus tutorem falſum hoc caſu actio non detur, cum dolo careat. l. huius actionis, hic. ex l. 2. huius tit. obiter notãdum eſt hæc duo ipſo iure & per tuitionem prætoris, plerumque opponi.

TIT. VII. LIB. XXVIII.
PANDECT.
DE FIDEIVSSORIBVS ET NOMINATORIB. TVTORVM.

HIc titulus duas partes habet, prior eſt de fideiuſſoribus & nominatoribus tutorum. Poſterior eſt de hęredibus tutorum. Ad priorem partem quod attinet, notandum eſt, fideiuſſorem non minus quam tutorem obligari, etiamſi de vſuris quęratur. l. 3. hic. nec refert, an per ſtipulationem legitimo iure conceptam fideiuſſor obligatus ſit. l. cum oſtendimus. §. vlti. hic. Eſt ius ſingulare propter fauorem pupillorum. Fideiuſſor enim non aliter obligatur quam per ſtipulationem legitime conceptam. l. 5. §. ſatiſdatio. infra de verb. oblig. & l. blanditus. C. de fideiuſſoribus. Et tamẽ hic obligatur, ſi nominatus ſit à teſtatore & non contradixerit. Eadem cauſa eſt affirmatorum, ſed dubium non eſt, quin hi affirmatores obligentur, vt fideiuſſores ipſi: quamuis per omnia hęc obligatio

non

non ſit ſimilis fideiuſſoriæ obligationi. Nam fideiuſſor ſemper tenetur,& affirmator non tenetur, ſi idoneus fuerit principalis tempore affirmationis,vel in eo falſus,vel malus dolus non fuerit. Hic locus diligenter notandus eſt de affirmatoribus:alius ſimilis eſt in l. & eleganter.§.vlt.& l.ſequenti.ſupra de dolo. Nominator etiam conueniri, poteſt, qui idoneos non nominauit.l.2. hic. De his nominatoribus aliquid etiam dicemus infra ti.ſequēti,De magiſtratibus conueniēdis.

De his fideiuſſoribus notandum eſt, eos ita demum conueniri debere,ſi excuſſæ fuerint prius facultates tutoris. Huc pertinet Conſtitutio Nouella Iuſtiniani de fideiuſſorib. eſt Nouel.4.Hodie moribꝰ noſtris ſolet in obligationū inſtrumētis adiici clauſula, qua beneficio ſuo fideiuſſor,ſcilicet, beneficio diuiſionis renunciat.

Deinde animaduertendum eſt,reo ſoluente, tutore ſcilicet fideiuſſorem liberari.l.2.C.eod. Quid ſi plures fideiuſſores ſint,an ſinguli in ſolidum conueniri poterunt,an vero pro parte quiſque ſua teneatur?Hæc quæſtio tractatur in l.pupillus. hic. vbi ius ſingulare: quia plures fideiuſſores in ſolidum conueniri poſſunt. Diuidetur tamen inter eos actio,ſi omnes ſoluendo ſint, vt dicitur in l.ſi fideiuſſores. infra de fideiuſſor.Idque cōtinetur oratione Diui Adriani: ſed hic ius ſingulare eſt. *Quod non niſi ex perſona.* Hæc verba obſcura ſunt, ſed dilucidius explicantur in l.vlt. infra.rem pupil.ſal. fore.Diuiditur igitur inter eos actio: alias in ſolidum conueniuntur.Altera pars huius ti.eſt

De hæredibus tutorum.

DE hac re ſunt ſinguli tituli in Codice Iuſtiniani. Licet autem tutela mortuo tutore ad hæredes eius non tranſeat,eo tamen mortuo,hæredes eius tenētur.l.curatoris.C.de negot.geſt.ſicut& curatoris hæredes tenentur. Sed quomodo teneantur tutoris hæredes quæritur.Hic diſtinguendum eſt.Nam in primis ſi lite conteſtata cum pupillo tutor deceſſerit, hæredes eius eodem modo tenentur,quo tutor ipſe defunctus ſine vlla diſtinctione.l. vlt.hic. idem dicitur in l.alio. C.de in litem iurand.Si vero lis conteſtata non fuerit cum tutore defuncto, & conueniatur hæres tutoris ob adminiſtrationem tutelæ,hoc caſu ob dolum defuncti & latam culpam hæres tenetur, non autem ob leuem culpam.l.1.C.de hære.tutor. idem dicitur in l. curatoris.C de neg.geſt.Quid ſi hæres ipſe culpam admiſerit quid dicemus? & Iuriſconſulti in l.1.& leg.cum oſtendimus.hic. aiunt, hæredem tutoris ob dolum ſuum & culpam conueniri poſſe.

TIT. VIII. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE MAGISTRATIB. CONVEN.

SVb hoc titulo tractatur de actione, quæ iure prodita eſt aduerſus magiſtratus,qui tutores idoneos non dederunt,vel ſatiſdationem non exegerunt:magiſtratus enim municipales hoc nomine tenentur, & ita acipi debet §.vlt.Inſtitut.de ſatiſdatio.tutor. Quod hic dicitur de magiſtratibus,non debet intelligi de maioribus magiſtrabus, ſed de minoribus. Non enim datur actio aduerſus prætorem,aut præſidem,&c.ſed aduerſus magiſtratus municipales tantum,qui hanc ſatiſdationem exigere ſolent,licet non ſemper tutores dent, & hoc rectè explicat Theophilus in Inſtitutionibus,in d.§.vlt.Idem dicitur in l.magiſtratus. C. eod.

Nominatores autem ſunt, qui nomina eorum, qui tutores eſſe poſſunt,ad prætorem, aut præſidem,aut alios magiſtratus qui ius dandi tutoris habent, detulerunt.Et hoc caſu datur aduerſus eos nominatoris actio. Idem dicitur in l.Æmilius.ſupra de adminiſt.tut. De hac actione per locos communes tractandum eſt,

Cui & aduerſus quem detur hac actio.

HÆc actio in primis eis competit,qui in tutela vel curatione fuerunt,& eorum hæredibus.l.1. §.nō tantum.hic. Quæritur an hæc actio detur ei,qui ſolidū ſoluit pro contutore ſuo. Et Iureconſultus in l.proponebatur, hic. ait non dari:quia hoc ſenatuſconſultum pertinet ad fauorem pupilli, alias durum eſſet pupillum teneri. At hic ille fauor ceſſat: mirum ergo non eſt, ſi dicatur eo caſu magiſtratum conueniri nō poſſe. Hæc actio datur aduerſus magiſtratus municipales, vt dicitur in §. vlt. Inſtit. de ſuſpect. tut. licet decretum prætoris interponant.Soli autem magiſtratus tenentur non fideiuſſores,qui rem pupilli ſaluam fore promittunt,vt dicitur in l.1.hic. Decuriones autem dicti ſunt, quod publici conſilij gratia, decimus quiſque cooptabatur in ſenatum,vt mihi videtur. l. pupillus, de verb. ſign.Sed quid ſi plures magiſtratus ſint, an contra omnes in ſolidum dabitur hæc actio? Hæc quæſtio tractatur in l.magiſtratus.hic,ſi plures fuerint in dolo, in ſolidum tenentur,ſi in culpa tantum,dicitur aduerſus eos diuidendam eſſe actionem. idem dicitur in l.5.C.eo.ti. Quid ſi conuenerit inter eos, vt vnus periculum ſuſcipiat?Iureconſ.in l.1.§.ſi inter.hic ait, hanc conuentionem non obſtare quominus in ſolidum conueniant ſinguli eorum. eſt enim hic ius publicum, quod priuatorum pactis immutari non debet.l. ius publicum. ſupra de pact. Hinc igitur notandus eſt locus communis de iure publico.Quid dicemus de hæredibus magiſtratuum? an idem dicemus quod de tutorum hæredibus diximus?Iureconſ.in l.4.hic.& l.Imperator. in l.2. C. eod. oſtendunt idem dicendum eſſe de hæredibus magiſtratuum, vt ob dolum tantum & latam culpam teneātur. Alius locus huius actionia eſt,in quo quæritur,

Quæ ſit cauſa & finis huius actionis.

PRimum datur hæc actio aduerſus magiſtratus, qui neglexerunt tutorem idoneum dare. l. 1. §. magiſtratibus, hic, ſed ita demum tenentur magiſtratus, ſi moniti non dederint.d.l.1.hic. Secundo ſi ſatiſdationē non exegerint.d.l.1 §.magiſtratibus. hic. Finis autem huius actionis eſt, vt damnum quod ſubiit pupillus ei ſarciatur.d.l.1.§.magiſtratibus.hic.

De qualitate huius actionis.

ACtio tutelæ vtilis dicitur in l.vlt.hic. Eadē actio in magiſtratus datur quæ in tutores, ſed vtilis tantum,vt dicitur in l.1. C.eo.de magiſtratib. conuen. quia directa actio hoc caſu cōpetere non poteſt.Deinde hæc actio dicitur ſubſidiaria, quia non datur niſi prius excuſſis facultatibus omnium tutorum,fideiuſſorum, & nominatorum.l.aduerſus.C.eod. Excipiuntur tamen tutores,quod diligenter notandum eſt,qui ſoluendo non ſunt,vt dicitur in l.1.§. vſque adeo. ſupra de tutel.& ratio.diſtra. Obiter hic duo notanda ſunt ex l.1.§.1.hic.de ſtipulatione ſiue cautione, quæ à tutoribus exigitur,pupillus ipſe ſtipulabitur,ſi fari poſſit, ſi vero fari nequeat,ſeruus eius ſtipulabitur:qui ſi deſit, adhibebitur ſeruus publicus:ſi & is deſit,magiſtratus pupilli nomine ſtipulabitur. Eſt locus communis de ſtipulatione alteri facta contra iuris cōmunis regulas propter pupilli vtilitatem.l.ſtipulatio iſta.§.alteri. infra de verb.oblig. Deinde notate ex l.vlt.C.eod. actionē dari aduerſus tabularios, ſi quid ab iis quod ad damnū pertineat eius, pro quo ſcriptum eſt inſtrumentum omiſſum erit,alias ſi dolus malus eorum interuenerit,dabitur aduerſus eos actio falſi: falſum enim ſine dolo cōmitti non poteſt.l.nec exemplo C.ad l.Cornel.de fal.

TIT. IX. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE REBVS EORVM QVI SVB TVTELA, &c.

SVb hoc titulo extat ſenatuſcōſultū, ꝙ interpretantur Iurecōſulti. Pertinet aūt hoc ſenatuſcōſultū ad

tur. Expreſſa huuc effectum habet, vt confirmet alienationem, quæ ſine decreto facta eſt, perinde ac ſi decretum interceſſiſſet, vt dicitur in l. 2. hic. Notandum igitur eſt, hac ratihabitione nullum alium defectum ſuppleri niſi decreti prætoris. Nam ſi minor deceptus in ea venditione, hac ratihabitione non efficiet quominus recedi poſſit à tali contractu. l. 2. C. de reſcin. ven.

Aliud eſt genus ratihabitionis, quæ inducitur lapſu temporis, cuius mentio eſt in l. vlt. hic celebratiſſima. Cui conſtitutioni repugnare videtur, quod dicitur in l. vlt. C. de tempo. reſtit. in integ. pet. vbi conſtituitur quadriennium continuum. Sed hic nos loquimur de alienationibus inutilibus, quæ nullius momenti ſunt d. l. vlt. loquitur de tempore quod conſtituitur pupillo ad reſtitutionem in integrum petendam, quod facile ex verbis dictæ legis colligitur. Hodie in Gallia non ſeruatur hæc conſtitutio, vbi præſtituitur tempus decem annorum tam ad reſtitutionem impetrandam, quam ad promouendum contractum, eſſe nullum.

TIT. X. LIB. XXVII. PANDECT.

DE CVRATORIBVS FVRIOSO, PRODIGO, ET ALIIS, &c.

TOTVM hunc tractatum in quinque locos partiemur. Primus eſt in quo quæritur,

Quibus detur curator.

Titulus ipſe ſatis oſtendit, minoribus viginti-quinque annis curatores dari: huius enim ætatis eſt imbecillitas tanta, vt ei curatore opus ſit. l. 1. ſupra de minoribus. Mirum autem viſum eſt quod ibi dicitur non committi eis ante vigeſimumquintum annum adminiſtrationem rerum ſuarum: idque contrarium videatur quod dicitur ſub tit. de curatorib. in Inſtit. non poſſe eis inuitis curatorem dari. Budæus putauit hæc pugnantia eſſe, quod ego tamen non puto. Cum enim dicitur, eis inuitis curatorem non dari, non eſt intelligendum, quod ideo rerum ſuarum adminiſtrationem habeant. Dantur ergo curatores minoribus petentibus non inuitis, excepto milite, vt dicitur in l. 3. C. ſi curator.

Secondo, furioſo, prodigo, muto, ſurdo, mente capto, & generaliter his omnibus, qui ſe regere non poſſunt, datur curator, vt dicitur in l. 2. huius tituli. Olim furioſi in poteſtate agnatorum & gentilium erant: nam lege duodecim tabularum agnati iis legitimi curatores erant. Hodie tamen prætores eis curatores dare ſolent ex inquiſitione, etiam ſi agnati non ſint. idem dicitur in l. 1. C. eod. Quæritur de filiofamilias, quid ſi filiusfamilias inciderit in furorem, dabitúrne ei curator à prętore? hæc quæſtio tractatur in l. vlt. in prin. C. eod. vbi dicitur quod curator ei non datur, ſed pater ſit ei legitimus curator. Quæritur etiam de prodigo, quid ſit prodigus? id docet Vlpianus in l. 1. hic. & in l. Et mulier. eod. de prodigo tractabimus in lectione publica, in explicatione l. is cui bonis. de verbor. obligat. Ventri etiam curator datur. l. bonorum. hic. Curator etiam datur bonis hęreditariis. l. 3. hic. de hoc curatore titulus eſt infra de curat. bon. dand. vbi hæc ſuo loco tractabimus, *Commiſſaire aux biens*, Galli vocant. Item bonis diſtrahendis nobilium perſonarum. l. 5. hic. nec & aliarum perſonarum bonis diſtrahendis datur. Secundus locus huius tituli eſt, in in quo quæritur,

A quibus detur curator.

Diximus iam prætorem Romæ vel præſidem in prouincia ex inquiſitione dare ſolere curatores, tamen olim agnatis & tutela, & cura deferretur, vt apparet ex l. furioſi. Inſtitut. de curat. l. ſæpe. hic. & l. vltim. §. ſin autem. Cod. eod. De hac datione obſeruandum eſt, quod cautio interuenire debeat, & ea quidem pleniſſima. Quæſtio tractatur de fratre emancipato in leg. 5. Cod. eod. vbi dicitur eum legitimum curatorem eſſe ſorori furioſæ, licet iuris ratio contraria omnino videatur, cum emancipatione tollatur agnatio. Quæritur de patre, an poſſit filio ſuo dare curatorem? hæc quæſtio tractatur in l. ſi furioſo. hic. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Quis detur curator his perſonis.

Cum quæritur quis detur curator his perſonis, de quibus locuti ſumus, dicendum eſt hunc locum plene non tractari ſub hoc tit. ſed in titulis ſuperioribus explicatum fuiſſe, quæritur in l. 1. hic, an filius poſſit dari patri furioſo curator? hæc autem quæſtio tractatur in l. 1. 2. & 3. hic. & l. is qui. ſupra de tuto. & curat. dat. ab his qui ius dand. tuto. In quibus omnibus locis dicitur poſſe dari, quamuis ratio naturalis repugnare videatur, quia iniquum eſt patrem à filio regi. Tamen viſum eſt Iureconſultis, filio potius curationem permittendam, quam extraneo alicui. Alia quæſtio tractatur de marito & vxore, an maritus vxori furioſæ curator dari aut conſtitui poſſit? & in l. virum. hic. & l. 2. C. qui dar. tutor. poſſ. id prohibetur, ne forte propter affectionē vxoris erga maritum non auſit ille repetere curationis ſuæ rationem. Alius locus eſt huius tituli in quo tractatur,

De officio & poteſtate huius curatoris.

Hic locus etiam hic non plenè tractatur propter rationem quam ſupra adduximus in loco præcedēti. A curatore qui his perſonis datur, exigitur ſatiſdatio. l. 1. §. 1. hic. l. vlt. §. ſed cum antiquitus. C. eo. de hac ſatiſdatione dictum eſt ſupra ſub tit. de adminiſt. tut. Omnia quæcunque ad furioſum ſpectant, hic curator procurat & adminiſtrat. l. Iulianus. & l. pignus. hic. l. 2. C. eo. hæreditatem adit, pignori dat, dominium transfert. l. vlt. §. ſin autem. Cod. eod. Donare tamen hic curator non poteſt nec manumittere: quia ea res ex adminiſtratione non eſt. l. ab agnato. hic. Recte quoque ei ſoluitur. l. conſilio. §. vltim. hic ſi intermiſſus ſit furor & dilucida habeat interualla, poterit furioſus res ſuas gerere dum ſapit. l. cum aliis. C. eod. Non tamen interim mutatur curator, nec deſinet eſſe, neque tamen agit interim.

De officio eius curatoris qui bonis datur, loquitur Iureconſultus in l. cuius bonis, hic: vbi ait eius officium ad hæredes eius non tranſire, & eo mortuo dandum eſſe alium curatorem bonis. Poſtremus locus huius tit. eſt, in quo quæritur,

Quando finiatur hæc cura.

Hic locus pauciſſimis verbis explicatur in l. 1. hic. vbi dicitur hanc curam finiri cum furioſus ſanitatem aut bonos mores recuperauerit. Intermiſſo tantum furore non deſinit eſſe curator, vt iam diximus ex d. l. cum ex aliis. C. eod.

Hic finitur tractatus de tutelis, & ita totius quartæ partis Pandectarum.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XXVIII. DIGESTORVM TIT. I.

QVI TESTAMENTA FACERE POSSVNT.

Hinc incipit quinta pars Digeſtorum de Teſtamentis.

IVSTINIANVS libros Digeſtorum partitus eſt in ſeptem par tes. Prima pars, quam πρῶτα vocauit, incipit ab initio Digeſtorum. Secunda incipit à tractatu de iudiciis. Tertia à tractatu de rebus creditis. Quarta à tractatu de pignorib. & hypothecis. Quinta ab hoc tractatu. Sexta à titulo de bonor. poſſeſſ. Septima à tit. de verbor. obligat. De hac quinta parte loquens Iuſtinianus C. de veteri iure enucle. in l. ſecunda. vbi de confirmatione Digeſtorum tractat, his verbis vtitur. Quintus exoritur Digeſtorum articulus, in quo de teſtamentis & codicillis, tam priuatorum, quam militum, omne quicquid antiquitus dictum eſt, inueniat quis repoſitum, qui de teſtamentis appellatur. Et certe verum dicit: eſt enim copioſiſſime & fuſiſſime deſcripta hæc pars, vt per ſingula capita & titulos legendo oſtendemus. Quod ait hanc partem de teſtamentis appellari, inſcriptio eſt totius huius partis. Titul. autem primus huius partis eſt, qui teſtamenta facere poſſunt, & quemadmodum teſtamenta fiant. Hic titulus duas habet partes. Prior pars eſt de perſonis, quæ teſtamenta facere poſſunt. Poſterior eſt, quemadmodum teſtamenta fiant. Antequam de ſingulis partibus dicamus, de quibus dicemus ſeparatum, videndum eſt.

Quid ſit teſtamentum

DEfinitio teſtamenti extat hic in leg. 1. ex Modeſt. lib. 2. Pandect. ſic enim legendum eſt. Alia eſt definitio Vlpiani huic non diſſimilis. Inſtit. titu. 20. de teſtam. ſed pars definitionis tantum eſt apud Vlpian. ſumpta a verbi ἐτυμολογία. Nos autem Modeſtini definitionem hic explicaturi ſumus, ſingulaque eius verba declaraturi. In primis dicitur in definitione, teſtamentum eſſe ſententiam. Sententia, genus eſt in hac definitione. Sententia enim dicitur non ſolum teſtatoris, ſed etiam legis latoris, item Senatuſconſulti. leg. ex ſententia. 29. de teſtam. tut. Idem ſignificat teſtatio mentis apud Iuſtinianum, & conteſtatio mentis apud Vlpian. ſententia voluntatis, & teſtatio mentis, vel conteſtatio idem ſunt. Grammatici rident Iuſtinianum admodũ ridiculè, quòd dixerit teſtamentũ eſſe teſtationem mentis, ſed nihil eſt in Iuſtiniano quod reprehenſione dignum ſit. verum enim eſt, teſtamentum teſtationem eſſe mentis. Si dixiſſet Iuſtinianus teſtamentum eſſe teſtationem voluntatis, nullam anſam reprehẽſionis reliquiſſet Grammaticulis. fortè dixit Iuſtinianus mentis potius, quàm volũtatis, quòd hæc paronomaſia aliquid venuſtatis haberet. Dicitur in diffinitione, ſententia voluntatis. nõ ſatis viſum fuit Modeſtino dicere ſententia: ſed addidit, voluntatis. Ego hic percurram paulò ſcrupuloſius ſingula verba, nec hæc erunt inutilia. His verbis oſtendit Modeſtinus teſtamentum non eſſe, quocunque modo ſententia noſtra exprimatur, ſed cùm ſignificamus nos velle aliquid fieri, vt ſequentia verba oſtendunt, de eo. quod poſt mortem noſtram fieri, & cæt. ſententia eſt noſtræ voluntatis. Cum quis decernit ſe aliquid velle fieri, tunc dicitur teſtamentum eſſe, atque hinc vulgò dicitur, verba enunciatiua non eſſe apta ad teſtamentum faciendum. Dialectici vocant enunciatiuam orationem, qua aliquid affirmatur, aut negatur eſſe. Oportet autem verbis diſpoſitiuis vti, vt vulgò vocantur. Exempla ſumentur ex variis locis, ex l. Titia cùm teſtamento 35. §. Caius. infra de leg. 2. l. ex his verbis. C. de teſtamentis l. ex hac ſcriptura. de donat. l. verb. de teſtam. Hæc igitur verba idonea non ſunt ad teſtamentum faciendum, licet ex coniectura voluntatis benignius interpretando voluntatem teſtatoris, pro diſpoſitiuis accipiantur. Hinc notandum eſt, abſque voluntate nullum eſſe teſtamentum. harum rerum cognitio in docendo eſt maxime neceſſaria. hæc enim ſunt fundamenta maximarum cognitionum. Verum eſt quod Galenus ſcibit quodam in loco eum, qui exercitatus eſt in his, quæ conſeſſa ſunt & certa, multò certius iudicare de dubiis, quod eſt verum in iuris ciuilis tractatione. id nunc ego oſtẽdam exemplo ex eo quod diximus, ſine voluntate non conſiſtere teſtamentum, quæſtio hic tractari ſolet ſi quis metu coactus fuerit, vt teſtamentum faceret, an teſtamentum ſit nullum ipſo iure, an vero valeat? Et quidam exiſtimant nullum eſſe teſtamentum ipſo iure, propter metum qui videtur voluntatem excludere, ſed non ita eſt. Nam id quod metus cauſa geſtum eſt, ipſo iure valet, quamuis propter prætoris auxilium ratum non ſit quod reſcindit, quod metus cauſa geſtũ eſt: non enim exiſtimauit prætor æquum eſſe, vt ratum habeatur, quod metu compulſus quis fecit. Quamuis enim voluntas recte dicatur interueniſſe, hæc tamen voluntas libera non eſt, ſed coacta: dicitur tamen volũtas interuenire, quia principium agendi eſt in eo, qui metu coactus eſt, nec poſſit dici omnino inuitus facere. l. ſi patre cogente. 22. ſupra de ritu nupt. Ariſtot. lib. 3 Moral. ait, quod metu geſtum eſt, nec eſſe voluntarium, nec inuoluntarium, ſed mixtũ eſſe, & magis voluntarium: quoniã principium agẽdi in nobis eſt. Ego hoc obiter attingere volui, vt oſtenderem vim verborum, quibus Modeſtinus in hac definitione vſus eſt. Hæc quæſtio pertinet ad edictum prætoris de eo quod metus cauſa. Præterea dicitur in definitione, *voluntatis noſtræ*, hæc verba emphaſim quandam videntur habere. Hoc verbo oſtendere videtur Modeſtinus ad ciues tantum Romanos pertinere teſtamenti factionem. Sententia eſt, quod ſentimus nos, qui ſumus ciues Romani. factio teſtamenti ad ciues tantum Romanos pertinet, id ſatis oſtendunt verba legis Falcidiæ. deinde quod ait, noſtræ, videtur voluntatem alterius excludere, quaſi teſtamentum in voluntatem alterius non debeat conferri,

ferri, vt dicitur in l. illa inſtitutio. 32. de hære. inſtit. Hoc enim genus inſtitutionis hæredum improbatur, Ego talas hæredes inſtituo, quos Sempronius voluerit. ratióque hæc adfertur: quia certum debet eſſe conſilium teſtantis, ideóque legitimum teſtamentum non dicitur, quod pendet ex alieno arbitrio. Quidam adducunt l. captatorias. 70. de hæred. inſti. ſed hic non eſt captatoria inſtitutio, de cóque dicemus poſtea fuſius. *Iuſta.* Iuſtam ego interpretor legitimam, ſolennem, quæ certam formam legibus & iure præſcriptam habet. Hæc interpretatio colligitur ex l. 1. de iniuſto rupto. vbi dicitur teſtamentum non iure factum, in quo ſolennia iuris deſunt. Solenne igitur teſtamentum dicitur vbi ſolennia iuris interuenerunt, idque apertius expreſſum eſt in definitione Vlpiani Inſti. d. tit. 20. de teſta. In prin. vbi ait, in id ſolenniter factum, vt poſt &cæt. ne quis dubitaret quomodo accipiendum eſſet verbum iuſta, in hac definitione poſitum. ſic differt teſtamentum à codicillis. differentia teſtamenti & codicillorum ſatis manifeſta eſt ex diſtinctione titulorum. l. ſi idem. Cod. de codicil. hoc argumento vtitur Imper. in d. l. ſi idem. hæc definitio ſic explicata non conuenit codicillis. Codicilli poſſunt quidem definiri, ſententia voluntatis noſtræ de eo quod poſt mortem noſtram fieri volumus. hæc omnia verba conueniunt codicillis: tamen non eſt iuſta, legitima & ſolennis ſententia. Sed cur non dicitur ſolennis & iuſta ſententia codicillorum? Solet afferri hæc ratio: quia codicilli nullam ſolennitatem deſiderant. hoc ait Iuſtinianus in Iuſtit. Sed obiicitur huic ſententiæ. l. vlt. C. de codicil. vbi dicitur, quinque teſtes neceſſarios eſſe in codicillis conficiendis. Solennitas quædam eſt adhibere quinque teſtes, cum ad probationem ſufficiant duo, nec ſufficit dicere ideo non eſſe iuſtam hanc ſententiam, quia non tantam ſolennitatem adhiberi neceſſe eſt, quantam deſiderat teſtamentum. nam obiici poteſt plenam eſſe in ſuo genere: itaque aliter reſpondendum eſt, meo iudicio. Igitur reſpondeo, iuſtam, in hac definitione ſignificare legitimam, ſicut iuſta hæreditas dicitur pro legitima. l. 3. §. de illo ſupra pro ſocio. Iuſta ætas etiam dicitur. Ius plerumque accipitur pro lege, tametſi & ad ius prætorium & ad reſponſa prudentum nonnunquàm referatur: in codicillis nihil legitimum eſt, ex legibus non proficiſcuntur, non ſunt introducti legibus Romanis. Ante Auguſtum nullus erat codicillorum vſus. Inſtitut. de codicil. ſed moribus receptus eſt non aliqua lege lata à populo Romano, ſic interpretamur hic iuſtam. Certum eſt hæc verba definitionis teſtamenti codicillis non conuenire. Dixerit aliquis, ergo hic non definitur genus, ſed tantum ſpecies teſtamenti. Dicitur teſtamentum quoddam iuſtum, aliud iniuſtum, vt infra tit. de iniuſto rup. & irri. teſtamen. Reſponſio ſatis expedita eſt ex eo quod dicitur in l. 2. infra quemadmo. teſtam. aper. qui locus confirmat, quæ à nobis dicta ſunt de interpretatione huius verbi, vbi dicitur iniuſtum teſtamentum non eſſe propriè teſtamentum, ſed abuſiue dici teſtamentum. Merito igitur definitur teſtamentum à Modeſtino, hoc modo, quæ ſint hæc ſolennia nos in altera parte huius tituli docebimus. Forma teſtamenti conficiendi deſcribitur aliquot capitib. huius ti. Inſtitutio hæredis etiam interuenire debet. l. proxime. infra de his quæ in teſtam. deleo. Si teſtator habeat filium in ſua poteſtate, eum hæredem inſtituere, aut nominatim exhæredare debet. Si enim præteritus ſit, rumpit teſtamentum. l. inter cætera. infra de lib. & poſthum. Hinc tractatur quæſtio ab aliis, de filio exhæredato à patre ſine iuſta cauſa, an teſtamentum nullum ſit? Cenſent nonnulli teſtamentum nullum eſſe, adducunt conſtitutionem Iuſtiniani, vt cum de appell. cog. hanc quæſtionem tractaui ſupra in tit. de inoffi. teſtam. Ex noſtra interpretatione ſatis colligitur quantum aberrent, qui exiſtimant nullum eſſe teſtamentum. Querela enim inofficioſi teſtamenti neceſſaria eſt, vt reſcindatur teſtamentum contra officium patris factum. Hinc tractatur quæſtio, an teſtamentum ſit iuris ciuilis, an iuriſgentium? Ex his quæ diximus, videtur iuris ciuilis eſſe. dicitur enim iuſta ſententia, & eam interpretamur legitimam. Eodem pertinet, quod dicitur in l. 3. hic. hoc refertur ad legem duodecim tab. ex l. verbis legis. 120. infra de verb. ſign. Alij diſſentiunt, & contendunt iuriſgentium eſſe. Mouentur auctoritate Theophili, Inſt. de iur. natur. gen. & ciui. vbi ait, apertum teſtamentum eſſe iuriſgentium. vt breuiter dicam quod ſentio, hi mihi verbis magis videntur diſſentire, quam re. Hic mihi Modeſtinus teſtamentum ciuile & legitimum definire videtur. voluit enim definire teſtamentum, quod apud Romanos vſitatum eſt: quoniam alia teſtamenta nullam vim habebant apud Romanos. Sic obligatio definitur apud Iuſtinianum in Inſtitut. tit. de obligatio. in princip. Ibi enim videtur legitimam & ciuilem tantum obligationem definire, quoniam videbat eam tantum obligationem cõfirmatam eſſe legibus Romanis, & eam tantum ad agendum valere, quamuis naturalis obligatio dicatur obligatio. Poſſet ergo latius definiri teſtamentum, ideo non eſt credendum, Gallos nullum teſtamentum facere, quamuis non faciant teſtamentum ſecundum formam iure ciuili præſcriptam, alias teſtamentum dicitur iuriſgentium eſſe: quoniam vſitatum fuit teſtamentum apud alias gentes. Cicero quodam in loco, docens nos debere curam poſteriorum habere, dicit ex hac affectione teſtationes morientium natas eſſe. Deinde dicitur in definitione Modeſtini hic, *De eo, quod quis fieri, &c.* Hoc verbo admonemur ſufficere conſenſum eius, qui teſtamentum facit, ad teſtamentum faciendum, ſic intelligitur differre à contractu. leg. 1. §. conuentionis, ſupra de pactis. ideo recte dicimus appellatione teſtamenti non contineri contractum, nec appellatione contractus contineri teſtamentum. l. verba contraxerunt, 20. infra de verbor. ſignificat. quamuis ſoleat argumentum duci à teſtamentis ad contractus, & contra. *Poſt mortem.* Senſus horum verborum eſt, quod quis fieri velit, ita vt poſt mortem ſuam valeat. Hanc interpretationem collegi ex definitione Vlpiani à nobis iam recitata. Hoc eſt, quod alibi dicitur, ambulatoriam eſſe & reuocabilem teſtatoris voluntatem vſque ad mortem. leg. 4. de adimen. lega. Hinc etiam dicitur morte confirmari teſtamentum, eſt dictum Pauli relatum in capite cum Marthæ. de celeb. miſſa. in antiquit. Decret. Vnde ſi in vendendo pactum interuenerit, vt aliquid poſt mortem fiat, non dicetur teſtamentum, quia id ſtatim ratum eſt, quamuis eius executio differatur poſt mortem. Nam vis huius conuentionis non differtur. l. ſcrupuloſam. C. de contrahen. ſtipulat. & C. vt ab hæredi. & in hæred. Hic quæritur, an hæc verba ſint accipienda de morte naturali, an de morte ciuili? Quæſtio & dubitatio naſcitur ex eo, quod plerunque deportatio ſerui cõparatur morti. Dicitur mors quædam ciuilis eſſe, interpretatione quadam ciuili. leg. prima & vltim. infra de bonor. poſſeſ. contra tabul. ſed certum eſt hæc verba de morte naturali eſſe accipienda. Ego aliquid attigi hac de re in leg. ex ea parte. 121. §. 1. de verb. obliga. Hunc locum accuratius tractaturus ſum ad l. Gallus. 29. infra de liber. & poſthu.

Explicauimus definitionem teſtamenti, quæ traditur à Modeſtino in leg. 1. huius tit. ex quo poteſt cognoſci quid ſit teſtamentum, & quomodo accipiendum ſit hoc verbum, vbicunque reperitur in iure ciuili: ſed animaduertendũ eſt hic reperiri homonymiam, ſicut & in aliis pleriſque vocabulis. Teſtamentum diximus eſſe declarationem, ſeu conteſtationem voluntatis noſtræ, &c. ſed

Digitized by Google

aliquando accipitur pro ſcriptura, pro tabulis, pro codice ipſo, in quo teſtamentum conſcribitur per hypallagen. Quomodo enim aliter poſſet accipi, quod dicitur teſtamentum apertum, teſtamentum ſurreptum? l. Paulus reſpondit. 16. ad leg. Cornel. de falſ. & l. 1. quemad. teſtam. aper. Teſtamentum apertum dicimus, tabulas ipſas in quibus deſcripta eſt voluntas teſtatoris: ſed alia eſt ſignificatio teſtamenti, cum dicimus teſtamentum eſſe declarationem noſtrę voluntatis, &c. nec poteſt aliter accipi in leg. vnum teſtamentum. 24. hoc tit. Si quis deſcripſerit teſtamentum, voluntatem ſuam vltimam in multis tabulis, & multis exemplaribus, non ſunt tot teſtamenta, quot ſcripturæ, ſed vnum teſtamentum. Sic vocatur iuriſcon. teſtamentum, iudicij teſtatio, quæ deſcribitur pluribus tabulis. vnum eſt enim tamen teſtamentum, cum teſtamentum accipitur pro ſcriptura. ſic accipitur etiam pactum in leg. iuriſgentium. §. quod fere. ſupra de pact. ibi, pactorum, id eſt, inſtrumentorum, quibus pacta deſcribuntur. Sic Cicero in orat. part. dicit, ſcriptorum aliud eſt publicum, &c. Quem autem vſum & vtilitatem habeat hæc quæſtio de homonymia huius vocabuli, docuerunt qui in hunc locum ſcripſerunt. Exemplis vulgaribus ſpectanda ſemper eſt mens & voluntas proferentis, veluti legiſlatoris. ſic facile iudicabimus quam ſignificationem ſequi debeamus, & an hoc verbum pro conteſtatione iudicij & voluntatis, an pro ſcriptura accipere debeamus. Veluti ſcriptum eſt, vt in ſingula teſtamenta certum vectigal pendatur, cuiuſmodi ſunt ſtatuta in Italia. Pone deſcriptam eſſe pluribus exemplis eiuſdem voluntatem vltimam, an pro ſingulis huiuſmodi ſcripturis vectigal exigetur, an ſufficiet ſemel tantum vectigal pendere? Hic ſequemur propriam teſtamenti ſignificationem, & dicemus ſemel tantum vectigal pendendum eſſe, quaſi vnum tantum ſit teſtamentum. Quid ergo, ſi ſtatutum ſit vt tabelliones pro ſingulis teſtamentis certam mercedem operæ ſuæ gratia accipiant? Nos pro ſcriptura ipſa tunc accipiemus teſtamẽtum. Hæc excempla demonſtrãt, quid de ſimilibus iudicandum ſit, quoties occurrit in edicto aliquo, ſtatuto, vel lege aliqua, hoc vocabulum.

De his, qui teſtamentum facere poſſunt, aut non poſſunt.

Sic enim inſcribitur hic titulus noſter, Qui teſtamẽta facere poſſunt, & quemadmodum teſtamenta fiant. Separati ſunt hi tituli lib. 6. C. Iuſtiniani, & præcedit tit. qui teſta. fac. poſſ. & à perſonis incipiendum eſſe admonet Caius. l. ſi quæramus. 4. hoc tit. Hæc verba Caij non ſunt intelligenda, vt vulgo Doctores intelligunt, de ordine & modo cognitionis in iudicio, ſed de ordine docendi & diſputandi de teſtamentis. Aiunt vulgo in iudicio, ſi proferatur teſtamentum, & is contra quem prolatum eſt teſtamentum obiiciat, eum qui teſtamentum fecit, non habuiſſe teſtamenti factionem, prius hanc quæſtionem decidendam eſſe, quàm quæratur de ſolennitate & ordinatione teſtamenti, quia prius, inquiunt, de perſonis eſt inquirendum, ſecundum hanc Caij ſententiam, & hoc longius producunt ad perſonam iudicis & procuratoris, ſi dicatur iudex competens non eſſe: & ſi quis velit iuriſdictionem declinare alicuius, tanquam iudicis non competentis, prius cognoſcendum eſt an iudex competens ſit, an non ſit. Sed alius eſt horum verborum ſenſus. Hic enim agitur de ordine docendi. Si quis velit dicere de teſtamentis, ordo exigit vt de perſonis quæratur in primis, deinde de ſolennitate teſtamenti. Mouet me quod hoc caput ſumptum ex lib. 2. Inſtit. Caij ſit. Caius in Inſtitutionibus ad inſtituendos iuuenes eam methodum ſequi voluit, quam videbat ad docendum accommodatiorem eſſe. Si ex libro Reſponſorum alicuius Iuriſconſul. hoc ſumptum eſſet, multo facilius admitterem vulgatem interpretationem: ſed ſatis apparet ex inſcriptione ipſa, quomodo ſcripſerit Caius, de perſonis prius inquirendum eſſe. Quid ſit teſtamenti factionem habere, notẽt tyrones ex titu de hæred. qualitat. & differ. in Inſtit. l. filiusfamil. 16. hoc tit. Teſtamenti factio actiuam & paſſiuam habet ſignificationem, teſtamenti factionem habere dicuntur, qui teſtamentum facere poſſunt, & hi quibus aliquid teſtamento relinqui poteſt. De his igitur perſonis videamus. Et notandum eſt in primis, & pro regula ponendum, omnibus permiſſam eſſe teſtamenti faciendi facultatem, niſi id quibuſdam interdictum ſpecialiter reperiatur. Lex duodecim tabularum generaliter permiſit omnibus ciuib. Romanis teſtamentum condere, & lex quoque Falcidia. l. verbis legis. de verbor. ſignifi. Sed certis ex cauſis interdicta eſt teſtamenti factio. Hæ cauſæ diligenter notandæ ſunt & obſeruandæ: quoniam vbi nihil tale prohibitum eſſe reperitur, ſemper dicendum eſt permiſſam eſſe teſtamenti factionem. Hæ cauſæ colliguntur partim ex hoc tit. partim ex tit. Cod. & Inſtitut. quib. permiſſ. non eſt fac. teſtamen. Exempli gratia, Quidam prohibentur facere teſtamentum propter inopiam iudicij & conſilij, cuiuſmodi ſunt impuberes. Impubes enim teſtamentum facere non poteſt: quia iudicio caret, aut ſaltem infirmum habet conſilium. l. ſi frater. C. qui teſtamen. fac. poſſ. Addendum eſt, ne tutore quidem auctore impuberem facere poſſe teſtamentum, quamuis alia negotia gerere & contrahere poſſit cum auctoritate tutoris ſui, hoc ſatis expreſſum eſt in leg. prim. §. 1. de tut. & ratio. diſtrah. & ratio ſolet adduci ſatis probabilis, quia vis teſtamenti cõfertur in id tempus, quo futurus non eſt tutor: morte pupilli finitur tutela, & deſinit tutor eſſe. At nullam vim habet teſtamentum ante mortem: morte teſtatoris confirmatur teſtamentum. l. 4. infra de adimen. lega. Addendum eſt, teſtamentum quod factum eſt ab impubere non conualeſcere, licet poſtea pubertatem ſit aſſecutus, idque expreſſum eſt in Inſtitut. quib. non eſt permiſ. fac. teſtam. §. præterea teſtamẽtum, &c. quia ab initio nullam vim habuit, ideóque ex poſt facto non poteſt conualeſcere. Addendum eſt, ne militem quidem, qui impubes eſt, poſſe teſtamentum facere. l. vlt. C. de teſt. mili. Hac Iuſtinianus noua conſtitutione (eſt enim vna ex nouis deciſionibus, quæ inſertæ ſunt Codici poſt primam C. editionem) derogat iuri veteri. Sed quæritur quomodo æſtimanda ſit pubertas? Hæc quæſtio tractatur dicto hoc tit. l. à qua ætate. §. ſic n. eſt legendum, vt in Florent. legitur. Pandectis. ibi verſ. verius eſt in maſculis, &c. his verbis vtitur Vlpianus quoniam id controuerſum erat ipſius temporibus, idque ſatis conſtat ex iis quæ ſcripſit Vlpianus ipſe in inſtit. titul. de tutel. ad fi. Refert Vlpianus opiniones contrarias Caſſianorum, & Proculianorum: fuerũt enim ſectæ diuerſæ Iuriſconſul. Proculus & Proculiani exiſtimabant eſſe ætatem quatuordecim annorum, alij ex habitu corporis iudicandum eſſe. Iuſtinianus autem voluit pubertatem maſculorum eſſe in decimoquarto anno: ſed Proculianos ſequuntur pontifices in cap. puberes de deſpon. impu. c. cum igitur, de matrimonio. ſed viſa eſt Iuſtiniano inuerecunda huiuſmodi corporis inſpectio. l. vltim. Codic. quando tutor. vel curat. atque ideo ſtatutum eſt certum tempus, definitúmque eſt tempus quatuordecim annorum in maſculis, & duodecim in fœminis: quamuis alij aliis tardius vel citius pubeſcant: ſed iura conſtituuntur de iis, quæ vt plurimum accidũt. leg. iura. ſupra de legib. & ſenatuſconſul. Sed cur diſtinguuntur maſculi à fœminis, cur idem tempus non

ſtatu-

ſtatuitur in fœminis quod in maſculis? Quidam vir eruditus ex recentioribus, de teſtamentis ſcripſit, & dixit nullam rationem eſſe cur diſcrimen ſtatuatur in teſtamentis inter maſculos & fœminas. Ait, cum de matrimonio quæritur, quia citius pubeſcit mulier, & citius apta eſt ad generandum, recte præſtitutum eſſe tempus quatuordecim annorum in maſculo, ſed cum quæritur de teſtamenti factione, nullam ait rationem eſſe. Quoniam, inquit, fœmina duodecimo anno non eſt ſagacior, quam puer eiuſdem ætatis, ideo videtur carere ratione, vt fœminæ permittatur duodecimo anno facere teſtamentum, maſculo autem non, niſi decimoquarto. Sed animaduertere debuit, mulierem citius perfectionem ſuam conſequi ſexui ſuo congruentem, tam animi quam corporis, quam maſculum. citius enim creſcit, perfectionem etiam animi ſui citius aſſequitur congruentem ſexui, citius aſſequitur prudentiam, quæ deprehenditur in mulieribus, quam vir aſſequatur iudicium & conſilium, quod ſolet eſſe in viris. Simile eſt quod dicitur in leg. 2. Codic. de his qui veniam ætat. vbi citius impetrat veniam ætatis mulier, quam maſculus. In venia ætatis hoc diſcrimen obſeruatur inter mulierem & maſculum. In reſtitutione in integrum tempus vigintiquinque annorum in vtriſque ſtatutum eſt leg. 1. ſupra de minor. xxv. ann. Ex hoc autem loco obſeruandum eſt mulieres habere teſtamenti factionem, licet infirmum ſit mulierum conſilium: tamen non eſt viſum vtile eis interdici teſtamenti factionem. Nihil in hoc iure reperitur quod adimat teſtamenti factionem mulieri. Olim mulier erat ſub perpetua tutela, ſed nihil tale reperitur in hoc iure, quod nobis reliquit Iuſtinianus. Sed quæſtio eſt de ætate, quæ ſic à nobis explicata eſt. Nunc quæritur, quando fœmina dicatur eſſe duodecim annorum, & maſculus quatuotdecim, vt teſtamentum facere poſſit? Hæc quæſtio tractatur in dict. leg. à qua ætate. & dicitur non eſſe neceſſe, vt maſculus exceſſerit decimumquartum annum. Ex eo quod in eiuſdem leg. fin. dicitur, *poſt ſextam horam noctis, & cæt.* apparut ſufficere vltimi diei aliquod momentum attegiſſe: poſt ſextam horam noctis dies vltimus cœptus eſt. Ergo ſufficit diem cœptum eſſe vltimi anni, etiam ſi quis non exceſſerit vltimum annum. Valet itaque eius teſtamentum, quod fecit trecenteſimo ſexageſimo, & aliquo momento ſexageſimiquinti diei: tot enim diebus conſtat annus. leg. cum hæres. 4. Stichus ſi hæredi meo anno ſeruierit. infra de ſtatu. liber. & leg. ita vulneratus. 15. ff. ad leg. Aquil. Hic igitur notandum eſt diem cœptum pro completo haberi, etſi completus non ſit, quot ſuadet fauor teſtamenti: ſicut & in plæriſque aliis cauſis nihil eſt fauorabilius quam teſtamenti factio, leg. prim. de ſacroſanct. eccleſ. leg. in teſtam. 12. ff. de reg. iur. Id ego declaraturus ſum aliquibus exemplis. Vnum exemplum eſt in leg. in vſucapionibus. 6. ff. de vſucap. Quidam poſſedit rem alienam ex cauſa venditionis bonam fidem habens, exiſtimans eam eius eſſe propriam, qui eam vendidit, poſſedit trienio, ita vt supereſſet vltima dies tertij anni, quæritur an dicatur poſſediſſe triennio? Quæſtio ex eo naſcitur, quod non eſt completus vltimus dies. Ait ibi Iuriſconſ. perfectam eſſe vſucapionem, & rem ei acquiſitam eſſe. Fauorabilis eſt hæc vſucapio, fauorabilis eſt is, qui poſſedit rem aliquam iuſtum titulum habens cum bona fide; & alias fauor reipublicæ verſatur, quod res incultæ deſererentur. Igitur hic fauorabilius interpretamur tempus, & interpretamur completum eſſe triennium, quamuis vltimus dies eius triennij cœptus tantum ſit, nõ etiam perfectus. Similis locus de vſucapione eſt in leg. vltima, de diuerſis & temporalibus præſcript. vbi idem dicitur. Simile exemplum eſt in leg. 1. de manum. eſt locus pertinens ad interpretationem legis Æliæ Sentiæ. Lex enim Ælia Sentia vetuit minorem viginti annis manumittere ſeruum. Sed quæritur quomodo accipere debeamus minorem viginti annis? Ait Iuriſconſul. eum habendum eſſe pro minore viginti annis, vt manumittere poſſit, qui peruenit ad vltimum diem viceſimi anni, quamuis eum non exceſſerit. Exigit fauor libertatis, vt manumiſſio ſerui valeat, quæ alias nõ valeret propter legem Æliam Sentiam. Sed difficultas naſcitur ex leg. 3. §. minorem. ff. de minor. vbi Iuriſconſul. ſic interpretatur hæc verba edicti prætorij: *Quod cum minore vigintiquinque annis*, vt computatio fiat à momento ad momentum, vt vltimus dies cœptus non habeatur pro completo. Sed hoc etiam fauor & vtilitas minoris ſuadet. hic enim Iuriſcon. reſpexit ad vtilitatem, & fauorem minorum. Cum itaque quæritur, an minor reſtitui poſſit in integrum, quia negotium aliquod cum eo geſtũ eſt, in quo captus eſſe proponitur: ſi forte quid contraxerit cum aliquo vltimo die viceſimi quinti anni, Iuriſconſ. dicit, eum reſtitui poſſe, hoc exigit fauor. Sic eſt intelligendum quod dicitur in dict. §. minorem. cõtra in leg. ad rem publicam. 8. ff. de munerib. & honor. vbi cum lex ait ante viceſimumquintum annum neminem ad rempublicam adminiſtrandam admittẽdum eſſe, viginti quinque annorum eum eſſe accipimus, qui cœpit viceſimumquintum annum. Sed ibi Iuriſconſul. ait in honoribus hoc ita accipi fauoris cauſa, qui non habent adminiſtrationem Reip. alioqui nullus fauor eſſet minoribus committere adminiſtrationem Reip. res eſſet odioſa & interpretatione potius reſtringenda, quam extendenda. Et notandũ eſt apud Vlpianum in interpretatione edicti prætorij de minoribus, hæc ita fuiſſe diſtincta vt diximus: hæc diſtinctio integra erat apud Vlpianum, ſed hæc ſunt diſtracta & collocata ſub diuerſis titulis à Triboniano. Eadem eſt inſcriptio trium legum, quas adduximus leg. in vſucapionibus. leg. ad remp. & dict. leg. 3. §. minorem. In præſcriptionibus autem temporalibus ſpectamus ſingula momenta. leg. in omnibus. ff. de oblig. & actio. vbi Iuriſconſ. ait, omnibus temporalib. actionibus, niſi totus nouiſſimus dies compleatur, non finit obligationem. Non enim repellit præſcriptio temporis, niſi totus nouiſſimus dies completus fuerit: hoc enim intereſt inter vſucapionem & præſcriptionem temporis, quod hæc præſcriptio nullum fauorem habet. Quæritur de pubere, qui minor eſt vigintiquinque annis, an poſſit facere teſtamentum? Certum eſt eum facere poſſe teſtamentum ex hoc loco. & leg. ſi frater. Codice qui teſta. fac. poſſ. Additur ibi, licet vigoris, & cæt. id eſt, licet eius prudentiæ & iudicij non ſit, vt idoneus videatur ad rerum ſuarum adminiſtrationem, tamen ei permittitur teſtamentum facere: imo dicendum eſt, etſi curatorem habeat, nec acceſſerit curatoris auctoritas, tamen eius teſtamentum ratum & firmum eſſe, leg. cum pater. 77. §. curatoris. de legat. 2. leg. Aurelio. 20. §. Caius. de liber. legat. Poteſt minor legare liberationem curatori ſuo, niſi dolus acceſſerit, & hoc intereſt inter teſtamenta & contractus. Nam ſi minor vendiderit, vel aliud negotium contraxerit, cum curatorem haberet, ſine curatoris auctoritate, nullum eſt ipſo iure quod geſtum eſt. leg. 3. Cod. de in integr. reſtitut. Sed teſtamentum poteſt reuocare quoties voluerit, quod non licet in contractibus, nec minor reſtituitur aduerſus teſtamentum: nam teſtamentum nullam vim habet ante mortem eius. hoc exprimitur in l. Labeo. & leg. verba contraxerunt. de verbor. ſignificat. vbi Iuriſconſ. ſic ait: Verba contraxerunt & geſſerunt, non pertinent ad ius teſtandi. Sed notandum eſt ſi minor dolo inductus ſit ad teſtandum, & extraneum inſtituerit, relictis legitimis, ſaltem legitimis ſuccurri

per ſctionem de dolo. Hæc eſt natura actionis de dolo. datur enim quoties dolo alicuius in alterius perniciem aliquid factum eſt, nec alia competit actio, & hoc ſatis expreſſum eſt in l. Lucius. 88. §. Sempronia. ff. de legat.2.

Diximus teſtamenti factionem quibuſdam interdictam eſſe, propter inopiam conſilij & iudicij: cuius generis eſt impubes, de quo ſatis dictum fuit. Idem dicendum eſt de furioſo, aut mente capto homine. Furioſus, aut mente captus teſtamenti factionem non habet. In teſtamenti factione requiritur integritas & ſanitas mentis. leg. 2. ff. hoc titul. An ſit integer corpore, & ſanus, nihil refert, ſed ſanitas tantum mentis requiritur. Is qui graui morbo eſt correptus, vel ſenio, poteſt facere teſtamentum, ſi ſanæ ſit mentis. l. ſeniū. C. & l. in aduerſa. ff. eod. item in §. furioſi. Inſtit. quib. non eſt permiſ. facere teſtamen. Et hic notandum eſt, non tantum nos loqui de furioſis, ſed de dementibus, & breuiter de omnibus, in quibus ſanitas mentis deſideratur. De eo qui demens eſt, ſatis eſt apertus locus in l. 2. de inoffic. teſtam. vbi dicitur nullum eſſe dementis teſtamentum. Solet quæri, quid dicendum ſit de homine fatuo? Quæſtionem facit, quod fatuo datur curator, ſicut furioſo. leg. 2. de poſtulan. vnde videtur idē quod de furioſo dicendum eſſe. Sed obiici poteſt adoleſcēti minor curatorem quoque dari, quamuis factionem teſtamenti is habeat.

Diximus adoleſcentem minorem vigintiquinque annis poſſe teſtamentum facere, etſi curatorem habeat: nec curatoris auctoritas acceſſerit. Non igitur efficax ſatis eſt argumentum quod ducitur à fatuo ex leg. 2. de poſtul. Exiſtimo in hac quæſtione illud inſpiciendum eſſe, an iudicio & mente careat is de quo loquimur. Si talis ſit is, dicendum eſt factionem teſtamenti non habere: quia ſanitas mentis requiritur in eo, qui teſtamētum facit. Sed ſi homo ſimplex ſit εὐήθης, paulo ſtupidior & imperitus, non ideo dicitur teſtamenti factionem non habere: nam videmus teſtamenti factionem permitti minoribus vigintiquinque annis iis, qui exceſſerunt decimumquartum annum vel duodecimum, ſecundum diſtinctionem, quæ à nobis proxime tradita eſt, licet infirmum ſit eius conſilium: furioſi igitur aut dementis nullum eſt teſtamentum. Notandum tamen eſt, ſi factum eſt teſtamentum ab homine ſanæ mentis, ſuperueniente furore vel dementia, non infirmari teſtamentum, idque expreſſum eſt in Inſtit. §. furioſi. quib. non eſt permiſ. fac. teſt. Idem dicitur in l. 1. §. ſi quis autem. de bonor. poſſeſſ. ſecun. tab. ff. Quod autem dicitur teſtamentum à furioſo factum non valere, hoc eſt intelligendum, niſi ſit aliqua furoris intermiſſio, & intermiſſo furore teſtamentum fecerit. l. furioſum. C. eod. Si habuerit interualla aliqua & intermiſſum furorem, modo ſint clara interualla, vt facile appareat ad mētis ſanitatem rediiſſe, & furorem intermiſiſſe. Nam etſi aliquando quieſcat furor, quia eſt furoris inumbrata quies, non ideo dicitur ad ſanitatem priſtinam mentis rediiſſe. Idem dicitur de furioſo iudice dato. leg. furioſus. de iudic. Inde exiſtit quæſtio, ſi furioſus homo, vel mente captus teſtamentum fecerit, & in eo teſtamento bona ſua reliquerit filiis ſuis ſiue amicis bene merentibus, ſi ita teſtatus ſit, vt vir ſapiens & prudens teſtaretur, an valeat hoc caſu teſtamētum? Et vulgo receptum eſt, hoc teſtamentum valere paucis diſſentientibus: quoniam, inquiunt, à ſenatoribus Romanis ita fuit iudicatum, vt eſt apud Valerium lib. 7. capit. 8. vbi loquitur de centumuiris, quos putant ſenatores centum eſſe. Centumuiri ratum habuerunt teſtamentum hominis, cuius nota eſſet inſania, quod more prudētis hominis teſtatus fuiſſet quamuis cauſa non fuiſſet, cur teſtamentum illud ratum haberetur. Centumuiri cognoſcebant de teſtamentis: ſed hoc me nō multum mouet, hoc forte ab eis ita iudicatum eſſe, quod certum ius de ea re tunc conſtitutum non eſſet. Hodie autem certum ius eſt, quod requirit in eo qui teſtamētum facit, mentis ſanitatem, nec teſtamentum ex euētu ratum habendum eſt, vt ab homine ſano factum, id fortè caſu ita euenit. Nulla igitur ratio eſt, cur ab eo quod dicitur furioſi hominis teſtamentum nullum eſſe, hunc caſum excipiamus. Ex euentu tamen poſſe æſtimari fateor, an factum fuerit teſtamentum tempore intermiſſi furoris, an non ſit: qua de re plerique dubitant, ſi ſit furioſus quidam, qui habeat tempora intermiſſi furoris dilucida. Hæc quæſtio quia facti eſt, pendet ex coniecturis & ea euentu, ſicut ea aliis cōiecturis poteſt hoc æſtimari: inſpiciendus erit tenor teſtamenti, videndum erit, an more ſane prudentis hominis teſtatus ſit, an aliqua ſuperſint veſtigia furoris in teſtamento, an aliquid ſit in teſtamento quod furoris ſpeciem redoleat. hæc coniectura cum aliis valet ad probationem. Non eſt autem præſumendum quem furioſum eſſe, niſi id probetur. leg. nec codicillos. Codic. de codicill. ſed quomodo probabitur furor? In hac re nihil poteſt certi definiri, quæ facti ſunt, relinquenda ſunt iudicis arbitrio videnda & examinanda. leg. 3. ff. teſtib. & leg. mora. 35. ff. de vſur. Exempla tamen coniecturarum, quæ reperiuntur apud noſtros auctores, iudicem vtcunque inſtruunt, & ſunt obſeruanda, veluti in leg. ob quæ vitia. 4. ff. de ædil. edict. Solet alius locus adduci ex leg. quidam in ſuo. 27. de condit. inſtitut. de eo qui iuſſit reliquias ſuas, cadauer ſuum proiici in mare poſt mortem ſuam: hoc enim teſtamentum facile creditur inſani hominis eſſe & dementis, ideóque Iuriſconſultus ait, perſpicuis rationibus hanc ſuſpicionem amouendam eſſe: quod niſi perſpicuis rationibus hæc ſuſpicio amoueatur hæredi, qui reliquias teſtatoris non proiecit in mare, nullo modo legitimus hæres controuerſiam de hæreditate facere poterit. & vulgare illud dictum eſt in can. legimus 93. diſtin. Fatuum fatua loqui. Solet adduci exemplum à noſtris Doctoribus de quodam Patauino doctore, qui iuſſit cadauer ſuum efferri ſine luctu, ſed adhiberi voluit tibicines cum choreis & tripudiatione. Sed vt ego admonui, coniecturæ ſunt, quæ vtcunque iudicem inſtruunt, fallaces tamen ſunt. Sæpe furor ſimulari ſolet, vt de Vlyſſe dicitur, & de Solone apud Plutarchum, & alios. Iudicis ergo maxime verſatur prudentia in huius rei cognitione. Mihi etiam quod dicitur placet medicos in hac re adhibendos eſſe. & ſolet adduci lex. ſemel. cauſaria. Cod. de re milit. lib. 12. Cum miles petit remiſſionem propter vulnus, ob quod dicit ſe futurum nō eſſe bello idoneum, medici adhiberi debent. Solet etiam adduci lex prim. ff. de ventre inſpic. vbi cum quæritur, an mulier prægnans ſit, an non, iudicio obſtetricum hæc lis dirimenda dicitur. Hactenus de furioſis, mente captis, & dementibus. Aliud exemplum eſt de prodigis, quibus eſt interdictum bonis: hi teſtamenti factionem non habent, poſſunt tamen teſtamentum facere antequam eis interdictum ſit bonis, & valebit teſtamentum. leg. is cui lege. 18. Idem dicitur in §. item prodigus. Inſtitut. quib. non eſt permiſſ. facere teſtamen. Sed mirantur aliqui qua ratione hoc conſtitutum ſit: nam prodigus iudicio nō caret vt furioſus: natura adimit teſtamenti factionem furioſo, non etiam prodigo, & ſi quis diſſipet & profundat bona ſua, non ideo dicendus eſt iudicio carere. Cur ergo ei non licet teſtamentum facere? Minor vigintiquinque annis, quamuis non habeat rerum ſuarum adminiſtrationem, ſed plærunque curatorem habeat, non tamen ei interdicitur teſtamenti factione. Qua igitur ratione conſtitutum eſt, vt prodigus non habeat teſtamenti factionem? Co-

nantur

Digitized by Google

namis vir doctus hanc quæſtionem mouet, ex qua tamen non potuit ſe expedire. Sed reſpondendum eſt, ideo prodigum teſtamentum facere non poſſe: quia ei interdicta eſt bonorum adminiſtratio.l.prim. ff. de curat. furio. In adminiſtratione bonorum eſt teſtamenti factio. Res enim ſuas teſtamento relinquere, vel hæredi, vel legatario, hoc eſt res ſuas adminiſtrare. Merito igitur dicitur is, cui bonis interdictum eſt, teſtamentum facere non poſſe. & quod dicitur prodigum non carere iudicio, & ſimilem eſſe adoleſcenti, qui tamen habet teſtamenti factionem, id verum non eſt: nam magis eſt ſimilis furioſo, quam adoleſcenti qui exceſſit annos pubertatis. Furioſo ſimilem eſſe oſtendit Iuriſconſul. in leg. prim. ff. de curat. furioſo, & al. vbi ait prodigum ſanos mores non habere. Et alio loco ait, prodigos quod ad ipſorum bona attinet, furioſum facere exitum. leg. his qui in ea cauſa ſunt. 12. §. Diuus. ff. de tuto. & curat. dat. ab his &c. eſt locus obſeruandus. Moribus ergo ſimilis eſt prodigus furioſo. Adoleſtentia autem non ſtatim arguit prodigalitatem. Prodigus eſt is, qui diſſipat omnia bona ſua. d. l. 1. ff. de curat. furioſ. Ergo cum dicimus prodigo interdictum eſſe adminiſtratione bonorum ſuorum, id eſt, quem conſtat his moribus eſſe: de adoleſcente non idem eſt: quamuis enim magna ſit leuitas eius ætatis: tamẽ nonnulli prudentes reperiuntur, & nihil minus, quam bonorum profuſores. Furioſi, & eius qui prodigus eſt, nulla eſt voluntas, id eſt, pro nulla habetur eorum voluntas. leg. furioſi. 40. ff. de reg. iur. Quædam alia adduci ſolent, ſed ea tractaui ſub tit. de verborũ oblig. ad l. is cui bonis. Dixi quoſdam prohiberi teſtamentũ facere, propter infirmitatem conſilij & iudicij, vt ſunt impuberes, mente capti, & prodigi. Nunc videndum eſt de his, qui prohibentur teſtari, quod ſui iuris non ſunt, cuiuſmodi ſunt filijſamilias & ſerui. leg. qui in poteſtate. 6. ff. hoc tit. Idem in leg. ſeruum. C. eod. hi ſunt qui in poteſtate ſunt parentum, vel dominorum. Idem dicitur Inſtit. qui. non eſt permiſ. fac. teſta. in princ. quod adeo verum eſt, vt etſi teſtamentum fecerit filius familias, & poſtea emancipatus ſit, teſtamentum non conualeſcat. l. filiusfamilias. idem dicitur in leg. 1. §. 1. ff. de legat. 2. Addit Iuriſconſ. in hac leg. qui in poteſtate. & Inſtit. quib. non eſt permiſ. fac. teſtam. etiam ſi pater filiofamilias permittat teſtamentum facere, nihilominus tamen iure teſtari nõ poſſit. Sed huius iuris ratio inquiri ſolet, quæ obſcura eſt, præſertim cum accedit patris voluntas & conſenſus. Vlpian. in Inſtit. tit. de teſtam. rationem adfert, quoniã filiusfamilias nihil ſuum habet, vt de ſuo teſtari poſſit. Quicquid enim acquirit filius, patri ſuo acquirit. l. ſi quis à parente. 1. & leg. placet 79. de acquir. hæredit. Hæc ratio vera quidem eſt fortaſſis ſed certè vera non eſt. Nam alioqui filius patre conſentiente & permittẽte, teſtamentum facere non prohiberetur. Oportet igitur id duplici ratione conſtitutum eſſe: ideo ceſſante ratione Vlpiani non ceſſat ius, cum duplex ſit ratio. Solet adduci §. affinitatis. Inſtit. de nupt. ceſſat quidem vna, ſed altera manet. Ego igitur tametſi non improbo quod Vlpian. ait nempe ideo conſtitutũ eſſe, quoniam filius nihil ſuum habet vnde teſtari poſſit: tamẽ mihi aliam videtur rationem fuiſſe huius prohibitionis, ne alias cogamur fateri ſaltem patre permittente, filium teſtari iure poſſe, quod tamen hic negatur. Ego ſolitus ſum hanc rationem adferre, quam attigit Accurſius & alij, qui rem omnem non ſatis explicant, quia teſtamenti factio publici iuris eſt. leg. 3. hic. ff. Priuatum ius dicitur, quod ad ſingulorum vtilitatem pertinet principaliter. leg. 1. §. huius ſtudij. ff. de iuſtitia, & iure. Publicum, quod ad publicam vtilitatem pertinet magis, quam ad vtilitatem ſingulorum, cuiuſmodi eſt teſtamenti factio. Teſtamenti factio non tantum ad rationem & formam conſcribendi teſtamenti, ſed ad perſonarum quoque conditionem, quæ teſtamentum facere poſſunt, pertinet. Exempli gratia, lex ait: *Cui Romano permittit facere teſtamentum*. quibus verbis concepta eſt lex Falcidia, credibile eſt mentionem factam fuiſſe ciuium Romanorum, vt his verbis excludantur ſerui, qui ciues non ſunt. Et cum patrumfamilias mentio fit, excluduntur etiam filiifamilias qui patresfamilias non ſunt, quique ſui iuris nõ ſunt. Pona ita ſcriptam eſſe legem, an dicemus pertinere ad ius priuatum, an ad publicum? Non dicemus ſerui factam eſſe interdictionem teſtamenti, propter dominum: nã permittente domino, ſeruus poſſet teſtamentum facare quia quæ priuati iuris ſunt, poſſunt priuatorum cõſenſu tolli & mutari, quæ vero publici ſunt, non poſſunt. leg. ius gentium. §. vltim. ff. de pact. leg. ius publicum. eod. Sed quia id publici iuris eſt, ad homines ſeruilis cõditionis, vel qui alienæ poteſtati ſubiecti ſunt, viſum eſt indecorum permittere. Idem puto dicendum de filiofamilias, quod de ſeruo. Plinius lib. 8. epiſtola Filiusfa. cur mancipia dicantur.
quadam ad Rufinum filiosfamilias vocat mancipia, quia ſunt in manu & poteſtate parentum. Filiusfamilias autem donare cauſa mortis poteſt volente patre, etſi teſtamentum facere non poſſit. leg. tam is. 25. ff. de donat. cauſa mort. Ceſſat enim ratio, de qua diximus in donatione cauſa mortis. Donatio enim cauſa mortis non eſt iuris publici. Excipitur miles in §. vltim. Inſtit. quib. permiſ. non eſt facere teſtam. de eo dicã ſub titul. de milit. teſtam. Idẽ dicendũ eſt de aduocatis, de doctoribus, de magiſtris, qui quaſi caſtrenſe peculiũ habent: aduocati enim quaſi milites dicuntur. leg. fori. & leg. aduocati. Codic. de aduoca. diuer. iudic. dicuntur & milites eſſe togatæ militiæ. leg. vltim. C. de inoffic. teſta. Idem dicitur etiam de preſbyteris, & alijs eccleſiarum miniſtris. l. ſacroſanctæ. Cod. de epiſ. & cler. Quæſtio hic eſt, an filiusfamilias poſſit teſtamentum facere hodie de bonis aduentitiis? Tempore horum Iuriſcõſ. filiusfamilias bona tantum profectitia habebat, quaſi profecta à patre: quicquid. n. acquirebat, acquirebat patri, excepto caſtrenſi peculio. Sed conſtitutionibus Imperatorum factum eſt, vt aliqua bona aduẽtitia ſibi, vel à matre, vel ex alia ſimili cauſa habeant, eorúmque tantum habeant proprietatem, pater vero vſumfructũ. leg. vltim. C. de bon. quæ lib. & l. 1. Cod. de bon. mater. præter quoſdam caſus exceptos in quibus nec vſumfructum habet pater bonorũ aduentitiorum: vt ſi contra dicente patre filius adierit hæreditatem, vel ſi quid relictum ſit filiofamilias, ita vt nihil patri ex eo acquiratur. auth. vt liceat matri & auiæ. Quæſtio igitur eſt, an filius qui habet aduentitia bona de his ſaltẽ teſtari poſſit? videtur teſtari poſſe, ſi vera ſit aut ſimplex tantum ratio Vlpiani, ſed dixi alteram fuiſſe rationem huius prohibitionis, præter eam, quam adfert Vlpia. & dicendum eſt, ne de aduentitis quidem bonis teſtari poſſe. leg. nemo. C. qui teſtam. fac. poſſ. diximus in certis caſibus aduentitiorũ bonorum plenam proprietatẽ eſſe filiifamilias, quæritur an ſaltem de his bonis teſtari poſſit? De hac re ſolet diſputari in vtrãque partẽ. Ego puto ne hoc quidem caſu poſſe. d. l. nemo. vna eſt ex nouis conſtit. emendat. l. vlt. C. de bon. quæ lib. quæ lex videtur permitti in hoc caſu filiusfamil. teſtamentum facere. Ergo hic ſequemur ius antiquum, & rationem iuris antiqui. Non obſtat Nouella Iuſtiniani, vt liceat matri & auiæ. Videtur enim Iuſtinianus ibi permittere filiisfamilias teſtamentum facere, ſi bona huiuſmodi habeãt, quorum habeant plenam proprietatem, quorum vſum fructum nõ habeat pater. Ibi. n. dicitur diſponere eos poſſe, ergo & teſtamentum facere, ſed in Græca cõſtitutione legitur. *διοικεῖν* nõ *διατίθεσθαι*, ſed *διοικεῖν* ſignificat adminiſtrare, non diſponere. Hæc

ſententia mihi videtur his argumentis ſatis probata.

Diximus filium qui eſt in poteſtate patris, non poſſe teſtamentum facere, etiam ſi pater id ei permiſerit: quia quod iure conſtitutũ eſt de cõditione perſonarũ, quæ teſtamentũ facere poſſunt, vel nõ poſſunt, id non ad priuati alicuius commodũ, ſed ad publicũ ius pertinet. Hinc quæri ſolet, ſi in piã cauſam aliquid legauerit filius teſtamento, an valeat eius teſtamentum ſine conſenſu patris, vel patre conſentiente? Iure noſtro id non videtur definitum, ſed extat conſtitutio pontificia Decret. lib. 6. titul. de ſepul. c. licet. §. vltim. vbi Boniſ. conſtituit filium ſine conſenſu patris ſepulturam ſibi eligere poſſe, pro anima autem non iudicare poſſe, niſi conſentiat pater, aut niſi caſtrenſe peculium habeat. Hac igitur conſtitutione derogatur iuri ciuili: quia permittit iudicare, id eſt, teſtari pro anima, ſi conſentiat pater. Quidam ſcribunt hoc verbum alibi nõ reperiri, ſed tamen legitur in conſtitutionibus Imperatorum eiuſdem temporis quæ ſunt in lib. feud. in titul. de prohib. feud. alien. Iudicium vero nos aliquando vocamus teſtamentum. Solent autem pontifices fauere teſtamẽtis, quibus eccleſiæ, id eſt, ipſis miniſtris eccleſiæ relinquitur, fauor etiam eccleſiæ id aliquando ſuadet. Denegabant ſepulturam mortuis, qui inteſtati deceſſiſſent, aut cogebant eos dare quinque ſolidos curioni parochiali, ſed hic abuſus ab hinc decem annis auctoritate ſenatus Pariſienſis correctus eſt. Alia etiã quæſtio hic tractari ſolet, an filiusfamilias à patre poſſit emancipari ad faciendum teſtamẽtum, vt cæteris in rebus in poteſtate maneat. Nullum ius certum eſt de hac re. ſed ducuntur argumenta in vtranque partem ex variis locis, ſicut ex l. 2. ad Macedonia. ex leg. 1. §. hoc autem. ad ſenatuſconſul. Trebel. Nulla ratio iuris videtur prohibere, quominus ad teſtamentum faciendum emancipetur filius à patre, & in cæteris rebus maneat in patris poteſtate. Nam videmus in quibuſdam rebus, veluti in caſtrenſi peculio filiofamil. haberi pro patrefamilias. dict. leg. 1. §. hoc autem, ad Senatuſconſul. Trebel. in aliis pro filiofamilias. Sed de hac quæſtione nos plenius dicturi ſumus alio in loco, hæc de filiofamilias quem diximus factionem teſtamenti non habere, quia ſui iuris non eſt, ſed in poteſtate parentis. Aliud exemplum eſt de ſeruo. Seruus dicitur ob eandem rationem factionem teſtamenti non habere. l. ſi filiusfamilias. hoc titul. Alia ratio prohibitionis poteſt adduci: quia ciuis non eſt, cum ne liber quidem ſit. At cum tantum permittatur teſtamenti factio iure ciuili, inquit Boetius, nihil agi niſi inter ciues poteſt. Peregrinus ergo teſtamentum facere non poteſt. ad id probandum ſoleo adducere verba legis Falcidiæ in leg. ſ. & 2. infra ad l. Falcid. vnde fit, vt hodie in Gallia, qui dicuntur Albini, teſtamentum non faciant. Albini autem videntur dici, quaſi alibi nati. Iure Romano reſcripto etiam ab Imperatore impetrato, peregrinus teſtamentum facere non poteſt. Mores tamen noſtri indulgentiores ſunt in hac re, quam ius Romanum. Nam ſi Albini liberos reliquerint, ſuccedunt eis ab inteſtato, & excludunt fiſcũ, & literas naturalitatis impetrant à Rege, vt perinde habeantur, ac ſi nati eſſent in regno noſtro. Seruus igitur teſtamentum facere non poteſt, & quia ciuis non eſt, & quia eſt in domini poteſtate. Addendum eſt, ne domino quidem permittente eum facere poſſe teſtamentum, vt ſuperius diximus de filiofamilias. Prohibetur enim facere teſtamentum propter decus publicum. Solitus ſum huius rei confirmandæ gratia adducere locum ex lib. 2. Plinij. Poteſt quidem dominus voluntati ſerui parere, & curare eam vltimam voluntatem ſerui ſui executioni mandare, ſed teſtamentum legitimum non erit. Propterea dicit Plinius, tanquam legitima teſtamenta ſeruo, &c. & ille locus oſtendit

Albini qui.

non eſſe aliis perſonis permiſſum legare, vel teſtari, niſi ciuibus. Seruis ciuitas quædam eſt domus. Ex his quæ diximus, ſequitur eum qui captus eſt in bello ab hoſtib. teſtamentum apud hoſtes facere non poſſe. l. eius qui. 8. hic. Serui enim fiunt capientium, hoc iure tamen nõ vtimur in orbe Chriſtiano, niſi aduerſus Turcas, & alios infideles. Cum bella geruntur inter Chriſtianos, nulla captiuitas eſt, quæ ſeruitutem inducat, hoc vulgo receptũ eſt, & ſolet hac ratione confirmari. Inter Chriſtianos, bella tantum ciuilia ſunt. Eccleſia Chriſtianorum communis quædam ciuitas eſſe intelligitur, cum ſunt eiuſdem ciuitatis ciues, bella quæ geruntur ſunt ciuilia. At in bellis ciuilibus captiuitas nulla eſt, quæ ſeruitutem inducat, idque expreſſum eſt leg. ſi quis ingenuam. 19. infra de capt. & poſtlim. reuer. Notandum tamen eſt, ſi is qui captus eſt ab hoſtibus teſtamentum fecerit ante captiuitatem, id teſtamentum confirmari lege Cornelia, ſi apud hoſtes deceſſerit, vt hic leg. 12. leg. Cornelia. ſi vero redierit ab hoſtibus, confirmatur iure poſtliminij. leg. retro. infra de capt. & poſtlim. Is qui rediit ab hoſtibus fingitur ſemper ciuis manſiſſe, quamuis re vera ex ciue peregrinus factus fuerit, ſed propter ius poſtliminij quod vtilitatis cauſa conſtitutum eſt perinde habetur, ac ſi nunquam ab hoſtibus captus fuiſſet. Lege etiam Cornelia fingitur is, qui deceſſit apud hoſtes, propter conſeruationem teſtamenti deceſſiſſe antequam caperetur. At certum eſt, ſi deceſſiſſet antequam caperetur, teſtamentum eius ratum fore. Sed obiicitur in leg. in bello. §. codicill. infr. de capt. & poſtlim. vbi dicitur codicillos, quos apud hoſtes quis fecerit, cum ab illis captus eſſet, confirmari, & tamen diximus confirmari id quod factum eſt ante captiuitatem, non autem id quod factum eſt apud hoſtes. Sed Iuriſconſul. oſtendit codicillos confirmari, cũ ante captiuitatem factum eſt teſtamentum, quaſi pars quædam ſit, acceſſio & ſequela teſtamenti. l. 2. §. codicillorum. infra de iure codicil. de hoc plenius dicemus ſub tit. de iure codicil.

Lege Cornelia. Locus eſt communis de iure ſui, quod vulgo ius ſuitatis vocatur, de quo dicam ſub titul. de hæred. inſti. quę diximus de iis qui capti ſunt ab hoſtibus, eadem intelligenda ſunt de obſidibus. Obſides teſtari nõ poſſunt, niſi eis permittatur à principe. leg. obſides. 11. hoc titul. Obſides non videntur eſſe liberæ cõditionis, cum obſides dantur ſi non fides data ſeruetur ab eo qui eos dedit, poteſtas datur, in eos ſæuiendi. Princeps eis permittere poteſt, & indulgere vt teſtamentum faciant, ſed de his obſidibus videndus eſt locus in l. Diuus. & ſeq. infra de iure fiſci. vbi dicitur bona eorum ſicut captiuorum in fiſcum cogi. Addit tamen exceptionem Iuriſconſul. niſi accepto vſu togæ Romanæ pro ciuibus Romanis habiti ſint. Ergo quod diximus de obſidibus, intelligendum eſt cum duplici exceptione, niſi hoc eis nominatim princeps permiſerit, vel niſi eis vſus togæ Romanæ non conceditur peregrinis, ſicut nec eis quibus aqua & igne interdictum eſt, vel deportati ſunt. leg. ſed ſi hac leg. ſupra de in ius voc. & l. 1. de hære. inſtit. Hic enim pro peregrinis habetur. Hodie apud nos hæc omnia obſoleta ſunt: nam ſi capti ab hoſtib. non fiunt ſerui capientium, multo minus obſides in ſeruitutem rediguntur. Sed quia hoc crebra mentio eſt hoſtium, videndum eſt quomodo hoſtes hic intelligamus. Dicitur in l. qui à latronibus. 13 hic, eos qui à latronibus capti ſunt, poſſe facere teſtamentum, ſed cur hoſtes non dicuntur latrones? Iureconſulti hoſtes à latronibus diſtinguunt. l. hoſtes. de capt. & poſtlim. & l. hoſtes. 18. de verb. ſig. Dicuntur hoſtes quibus ſolenni ritu bellum indictum eſt, cæteri prædones ſunt, etiam ſi ſpeciem aliquam hoſtium habeant. Ex ead. leg. qui latronibus. ibi, Item quia apud exteros. &c. notandum eſt

legatos,

Digitized by Google

legatos apud hoſtes conditionem ſuam non mutare. Hæc de ſeruis & de his qui ſpeciem aliquam ſeruorum habent. Inde quæſtio oritur, quid ſi quis ſeruus non ſit, ſed tamen dubitet, an ſeruus ſit vel putet ſe ſeruum eſſe, an poſſit facere teſtamentum? Mirum eſſe videtur, quod expreſſum eſt duobus capitibus huius tit. l. qui teſtamenta. 14. & l. 15. de ſtatu. vbi dicitur hunc non poſſe facere teſtamentum. Manummiſſus quidam teſtamento domini ſui, cum procul abeſſet, ignorabat deceſſiſſe dominum, ignorabat aditam eſſe hæreditatem: cum itaque aliter non conſequatur libertatem, quam ſi deceſſerit dominus, & adita ſit hæreditas, non poterat teſtamētum facere. Rationem ſolitus ſum adferre, quia hic videtur deficere voluntas quę neceſſaria eſt in teſtamento faciendo: non eſt autem certa voluntas eius, qui cum dubitat de ſtatu ſuo, cum teſtamentum facit: ignorat enim an valiturum ſit teſtamentum. Sic intelligo quod dicitur in dict. leg. qui teſtamento. in ſi. *Certam legem*, &c. Eius rei arg. eſt, quod dicitur in l. an inutilis ſi de accept. vbi quæritur, an acceptilatio inutilis habeat vtile pactum. In pacto quidem ſufficit conſenſus duorum: hic videtur conſenſus abeſſe. Ait itaque ibi Iuriſconſ. valere id pactum, niſi deficiat cōſenſus. Poteſt enim deficere conſenſus, ſi vnus eorum putet hoc ioci gratia & ludi fieri. Deinde fuit occurrendum audaciæ ſerui, qui cum putat ſe ſeruum eſſe, aut dubitat an ſeruus ſit, an liber, non dubitat facere teſtamentum, quod non ignorat proprium eſſe ciuium.

Sequitur aliud membrum diſtinctionis iam à nobis traditæ. Diximus quoſdam prohiberi facere teſtamentum propter inopiam iudicij & conſilij, alios prohiberi quod ſui iuris non ſint. Addendum eſt quoſdam alios prohiberi facere teſtamentum, quod ſenſu aliquo corporis deſtituti ſint: cuiuſmodi eſt mutus, ſurdus, quorum ſit mentio in leg. qui in poteſtate. 6. §. 1. & l. ſi mutus. 7 hic. exceptio eſt ſuperioris dicti. Surdus & mutus facere teſtamentum non poſſunt, niſi permiſſu principis. hæc intelligenda ſunt ſecundum diſtinctionem, quæ traditur in leg. diſcretis. Cod. qui teſtam. facere poſſ. In ea conſtitutione, quæ eſt vna ex nouis deciſionibus Iuſtinia. additur exceptio iis, quæ dicta ſunt de muto & ſurdo. in primis ſi diſcreta non ſint hæc vitia. Si quis igitur mutus & ſurdus ſit natura, ita vt non poſſit ſcribere & loqui, non poterit facere teſtamentū. Sed ſi diſcreta ſint hæc vitia, vt poſſit vel ſcribere vel loqui, poterit facere teſtamentum, & valebit. Hoc igitur obſeruandum eſt, mutum & ſurdum ſimul natura non poſſe teſtamentum facere. Addendum eſt teſtamentum ab eo factum etiam in piam cauſam non valere. Inter pias cauſas numeratur cauſa libertatis. leg. 1. Cod. de commun. ſeruo. man. & tamen teſtamentum factum à muto & ſurdo natura ſimul, quo libertas relinquitur, non valet. Si non natura ſit mutus, aut natura ſurdus, & didicerit pingere & ſcribere, poterit facere teſtamentum. Quæ igitur ſcripta ſunt in iure veteri in d. l. 6. & 7. huius titul. & Inſtit. quib. non eſt permiſ. fac. teſtamen. accipienda ſunt ſecundum hanc diſtinctionem. Dixerit aliquis, is qui ſurdus eſt natura, poteſt voluntatem ſuam nutu ſignificare: ſed receptum eſt nutum ad teſtamentum faciendum, non ſufficere: ad teſtamentum enim faciendum opus eſt voce, & voce articulata. id colligi ſolet ex leg. iubemus. C. de teſtamen. Exemplum eſt, quod ex facto incidit aliquando. Quidam patrem ſuum ægrotum in lecto iacentem moribundum ita alloquebatur: Si vis me hæredem tuum eſſe, manum meam preme, & ille manum eius premebat, tamen non eſt teſtamentum: nam opus eſt voce. De codicillis quæſtio eſt, an nutu fieri poſſint codicilli: quæſtio pendet ex leg. nutu. 21. de lega. 3. hæc quæſtio eſt paulo alienior à propoſito noſtro. de ea dicemus alio in loco.

Notandū qua hic de manus cōpreſsione.

Quæſtio eſt, an hæc conſtitutio Iuſtiniani locum habeat in milite. Si miles ſit natura mutus aut ſurdus, quæritur an ei licebit facere teſtamentum? Quidam exiſtimant militem exceptum eſſe: & hoc ſumunt ex l. iure militari. 4. infra de milit. teſtamen. quinimo & mutus. Inſtit. eod. Quæſtio eſt, an id quod dicitur in dict. l. 4. debeat intelligi de eo qui eſt ſurdus & mutus natura. Ego vt breuiter dicam quod ſentio, exiſtimo conſtitutionem Iuſtiniani de qua loquimur, ad militem quoque pertinere: nam ius ſingulare non facile induci debet interpretatione, niſi verborum ſignificatio id ſuadeat. Si verborum ſignificatio aperta ſit, ius ſingulare interpretatione induci poteſt, alias non poteſt. leg. quod vero. ſupra de legibus. ſed nulla lex eſt, nulla conſtitutio, quæ ſignificet milites exceptos eſſe. Ante conſtitutionem Iuſtiniani mutus aut ſurdus non poterat facere teſtamentum, nihilque excipiebatur. hoc ſcribunt Iuriſconſulti ſine exceptione vlla. Quid igitur ſi mutus poſſit ſcribere teſtamentum? Quid ſi ſurdus loquēdi facultatem habeat? Iure antiquo non licebat: ſed quoties ſurdus habebat facultatem loquēdi, vel mutus ſcribere poterat, adibat Principem, & Princeps ei permittebat, & ſic intelligitur quod dicitur in dicta l. 4. Excipiebantur milites, qui poterant facere teſtamentum, ſi vel ſcribere, vel voce exprimere voluntatem ſuam & ſupremum ſuum iudicium declarare poterant, nec erat eis neceſſe adire Principem. Sic poteſt commode intelligi quod dicitur in dicta leg. 4. de aliis qui à principe reſcriptum impetrarunt teſtamenti faciendi cauſa, cum muti & ſurdi natura ſint, quæritur quam vim habeat hæc diſpenſatio? Quidam dicunt hoc abſurdum eſſe, vt adeatur Princeps, vt ab eo impetretur quod natura negat. l. 3. ſupra de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſu. Sed ego puto hic videndum eſſe, an ſenſu omnino careat, vt non differat ab infante & furioſo. Ratio non permittit vt teſtamentum eius, etiam ſi Principis authoritas acceſſerit, vllam vim habeat: ſed tamen fieri poſſe exiſtimo, quamquam raro id fiat, vt qui tale vitium habeat, poſſit tamen nutu declarare voluntatem ſuam. Mutus & ſurdus poteſt contrahere matrimonium. capit. cum apud. de ſponſal. in Decretal. quod tamen non contrahitur ſine conſenſu, & diſtinguuntur hi ab his qui iudicio carent. l. ſeruo inuito. 65. §. ſi pupillo. ad ſenatuſconſultum Trebell. l. ſurdo. 10. infra de manu. vindi. eſt vnus locus qui adduci ſolet corruptus ex l. 1. qui & à quib. manu. vbi ſolet ſic legi in vulgaribus exemplaribus, mutum ſurdum ita natum manumittere poſſe ait, videtur enim loqui Iuriſconſul. de eo qui mutus & ſurdus eſt natura. In Florent. legitur motus, loco mutus.

Superius diximus quoſdam prohiberi teſtamentum facere: quia ſenſu aliquo corporeo diminuti ſunt: cuiuſmodi ſunt ſurdus & mutus, ſecundum diſtinctionem quæ à nobis tradita eſt. Ad hunc locum refertur quæſtio de eunuchis, quæ tractatur in l. eunuchis. 5. C. qui teſta. facere poſ. ſi quæritur ergo, an eunuchus teſtamentum facere poſſit, an idem dicemus quod de muto, de ſurdo, & aliis huiuſmodi qui ſenſu corporeo carent? Eunuchus tametſi perfecto corpore non ſit, & neceſſaria maximè corporis pars ei abſit: ideóque morboſus dicatur d. l. ſin autem. 7. ſupra de ædil. edict. tamen non ideo prohibetur teſtamentum facere, cum eſt integer mente & iudicio. nec enim ea corporis imperfectio eſt eiuſmodi, vt propter eam teſtamentum facere non poſſit. Non male dicimus non poſſe eum contrahere matrimonium: quia liberos procreare non poteſt. l. ſi ſerua. 39. §. ſpadoni. ſupra de iure dot. & eum non poſſe poſthumum hæredem inſtituere. l. 6. ſed eſt quæſitum. §. ſpadonem. infra de liber. & poſthum. Sed quæ-

Digitized by Google

nam fuit ratio hac de re dubitandi apud veteres, vt neceſſe fuerit hoc ius, quod à nobis recitatum eſt ex Conſtantio Imp. ita conſtitui? Ridiculum eſt quod ait ibi Accurſius, Eunuchum non poſſe facere teſtamentum, quia teſtes non habet, & teſtes in teſtamento faciendo neceſſarij ſunt. Sed omiſſis iocis, aut nugis potius: probabile eſt de eo dubitatum fuiſſe, quod lex puberibus tantum factionem teſtamenti permiſit, vt iam à nobis ſupra oſtenſum fuit. Lex enim vult puberes tantum teſtamentum facere, impuberibus illud non permittit: at eunuchi non pubeſcunt, ideóque non videntur habere teſtamenti factionem. Ne videar hoc comminiſci, locus eſt hac de re Pauli libr. 3. Sentent. titul. de teſtamen. Intelligit Paulus ſpadonem non pubeſcere: ſed quo tempore alij qui ſpadones non ſunt, pubeſcũt, poteſt facere teſtamentum. Hæc ſententia Pauli ex veterum opinione non proficiſcitur, de qua diximus ſupra hoc titul. ad interpretationem l. à qua ætate. De ea re diſſenſio fuit inter Proculianos & Caſſianos. Quidam iudicabant puberem iudicandum eſſe ex inſpectione habitus corporis, alij indecoram eſſe illam inſpectionem iudicabant. Addendum eſt & hoc, alia quoque ratione videri in dubium vocatum fuiſſe à veteribus: quoniam credebantur eunuchi, nec viri, nec mulieres eſſe. Lampridius in Alexandro ſcribit Alexandrum tertium genus hominum eſſe eunuchos dixiſſe: quod nec viri, nec mulieres eſſent. Idem ſcribit Valerius Maximus cap. 7. lib. 7. decretum fuiſſe à quodam prætore vrbano in cauſa cuiuſdam Genutij Romæ, qui bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas petebat. Quædam hac de re attigi libr. 4. de beneſic. capit. quarto. Quod de eunucho dictum eſt, idem dicendum eſt de eo qui manus amiſit. l. qui manus. 10. hic. Non idem dicemus de eo qui manus amiſit, quod diximus de eo qui loqui non poteſt. Poteſt enim fieri teſtamentum per nuncupationem, in quo manus neceſſaria non eſt. in l. iubemus. C. de teſtam. dicitur poſſe eum qui non poteſt ſcribere, alium deſcriptorem adhibere: ideo etſi non poſſit ſcribere, tamen non prohibetur teſtamentum facere. Huic ſimilis eſt quæſtio de cæco, an teſtamentum facere poſſit. & de eo extat conſtitutio Iuſtiniani in l. hac conſultiſſima. Cod. de teſtã. §. cæcus. Inſtit. quib. permiſſ. non eſt facere teſta. Recepta autem eſt maior ſolennitas in hoc teſtamento, quam in aliorum hominum teſtamento qui cæci non ſunt. Tanta ideo ſolennitas requiritur in teſtamẽto cæci, ne quid falſitatis admittatur. hanc rationem adducunt ex Iuſtiniano in l. penult. Cod. de fideicomm. Quæ ſit forma & ſolennitas in hoc teſtamento faciendo adhibenda, diſertè exprimit Iuſtinianus in dicta conſtitutione ſua. in ea lectione tantum opus eſt. Eſt autem hæc forma eo diligentius à nobis nunc obſeruanda, quod nec moribus, nec conſtitutionibus Pontificiis abrogata eſſe dicitur. Forma quæ præſcripta eſt in iure ciuili ad faciendum teſtamentum, hodie vix vnquam obſeruatur. Derogatum eſt huic ſolennitati, partim conſtitutionibus Pontificiis, partim etiam moribus cuiuſque prouinciæ, in cap. cum eſſes de teſta. Vult Pontifex ſufficere duos teſtes cum curione parochiali ad faciendum teſtamentum: non ideo tamen dicemus abrogatam eſſe formam, quam Iuſtinianus hic præſcripſit in teſtamento cæci. Non dico, quin poſſit tolli ſtatuto aliquo, aut moribus, ſi manifeſta ſit lex aliqua huic ſolennitati contraria: hoc facile cõcedam. Sed ſi vel moribus receptum ſit, vel lege aliqua municipali cautum, vt poſſit quis facere teſtamentum, adhibitis duobus teſtibus: non ideo dicemus ſufficere duos teſtes in teſtamento cæci, quia leges priores ad poſteriores trahuntur, ſicuti etiam poſteriores ad priores, niſi manifeſtè leges ſint contrariæ. l. non eſt nouum. ſupra de legibus. Si aperta & manifeſta ſit legum contrarietas, fateor poſteriores leges prioribus derogare. leg. vlti. de conſtitut. princip. Sed hæ leges non ſunt cõtrariæ. Pugnantia ſiquidem hæc non ſunt, tot teſtes adhibendos eſſe in teſtamento hominis cæci, & adhibitis duobus teſtibus poſſe teſtamentum fieri, vna lex eſt generalis, altera ſpecialis. Itaque ita has leges interpretabimur, vt vna alteri deroget, & vna cum exceptione alterius legis intelligatur, vt dicamus poſſe fieri teſtamentum adhibitis duobus teſtibus, niſi ab homine cæco faciendum ſit. Hactenus de his qui prohibentur teſtamentum facere: quia diminuti ſunt aliquo ſenſu corporeo, alij prohibentur facere teſtamentum ob crimen.

Nunc videndum eſt de iis qui prohibentur teſtamẽtum facere ob crimen aliquod, aut pœnam. Huius generis eſt damnatus pœna capitali, qui à ſententia qua damnatus eſt non appellauit. l. qui à latronibus. 13. §. ſi quis capitali. hoc titul. Duo obſeruanda ſunt ex capite. Vnum eſt, ſi quis damnatus pœna capitali non appellauerit à ſententia, teſtamentum ab eo factum non valere. Alterum eſt, ſi prouocauerit, interim eum poſſe facere teſtamentum. Exempla ſunt in l. eius qui apud. 8. §. ſi cui. Si quis deportatus ſit in inſulam. hæc enim eſt pœna capitalis. l. 2. de pœnis. Hi quibus aqua & igni interdictum eſt, amittunt ciuitatem. Atqui ciuis non eſt, qui peregrinus eſt. De his quibus aqua igni & interdictum eſt, Dion ſcribit in Tyberio conſtitutionẽ quandam Tyberij fuiſſe, ne factionem teſtamenti habeant, quod hic ſatis eſt expreſſum in d. §. ſi cui. ibi, nec id quod poſtea. Ergo ſi quis ante condemnationem fecerit teſtamentum, id teſtamentum ratum habẽdum eſt, etiam ſi poſt accuſationem & in reatu fecerit teſtamentum. l. ſi quis poſt. 9. vbi ſi quis cum in cuſtodia eſſet, teſtamentum fecerit ante condemnationem, valet eius teſtamentum, multo magis ante accuſationem poteſt. l. poſt contractum crimẽ capitale. 15. ff. de dona. Sed difficultas naſcitur ex l. qui pœnæ. 8. de manumiſſ. ibi dicitur, eos qui capitalium criminum rei ſunt, non poſſe ſeruos manumittere: ergo non poſſunt de rebus ſuis diſponere, cum etiam magnus ſit fauor libertatis. Sed quod ibi dicitur, reos capitalium criminum non poſſe ſeruos ſuos manumittere, verba ſequentia ſatis oſtendunt, quomodo id accipiendum ſit, id eſt, cum dolo malo ſeruos ſuos manumittunt, ſatis proſpicientes futurum vt condemnentur. Et ſic eſt intelligẽdum quod iam diximus, niſi in fraudẽ fiſci diſponant de rebus ſuis, & dolo malo: hæc fraus ex variis coniecturis colligitur, quas alij tractant. Fraus enim ex coniecturis arguitur. l. dolum. 6. Cod. de dolo malo. His quæ diximus, addendæ ſunt quædam exceptiones. In primis excipitur crimen læſæ maieſtatis: is enim qui accuſatus eſt læſæ maieſtatis, de bonis ſuis diſponere non poteſt: interdicta enim eſt ei alienatio facultatum ſuarum, nõ tantum poſt accuſationem, ſed etiam poſt admiſſum crimen. l. donationes. 31. §. vlti. ff. de donatio. leg. ex iudiciorum. 20. ff. de accuſat. Simulatque quis hoc crimẽ admittit, ſtatim eius bona fiſco acquiruntur, etiam ſine vlla accuſatione & condemnatione. in aliis autem criminibus ſententia neceſſaria eſt. Idem de crimine hæreticæ impietatis dicendum eſt, idque eſt expreſſum iure Pontificio in cap. cum ſecundum. de hæretic. lib. 6. Attamen Bonifacius in ea conſtitutione non poſſe occupari bona ante ſententiam, qua iudex pronunciet bona confiſcata eſſe. Præterea excipitur is, qui ſibi mortem conſciuit ſceleris conſcientia & metu ſupplicij. l. 2. Cod. eod. Similis diſtinctio eſt in l. ſi quis filio exhæredato. 6. §. eius. infra de iniuſto rup. de publicatione bonorum in l. vlti. de bonis eorum qui mor. Præterea ad hũc locum pertinet qui inteſtabilis eſt. Inteſtabilis

eſt, qui

eſt,qui teſtamentum facere non poteſt : cuius mentio eſt duobos in locis ſub hoc titul. in leg. is cui lege. 18. vlt m. & l. cum lege. 26. veluti ſi quis damnatus ſit ob crimen famnſum. l. oh crimen. ſupra de teſti. Inteſtabilem eſſe, eſt non poſſe teſtari. Teſtari eſt teſtamentum facere,teſtari etiam dicitur is,qui teſtimonium dicit. Hinc annotandus eſt locus communis de interpretatione iuris. Creditur à pleriſque in legibus pœnalibus extenſionem & interpretationem extenſiuam non recipi, quod tamen falſum eſſe admonui in pleriſque locis, aduerſus qoos ſolet obiici dict. lex. is cui. & l. cum lege. ſed non mirum eſt Iuriſconſul. iam late interpretari verba legis,quam late patet eorum verborum ſignificatio. Extenſio eſt, cum id quod ſcriptum eſt lege aliqua, producitur ad id,quod ſcriptum nō eſt, interpretatione, quod plerunque neceſſe eſt. leg. non poſſunt.ſupra de legibus & leg.ſi quis id quod. ſupra de iuriſdict. Aduerſus hanc interpretationem quædam obiici ſolent. In primis obiicitur quod diximus de filioſam. Diximus filiumfamilias non poſſe teſtamentum facere, ſed poteſt adhiberi teſtis in teſtamento. l. ad teſtium. hic. vbi qui ſunt in poteſtate.poſſunt adhiberi teſtes cum patre in teſtamento faciendo. Filij autem ſunt qui in poteſtate patris ſunt, ergo poſſunt adhiberi teſtes in teſtamento faciendo. Alio ſimili argumento impugnatur hæc ſententia, ſumpto ex l.quoniam.Cod de hæret.Hæretici non poſſunt facere teſtamentum, & tamen adhibentur teſtes in alieno teſtamento,male ergo dicitur eum,qui inteſtabilis eſt.non poſſe adhiberi teſtem in teſtamento faciendo. Variæ opiniones reperiuntur in gloſſ. Accurſ. Quid igitur dicemus? Ego reſpondeo ad vtrumque,nec filiumfamilias,neo hæreticū homioes inteſtabiles eſſe. Nulla lex eſt quæ dicat filiumfamilias, aut hominem hæreticum inteſtabilem eſſe. Filiusfamilias quidem non habet teſtamenti factionem.l. qui in poteſtate. 6. ſupra eod. nec hæreticus:ſed non dicitur inteſtabilis. Si velles dicere,teſtamentum facere non poteſt, ergo teſtis adhiberi non poteſt in teſtamento alieno, nego conſequētiam,non enim recte concluditur.Sed ſi ita diceres. Filiusfamilias inteſtabilis eſt vel hæreticus, ergo nō poteſt teſtis adhiberi in alieno teſtamento, bona eſſet concluſio, ſed antecedens falſum eſt, atque ita hoc argumentum diſſoluitur. Quod dicitur de hæreticis,non ſimpliciter intelligendum eſt, ſed cum diſtinctione, quæ traditur in d.l.quoniam. Cod. de hæretic. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, an infamis poſſit facere teſtamentum? Infamia notatur quis ob delictum ſuum, an igitur poſſit facere teſtamentum? Conuenit inter omnes, infamibus teſtamenti factionem nō eſſe interdictam. Ad impugnandum teſtamentum non poteſt obiici, quod aliquando infamia notatus & aſperſus fuerit teſtator. Primum enim nulla lex reperitur, quæ prohibeat infamem teſtari, ergo infami permiſſam eſſe teſtamenti factionem dicendum eſt. Diximus enim ſupra,omnibus permitti teſtamentum facere, niſi quibus nominatim teſtamenti factio interdicta eſſe reperitur. Præterea argumentum etiam aliud eſt ex l. eius qui apud. 8. §. ſi cui aqua. ſupra eod. vbi relegatus nec libertatem amittit, nec ciuitatem : & tamen relegatus notatur infamia,vt videtur pleriſque. Adducitur l. cognitionum. ff. de extraord. cogn. vbi dicitur, alicuius minui exiſtimationem,quoties manente libertate circa ſtatum dignitatis pœna plectitur, vt cum relegatur. Sed tamen animaduertendum eſt,quod Iuriſconſultus ait minui eius exiſtimationē, non dicit eum notari infamia: nec ego verū eſſe puto,quiſquis relegatur in inſulam,eum infamia notari.Sæpe accidit,vt alicuius grauetur opinio apud bonos & graues viros,nec tamen infamia notetur. Qui notantur infamia enumerantur in edicto prętoris.ff.de his qui notan.infam.Sed ego moueor quod Iuriſconſul.in d.l.eius.tam anxie & ſcrupuloſe docet, & demonſtrat variis exemplis, qui ob pœnam & crimen, val conditionem amittant teſtamenti factionem : & tamen non meminit eorum quibus infamiæ nota inuritur, argumento eſt enim infamem teſtari poſſe Sed aliud argumentum eſt ex leg.1.C. de ſecun.nup.vbi dicitur mulierem,quę intra annum luctus ſecundo nupſit, infamem fieri,idque etiam expreſſum eſt edicto illo Prætoris, tit.de his qui notan.infa. ff. Et ait d. l. 1. verſic. præterea &c.hac pœna plecti, vt vltra tertiam partem bonorum ſuorum, non poſſet marito ſecundo teſtamento relinquere.manifeſte ille locus oſtendit eam poſſe teſtamentū facere, modo non excedat tertiā partem bonorū ſuorū legando. Eſt vulgaris quæſtio de vſurario,an poſſit facere teſtamentum? Eſt hac de re conſtitutio Pontificia in c.quanquā. de vſur. in 6. Ea conſtitutione prohibente non poteſt vſurarius facere teſtamentū,ſi manifeſtus ſit vſurarius,& eius teſtamentū nullū eſſe dicitur,niſi ſatisfecerit, vel idoneā cautionem dederit. Igitur duo neceſſaria ſunt: oportet enim manifeſtum eſſe,deinde non ſatisfeciſſe,vel idoneā cautionem nō dediſſe. Quæritur etiam de excommunicato. & vulgo receptū excōmunicato nō eſſe interdictā teſtamenti factionē: quia nullo iure id expreſſū reperitur, & ſæpe leui ex cauſa & fere nulla, quis excōmunicari ſolet, qua ratione abſurda eſſet eiuſmodi interdictio,nec poſſet obſeruari ſine vllo incōmodo.

Cœpimus diſputare de his qui teſtamenti factionem habent,aut non habent. Totum hunc locum quatuor capitibus concludimus. Diximus enim quoſdam prohiberi facere teſtamentum propter infirmitatem conſilij & iudicij : alios quia ſui iuris non ſunt : alios quia ſenſu aliquo corporeo diminuti ſunt : alios quia damnati ſunt,vel aliqua infamia notati.his quatuor capitibus concludimus locum de perſonis, quæ teſtamēta facere poſſunt:ideóque notandum eſt omnibus aliis permiſſam eſſe teſtamenti factionem,qui prohibiti nō reperiuntur,cuiuſmodi ſunt plerique, de quibus olim dubitatum fuit,& de quibus extant conſtitutiones Imperatorum,veluti ſocij omnium bonorum,cohæredes. l.1.C.eo.Duo coierunt ſocietatem omnium bonorum, vel duobus delata eſt hæreditas quædam,quę nondum eſt diuiſa inter cohæredes, vnus vult facere teſtamentum de bonis communibus,quæritur an poſſit? Quæſtio naſcitur ex eo, quod bona eius propria non ſunt, ſed communia. Ideóque non videtur ſine iniuria ſocij poſſe de his bonis diſponere: tamen hic dicitur, poſſe hos facere teſtamentum : ſocietatem & communionem non impedire, quominus de his rebus teſtamentum faciant. Nam quæ nobis communia ſunt cum aliis, noſtra ſunt pro parte. Ideóque de ea parte dubium non eſt quin poſſimus diſponere arbitrio noſtro. Idem conſtitutum eſt de venditione rerum communium.l. falſo.C.de commun.rer.alienat. Et hoc eſt, quod vulgo dicitur,quod commune eſt, meum dicere poſſum.l. ſerui electione.5.§.1.infra de legat. 1. Locus eſt communis, quem quia alienus eſt à propoſito noſtro, nos nunc omittemus. De aliis fuit dubitatio apud veteres, an teſtamenti factionem haberent. Si quis inſtituerit principem in ſuo teſtamento, dubitatum fuit an poſſit aliud teſtamentum facere & alium hæredem inſtituere? quæſtio eſt in l.ſi quis Imperatorem. 6. Cod. eo. Propter principis authoritatem & poteſtatem alium hæredem inſtituere non licere videtur. Sed princeps priuatorum iure vtitur in teſtamētis. l.ex imperfecto. C. de teſtam. Propterea dubitatum fuit an Imperator, & an Auguſta, quæ eſt Imperatoris vxor, poſſit teſtamentū facere.l.cū hæredes.7.C.eo.licet Imperatori,ſicut hominib.priuatis teſtamētū facare, idq;

de propriis facultatibus, non de rebus imperij, ne ſucceſſori eius id graue ſit.

Hic tractatur quæſtio difficillima totius huius tractatus & diſputationis, cuius temporis habenda ſit ratio, cum quæritur de ſtatu & qualitate teſtatoris & cōditione. Oportet teſtatorem eſſe ſanæ mentis, oportet eſſe ſui iuris, & ciuem Romanum: ſed quo tempore hęc qualitas ineſſe ei debet, an tempore teſtamenti oporteat talem eſſe, an vero tempore mortis? valde difficilis eſt hæc quæſtio. In l. 2. hic dicitur, in eo qui teſtatur eius temporis, quo teſtamentum fecit, integritas mentis non corporis ſanitas exigenda eſt. hinc aperte exprimitur teſtamenti faciendi tempus. Simile eſt quod legitur in l. qui in poteſtate. 6. §. ſurdus. ſupra eod. Quidā loquendi facultate, vel audiendi præcluſus erat tempore facti teſtamēti, poſt factum teſtamentum factus eſt ſurdus, vel mutus, valet eius teſtamentum: ſed locus eſt contrarius in leg. 1. §. exigit. de bono. poſſ. ſecundum tabul. vbi ſi quis petat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcriptas à teſtatore, oportet vt teſtator cuius bonorum poſſeſſio datur, habuerit ius teſtamenti faciendi, etiam tempore mortis ſuæ. locus difficilis eſt, ſed mihi videtur ita diſtinguendū eſſe pro explicatione d. l. 1. in §. exigit. Duo caſus conſiderandi ſunt, vnus eſt cum ob mutationem ſtatus, aut qualitatis, ſiue conditionis teſtamētum fit irritum: & hoc caſu res expedita eſt. Nam certum eſt vtriuſque temporis rationem habendam eſſe, vt ſi teſtator capite minutus fuerit: nam capitis minutio teſtatoris teſtamentum irritum efficit. leg. ſi quis filio. §. irritum. de iniuſto rupto & irr. teſtam. & Inſtitut. quemadmod. teſtam. infirm. vt ſi fuerit deportatus in inſulam, ſi fuerit damnatus in metallum, ſi amiſerit vel libertatem, vel ciuitatem: hoc caſu dicitur minui capite. Exemplo illud oſtendam: pone tempore ſacti teſtamenti teſtatorem liberum & ciuem fuiſſe, ſed tempore mortis fuiſſe ſeruum aut peregrinum factum per deportationem forte, an valeat teſtamentum? Et certum eſt non valere teſtamentum: nam capitis hac diminutione irritum conſtituitur teſtamentum. E contrario ſi ponamus ſeruum fuiſſe, aut peregrinum tempore facti teſtamenti, & tempore mortis fuiſſe ciuem & liberum, nec hoc caſu valebit teſtamentum. Vtrumque ergo tempus exigitur, & tempus facti teſtamenti, & tempus mortis. In hoc igitur caſu verba Vlpiani in dict. §. exigit. nullam difficultatem habent, nec vlla lex eſt, quæ huic ſententiæ noſtræ aduerſetur. Non enim aduerſatur l. 2. huius titul. nec lex, qui in poteſtate. eod. nam leg. 2. huius titul. loquitur de ſanitate mentis. Si quis fuerit ſanæ mentis tempore facti teſtamenti, & poſtea furere cœperit, non ideo irritum fit teſtamentum. de quibus iam diximus, puta cum caput minuitur. Alius caſus eſt cum mutato ſtatu, aut qualitate teſtatoris, irritum non fit teſtamentum, ſicut dicitur in leg. 2. & l. qui in poteſtate. ſupra eod. Ergo licet ſanæ mentis non fuerit tempore mortis, nihilominus valet eius teſtamentum. & hoc expreſſum eſt in l. 1. §. ſi quis autem. de bono poſſeſſ. ſecundum tabul. Nō enim ex huiuſmodi cauſis irritum conſtituitur teſtamentum. hoc eſt intelligēdum, cum proponitur aliquem fuiſſe idoneum tempore teſtamenti tantum. Cum vero proponitur aliquem fuiſſe idoneum tempore facti teſtamenti, tunc vnum tempus exigitur. Sed cum proponitur idoneum tantum fuiſſe tempore mortis, tunc recte Vlpianus ait, Prætorem exigere duo tempora, etiam ſi non loquatur de mutatione ſtatus, propter quam irritum fit teſtamentum. In §. exigit. proponitur eum qui teſtamentum fecit fuiſſe ſanæ mentis tempore mortis tantum: nam conſtat tempore facti teſtamenti eum furioſum fuiſſe: proponitur præterea eum ſanos mores recepiſſe tempore mortis ſuæ: erat tamen ei interdictum bonis, vt prodigo tempore facti teſtamenti Prætor hoc caſu hoc tempore non contentus requirit tēpus facti teſtamenti. Sic videtis verum eſſe quod Vlpianus ait nonnunquā exigi duo tempora: nam præter hoc tempus mortis quo teſtamenti factionem habuiſſe dicitur teſtator, aliud exigitur. Si quis velit argumētari, dicit prætorem non requirere vtrumque tempus, quod non requiratur tempus mortis. ſed hoc eſt calumniari. Sententia Menandri vulgo nota eſt, Bonas leges eſſe ſed qui eas nimis exacte inſpiciant, ſycophantas eſſe. huc pertinet lex 1. ad exhiben. hunc ſenſum verba ſequentia oſtendunt in dict. §. exigit. verſic. proinde ſi impubes &c. Impubes erat tempore facti teſtamenti, vel furioſus: deinde erat pubes factus, vel ſanæ mētis tempore mortis: quęritur an bonorum poſſeſſio peti poſſit? Ait ibi Vlpianus poſſe peti, quia Prætor exigit vtrumque tempus: nam hic proponitur teſtatorem, de cuius teſtamento quæritur, habuiſſe teſtamenti factionem tempore mortis, non etiam tempore teſtamenti. Prætor hoc tempore non contentus, quamuis hoc tempus non ſit neceſſarium, exigit aliud tempus. Ratio loquendi non repugnat huic interpretationi. ego id oſtendam ſimilitudine. Pone Iuriſcōſultum aliquem interrogari de teſtamento, quod factum eſſe dicitur ab eo, qui erat ſanæ mentis tempore tantum mortis, non etiam tempore teſtamenti, an hoc tempus ſufficiat? Recte Iuriſconſul. reſpondebit interroganti non ſufficere, ſed vtroque tempore oportere teſtatorem ſanum eſſe: non enim prodeſt ſanum eum fuiſſe tempore mortis, ſed præter illud tempus exigitur ſanitas mentis tempore facti teſtamenti, hoc eſt quodammodo exigere ſanitatem mentis vtroque tempore. & teſtamenti & mortis tempore. Sic abſoluta eſt prior pars tituli noſtri. Diximus duplicem eſſe diuiſionem huius tituli, vt inſcriptio ipſa indicat, eámque ſecuti ſumus, & ſententiam quoque Caij Iuriſconſul. in l. ſi quæramus. 4. ſupra eod. Nunc videndum eſt quæ ſit obſeruatio neceſſaria in teſtamento faciendo, vt ſecundum iuris regulas quis teſtatus eſſe dicatur.

De teſtamentis ordinandis.

IN primis animaduertendum eſt, tria olim fuiſſe teſtamentorū genera vſitata apud Romanos, quæ hodie abſoleuerunt. horum meminit Iuſtinianus in Inſtit. tit. de teſtam. in princip. Gellius lib. 15. c. 27. Vnum erat, quod fiebat calatis comitiis in concione populo calato, id eſt, conuocato per cornicinem, & teſtator rogabat populum. Alterum genus teſtamenti dicebatur procinctum, hoc teſtamentum fiebat à militibus in procinctu, cum in prælium exituri eſſent, propter imminentis periculum mortis: mentio eſt huius generis teſtamenti frequens apud veteres. Tertium genus teſtamenti fiebat per æs & libram, imaginaria quadam venditione: adhibebatur enim libripens & emptor familiæ, & alia huiuſmodi quæ à Theophilo tractantur in Inſtitut. titul. de teſtamen. & ab aliis. Plutarchus hūc ritum ſolennem ridet in libr. de his qui ſero à numine puniuntur. vbi inter leges ridiculas & improbandas meminit huius legis, qua lege alius vnum hæredem relinquit, alij bona vendit. Clemens Alexandrin. libro quinto Antinomatum, hunc ritum non ridet, ſed meminit vt rei ſeriæ, oſtendere volens quanta ſit vis ſymbolorum: ait etiā in grauioribus cauſis Romanos vſos fuiſſe ſymbolis, veluti in teſtamentis, in adoptionibus, in emancipationibus. Huius ritus meminit vt ſymbolici, vt oſtendat nō eſſe nouū multa huiuſmodi ſymbolica reperiri in ſacris ſcripturis. Theophilus docet cur neceſſitatis & vtilitatis cauſa cōparatū fuerit hoc teſtamenti genus tertiū. Alia duo teſtamenta nō fiebant ab

omnibus,

omnibus. Teſtamentum calatis comitijs non fiebat omni tempore. Si quis forte ægrotus vellet facere teſtamentum, expectanda erãt comitia, quod erat graue: hac ratione fiebat vt plerique inteſtati decederent. Teſtamentum procinctum tantum fiebat à militibus, ac ne omni quidem tempore, ſed in procinctu ab in prælium exituris: quia vero hæc genera teſtamentorum omnino exoleuerunt, de iis nihil amplius dicturi ſumus hic de teſtamentis diſſerendum eſt quæ abrogata non ſunt. Duplex eſt genus teſtamenti quod abrogatum non eſt: vnum quod fit per nuncupationem & dicitur nuncupatiuum. Aliud eſt quod dicitur in ſcriptis. Videamus primum de teſtamento nuncupatiuo.

De nuncupatiuo teſtamento.

HVius teſtamenti per nuncupationem facti mentio eſt in l. hac conſultiſſima. §. per nuncupationem. C. de teſt. & § vlt. Inſtit. de teſta. Oſtendit Imp. ibi quid ſit teſtamentum per nuncupationem fieri: nempe cum ſine ſcriptura, voce & lingua exprimit teſtator voluntatem ſuam, dicitur per nuncupationem teſtamentum facere. Hoc enim eſt nuncupare. Nuncupata dicebantur expreſſa oratione in duodecim tabulis. In hoc teſtamento quod fit per nuncupationem, quædam neceſſaria ſunt vt valeant: ea nos ordine explicaturi ſumus. Primum ſeptem teſtes intereſſe debent. d. leg. hac conſultiſſima. §. per nuncupationẽ. Septem teſtes ſunt neceſſarij ſicut in teſtamento, quod fit in ſcriptis: de quo prius locutus fuerat Imperator. Horum ſeptem teſtium mentio quoque eſt in Inſtitut. titul. de teſtamen. ordin. §. vltim. Secundo coram his ſeptem teſtibus palam teſtator nuncupare debet hæredes ſuos, & voluntatem ſuam exprimere, vt dicitur in l. hæredes palam. 21. hoc titu. Palam, id eſt, audientibus teſtibus, qui adhibiti ſunt. Sine igitur nominatione, aut alio actu, qui nominationis vim habeat, non valet teſtamẽtum quod per nuncupationem dicitur, de quo dicemus ſub titu. de hæredibus inſtitu. Docebimus ibi, quibus verbis hæredes inſtitui debeant. tunc dicitur ſatis nuncupari hæres, cũ ita declaratur, vt de eo ſatis conſtet, alias non dicitur hæres nuncupatus eſſe: vt ſi forte, exempli gratia, tradidit annulum ſuum. Scio hunc morem fuiſſe veterum, vt hæredi à ſe relicto annulũ traderent: cuiuſmodi exẽpla ſunt apud Valerium lib. 8. c. 16. Annuli traditio non ſufficit. poteſt enim tradere annulũ cuſtodię cauſa, non quod hæredem ſuum eſſe velit. l. cum pater. 79. §. pater pluribus. de lega. 2. Hoc refertur ad morem veterum, cuius meminit Valerius Maxim. Obſerabãt enim annulis ſuis arcas, in quibus pretioſiſſimæ res reponebantur. l. ſignatorius annulus. 73. de verborum ſignificatione. Tertio, teſtes debent eſſe in conſpectu teſtatoris. l. ſi non ſpeciali. 9. C. de teſtam. ita vt mutuo ſe conſpicere poſſint & teſtator & teſtes. Lege aliqua municipali poteſt relaxari hæc obſeruatio teſtamenti, vt poſtea dicemus. Ergo non ſufficeret teſtatorem, qui forte decumbit in lecto ægrotus, audire, ſed oportet videre: nec teſtimonium admittitur eorum, qui dicunt ſe audiuiſſe teſtatorem loquentem: quia poteſt quis facile ſimulare vocem alterius & effingere. Cynus in dictã l. ſi non ſpeciali. hac de re aliquid ſcribit. Quinto, rogati teſtes eſſe debent, vt valeat teſtamentũ, non ſufficit ſeptẽ teſtes interfuiſſe, ſed oportet eos rogatos eſſe & admonitos, vt interſint teſtamenti factioni, d. l. hæredes palam. §. in teſtamentis. hic. Hoc ſingulare eſt in teſtamento faciendo: nam in contractibus non eſt neceſſe teſtes rogatos eſſe. leg. ad fidem. 11. ff. de teſtibus. Si à tranſeunte aliquid intellectũ ſit, is idoneus teſtis eſt: quamuis adhibitus aut rogatus non ſit, vt illic intereſſet. Sed certe teſtes rogati vt intelligant quid geratur, teſtimonij poſtea perhibendi cauſa, maiorem auctoritatem habent, & propterea in teſtamentis conſtitutum eſt, rogatos eſſe debere teſtes.

Superius cœpimus oſtendere, quæ neceſſaria ſunt in teſtamento faciendo, quod fit per nuncupationẽ, quod vulgo dicitur nuncupatiuum: his quæ iam diximus addenda ſunt quæ ſequuntur. In primis addendum eſt vno contextu teſtamentum fieri debere, vt dicitur in d. l. hæredes palam. §. vltim. Quæ diximus de teſtibus, de rogatione teſtium, & alijs huiuſmodi, ſic intelligimus vt fiant vno contextu, ſine vlla intermiſſione: nam ſi quis cœperit facere teſtamentum adhibitis aliquot teſtibus; deinde ex intermiſſione cœptum teſtamentum perficere voluerit, nullum eſt teſtamentum: quia vno contextu actionis perfici debet, vt hic dicto §. vlt. Iuriſconſul. ait. Quid ſit vno contextu actionis teſtamentum facere, ibi docet. Eſt autem nullum alienum actum teſtamento immiſcere. Si alienus actus, id eſt, qui non pertinet ad teſtamentum immiſceatur, non dicitur vno contextu fieri teſtamentum: ſic aliquando diximus de ſolennitate ſtipulationis, actus alienus vitiat ſtipulationem. l. 1. §. cum præſens. & l. cõtinuus. 137. de verb. obligat. Excipitur tamen neceſſitatis cauſa, vt dicitur in duabus Imperatoris conſtitutionibus, l. caſus. & l. cum antiquitas. C. de teſtam. Si qui forte ex teſtibus aliquò abfuerint propter contagionem morbi, propter periculum aliquod impendens, non ideo vitiatur teſtamentum. Aliquid hic de iure relaxatur, ſed plenior eſt aliena conſtitutio in l. cum antiquitas. Exemplis enim ſatis perſpicuis demonſtrat quod diximus, ſi potio ſumenda fuit à teſtatore ægrotante, non ideo vitiatur teſtamentum. Excipitur ergo cauſa neceſſitatis, vel in perſona teſtatoris, vel in perſona teſtium adhibita. Si enim ex cauſa neceſſitatis contingat intermitti quod gerebatur, nihilominus valet teſtamentum. Quæſtio hic tractatur, ſi contractus aliquis initus fuerit in teſtamento, an is vitiet teſtamentum, an vero nihilominus teſtamentum valeat? Quæſtio pendet ex his quæ iã diximus, an actus ſit alienus, an vero ſit pertinens ad teſtamentum: nam propter alienum actum intermixtum vitiatur teſtamẽtum: non item ſi ſit actus ad teſtamentum pertinens. Vulgo receptum eſt contractum, qui ad teſtamentum quoquo modo pertinet, & qui cito expeditur, ſi intermixtus fuerit, non vitiare teſtamentum. Hanc ſententiam vt probabiliorem & veriorem ſequor: tametſi magna ſit diſſenſio & magna opinionum varietas. Si contractus videatur tanquam pars vltimæ voluntatis teſtatoris, tanquam ad ſupremum eius iudicium quoquo modo pertinens, non vitiatur teſtamentum. Argumenta ducuntur varijs ex locis. In primis ex l. 1. §. aſſignare. de aſſig. liber. In teſtamento aſſignat libertos liberis ſuis teſtator quibus voluerit, hæc aſſignatio non videtur ex teſtamento eſſe magis, quam vẽditio, locatio, aut alius contractus. Aſſignatio libertorũ nec eſt inſtitutio hæredis, nec legatũ, nec fideicommiſſum: & tamen ea teſtamentum non vitiat. Cur ergo idem non dicemus de venditione, locatione, & alijs huiuſmodi contractibus? Præterea pignus dicitur conſtitui teſtamento. l. non eſt mirũ. 26. ſupra de pign. actio. Pignus contractus eſt, & tamen conſtituitur teſtamento, & ſæpe huiuſmodi obligationes ſolent conſtitui teſtamẽto. Exẽpli gratia, teſtator inſtituit hæredẽ ſuum, iubet ei vt reſtituat, vt ſoluat certam pecuniam illi, vel illi, & eo nomine obligat omnia bona ſua, pignus acquiritur teſtamento. Addũt aliqui & hæreditatis aditionem, quæ quaſi contractus quidam eſt, fieri poſſe teſtamẽto, hoc ſumitur ex l. ſi auia. 6. C. de iure deliberan. Quidam me inſtituit hæredem ex duabus vnciis in ſuo teſtamento, hæreditatem non adij: feci teſtamentum, in eo

Digitized by Google

teſtamento volo Titium ex iiſdem vnciis mihi ſuccedere. Hoc teſtamento videtis hæreditatem ex illo teſtamento adiri, quandiu hæreditas ſolo animo aditur. l. pro hærede. 20. de acquir. hæred. Sic videtis aditionẽ hæreditatis fieri teſtamento, quæ quaſi quidam contractus eſt. Ergo idem de aliis contractibus eſt dicendum, & ſi quis ſuum teſtamentum faciens, alicui locet prædium, vel vendat: venditio, locatio eſt, ſi quidem accedat conſenſus eius, cui teſtator ſe vendere aut locare velle dicit: nam in locatione vel venditione conſenſu duorum opus eſt. l. 1. §. conuentionis. de pactis. Hi actus non videntur alieni à teſtamento eſſe. Teſtator qui ſe vendere dicit, aut locare illi, aut illi, declarat voluntatem ſuam de eo, quod poſt mortem ſuam fieri vult. teſtamentum igitur eſt ex definitione teſtamenti. Quomodo igitur hic actus dicetur alienus, nec pertinens ad teſtamentum? hoc ego attigi in explicatione definitionis. Dixi teſtamentum eſſe ſententiam vnius, contractum eſſe duorum. Dixi ſic accipienda eſſe ea verba, *quod quis voluerit*, vt ſufficiat conſenſus ſolius teſtatoris. Poteſt accedere conſenſus legatariorum, vel hæredis: ille conſenſus adhibitus non nocet teſtamento, quamuis etiam eo conſenſu interueniente aliquis contractus ineatur, velut contractus venditionis, aut locationis. Præterea in teſtamento faciendo per nuncupationem, vnum eſt neceſſarium: cuius meminit Vlpianus in dict. leg. hæredes palam. §. ſi quid. huc titul. Si quid mutare, inquit, placuerit, omnia ex integro facienda ſunt. Quidam adhibuit teſtes ad faciendum teſtamentum ſuum præſentibus teſtibus, cum teſtes eſſent in eius conſpectu, is inſtituit hæredem illum, vel illum, cætera diſpoſuit, quæ ad ſupremum illius iudicium pertinent, vt videbantur: deinde ſtatim pœnitentiâ ductus, voluit alium hæredem ſcribere, vel aliquid immutare ex teſtamento à ſe facto, quæritur an mutare ei liceat, & ſi quid mutarit, an valebit teſtamentum? Ait Iuriſconſult. ita demum valere teſtamentum, ſi omnia de quibus iam diximus, ex integro repetierit, hoc eſt intelligendum poſt perfectum teſtamentum. Nam ſi teſtamentum perfectum non fuerit, omnia ex integro repetenda non ſunt. Sic eſt intelligendum quod dicitur in leg. ſi ita ſcriptum. 14. infra de legat. 1. *Et hoc ante impletum.* Sed hic incidit difficultas, quæ multis plurimum negocij exhibuit: ex eo quod dicitur in Inſtit. titul. de adimen. legat. in §. primo vbi dicitur: Si quis teſtamento ſuo aliquid legauerit, & codicillis poſtea factis ademerit, valere ademptionem legati: igitur relictum teſtamento, codicillis recte adimitur. Hic autem dicitur, nihil mutari poſſe, niſi omnia ex integro fiant. hæc videntur contraria eſſe. Significant autem illa verba, *Niſi omnia ex integro.* id eſt, niſi ſolenne fiat teſtamentum. Codicilli verò multum differunt à teſtamento. cum teſtator ſcribit codicillos poſt teſtamentum, non omnia repetit ex integro, quæ neceſſaria ſunt ad teſtamentum faciendum. Hæc antinomia mihi videtur non admodum difficilis, ſi quis expendat quid ſit mutare aliquid ex teſtamento. In hoc loco ait Vlpianus, *Si quid poſt factum &c.* omnia ex integro facienda ſunt. Mutare teſtamentum, eſt aliud facere teſtamentum, quam factum fuit. Exempli gratia: Quidam aduocauit teſtes teſtamenti faciendi cauſa, præſentibus teſtibus nominauit hæredem ſuum Seium: ſic abſolutum eſt teſtamentum. Deinde cum teſtes abirent, rurſus vocauit eos: & dixit ſe velle idem teſtamentum manere, ſed tamen loco Seij ponere Sempronium, quaſi eo teſtamento tantum ſcriptus fuerit Sempronius, non Seius. Hic vult mutare teſtamentum, quæritur an valeat teſtamentum? Ait ita demum valere teſtamentum, ſi omnia ex integro repetita fuerint, quia mutauit quod ad ſubſtantiam teſtamenti pertinet, & quod primum in ſuo teſtamento non ſtatuerat, hoc eſt velle teſtamentum renouare, ſicut dicitur contractus venditionis reuocari in leg. iuriſgentium. §. adeò autem ſupra de pact. Sed quod dicitur de codicillis, nihil ad rem pertinet. Qui enim ſcribit codicillos, non mutat teſtamentum. vult idem teſtamẽtum manere, quod prius fecerit. hic autem vult reuocari teſtamentum ſuum, & loco eius hæredis, quem ſcripſerat, alium ſcribi vult, quaſi eo teſtamento quod prius fecerat, nominatus eſſet alius hæres. Eius qui facit codicillos poſt factum teſtamentum alia eſt voluntas. Deinde ſequitur apud Vlpianum in dict. leg. hæredes palam. §. ſi quid ibi, *Quod vero quis obſcurius.* Hic oſtendit quomodo intelligendum ſit, quod dicitur aliquem quid mutare ex teſtamento. Si quis enim declarauerit, quod erat obſcurè expreſſum in ſuo teſtamento, hic non dicitur mutare teſtamentum ſuum: ideóque ſolennia repetenda non ſunt. Eſt locus communis de declaratione. Vulgo dicitur, qui aliquid declarat ſe feciſſe aut dediſſe, nihil facere, aut dare videri: ſed datum ſignificat, vt inquit Iuriſconſult. Poſtremo in hoc teſtamento faciendo teſtes idoneos adhiberi oportet, cum quibus teſtamenti factio ſit, id eſt, qui inteſtabiles non ſint. Sed de teſtibus proprius eſt locus infra. nos de teſtibus, tam qui adhibendi ſunt in ſcripto teſtamento, quam in nuncupatiuo, plenius dicemus. Nunc videndum eſt de teſtamento, quod fit in ſcriptis.

De teſtamento in ſcriptis.

TEſtamentum aliquando fit non tantum per nuncupationem, quamuis aliqua nuncupatio ſit neceſſaria, ſed etiam in tabulis, in ſcriptis, & ita inſcribitur hic titulus, vt ne teſtes quidem intelligant, quid in eo teſtamento contineatur. Forma autem huius teſtamenti traditur in leg. 21. hac conſultiſſima. Codice de teſtament. ordin. Expedit interdum teſtatori ſecretum eſſe, quod ſuo teſtamento continetur, ſi forte timeat inſidias captatorum: ne forte quis inſidietur morti eius, ſperans eius hæreditatem ſibi obuenturam eſſe. Vtile igitur eſt nemini notam eſſe teſtatoris voluntatem, quid, quémve ſcripſerit in teſtamento ſuo hæredem. Teſtator ergo tabulas clauſas & complicatas tenet, oſtendit eas, & exhibet teſtibus præſentibus obſignandas. Hæc eſt, inquit, vltima mea voluntas, quam ego his tabulis deſcripſi, hoc eſt meum teſtamentum, rogo vos vt veſtris ſigillis obſignetis. Teſtes obſignant id teſtamentum, quamuis non intelligant quid contineat. Formam vſitatam in conficiendo hoc teſtamento refert Vlpian. in fragmentis ſuarum Inſtitut. Meminit Iſidorus quoque in libro ſexto ἐτυμολογ. capit. 4. quem certum eſt ex eo loco, libros Vlpiani eum habuiſſe. Perſequamur ergo ſingula, quæ in eo teſtamento faciendo neceſſaria ſunt: ſicut à nobis factum eſt de teſtamento, quod per nuncupationem fit. Ac in primis hoc teſtamentum ſcribi oportet, quamuis in eo ſit aliqua nuncupatio. Nuncupare enim eſt voce aliquid exprimere. Sed alterum genus teſtamenti vocatur nuncupatiuum, quia fit tantum per nuncupationem, ſine ſcriptura. Ergo hoc teſtamentum ſcribi oportet, idque expreſſum eſt in d. l. hac conſultiſſima. Addendum eſt, nihil referre in qua materia deſcribatur teſtamentum, vt Iuſtinianus in Inſtitut. de teſtamentis. §. nihil intereſt, &c. ait, ſiue in charta, ſiue in membrana ſcriptum fuerit, valere hoc teſtamentum. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. 4. chartæ. de bon. poſſ. ſecun. tabul. vbi de opiſthographo mentio eſt, in quo veteres ſolebant in membranis deſcribere & teſtamenta ſua, & libros, inſtrumenta, acta publica, ſicut hodie in membranis deſcribuntur. Dicebantur volumina, à voluendo,

quia

Digitized by Google

quia ità voluebantur notis, tamen ſcriptum teſtamentum non valet. quia notæ, literæ non ſunt, leg. 6. ſed eum patrono. §. vltim. infra de bonor. poſſeſſ. Nam ſingulæ notæ aliquando ſignificant ſyllabas, aliquando dictiones. An teſtamentum à milite notis recte ſcribatur; nos dicemus ad interpretationem l. Lucius. 11. infra de teſtam. milit. Igitur teſtamentum ſcribi oportet. Nihil autem refert an latinè, an græcè ſcribatur, vt Theodoſius ait, d. leg. hac conſultiſſima. §. vltim. Olim verba quædam erant ſolennia in teſtamentis, quæ dicebantur legitima & ciuilia: quia legib. & iure ciuili prodita erant. Cautum erat ſi quidem quibus verbis teſtamentum fieret, quibus verbis hæres inſtitueretur, quibus verbis quid cuique legaretur teſtamento. Hæc verba erant latina, vt docet Vlpianus Inſtitut. titul. de fideicommiſſ. Legari græce non poteſt, ſicut poteſt fideicommitti. Legatum actus eſt legitimus. itaque verbis legitimis oportet vti legando. leg. vltim. de teſtament. tit. ſupra, & l. directas. Cod. de teſtamen. manumi. Hæc tria capita olim coniuncta fuerunt. Hoc quod interpretamur, & hæc duo: horum trium capitum eadem eſt inſcriptio. Nec dubium eſt, quin hæc ſeparata fuerint à Triboniano, quia diuerſis titulis cōgruere videbantur. In eadem conſtitutione, hac conſultiſſima, conſtituit Theodoſius poſſe tutorem dari teſtamento græcè, poſſe etiam libertatem dari, & poſſe teſtamentum fieri. Et valebunt hæc omnia perinde ac ſi latinè ſcripſiſſet teſtator, in l. verbis ciuilibus. ſupra de ſubſtit. vulga. verba ciuilia & legitima eadem ſunt. Item verba formalia in vſu eſſe deſierunt, nec obſeruantur hodie l. 15. quoniam. & l. 26. in teſtamentis. C. de teſta. ordi. Verba formalia Imperator vocat, quæ pro forma quadā & ſolēnitate obſeruabātur. d. l. in teſtmētis. nēpe quę introducta ſūt pro ſolēnitate actus. Similis locus eſt in dict. l. quoniam. modo enim ex verbis teſtatoris appareat quem heredē ſibi eſſe voluerit, talia verba formalia non ſunt neceſſaria. Similis etiam locus eſt in l. omnes. Cod. de contrahen. & commit. ſtipul. Verba erant ſolennia, Spondes? ſpondeo. & non poterat olim aliis verbis concipi interrogatio & reſponſio, ſed viſum eſt ſatis eſſe, ſi vtātur talibus verbis, quæ voluntatem & promittētis, & ſtipulātis declarent.

Superiori loco oſtendimus quomodo teſtamentum in ſcriptis fiat, ſi teſtator ſola nuncupatione contentus non ſit. Diximus quædam neceſſaria eſſe, vt valeat hoc teſtamentum, quorum primum eſt, vt ſcribatur. Diximus, nihil referre, quibus verbis conceptum ſit teſtamentum. Nam verba formalia hodie in vſu non ſunt, quæ olim pro forma & ſolennitate introducta fuerant. Addendum eſt, etſi errauerit teſtator in aliquo nomine & appellatione, non ideo vitiari teſtamentum, vt dicitur Cod. eod. in l. 4. ſi in nomine. & l. 7. errore. Sufficit teſtamentum, his verbis conceptum eſſe quibus voluntas teſtatoris ſignificetur, etſi erratum ſit in nomine. Si nominatus ſit Titius, pro Sempronio, aut contra, valet teſtamentum. Iſque intelligitur ſcriptus hæres eſſe, de quo teſtator ſenſit. Eſt locus communis de errore, qui alibi à nobis explicatus eſt. Idē dicēdum eſt de errore ſcribētia in d. leg. 7. vbi ſi librarius errauerit in teſtamento ſcribendo, error librarij teſtamentum non vitiat. eſtque etiam locus communis in l. 92. ſi librarius ff. de regu. iur. in l. Imperator Titius, de ſtatu hom. vbi ob tenorem teſtamenti male concepti Imperator reſcripſit non vitiari ſtatum liberorum. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 24. Ambiguitatis. Cod eod. Vnum hîc notandum, ſi dolo, aut negligentia, vel culpa librarij aliquid peccatum ſit, ideoque damno aliquis affectus ſit, vel hæres vel legatarius, eo nomine dari actionem ad id quod intereſt aduerſus eum, qui ſcribendo peccauit. & hoc expreſſum eſt in l. vltim. C. de magiſtr. conuen. Addendum eſt etiam quod vulgò dicitur, errorem præſumi in ſcribente magis, quam dolum, aut malitiam. Ad id probandum adducitur l. penultim. C. de his qui ſibi adſcrib. vbi ei, qui ſibi adſcripſit legatum in alieno teſtamento, imperator remittit pœnam legis Corneliæ, in quam ait, credo te magis errore, quam malitia incidiſſe. Sed ineptiſſimi ſunt, qui hæc annotare ſolent ex eo capite. Reſcribit enim cuidam militi Galieno, & fit quoque mentio commilitonis. Error facilius præſumitur in milite, quam in aliis, & facilius etiam ignoſcitur militi propter errorem. l. Regula. ff. de iuris & fact. ignorantia. Ideo cum quæritur an error, an malitia præſumenda ſit, dicendum eſt quæſtionem eſſe facti, quæ ex variis coniecturis definienda ſit. Oportet igitur teſtamentum de quo loquimur ſcribi. Nihil autem refert quis ſcribat, an teſtator ipſe, an quiuis alius iuſſo teſtatoris. d. l. hac cōſultiſſima. poteſt igitur ab alio ſcribi teſtamentum iuſſu teſtatoris, nec neceſſe eſt, vt ab ipſo teſtatore teſtamentum deſcribatur. Similis locus eſt in l. 28. ſeruus. hoc tit. vbi ſeruus, qui iuris ciuilis communionem non habet, l. 20. qui teſtamento. hic. poteſt alterius teſtamentum ſcribere. Hinc quæritur, an ſaltem teſtator debeat manu ſua ſcribere hæredum nomina? Eſt ea de re conſtitutio Iuſtiniani in l. iubemus. 29. C. eod. vbi ſtatuit vt teſtator ipſe nomina hæredum deſcribat propria manu, vel nuncupet præſentibus teſtib. Apertiſſima ſunt verba huius conſtitutionis Iuſtiniani: hoc tamen ius emendatum eſt alia conſtitutione poſteriore eiuſdem Iuſtiniani in Nouel. vt ſponſal. largit. §. quia verò, ante hanc, &c. qui locus non requirit interpretationem accuratiorem, opus tantùm eſt lectione. Deinde teſtamentum quod dicitur in ſcriptis, poteſt in pluribus exemplis deſcribi, l. vnum. hic. Addenda eſt exceptio ex Iuſtiniano in Inſtitut. de teſtamen. §. ſed & vnum. modò ſolennitas fuerit in omnibus exemplis obſeruata, alioqui non habebuntur pro teſtamentis. Ego ſupra docui, quando vnum teſtamentum dicitur, & quādo plura, cum pro ſcriptura teſtamentum accipitur. Hactenus de ſcriptura.

Secundo vt valeat hoc teſtamentum, idoneos teſtes adhibere debet teſtator, de quibus diximus, cum diſputaremus de teſtamento nuncupatiuo, & huiuſmodi teſtes eſſe debent, quibus non ſit interdictum teſtimonium. §. teſtes. Inſtit. eod. de teſta. ordin. ſed de conditione teſtium proprius erit locus infra, qui à nobis explicabitur.

Tertio, ſubſcriptio teſtium hic neceſſaria eſt, ego ſuperius dixi, hoc teſtamentum ita fieri. Teſtator tabulas clauſas complicatus offert teſtibus præſentibus & à ſe vocatis, vt eas tabulas obſignent, & illis tabulis ſubſcribant, d. l. hac conſultiſſima. Subſcriptio hæc neceſſaria eſt ad formam & ſolennitatem huius teſtamenti. idque expreſſum eſt d. l. hac conſultiſſima. Huius ſubſcriptionis quoque mentio eſt in leg. penul. hic. Et ex his verbis colligitur ratio ſubſcribēdi: Ego Titius hoc meo chirographo Sempronij teſtamēto ſubſcripſi, &c. & id teſtamentum obſignaui.

Quarto præter ſubſcriptionem teſtium obſignatio quoque neceſſaria eſt, vt dicitur in dict. leg. hac conſultiſſima. Signare teſtamentum, eſt ſignum imprimere teſtamento. vt fieri ſolet. Hæc obſignatio olim fiebat annulis, qui dicebantur ſignatorij. 2. leg. ſignatorias. 73. ff. de verborum ſignificatione. Vnde dicitur ornamentorum appellatione non contineri annulum ſignatorium. Geſtari enim ſolet in digitis, ad quaſcunque res obſignandas, ad obſignanda teſtamenta, contractus, ciſtas quoque in quibus res aliquæ repoſitæ ſunt cuſtodiæ cauſa. De his ſignaculis intelligendum eſt, quod dicitur in hoc loco. Rationem obſignā-

di docet Paulus libro 3. Sentent. Et eum locum adduximus libro ſecundo Diſput. Teſtationem vocabant hanc rationem teſtandi, de qua hic loquimur. Teſtatio eſt veluti teſtimonium eorum, qui interfuerunt rei geſtæ, in ſcripturam redactum. Nam non olim vſitatus erat mos tabellionum. Hæc ratio ſignandi ex iure prætorio orta eſt, vt ait Iuſtinianus in §. ſed cum paulatim. Inſtitut. de teſtament. Iure ciuili veteribus legibus adhibebantur teſtes, qui ſubſcriberent, de obſignatione tamen nihil cautum erat. hoc à Prætore adinuentum fuit. Hinc variæ quæſtiones ortæ ſunt. Quæſtio eſt, an eodem ſignaculo poſſint omnes teſtes obſignare, an poſſint non tantum proprio, ſed alieno teſtes vti? Et dicitur nihil referre an vno anulo, an pluribus, an proprio, an alieno quis vſus ſit. §. poſſunt. Inſtitut. de teſtament. Fieri poteſt vt teſtes annulum ad manum non habeant: ideo vtilitatis cauſa receptum eſt, vt poſſint etiam alieno annulo obſignare. Huius obſignationis mentio eſt in leg. ad teſtium. 22. hoc titulo: vbi etiam variæ quæſtiones hac de re tractantur. Etiam annulo teſtatoris ſignari poteſt teſtamentum. d. leg. ad teſtium. §. ſignum autem. vtrum annulo tantum impreſſo &c. Hæc quæſtio eſt paulo difficilior, an poſſit quis quouis alio ſigno vti in obſignatione teſtamenti, non annulo? Probabilius eſt, vt annulo tantum ſignet, non etiam ſigno, modo habeat annulus characterem. Sed mirum eſt quod Iuriſconſult. hanc ſubtilitatem probat ſine magna, vt videtur, ratione. Quorſum hic requiritur impreſſio annuli, potius quam ſigni alterius, modo ſit aliquis character? Hac ratione quidam adducti exiſtimauerunt inemendatum eſſe hunc locum: & auſi ſunt addere negationem. Sane hæc lectio nonnihil mihi ſuſpecta eſt. Fortaſſis ita non malè poſſet legi, Nihil refert, an quis annulo, an ſigno obſignet, modo illud ſignum habeat aliquem characterem: ſed quia hoc valde incertum eſt, nihil de eo adfirmare auſim. Puto autem probabilem rationem adferri poſſe, licet quidam ex recentioribus magni nominis exiſtiment, nihil certi hic poſſe tradi. mihi videtur hæc eſſe probabilis ratio, quia character annuli, qui geſtari ſolet in digitis, notior eſt amicis eius qui teſtamentum facit, & ideo facile recognoſci poteſt. Vtilius eſt ergo ad fidem faciendam, ſi quando de eius fide dubitetur: nam poteſt vacillare teſtamentum, ſi ignotus ſit character. Vtilitatis igitur cauſa, vt facilior ſit & expeditior probatio, ſi quando characteris fides in dubium vocetur, probabile eſt hoc ita conſtitutum fuiſſe. Ego hoc probabilius, aut veriſimilius nihil poſſum hic adferre: neceſſariæ rationes à iuriſconſultis exigendæ non ſunt. An noctu, an interdiu obſignari debeat teſtamentum nihil referre, ait idem Iuriſconſult. in dict. leg. ad teſtium. §. poſſe & noctè.

Quinto, ſubſcriptio teſtatoris neceſſaria eſt in hoc teſtamento faciendo. d. l. hac conſultiſſima hoc eſt intelligendum ex alia Iuſtiniani cōſtitutione, niſi totum teſtamentum manu ſua teſtator ſcripſerit. Si teſtator non alij teſtamentum deſcribendum mandauerit, ſed ipſe ſcripſerit: ſubſcriptio eius non eſt neceſſaria. l. cum antiquitas. 28. §. vlt. C. eod. Eſt noua conſtitutio Iuſtiniani: eſt enim hæc conſtitutio facta à Iuſtiniano poſt primam Codicis editionem. id ſubſcriptio declarat. Hæc conſtitutio eſt edita ad emendationem l. hac conſultiſſima. & quod dicitur d. l. hac conſultiſſima. intelligendum eſt cum hac exceptione.

Sexto, hoc teſtamentum & quæcunque pertinent ad hoc teſtamentum, debent perfici vno contextu actionis: ſicut nuncupatiuum teſtamentum. d. l. hac conſultiſſima. Quomodo ſit intelligendum vno contextu actionis fieri debere teſtamentum, nos ſupra oſtēdimus.

Septimo, illud etiam notandum eſt, quod ſupra obſeruauimus de mutatione teſtamenti, poſtquam perfectum eſt teſtamentum. Nos diximus, ſi poſt perfectum teſtamentum quid voluerit mutare teſtator, omnia ex integro agenda eſſe. Hoc pertinet ad vtrumque genus teſtamenti. d. l. hæredes §. ſi quid ſupra. eod. tit. vbi his verbis, Quod vero quis obſcurius in teſtamento vel nuncupat, vel ſcribit, &c. oſtendit Iuriſconſ. ſe de vtroque teſtamento loqui. Sola enim voluntas non poteſt mutare quod tam ſolenniter factum eſt. §. ex eo. Inſtit. quib. mod. teſta. infir. Fruſtra adhiberetur tanta ſolennitas in condendis teſtamentis, ſi duobus teſtibus poſſet mutatio teſtamenti probari: facile duo teſtes corrumperentur, qui dicerent, poſt factum teſtamentum aliquid ab eo mutatum eſſe. Quomodo ſit intelligendum quod dicitur de codicillis in §. 1. Inſt. de ademp. leg. nec ego id repeterem, niſi à quodam admonitus eſſem, ſe non intelligere quod diximus. Loquitur hic Iuriſconſultus de eo qui mutare vult teſtamentum, qui codicillos ſcripſit, quamuis aliquid reperiatur in codicillis contrarium teſtamento, non mutat teſtamētum, ſicut de mutatione ſententiæ, l. actorum. ff. de re iudic. vbi iudici ſententiam mutare non licet. Mutare tamen & corrigere teſtamentum, & codicillos conficere, quibus forte aliquid contrarium teſtamento deſcribatur, non ſunt contraria. Cum enim quid ex codicillis petitur, non petitur ex codicillis, ſed ex teſtamento mutato & emendato. & poteſt teſtator ſi velit, non repetitis ſolennibus teſtamenti facere codicillos, & relictum aliquibus legatum adimere. Sed qui corrigit, non habet animum faciendi codicillos, nec teſtamentum imperfectum valet in vicem codicillorum. l. vlt. C. de codicil. & l. ex ea ſcriptura. 29. hoc tit. Hæc eſt forma & obſeruatio neceſſaria in vtroque genere teſtamenti.

De teſtibus in teſtamento idoneis.

EGo dixi teſtes idoneos eſſe oportere, qui adhibētur in teſtamento vtroque faciendo. Qui teſtes idonei ſint non explicaui, ſed reieci in hunc locum, quod hoc commune ſit vtrique teſtamento. Videamus igitur qui teſtes idonei ſint in teſtamento. Et in primis ſequenda eſt regula quæ traditur in l. 1. ff. de teſtib. omnes teſtimonij dicendi facultatem habere, quibus nominatim interdictum non eſt: vnde ſi quis velit aliquē repellere à teſtimonio dicendo, oportet proferat aliquam legem, qua ei interdicatur teſtimoniū: vnde videndū eſt quibus interdictum ſit teſtimoniū, in teſtamento faciendo. Hi omnes ad quoſdam locos facile videntur mihi poſſe referri: ſicut & teſtes qui producuntur in iudicio ad fidem faciendam, quamuis inter hos & teſtes teſtamētarios multum interſit. Plerique enim teſtes ſunt idonei in aliis negotiis, qui tamen in teſtamentis nō ſunt idonei. Primum igitur quidam prohibentur teſtes eſſe propter infirmitatem conſilij, cuiuſmodi ſunt impubes, furioſus, mulier. Inſtit. de teſta. §. teſtes autem. hi etiam enumerantur in l. qui teſtamēto. 20. hic. Impubes, qui in iudicio ſatis firmo non eſt, non habetur idoneus teſtis. De furioſo idem dicitur in d. l. qui teſtamento. §. nec furioſus. Huius generis eſt mulier. In aliis tamen negotiis mulier poteſt teſtis eſſe, idque probatur argumento ex lege Iulia de adulteriis. nam adulteram damnatam adulterij dicere teſtimoniū vetat lex Iulia: ſatis ergo ſignum eſt mulierem adulterij non damnatam poſſe teſtem produci. d. l. ad teſtiū. §. mulier. hoc titu. Solet hic quæri, cur mulier teſtimonij dicēdi facultatē in teſtamento non habet? Recentiores qui hac de re ſcripſerūt, homines magni nominis fatētur ſe neſcire hoc, nec poſſe rationē huius iuris pſpicere. hæc ratio mihi videtur homini politico nō ad

modum

modum obſcura. Non enim exiguntur rationes à iuris interpretibus, quales à mathematicis. Ciuiles & probabiles rationes hic exiguntur non neceſſariæ: ideóque nos non admodum ſuperſtitioſos eſſe oportet in his rationibus inquirendis, alias multa eorum quæ certa ſunt, ſubuerterentur. l. non poſſunt. ſup. de legib. & Senatuſconſul. Animaduertendum eſt igitur hanc rationem ſubtilem introductam eſſe, ne quid falſi in teſtamẽtis admittatur. Falſa teſtamẽta frequenter Romæ fiebant: & ſæpius quid falſi in teſtamẽtis admittebatur quã in aliis actibus. Lex Cornelia de falſis, ideo teſtamẽtaria dicitur, quia præcipuè introducta eſt ad puniendos falſarios, qui aliquid falſi in teſtamẽtis admittunt. In condendis legibus ſolent perſpicere iuris prudentes ad ea, quæ vt plurimũ accidunt. l. 3. iura conſtitui oportet. ſup. de legi. Ideo ſtatutũ eſt vt maſculi tantum adhiberẽtur. Olim mulieres inteſtabiles erãt, niſi quibus erat id permiſſum. Hinc apparet nugatoriam eſſe eorũ ſententiam, qui dicunt mulierem nec admitti debere ad teſtimoniũ: quia non adhibetur in teſtamentis.

Superius cœpimus tractare de his, qui idonei teſtes non ſunt in teſtamento. Addendum eſt iis, quæ iam diximus, quoſdam repelli à teſtimonio in faciendo teſtamento ob delictũ aliquod, ob damnationem, ob interdictionem. Exempla ſunt in d. l. qui teſtamento, & aliis quibuſdam. In d. l. qui teſtamento. §. eum, qui dicitur repetundarum damnatum ad teſtamentum admitti nõ poſſe, quoniam in iudicio teſtis eſſe vetatur. idẽ dicitur in leg. Seio. ff. de teſtib. & l. repetundarum. eod. titu. in Pand. Flor. in d. §. eum, qui. non additur negatio. Ego receptam lectionem probo, quia alias antinomia inexplicabilis eſſet. Nã in l. repetũdarum. dicitur, quoniã repetundarum damnatus eſt, ad teſtimonium admitti non poſſe. Deinde d. §. eum, qui. ſequentia verba, quoniam in iudicio teſtis eſſe vetatur, id ſatis demonſtrãt. Damnatus autem repetundarum vetatur teſtis eſſe in iudicio, ergo multo magis vetatur in teſtamento teſtis eſſe. Quiſquis enim vetatur in iudicio teſtis eſſe, multo magis in teſtamento. In teſtamento teſtes maioris auctoritatis & ponderis adhibebantur, quam ad quoduis aliud probandum in iudicio. vt ſup. dixi. ſi ita legeremus vt in Pand. Flor. *Adhiberi poſſe exiſtimo: quoniam in iudicio teſtis eſſe vetatur.* bona non eſſet hæc ratio. Verum eſt quod ſpeciem aliquam veritatis habet, non ſatis rem expendenti. Lex vetat in iudicio eum teſtem eſſe, de teſtamento non loquitur: ſed ratio ſuadet, vt qui in iudicio teſtis eſſe vetatur, in teſtamento teſtis nõ adhibeatur. hic obiter obſeruanda eſt regula. Qui non poteſt teſtis eſſe in iudicio, multo minus in teſtamẽto. Affirmatiuè tamen non ita colligitur: Poteſt teſtis eſſe in iudicio, ergo poteſt eſſe teſtis in teſtamento. Exemplum eſt in muliere, quæ poteſt teſtis eſſe in iudicio, & tamen in teſtamento teſtis eſſe non poteſt.

Ad hũc locum pertinet prodigus, cui bonis interdictum eſt. Pertinet etiã is, qui improbus inteſtabiliſque eſt ob crimẽ aliquod. d. l. is, cui lege. & l. cum lege. hic. Sed vtrunque caput iam à nobis explicatum eſt. Si quis ob crimen famoſum damnetur, Senatuſconſulto cautum eſt, vt inteſtabilis ſit. Huius verbi hæc vis eſt, vt nec poſſit teſtamentum facere, nec eius teſtimoniũ in teſtamento recipiatur. Alij prohibentur in teſtamento teſtes eſſe, quia ipſorum res agi videtur. Idoneus teſtis nemo eſt in re ſua, vt dicitur in l. nullus. ff. de teſtib. & l. omnibus. C. eo. In horum numerum refertur is, qui in poteſtate eſt teſtatoris. d. l. qui teſtamento, in prin. & Inſt. eo tit. §. pater. Negocium hoc eſt teſtatoris, vt Iuſtinianus ait, in Inſtit. §. ſed neque hæres. de lega. Cum enim negocium ſit teſtatoris, dicendum eſt etiam negotiũ eſſe filij, qui eſt in poteſtate teſtatoris. Nã filius qui eſt in poteſtate, & pater qui eũ retinet in ſua poteſtate, vna atque eadem perſona eſſe cenſentur. l. vlt. de impub. & aliis ſubſtit. C. & §. ei vero, de inutil. ſtipu. Inſti. Hæc ratio ex ſubtilitate artis profecta eſt, vt mox oſtendam. Quid poteſtatis verbo ſignificetur docet Iuriſc. In primis hoc verbum ad liberos, qui ſunt in poteſtate parentũ, refertur. alia eſt igitur filij emancipati cauſa. Poteſtatis verbũ late patet. l. 215. poteſtatis verbum. ff. de verb. ſignifi. Non ſolum poteſtatis verbum ad ſeruos & filios noſtros refertur: ſed & ad alios quoſdam, veluti ad eum quem quis redemit captiuum. l. ſenatus. 43. §. qui ab hoſtibus. infra de leg. 1. & l. 2 l. 6. mulier. ff. de capt. & poſtlimi. reuerſ. l. Titio centum. de cond. & demon. Eadem ratione repellitur hæres à teſtimonio. Hæres ſcriptus in teſtamento alicuius idoneus teſtis non eſt, quia res ipſius agitur. d. l. qui teſtamento. hic. Idem ait Iuſtinianus de eo, qui in poteſtate hæredis eſt. in d. §. ſed neque hæres. Inſtit. de teſta. ord. Ratio traditur à Iuſtiniano in eo loco, quia hoc totum negotium quod ad teſtamẽtum ordinandum pertinet, inter teſtatorem & hæredem agi videtur. his verbis vtitur Iuſtinianus ibi, quia hoc totum, &c. Olim hæres quidem idoneus teſtis erat in teſtamento faciẽdo: ſed repellebatur à teſtimonio familiæ emptor, vt eo loco ait Iuſtinianus. Cum teſtamentum fiebat per æs & libram, adhibebatur familiæ emptor. Teſtator vendebat familiam ſuam, facultates ſuas cuidã emptori. hic emptor familiæ, negotiũ quoddã contrahebat cũ hærede. ideóq; ſecundũ hanc obſeruationẽ & ſolennitatem nõ videbatur refellendus hæres eſſe à teſtimonio dicendo. Sed quia ſucceſſit hæres in locum familiæ emptoris, in deſuetudinẽ abiit ea ſolennitas, & ea imaginaria venditio, hodie creditur totum hoc negotiũ inter teſtatorem & hæredem agi. in d. §. Sed neque, ait Imper. creditur, quia re vera nullum negotium inter teſtatorem & hæredem contrahitur. Teſtamentum eſt declaratio voluntatis de eo, quod teſtator poſt mortem ſuã fieri vult. Hic ſolus teſtator declarat voluntatẽ ſuã, non adhibet alios, nec hæredẽ, nec legatariũ: non ſicut in cõtractibus interuenit duorũ conſenſus. l. 1. §. conuentionis. de pact. Sed quadã interpretatione iuris, videtur totum hoc negotium agi inter hæredem & teſtatorem, quia ſucceſſit hæres in locum familiæ emptoris. Alia ratio æque ſubtilis colligitur ex verbis Iuſtiniani in §. legatariis. Inſti. eo. quia hæres iuris ſucceſſor eſt. Hæreditas eſt ſucceſſio quædam iuris. Cum dicimus Titium hæredem extitiſſe Sempronio, non hoc ſignificamus, ad eum bona peruenisſe, quæ erant Sempronij. Nam & ſi quis nulla relicta bona reperierit: tamen poteſt hæres eſſe. Hæredem eſſe, eſt tenere eum locum, quem defunctus tenebat: hæreditas eſt, etſi hæres nulla corpora hæreditaria reperierit. l. 50. hæreditas, ſupra de pet. hære. Alias ſi nihil reperiret in bonis defuncti, diceret hæres ſe non teneri creditoribus hæreditariis. Imo hæres eſt, & ſi nihil ſit hæreditarium. Si quæ ſint bona, in ea quoque bona ſuccedit. Seneca & alij rident iureconſultos, quod diſtinguant hæreditatem à bonis hæreditariis: ſed oſtendunt ſe iuris ciuilis imperitos eſſe. Cum ſuccedat hæres in locum defuncti, & eadem perſona habeatur, in eo negotio quod geſſit defunctus non poteſt teſtis eſſe. Nã interpretatione & iuris intellectu eſt eadẽ perſona. Alia cauſa eſt legatarij & tutoris, vt Vlpianus ait dict. l. qui teſtamento. hic. legatarius poteſt teſtis eſſe in eo teſtamento, quo aliquid ei relinquitur. Tutor etiam in eo teſtamento, in quo tutor datus eſt, teſtis eſſe poteſt: hoc enim negotium non intelligitur agi inter legatarium & teſtatorem: ſicut inter hæredem & teſtatorem. Legatarius non ſuccedit in ius: ſicut hæres ſuccedit in rem, vt dicitur à Iuſtiniano in d. §. legatariis. Hæc ſubtilitas mouit veteres iuris noſtri auctores, vt legatarium ad teſtimoniũ admitterent

in teſtamento faciendo, hæredem autem repellerent. Sed hic occurrit difficultas. Cum dicimus legatarium idoneum eſſe teſtem in teſtamento, in quo legatum ei relictum eſt: qui fieri hoc poteſt, cum ſecundum regulam à nobis traditam, nullus idoneus teſtis ſit in re ſua? Hic autem res legatarij agitur. Intereſt legatarij propter legatum quod ipſi relictum eſt. Veriſimilis eſt affectio legatarij in rem legatam: veriſimile eſt eum propenſum fore ad teſtimonium dicendum pro teſtamento, vt legatum ſibi relictum in eo teſtamento conſeruet. Hæc affectio videtur eum repellere debere à teſtimonio in teſtamento faciendo. Ego ſcio quid vulgo reſpondere ſoleant. Solet dici legatarium teſtem eſſe idoneum inter hæredem & alios: vbi controuerſia eſt de teſtamento, in cauſa teſtamenti idoneus teſtis eſt, non in cauſa legati. Si petat legatum, non erit idoneus teſtis in ea cauſa: ſed ſi controuerſia ſit inter hæredem & alium, erit idoneus teſtis, quia non agitur de legato: ſed an teſtamentum ſit iure factum, an non. Nam, vt ipſi dicunt, poteſt valere teſtamentum, etſi non valeat legatum: hæc nihil habent commone inter ſe: oportet probare legatum teſtamento relictum eſſe. Sed quo ſe vertunt? Semper hic profecto res legatarij agitur, tametsi non de legato quæratur in ea cauſa: ſed de vi teſtamenti tantum: tamen certo ſcit legatarius ſe non alioqui peruenire poſſe ad legatum, quam ſi teſtamentum valeat, quamuis certo non ſciat, & ſi valeat teſtamentum, ſe legatum ſibi relictum conſecuturum. Facile hæc affectio in rem ſuam poteſt eum impellere ad teſtimonium dicendum pro teſtamento. Non igitur illud ſatis eſt reſpondere ad id, quod obiecimus neminem eſſe idoneum teſtem in re ſua. dicta l. nullus. & l. omnibus. Cauſa propria cuiuſque eſt, in qua commodum vel incommodum ad aliquem ſuo nomine pertinet. l. 1. §. in propria. ff. quando appell. ſit. Certum eſt ex hac cauſa, ſi victus fuerit hæres in teſtamento, aliquod incommodum pertinere ad legatarium. Quidā ex veteribus cenſuerunt, quod dictum eſt à nobis de legatario, eum ſcilicet idoneum teſtem eſſe, hoc accipiendum eſſe de ſcripto teſtamento, non autem de eo teſtamento, quod fit per nūcupationem. Hæc ſententia ratione non caret, ceſſat enim veriſimilis affectio, & corruptio, de qua diximus. Quia cum teſtamentum in ſcriptis fit, legatarius ignorat quid in eo teſtamento contineatur: teſtamentum factum eſt in ſcriptis, ſecundum formam ſupra à nobis traditam, ita vt teſtator ſolus ſciat quid eo teſtamento contineatur. dict. leg. hac conſultiſſima. Nihil prohibet legatarium teſtem adhiberi, cum aperitur teſtamentum ſecundum formam edicti prætorij. ff. quemadmo. teſta. aper. Is ſine periculo poteſt chirographum ſuum recognoſcere, ignorans an ſibi aliquid teſtamento relictum ſit, an nō ſit. Nullum eſt igitur periculum ne corrumpatur, & pro teſtamento teſtimonium dicat. Hæc ratio videtur quibuſdam & in hærede locum habere, quem tamen conſtat idoneum teſtem non eſſe in teſtamento. Verum eſt eandem eſſe rationem in hærede: ſed alia ratione quadam repellitur hæres à teſtimonio dicendo in teſtamento, quia hoc totum negotium inter teſtatorem & hæredem agi videtur, & quia eſt iuris ſucceſſor, & quia locum tenat defuncti. Hac ratione vſus eſt Iuſtinianus: quia videbat eam non pertinere ad legatarium. Quidam ex recentioribus audacter & acriter inuehitur in hanc ſententiam veterum, more ſuo, quæ tamen probabiliter defendi poſſe mihi videtur. Inprimis citat locos quoſdam ex veteribus iuris authoribus, in quibus ait eos loqui generaliter de teſtamento, atqoe ideo generaliter hoc eſſe accipiendum tam de teſtamento, quod fit per nuncupationem, quam de eo quod in ſcriptis fit. Expendamus diligenter omnes hos locos. Primus eſt in Inſtit. d. §. legatariis. In eo loco Iuſtinianus ait legatarios in teſtamento idoneos teſtes eſſe, nec diſtinguit teſtamentum quod per nuncupationem fit, āb eo quod in ſcriptis conficitur. Sed reſpondeo Iuſtinianum in eo loco loqui de teſtamento ſcripto, non de eo quod fit per nūcupationem. id ſatis contextus ipſe oſtendit. Iuſtinianus in initio tit. de teſta. eo. tradit formam teſtamenti conficiendi in ſcriptis, & perſequitur vſque ad §. vlt. in d. §. vlt. loquitur tantum de teſtamento nuncupatiuo, idque arguit §. vlt. vbi. Sed hæc, ait, de teſtamentis, quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiunt. ſi quis autem ſine ſcriptis, &c. quibus verbis oſtendit aperte quicquid ante ſcripſit, ad teſtamenta quæ fiunt in ſcriptis pertinere, non autem ad ea quæ per nuncupationem fiunt. Ergo quod dicitur in d. §. legatariis. id neceſſario eſt intelligendum de eo teſtamento, quod fit in ſcriptis. Alter locus eſt in l. 15. ſi quis ita. infra de reb. dub. Idem teſtis eſt & legatarius in hac ſpecie, ex quo apparet legatarium idoneum teſtem eſſe. Sed mirum eſt ab eo, cum tam acutus & perſpicax ſibi videatur, non eſſe animaduerſa Martiani verba, *Teſtamentum ſignauerunt*, ait Martianus hæc verba ſatis oſtendunt Iuriſconſ. loqui de eo teſtamento, quod in ſcriptis conficitur, non de eo quod fit per nuncupationem. Teſtamentum quod fit per nuncupationem non ſignatur. Quæſtio erat, an hoc legatum valeret, quod videretur relictum incertis perſonis. Incertis enim perſonis inutiliter relinquitur. §. incertis. Inſtit. de lega. vnde dubitatum fuit, an propter incertitudinem perſonarum vitiaretur hoc legatum. Addit ibi Martianus, *teſtibus adhibitis*. Certæ ſunt perſonæ, quæ teſtamentum ſignant, licet certas perſonas non expreſſerit teſtator verbis teſtamenti ſui, ſed ideo non obſtat noſtræ ſententiæ ille locus, quia loquitur de eo teſtamento, quod fit in ſcriptis. Alius locus eſt in l. dictantibus. 22. C. de teſta. vbi teſtator teſtibus adhitis ad teſtamentum faciendum relinquere non prohibetur. Idem eſt & teſtis & legatarius in hoc caſu: & tamen imperator ſimpliciter loquitur de teſtamento, quod fit in ſcriptis. Ergo legatarius idoneus teſtis eſt in quocunque teſtamento, etiam in teſtamento quod nuncupatiuum dicitur. Ego reſpondeo, in ea lege quæri an valeat teſtamentum, non autem quibus teſtibus probari poſſit teſtamentum. Mirum eſt quod omnes quicunque hac de re ſcripſerunt, cum oſtendere volunt legatarium idoneum teſtem eſſe, recurrunt ad illam l. dictantibus. Illa quæſtio nihil habet commune cum noſtra. Si quis adſcripſerit ſibi legatum, inutile eſt legatum, & punitur pœna falſi. l. 6. ſi quis, in princ. ff. ad legem Cornel. de falſis. & C. de his, qui ſibi adſcrib. in teſtamen. vnde hic quæritur, ſi teſtibus legatum ſit adſcriptum, an puniendi ſint pœna falſi? Et dicitur eos non eſſe puniendos: hic autem quæritur, an ſint idonei teſtes. Fieri enim poteſt vt ſint idonei alij teſtes, propter numerum eorum, quibus legata relicta ſunt. Alius locus in dict. l. qui teſtamento. ſupra eod. quem adducit aduerſus hāc ſententiam. Hic locus maius exhibuit negotium iis, qui hanc tueri opinionem volunt, quam alij omnes iam adducti. Sed ego ita reſpondeo, aiunt, hic Iuriſconſ. loquitur de teſtamento generaliter, nec diſtinguit teſtamentum, quod fit per nuncupationem ab eo, quod in ſcriptis conficitur: verbum inſtituere, quo vtitur Vlpianus ambiguum eſt. Si enim diceret, qui teſtamento hæres ſcribitur, vel nuncupatur, nihil ambiguitatis eſſet. & ſic Iuriſconſulti plerique ſolent diſerte loqui, vt in d. l. hæredes palam. Inſtitui dicitur & is, qui ſcribitur, & is qui nuncupatur. In ambigua oratione ea interpretatio accipienda eſt, quæ vitio caret, vt dicitur in l. ambigua. ſupra de legib. Itaque videtur hoc verbum accipiendū eſſe de teſtamento ſcripto.

Deinde

Deinde verba illa ſequentia id oſtendunt, in eo qui tutor ſcriptus eſt: nam hoc verbum etiam refertur ad legatarium. Deinde ego animaduerti à Iuſtiniano mentionem fieri cuiuſdam conſtitutionis ſuæ ea de re, quæ deſideratur in d. §. legatariis. Inſtit. de teſtamen. ordi. ait enim ſe permiſiſſe ea conſtitutione legatarios teſtes eſſe, ſi ea conſtitutio extaret, ea omnem controuerſiam finiret. Hæ ſunt coniecturæ noſtræ, quæ ſi cui non placeant, ſequatur communem opinionem. Qui eam tuentur, reſpondent ad regulam traditam in d. l. nullus. ff. de teſtib. & d. l. omnibus. C. eo. non dicere legatariũ teſtimonium de legato ſibi relicto: ſed in cauſa tantum teſtamenti. verum eſt autem prodeſſe in conſequentiam: ſed dicunt quædam permitti in conſequentiam, quæ principaliter non permitterentur. Adducunt l. 1. ſupra de aucto. tut. Tutor in re ſua in negotio, quod pupillus cum ipſo contrahit, auctor eſſe nũ poteſt pupillo: ſed tamen id ei permittitur in conſequentiam. Hoc fuco ſolent hanc opinionem tueri & tegere, quæ mihi non placet: ſed probabilius eſt, meo iudicio, quod diximus, accipiendum eſſe de teſtamento quod fit in ſcriptis.

Dicere cœpimus de teſtibus, quia admittuntur in faciendo teſtamento. Diximus variis ex cauſis interdictum eſſe teſtimonium in faciendo teſtamento. Addendum eſt quoque quoſdam remoueri à teſtimonio, quia ciues non ſunt. lex enim requirit ciues eſſe. d. l. hac conſultiſſima. C. de teſta. ord. teſtamenti factio iuris ciuilis eſt l. hic. 3. mirum igitur non eſt, ſi qui communionem non habent iuris ciuilis, teſtes idonei non eſſe dicantur. Itaque ſeruus idoneus teſtis non eſt in teſtamento faciendo. §. teſtes autem. Inſtit. eo. & d. l. qui teſtamento. §. ſeruus, hic. Seruus iuris ciuilis communionem non habet. nam quod attinet ad ius ciuile, ſerui pro nullis habentur. l. quod attinet. 33. ff. de reg. iur. Addidit Iuriſcõ. in d. §. ſeruus. &c. ſeruum ne prætorij quidem edicti communionem habere. quia ius prætorium ſubſequitur ius ciuile in teſtimonio dicendo. l. Seio. 14. ſupra de teſtib. Teſtamentum igitur in quo ſeruus teſtis eſt adhibitus, nullum eſt, quod tamen accipiendum eſt, niſi tempore teſtamenti, communi exiſtimatione habitus fuerit liber. Tunc enim dicitur valere teſtamentum ex æquitate quadam & vtilitate exigente, aduerſus ſubtilitatem iuris. l. 1. C. eo. Huius reſcripti mentio eſt apud Iuſtinianum Inſti. §. ſed cum aliquis. eod. titu. de teſta. ord. vbi Iuſtinianus ait ex quadam liberalitate hoc inductum fuiſſe: vtilitas hominum ſuaſit, vt à ſubtilitate & rigore iuris hic paululum recederetur: vtilitas enim hominum exigit vt ignoſcatur communi errori hominum. Eſtque locus communis de communi errore: vtilitas autem hominum exigit vt venia detur publico errori. l. 3. de ſupel. lega. l. Barbarius Philippus. ſupra de offi. præto. l. 2. & 3. ſupra, ad Macedo. Sicque ea, quæ Barbarius Philippus geſſit in prætura, rata habita ſunt. Eo tẽpore ſerui ſolebant obrepere ad honores. Dion, in Auguſto ſcribit, Maximum quẽdam, cum ad quæſturam promotus eſſet, tandem agnitum à domino ſuo in ſeruitutem redactum eſſe. Aliud eſt exemplum quod attigi ad l. 3. ſupra ad Macedo. Si quis filiofamilias mutuã pecuniam dederit, qui publicè exiſtimabatur paterfamilias eſſe, tunc ceſſat exceptio Senatuſc. Macedoniani. Sed hic quæritur, an requiratur omnium exiſtimatio, vt teſtamentum firmum habeatur? Quidam hærentes verbis reſcripti, exiſtimant omnium exiſtimationem neceſſariam eſſe. ait enim l. 1. C. eo. cum omnium conſenſu liberorum loco habiti ſint. Quid ergo ſi vnus, aut alter ex ciuibus ſciat ſeruum eſſe eum qui ab aliis creditur liber, an nihilominus valebit teſtamentum? Quæſtio tractatur ex verbis d. l. cum enim dicat omnium conſenſu, nullum excipit. Sed quod dicit omnium conſenſu, ideo videtur dictum eſſe, quia conſenſus maioris partis in ciuitate aliqua, pro omniũ conſenſu habetur. l. quod maior. ad municipalem. éſtque etiam locutio vſitata, & hyperbole: ideo dictum eſt omnium conſenſu, quia ita accidiſſe proponebatur. Reſcriptum illud eſt perſonale: ſcriptum eſt in certa cauſa, & ad certas perſonas cum ex facto conſultus eſſet Imperator. Reſcriptum autem non eſt conſtitutio generalis, quamuis hodie reſcripta vim generalium conſtitutionum habeant. In hac cauſa, de qua quæritur, propoſitum erat omnium conſenſu, nullo excepto ſeruum habitum eſſe liberum, qui adhibitus eſt ad teſtimonium in teſtamento faciendo. non ideo tamen concludendum eſt omnium conſenſum, nullo excepto, neceſſarium eſſe, vt teſtamentum valeat. Sic ego hunc locum interpretor, quamuis aliqui diſſentiant, & requirant conſenſum ſingulorum ciuium. His capitibus continentur ſummatim & generatim ea, quæ pertinẽt ad teſtium conditionem, qui adhibentur teſtamenti faciendi cauſa. Alij quibus non interdicitur nominatim teſtimonium, idonei teſtes ſunt, propterea quod teſtamentum ſcripſit, rectè dicitur idoneus teſtis eſſe in eo teſtamento. l. 27. Domitius Labeo. hic. non ideo prohibetur teſtis eſſe in teſtamento, quod tabulas teſtamenti ſcripſerit. Si expendantur omnia, quæ à nobis dicta ſunt de his, qui prohibentur teſtes eſſe in teſtamento, nihil reperietis cur idoneus teſtis non ſit, qui ſcripſit tabulas teſtamenti. Nã forte alia ratio monebat Domitium Labeonem cur quæreret, an is idoneus teſtis eſſet. Forte hoc mouit Domitium, quia videbat rogatum eſſe vt tabulas ſcriberet, non autem ad teſtimonium. Teſtes autem rogatos eſſe oportet. d. l. hæredes palam. §. in teſtamentis. hoc tit. Hinc exiſtit quæſtio difficilis & vulgo agitata, quo tempore conditio teſtium inſpicienda ſit? Ego nihil reperi difficilius in hac diſputatione. Dicimus teſtem debere eſſe ciuem, liberum hominem, ſanæ mentis, &c. Ponamus tempore teſtamenti teſtem fuiſſe ciuem, ſanæ mentis, deinde tempore mortis fuiſſe ſeruum, & furore correptum. Duo ſunt loci hac de re, vnus eſt in d. l. ad teſtium. §. 1. Si liber homo erat, quo tempore ſignauit teſtamẽtum, & mortis tempore fuerit redactus in ſeruitutem, nihilominus valet teſtamentum. Alius locus eſt in d. l. 1. C. eod. eo tempore, quo teſtamentum ſignabatur, &c. Oportet liberos homines eſſe quo tempore teſtamentum ſignabatur, vel ſaltem habitos fuiſſe publice liberos, quamuis liberi non eſſent. Huic ſimile eſt quod diximus hic de conditione teſtatoris. in l. 1. §. exigit. infra de bonorum poſſeſ. ſecund. tab. & l. 2. & 6. qui in poteſtate. hic. In eo qui teſtatur ſpectamus ſanitatem mentis, quo tempore teſtamentum facit. Sed hic incidemus in difficillimum nodum, & quem doctiſſimus quiſque & maximè exercitatus in iuris ciuilis ſcientia vix expedire poteſt. Videtur enim ratione defendi non poſſe quod diximus, valere teſtamentum, etſi mutata fuerit teſtis conditio poſt factum teſtamentum: vt puta ſi effectus fuerit ſeruus ex libero homine. Ego ſic oſtendo. nam teſtamentum per ſeruum probari non poteſt. Si controuerſia oriatur de teſtamento inter ſcriptum hæredem & legitimos hæredes forte: quomodo poterit per liberum hominem probari? Si non poſſit probari, inane & inutile eſt teſtamentum, quod non poteſt per ſeruum probari. Id etiam probatur hac ratione: quia in iudiciis ſpectamus tempus, quo teſtimonium dicitur, cum quæritur de conditione teſtis: hoc vulgo receptum eſt, & adducunt l. 10. quoniam liberi. C. de teſti. quæ ad rem non multum pertinet. Adducunt etiam l. 3. §. duæ. infra de Carbo. edic. vbi dicitur, quæſtionem de ſtatu ex Carboniano edicto non ſemper differri. Finge teſtes eſſe, qui eandem fidem poſt temporis in-

terualſum non ſint habituri: vt ſi ex libero ſeruus factus fuerit, vt interpretantur. Sed hoc aliter etiam poteſt intelligi de eo, qui propter ſpatium longi temporis non recordans rei geſtæ, non eſt habiturus eandem fidem. Adducunt alium locum, qui magis hanc ſententiam iuuat in l. 3. ſupra de teſti. vbi dicitur, iudicis officio inquirendum eſſe, cuius conditionis ſit teſtis. Ergo id fit quo tempore teſtimonium exigitur. Adducunt etiam l. notionem. 99. §. inſtrumentorum. ff. de verb. ſign. vbi dicitur dilationem dari in præſentia eius, qui teſtimonium dicturus eſt de actu ſuo in ſeruitute geſto. Ego puto verum eſſe quod vulgo dicitur, tempus quo teſtimonium dicitur inſpiciendum eſſe, cum quæritur de conditione perſonarum: quamuis enim id nullo certo iure definitum ſit, tamen id ratio ſuadet: fides maximè neceſſaria eſt in teſte, cum teſtimonium ab eo exigitur. Si ex viro probo corruptus moribus euaſerit, quod plerunque accidit. Homo, vt ait Plato, eſt animal facile mutabile: facile deprauatur & corrũpitur. *Si fidem non faciet.* Si hoc verum eſt quod dicitur, vt verum eſt, in iudicus ſpectãdum eſſe qualis fuerit teſtis, cum teſtimonium ab eo exigitur, non qualis fuerit ante iudicium: fruſtra id dicitur ſpectandum eſſe tempus teſtamenti. Cur igitur hic ſpectatur tempus teſtamẽti, ſi nõ poſſit probari per teſtes in iudicio? Hoc videtur inane eſſe & illuſoriũ, ſi cõtrouerſia oriatur de teſtamento. Hæc quæſtio valde difficilis eſt, extántque de ea variæ opiniones interpretum, in quibus referendis multorum dierum labore opus eſſet, nec id maximè neceſſarium eſt. Ego breuiter dicam quod ſentio, more meo. Partim hic recedam à quorundam opinione, partim etiam aliorum diſſentientium opiniones conciliabo. Animaduertendum eſt, hic iuris noſtri auctores loqui de teſtamento ſcripto: non autem de teſtamento, quod fit per nuncupationem. in d. l. 1. teſtes, &c. C. eod. dicitur, *teſtamentum ſignabatur*. Hæc verba oſtendunt Adrianum loqui de teſtamento, quod in ſcriptis conficitur: non de eo, quod fit per nuncupationem. Teſtamentum quod ſcriptum eſt tantum obſignabatur: factum per nuncupationem non obſignabatur: iiſdem vtitur verbis Iuriſconſul. in d. l. ad teſtium. Hoc igitur obſeruandum eſt, quod hic dicitur de conditione teſtium inſpicienda, ad teſtamentum ſcriptum pertinere. Quare hoc quod ſcriptum eſt de teſtamento ſcripto, producimus ad teſtamentum nuncupatiuum. Hoc igitur teſtamentum, quod in ſcriptis conficitur, valet ſi teſtes idonei fuerint tempore facti teſtamenti: nec aliud tempus requiritur, puta tempus mortis. Sed cuius vtilitatis eſt, dixerit aliquis, cum orta lite de teſtamento in iudicio, teſtes quorum mutata eſt conditio, non ſint idonei ad teſtimonium dicendum in iudicio? Ego reſpondeo, in primis ſi quæſtio ſit tantum de ſolennitate teſtamenti, non de veritate, veriſſimum eſſe, atque ideo certum quod hic dicitur, ſcilicet ſpectandum eſſe tempus teſtamenti. De teſtamento oritur controuerſia inter ſcriptum hæredem & legitimos heredes. Legitimi hæredes contendunt, non quidem falſum eſſe teſtamentum, ſed non ſolenniter factum. Hic quæſtio eſt de obſeruatione & ſolennitate teſtamenti, non de veritate. Aiunt non ſolenniter eſſe factum, quia in teſtamento debent adhiberi ciues & liberi homines. At hi, qui fuerunt adhibiti ad faciendum hoc teſtamentum, ſerui ſunt non liberi: quæritur, an ratum debeat eſſe hoc teſtamentum? Hæc res nullam habet dubitationem. Non hic quæritur de veritate teſtamẽti quam ſit neceſſe probare teſtibus, ſed quæritur de ſolennitate. quæritur an ſufficiat ad ſolennitatem teſtamenti hos teſtes, de quibus quæritur, idoneos fuiſſe tempore teſtamenti, cum poſtea eorum conditio mutata ſit: an vero ideo teſtamentum inutile ſit? Et dicendum eſt nihilominus valere teſtamentum, & conditionem teſtium inſpiciendam eſſe, quo tempore ſignabatur teſtamentum. Et ſi quid poſtea contigerit in perſona teſtium, non id nocet teſtamento. Quod autem dicitur in iudiciis conditionem teſtium inſpiciendam eſſe, quo tempore teſtimonium dicunt, hoc nihil ad rem pertinet: conuenit enim eos liberos fuiſſe tempore teſtamenti, quamuis ſerui nunc ſint: conuenit etiam ab iis ſignatum fuiſſe teſtamentum. Quæſtio nunc eſt iuris, an valeat teſtamentum ſignatum à libero homine, qui ſeruus eſt quo tempore exigitur teſtimonium. Et eadem eſt ratio teſtamenti nuncupatiui, quamuis de ſcripto loquantur Iuriſconſulti. Quid ſi quæſtio ſit de veritate teſtamenti magis, quam de teſtamento? Dicendum eſt nihil nocere mutationem ſtatus ſi teſtamentum ſcriptum ſit, quod diligenter notandum eſt. Nam loquitur Imperator de teſtamento ſcripto in d. l. 1. C. eod. & Iureconſultus in d. l. ad teſtium. Sed ſpectatur tempus iudicij, cũ agitur de probatione teſtamenti. Sed in hoc iudicio animaduertendum eſt quæri de ſubſcriptione & obſignatione teſtamenti: non autem de eo quod teſtamento continetur. Ponamus teſtamentum factum eſſe in ſcriptis, adhibitos teſtes eſſe cum ſubſcriptione & obſignatione. Illud teſtamentum profertur in iudicio, vocatur in dubium fides teſtamenti, quid opus eſt probare? Opus eſt probare ſubſcriptionem & obſignationem, ſi poſſit fides fieri harum rerum, certè vincit ſcriptus hæres in iudicio. At dixerit aliquis, hi teſtes quorum conditio mutata eſt, ne idonei quidem erunt ad probandam ſubſcriptionem, vel obſignationem, ſi de ea lis ſit, ſecundum regulam à nobis traditam. Dicimus non recipi teſtem in iudicio, qui idoneus non ſit tempore, quo teſtimonium ab eo exigitur. Si hoc verum eſt, intercidet teſtamentum. Cum aperitur teſtamentum, vocantur teſtes vt recognoſcant ſigilla ſua. Non ſunt autem idonei ad recognoſcendum ſigilla ſua, quia mutata eſt eorum conditio: eſt enim ſuſpecta eorum fides propter mutatam conditionem, quamuis olim fide digni habiti ſint. Sũt qui exiſtiment teſtes, quorum conditio mutata eſt, poſſe recognoſcere ſubſcriptionem ſuam: quia hoc facti eſt, non iuris. Hanc ſententiam nullo iure probare poſſum, & verum eſt quod dixi, & vulgo receptum eſt conditionem teſtis inſpiciendam eſſe, quo tempore ab eo dicendum eſt teſtimonium. Scio interrogari poſſe in iudicio ſeruum, ſi alias nõ poſſit veritas erui. l. ſerui. 7. ſupra de teſtib. & l. interrogari. 15. C. de quæſtionib. ſed hoc non prodeſt ad fidem faciendam. ergo inane & eluſorium eſt, quod hic dicitur, valere teſtamentum, quia ſpectatur tempus teſtamenti, non aliud tempus. Sed quamuis idonei teſtes non ſint propter mutatum ſtatum, reſpondeo, non ideo intercidere teſtamentum: quia poterit aliunde probatio ſumi, poterit comparari ex ſcripturis: non enim ſolum requiritur obſignatio, ſed etiam ſubſcriptio teſtamenti. Ita autem teſtes ſubſcribunt, Ego Titius hoc teſtamentum Seij obſignaui annulo meo. Cum vocantur ſignatores ad recognoſcenda ſigilla ſua, hoc intelligendum eſt, ſi idonei ſint, vel ſi viui ſint, quia poteſt aliunde probari ſubſcriptio. Scio quoſdam exiſtimare, cum vnus teſtis mortuus eſt, corrumpi teſtamentum. l. 4. cum ab initio. & l. 5. vel negare. inf. quemadmo. teſta. aper. & l. 2. C. eo. Sed poſtea contrarium oſtendam, hac enim ratione incerta eſſent omnia teſtamenta. Hoc igitur quod diximus magnam rationem habet, ſic interpretando vt nos interpretati ſumus de teſtamento ſcripto: non autem de eo, quod fit per nuncupationem. Hoc ego produco longius propter ſimilitudinem rationis. Quoties qui teſtatione ſolenni ſibi cauit, quæ teſtatio veluti conditionem quandam teſtium habet, cum tutum eſſe arbi-

tror

tror, etſi poſtea mutata fuerit teſtium conditio, vt aliquando accidit in perſona teſtium. Nec hoc puto ſingulare eſſe in teſtamẽtis, idem puto dicendum in quocunque alio actu, in quo eadem eſt ratio. Teſtationes olim fiebant a quibuſcunque perſonis de quacunque re id docui, & veterum multis authoritatibus comprobaui libro I. Diſputationum, cap. 30. vbi docui quid ſit teſtari. Hodie his teſtationibus non vtimur: ſed ſi receptæ eſſent apud nos, idem dicendum eſſet, quod de teſtamento. Poteſt fides fieri, ſi vocetur in dubium id, quod geſtum eſt, poteſt probari vel per literarum comparationem, vel per coniecturas, alias etſi forte teſtes adhibiti ad eas tabulas conſcribendas, tunc non ſint idonei. Id docebo exemplo. Hi, quos hodie vocamus notarios, eodem hodie funguntur officio, quo olim hi ſignatores, qui erant homines priuati. Hodie igitur ponamus admiſſum eſſe tabellionem ad tabulas conſcribendas de venditione, de locatione, vel de quocũque alio contractu, poſtea eum damnatum eſſe, lege Cornelia de falſis, an ideo illius inſtrumenta corrumpentur, tanquam à falſario notario confecta? Non puto: quoniam conditionis mutatio non debet ei nocere, qui tabulas ab eo conſcribi curauerit. Inſpicimus ergo tempus quo tabulæ conſcriptæ ſunt, nec mutatio ſtatus ei officit: aliud dicendum eſt cum nulla teſtatio ſolennis facta eſt. Hic loquitur Iuriſconſ. de teſtamento ſcripto. & ſi producamus ad alia negotia, id intelligendum eſt de negotiis de quibus teſtatio facta eſt. Sed obiicitur vulgaris locus ea lib. 2. de feud. titu. 19. Cum quæſtio oritur de beneficij conceſſione, cum quis contendit feudum ab alio ſibi conceſſum eſſe, probare id neceſſe eſt, non per quoſuis teſtes, non per extraneos: ſed per pares curiæ, per eos qui eiuſdem patroni clientes ſunt. Sed nihil nocet inueſtitura, ſi pares eſſe defierint. Sufficit pares fuiſſe tempore inueſtituræ, vt eod. loco, & tamen eius temporis habetur ratio, quo eſt facta inueſtitura. Illo quidem loco ait auctor huius rei varias fuiſſe opiniones, & tamen hanc receptam eſſe, quæ etiam ratione & vtilitate non caret. Nam propter eam mutationem non ideo ſuſpecta eſt fides teſtium: non ideo ſuſpecta eſt fides teſtis, quod extraneus ſit. Non idem dicimus vt de eo, qui corruptus moribus eſſe cœpit, vel ſeruus effectus eſt, id etiam poteſt habere locum in nuncupatorio teſtamento. Pone ad teſtamentum faciendum adhibitos eſſe teſtes ciues Romanos, quendam ſine culpa ſua deſiiſſe ciuem eſſe, an ideo minus fidem faciet? Non mutatus eſt quidem eius ſtatus: ſed ob eam mutationem ſtatus non poteſt dici ſuſpecta eius fides eſſe. Extraneos non remouent à teſtimonio dicendo Romanæ leges. Non eſt neceſſe ciuem Romanum eſſe teſtem. In teſtemento vero hoc requiritur, maioris cautionis gratia: Subtilitas quædã & obſeruatio neceſſaria eſt in teſtamento faciendo, ne quid falſi admittatur, quia plerumque Romæ contingebat, vt falſa teſtamenta fierent. In iudicio cum quæritur de probatione, non poſſunt reiici teſtes tanquam fide non digni: quia ſunt extranei.

Superiori loco diſſeruimus de his, quæ ad teſtamentorum ordinationem pertinent, quę forma, quæ ſolennitas neceſſaria ſit in vtroque genere teſtamenti, & eo quod per nuncupationem, & in eo quod in ſcriptis cõficitur. Nunc de vi & effectu dicendum eſt, vt intelligamus quem vſum, quam vtilitatem habeat ſuperior diſputatio & tractatio de ſolennitate & obſeruatione teſtamenti

De effectu ſolennitatis ſeruatæ in teſtamento.

IGitur duo in primis notanda ſunt. Vnum eſt, hac forma de qua iam diximus, non ſeruata, teſtamentũ nullum eſſe, nec peti quicquam ex eo teſtamẽto poſſe. l. ſi vnus 12. C. de teſta. ord. dicitur in ea lege, vel coram teſtatore, &c. quia debent eſſe teſtes in conſpectu teſtatoris, vt ſupra dixi. huc pertinet quod dicitur in l. 13. teſtandi. C. eo. teſtamenti factio, de qua locuti ſumus, publici iuris eſt, itaque non poteſt mutari voluntate, aut arbitrio teſtatoris. Nam quæ publici iuris ſunt, priuatorum hominum voluntate mutari non poſſunt. Quod ibi etiam dicitur iuri publico derogari nemini permiſſum eſſe, hoc eſt quod dicitur in l. nemo poteſt. 55. de legat. 1. nemo poteſt facere ne leges in ſuo teſtamento locum habeant. Quod idem dicitur in eadem lege, non iuriſdictionis formam mutare licere. Iuriſdictionem vocat prætorium edictum, quod perpetuæ iuriſdictionis cauſa propoſitum eſt. ſic accipiunt Iuriſconſ. in pleriſque aliis locis, vt in l. quamuis. ſupra de in ius vocan. Quamuis prætor ſimpliciter dixerit ſe pœnalem actionem daturum aduerſus eum, qui in ius parentem vocauerit: tamen moderanda eſt iuriſdictio prætoris. Sic accipitur in l. poſtquam. 5. §. Imperator. vt legat. nomi. cau. Edicta proponebantur à prætore perpetuæ iuriſdictionis cauſa. l. ſi quis id, quod. ſupra de iuriſdict. non poteſt teſtator mutare formam, quæ proficiſcitur ex edicto prætoris. Ego iam dixi ſupra ſolennitatem, quæ obſeruatur in teſtamentis magna ex parte ea iuriſdictione prætoria natam eſſe, præſertim teſtium ſignatio, & obſignatio. §. ſed cum paulatim. Inſtit. de teſta. Ex his legibus notandum eſt hanc formam & obſeruationem non tantum ad probationem, ſed etiam ad ſubſtantiam teſtamenti pertinere, & neceſſariam eſſe. Quod dicitur ſeptem teſtes puberes & ciues Romanos adhibendos eſſe, non tantum pertinet ad probationem, ſed etiam ad ſubſtãtiam, vt ſine eo ſubſiſtere non poſſit teſtamentum, etiã ſi alias forte conſtet de voluntate teſtatoris. Exempli cauſa, ſi forte cõfiteantur legitimi hęredes, inter quos & ſcriptos hæredes controuerſia eſt, ita voluiſſe teſtatorem: non ideo tamen hoc teſtamentum conualeſcit hac confeſſione eorum, quamuis confeſſio videatur idonea eſſe ad probationem inter eos, cum de voluntate teſtatoris controuerſia ſit inter eos, & ſcriptos hæredes, ſatis eſt ſolennitatem, quæ iure publico introducta eſt, non fuiſſe obſeruatam. Id colligitur ex dicta l. ſi vnus. ſi hoc tantum requiratur ad probationem, non ad ſubſtantiam teſtamenti, non dixiſſet Imperator ibi, iure deficiet teſtamentum. his enim verbis ſignificat teſtamentum ipſo iure nullum eſſe, hic non deficit ius, ſed probatio tantum, vt ait Iuriſconſ. in l. duo ſunt Titij. ſupra, de teſta. tutel. Duo ſunt Titij, Titius datus eſt tutor, quæritur vter datus ſit tutor? Et dicitur eum datum eſſe tutorem de quo ſenſit teſtator, quod ſi ignotum ſit de quo ſenſit teſtator, ius non deficit, ſed probatio. Ex eodem loco obſeruandum eſt, etiam ſi quid vel minimum & leuiſſimum omiſſum ſit, nihilominus intercidere teſtamentum, etiam ſi vnus tantum de teſtibus defuerit, ſi omnes non ſignauerint in eodem loco, iure deficit teſtamentum. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. cum hi. 8. §. ſi prætor. de tranſact. ait Iuriſc. Si in decreto interponẽdo, prætor de quibuſdã inquiſierit, de aliis nõ inquiſierit tranſactionẽ nõ valere. Sed obiiciet aliquis quod dicitur in l. 1. §. vlt. verſic. quale eſt. n. & c. ſupra de ventre inſpiciẽdo. ex quo loco colligere volunt, ſi quid leue omiſſum ſit, non ideo iure nullum eſſe, quod geſtum eſt. In inſpiciendo, cum mulier dicit ſe prægnãtem eſſe, certa ſolennitas neceſſaria eſt: tamen ibi dicitur, ſi quis omiſſum ſit ex his, quæ leuia ſunt, non ideo iure deficere, quod geſtum eſt. Sed ego reſpondeo, hic nihil eſſe quod non magni ponderis & momenti ſit, nihil eſſe quod leue & contemnendum ſit. Vnum ſiquidem ex ſeptem teſtibus

deceſſe, leue non eſt: vel teſtes coram teſtatore non fuiſſe: hoc enim maximè pertinet ad veritatem teſtamẽti & rei geſtæ cognoſcendam. Poteſt ſuppoſi alius qui decumbat in lecto, & voluntatem & vocem ementiatur, & ſimulet. In inſpectione ventris multa reperiuntur ſatis leuia, & nõ magnopere neceſſaria, veluti quod dicitur de tribus luminibus in eadem lege. §. tria lumina. vbi Iuriſconſ. ait tria lumina adhibenda eſſe. Quid ſi tertium lumen defuerit? non debet nocere partui. d. §. 1. in fin. deinde animaduertendum eſt quod Iuriſcõſ. in d. l. 1. §. vlt. ait, ſi quid per ruſticitatem omiſſum ſit, ignoſcendum eſſe ruſticitati: nam his verbis oſtendit etiam ea, quæ leuia ſunt non eſſe omittenda, quamuis ruſticitati venia detur, ſi quid fortè per ruſticitatem omiſſum ſit. Quinimo in teſtamento neceſſitatis cauſa quædam omittuntur, quæ non magnopere neceſſaria videntur. Exemplum in l. caſus. 8. C. de teſta. quod exemplum ſupra à nobis explicatum eſt. Quod dicitur vno contextu actionis teſtamentum fieri debere, ſupra eo. l. hæredes palam. 21. §. vlt. non eſt perpetuum, ſi quid intermiſſum propter neceſſariam ægroti potionem: adhibetur tamen nihilominus legitimus numerus teſtium. Quod dicitur, ex teſtamento non ſolenni nihil capi poſſe, adeo verum eſt, vt ne princeps quidem ex eo teſtamento quicquã capere poſſit. l. ex imperfecto. 3. C. eo. ſi quis obiiciat Principem ſolutum eſſe legibus, l. Princeps. ſupra de legib. & ſenatuſconſul. ſi quidem Princeps olim ſolebat legibus latis, vel ſenatuſconſultis ſolui: leges ei ſubiiciebantur, vt nullis legum vinculis ſubiiceretur & adſtringeretur, vt ſcribit Dion in vita Auguſti. Sed reſpondet huic obiectioni Alexander Imperator, auctor d. l. 3. licet, inquit, lex imperij ſolennibus iuris Imperatorem ſoluerit: nihil tamen tam proprium imperij eſt, quam legibus viuere. Simile dicitur in l. digna vox. 4. Cod. de legib. Lex, quæ de imperio fertur cuiuſque Principis, dicitur lex regia. l. 1. ff. de conſtit. Princ. Reges etiam dicuntur Imperatores in pleriſque locis Cod. Ex iam dictis naſcitur quæſtio tractata in l. ſi quis teſtamentum. 25. hic. Quidam oſtendit ſe velle facere teſtamentum, & hæredes tam in primo, quam in ſecundo gradu inſtituere & ſubſtituere: cœpit teſtamentum ſuum, nominauit primos hæredes: ſcilicet inſtituit duos hæredes Titium & Sempronium in primo gradu: antequam autem ad ſecundos hæredes perueniſſet, mortuus eſt, quæritur an Titius & Sempronius, quos conſtat ab eo nominatos fuiſſe, poſſint hæreditatem petere ex teſtamento? Videtur hæreditas ad hos pertinere, quos nominauit teſtator, vel quos certum eſt eum ſcripſiſſe: quod enim cæteros omiſit, id videtur tantum eis nocere debere, non etiam eis, quos ſcripſit. Sed Iuriſconſ. ait ex hoc teſtamento, ne hæredes quidem nominatos in eo, poſſe quicquam capere. quia imperfectum eſt teſtamentum: non poteſt enim dici feciſſe teſtamentum. Hoc igitur eſt intelligẽdum, cum apparet eum voluiſſe ſecundos hæredes adſcribere, alias primis hæredibus debetur hæreditas ex eo teſtamento. Sed quia ratione hoc ita conſtitutum eſt, cum voluntas teſtatoris de primis hæredibus certa ſit, cur hæc imperfectio nocet hæredibus, de quibus teſtator voluntatem ſuam declarauit? Ideo nocet eis, quia conſtat teſtatorem non feciſſe teſtamẽtum. Et forte poſt ſecundos hæredes ſcriptos adiecisſet conditionem, ſub qua primi inſtituerentur, ſi licuiſſet ei abſoluere teſtamentum. Hæc eſt ratio cur ex teſtamento imperfecto nihil capi poteſt. Hic difficultas naſcitur ex antinomia ex l. iubemus. §. quod ſi non fuerit. C. de teſtã. vbi teſtator in teſtamento faciendo nomina hæredum ſcripſit manu ſua, vel ſaltem nominauit, ſi vero neque nominauerit neque ſcripſerit manu ſua nomina hæredum, vult inſtitutionem nullam eſſe. Quid igitur ſi quoſdam nominauit: alios neque nominauit, neque ſcripſit? Hic ait Iuſtinianus pro parte valere teſtamentum, & pro parte non valere. Valet, inquit, inſtitutio eorum, qui pro parte nominati ſunt: aliorum non valet inſtitutio. Teſtamentum non valet pro parte, quo ad eos qui neque nominati ſunt, neque ſcripti. Hic autem dicimus, quia teſtator ſecundos hæredes non expreſſit: ſed tantum primos, adeo inutile eſſe teſtamentum, vt ne priores, qui hæredes nominati ſunt à teſtatore, quicquam poſſint petere. Hæc videntur mirabiliter pugnantia eſſe. Variæ ſunt opiniones in gloſſis Accurſianis. Ego dicam quod probabilius mihi eſſe viſum eſt. Diſſimilitudo magna eſt in vtraque ſpecie, tam d. l. ſi quis, cum teſtamentum, quam in d. l. iubemus. nec valde obſcura eſt diſſimilitudo iis, qui rem totam paulo diligentius expendere volunt. In l. iubemus. teſtator totam ſuam voluntatem expreſſit, conſtat enim voluiſſe hos omnes, de quibus quæſtio eſt, ſibi hæredes eſſe: ſed aliquid omiſſum eſt in forma. Dictauerat forte teſtamentum olim ſcribendum, non ſcripſerat manu ſua nomen vnius ex hæredibus. Aliquid ex forma omiſſum eſt: ſed tamen voluntas teſtatoris ab ipſo eſt declarata. Sed quæritur, quia aliquid omiſſum eſt ex forma & obſeruatione ſolenni: quia debent ſcribi nomina hæredum propria manu teſtatoris, an teſtamentum non valeat propter hãc omiſſionem? Et ait Imp. Iuſtinianus teſtamentum nullum eſſe quatenus omiſſum eſt, id eſt, quod ad eos attinet, qui non ſunt ſcripti à teſtatore. in d. l. ſi quis cum teſtamentum. teſtator non expreſſit totam voluntatem ſuam. Quos enim ſecundos hæredes ſibi habere vellet non declarauit: non abſoluit quicquid volebat complecti ſuo teſtamento. In hoc caſu forte adieciſſet conditionem aliquam inſtitutioni primorum hæredum, ſi teſtamentum totum ſuum implere ei licuiſſet. in l. iubemus. totam voluntatem declarauit, ſed hic aliquid de voluntate omiſſum eſt. Non enim conſtat de tota voluntate teſtatoris, itaque ne hæredes quidem nominati ab eo, quicquam petere poſſunt. An dicendum, & ſi quædam legata, vel fideicommiſſa omiſſa ſint, non valere teſtamentum? Dicimus quidem, ſi ſecundos hæredes ſcribere volens occubuit antequam eos nominare poſſet, non valere teſtamentum: an idem dicemus de legatis? Volebat legata quædam relinquere, is hæredibus inſtitutis mortuus eſt antequam poſſet legata relinquere. Breuiter idem dicendum puto, & hoc eſt ſatis expreſſum in l. ex ea ſcriptura. 29. hic. Idem in l. fideicommiſſa. 12. §. 1. de legat. 3. Idem vulgo dici ſolet de eo qui deceſſit antequam tabellio ei totam ſcripturam teſtamenti recitaſſet. Hodie ſolent adhiberi ad teſtamentum faciendum, qui dicuntur tabelliones. Deſcribere voluntatem teſtatoris ſolent, & hoc eſt moribus receptum, vt articulate & diſtincte recitent, vt videat teſtator an hoc ſenſerit, an aliquid adiectum vel omiſſum ſit. Quid ergo, ſi antequam totam ſcripturam recitaſſet tabellio, occubuit teſtator? idem vulgo dici ſolet, argumentum ducitur ex hac lege. Solent enim teſtatores plerunque adimere, plerunque adiicere, cùm hæc ſcriptura recitatur, & forte aliquid ſuſtuliſſet, ſi notarius ei totam ſcripturam recitaſſet. id accidit ſuperioribus annis in hac vrbe. Ex his, quæ diximus, conſtat teſtamentum quod factum eſt ſolennitate omiſſa, nullum eſſe, nec poſſe quicquam ex eo teſtamento peti. Sed quidam caſus excepti reperiuntur, in quibus ex teſtamento minus ſolenni capitur: hos caſus nos ordine recitabimus. Primus caſus eſt, cum teſtamentum à milite factum eſt iure militari: valebit enim teſtamentum, etiam ſi ſolennitas vſquequaque obſeruata non fuerit: ſed de eo dicemus infra ſub tit. de milit. teſtam. Secundus caſus eſt, fideicommiſſa etiam ex teſtamẽto

non

non ſolenni capiuntur, ſi fuerit adiecta vulgaris clauſula, quæ codicillaris dicitur, nempe, Si teſtamentum meum non valet iure teſtamenti, ſaltem valeat iure codicillorum. l. vltim. C. de codicil. Solet quæri an teſtamentum non ſolenne valeat vt codicilli? Et certum eſt non valere. Si forte quis teſtamentum faciens, voluerit adhibere quinque teſtes. Nam quinque teſtes ſufficiũt in codicillis. l. vlt. de codicill. hoc teſtamentũ non valet etiam iure codicillorum, quia non apparet eum codillos facere voluiſſe, ſed teſtamentum. An teſtamentum an codicillos facere voluerit, eſt quæſtio facti, quæ ex coniecturis iudicatur. l. non codicillum. 14. C. de teſta. vbi ſi quis inſtituerit hæredem, & exhæredauerit filium ſuum, & adhibuerit quinque teſtes, nõ valet teſtamentum: quia inſtitutio & exhæredatio faciunt oſtendunt eum non codicillos, ſed teſtamentum facere voluiſſe. Nam hæreditas non poteſt adimi, nec dari in codicillis. §. dari. Inſti. de codicil. Teſtamentum imperfectum non valet etiam in vim codicillorum: niſi teſtator expreſſerit ita ſe velle, & niſi adiecerit clauſulam codicillarem. Idem dicendum eſt, etſi clauſula adſcribatur huic ſimilis, quæ eiuſdem poteſtatis ſit. Exemplum eſt in d. l. ex ea ſcriptura. 29. hic. Teſtator in faciendo ſuo teſtamento adiecit hanc clauſulam, Hoc teſtamentum meum volo valere omni iure & poteſtate. Hæc verba ſignificãt ad verbum perinde ac ſi dixiſſet volo teſtamentum meum valere iure codicillorũ, ita vt ſi teſtatus deceſſerit, id eſt, ſi teſtamẽtum iure ab eo factum non ſit, nihilominus poſſint peti quæ relicta ſunt ab eo.

Cœpimus oſtendere quibus caſibus, etſi omiſſa ſit obſeruatio & ſolennitas teſtamenti, petere poteſt legatarius legatũ ſibi relictum, & fideicommiſſarius fideicommiſſum. Addendum eſt ſupra dictis, & hæc eſt tertia exceptio, ſi quis apud acta voluntatem ſuam declarauerit, vel Principi precibus oblatis: tunc enim valet teſtamentum, ex eóque teſtamento agitur perinde ac ſi ſolenniter & iure perfectum eſſet. l. omnium. 19. C. de teſta. ibi dicitur, quod inſertum mera fide precibus. his verbis oſtendit ſufficere declaratam eſſe voluntatem defuncti apud acta cuiuſque magiſtratus, etſi municipalis magiſtratus ſit. Nam magiſtratus municipales habent facultatem actorum conficiendorum. l. vltim. Cod. de magiſtrat. municipal. Si in actibus cuiuſuis iudicis, aut municipij, voluntatem ſuam declarauerit, valet teſtamentum, quamuis ſolennia defuerint: multo magis ſi precibus Principi oblatis defunctus voluntatem ſuam declarauerit, quaſi toto iure teſte. Is videtur declarare voluntatem ſuam, qui præſentibus Iureconſultis & conſiliariis Principis declarauit. Lampridius in Alexandro ſcribit, Vlpianum conſiliarium Alexandri & magiſtrum ſcriniorum fuiſſe. Hunc locum imitari volens Bonifacius Papa octauus lib. 6. tit. de conſtit. cap. 1. dixit pontificem Romanum habere omnia iura in ſcrinio pectoris ſui. Quid ſi precibus oblatis nihil reſcripſerit Princeps? Nihil hic neceſſe eſt quicquam à Principe reſcribi. Sufficit Principem aditum eſſe. Sufficit eum qui teſtamentum facere volebat, voluntatem ſuam Principi declaraſſe. Sufficit ſola inſinuatio. Vnde vulgo dicitur inſinuatione donationum & aliorum quorundam contractuum, nullum eſſe neceſſarium iudicis decretum, cum lex vult omnes donationes inſinuari vſque ad certam ſummam, & lex regia in Gallia ſine præfinitione ſummæ. ſufficit enim apud tribunal magiſtratus profiteri ita donationem factam eſſe. Decretum tunc demum neceſſarium eſt, vbi neceſſaria eſt cauſæ cognitio. l. nec quicquam. §. vbi decretum. ff. de officio proconſulis. Cum autem hic neceſſaria non ſit cauſæ cognitio, conſequens eſt ſufficere ſolam profeſſionem, nec neceſſarium eſſe decretum.

Quarta exceptio eſt, cum ruſticus in rure agens teſtamentum facit. hæc enim obſeruatio, de qua diximus, tunc relaxatur propter ruſticitatem & ſimplicitatem, & alias cauſas, quæ exprimuntur Iuſtiniani conſtitutione. leg. vltim. Codic. de teſtam. Locus communis eſt de ruſticitate obſeruandus hic obiter. Statuit Iuſtinianus hanc ſolennitatem remitti, non in vrbibus & oppidis, aut etiam caſtellis, in quibus literati homines reperiuntur: ſed in aliis locis vbi non facile repetiuntur homines literati, qui hanc ſubtilem obſeruationem nouerint. Ergo ratio loci hic habenda eſt, nec tantum reſpexit Iuſtinianus ad ruſticitatem hominum, & ſimplicitatem, ſed etiam ad difficultatem, quæ accidit propter locum. Vnde facile reſponderi poteſt ad quæſtionem vulgo agitatam. Si vrbanus in vico quodam reperiatur, & ibi teſtamentum cogatur facere, an cogatur facere obſeruatis ſolennibus, an vero valeat deficientibus ſolennibus? Et dicendum eſt non valere. Duplex eſt ratio huius legis. Vrbanus igitur homo, etſi cogatur in vico facere teſtamentum, non ideo relaxatur quicquam de ſolennitate iuris. Prima cauſa eſt, ruſticitas. Altera eſt inopia hominum literatorum. Vt igitur teſtamentum hoc modo factum valeat, oportet vtranque cauſam concurrere. In hac conſtitutione ſit mentio Digeſtorum & Inſtitutionum. Digeſta ergo & Inſtitutiones compoſitæ ſunt à Iuſtiniano ante hanc conſtitutionem: quod videtur mirum iis, qui imperiti ſunt hiſtoriæ iuris. eſtque hic locus communis de iuris interpretatione. Poſteriores conſtitutiones emendant priores, cuiuſmodi ſunt Nouellæ, de quibus nulla eſt dubitatio, ſed dubitatio eſt de Codice, Pandectis, & Inſtitutionibus. Sed cogor ſæpe repetere Codicem Iuſtiniani, Decio conſule, tertio anno imperij Iuſtiniani editum eſſe. Septimo anno imperij eiuſdem, Iuſtiniano conſule ſolo, compoſiti ſunt libri Pandectarum, & Inſtitutiones. Octauo anno imperij eiuſdem Iuſtiniani, Theodoto Paulino conſule reuocatus eſt Codex, & conſtitutiones, quædam nouæ inſertæ ſunt Codici, ex quibus vna eſt hæc lex, quam interpretamur. ſubſcriptio id ſatis oſtendit. His poſterioribus conſtitutionibus dubium non eſt, quin vetera iura emendentur, tam quæ in veteri Codicis editione, quam quæ in Pandectis & Inſtitutionibus reperiuntur. Hæc de teſtamento à ruſtico homine facto quatenus valeat. Hinc ſolet tractari quæſtio de teſtamento tempore grauiſſimæ peſtis facto non obſeruatis ſolennibus. Quæritur an idem dicendum ſit, quod de teſtamento facto ab homine ruſtico: Quæſtio eſt controuerſi iuris. Solétque diſputari in vtramque partem: & & pugnandum eſt vtrinque rationibus tantum. nihil enim hac de re iure certo conſtitutum eſt. Ego opinionem eorum ſequor, qui aliquid relaxandum putant de iuris ſolennitate. Primum mouet me ratio omnibus hominibus inſita & innata, quam maximè amplecti & ſequi debemus, quando ius certum deficit. Ait Ariſto. in Rhet. cum deficit lex iudicandum eſt, τῇ ἀρίστῃ γνώμῃ. & adducitur vulgaris locus in leg. ſcire oportet. 15. §. ſufficit. ſupra, de excuſat. tuto. natura enim nos docet omnia neceſſitati cedere. Neceſſitatem ne dij quidem niſi ſuperant, vt ait Plato lib. 5. de legibus, vulgo dici ſolet neceſſitatem non habere legem. Quænam maior eſt neceſſitas, quam cum grauiſſima peſtis graſſatur, quo tempore non poſſunt teſtes conuocari? Deinde videndum eſt in hac re vt in omnibus ſimilibus quæſtionibus, nunquid ſimile reperiatur iure conſtitutum, vt de hoc teſtamento idem dicamus, quaſi eadem ratio, eadem æquitas, & vtilitas mouere nos debeat leg. non poſſunt. & leg. neque leges. ſupra de legibus. In iis enim quæ non reperiuntur iure definita, ius ſimile ſe-

ſtamentum conficitur. Solet adduci lex 1. de emen. liber. quæ non ad rem multum pertinet: magis hanc ſententiam iuuat, meo iudicio, lex, ſi fundus. 6. ff. de euict. vbi eum quæritur quomodo cauendum ſit de euictione, an de dupla an de ſimpla, mos eius loci ſpectandus eſt, in quo contrahitur. Iſocr. in Ægynetico, de conſuetudine loci ſeruanda, loquitur de teſtamento facto apud Ægynetas. Hoc intelligunt vulgo niſi mos vel cõſuetudo ad perſonas ciuium referatur. Hæc eſt ſententia eorum, qui ſcripſerunt ad leg. 1. de ſumma Trinit. & fide cathol.

Superioribus locis oſtendimus quomodo accipiendum ſit, quod ſupra annotatum eſt ex teſtamẽto quod iure & ſolenniter factum non eſt, nihil capi poſſe. Explicauimus quaſdam exceptiones, quibus alia addenda eſt. Si quis ſua ſponte agnouerit teſtamentum non ſolenniter factum, leg. non dubium. in fi. 16. C. de teſtam. ſi teſtamentum factum ſit ſine legitima obſeruatione, de qua diximus, tamen is, qui agnouit teſtamentum, qui comprobauit, implẽdi, inquit, neceſſitatem habet. Forte ſcriptus eſt hæres is, qui ſucceſſurus eſt hæres ab inteſtato. Legata quædam ab eo relicta ſunt, is ea ſoluere non vult: quia ſolenniter non eſſe factum teſtamentum dicit: tamen ſi probetur eum agnouiſſe teſtamentum, cogetur præſtare: veluti ſi cauerit, vel aliquid præſtiterit. leg. vltim. Cod. ad l. falcidiam. Plinius in quadam epiſtola ait, Antiquiorem ſibi fuiſſe voluntatem teſtatoris, quam leges quaſcunque. In initio huius diſputationis diximus duo annotanda eſſe. vnum, ex teſtamento non ſolenni nihil capi poſſe, de quo ſatis dictum eſt. Alterum eſt, Ex teſtamento iure facto hæreditatem, & cætera quæ in ea ſunt, vindicari. Certiſſimum eſt & vulgatiſſimum voluntatem teſtatoris ſolennem ſeruandam eſſe, imo pro lege habendam eſſe. His enim verbis vtitur Iuſtinianus in §. diſponat. in Nouell. conſtit. de nupt. alias de his qui nupt. iterant. Sed ait: diſponat ſicut dignum eſt. Itaque ſi ſecundum leges teſtamẽtum fecerit, eius voluntas ſeruabitur pro lege. Idem etiam cautum erat lege duodecim tabularum, cuius mentio eſt in l. verbis legis. 120. ff. de verbo. ſignifi. Imitatus eſt hac in re legem veterem in qua dicitur, ius eſto. hoc eſt intelligendum, modo conſtet de ea voluntate, alias ius non deficit: ſed probatio. leg. duo ſunt Titij. 30. ſupra de teſtam. tutel. Conſtare poteſt etiam ſi non proferantur tabulæ teſtamenti. Conſtare poteſt ex monumentis publicis & actis in quibus inſinuatio teſtamenti & publicatio facta eſt, & ad hoc vtiliſſima eſt publicatio teſtamenti. leg. publicati. 2. Cod. Publicare teſtamentum quid ſit non ſatis vulgo intelligitur. Id docet Paulus lib. 4. ſententiarum. titul. de viceſ. Viceſima autem erat vectigal, quod exigebatur ab hæredibus, quibus hæreditas defuncti obuenerat. Ait ibi Paulus in princip. poſtquam apertum eſt teſtamentum cõuocatis ſignatoribus, id obſignatum redigi in publicum archiuum, vt ſi quando exemplum eius interciderit, ſit vnde peti poſſit. eadem fere verba ſunt Alexandri in hac leg. publicati. 3. C. eodem. Publicatum dicitur teſtamentum ab illo publico ſigno. Nam alia ſigna quibus obſignabatur teſtamentum, non erant publica, ſed priuatorum hominum, vt ex iam dictis ſatis conſtat. De hac publicatione alij quidam loci ſunt ſub hoc titulo, veluti in leg. teſtamento. 18. & leg. conſulta. 23. Codic. eodem. vbi dicitur publicanda eſſe teſtamenta omnia apud cenſuale officium, vel apud magiſtrum cenſus. Apud magiſtrum ſenſus fiebant inſinuationes, vt nuper diai ad leg. vltim. de iure emphyti. Teſtamẽta omnia inſinuabantur apud magiſtrum cenſus, vt ei notæ eſſent facultates cuiuſque quid quiſque alteri legaſſet. Obiter notandus eſt locus de vetuſta conſuetudine, quæ dicitur, ſeruanda eſt. In dict. leg. conſulta. vetatur ne apud alios magiſtratus hæ inſinuationes fiant nec apud defenſores eccleſiarum. Inualuerat ille abuſus, vt apud defenſores eccleſiarum inſinuationes teſtamẽtorum fierent. Eadem ſunt verba eiuſdem auctoris in leg. repetita. 36. Codic. de epiſ. & cleric. Eſt pars huius conſtitutionis, ibique poſita eſt, quia videbatur ad officium clericorum maximè ſpectare. Hæc obiter de publicatione teſtamentorum, & breuiter. Nam proprius locus eſt ſub titul. quemad. teſtam. apet. vbi fuſius hac de re tractaturi ſumus. Quod dicitur peti ex teſtamento iure & ſolenniter facto. hoc eſt accipiendum niſi mutatum, reuocatum, aut reſciſſum fuerit teſtamentum. Itaque hic locus attingitur, ſed paucis à Iureconſultis ſub hoc titulo, vbi quæritur, quis poſſit mutare teſtamentum, & quo modo? Et certum eſt in primis nemini licere mutare teſtamentum, niſi teſtatori ipſi, qui fecit etiam ſi Princeps ſit. Principis enim reſcripto teſtamentum iure factum reſcindi non poteſt. l. ſi teſtamentum. 10. C. de teſtamen. Hic locus communis obſeruandus eſt de poteſtate Principis. Princeps nũquam præſumitur velle vti poteſtate abſoluta, id eſt illa, quæ ſoluta eſt legibus. l. Princeps. ff. de legib. & leg. digna vox. 4. Codic. eo. & § vlt. Inſtit. quib. mod. teſta. infir. Vnde dicitur reſcriptis, quę contra ius impetrata ſunt, iudices obtemperare non debere. l. reſcripta. Cod. de precib. Imper. offer. & leg. 1. Cod. de pet. bon. ſubla. id enim per importunitatẽ creditur exortum eſſe à principe, vt ſi confiſcationem bonorum alicui conceſſerit princeps. Aliud dicendum eſt ſi motu proprio id fecerit Princeps & nemine petente. Et hæc clauſula hodie in reſcriptis adſcribi ſolet, vt fraus fiat huic legi. Vnde literæ dicuntur inciuiles eſſe, quæ impetratæ ſunt contra ius, nec eas literas exequi debent magiſtratus: niſi iterum id iuſſerit Princeps admonitus, ſe velle. Eſtque id quod vulgo dicitur expectandam eſſe ſecundam iuſſionem, cum iterum reſcripſerit Princeps ſe aliquid velle, non eſt dubitãdum de eius poteſtate. leg 2. Cod. de crimi. ſacril. Solius igitur teſtatoris eſt reuocare teſtamentum: nuda tamen voluntate teſtatoris ipſius, nõ reuocatur. §. ex eodem. Inſtit. quemad. teſtam. infir. De eo meminit Capitolinus in vita Pertinacis, vbi legem vocat hoc ſenatuſconſultum. Si ſola voluntate reuocaretur, aut mutaretur aliquid ex eo teſtamento, fruſtra adhiberetur tanta ſolennitas, quam neceſſariam eſſe in teſtamento faciendo ſupra diximus. Nam poſt ſolennem illam obſeruationem exiſterẽt facile duo, aut tres teſtes, qui dicerent ſe præſentes fuiſſe cum teſtator diceret ſe velle id teſtamentum non valere, aut ſe velle aliquid ex eo teſtamento mutare: & ſic nullius eſſet momenti tam ſubtilis obſeruatio teſtamenti. Quid ergo ſi pœniteat teſtatorem, quomodo poterit mutare teſtamentum? In primis poterit reuocare, omnia ex integro faciendo. leg. hæredes palam. 21. §. 1. hic. Deinde poterit ipſe delere quod ſcriptum eſt in teſtamẽto. Si deleuerit teſtamentum, id ratum habendum non eſt. leg. ſi vnus 12. §. de his autem quæ interleta. Codic. hoc titul. Cum quid deletum eſt in teſtamento ratum non eſt habendum, ſi à teſtatore conſulto factum ſit. Si caſu id factum ſit vel fraude ab alio, aliud ſeruatur. Sed hac de re proprius erit locus ſub titul. de his, quæ in teſta. delentur. Præterea poterit teſtator ſigna teſtium & ſignacula turbare & linum incidere, & cætera huiuſmodi facere, ex quibus apparet eum mutaſſe voluntatem. leg. ad teſtium. 23. §. ſigna. hic. Extat hac de re conſtitutio Iuſtiniani in leg. noſtram prouiſionem. 30. Cod. de teſtamen. Præterea mutatum & reuocatum intelligitur eſſe teſtamentum, ſi contraria oſtendatur teſtatoria voluntas, ſimul cum lapſu decennij. leg. ſancimus. 27. Codic. eodem. vtrumque igitur neceſſarium eſt, quod declarauerit ſe nolle teſtamentum à ſe factum valere,

quódque lapſum ſit tempus decem annorum. nam ſolo lapſu temporis non intelligitur mutatum teſtamẽtum, ſicut dicitur ſolo tempore obligationes, contractúſve non tolli. l. obligationum. fere. 43. §. placet autem. de oblıgat. & actio. Ex ſolo ſiquidem tempore non intelligitur voluntas alicuius mutata. leg. ter. & leg. eum, qui. 22. ſupra de probationibus. Si declarauerit ſe velle teſtamentum, quod prius fecit, non valere, idque poſſit probari duobus vel tribus teſtibus, & lapſum ſit decennium: hic lapſus temporis, cum quali quali declaratione voluntatis ſufficit ad infirmãdum teſtamentum. Hic videtis quam aperte expreſſum ſit, ſola voluntatis declaratione non reuocari teſtamẽtum iure factum, etiamſi poſſit oſtendi vel coniecturis, vel ex teſtimoniis duorum, vel trium teſtium teſtatorem noluiſſe hoc teſtamentum valere. Hincque colligi poteſt quid reſpondendum ſit ad illam vulgarem quæſtionem. Quidam pauper alium paupertẽ inſtituit. Deinde poſt factum teſtamentum factus eſt locupletior, non mutauit teſtamentum. Poſt mortem eius dubitabatur, an eius teſtamentum valeret. Dicebatur credibile non eſſe eum, qui cum inops eſſet inſtituit pauperem hominem, cogitaſſe de magnis illis opibus, quas poſtea comparauit, & non eſſe credibile tantas opes illi voluiſſe relinquere. Sed dicendum eſt nihilominus valere teſtamentum. Præſumitur, inquies, mutatam eſſe eius voluntatem. Eſt quidem cõiectura. Sed non ſufficit mutatio volũtatis, etſi idoneis teſtibus probari poſſit. Hinc etiam colligi poteſt, ſi quis teſtamentum fecerit inſtante periculo mortis, eo conualeſcente non reuocari teſtamentum. Et hoc intereſt inter donationem cauſa mortis, & teſtamentum. Donatio cauſa mortis, quæ fit propter periculum mortis ab infirmo ægrotante conualeſcente eo reuocata eſſe intelligitur, etiam ſi ea expreſſim non reuocetur. leg. non omnis numeratio. ff. de reb. credit. Idem de teſtamento dici non poteſt, fruſtra adhiberetur tanta ſolennitas in teſtamentis ſi facile poſſet probari mutatio voluntatis. Deinde teſtamentum reuocatur alio teſtamento iure facto. §. poſteriore. Inſtit. quib. mod. teſta. infirmentur. Atque ideo, cum fit poſtea aliud teſtamentum, fruſtra adiicitur clauſula, quæ adiici ſolet teſtamento poſteriori, qua declaretur teſtatorem voluiſſe omnia caſſa eſſe, quæ erant in priori teſtamento conſtituta. Sed id eſt intelligendum, niſi quid aliud expreſſum ſit priore teſtamento. leg. ſi quis. 22. in princip. de leg. 3. Ad hæc quod diximus poſteriore teſtamento reuocari prius: leg. Alumnæ. 30 §. qui filias infra de adim. leg. fieri poteſt vt teſtator poſterius teſtamentum faciat animo tãtum aliquid mutandi ex priore teſtamento. Quod diximus poſteriori teſtamento prius reuocari, intelligẽdum eſt cum exceptione, quæ traditur in leg. 2. infra de iniuſto, rupto & irrito. & leg. hac conſultiſſima. §. ſi quis autem. Codic. de teſtam. Nam plerunque fit vt etſi poſterius teſtamentum iure factum non ſit, prius tollat propter fauorem liberorum, modo teſtes quinque interueniant, vt ſi extranei in priore hæredes inſtituti erant, in poſteriore liberi. vult enim Iuſtinia. ibi, quinque teſtes adhiberi, nec requirit eos eſſe rogatos. aliam ſolennitatem non requirit. In codicillis etiam, qui mutari ſolent, quinque teſtes interuenire debent. Huc pertinet quod dicitur in leg. ſi duobus filiis. 12. §. ſi prius teſtamentum. de bon. poſſeſſ. contra tabulas. qui locus difficilis eſt. Quæſtio proponitur de hac ſpecie. Quidã fecit teſtamentum in quo exhæredauit filium, & inſtituit extraneum. Deinde aliud teſtamentum fecit in quo præteriit filium. Prius teſtamentum iure factum eſt, non autem poſterius, quæritur an poſſit filius bonorũ poſſeſſionem contra tabulas petere? Quæſtionem facit, quod teſtamentum valere debet, antequam locus ſit huic bonorum poſſeſſioni. Proponitur in hac ſpecie poſterius teſtamentum iure factum non eſſe. Ait tamẽ Iuriſconſ. filium hanc bonorum poſſeſſionem petere poſſe. quod videtur alienum à ratione iuris, cum teſtamentum non valeat. Sed non ſimpliciter ait Iuriſcõſ. eum petere poſſe bon. poſſeſ. contra tabulas, ſed addit, ſi remoto quoque filio, id eſt, ſi filius non eſſet, videndum eſt an ſcripti hæredes ab inteſtato ſucceſſuri eſſent veluti legitimi. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, Si prius teſtamentum factum ſit in ſcriptis, poſterius autem factum ſit per nuncupationem, an poſteriore teſtamento prius tollatur? Iuſtinianus in Inſtitutionibus, §. poſteriore, loquitur generaliter de teſtamento iure facto. Ergo intelligere debemus etiam de teſtamento per nũcupationem facto. Teſtamentum enim non tantum quod in ſcriptis fit, ſed etiam quod fit per noncupationem, dicitur iure factum. Excipitur tamen caſus obſeruatione digniſſimus in leg. nolumus. 20. Codic. de teſt. Si in poſteriori teſtamento nuncupatus ſit Princeps, aut quiuis alius ex magnatibus & potentibus, hoc caſu per poſterius teſtamentum, quod factum erat per nuncupationem, non intelligitur ruptum eſſe prius teſtamentum, quod factum erat in ſcriptis. Nam in teſtamento nuncupato facile poſſunt reperiri teſtes qui mentiantur in gratiam Principis, vel potentis hominis. At non ita fieri poteſt in teſtamento ſcripto. Animaduertebat Theodoſius Imperator quoſdam ex veteribus Principibus occupare alienas hæreditates. idque odioſum eſſe maxime populo. Exemplum vnum eſt Domitiani apud Suetonium. Is in Domitiano inquit, *Confiſcabantur alieniſſimæ hæreditates, etiam vno tantum exiſtente teſte, qui Principem hæredem eſſe inſtitutum diceret.* Circa hunc locum quædam poſſent addi: nam præcipua tantum capita attigimus, ſed commodius hæc omnia ſuis locis docentur. Dicimus ex teſtamento non ſolenni nihil poſſe peti, quid ſi proponatur teſtamentum ſubſtractum, an poterit ex teſtamento peti? Locus eſt de hac re in leg. ſi legatarius. 25. Codic. de leg. dicitur ibi, ſi legatarius ſubſtraxerit teſtamentum, non poſſe legatum petere & grauiſſima eſt accuſatio falſi, nempe ſi quis ſubſtraxerit teſtamentum. leg. Paulus. 16. ff. ad leg. Corne. de falſis. Ego ita ſentio, non poſſe eum qui ſubſtraxerit teſtamentum, quicquam petere, & nihilominus valere teſtamentum. Hæc non ſunt pugnantia, Teſtamẽtum quod ſubſtractum eſt valere, & nihilominus legatum peti non poſſe à legatario qui ſubſtraxit teſtamentum. Nam etſi amittat legatum legatarius, illa ſubſtractio tamen non debet nocere aliis, quibus eodem teſtamento aliquid relictum eſt. Et idem videtur dicendum de hærede, qui ſubſtraxit teſtamentum, nam quamuis hæreditate careat, id tamen aliis nocere non debet.

IN TIT. V.
DE HÆREDIBVS INSTITVENDIS.

ORdo poſtulat vt poſtquam de teſtamentis diximus, nunc dicamus de inſtitutione hæredum, vel hæredibus inſtituendis. Nam teſtamenti præcipua pars eſt inſtitutio hæredis, ſine qua teſtamentum non valet. leg. proxime. ff. de his, quæ in teſta. delen. Nullum eſt enim teſtamentum, quod hæredem non habet. Ex hæredis inſtitutione teſtamentum vires capit: diciturque totius teſtamenti caput & fundamentum hæredis inſtitutio. Teſtamentum præterea dici non poteſt, in quo nemo inſtitutus eſt: ſed potius codicilli. l. vltim. ff. de iure codic. Itaq; poſt titulũ de teſta. in Cod. Iuſtiniani ſequitur tit. de hæred. inſtit. licet hic ordo

ſenatus

ſeruatus non ſit in Pandect. Huic titulo reſpondet alius titulus in Codice, alius in Inſtit. nempe de hæredum qualitate & differentia. Hos titulus ſimul explicabimus. In primis videndum eſt, quid ſit hæredem inſtituere, deinde per alios locos communes de hæredibus inſtituendis tractaturi ſumus.

Cap. I.

Quid ſit hæredem inſtituere.

INſtituere hæredem, eſt hæredem ſcribere vel nuncupare in teſtamento eum quem quis ſucceſſorem ſibi eſſe vult. l. 1. hic. non tantum ſi quis ſcriptus ſit, ſed etiam ſi nuncupatus ſit, dicitur hæres inſtitutus eſſe. Videtur autem inſtituere hæredem dictum eſſe, quaſi ſtatuere in loco ſuo. Hæreditas dicitur eſſe ſucceſſio in vniuerſum ius defuncti l. nihil aliud ff. de reg. iur. Hæreditas nomen iuris eſt. & hæreditas damnoſa, dicitur etiam hæreditas. leg. hæreditatis appellatio, ſine dubio. 119. ff. de verb. ſign. hæres dicitur, qui eum quia ſibi ſucceſſorem facit, ſaltem hæres teſtamentarius. vnde dicitur in leg. hæreditas. 50. in princ. ſupra de petit. hæred. hæreditatem eſſe etſi nulla corpora hæreditaria reperiantur. Ratio itaque exigit vt nihilominus dicatur hæres, etiam ſi dicat nihil ſe reperiſſe in bonis defuncti. Hæredem igitur inſtituere eſt ſucceſſorem collocare in loco ſuo. Exemplis demonſtrandum eſt quomodo id fiat. Exempla vulgaria ſunt & protrita in hoc tit. l. 1. & leg. his verbis. veluti *Titium inſtituo hæredem meum,* quamuis de eo fuerit dubitatum apud veteres. Vlpian. in Inſtit. hoc tit. ait, recepta erant, inquit, hæc verba *Titius hæres eſto.* Hæc verba dicebantur ciuilia à iure ciuili leg. verbis ciuilib. 7. infra. de vulg. & pupil. ſubſtit. alias dicuntur formalia & legitima. leg. vltim. C. de teſta. tut. & l. directas. 14. Cod. de teſta. manu. Hodie ſufficiunt quæcunque verba ad declarandam voluntatem teſtatoris. l. quoniam. C. de teſta. Hinc obiter notandum eſt, quod eſt animaduerſione dignum morientis hominis & iam balbutientis teſtamentum valere. Cum quis balbutit non eſt exigenda ab eo ſolennitas aliqua verborum, ſufficit eum ita verbis vel quibus voluntatem ſuam declaret. hoc eſt intelligendum modo articulate loquatur & intelligi poſſit. Qui enim articulate non loquitur ſimilis eſt mortuo. leg. iubemus. 29. §. ſin autem forſitan. Cod. de teſta. Sed intelligendum eſt quod hic dicitur, ſi ita loquatur, vt intelligi poſſit.

Præterea notandum eſt inſtituere hæredem eum quoque recte dici, qui ſecundum hæredem primo hæredi ſubſtituit. l. 1. de vulgat. & pupil. ſubſtit. Is qui ſubſtituitur alteri primo hæredi, recte dicitur inſtitutus eſſe, quamuis ſubſtitutio nonnunquam opponatur inſtitutioni, vt cum dicitur hæredes inſtitui, aut ſubſtitui. d. l. 1. Sed de eo dicemus fuſius in tit. de vulg. & pupil. ſubſtit. Ex his intelligitur ſatis quid ſit hæredem inſtituere, & quibus verbis inſtitutio hæredis fiat. Alij ſunt loci quidam præcipui huius tituli quos nunc perſequemur. Quæritur in primis de perſonis, quæ hæredes inſtitui poſſunt, vel non poſſunt. Quæritur etiam de ratione inſtituendi, id eſt quo modo inſtitui debeat hæres. Quæritur etiam de vi & effectu inſtitutionis. Nos igitur primum de perſonis dicemus.

Cap. II.

Qui poſſunt hæredes inſtitui, vel non.

DE perſonis igitur hoc in primis obſeruandum eſt; Omnes hæredes inſtitui poſſe, cum quibus teſtamenti factio eſt. Vlpian. in Inſtit. titul. qui hæred. inſtit. poſſ. §. extranei. & ſeq. & Imp. Iuſtin. Inſtit. de hæred. qualita. & differ. Id eſt, qui poſſunt ex alicuius teſtamento capere, vel alij acquirere. Quidam enim etſi capere non poſſint ex teſtamento: tamẽ alij acquirere poſſunt, vt ſerui. Videndum eſt igitur quænã ſint hæ perſonę, cum quibus teſtamenti factio eſt, aut non eſt: vt intelligamus quęnam perſonæ hęredes inſtitui poſſint, vel non poſſint. De quibuſdam perſonis nominatim & ſpecialiter tractatur ſub hoc titulo, de quibus probabiliter dubitari potuit. De his quoque nos dicemus. In primis quæritur de ſeruo, an poſſit ſeruus hæres inſtitui? Ego hunc locum percurram, vt feſtinemus ad alia, quæ magis vtilia ſunt. Seruus qui iure ciuili pro nullo habetur, videtur teſtamenti factionem non habere. ſed tamen hic dicitur nihil referre, an quis liber ſit, an ſeruus, vt recte hæres inſtitui poſſit. leg. non minus. 31. hoc tit. Non tantum inſpicimus, an teſtamenti factio ſit cum domino ſerui, non an ſit cum ipſo ſeruo. Non enim recte inſtituitur ſeruus. leg. neque. 10. Codic. eod. Et regula eſt, quæ traditur leg. ſi mihi. 12. §. regula. de leg. 1. vt quibus legare nõ poſſumus, ne ſeruis quidem eorum legare poſſumus. Nihil autem intereſt an proprius ſit ſeruus teſtatoris an alienus, vt valeat inſtitutio. Aliquid tamen intereſt in ratione inſtituendi. Nã proprius ſeruus poteſt ſine libertate inſtitui hæres. Ex eo enim quod hæres inſtitutus eſt, liber fit. Seruo alieno non poteſt relinqui libertas, nec hæres inſtitui poteſt, niſi ſub conditione, *Cum liber erit.* l. ſi alienum. 47. in princ. hoc tit. & ſimil. Quid dicemus de ſeruo hæreditario? Seruus hæreditarius non videtur nec proprius teſtatoris eſſe, nec alienus. Non videtur eſſe in cuiuſquam dominio: ſed tamen dicitur eum hæredem inſtitui poſſe. d. l. non minus. Eſt locus communis de hæreditate. Hęreditas pro domino habetur. Res hęreditariæ ſi ſubtilitatẽ ſpectemus, in nullius bonis ſunt: ſed tamen vtilitatis cauſa receptum eſt vt pro domino habeatur hęreditas. leg. hæreditas. 61. ff. de acq. rer. domi. Itaque ſeruus hęreditarius recte hęres inſtituitur. Nam acquirit hæreditati. Idem dicitur Inſti. eo. §. ſeruus & alienus poſt domini mortem, &c. Excipitur ſerua adulterij accuſatus. l. his verbis. 46. §. interdum. hic. & §. eſt tamen Inſt. eo. Lex Iulia de adult. vetat ſeruum adulterij accuſatum manumitti à domina ſua, cum qua adulteriũ admiſſum eſſe dicitur: vt poſſit quęſtio haberi de ſeruo veritatis erũdæ cauſa. Si ergo manumiſſus ſit, vt ſubducatur quæſtioni, non valet manumiſſio, quia hoc ſit lege prohibente: nec etiam valet inſtitutio. Eſt locus ſimilis in l. ſi poſtulauerit. 27. in princ. ff. ad l. Iul. de adult. & l. proſpexit. 12. ff. qui & à quib. manu. lib. non ſi. In illis locis intra 60. dies vetatur mulier manumittere ſeruos. In dict. leg. proſpexit debemus intelligere legem Iuliam de adulteriis. eſtque eadem inſcriptio d. l. ſi poſtulauerit. ff. de adult. & illa duo capita cõiungi debent vt rectius explicentur. Præterea ſerui vetantur hęredes inſtitui in fraudem creditorum lege Ælia Sentia. Si fraudandorum creditorum ſuorum gratia quis ſeruos ſuos manumiſerit, & hęredes inſtituerit, nec manumiſſio, nec hęredis inſtitutio valebit, excepto vno ſeruo hęrede neceſſario futuro teſtatoris. hoc enim cautum eſt dict. l. Ælia ſentia. Et hinc multę quęſtiones oriuntur, de quibus l. qui ſoluendo. 42. & 60. & ſi is qui ſoluendo. 55. & l. ſi non lex. 83. & aliis quibuſdam capitib. huius tit. Hęc ſufficiant de ſeruis. Ex eo quod dicitur de ſeruis, dubitari poteſt an idem dicẽdũ ſit de eo, qui apud hoſtes eſt. Tractatur iſta quęſtio in l. illa inſtitutio. 32. §. 1. hic. Hic diximus eũ hęredẽ inſtitui poſſe, qui ſibi vel aliis poteſt teſtamento acquirere, is vero, qui apud hoſtes eſt, nec ſibi nec aliis videtur acquirere

Digitized by Google

poſſe. Nō poteſt ſibi quia ſeruus eſt: nec aliis, nec hoſtibus, quia peregrinus eſt Sed non eſt verum eū amiſiſſe omnino ciuitatem, nec verum eſt etiam eum omnimodo ciuem eſſe: ſed pendent iura ciuitatis. §. item ſi quis ab hoſtibus. Inſtit. de rerum diuiſio. Quæſtio etiam eſt de peregrino, qui ciuis non eſt, an rectè hæres inſtituatur? Et certum eſt eum non poſſe hæredem inſtitui. Opponitur ciuis peregrino, id ſatis oſtendunt verba legis Falcidiæ. Teſtamenti factio iuris ciuilis eſt. Vlpianus in Inſtit. titul. qui hæred. inſtit. poſſunt, id aperte ait. Dedititiorum, inquit, numero hæres inſtitui non poteſt, quia peregrinus eſt. Idem in l. 1. Codic. hoc titul. Vlpianus ergo tanquam certum hoc ponit, eum qui ciuis Romanus non eſt, non poſſe hæredem inſtitui. Sed quia dubitatur cuius temporis habenda eſſet ratio, dicit ſufficere eum ciuem fuiſſe tempore facti teſtamenti, & tempore mortis: nec media tempora ei nocere. l. ſi alienum ſeruum. 47. §. in extraneis. hoc tit. ff. Hinc conſequens eſt eum, qui deportatus eſt in inſulam, non rectè hæredem inſtitui. Accurſius & Accurſiani non rectè interpretantur hunc locum: nec intelligunt quid ſit peregrinum eſſe. Peregrinum eſſe, eſt ciuem non eſſe. Deportatus amittit ciuitatem deportatione, & ad peregrinitatem redigitur. leg. ſunt quidam. 17. ff. de pœn. & l. ſed ſi hac lege. 10. §. ſed ſi per pœnam. ff. de in ius vocan. Peregrinitas opponitur ciuitati: ſicut peregrinus ciui. Excipitur vnus caſus. Nam deportati ex militis teſtamento capiunt, non ex teſtamento pagani. l. ex teſtamento. 5. Codic. de milit. teſta. Si relicta ſit hæreditas deportato, an illa fiſco acquiratur? Quæſtio eſt aliena à propoſito noſtro, pertinet enim ad titul. de his quib. vt indig. Quæritur etiam an Princeps rectè hæres inſtituatur? Reſpondeo, Principem rectè hæredem inſtitui poſſe. quoniam id prohibitum non reperitur. Omnibus ciuibus teſtamento legare licet, præterquam ſi cui nominatim prohibeatur. De Principe nihil prohibitum reperitur. Et huc pertinet quod dicitur in leg. pen. hic. Imperator litis cauſa hæres inſtitui non debet, vt opponatur durior & potentior aduerſarius. Idem dicitur in Inſtit. titul. quib. mod. teſta. infir. §. vltim. vbi Iuſtinianus oſtendit hoc manaſſe ex oratione Pertinacis Imperatoris. Ea oratione expreſſit Pertinax, ſe hæreditatē nullius admiſſurum eſſe qui litis cauſa hęredē inſtituerit Principem. Sed opponitur huic ſententiæ lex, ex hoc edicto. 8. §. ſed hæredē. ff. de alienat. iudic. mutan. vbi ait Vlpianus edictū Prætoris de alienatione iudicio &c. ad hæredis inſtitutionē, aut legatum non pertinere. Quod ait Prætor, *Si quis alienauerit*. Hæc verba de venditione intelligūtur & alia huiuſmodi alienatione. Sed ſi quis hęredē inſtituerit, id ad edictū Prætoris non pertinet. Ergo nō videtur eſſe inutilis inſtitutio, cū quis inſtituit Imperatorē iudicij mutādi cauſa, vt aduerſario ſuo potētiorem aduerſariū opponat. Quidā eruditus exiſtimat inſtitutionē huiuſmodi nō eſſe inutilē, ſi quis inſtituerit Principem hæredem iudicij mutandi cauſa: nam Paulus in dict. leg. pen. hoc titul. ff. ait, inſtitutionem hæredis non haberi pro inutili. Admonet quidem hoc inuidioſum eſſe, ſed tamen non vetat hæredem inſtitui, ideóque hæredis inſtitutio valet. Recepta autem opinio & interpretatio mihi verior eſſe videtur. Ego ſic interpretor, non licere litis cauſa hæredem Principem inſtituere. Oratione enim Pertinacis oſtenditur non admiſſum iri hæreditatem eius, qui hæredem Principem litis cauſa inſtituerit. Paulus de Principe non eſt auſus aliter loqui. Dixit autem inuidioſum eſt, modeſtè: nec aliis verbis vtitur in leg. ex imperfecto. 23. ff. de lega. 3. inuerecundum eſſe ait. vterque locus Pauli eſt ex lib. 5. Sentent. Vtrumque caput eandem inſcriptionem habet, vt certum ſit eodem in loco hæc à Paulo ſcripta eſſe. & tamen fatemur non licere Principi quicquam ex imperfecto teſtamento capere. leg. 3. Codic. de teſta. Sed ſupereſt vt reſpōdeamus ad dict. leg. ex hoc. edicto. de aliena. iudic. mut. cauſa. Ego reſpondeo edictum quidem de alienat. iudic. mut. cauſa facta, non pertinere ad eum, qui hæredem aliquem potentiorem inſtituit, vel qui potētiori legauit. Sed hæc verba, de Principe non intelliguntur. Nam maior ratio eſt in Principe. Quis enim eſt qui cum Principe aut litigare velit, aut auſit? Nihil ergo aduerſatur noſtræ ſententiæ quod obiicitur ex dict. leg. ex hoc edicto. Hæc à bonis Principibus ſcripta ſunt, quod malorum principum exemplum eos commoueret. Plerique principes auaros & rapaces inſtituebant hæredes; alij etiam ne bona occuparentur. Corne. Tacit. in vita Agrip. Bonus parens non ſcribet hæredem Principem fraudatis liberis ſuis, niſi ſciat Principem auarum eſſe & rapacem. Sic igitur nos intelligimus quod dicitur in leg. pen. hic.

Alia quæſtio eſt de collegio, an collegium inſtitui poſſit? Tractatur hæc quæſtio in leg. collegium. 8. Codi eo. Collegium ſocietas hominū eſt ita contracta, vt ex pluribus perſonis, quaſi vna perſona & vnum corpus fiat. hoc collegium vocatur corpus. leg. 1. quod cuiuſque vniuerſitatis. ff. Aliud enim eſt collegium, quia ſinguli ex quibus collegium coaleſcit & conſiſtit. l. in tantum. §. vniuerſitatis. ſupr. de rer. diuiſ. Quæ collegij ſunt, non ſunt ſingulorum, ne pro parte quidem: ſicut diximus hæreditatem haberi pro perſona. leg. mortuo. de fideiuſſ. Vniuerſitas & collegium, perſona quædam eſt imaginaria. Ergo cum quæritur an collegium inſtitui poſſit, non inſpicimus an ſinguli capaces ſint hæreditatis, an ve ſinguli inſtitui poſſint, ſed an totum corpus. Ergo non ſine cauſa quæſitum fuit & dubitatum, an collegium inſtitui poſſit. Ait Imperator, Collegium ſi nullo ſpeciali priuilegio ſubnixum ſit, hæreditatem capere non poſſe dubium non eſt. dict. leg. collegium. Codic. hoc titul. Hoc idcirco dixit, quia collegia legibus Romanis interdicta ſunt, nec licet collegium conſtituere, legibus Romanis. omnes enim huiuſmodi cœtus ſuſpecti fuerunt veteribus propter coniurationem in remp. Permiſſum eſt tamen certis artificibus ſocietatem coire. quod hi magis neceſſarij viderentur ad rempub. in leg. 1. in princ. ſupra quod cuiuſque vniuerſit. leg. 1. 2. & 3. infra de colleg. hodie ob huiuſmodi incommoda, legibus regiis in Gallia prohibitæ ſunt, quæ *φρατρίαι* verbo Græco dicuntur, Confratriæ vulgo appellantur. Id rectè conſtitutum eſt, quamuis aut nullam, vt minimam executionem conſtitutio habuerit. Alia quæſtio eſt, ſi quis inſtituerit extraneum hominem & ignotum, an valeat inſtitutio hæredis? Hic dicitur etiam extraneum hominem & ignotum rectè hæredem inſtitui poſſe. leg. extraneum. 9. Codic. eodem. Hæc verba ſubobſcura ſunt. non dubito quin ſit pars cuiuſdam reſcripti. Sic interpretor hæc verba. Quidam cum animam ageret, inſtituit extraneum hæredem, legitimi hæredes adeunt Principem, conqueruntur eum, cum iam animam ageret, inſtituiſſe hæredem extraneum: nec veriſimile eſſe defunctum prælaturum fuiſſe extraneum ſuis hæredibus: niſi animam ageret: tamen dicitur inſtitutionem valere.

Cœpimus oſtendere quæ perſonæ hæredes inſtitui poſſint, aut quæ non poſſint. Addendum eſt ſupradictis incertam perſonam non poſſe hæredem inſtitui. Ita ſcribit Vlpianus in Inſtit. titul. qui hæredes inſtitui poſſ. Idem Iuſtinianus ait conſtitutum fuiſſe à veteribus. Inſtit. de legat. §. incertis, vbi legatis incertis perſonis, inquit, olim inutiliter legabantur. Exempla huiuſmodi reperiuntur tam apud Vlpianum in Inſtit.

ſtit. quam apud Iuſtinianum in dict. locis. Quiſquis primus ad funus meum venerit, hoc eſt exemplum Inſtit. hæc perſona incerta eſt, quæ inſtituitur teſtamento. ideóque dicitur inutilis eſſe inſtitutio. Ratio eſt apud Vlpianum in eodem loco, quia certum eſſe debet conſilium teſtatoris. Non poteſt videri teſtamentum eſſe, quod ex certo conſilio teſtatoris nõ proficiſcitur. Ius eſt hoc antiquum, quod Iuſtinianus ſignificat in dict. §. incertis. & ſequenti, certo emendatum eſſe. Sed conſtitutio cuius meminit Iuſtin. in dict. §. incertis. nõ reperitur in Codice Iuſtiniani: ſicut & aliæ pleræque, quarum meminit in Inſtit. De incertis perſonis nihil reperitur in Codice, quam quod dicitur de pauperibus & captiuis. leg. nulli. 28. & l. ſi quis ad declinandam. 37. de epiſc. & cleric. Hinc conſequens eſt non valere hanc inſtitutionem, *hæredes mei ſunto, quos Titius voluerit.* leg. illa inſtitutio. 32. in prin. ff. hoc titul. Veteres conſtituerunt per ſe firma teſtamẽta eſſe debere. Cum autem inſtitutio confertur in alterius arbitrium, non poteſt certum eſſe dici conſilium teſtatoris. Certum igitur debet eſſe conſilium teſtatoris. Quomodo valebit inſtitutio collata in arbitrium alterius? Sed de hoc genere inſtitutionis dicemus in ſeq. c. Multa enim obiici ſolent aduerſus hanc ſententiam. Nos hæc obiecta diluemus ſuo loco. Pergamus. Eadem ratione municipium, ſiue municipes non rectè inſtitui dicuntur. Si quis ciuitatem aliquam inſtituerit: inutilis eſt inſtitutio, ſecundum ius antiquum. Ita ſcribit Vlpianus in Inſtitut. in loco iam à nobis recitato. verſ. Nec municipia. quoniam, inquit, corpus incertum eſt: Idem teſtatur Plinius lib. 5. epiſt. in epiſtola ad Caluiſium. nec hæredem inſtitui poſſe rempublicam, nec percipere poſſe. His verbis vtitur, quaſi hoc certum fuerit tempore Vlpiani. Ille locus Plinij maximè conſentit cum verbis Vlpiani à nobis adductis. Qui ſcripſerunt in dict. §. incertis. mirantur quomodo id ſcripſerit Plinius, cum tempore Vlpiani potuerit relinqui ciuitatibus. leg. ciuitatibus. 122. de leg. 1. & leg. 2. infr. de reb. dub. & leg. omnibus. 26. infr. ad Senat. Treb. Ego ſcio hoc ius mutatum eſſe conſtitutionibus. Poteſt enim ciuitatibus relinqui quocunque tit. leg. hæreditatis. 12. Codic. hoc titul. Eſt Leonis Imperatoria conſtitutio, qua veteri iuri derogatum eſt. Sed tempore Plinij & Vlpiani ita ius conſtitutum erat, nec quicquam repetitur in Codic. vel Digeſtis ex quo poſſit falſum argui, quod Plinius ſcripſit in ea epiſtola, cum ita legibus cautum eſſet. Dubitatum fuit de fideicommiſſis, an ſaltem per fideicommiſſum poſſit aliquid relinqui ciuitati. Dubitatum de eo erat ante Senatuſc. Apronianum, cuius mentio eſt in Pandect. dict. leg. omnibus ciuitatibus. ad Senat. Trebel. Vlpian. in Inſtit. titul. à nobis adducto, qui hæred. inſtit. poſſ. exceptiones duas addit. Poterat, inquit, olim legari ciuitati à libertis ciuitatis. Poterat etiam per fideicommiſſum relinqui. Vnde facile reſponderi poteſt ad leg. ciuitatibus. de leg. 1. & leg. 2. de reb. dub. vt intelligamus tempore Vlpiani non licuiſſe vel Remp. inſtituere hæredem, vel ei quicquam legare extra caſus receptos. Legatum eſt verbum generale. Legare etiam dicitur, qui fideicommiſſum relinquit. Ideóque quod dicitur in dict. leg. ciuitatibus. poteſt intelligi de fideicommiſſo. Deinde quod dicitur in dict. leg. 2. ff. de reb. dub. intelligendum eſt quo caſu legatum ciuitatib. relictum valet. Valet autem legatum municipibus à liberto. Non igitur mirum videri debet quod ſcripſit Plinius in ea epiſtola. cum idem ius Vlpianus ſcripſerit: & cum nihil reperiatur in Codice & Digeſt. ex quo argui poſſit eum falſum ſcripſiſſe. Addit idem Vlp. eo loco Deos quoſdam nos hæredes inſtituere poſſe, non quoſlibet veluti Iouem Tarpeium &c. Hoc redolet ſuperſtitionem veterum. Sed quod ad Deum attinet, dubitandum non eſt quin valeat inſtitutio. l. 1. §. ad municipũ. inſt. ad leg. Falcid. vbi lex Falcidia dicitur ad legata municipum. & ea, quæ Deo relinquuntur pertinere. Sed quem effectum habet legatum Deo relictum? Hoc interpretatur Iuſtinianus in Nouel. de Eccleſ. titul. §. ſi quis in nomine magni Dei. Ex iam dictis naſcitur quæſtio de tempore, quod ſpectari debeat, cum quæritur an cum aliquo teſtamenti factio ſit, an non ſit: an hæres inſtitui poſſit, an non poſſit. l. ſi alienum. 47. §. ſi extraneis. hoc tit. dicitur extraneis hæredib. ſpectanda eſſe tria tempora. Tempus teſtamenti facti, tempus mortis teſtatoris, & tempus aditæ hæreditatis. In primis igitur oportet cum eo qui hæres inſtituitur, teſtamenti factionem eſſe eo tempore, quo teſtamentum fit, tempore mortis teſtatoris, & tempore aditæ hæreditatis. Non enim valet inſtitutio ante aditam hæreditatem. Loquitur autem Iuriſconſul. de extraneis, ſed cur non idem in ſuis & neceſſariis hæredibus conſtitutum non eſt? Nã in ſuis hæredibus neceſſaria eſt aditio hæreditatis. leg. in ſuis. 14. infra de libe. & poſth. Ipſo iure ſui fiunt hæredes ſine vlla aditione. Ergo non dicemus tria tempora eſſe neceſſaria in ſuis hæredibus, ſed duo tantum, tempus teſtamenti facti, & tempus mortis. Similis locus eſt in leg. ſed ſi. 6. §. ſolemus. Dicimus tria tempora ſpectari. Si igitur medio tempore, id eſt, inter teſtamentum & mortem, vel inter mortem & aditionem hæreditatis, fuerit incapax hæreditatis, is qui hæres inſtitutus eſt, quia forte redactus eſt ad peregrinitatem, hoc non nocet inſtitutioni. Similis locus eſt in l. liber homo. 59. §. ſi hæres. hoc titul. Sed de perſonis, quæ ex teſtamento capere poſſunt, vel non poſſunt hactenus. His addendum eſt, eum cum quo teſtamenti factio non eſt, poſſe nihilominus hæredem inſtitui collata conditione in tempus, quo capax futurus eſt. l. in tempus. 62. hoc titul. Conditionalis inſtitutio hic valet: pure non valeret. Si quis inſtituerit hæredem eum qui capax non eſt: quia peregrinus eſt, non valet inſtitutio, etiam ſi ex peregrino factus fuerit ciuis. Sed cum inſtitutio conditionem habet, & confertur in id tempus, quo capax futurus eſt, valet inſtitutio, ſi poſtea capax reperiatur, quo tempore hæreditatem aditurus eſt. Simile eſt quod dicitur de ſtipulatione. leg. ſi rem meã. & l. exiſtimo. de verb. oblig. Rem meam mihi dari ſtipulari non poſſum, vtilis erit ſtipulatio ſi eam ſtipuler ſub conditione collata in id tempus, quo mea eſſe deſierit. Hactenus de perſonis. Sequens locus eſt,

Cap. III.

Quomodo hæredes inſtituendi ſint.

VT valeat inſtitutio hæredum, non ſufficit eum, qui inſtituitur capere poſſe, quamuis id neceſſarium ſit, ſed habenda eſt ratio inſtitutionis. Videndum eſt qua ratione inſtitui debeat hæres. In ratione hæredum inſtituendorum quædam obſeruanda ſunt, ſine quibus non valet inſtitutio. Huiuſmodi hoc eſt quod hæredis inſtitutio fieri debet in teſtamento: non in codicillis. §. codicillis. Inſtit. de codicil. neque enim quis exhæredatur codicillis, neque inſtituitur, ne confundatur ius codicillorum & teſtamenti, alias inutilis eſſet tanta ſolennitas quæ deſideratur in teſtamentis. leg. non codicillum. Codice de teſta. ord. Olim teſtator debebat ab inſtitutione incipere ſuum teſtamentum. idque videtur ſignificare Iureconſultus in leg. 1. hoc tit. ff. Sed hoc ius abrogatum eſt, non ſpectatur ordo ſcripturæ: nihil refert, an quis incipiat à Legato vel fideicommiſſo, an vero ab inſtitutione hæredis. §. ante hæredis inſtitutionem. Inſtit. de legatis. l.

ambiguitates.24.C.de teſta.vbi Iuſtinianus ait,Si vitio ſcriptoris ſcriptum ſit legatum vel fideicommiſſum ante hæredis inſtitutionem, nihilominus valere teſtamentum. Hæc conſtitutio loquitur de vitio ſcriptoris tantum,non de culpa teſtatoris:ſed tamen Iuſtinianus in tit.de lega.§.ante hęredis.plenius loquitur. Ait enim valere teſtamentum quocunque modo ordo teſtamenti interuerſus fuerit,forte alia conſtitutio fuit Iuſtiniani ea de re. In eo loco Iuſtinianus ait ſua conſtitutione ius antiquum emendaſſe. Ea de re nulla alia extat, quàm ea,quam recitauimus. Secundo,hæres in teſtamento aut ſcribi aut nuncupari debet l.1.hic. Oportet autem ſcribi nomen hæredis in tabulis,vel nuncupari.conſtitutio Iuſtiniani,de qua diximus, quæ eſt Codic. ſub titul. de teſt. leg. iubemus. 29. addit nominandum eſſe hæredem, vel ſcribendum à teſtatore. Quod autem dicimus de nomine, idem eſt intelligendum de demonſtratione, quæ facta ſit eo ſigno & nota,quæ nominis vice fungatur.Demonſtratio tantam vim habet, quantam nominatio.l.certam.6.ſup. de reb. cred. & l. ſi nominatim.34.inf.de cond.& demo.& leg. quoties. 9.§.ſi quis nomen.& leg.nemo,hic.58. Nihil enim refert an quis ita dixerit, *Titius mihi hæres eſto*, an vero dixerit,hic mihi hæres eſto,quem digito oſtendo. hoc eſt quod dicit Iuriſconſ.in d.l.certum. nihil referre,an res aliqua proprio nomine deſignetur, an alia nota, quæ nominis vice fungatur. falſa demonſtratio hic nõ nocet. Si quis errauerit in nomine, vel ſi quis falſam demonſtrationem adiecerit, non ideo inutilis eſt inſtitutio. Poteſt quis frater appellari,qui tamen frater non eſt. Quid ſi demonſtratio maledictum aliquod aut contumeliam contineat ?Si quis addiderit demonſtrationis loco aliquod maledictum,an vitietur hæredis inſtitutio?De hac re l.his verbis. 48. §. vlt.& l.non ideo 5 C.

Hic reperiuntur duo capita,quæ videntur pugnantia eſſe.vnum eſt dict.leg.quoties.§.ſi quis nomen: alterũ in dict.l.his verbis.§.vltim.hic, in leg. his verbis. §. vltim.dicitur illa inſtitutio valere, Filius meus impiiſſimus & male de me meritus hæres eſto: quia pure facta eſt. in l. quoties. dicitur non valere inſtitutionem, ſi quid contumeliæ cauſa fuerit additum: ſed hæc diuerſa ſunt,non pugnantia. In qua lege dicitur ſi quid contumeliæ cauſa fuerit additum, non valere inſtitutionem, hoc verum eſt,& huic conſentaneum eſt, quod dicitur in leg.turpia legata.54. de legat. 1. In dict. leg. his verbis. dictum eſt, cum maledicto hæredem inſtitui poſſe:non autem cum contumelia. Poteſt quis maledictum alteri dicere, non tamen contumeliæ cauſa. In leg. his verbis videtur pater maledictum dicere filio admonendi & obiurgandi eum cauſa, vt quamuis is male meritus ſit de ſe, tamen eum hæredem inſtituere velit. Ergo dicendum eſt, & ſi maledictum aliquod adiectum ſit inſtitutioni hæredis,id non vitiare inſtitutionem,niſi contumeliæ cauſa adiectum ſit, tũc odio ſcribẽtis legatum, vel inſtitutio pro nulla haberi debet. Sic mihi videtur hæc antinomia explicari poſſe.Alij alia comminiſcuntur,ſed hæc mihi placent. Valet igitur inſtitutio hæredis, vel cum hæres appellatus eſt nomine proprio,vel cum certa nota deſignatus eſt, quæ nominis vice fungatur. Diximus autem,cum certum eſt & indubitatum ſignum. Nam ſi teſtator vſus ſit verbis adeo obſcuris, vt incertum ſit quem hęredem eſſe voluerit,ea incertitudo vitiat inſtitutionem.leg.in tempus 62. §. quoties. hic. Teſtator duos habebat amicos eiuſdem nominis: vnum hæredem inſtituit, quia non apparet quem inſtituerit hæredem, inutilis effectu eſt talis inſtitutio. Hic ius non deficit: ſed probatio tantum. Quæritur ſi erratum ſit in corpore, an is error noceat inſtitutioni? Dicimus errorem in nomine,in demonſtratione non nocere: ſed ſi in corpore erratum ſit,ait Vlpianus nullam eſſe inſtitutionem,vt hoc titul. leg.9.quoties.in princ. Adeo nocet error in corpore vt neque is,quem oſtendit,vel nominauit teſtator, hæres ſit,neque is de quo ipſe teſtator ſenſit,quod mirum eſt. De eo de quo errauit dubium non eſt, quia error excludit conſenſum. Sed cur is de quo ſenſit teſtator,non poteſt vindicare hæreditatem, cum voluntate teſtatoris nitatur? Voluntas autem teſtatoris in teſtamentis magis ſpectanda eſt quam verba. Sed hic Iuriſconſ. ait neutrum hæredem fore,& rationem reddit, quia ſcriptus non eſt. Sed mirum eſt quod dicitur magis ſpectari quod ſcriptum eſt, quam voluntatem teſtatoris. Nónne voluntas teſtatoris debet eſſe potior, quam verba? Mirum ſane non eſt id nobis videri obſcurum, de quo diſſenſio fuit inter veteres Iureconſultos.Quorum autem fuit opinio non valere, eos mouit hæc ratio,quam adduxi.hæc fuit ſententia Labeonis.l.Labeo. 7.de ſupellect. lega. Videbatur hoc durum eſſe Tuberoni, cum conſtet de voluntate teſtatoris: tamen nos quod ſcriptum eſt magis ſequi. Sed tamen præualuit aliorum opinio,velut Seruij, quem omnes poſtea ſecuti ſunt. d. l. Labeo. Cum quis errauit in propria & communi rei appellatione, credibile non eſt aliquid aliud ſenſiſſe, quam quod communi verbo ſignificatur.l.ille aut ille.25.§.1. infra de leg. 3. Plerũque recedimus à propria ſignificatione verborum,& deflectimus ad abuſum: quia non omnes nouerunt propriis verbis vti.l.non aliter.67.de leg.3.& l.cum de lanionis.18.infra de inſtr.fun.

Superius diximus de teſtatore qui errat non in nomine proprio hæredis, ſed in corpore, vt ſi quis ita dixerit, Hunc ego fratrem meum hæredem inſtituo, cum Titius in eius conſpectu eſſet,quem fratrem ſuum errore ductus exiſtimaret. Diximus inſtitutionem hanc propter errorem inutilem eſſe,& adeo inutilem, vt neuter inſtitutus eſſe intelligatur: nec is, quem demonſtrauerat teſtator,nec is de quo ſenſit.l. quoties.in princ. hic. Hinc igitur eſt perſpicuum errorem in corpore eius qui inſtituitur hæres, nocere inſtitutioni, & inſtitutionem omnino reddere inutilem. Idem dicendum eſt,& ſi quis in nomine rei errauerit,& appellatione communi. dicta lege, quoties. in princip. Idem dicitur de errore in re. leg. 4. de legatis 1. Sed aduerſus hanc ſententiam obiicitur locus communis de ſententia, & voluntate teſtatoris. In teſtamentis dicitur voluntas teſtatoris ſpectanda magis, quam verba eiuſdem. Omnes iuris auctores plurimum tribuunt voluntati teſtatoris. Aiunt voluntatem teſtatoris ſemper ſpectandam eſſe. & diximus ſupra ſub titulo de teſtam. ordin. nihil referre quibus verbis vtatur teſtator. leg. quo fuit ſententia Labeonis. dict. leg. Labeo. de ſupellect. leg. Iiſdem verbis fere vtitur Tubero in ea re, quibus Cicero in orat.pro Cecinna. Nihil opus eſt, inquit, verbis, cum res,cuius gratia verba comparata ſunt, intelligitur. Mirum ergo videtur quod hic dicitur, ſpectari verba magis quam voluntatem teſtatoris. Nam hic proponitur conſtare de voluntate teſtatoris. Cum enim dicimus, erratum eſt, duo his verbis complectimur. dicimus, quod voluit vnum inſtituere, vel vnam rem legare: deinde, quod alterum nominauit, vel aliam rem legauit, & tamen magis amplectimur verba teſtatoris, quam voluntatem: quod videtur alienum eſſe à ratione. Atque ita viſum Tuberoni, qui fuit ſocer Seruij.l.2.ff.de origi.iuris. Si verum eſt quod hic dicitur de voluntate, tacita voluntas tanti facienda eſſe videtur,ac volũtas expreſſa. Deinde voluntas quibuſcunque verbis expreſſa ſufficere debet. Si quis veſtem legare volens, quid refert an veſtẽ dixerit,an alio nomine appellauerit, modo ex

conie-

Digitized by Google

coniecturis voluntas teſtatoris colligi poſſit? Quamuis hæ rationes probabiles & ſpecioſæ ſint: tamen certum ius eſt his rationibus omnino contrarium. Nihil enim apertius dici poteſt, quam neutrum inſtitutum videri, neutram rem legatam eſſe. Sed ſupereſt, vt obiecta diluamus,& refellamus ea, quæ pro Tuberone adduci poſſunt, aduerſus Seruij ſententiam & aliorum, qui Seruij ſententiæ aſſentiuntur. Quid reſpondebimus ad locum illum, qui magnopere vrget de voluntate teſtatoris, quæ videtur potior eſſe debere quibuſcunque verbis, cum de ea conſtat? Ego cogitaui aliquando poſſe hic fingi ſpeciem in qua appareat ne alterum quidem inſtitutum eſſe. Pone Titium ſuppoſitum fuiſſe, vt ſæpe partus ſupponi ſolet, deductum fuiſſe meum, in domo paterna habitum fuiſſe fratrem. Ego teſtamentum faciens, cum eſſet in conſpectu meo, hunc ego hæredem inſtituo. Dixi ei, *Mi frater ego te hæredem inſtituo* hic erratum eſt in corpore ipſo. certum eſt hunc propter errorem non recte inſtitutum dici: nam deficit voluntas. Quod ſi frater meus aliquis appareat, non poterit etiam petere hæreditatem: nam quædam forte erant in hoc fratre opinato, quæ non in fratre meo conſpexi. Sed hæc hypotheſis non conuenit verbis Vlpiani in d.l.quoties. Loquitur enim de eo, quem voluit hæredem eſſe. Ergo ita fingere ſpeciem debemus, vt teſtator vnum ſibi eſſe velit hæredem, & eum non ſcribat, alterum ſcribat: ſed non velit eſſe hæredẽ propter errorem. Alterum exemplum eſt vulgare de Iſaac & filio eius Iacob & Eſau. Iſaac cum vellet inſtituere Eſau filium ſuum, deceptus ab vxore ſua benedixit Iacob. hæc ſpecies magis conuenit verbis Vlpiani, alter deficit voluntate, alter ſcriptura. vnum inſtituit, ſed hic deficit volũtate. Alterum autem ſibi voluit hæredem eſſe, ſed hic inſtitutus non eſt. Tractemus ergo hanc ſpeciem, & videamus an ſecundùm ius Romanũ valeat illa inſtitutio. Conanus exiſtimauit inſtitutionem vtilem eſſe, etiam ſecundum ius Romanum, ob euidentem teſtatoris voluntatem. ait Eſau hæredem inſtitutum eſſe ſecundùm ius Romanum. hic imprudens relabitur in errorem Tuberonis, quamuis forte non animaduertat id ſe facere. Tubero hac ratione mouebatur: quia vbicunque eſt euidens teſtatoris voluntas, nihil aliud quærendum eſt. Hoc igitur omnino eſt improbandum & reiiciendum: quia maximè aduerſatur verbis Vlpiani. Euidens voluntas nihil poteſt eum adiuuare, qui inſtitutus non eſt, vt hæreditatem vindicet. Loquitur hic Vlpianus de eo, quem voluit inſtituere, ergo non ſufficit euidens teſtatoris voluntas in hoc caſu. Ego igitur contradico: nam licet & manifeſta & euidens dicatur voluntas patris, hoc non ſufficit. Ego hanc ſententiam quæ verbis perſpicuis Vlpiani nititur, argumentis & rationibus etiam confirmaturus ſum. Nam in primis in propoſita ſpecie non poteſt dici Eſau ſcriptus, aut nuncupatus hæres eſſe, ergo non poteſt inſtitutus dici. Inſtituere hæredem eſt, vel nuncupare, vel ſcribere hæredem.l.1.hic. & l. iubemus. 29. C. de teſta. In hac ſpecie dicitur pater magis inſtituere voluiſſe, quam inſtituiſſe. hæc multum differunt. Aliud eſt inſtituere aliquem, aliud eum inſtituere velle. Aliud eſt quicquam agere, aliud agere velle.l.amplius.ff. rem ratam habe.& leg. 1.ſupra de eden. Antequam lis conteſtata ſit, actor dicitur petere velle in iudicio, non petere: idque indubitatum eſt in his, in quibus ſola voluntas non ſufficit. De aliis actibus in quibus ſola voluntas ſufficit, magna eſt quæſtio.l.1.C.de ſumma Trinit.l.ſerui electione. 5. de lega. 1. & l.ſi quis ſtipulatus. de verb.obligat. Conuenit autem inter omnes in his actibus, in quibus ſola voluntas non ſufficit aliud eſſe velle agere, aliud agere: ſicut aliud dicitur, agere velle in iudicio,& aliud in iudicio agere: hic autem ſola voluntas non ſufficit ad inſtitutionem hæredis. Oportet eum qui inſtituitur hæres, vel nuncupari, vel ſcribi: oportet voluntatem aliquo modo exprimi: oportet voluntatem exprimi his verbis, quæ apta ſunt & idonea ad voluntatis declarationem. nec nouum aut mirum videri debet, quod hic dicimus ſolam voluntatem nõ ſufficere. Si ſola voluntas ſufficeret in teſtamentis, quorſum tanta ſolennitas adhiberetur, quantam adhiberi neceſſe eſſe diximus ſupra in tit. de teſtam. ordin. Ego igitur cõtendo in inſtitutione hæredis, ſolam voluntatem non ſufficere: oportet voluntatem aliquo modo verbis expreſſam eſſe idoneis ad voluntatis declarationem. Exemplum huius rei luculentum eſt in l. quidam cum filium.44.hic. Quidam voluit inſtituere filium hæredem, ſed nolebat patri ipſius eam hæreditatem acquiri: videbat, vt ſi forte ſimpliciter eum hæredem inſtitueret, hæreditatem patri acquiſitam iri: nam quicquid acquirit filius, acquirit patri.l.placet. infra de acqui. hæred. Volebat eum inſtituere ſub conditione, ſi à patre emanciparetur, ſed nolebat aſſentiri teſtatori filius, vt adderet eam cõditionem, ne patrem offenderet: ſed aliã rationem iniit, qua hæreditas ad ipſum peruenire poſſit, etiamſi à patre emancipatus non ſit. Suppoſuit amicum quendam quem hæredem inſtitueret, nihil tamen fidei eius commiſit teſtator: poſt mortẽ eius quæritur, an poſſit ab hoc fideicõmiſſum peti? hic manifeſta eſt teſtatoris voluntas: certum eſt hoc fuiſſe teſtatoris conſilium, vt hic heres inſtitutus hæreditatem reſtitueret filiofamilias: ſed hic dicitur non poſſe hanc hæreditatem vt fideicommiſſariam peti: quia teſtator nihil eius fideicommiſit. Voluntas ea tacita non valet ad fideicommiſſum: quia nullo modo expreſſa eſt verbis. Si ſententia Tuberonis vera eſſet, maxime hic locum haberet: nam in fideicommiſſis ſola voluntas ſpectatur. In inſtitutione hæredum, in legatis, alia ſpectantur,& tamen ait Iuriſconſultus fideicommiſſum peti non poſſe, etiam ſi manifeſtum ſit eũ fidem ſuam interpoſuiſſe, & promiſiſſe filiofamilias ſe ei hæreditatem reſtituturum: quia tamen teſtator fidẽ eius non eſt ſecutus, nihil cogetur reſtituere. Aliud exemplum colligi poteſt ex l.vlt.eiuſdem tit.hic. Quidã ita ſcripſit in teſtamento ſuo, *Quoniam filium meum qui deceſſit, hæredem habere non potui, quem cupiebam, Titius mihi heres eſto.* Hæc verba adiecit, quia putabat filium deceſſiſſe falſo rumore perlato: & his verbis vſus eſt, *Quia eum hæredem habere non potui, Titius mihi heres eſto.* In hac ſpecie dubitari poteſt, an ille cuius teſtator obiter meminit in teſtamento ſuo, poſſit hæreditatẽ eius petere, ſi forte non deceſſerit: quia falſus rumor perlatus erat ad teſtatorem, quòd ille deceſſerat. Si ſpectemus voluntatem teſtatoris, videtur inſtitutus eſſe: tamen dicitur inſtitutus non eſſe. Hæc de errore in corpore eius qui inſtituitur. idem dicendum eſt de errore in rei communi appellatione & nomine. & hoc pertinet ad aliam partem dictæ l. quoties. hic. Teſtator vult lanceṁ relinquere, veſtem legat, nec veſtis debetur nec lanx. Idem dicitur in l.4.de lega.1.& l. in ambiguo.de rebus dubiis. In ambiguo ſermone non vtrumq; dicimus: ſed id quod volumus. Id apertius exprimitur & declaratur in d.l.Labeo. de ſupellectile legata: vbi Seruius ait neminẽ videri quicquam dixiſſe, cuius proprio nomine vſus non ſit. veluti ſi quis lancẽ legare volens, vocet veſtem, non eſt proprium nomen quo res ſignificatur. Oportet igitur voluntatem verbis declarari, quæ apta ſint & idonea ad rei declarationem. Neque quicquam refert an quis omnino nihil dixerit, ad vero is locutus ſit ea voce, quæ nullo modo apta ſit ad rem ſignificandam. Non recipimus voluntatis cõiecturam aduerſus manifeſtam verborum ſignificationem. Abuſum nos aliquãdo recepimus pro vera,& pro-

pria verborum ſignificatione, cum homines vulgo abutantur ſignificatione verbi alicuius. l. librorum. 50. §. quod tamen Caſſius. de lega. 3. d. l. nam aliter, eodem. & d. l. cum de lanionis. de inſtr. fund. Sed cum verba omnino aliena ſunt, & huiuſmodi ſunt vt non poſſint talem interpretationem recipere, coniectura voluntatis non admittitur aduerſus apertam verborum ſignificationem. Si quis forte alleget teſtatorem ita ſolitum fuiſſe loqui, hoc in more habuiſſe, vt lancem, veſtem vocaret, nõ eſt admittenda hæc probatio contra apertam verborum ſignificationem. Nam nullo ſenſu, nec proprio, nec abuſiuo id ſignificant verba, de quo teſtator dicitur ſenſiſſe. Deinde valde periculoſum eſſet recipere voluntatis coniecturam contra apertam & propriam verborum ſignificationem. Nam facile defunctorum voluntas euerteretur, & ad nihilum recideret. Facile enim exiſterent homines, qui dicerent teſtatorem pro more habuiſſe vt bouem, aſinum appellaret: & aſinum, bouem vel equum. Sic eſt intelligendum quod dicitur in d. l. ille, aut ille. de lega. 3. Cum voluntas ambigua eſt, videndum eſt an aliquibus coniecturis poſſit explicari. Sed cum non eſt ambigua, voluntatis quæſtio non eſt admittenda. Ego igitur concludo verum eſſe, verborum proprietatem interdum magis ſequendam eſſe, quàm voluntatem teſtatoris, etiam ſi de voluntate apertiſſime conſtet. idque hoc receptum eſt vulgo, ne quis me hoc confingere putet. Hinc etiam concludimus hæredem inſtituendum eſſe verbis apertis ad voluntatem teſtatoris declarandam, de quibus diximus ſupra: Titium hæredem meum facio. Titius hæres eſto. nos enim formalia verba non requirimus. Sufficit quibuſcunque verbis vti, modo ea verba apta ſint ad voluntatem declarandam. dict. l. quoniam. C. de teſta. Hinc naſcitur quæſtio tractata in l. vlt. C. hoc tit. Quæſtio tractata fuit à veteribus, ſi quis ita ſcripſerit in ſuo teſtamento, *Sempronius Plotij hæres eſto*, an valeat hæc inſtitutio? Teſtatores non ſolent ita loqui: ſed quia accidit vt quidam teſtator his verbis vteretur, dubitatum fuit apud veteres, quomodo accipienda eſſet hæc inſtitutio. In primis videndum eſt, an teſtator acceperit hæreditatem ab aliquo nomine Plotio: ſi acceperit ab eo, ſatis manifeſtum eſt his verbis voluiſſe Sempronium inſtituere hæredem his verbis, Eſto hęres meus, & per conſequens Plotij. Hæc coniectura ſufficit ad declarandam voluntatem teſtatoris. Deinde poteſt, etiam ſi forte inſtituerat Plotium, & dixit, Plotij Sempronius hæres eſto, credibile eſt eum Sempronium ſubſtituiſſe Plotio. In nomine proprio error non nocet, quod de nomine proprio alterius intelligendum eſt. l. 4. de legat. 1. Nam non facile creditur quis in ſuo nomine proprio erraſſe. Eſt locus communis hinc notandus, de coniectura volũtatis, quomodo ambiguam voluntatem teſtatoris coniecturis explicare debemus. Si voluntas teſtatoris non poſſit vllis coniecturis explicari, dicendum eſt, nullam eſſe inſtitutionem: non quod ius deficiat, ſed probatio. vt dicitur in d. l. duo ſunt Titij. ſupr. de teſta. tutel.

Superius diximus, quæ ſit ratio inſtituendorum hæredum. Addendum eſt ſupradictis hæredem inſtituendum eſſe vel in tota hæreditate, vel in parte hæreditaria, ita vt in ius vniuerſum ſuccedere intelligatur. Is dicitur hæredem ſibi inſtituere, qui inſtituit ſucceſſorem in locum ſuum, poſt mortem ſuam. Nihil enim aliud eſt inſtituere hæredem, quam deſignare quem ſibi quis velit ſuccedere, & perſonam ſuam repræſentare. vnde dicuntur hæredes iuris ſucceſſores eſſe. dict. leg. 9. quoties. §. hæredes. hoc titu, vt enim ibi dicitur, ſuccedunt in ius, & ius inter ipſos diuidunt. Hæreditas eſt ſucceſſio iuris. Legatarius ſuccedit in rem legatam. Donatarius in rem donatam. Emptor in rem emptam. Hæres vero non ſuccedit in rem: ſed in ius & in locum defuncti. Itaque etſi defunctus nullam rem reliquerit in patrimonio ſuo, nihilominus dicitur hæres, qui declarauit ſe velle hæredem eſſe. Ideóque conuenietur à creditoribus hæreditariis, nec poterit allegare quod nihil repererit in hæreditate. d. l. hæreditas. de pet. hæred. & d. l. hæreditatis appellatio, ſine dubio. ff. de verb. ſignific. Vnde quæritur, ſi quis ſit inſtitutus ex re certa, an valeat inſtitutio? Si quis ita dixerit in ſuo teſtamento, *Titius mihi hæres eſto ex fundo Corneliano.* Videtur ex his, quæ diximus, hæredis inſtitutio nõ valere, quia hæres non ſuccedit in rem aliquam: ſed ſuccedit in ius vniuerſum: tamen benigna interpretatione recepta eſt huiuſmodi inſtitutio, dict. l. quoties. §. ſi duo. l. 1. §. ſi ex facto. & l. 35. ex facto. hic. Nos hic accipimus hãc inſtitutionem perinde ac ſi teſtator nullam feciſſet fundi mentionem, perinde ac ſi dixiſſet teſtator, Titius hæres eſto. Æquitas & vtilitas ſuadet vt ita defuncti voluntatem interpretemur, ne alias quod geſtum eſt, irritum ſit & nullum. Reiicimus omnino fundi mẽtionem, quaſi inſtitutus eſſet ſimpliciter his verbis, Titius hæres eſto. non enim poſſumus interpretari eum hæredem eſſe & capere ex hæreditate fundum illum, cuius mentio facta eſt à teſtatore, & reliqua bona pertinere ad legitimos. Id enim alienum eſt à ratione iuris, nec id permittitur niſi militibus. l. ſi certarum. 17. ff. de milit. teſta. & l. ius noſtrum. de reg. iur. Huc pertinet quod dicitur in d. l. quoties. §. ſi duo. hic. Addendum eſt quod dicitur in d. l. ex facto. hoc tit. Proponitur ibi, duos hæredes inſtitutos eſſe. Vnum ex rebus Italicis, alterum ex Prouincialibus rebus, & quæritur an hæc inſtitutio valeat? Et dicitur huiuſmodi inſtitutionem receptam eſſe, eóſque intelligi hæredes ex æquis partibus perinde ac ſi nulla rerum Italicarum, aut prouincialium mentio facta eſſet. Non poſſunt autem dici hæredes ex rebus quas expreſſit, quia hæredem eſſe, eſt ſuccedere in locum defuncti. Sic igitur nos interpretamur has inſtitutiones valere quaſi rerum nulla facta eſſet mentio. Quod ad inſtitutiones attinet, nihil facit expreſſio rerum quod ad inſtitutiones attinet, & perinde eſt ac ſi partes expreſſæ non eſſent. Ideo æqualiter ſuccedunt, & pro partibus æquis ſuſtinent æs alienum. mentio tamen rerum otioſa non eſt in hac ſpecie. Nam integpretamur relictas eſſe ſingulis res iure prælegati. Is, qui inſtitutus eſt ex rebus Italicis, capiat res Italicas iure prælegati, tanquam ſibi prælegatas: is, qui inſtitutus eſt ex rebus prouincialibus, capiet res prouinciales iure prælegati, tanquam ſibi prælegatas. Agnoſcunt æs alienum pro æquis partibus, etſi res vna prælegata altera re pluris æſtimetur. hoc pleniſſime tractatur in d. l. ex facto. Eſtque locus communis notandus de loco, in quo quæque res eſſe dicitur. Valet igitur inſtitutio hæredis, etſi teſtator mẽtionem certæ rei in inſtitutione hęredis fecerit, & aliquando adiectio omnino reiicitur. Aliquando ſic interpretamur vt valeat iure prælegati. Fit tamen interdum vt qui ita inſtitutus eſt, habeatur pro legatario, nec hęres eſſe intelligatur, veluti cum vnus inſtitutus eſt ſimpliciter, vel ex parte quota, alter ex re certa, veluti ex fundo Corneliano, vt, Sempronius mihi hæres eſto: Titius mihi hęres eſto ex fundo Corneliano. Titius hic eſt legatarius. In aliis exemplis quæ adduxi ſupra, omnes inſtituuntur ex re certa, & tunc interpretamur voluntatem teſtatoris, vt à nobis dictum eſt. Sed cum vnus tantùm inſtitutus eſt ex re certa, alter autem inſtitutus eſt ſimpliciter, vel ex quota parte: tunc interpretamur eũ, qui ex certa re inſtitutus eſt, eſſe legatarium. l. quoties. C. hoc tit. Actionibus hæreditariis conueniũtur ij, qui inſtituti ſunt vel ſimpliciter, vel ex parte certa. Is autem qui ex re certa inſtitutus eſt, legatarius eſt.

idque

Digitized by Google

ſidque ita interpretamur ex veriſimili mente teſtatoris. Teſtatores loquuntur aliquando abuſiuè. Nam hic inſpicimus vim verborum. Ad hũc locum pertinet quæſtio l.ſi ita quis. 74. hic. Quidam ita inſtitutus eſt, Titius mihi hæres eſto, excepto illo fundo, excepto vſufructu illius fundi. Sic enim legendum eſt vt in Florẽt. Pand. Quomodo interpretabimur hanc inſtitutionem, an erit hæres ex reliquis bonis excepto vſufructu, ita vt hæredes legitimi hæredes ſint in eo fundo, qui exceptus eſt? Ratio iuris non patitur vt ita voluntatem teſtatoris interpretemur: quia pro parte decederet inteſtatus, & pro parte teſtatus. Nos hic interpretamur inſtitutum eſſe cum quaſi nihil exceptum ſit. Quarto notandum eſt, pluribus hæredibus inſtitutis partium diſtributionem plerumque neceſſariam eſſe: atque interdum neceſſariam non eſſe. Neceſſaria eſt cum quis plures hæredes ſibi eſſe vult inæqualiter, nõ æquis portionibus. Si quis velit habere hæredes æquis partibus, nihil eſt opus partium diſtributione: ſed ſi velit eos hęredes ſibi eſſe ex inæqualibus partibus, tunc neceſſaria eſt partium expreſſio. Exempli gratia, Titius mihi hæres eſto ex aſſe: Semptonius mihi hæres eſto ex triente. ſine hac partium expreſſa diſtributione, nunquam intelligeremus eos ita inſtitutos eſſe. §. ſi plures. Inſtit. de hæredib. inſtit. Vnde naſcitur quæſtio in l. ſi quis hæredes. 14. hoc titu. ff. in hac ſpecie quæritur quomodo hæreditas inter hæredes diuidenda ſit? Ambiguitas verborum hic difficultatem parit, an tertiam partem hæreditatis auferet Mæuius ex hac inſtitutione, ita vt reliquas partes alij hæredes habeant. Reſp. Iuriſconſ. non, ſed his verbis oſtendi primo loco hæredem inſtituere Titium, Seium ſecundo loco, Mæuium tertio. Ambiguitas hoc modo facile explicatur. Hic quæritur in quot partes hæreditas diuidenda ſit, cum teſtator plures hæredes inſtituere vult ex partibus inæqualibus? Iureconſulti admonent vſitatam diuiſionem eſſe hæreditatis in duodecim vncias: ſed tamen plures vel pauciores partes teſtatorem poſſe adſcribere. Poteſt diuidere hæreditatem in 100. in 50. in l. 13. interdum. §. 1. & l. ſeruum. 50. §. vlti. & §. hæreditas. Inſtit. de hæred. inſtit. de vtilitate & commoditate huius diuiſionis ſolennis ſcripſi lib. 2. Diſputa. vbi adduxi locum Galeni, in quo ſcribit magnam eſſe authoritatẽ huius diuiſionis in 12. partes: & veteres vſos fuiſſe hac diuidendi ratione in diuiſione horarũ, in diuiſione hæreditatum. Quamuis autem hæc ſolennis diuiſio ſit, tamen non prohibetur teſtator vel plures, vel paucintes partes adſcribere, vt ego dixi: ſed cum plures partes adſcribit teſtator, vel pauciores, reducitur ad aſſem hæc teſtatoris diuiſio. Facile eſt diuiſionem quam fecit teſtator ad hanc ſolennem diuiſionẽ reuocare, & plerumque id vtile eſt, quamuis non ſit neceſſarium, vt ſequentia exempla oſtendent. Admonet hic Iuriſconſ. facile hoc fieri poſſe. idẽ dicitur in §. & ſi plures. Inſtit. de hæred. inſtit. Atq; ideo variæ ſpecies hic tractantur. d. l. interdum. §. 1. & ſeq. in quibus quæritur quomodo hæreditas diuidenda ſit, ſi teſtator vel plus, vel minus diſtribuerit: ſi forte exceſſerit numerum duodecim vnciarum, in diſtributione partium: vel ſi forte in pauciores partes hæreditatẽ ſuam diuiſerit. In primis occurrit quæſtio de eo, qui minus diſtribuit. Ait teſtator, *Titius ex quadrãte hæres eſto, Seius ex quadrante hæres eſto.* hic minus diſtribuit. his enim duobus quadrantibus, totus as non cõtinetur. Singuli quadrantes continent tres vncias, & conficiunt ſemiſſem aſſis: vnde ſupereſt alius ſemis. Sic nos interpretamur hanc inſtitutionem, quaſi ſinguli ex ſemiſſe inſtituti ſint: & ſic hæc diuiſio teſtatoris reducitur ad aſſem: & perinde eſt ac ſi dixiſſet, *Titius ex ſemiſſe hæres eſto, Seius ex ſemiſſe hæres eſto.* Ratio iuris non patitur vt aliter interpretemur: quia alias decederet teſtator pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, quod non eſt permiſſum niſi militibus, vt ſupra diximus. Quid ſi exceſſit in diuiſione duodecim vncias? Exẽpli gratia, *Titius ex duodecim vnciis mihi hæres eſto, Sempronius ex ſemiſſe hæres eſto.* Quomodo hæreditas inter eos diuidetur? Ait Iuriſconſ. æque pro rata decreſcet. Reuocabimus facile ad ſolennem & vſitatam diuiſionem hæreditatis. Nam perinde accipimus hanc diuiſionem, ac ſi vnum inſtituiſſet ex octo vnciis, alterum ex quatuor. Is qui inſtitutus fuit ex duodecim vnciis, capiet octo: is qui inſtitutus fuit ex ſex vnciis, capiet quatuor. Eadem eſt proportio ab octo ad duodecim, quæ à quatuor ad ſex. Sed opponitur huic ſententiæ conſtitutio Iuſtiniani vt contraria in l. cum quæſtio. 23. Cod. de leg. eſt difficilis locus. Iuſtinianus in ea lege, vbi eſt omnino eadem ſpecies, ait teſtatorem videri ſex vncias ademiſſe primo hæredi, quas adſcripſerat ſecundo. In re multum intereſt: nam ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani hæreditas diuidetur inter eos æquis partibus, ac ſi vterque ex ſemiſſe inſtitutus eſſet: ſed ſecundũ ſententiam Vlpiani, diuiſio non fit æquis partibus. Qui dicunt referre, an dixerit ex aſſe vel ſemiſſe, maximè aduerſantur verbis Iuſtiniani. Ego ſemper exiſtimaui ea conſtitutione emendari ius antiquum, idque ſubſcriptio oſtendit. Lampadius & Oreſtes fuerunt conſules poſt primam Codicis editionem. Ideóque hæc conſtitutio inſerta fuit Codici poſt primam Codicis editionem. Iuſtinianus diſſentit ab Vlpiano in coniectura voluntatis. Probabilior mihi videtur ſententia Iuſtiniani: non quod ſit maioris auctoritatis: nam vſitatum erat & ſolenne, vt hæreditas diuideretur in duodecim vncias: ideo in dubio non debemus interpretari teſtatorem à ſolenni & vſitata diuiſione receſſiſſe. Alij alias ſolutiones comminiſcuntur, ſed mihi hæc longè probabilior videtur eſſe. Vlpianus in dict. leg. interdum. §. ſed ſi duos. ponit exempla, in quibus modo reducitur ad aſſem diuiſio teſtatoris, modò non reuocatur. In l. Iulianus. 15. hic plaſculum eſt difficultatis. In hac ſpecie quæritur, an teſtator videatur exceſſiſſe aſſem. cum dixit, *Titius ex dimidia parte hæres eſto.* poſtea dixit, *Ex qua parte Seium inſtitui, ex ea parte Sempronius hæres eſto.* Videntur hic eſſe octodecim partes, videturque hic teſtator exceſſiſſe aſſem. Sed Iuriſcõſultus ait teſtatorẽ hic aſſem non exceſſiſſe: quia duo coniuncti pro vno habentur, Sempronius & Seius. Sic diuiditur hæreditas inter hos, vt vnus tantum capiat, quantum alij duo hæredes. non dixit, *Et quanta parte inſtitui Seium, ex tanta parte Sempronius mihi hæres eſto.* tunc enim exceſſiſſet duodecim vncias: ſed dixit, ex qua parte. verba teſtatoris oſtendunt voluiſſe eum hos duos in vnum ſemiſſem coniungere. In ſequen. l. 17. item quod Sabinus. eſt alia ſpecies. Diſputatum eſt de pluribus inſtitutis, quorum vnus inſtitutus eſt ſine parte, alteri partibus adſcriptis. Quæritur quomodo inſtitutus eſſe videatur? Diſtinguendum eſt. Si enim nondum aſſe completo inſtitutus ſit ſine parte: in id, quod ſupereſt ex aſſe inſtitutus videtur. nos hanc coniecturam ſumimus ex conſuetudine recepta: nam vſitatum erat apud Romanos hæreditatem diſtribuere in duodecim vncias. Quid ſi totus as completus ſit? Eſt quæſtio quæ pertinet ad diſputationem de iure accreſcendi, & ad coniunctos, de quo dicemus poſtea. Ita dixit teſtator, *Titius ex ſex vnciis mihi hæres eſto, Sempronius mihi hæres eſto ex ſex vnciis.* poſtea dixit, *Mæuius hæres mihi eſto.* Hic teſtator exceſſit aſſẽ. Inſtituit duos ex ſemiſſe: deinde poſt completũ aſſem, inſtituit Mæuiũ ſine parte. Quam partẽ capiet Mæuius? Nos interpretamur teſtatorem inſtituiſſe Mæuium in alium aſſem, quaſi teſtator in vigintiquatuor vncias hæreditatẽ ſuã diuiſerit, quaſi dupondiũ teſtator fecerit. nõ duodecim

vncias. Deinde quæritur, quid ſi teſtator compleuerit nonum aſſem, ſcilicet dupondium, deinde Mæuium inſtituit ſine certa parte, quam partem Mæuius capiet in hac hæreditate? In ſuperiore ſpecie diximus Mæuium in alium aſſem ſuccedere, & tantum capere, quantum ij qui inſtituti fuerunt ex aſſe à teſtatore, an idem dicemus in hac ſpecie? hic dicitur idem non eſſe dicendum, & hunc tertium in quadrantem non in alium aſſem venire. Sed quid refert, an hoc caſu diuidatur hæreditas in tres aſſes, & ſingulos accipere dicimus duodecim vncias: vel hæreditatem diuidamus in aſſem, & vnumquemque capere trientem? ſed hic aſſem referimus ad ſecundum aſſem de quo in primo caſu: non ad tertium aſſem.

Superius diſſeruimus de partium diſtributione, quæ fit in inſtitutione hæredum. Oſtendimus quomodo partes diſtribuuntur. hinc naſcuntur aliquot quæſtiones: vna eſt in l.2. huius tituli, Si quis ita inſtituerit, *Titius & Sempronius hæredes mihi ſunto ex his partibus quas adſcripſi, vel quas adſcripſero*, nec vllæ partes adſcriptæ reperiantur in teſtamento. Quæritur quomodo hæredes inſtituti videantur? Hæc quæſtio tractatur in l.2. vbi dicitur referre, an teſtator verba retulerit ad præſens tempus, an ad futurum. Nam ſi teſtator ita ſcripſerit, *Ex his partibus quas adſcripſero*, referendo verba ad futurum tempus, ait Iuriſconſultus valere inſtitutionem, ſi verba concepta ſint in præteritum tempus, hoc modo, Ex his partibus, quas adſcripſi, ait inutilem eſſe inſtitutionem. Hæc verba ſatis clara ſunt & perſpicua: ſed tamen ratio quare ita conſtitutum ſit, obſcura eſt. Videndum eſt igitur qua ratione vna conſtitutio dicatur inutilis: altera vero vtilis eſſe dicatur. Ratio hæc videtur eſſe, quia cum teſtator refert verba ad futurum tempus, hoc modo, Ex his partibus quas adſcripſero, videtur teſtator dubitare an partes adſcripturus ſit, néc ne: & cogitare ſi forte non adſcripſerit partes, eos fore hæredes ex æquis partibus. Nos interpretamur hanc teſtatoris voluntatem, quaſi voluerit ex his partibus quas adſcripſerit, eos hæredes fore. Quod ſi nullas partes adſcripſerit, eos ex æquis partibus hæredes fore. Cum autem verba retulit in præteritum tempus, idem dici non poteſt. nec enim poteſt vlla probabilis eſſe dubitatio teſtatoris. quia poterit noſſe an aliquas partes adſcripſerit, an non. Vnde dicitur inutilem eſſe illam inſtitutionem. Alia quæſtio eſt in d.l. quoties. 9. §. 1. ſupra eo. Si erratum ſit in parte, quam teſtator adſcribi voluit inſtitutioni hæredis, ſi per errorem adſcripta ſit minor, aut maior pars, an valeat inſtitutio? Videtur ex his, quę diximus in d.l. quoties non valere. Nam ſi quis in re errauerit, veluti ſi quis veſtem legare volens, legauerit enſem, inutilis eſt hæc diſpoſitio teſtatoris: inutile eſt hoc legatum, nec debetur id, quod ſcripſit teſtator, nec id de quo ſenſit. Vnde hoc videtur dicendum eſſe cum teſtator maiorem partem adſcripſit, de minori ſentiens: aut ſi minorem adſcripſerit, de maiori ſentiens. Sed Iuriſconſul. ait hunc errorem nihil obeſſe, imo ex ea parte videri inſtitutum eſſe, de qua ſenſit teſtator, licet aut minorem, aut maiorem adſcripſerit. Nec obſtat id quod dicitur de eo, qui aliud ſcripſit, quam ſenſit. hic enim non aliud ſcripſiſſe dici poteſt, quam ſenſerit, ſed plus, aut minus. Atque ita ad rem non pertinet, quod adducitur ex d.l. quoties. & d. l. 4. de legat. 1. & l. in ambiguo, infra de reb. dub. Aliæ quædam ſunt huiuſmodi quæſtiones ad eundem locum pertinentes: ſed difficultatem non habent, ideo eas omittemus.

Quinto addendum eſt cum quæritur de ratione inſtituendorum hæredum: hæredem inſtitui non tantum pure, ſed etiam ſub conditione. Sed de hoc dicemus ſub titu. de condit. inſtitut. Eſt locus proprius de conditionibus, quæ adiiciuntur inſtitutioni hæredum. Addendum eſt, quamuis ſub conditione hæres inſtitui poſſit: ex die tamen, aut ad diem nõ recte inſtitui. l. hæreditas ex die. 34. ff. hoc tit. & §. hæres & pure. Inſt. it. eo. Ratio iuris hoc non patitur in teſtamento pagani. Hic enim decederet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus: pro parte temporis teſtatus & pro parte temporis inteſtatus, ſi ei liceret, ad diem, vel ex die hæredem inſtituere. hæc iuris ſubtilitas negligitur in teſtamento militis. l. miles ita hæredem. 41. infra de milit. teſta. vbi miles ad diem & ex die inſtituere poteſt. Solet obiici l. 9. Extraneum. C. eo. Sed ea ita accipienda eſt vt diximus, cum quis moritur, non poſſe filium tantum inſtituere, ſed etiam extraneum.

Sexto, inſtitutio hæredis in arbitrium alterius conferri non debet. l. 32. illa inſtitutio. Inſtitutio nulla eſt, quæ confertur à teſtatore in voluntatem Titij. non eſt iuſta ſententia de eo, quod teſtator poſt mortem ſuam fieri velit, ſed de eo, quod Titius velit. Huc pertinet quod Vlpianus ait, in Inſtit. tit. qui hæred. inſtit. poſſunt. Certum eſſe debere conſilium teſtatoris. hic non eſt certum conſilium teſtatoris. ideóque dicitur nullius momenti eſſe illa inſtitutio. Obiicitur l. Si quis Sempronium. 68. hoc eo. titu. vbi ſi inſtituo Titium, ſi Sempronius in Capitolium aſcenderit, valet inſtitutio, quę tamen videtur in arbitrium Sempronij collata eſſe: quia liberum eſt ei Capitolium aſcendere, vel non aſcendere. Sed Iureconſ. ait, multum intereſſe inter has conditiones, quos Titius voluerit, & ſi Titius in capitolium aſcenderit. Nam cum dicit, quos Titius voluerit, confert inſtitutionem in expreſſam voluntatem Titij. cum autem dicit, ſi Titius in capitolium aſcenderit, non confert in eius voluntatem, quamuis pendeat ex eius voluntate. Deinde hic firmum eſt conſilium teſtatoris. Duo enim vult: vnum, Titium ſibi hęredem exiſtere. Deinde vult Sempronium in capitolium aſcendere.

Septimo, Captatoria inſtitutio improbatur. Si quis igitur inſtituerit hæredem captandæ eius hæreditatis gratia, hæc inſtitutio inutilis eſt. l. captatorias. 70. & l. ſeq. hic. Captatoria inſtitutio eſt, quæ fit captandæ alterius hæreditatis cauſa. veluti inſtituo Titium ex ea parte, ex qua me hęredem inſtituerit. turpis eſt hæc inſtitutio. Pleraque huiuſmodi in iure noſtro referuntur ad honeſtatem, quæ eſt tertium præceptum iuris. Idem dicitur de legato in l. captatoriæ ſcripturæ. 64. infra de legat. 1. idem dicitur etiam de teſtamento militis. l. captatorias 11. C. de teſtam. mili. Quia cum hoc turpe habeatur, ne in teſtamento quidem militis eſt admittendum. In teſtamento militis negliguntur ſubtilitates iuris, quæ in aliorum teſtamentis ſunt neceſſariæ: ſed hoc ab honeſtate omnino alienum eſt, ideo nec in teſtamento militis tolerari debet. Intelligitis quid ſit captatoria inſtitutio, quæ male ab Accurſianis explicatur, qui captatoriam inſtitutionem eſſe dicunt, quæ in arbitrium alterius confertur. Captatoria igitur inſtitutio eſt, quæ fit captãdæ alterius hæreditatis cauſa. vnde conſequens eſt, ſi duo inſtituerint ſe inuicem hæredes mutua affectione ducti, nullam eſſe captatoriam inſtitutionẽ: nam tunc nulla eſt talis conditio, quæ cõferatur ad ſecretum alienæ voluntatis. teſtamenta autẽ ſecreto fiũt, vt diximus. Hinc conſequens eſt, vt dicitur in l. illæ autem inſtitutiones. 17. hic, captatoriam non eſſe inſtitutionẽ cum verba referuntur ad tempus præteritũ. Idem dicitur l. hoc articulo. 29. & l. clemens. 81. hoc eod. tit. Cum enim refero verba ad præteritum tẽpus, manifeſtum eſt me nõ captare eius hæreditatem. Hactenus de ratione inſtituendorum hæredum: déque his quæ obſeruanda ſunt in inſtitutione hæredum: nunc videndum eſt de effectu inſtitutionis.

Cap. IIII.

De effectu inſtitutionis.

PRimus & præcipuus effectus inſtitutionis eſt, quod hæredi inſtituto acqoiritur vniuerſum ius defuncti. l. quoties. 9. §. hæredes. hic. Excipiuntur quidam caſus. Vnus eſt in l. 46. quidam cum filium. hic. Si quis promiſerit ſe hæreditatem reſtituturum alteri, & hac ſpe inductus fuerit teſtator ad eum inſtituendum hæredem, cum conſilium eſſet teſtatoris, atque etiam alterius, quem volebat inſtituere hæredem teſtator, vt hic nomen ſuum accommodaret: actio mãdati aduerſus eum dabitur, quod tanquam mandatu alterius hæreditatem adierit, nam teſtator non eſt ſecutus eius fidem. Fideicommiſſarius quidem ſecutus eſt eius fidem. Ego obſeruaui ex eo capite, nullius momenti eſſe voluntatem teſtatoris: niſi aliquo modo declarata ſit. idque eſt quod iactatur vulgo, nihil eſſe in intentione teſtatoris, quod non ſit in diſpoſitione. hoc itaque caſu hæreditas ex fideicommiſſo non poterit peti. Ideóque hic falcidia locum non habebit, cum non ſit fideicommiſſum.

Secundus eſt caſus. Si teſtamentum mutatum ſit ex falſa cauſa, falſo rumore perlato. l. vlti. hic. Quidam accepit falſum rumorem de eo, quem inſtituerat in teſtamento ſuo, accepit eum occiſum eſſe. ideóque mutauit teſtamentum ſuum. ſicque aliud eſt teſtamentum quod fecit hoc adiecto, *Quia hæredes non poſſum habere quos volui, inſtituo Seium hæredem.* Oritur controuerſia inter eum, qui hæres inſtitutus eſt in priori teſtamento, & eum qui in poſteriori inſtitutus eſt. Imperator cum hac de re cognoſceret, primum hæredem inſtitutum videri ait, ita tamen vt legata relicta in poſteriori teſtamento debeantur. falſa enim cauſa legata non reſpicit: ſed tantum reſpicit inſtitutionem hæredis. Hoc ita accidit ex facto. Eſt hic locus communis de falſo rumore. Falſus rumor non nocet, vt hic. idem dicitur in l. miles, qui. 11. §. mulier. ff. ad l. Iul. de adult. Sed, inquiet aliquis, Falſi cauſa non nocet, nec legato, nec inſtitutioni. l. 32. falſa demonſtratio. infra de condit. & demonſtrat. Quomodo ergo hic nocet inſtitutioni? Quod dicitur falſam demonſtrationem nocere inſtitutioni, ita accipiendum eſt: niſi alia voluntas teſtatoris eſſe appareat. l. eum tale. 70. §. falſum. infra de condit. & demon.

Tertia exceptio eſt. Cum quis eum hæredem inſtituit, quem filium ſuum eſſe, aut fratrem credebat, errore ductus. l. 4. ſi pater. & l. nec apud. 7. C. hoc tit. Quãnis enim falſa demonſtratio non noceat, videndum tamen eſt an errauerit teſtator. Cum his ergo exceptionibus eſt intelligendum, hæredem inſtitutum, in vniuerſum ius defuncti ſuccedere. Hoc autem ſi accipiendum eſt, vt ſtatim acquiratur hæreditas ſi pure hęres inſtitutus eſt, ſi ſub conditione, expectandus eſt conditionis euentus. Vnde fit vt cum duo ſunt gradus hæredum, vnus eſt inſtitutus, alter ſubſtitutus: non admittatur ſubſtitutus ad hæreditatem, niſi deficiat inſtitutus. l. 37. cum in teſtamento. hic. Eſt enim inſtitutus ſub conditione, veluti hoc modo, Si Primus hæres non erit, Secundus hæres eſto. ſic non concurrunt inſtitutus & ſubſtitutus. Notandum tamen eſt interdum poſſe bonorum poſſeſſionem agnoſcere, etiam ſi quis fuerit inſtitutus ſub conditione. hoc amplius ait Iuriſconſ. eum poſſe diſtrahere res hæreditarias. l. 23. Si quis inſtituatur. hic. & l. Ariſto. 5. §. vlt. infra de iure delib. Sæpe etiam accidit, vt non expectetur conditionis euentus, videlicet cum certum eſt eum hæredem futurum, qui inſtitutus eſt, etiam ſi non extiterit conditio. l. 33. ſi quis ita, hic. Circa conditionis euentum tractatur quæſtio in l. Lucius Titius fratrem. 25. hoc tit. de qua dicemus ſub tit. de condit. inſtit. Fit etiam interdum vt admittatur concurſus inſtituti & ſubſtituti, quamuis ſubſtitutus videatur vocari ad hæreditatem ſub conditione. Exemplum eſt in l. ſi paterfamilias. 40. ex quo ſumptum eſt quod ſcripſit Iuſtinianus in §. vlti. de vulga. ſubſtit. in Inſti. Si quis inſtituerit ſeruum quem putabat patremfam. & ei ſubſtituerit Seium, hæreditas diuidetur inter Seium & dominum ſerui. ſed hic locus pertinet ad ti. de vulg. & pup. ſub. & ibi coniungemus alium locum l. cum proponas. 3. C. eo. Alius effectus Inſtitutionis eſt circa compenſationem. l. ſi compenſationem. l. ſi compenſandi. 6. C. eo. Si quis inſtituerit creditorem ſuum hæredem animo compenſandi, tollitur omnino debitum: tunc locum habere poteſt quod ibi dicitur, cum quis pro parte hęres inſtitutus eſt. Sed cum quis ſolus inſtitutus eſt hæres, confunditur debitum cum credito. alioquin idem à ſeipſo exigeret, quod fieri non poteſt. l. ſi ab eo. 7. C. de neg. geſt. Hoc eſt intelligendum, niſi appareat teſtatorem animo cõpenſandi hæredem inſtituiſſe. l. ſi adulta. 6. C. de hæred. act. túncque compenſatio locum habebit. Sed id probare oportet. non enim id præſumitur niſi appareat talis teſtatoris voluntas: & vtrunque poterit petere legatarius, & legatum & debitum. l. creditorem. 85. infr. de leg. 2. Alius effectus inſtitutionis eſt circa ius accreſcendi, cum plures hæredes inſtituti ſunt in teſtamento propter coniunctionem hæredum, qui inſtituuntur, ſæpe fit vt portio vnius deficiens accreſcat alteri. De hac coniunctione multa ſunt capita. Sunt etenim duodecim capita de hac re inſignia ſub hoc tit. Ea hic nos explicaturi ſumus, & ſimul aliquid hic dicemus de coniunctione legatariorum. nam difficile eſt ea ſeparare.

IN TIT. III.

Cap. I.

De liberis, & poſthumis hæredibus inſtituendis.

HIc titulus ſubiicitur titulo de teſtamentis. quia inſtitutio, aut exhæredatio filij, qui eſt in poteſtate, dicitur neceſſaria ad ordinationem & ſolennitatem teſtamenti. Sub tit. de teſtamentis deſcribitur forma & ſolennitas obſeruanda in faciendo teſtamento, vt ſeptem adhibeantur ciues Romani puberes: vt vno contextu fiat teſtamentum, & alia huiuſmodi. Sed præterea illud quoque neceſſe eſt, vt filius, qui eſt in poteſtate patris, inſtituatur à patre, aut nominatim exhæredetur. l. inter cætera. 10. ff. hoc tit. Idem dicitur Inſtit. de exhæred. lib. §. 1. Ideo autem ſeparatus eſt hic locus à tit. de teſtam. & poſitus eſt hic tit. ſeparatim de liberis & poſthumis hæred. inſtit. quia plenam tractationem requirit, & difficillimus eſt. Diuiditur autem hic titulus in duos locos præcipuos. Vnus eſt de liberis inſtituendis, qui iam nati ſunt: alter eſt, de poſthumis hęredibus inſtituendis. De his omnibus inſcribitur hic titulus, nec diſtinguuntur in hoc titulo in Digeſtis, ſed in Codice ſeparati ſunt tituli. Nos titulos omnes & Codicis Iuſtiniani & Digeſtorum & Inſtit. ſimul tractaturi ſumus. Totum hunc tractatum in hos duos locos diuidentes, de quibus ordine dicemus.

Cap. II.

De liberis, qui iam nati ſunt, inſtituendis.

DE liberis igitur iam natis notandum eſt eos inſtituendos, aut exhęredandos eſſe à patre, vt iure & vtiliter fiat teſtamentum. d. l. inter cætera. d. §. 1. Inſtit.

de hæred. inſtit. vbi Iuſtinianus ait, ad ordinationem & ſolennitatem teſtamenti hoc neceſſarium eſſe. Nam quamuis pater poſſit filium ſuum ab hæreditate ſua remouere & excludere: tamen cum eius mentionem non facit in ſuo teſtamento, creditur per obliuionem id facere, propter amorem & affectum patris in filium, qui natura patri inſitus eſt. Si pater filium ſuum omiſerit ſilentio, nos facile interpretamur ex obliuione patris id accidiſſe. Non enim credimus patrem eum voluiſſe eahæredare, cum ſilentio eum præterierit, ideo diſtinguimus præteritionem ab eahæredatione. Itaque teſtamentum in quo præteritus eſt filius, dicitur nullius momenti eſſe. Hæc ratio colligitur ex §. ſed fœminini quidem ſexus. Inſtit. de exhæred. liber. Ego ſolitus ſum ad hanc ſententiam confirmandam adducere quendam locum Apuleij ex ſecunda eius Apologia. Inſectatur quendam Pontium, quod remouerit matrem quandam ab hæreditate ſua, & ducentos denarios adſcribi iuſſit, vt intelligeretur potius eam exterruiſſe iratus, quam oblitus præteriiſſe. Si nullam mentionem feciſſet eius fœminæ in teſtamento, poſſet credi eam oblitus omiſiſſe: ſed cum aliquid ei reliquerit in ſuo teſtamento, non poſſumus interpretari eam ideo omiſiſſe, quod oblitus eſſet. Sed mirum fortaſſe videbitur quibuſdam, quod dicitur hoc ad ſolennitatem teſtamenti pertinere, vt filius inſtituatur à patre vel eahæredetur. In eo non videtur conſiſtere ſolennitas & forma teſtamenti, quod tamen aperte dicitur in d.l. inter cætera. & §.1. Inſtit. de exhæred. liber. Quod dicitur inſtituendos eſſe, aut eahæredandos filios, hoc non videtur pertinere ad ſolennitatem teſtamenti. Et ſane Papinianus in l.1. ff. de iniuſto rupto. hæc diſtinxit: Papinianus diſtinguit teſtamentũ in quo ſolennitas iuris defuit, quod ait non iure factum eſſe, ab eo quo filius præteritus eſt, quod ait nullius momẽti eſſe. Sed animaduertendũ eſt hoc caput eſſe ex libris definitionũ Papinia. ſic enim inſcribitur, Papinianus l.1. definit. Papinianus cũ ex profeſſo definiret, ſubtilius & accuratius hæc diſtinxit, quam cæteri, qui hæc tractarunt paulo craſſius & rudius. Sed diſcrimen tantum eſt inter eos in ratione docendi & tractandi, in re ipſa nihil intereſt: cæteri hæc omnia adſcripſerunt ſolennitati & ordinationi: quia videbant teſtamentum nullum eſſe, niſi id obſeruatum eſſet, niſi filius inſtitutus eſſet, aut eahæredatus paterno teſtamento. Et credibile eſt lege ipſa, quæ lata eſt de teſtamentis ordinandis, hoc adiectum fuiſſe poſt deſcriptã ſolennitatem de teſtibus, & aliis huiuſmodi. Ideo hoc perinde accipimus, atq; ſi ad teſtamẽti ordinationẽ pertineret, cũ tamẽ ſubtilius diſtinguẽdo hæc ſeparari debeant. Filius ergo, qui eſt in patris poteſtate, inſtitui debet, aut exhæredari à patre, alias teſtamentum nullius momenti eſt: vnde de ratione inſtituendi, & de ratione exhæredandi tractatur. De ratione inſtituendi diximus ſub tit. de hæred. inſtit. De ratione exhæredandi nunc eſt dicendum. videamus igitur, quæ ſint neceſſaria in exhæredatione filij, ne teſtamentum inutiliter factum eſſe dicatur.

Cap. III.

De ratione exhæredandi, & quæ obſeruanda ſint in exhæredatione filij.

PRimum illud eſt quod dicitur in ſeg. 1. 2. & 3. ff. hoc tim. de liber. & poſthum. filium debere nominatim exhæredari. Non enim dicitur eſſe exhæredatus filius, niſi nominatim eahæredatus fuerit. Breuiter nominatim exhæredatus dicitur filius, cum eſt exhæredatus nomine, vel cognomine, vel prænomine expreſſo: vel adiecta demonſtratione aliqua, quæ nominis vice fungatur, ita vt dubium non ſit, teſtatorem voluiſſe eum ab hæreditate ſua remouere. *Filius meus.* vnum forte tantum filium habet, non nominat eum nomine ſuo, rectè tamen eum exhæredat, ſi dicat, *Filius meus exhæres eſto.* d. l.2. ff. hic locus eſt obſeruandus de nomine & demonſtratione, quæ vice nominis fungitur. Idem ſi is, qui vxorem habebat nomine Seiam, dixerit natum ex Seia, rectè exhæredat. Simile exemplum eſt in l.15. idem eſt, eo. tit. ff. Quia nominatim dicitur exhæredandum eſſe filium, d. l.2. conſtat generalem exhæredationem non ſufficere. Si filius inter cæteros exhæredatus ſit, exhæredatio non valet. d. §.1. Inſtit. de exhæred. liber. Inter cæteros interpretatur Theophilus indefinite, *Titius hæres eſto, Sempronius hæres eſto, alij omnes exhæredes ſunto.* Hic generaliter inter cæteros exhæredatus filius eſt, non nominatim, ideóque dicitur exhæredatio inutilis eſſe. Quod ſi ita dixerit, *Cæteri omnes filij, vel filiæ exhæredes ſunto*, valet eahæredatio, vt dicitur in l. Titius. 25 ff. eo. Hic enim non dicitur inter cæteros exhæredari, ſed nominatim & diſerte: non poteſt apertius voluntatem ſuam exprimere, quam cum mentionem facit filiorum. Cum autem dicit, *Cæteri omnes exhæredes ſunto*, credendum non eſt de filiis ſenſiſſe. ſed cum dicit, filij cæteri, non poſſumus dicere eum oblitum fuiſſe filiorum. Diximus exhæredationem factam intelligi, cum facta eſt expreſſo nomine, vel adiecta aliqua demonſtratione certa, quæ nominis vice fungatur. Formalia verba, quæ olim erant vſitata, hic neceſſaria non ſunt, non magis quam in inſtitutione hæredum. Formalia verba dicũtur in l. in teſtamentis. 26. C. de teſta. quia pro forma & ſolennitate introducta erant, nec licebat aliis verbis vti. Ab hac formalitate, vt ita dicam, merito receſſum eſt. & conſtitutiones hac de re ſunt in l. quoniam indignum. 15. C. de teſtament. vbi conſtitutum eſt ſatis eſſe ſi verbis vtatur teſtator quæ eandem vim habeant. Sic dicendum eſt in exhæredatione. Exempla ſunt ff. hoc tit. in l.3. §. filius. Locus eſt apertior in l.3. C. de liber. præter. Si ſequeremur formalia verba, hic diceretur præteritus eſſe. Illud autem d. l.3. C. de lib. Cum enim manifeſtiſſimus eſt, &c. eſt locus communis de interpretatione verborum. Perinde nota eſt voluntas teſtatoris ex hac conceptione verborum ad eandem l.3. ibi, *Alienus mea ſubſtantia eſto.* Quid ſi teſtator verbis contumelioſis vſus ſit? Et certum eſt his quoque verbis exhæredationem factam valere. Et hoc intereſt inter inſtitutionem & exhæredationem. Diximus enim inſtitutionem verbis contumelioſis factam non valere: & tamen eahæredatio valet. quia non alienum viſum eſt eum conuitiis inſectari, quem quis remouet ab hæreditate ſua: ſed alia eſt ratio inſtitutionis. Nam eum proſequi conuitiis, quem ſucceſſorem nobis elegimus, hoc videtur abſurdum eſſe. Hoc eſt intelligendum: niſi appareat teſtatorem erraſſe, cum his verbis vſus eſt in eahæredando filio ſuo. Si appareat ideo teſtatorem exhæredaſſe filium ſuum: quia credebat falſo latronem eſſe, gladiatorem eſſe, tunc poterit dici exhæredatin nõ vtiliter facts eſſe, propter errorem teſtatoris. Error teſtatoris in hac re conſenſum eius & voluntatem excludit, l. ſi poſthumus. 14. §. vlt. hoc tit. ff. in ea l. in fin. ibi adieciſſet, &c. ſic eſt legendum. Pater cum filium exhæredauit, propoſuit elogium, exhæredauit cum elogio, cum teſtificatione quadam, quaſi adiecta cauſa exhæredationis, quia latro eſt. In Norico male legitur, vbi ſic legitur, *Cum filium exhæredare propoſuiſſet.* non enim ſic legendum eſt. Igitur duo probanda ſunt, ſi hac conceptione teſtator vſus eahæredauit, quem ſcio ex me natum non eſſe. probare debet is, qui exhæredatus eſt, ſe ex eo natum eſſe: deinde teſtatorem erraſſe. Nam fortè illam cauſam adiecit ita commotus non errore. Oportet probare teſtatorem crediſſe eum ex

ſe natum

ſe natum non eſſe. Secundo, neceſſarium eſt in exhæredatione, quod purè, ſine vlla conditione fiat. leg. 3. ff. hic. filius non poteſt ſub conditione exhæredari à patre, quamuis poſſit ſub aliqua conditione inſtitui. Sed ſi quis exhæredauerit filium ſub conditione, nullius momenti eſt exhæredatio. Rationem tradit Vlpianus in leg. ſub conditione. 18. ff. de bon. poſſ. contra tab. Si ſub conditione, inquit, exhæredatus ſit filius à patre ſuo, datur ei bonorum poſſeſſio contra tabulas, quaſi præterito. Non valet enim exhæredatio facta ſub conditione, & habetur pro præteritione: quoniã certo conſilio & iudicio filij à parentum ſucceſſione remouendi ſint. Cum agitur de exhæredatione filij à ſucceſſione paterna, quod durum eſt & inhumanum, merito certum iudicium teſtatoris requiritur. Certum autem non videtur ſatis eſſe iudicium, quod ſuſpenditur in futurum euentum, conditione aliqua adiecta. Addenda exceptio ex l. ſi pater 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. Vbi ſi filius inſtitutus à patre ſub conditione, ſub contraria conditione exhæredatus ſit, valet inſtitutio, & valet exhæredatio. Quamuis enim non poſſit filius ſub quauis conditione hæres inſtitui: ſed ſub ea tantum, quæ eſt in ſua poteſtate, & non poſſit exhæredari ſub conditione: tamen valet in ea ſpecie. quia in omnem euentum neceſſe eſt eum aut inſtitutum, aut exhæredatum eſſe, ſiue nauis ex Aſia venerit, ſiue non venerit. Sed de eo dicemus ſub tit. de condit. inſtit.

Præterea vt valeat exhæredatio filij, oportet eum exhæredari ab hæreditate, id eſt, à iure vniuerſo: non autem à certa re. Si à certa re eum excluſerit pater, à certo puta fundo, non dicitur exhæredatus eſſe, ſed habetur pro præterito filius, & teſtamentum nullum eſt. Hæreditas non eſt res certa: ſed ius quoddam incorporale. Hæres ſuccedit in vniuerſum ius non in rem certam. Præterea, ſi exhæredatus ſit à certa re. nulla eſt exhæredatio, vt dicitur in l. cum quidam. 19. ff. hoc titu. Si iuſſerit exhæredem eſſe filium ſuum certi fundi. Reſpondet obiectioni. Ad hoc impugnandum quod Paulus ait, argumento vti poſſumus, quod dictum eſt ſupra de hæredum inſtit. Diximus, ſi quis fuerit hæres inſtitutus ex certo fundo, valere inſtitutionem, & perinde accipiendam eſſe ac ſi ſine re inſtitutus fuiſſet. l. 1. ff. de hæred. inſtit. & l. 35. ex facto. eo. tit. Receptum enim eſt hoc inſtitutionis genus ex re certa. Vnde videtur idem dicendum eſſe in exhæredatione, cum pater exhæredat filium à certo fundo, vt intelligatur exhæredatus à tota hæreditate. Sed reſpondeo non eſſe eandem rationem inſtitutionis & exhæredationis. Inſtitutio fauorabilis eſt, benignéque accipi debet: exhæredationes non ſunt adiuuandæ interpretatione. d. l. cum quidam. vtuntur autem Iuriſconſulti verbo, adiuuare, pro extendere. l. hoc modo. 62. ff. de condit. & demonſtr. quaſi per ſe nõ ſufficiat ſcriptum ſine aliquo adiumento. Nos adiuuamus, quod eſt officium Iureconſulti. Sed quæ ſunt dura, quamuis propter aliquam vtilitatem recepta ſint, nos nõ adiuuamus interpretatione: ſed potius reſtringimus. dict. l. cum quidam, cum vulgaribus. Eſt locus communis de interpretatione. Hinc vulgo dicimus, Odia reſtringenda, fauores ampliandos.

Quarto exhæredari debet filius à toto gradu, ſi vnus tantum ſit gradus hæredum: non ab vna perſona. & ſi ſi ſint plures gradus hæredum, ab omnibus gradibus exhæredandus eſt. Cum filius exhæredatur, videndum eſt an ſit tantum vnus gradus inſtitutionis, an ſint plures. Si ſit vnus tantum gradus, non debet exhæredari ab vna perſona: ſed ab omnibus quicunque in eo gradu inſtituti reperiuntur. Si ab vna perſona tantum exhæredatus ſit, inutilis eſt exhæredatio. quia reperitur ab alia perſona præteritus: ſiue ita dixerit teſtator, *Filius meus exhæres eſto.* deinde duos inſtituerit hæredes ſiue inter duas hæredum inſtitutiones Titij & Sempronij eum exhæredauerit. Plerumque reperiuntur ineptæ exhæredationes, quæ non ſuſtinentur & adiuuantur interpretatione: quia ſunt odioſæ, veluti ſi teſtator dixerit, *Quiſquis mihi hæres erit, filius exhæres eſto.* vitioſa eſt exhæredatio. d. l. 3. §. filius. ff. hoc titu. Quod autem ibi ex Iuliano addit, quoniam poſt aditam, &c. Quia hoc pendet ex his quæ poſtea dicturi ſumus: dicemus non valere exhæredationem ſine inſtitutione hæredis. Ex inſtitutione hæredis pendent omnia, & legata, & fideicommiſſa, & exhæredationes, & oportet aditam eſſe hæreditatem ex teſtamento. Cum autem dicit teſtator. *Si Titius mihi hæres erit, filius exhæres eſto*: his verbis oſtendit ſe nolle filium eſſe exhæredem: niſi Titius fuerit hæres. At Titius non poteſt eſſe hæres, niſi filius exhæredatus eſt: ſed ante aditionem hæreditatis reperitur præteritus. At præterito filio, quomodo poteſt valere teſtamentum? In exhæredatione quoties poteſt aliqua ſubtilitate euerti, hoc facile fit: in inſtitutione idem non fit. inſtitutiones enim adiuuamus interpretatione. Diximus, ſi plures gradus ſint, debere filium ab omnibus gradibus exhæredari. Eſt autem vnus gradus inſtitutorum hæredum, alius ſubſtitutorum: oportet igitur eum exhæredari ab omnibus gradibus. Ratio eſt perſpicua: quia aliquando contingit vt teſtator nolit hæredem eſſe aliquem in primo gradu, quem velit eſſe in ſecundo gradu. ideóque oportet teſtatorem filium exhæredari ab omni gradu. Nam forte ſi in mentem ei veniſſet, eum inſtituiſſet in ſecundo gradu. Sed fit aliquando vt exhæredatio antecedat omnes inſtitutiones: aliquando fit vt ſequatur: aliquando vt exhæredatio fiat in medio inſtitutionum & ſubſtitutionum. Si hoc fecerit, an intelligetur eum exhæredaſſe ab omnibus gradibus? Si quidem eum exhæredauerit ab initio, facile intelligetur eum exhæredaſſe ab omnibus gradibus. Nam quod initio poſitum eſt, in ſequentibus capitibus facile repetitum eſſe intelligitur. Quid ſi poſt omnes gradus? De eo, qui exhæredauit poſt omnes gradus nihil dicitur in dict. leg. 3. ff. eod. ſed mentio eſt aliqua in leg. 2. Cod. de liber. præter. Quidam exiſtimant idem dicendum eſſe de eo, qui poſt omnes gradus exhæredauit, ex d. l. 1. C. Sed tamen oſtendit Imperator quæſtionem verſari in ſtatu cõiecturali. Ideóque ſpectandam eſſe voluntatem teſtatoris. Proinde ſi quis filios inſtituit ſuos hæredes & inuicem ſubſtituit: hic ſunt duo gradus. Deinde filiam ſuam exhæredauit. nos facile interpretamur eam exhæredatam ab omnibus gradibus: quia vna conceptione complexus eſt vtrunique gradum inſtitutionis & ſubſtitutionis. Sed maior dubitatio eſt, ſi non ſit complexus conceptione vtrumque gradum.

Cœpimus differere de his quæ neceſſaria ſunt ad exhæredationem filij, vt valeat teſtamentum. Primum, diximus nominatim exhæredandum eſſe filium. Secũdo, exhæredãdum eſſe pure, & ſine conditione. Tertio, diximus ab hæreditate exhæredandum eſſe, non autem à certa re: quamuis inſtitutio ex re certa non valeat. Quarto, diximus exhæredandum non eſſe à certa perſona: idque expreſſum eſt aperte in leg. 3. §. filius. ff. hic. Idem dicitur in leg. nõ putauit. 8. §. ſi ab vno. ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. Præteritus dicitur filius cum exhæredatio nullam vim habet. Exempli gratia, teſtator inſtituit duos hæredes Titium & Mæuium, exhæredauit filium ſuum à Titio tantum: hoc modo, *Titius filio meo exhæredato hæres eſto, Mæuius hæres eſto.* Sunt duo hæredes inſtituti in eodem gradu, Titius & Mæuius: ab vno tantum exhæredatus eſt filius, nempe à Titio: à Mæuio non eſt exhæredatus, quia exhæredatus eſt à certa perſona, dicitur vitioſa eſſe exhæredatio. Dicitur hæc ex-

hæredatio vitioſa eſſe: ſed cur ita? Dicitur hæc exhæredatio vitioſa, ſicut cum quis exhæredatur à re certa. l. cum quædam. ff. hic. Si quis fuerit inſtitutus ex ſemiſſe, poteſtate iuris intelligitur ex aſſe inſtitutus, perinde ac ſi ſimpliciter inſtitutus eſſet. l. interdum. 13. §. 1. ff. de hæred. inſtit. Sed in exhæredatione idem non dicimus. exhæredationes interpretatione non ſunt adiuuandæ. dict. l. cum quidam. Ergo ab vna parte exhæredatio facta non valet. nam quod ad aliam partem attinet, præteritus repetitur. id accidit cum ab vno tantum hærede exhæredatus eſt filius. Recte igitur hic dicitur exhæredationem factam à certa perſona non valere. Erratum eſt teſtatori is: ſed illud erratum, cum agitur de exhæredatione, quia eſt odioſa, nõ adiuuatur interpretatione. d. l. cum quidam.

Quintum, eſt ab omnib. gradib. exhæredandum eſſe filium, ſi plures gradus ſint. Eſt vnus gradus inſtitutorum hæreduon, alter ſubſtitutorum. id expreſſum eſt in l. 3. & l. 41. ex facto. §. Lucius. de pup. ſubſtit. Cum dicimus præterito filio inutile eſſe teſtamentum, nos intelligimus præteritũ, etiãſi ab vno gradu exhæredatus ſit, imo etiam inſtitutus. Exempli gratia, Teſtator inſtituit Titium in primo gradu, & ſubſtituit ei filium. Certum eſt non valere teſtamentum. dict. l. ex facto. §. Lucius. Quamuis enim inſtitutus ſit in ſecundo gradu, tamen in primo gradu præteritus eſt. ergo nõn ſufficit eum à primo gradu exhæredari, imo ne inſtitui quidẽ, ſecundum diſtinctionem quæ à nobis poſtea tradetur. Nam cum omiſit teſtator in vno gradu filium, nos interpretamur hoc per incogitãtiam factum eſſe à patre, atque ideo nullum teſtamentum eſſe dicitur, quod ad illum gradum attinet. Hinc quæſtiones facti naſcuntur in dict. leg. 3. §. filius. ff. hoc tit. quæ à nobis iam tractatæ ſunt. Diximus, ſi exhæredatio omnes gradus præcedat, vel in medio graduum ponatur, valere exhæredationẽ. Sed quid dicemus ſi ſequatur exhæredatio omnes gradus? Imperator de ea quæſtione dicit in l. 1. C. de libertis præterit. Si dixerit teſtator ſe ab omnib. gradib. exhæredare, nulla eſt dubitatio. l. 25. ille aut ille. §. cum in verbis. ff. de lega. 3. Idem in hac ſpecie, Quidam filios inſtituit hæredes, & inuicem ſubſtituit: poſtea exhæredauit filiam, valet exhæredatio. quia compendio ſermonis eos inſtituit, ac inuicem ſubſtituit, exhæredata filia intelligitur ab omnibus gradibus in hac ſpecie, omnes enim gradus comprehenduntur vna conceptione verborum. Si diuerſa eſſent capita, vnum caput ad exhæredationem pertinens, dubium eſſet, an exhæredatio referenda eſſet ad gradum inſtitutorum hæredum, an ad gradum ſubſtitutorum: & eſt voluntatis quæſtio, quæ ex coniecturis pendet. Sed animaduertendum eſt, cum exhæredatio præcedit omnes gradus, veriſimilius eſſe, repetitam eſſe in ſequentibus gradib. quam cum exhæredatio ſequitur omnia capita. Cum antecedit exhæredatio omnia capita, facile intelligimus repetitam eſſe omnibus ſequentibus capitibus: non ita facile cum quædam capita antecedunt. Occurrunt exempla apud Iuriſconſul. huius repetitionis. Vnum eſt in leg. auia quæ nepotem. 75. ff. de cond. & demon. Conditio adiecta inſtitutioni facile intelligitur repetita in legato, quod ſeruatum eſt. Conditio igitur adiecta inſtitutioni, in legato poſtea facto repetita intelligitur. Si legatum prius factum fuerit, non facile id admittimus. & ſolet adduci locus ad improbandum, in leg. filium. 27. ff. quando dies l. ced. Teſtator inſtituit filiumfam. hæredem ex parte: deinde dedit ei fideicommiſſum. Poſtea adiecit conditionem: legato prius facto non adiecit. quæſitum eſt an videatur adiecta conditio legato, ſicut inſtitutioni. In ea. leg. ſi filium. ibi, *Si pure ſit datum*, ſic interpretatur hæc verba, quaſi reſpondeat Scæuola pure datum eſſe fideicommiſſum in hoc loco, quod verum puto. Sed tamen alius eſt ſenſus horum verborum, reſpondit enim de iure, relicta quæſtione facti, in qua quæritur de voluntate teſtatoris, an voluerit teſtator repetere cõditionem in legato. Quod erat tantum proprium Iuriſconſ. præſtitit Scæuola. Ait, *Pure fideicommiſſi relicti diem cedere*. Simile exemplum eſt in l. teſtatore. 107. ff. de condit. & demon. & l. qui Romæ. l. 122. §. Agerius. de verb. obli. Exhæredatio igitur facienda eſt ab omnibus gradibus, ſi plures gradus ſint inſtitutorum hæredum. Quod ſi ab vno tantum gradu exhæredatio facta ſit, rumpitur tantum ille gradus à quo præteritio facta eſt. dict. l. 3. §. ſi ita ff. hoc tit. ibi præteriit eum à primo gradu, exhæredauit à ſecundo. primus ille gradus rumpitur, & teſtamentum exordium ſumit à ſubſtitutione. Idem dicitur in dict. l. ex facto. §. Lucius. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. Hinc naſcitur quæſtio in l. ſi à primo hærede. 8. ff. hic. Paterfamilias inſtituit duos hæredes. Titium in primo gradu; Sempronium in ſecundo. à primo hærede exhæredauit filium ſuum, à ſecundo præteriit eum. Ergo ſubſtitutio rumpitur: alter gradus manet. Antequam locus eſſet ſubſtitutioni, interim dum deliberat Titius primus hæres, an hæreditatem adiret, deceſſit filius. Poſt mortem filij euenit caſus ſubſtitutionis, quia repudiauit primus hæres, quæritur an hæreditatem capere poſſit: Videtur capere non poſſe ſed tamen Iuriſcon. ait, ſubſtitutum hæreditatem capere non poſſe, quia ab initio non valuit ſubſtitutio. Cum igitur ab initio nõ valuerit, poſtea conualeſcere non poteſt. Exhæredatio & inſtitutio eſt neceſſaria ad ſolennitatem teſtamẽti. Idem dicitur in Inſtitut. tit. de exhær. liber. §. 1. Notandum tamen eſt interdum accidere vt gradus non rumpatur ob præteritionem. Et quod diximus eſt intelligendum cum hac exceptione. Exceptio eſt l. ſi poſthumus. 14. §. ꝙ vulgo. hic. ff. videlicet cum inſtitutus eſt filius in primo gradu, & eſt præteritus in ſecundo, valet teſtamentum, nec rumpitur ille gradus ob præteritionem. Teſtator inſtituit filium & Titium hæredes in primo gradu: in ſecundo ſubſtituit Mæuium, in hoc ſecundo gradu non inſtituit, neque exhæredauit filium. Ait Iuriſconſ. non ideo rumpi illum gradum: quia filius, qui exhæredatus eſt in ſecundo gradu, inſtitutus eſt in primo. ratio eſt quia nulla iniuria facta eſt, qui poteſt ſtatim ex primo gradu hæreditatem adire. Cum nos ponimus exhæredatum eſſe in primo gradu, & præteritum in ſecundo, idem dici non poteſt. vel cum ponimus eum eſſe ſubſtitutum. Nam expectandum eſſet donec excluſi eſſent hæredes inſtituti in primo gradu. Et hinc annotant quidam filium ſubſtitutioni vulgari, nullo modo oneratum eſſe: quia adeundo hæreditatem poteſt excludere ſubſtitutum. Nullam igitur iuſtam conquerendi cauſam habet de ſubſtitutione. Imo verò dicunt filio ſubſtitui poſſe vulgariter in legitima, cum tamen ea nullo onere grauari debeat. leg. omnimodo. 30. de inoffi. teſta. Cod. Sextum eſt, hæredem inſtitutum eſſe oportere in teſtamento, vt valeat exhæredatio: & hæreditatem aditam eſſe, alias exhæredatio nullum effectum habet. Oportet inſtitutum eſſe aliquem hæredem, & inſtitutum hæredem adiiſſe hæreditatem. leg. filium 20. §. ſed cum exhæredatio. ff. de bonor. poſſeſſ. cõtra tabul. Si adita non fuerit hæreditas teſtamento, in quo filius eſt exhæredatus poteſt, petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas: quia exhæredatio nullã vim habet, perinde eſt ac ſi præteritus eſſet paternis tabulis. Hoc generale eſt de omnibus quæcunque teſtamento adſcripta ſunt. leg. proximè. ff. de his quæ in teſta. delen. & leg ſi nemo. 142. ff. de reg. iur & leg. ſi nemo. 9. ff. de teſta. tute. Eodem pertinet quod dicitur in l. Papinianus. 8. §. ſub conditione. ff. de inoffic. teſta. Antequam ſit adita hæreditas, querela inofficioſi teſtamenti

moueri

moueri non poteſt. Hinc naſcitur quæſtio tractata in l. ſi ita ſcriptum. 13. §. vltim. ff. hic. Teſtator ita dixit, *Titius poſt mortem filij mihi hæres eſto, filius exhæres eſto.* ait Iureconſultus nullam eſſe exhæredationem. quia filius poſt mortem ſuam exhæredatus eſt, non valet exhæredatio in hac ſpecie. Vt valeat exhæredatio, oportet hæredem eſſe ex teſtamento, & aditam eſſe hæreditatem ex teſtamento. At Titius non poteſt hæres eſſe, niſi poſt mortem filij. Nam collata eſt inſtitutio Titij ad tempus quo morietur filius. Exhæredare filium poſt mortem ſuam ineptum eſt. Ergo inutilis eſt exhæredatio. Idem eſt, quod attigimus in dict. leg. 3. §. filius. ff. hoc tit. vbi dicitur vitioſam eſſe filij exhæredationem hoc modo, *Quiſquis mihi hæres erit, filius exhæres eſto.* Filij exhæredatio non valet, niſi exiſtente hærede ex teſtamento. At hæres non eſt, niſi valeat exhæredatio. Filius ergo præteritus reperitur. Non poteſt enim dici exhæredatus eſſe niſi extiterit conditio. Non poteſt hæres eſſe, niſi exhæredatio valeat. Ponamus eum velle adire hæreditatem, non poteſt, quia interim filius reperitur præteritus. ergo teſtamentum non valet. Non enim poteſt hæreditas adiri, niſi exhæredatio valeat, hac ſubtilitate omnino euertitur exhæredatio.

Septimo. Vulgo dicitur exprimendam eſſe cauſam ingratitudinis, & probandam eſſe vt valeat exhæredatio. De eo extat Iuſtiniani conſtitutio, vt cum de appel. cogn. §. aliud quoque capitulum. Iuſtinianus in ea conſtitutione derogat iuri antiquo. Ait non licere patri filium ſuum exhæredare: niſi probatus fuerit ingratus filius: & niſi iuſta & legitima fuerit cauſa ingratitudinis: niſi cauſam ingratitudinis adſcripſerit teſtamēto ſuo. Vult enim vt ex certa cauſa exhæredetur filius, quæ lege expreſſa ſit. Cauſas ingratitudinis exprimit ibidem in §. cauſas. vult autem vt ea cauſa adſcribatur à teſtatore. Poſtea vult hęredē probare eā cauſam ingratitudinis. Deinde ſubiicit Iuſtinianus, poſt prolixam orationem de cauſis ingratitudinis, ſi hæc obſeruata non fuerint, teſtamentum irritum eſſe, ſic verba Græca Iuſtiniani vulgo interpretantur. Vult autem ſubuerti teſtamentum quantum ad inſtitutionem attinet, legata vero & alia rata manere. Ergo exhæredatio nulla eſt, in qua hæc obſeruata non fuerunt. Vnde colligunt aliqui hodie propter illam conſtitutionem Iuſtiniani querelam inofficioſi teſtamenti locum non habere. quam quæſtionem ſupra tractaui ſub tit. de inoffic. teſt. Iure antiquo ſi pater exhæredauit filium in teſtamento, valet teſtamentum, ſed tamen datur filio inofficioſi querela, qua cōtendit ſe indigne à patre exhæredatum eſſe. Hodie quidam dicunt non eſſe locum querelæ inofficioſi teſtamenti. Sic ratiocinantur, aut cauſa adiecta eſt & expreſſa exhæredationis, aut non expreſſa. Si expreſſa non eſt irritum teſtamentum: ideo non eſt neceſſaria querela ad teſtamentum rumpendum. Si eſt expreſſa, aut eſt iuſta & legitima, aut nō eſt. Si non eſt, adhuc nullum eſt teſtamentum. Vult. n. ob vnam ex his cauſis quas expreſſit Iuſtinianus, exhęredari filium poſſe. Si vna eſt & probari poſſit ab hærede, Iuſta eſt exhæredatio. Si non probauerit hæres, irritum eſt adhuc teſtamentum. Si teſtamentum eſt irritum, non eſt neceſſaria querela. Eſt quæſtio agitata vulgo, de qua ſupra dixi ſub tit. de inoffi. teſta. & oſtendi quantopere erratum ſit vulgo ab interpretibus in hac quęſtione tractanda. Ego dixi valere exhæredationem, etſi hæc obſeruata non fuerint, de quibus loquitur Iuſtinianus in ea conſtitutione: & ſentio competere querelam inofficioſi. Mouet me, quod nunquam ius antiquum correctum eſſe dicendum eſt, niſi id manifeſtum ſit, leg. præcipimus. C. de appel. At Iuſtiniani conſtitutio commodiorem recipere poteſt interpretationem. Verboſitas Iuſtiniani cauſa fuit, vt puto, cur non ſatis perciperetur ab interpretibus. Senſus huius conſtitutionis eſt, non licere patri exhæredare filium ſine Iuſta cauſa, alias per querelam inofficioſi teſtamenti ſubuerteretur teſtamentum. Docet autem Iuſtinianus quid præſtandum ſit ab hærede, vt ſuperior ſit in querela. Non tractat quo genere actionis ſubueniendum ſit filio aduerſus patris teſtamentum, ſed docet vt obtineat hæres in eo iudicio cauſam vnam eſſe exprimendam à teſtatore ex his, quæ in conſtitutione ſua adſcripſit. Deinde vult eam probari ab hærede. quod ſi nō fecerit, vult filium exhæredatum poſſe vincere in querela inofficioſi teſtamenti. Hæc conſtitutio pertinet ad emendationem iuris veteris: non vt intellexerunt alij vulgo, hoc tantum emēdauit Iuſtinianus. Olim in querela inofficioſi teſtamenti vincebat hæres, etſi hæc non obſeruata eſſent. Primum non erant cauſæ definitæ ingratitudinis, propter quas exhæredari poſſit filius. hæc expreſſio cauſæ non requirebatur. Cauſam ingratitudinis exprimere cogitur teſtator per conſtitutionem Iuſtiniani. Si dicatur ingratus fuiſſe filius aduerſus patrem, hoc non admittetur: quia pater non adiecit in teſtamento, ſe ob eam cauſam exhæredaſſe filium. Tertio, non incumbebat ante Iuſtiniani conſtitutionem probatio hæredi: ſed probare debebat filius ſe male non eſſe meritum de patre. Itaque illa conſtitutio facta eſt, vt apparet, in gratiam exhæredatorum. Niſi hæc obſeruata fuerint ſubuerti teſtamentum ait. Sic interpretantur verba Græca, quaſi Iuſtinianus voluerit, nullum eſſe omnino teſtamentum. Verba Græca, irrito facto teſtamento, vel ſubuerſo ſignificant: quæ quidem verba ambigua ſunt: ſed in ambigua oratione, ea interpretatio accipienda eſt, quæ vitio caret. leg. in ambigua. ff. de legib. Et ſane antecedentia & ſequentia verba oſtendunt quomodo ea verba accipienda ſint. Ego efficacius argumentum ſolitus ſum adiicere. Cum ait Iuſtinianus non licere parenti filium ſuum exhæredare, niſi hæc tria fuerint obſeruata: ſubiicit irritum eſſe teſtamentum, ſi hæc non fuerint obſeruata. Hæc verba referuntur ad illa tria, id eſt, niſi legitima cauſa à teſtatore fuerit adiecta: & niſi fuerit ab hærede probata, vult teſtamentum euerti, neceſſe vt ad hæc tria referantur verba Iuſtiniani: ſed abſurdum eſt hæc verba referri ad probationem, ſi ipſo iure intelligeretur nullum eſſe teſtamentum. Stultum eſt poſt probationem quærere, an querela admittenda ſit, an non ſit. Nimis ſerum eſt id quærere: ſed quærendum eſt vter vincere debeat, quid pronuntiandum ſit. Hæc igitur verba neceſſe eſt referri ad ſententiam, non ad rationem agēdi: & niſi hęc tria pręſtita fuerint ſubuertitur teſtamentum. Quidam elabuntur ita, vt dicāt ſuſpenſam eſſe vim teſtamenti. hoc eſt ſophiſtarum, quamuis ab iis hoc proferatur, qui dicunt ſe hoſtes eſſe ſophiſtarum. Aiunt ex euentu pendere vim teſtamēti: vt ſi probatum fuerit, valeat teſtamentum, alias non valeat. hoc perquam ineptum eſt, iudicio meo. Ineptū eſt quęrere, poſtquam mota eſt querela, & poſtquam recepta eſt probatio, an competat querela, an nō competat. Quid opus eſt ſubtilitatem excogitare, & hac ſubtilitate excogitata conſtitutionem Iuſtiniani interpretari, cum aliter verba Iuſtiniani commodam interpretationem recipere poſſint? Ergo vt valeat exhęredatio, neceſſe eſt hæc tria adiici, quæ ſunt in conſtitutione. Verum quidem eſt, quod in querela inofficioſi teſtamenti non obtinebitur, niſi hęc tria probata fuerint.

Superius diximus de ratione exhęredandorum liberorum, quęque neceſſaria ſint, vt valeat exhęredatio filij. Diximus valere teſtamentum, ſi recte filius exhęredatus ſit, alias propter pręteritionem filij inutile eſſe teſtamentum. Et diximus quo caſu valet exhęredatio,

Digitized by Google

competere poſſe querelam inofficioſi teſtamenti. Si filius ſine legitima cauſa, & legibus probata à patre exhæredatus fuerit, ante reſciſſum teſtamētum per querelam inofficioſi, nihilominus valere teſtamentum. Notandum tamen eſt, ſi exhæredatio facta ſit non mala mente, ſed vt conſuleretur filio à patre, non eſſe locū querelæ inofficioſi teſtamenti, non poſſe teſtamentum reſcindi: tantum abeſt, vt teſtamētum nullum ſit, vt reſcindi omnino non poſſit: nihil enim eſt de quo quæri poſſit filius. Agit querela inofficioſi filius, quia contendit ſe iniuria affectum eſſe. leg. Papinianus. 8. §. 1. ff. de inoff. teſta. Huc pertinet lex, multi. 18. ff. hoc titul. Pater videns filium ſuum impuberem eſſe, & eius ætatis, vt hæreditatem ſibi debitam facile conſumpturus ſit, vel forte prodigum, inſtituit extraneum hæredem, & fidei eius committit, vt filio fortaſſe alimenta præbeat. Pater hic exhæredauit filium ſuum, & tamen ob hanc exhæredationem de patris teſtamento conqueri non poteſt filius. Exhæredatio enim fit ad commodum filij, non notæ cauſa. Similis locus eſt in l. ſi patronus. 12. §. ſi quis non mala mente. & l. Paulus reſpondit exhæredatiooem. 47. in princip. ff. de boois lib. Bonorum poſſeſſio contra tabulas oon datur ei qui exhæredatur à patre ſuo, niſi forte non malo animo eū exhæredauerit. Idem eſt in l. eum qui. 15. ff. de annuis lega. Ego alias adduxi exemplum ex Martiali de Philomaſo, qui erat filius prodigus. In hac igitur ſpecie inſtituit hæredem, & eius fideicommittit, vt hæreditatem reſtituat filio ſuo poſtquam ad frugem bonam redierit, vel factus erit legitimæ ætatis. Hic hæres fiduciarius dicitur à iuris auctorib. l. Seius Saturninus. 46. ff. ad Trebel. Cum hæres inſtituitur quaſi contracta fiducia, nominat eum quem ſibi velit hæredem eſſe, & agit cum eo vt reſtituat hæreditatem filio. & hic verus hæres non eſt, & reſtituit hæreditatem fideicommiſſario, cum omnibus fructibus perceptis: cum alias in fideicommiſſariam hæreditatem fructus noo veniant. leg. in fideicommiſſ. 3. §. cum Pollidius. de vſur. Quo argumento etiam dicitur, eum reſtituere hæreditatem, non detracta falcidia. Addendum eſt, & quod hic dicitur de exhæredatione, idem dicendum eſſe de prætetitione filij. Sicut hic dicimus ob exhæredationem, quæ à patre facta eſt non malo animo, non poſſe de teſtamento conqueri filium: ſic etiam dicendum eſt, ſi conſulendi cauſa, & non malo animo præterierit filiū. leg. ſi emancipatus. 16. ff. de bono. poſſeſ. contra tabu. Pater præterijt filium in ſuo teſtamento, id eſt, neque inſtituit, neque exhæredauit. Inſtituit fiduciarum quēdam hæredem, & rogauit eum vt reſtitueret hæreditatem filio ſuo. id fecit conſulendi filio ſuo cauſa. Quæritur an bonorum poſſeſſio contra tabulas competet filio? Præterito enim filio datur bonorum poſſeſſio cōtra tabulas, etſi fideicommiſſum ei relictum ſit. leg. ita tamen. 27. §. qui rogatus. ad Senat. Trebellia. Sed hoc eſt intelligendum: niſi præterierit filium, & alium hæredem inſtituerit, vt conſuleret filio.

Nunc videndum eſt, cum dicimus liberos exhæredandos eſſe, quid appellatione liberorum hic cōtineatur. Dicimus, ſi liberi inſtituti non fuerint, neque exhæredati, inutile eſſe teſtamentum: quo modo hic liberos accipimus? Et certum eſt, ſi vim & conſuetudinem loquendi veterum inſpiciamus, appellatione liberorum contineri omnes quicunque deſcendunt ex eo, de quo quæritur, teſtatore. Appellatione liberorum non tantum continentur filij, ſed etiam nepotes, pronepotes, & alij deſcendentes. leg. quid ſi nepotes. 6. ff. de teſtam. tut. l. liberorum 220. ff. de verborum ſignific. & latius patet liberorum appellatio, quam filiorum propter vſum & conſuetudinem loquendi. Nulla alia ratio poteſt adferri. Filij diſtinguuntur à nepotibus, liberi oon diſtinguuntur. & videtur hoc nomen iuris ciuilis eſſe: filiorum appellatio naturalis. In ſeruitute concepti, liberi non ſunt. & proprie Iureconſulti liberos vocant qui ex ciuibus Romanis nati ſunt: imo ex iuſto & legitimo matrimonio nati. Liberi videntur dici à libertate: & ſic intelligendum eſt quod dicitur in leg. 1. ſolu. matri. intereſſe Reipublicæ ciuitatem repleri liberis. Idem dicendum eſt, & ſi ſecto ventre nati ſint. leg. quod dicitur. 12. ff. hoc titul. ſed de eo plenius dicemus infra, cum tractabimus de poſthu. hæred. inſtit.

Liberos accipimus de his, qui in poteſtate ſunt: non autem de emancipatis, qui ſui iuris ſunt. leg. inter cætera. 30. ff. hic. cum dicimus filio præterito, qui eſt in poteſtate, nullum eſſe teſtamentum: intelligimus eos, qui ſunt ſui, de quibus eſt locus inſignis, leg. in ſuis. 11. ff. hic. filius, qui eſt in poteſtate patris, quem nemo gradu præcedit, is dicitur ſuus hæres eſſe. §. ſui autem. Inſtit. de hæred. qualita. & differen. Dicuntur autem ſui: quia viuo patre quodammodo intelliguntur domini eſſe. Et hæc duo neceſſaria ſunt, vt ſuus hæres quis dicatur. Oportet primum eſſe in poteſtate. itaque poſthumus ſuus ooo dicitur, quia natus non eſt ante mortem teſtatoris. leg. vltim. ff. de collat. bono. præterea oportet vt eum nemo antecedat. leg. 13. poſthumorum. de iniuſto, rupto, & irri. & dict. §. ſui. Inſtit. de hæred. qualit. Nepotes non dicuntur ſui quamdiu viuunt filij, quia filij eos anteceduot. Cum ſui ſuccedunt, videtur continuari eadem hæreditas. Ergo ſi domini eſſent, nō liceret eos exhæredare: ſed dicuntur quaſi domini. eſt ius ſui quod ſuitatis ius vulgo dicitur. leg. 1. §. vltim. de libertis agno. propterea ius ſui videtur continuatio quædam dominij eſſe. vnde notandum eſt, non eſſe neceſſariam aditionem hæreditatis in ſuis hæredibus. in leg. in ſuis. de ſuis & legiti. hæred. Aliis eſt neceſſaria aditio hæreditatis. leg. Pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falci. & §. vltim. de hæredum qualit. & differ. Quæſtio eſt, an etiam poſſeſſio, quam habebat defunctus, continuetur in ipſos, quaſi poſſeſſores fuerint viuo patre, & poſſeſſio in ipſos transferatur morte patris? Dubitatio naſcitur ex l. cum hæredes. 23. ff. de acquir. poſſeſſ. vbi dicitur poſſeſſionem non transferri, niſi corporaliter apprehenſam. Hæres inſtitutus, ſimulátque teſtatur ſe hæredem eſſe velle, etiam ſi non apprehenderit res hæreditarias: tamen hæres efficitur, & cōſequitur dominium omnium rerum hæreditariarum: poſſeſſio autem in ipſum non transfertur. leg. 1. §. Scæuola, ff. ſi quis teſta. lib. eſſe &c. Sed quæſtio eſt, an quod dicitur in dict. leg. cum hæredes. de ſuis hæredibus accipiēdum ſit? loquitur enim de iis, qui hæredes ſunt inſtituti. Variæ ſunt opiniones. Sed puto nihil vetare, quin poſſint dici quaſi poſſeſſores, etiam viuo patre, nihilque prohibere in ipſos continuari poſſeſſionem: ſicut nec dominium. Nā traditionib. alioqui acquiruntur dominia. l. traditionibus. C. de pact. Sed fieri non poteſt, vt duo domini ſint eiuſdem rei in ſolidum. l. ſi vt certo. 5. §. ſi duob. ff. commoda. Si igitur hoc admittitur in dominio, cur non idem dicetur in poſſeſſione? Et verba Pauli Iuriſcon. in hac l. in ſuis. ſatis oſtendunt filium non eſſe verum dominum. dicit enim Paul. eum quodammodo eſſe dominum. Nihil eſt igitur incommodi quin idem dicamus de poſſeſſione.

Moribus noſtris in Gallia res dubitationem noo habet. nam certum eſt poſſeſſionem à mortuo transferri in ſucceſſorem: non tantum ſi filius ſit, ſed quiſquis fuerit legitimus hæres. Mortuus enim transfert poſſeſſionem in eum, qui ſuccedit. Ideóque quod dicitur in dict. l. cum hæredes. de acquir. poſſ. apud nos non obſeruatur. Eſt quædam poſſeſſio, quæ nihil habet facti, quæ eſt ciuilis, & effectus eos habet, quos vera poſſeſſio.

ſeſſio. Dixerit aliquis, diſputationem hanc videri inutilem eſſe, cum dicamus dominum non eſſe, poſſeſſorem non eſſe: ſed quaſi dominum, & quaſi poſſeſſorẽ. Quid autem refert an eum vocemus dominũ, an quaſi dominum, poſſeſſorem, an quaſi poſſeſſorem? Non abs re Iureconſulti dominum quodammodo eſſe dixerunt filium ſubſtantiæ paternæ, viuo adhuc patre: non verum dominum. id enim magni effectus eſt. Filius viuo patre, non diſponit de ſubſtantia paterna, nec poteſt quidquam ex his bonis petere à patre: imo ne eam quidem partem, quæ vulgo legitima dicitur. Pater omnia bona ſua vendere & alienare poteſt: conſumere poteſt, quicquid in patrimonio ſuo eſt, nec poteſt à filio impediri. Dicitur in leg. 1. §. ſi impubere. ff. de colla. bono. hanc præmaturam eſſe petitionem filij, qui petit portionem ſuam hæreditatis, viuo adhuc patre. Sed dicitur quaſi dominus, propter ſpem probabilem conſequendæ hæreditatis poſt mortem patris. Nec effectu caret hæc ſpes, aduerſus tertium, qui lucratiuo titulo nititur veluti donatione. Huius rei cauſa introducta eſt querela inofficioſæ donationis. leg. 1. de inoffic. donat. Cod. Si pater contra officium patris donauerit bona ſua alicui, ita vt ne legitima quidem portio ſuperſit filio: de ea donatione poterit conqueri filius, quaſi ob eam cauſam omiſerit portionem ſuam, quæ ipſi quodammodo debebatur à patre. De venditione idem non reperitur cautum iure ciuili. Non dicitur venditio reſcindi vt inofficioſa, ſicut donatio reſcinditur. Et hac ratione fit, vt fraudentur filij ſua legitima portione ab impiis parentibus. Hoc ſenſu dicitur hæreditas propria filij & ei debita leg. 1. §. Largius. de ſucceſſo. edict. leg. cum ratio. de bon. damnat. leg. 7. ſcripto hærede. in fi. ff. ſi tabu. teſta. nullæ extab. vnde liberi. Nouel. Iuſtin. de hæred. & falcid. & leg. vltim. Codic. de codicil. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, an filius poſſit vſucapere pro hærede? Vulgo dicitur vſucapere non poſſe pro hærede: quia inquiunt, hæreditatem non percipit, non eſt propriè hæreditas: ſed eſt continuatio quædam dominij. & ad id probandum adducunt l. 2. C. pro hæred. Ea i. dicitur, nihil pro hærede poſſe vſucapi, ſuis hæredibus exiſtentibus. Eſt breuis aphoriſmus, quo videtur hæc ſententia prima facie confirmari. Aiunt rationem eſſe, quia hæres non eſt: ſed hoc colligunt ex dict. leg. in ſuis. verſ. *itaque poſt mortem.* non tamen parum mouere debet hæc ratio. Nam dicitur continuatio dominij. Quod autem dicitur in dict. leg. 2. C. pro hærede. videtur alio ſenſu accipiendum. Videtur hic eſſe ſenſus eius legis: Cum hæredes ſui efficiuntur, nihil videtur poſſe vſucapi, id eſt, alius nihil poteſt ex rebus hæreditariis hoc titulo quicquam vſucapere. Si quia poſſideat res hæreditarias titulo pro hærede, quaſi hæres ſit, vſucapit pro hærede. Sed in ſuis hæredibus non videtur hoc poſſe habere locũ: quia ſui hæredes, mortuo patre, ipſo iure hæredes fiunt. Itaque in eis aditio non eſt neceſſaria. videtur etiam quodammodo in ipſos poſſeſſio transferri. Sicut, viuo patre, domini quodammodo erant, & poſſeſſores: ita quoque videtur poſſeſſio & dominium continuatum quodammodo. Si videtur poſſeſſores & domini rerum hæreditariarum, etiam cum non apprehenderint, qui fieri poteſt, vt alius eam rem vſucapiat? Illis autem verbis non ſignificat imperator ſuum hæredem non poſſe vſucapere pro hærede, ſed nihil poſſe vſucapi ab alio, ſuis hæredibus exiſtentibus. Et notandum eſt, quod dicit, obtinuit. Oſtendit enim hoc controuerſum fuiſſe, quamuis poſſet dici poſſeſſorem rerum hæreditariarum poſſe eas res vſucapere: non enim vere poſſidet eas ſuus hæres: ſed tamen habetur pro poſſeſſore: atque ideo obtinuit videri eas quaſi vere poſſidere. Et hic eſt effectus illius quaſi poſſeſſionis, quæ dicitur continuari. Ex his intelligitis, quomodo accipiendum ſit quod dicitur de liberis, vel filiis exhæredandis, vt valeat teſtamentum. Addendum eſt, etſi filiusfamiliâs miles ſit, idem dicendum eſſe. Si quis filium habeat in ſua poteſtate, eum debet nominatim exhæredare, aut inſtituere, etiam ſi hæres ſit ipſo iure. leg. filiusfamil. 26. ff. hoc titul. Cautum quidem fuerat edicto diui Auguſti ne quis filium militem exhæredaret: ſed ſublatum eſt hoc edictum diui Auguſti, vt ait Paul. in dict. l. 26. quamuis igitur multa priuilegia milites habeant: vt tamen filius priuatus inſtitui à patre, vel exhæredari debet: ita & filiusfamiliâs miles. De eo dicemus infra ſub titul. de militari teſtamento. Quod dicitur de filio, qui eſt in poteſtate, idem dicendum eſt de eo qui recidit in poteſtatem patris facto teſtamento. l. filius à patre. 28. §. 1. ff. eodem. Filiusfamil. miles fecit teſtamentum, habebat filium, non in ſua poteſtate: ſed in aui poteſtate. hic fecit teſtamentum iure militari. (Nam alias filiusfamiliâs teſtamentum facere non poteſt.) nec inſtituit, nec exhæredauit filium ſuum: quæritur an rumpatur teſtamentum. Hic non erat in eius poteſtate: ſed in aui poteſtate. ideo non videtur rumpi teſtamentum. Nam hic loquimur de eo, qui eſt in poteſtate teſtatoris. Sed tamen Iureconſul. ait in dict. §. 1. rumpi teſtamentum, quamuis multa adiiciat diſputando. Mortuo auo recidit nepos in poteſtatem patris ſui. Hinc ſequitur neceſſe non eſſe emancipatũ aut inſtitui, aut exhæredari. Hoc enim & idem dicitur de eo qui captus eſt ab hoſtibus, qui captiuitate iure ciuitatis Romanæ amiſit. Sed emancipato datur bonorum poſſeſſio contra tabulas ex Prætoris iuriſdictione. leg. maximum vitium. Cod. de liber. præter. iure ciuili nullo remedio ei ſuccurritur. Bonorum poſſeſſionem dat Prætor humanitatis cauſa filio emancipato, qui præteritus eſt paterno teſtamento. Inde quæritur, quid ſi filius præteritus ſit à matre? Mater fecit teſtamentum, in eo teſtamento non inſtituit, neque exhæredauit filium ſuum, an dicẽdum ſit valere teſtamentum. Et dicendum eſt valere. Omnia quæcunque diximus intelligenda ſunt de paterno teſtamento. Præteritio autem matris habetur pro exhæredatione. §. vltim. Inſtit. de exhæred. lib. Sed ratio huius dicti eſt, quia mater non habet filios in poteſtate ſua, mater non habet ſuos hæredes. leg. 4. §. ad teſtamenta. ff. de bono. poſſ. contra tabul. Cum dicimus, præterito filio dari bonorum poſſeſſionem, intelligimus de præterito tabulis paternis. Prætor enim eos vocat ad ſucceſſionem per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, qui ſui futuri eſſent, ſi in poteſtate mãſiſſent: vocat itaque emancipatos qui non ſunt in poteſtate. cur ergo dicitur præteritio matris haberi pro exhæredatione, cum filios in ſua poteſtate non habeat? Subtilitate iuris dicuntur non eſſe in poteſtate, ſed quod ad emancipatos attinet, ſi non eſſent emancipati, eſſent in patris poteſtate. Excipitur etiam præteritio militis. ſed de eo dicemus infra ſub tit. de milit. teſta.

Cœpimus oſtendere quid appellatione liberorum contineatur, cum dicimus liberos inſtituendos, aut exhæredandos eſſe, ne eis præteritis teſtamentum rumpatur. Diximus liberorum appellationem latè hic patere, & pertinere ad omnes, quicunque ex teſtatore deſcendunt per lineam maſculinam, nec vlla eſt dubitatio de filiis qui ſunt in primo gradu, qui ſunt ſui hæredes patri teſtatori. Sed quæſtio eſt, quem filius gradu præcedit, an ſit neceſſe talem nepotem inſtituere, aut exhæredare, ne rumpatur teſtamentum? Videtur id neceſſarium non eſſe, quia ſuus hæres nõ eſt: quia filius eũ gradu præcedit. Diximus duo neceſſaria eſſe, vt quis ſuus hæres rectè dicatur: vnum quòd ſit in poteſtate: alterum quòd primum locum obtineat. Sed tamen

Digitized by Google

dicendum eſt, & hunc inſtituendum quoque eſſe, aut exhæredãdum, ne ipſo præterito rumpatur teſtamentum: nam accidere poteſt, vt ſuccedat in locum filij, ſi filius forte viuo adhuc auo moriatur. Si enim nepos qui in eius locum ſuccedit præteritus reperiatur, id eſt neque inſtitutus, neque exhæredatus, rumpetur teſtamentum. leg. 3. ff. de iniuſto rupto. & Inſtit. de exhæred. liber. § poſthumorum. Nam per legem Velleam de qua infra dicemus ad leg. Gallus. nepos ſuccedit in locum patris ſui, id eſt, in locum filij, & efficitur hac ratione ſuus hæres auo. In propoſita igitur ſpecie, cum filius deceſſiſſe proponatur, viuo adhuc auo, & nepos in eius locum ſucceſſerit, certum eſt rumpi teſtamentum in quo nepos præteritus eſt, ideſt, in quo nepos neque inſtitutus eſt hæres, neque exhæredatus: quia ſuus hæres reperitur auo tempore mortis: quamuis tempore facti teſtamenti non fuerit ſuus hæres auo: quia filius eum vno gradu antecedebat, tamen tempore mortis eum filius non præcedebat. Itaque recte dicetur ſuus hæres auo. nos autem inſpicimus tempus mortis. vt dicetur in dict. leg. 3. & d. §. poſthumorum. Sed de hac ſucceſſione nepotis in filij locum ex lege Vellea, nos fuſius dicturi ſumus ad leg. Gallus. Quid igitur dicemus, ſi filius qui nepotem præcedit gradu, mortuo iam teſtatore deceſſerit, an nepos hoc etiam caſu rumpet teſtamentum? Teſtator qui habebat filium, & ex eo nepotem, præteriit nepotem in ſuo teſtamento, poſt mortem teſtatoris filius deceſſit: mortuo filio, nepos ait ſe ſucceſſiſſe in locum filij, ideóq; vult rumpere teſtamentum propter præteritionem. Quæritur an aui teſtamentum rumpere poſſit. Quæſtio tractatur in leg. ſi quis poſthumos. 9. §. ſi filiũ, vbi dicitur nepotem non rumpere teſtamentum: non enim poteſt dici ſuus hęres vnquam fuiſſe auo. In hoc caſu non dicimus inſpiciendum eſſe tempus mortis teſtatoris. Tẽpore autem mortis filius antecedebat nepotem vno gradu: hic autem proponitur ante filiũ deceſſiſſe, viuo etiam auo, nec refert an filius deceſſerit ante aditam hęreditatem, an poſt aditam, non enim hic inſpicimus tempus aditæ hęreditatis, cum quæritur de iure ſui hæredis, ſed inſpicimus tempus mortis teſtatoris. Idem dicitur in leg. ſi quis filio exhæredato. 6. in prin. titul. de iniuſto rupto & irrito teſtam. vbi dicit Iuriſconſ. agnuſcendo eum rumpere teſtamentum, quem nemo pręcedit mortis tempore, quo nempe tempore moritur teſtator.

In eadem leg. ſi quis poſthumos. §. ſi filium. tractatur quęſtio alia de filio, qui deceſſit apud hoſtes poſt mortem aui. Teſtator habebat filium & nepotem: præteriit nepotem, vt iam propoſitum fuit. Filius, qui antecedebat nepotem vno gradu, fuit captus ab hoſtib. deceſſit apud hoſtes poſt mortem aui, an hoc caſu nepos rũpet teſtamentum? Paulus reſpondet in dict. §. ſi filium, &c. Diuerſum eſt. &c. Eſt varia quidem lectio in vulgaribus codicibus. Sic in Florent. legitur: nec dubito quin ita ſit legendum. rumpit enim his caſibus teſtamentum. Nos hic ponimus nepotem præteritum fuiſſe, & filium, qui eum antecedebat vno gradu, captum fuiſſe ab hoſtibus, & apud hoſtes deceſſiſſe poſt mortem aui, an nepos rumpet teſtamentum? Videtur ex his quæ diximus non poſſe rumpere teſtamentum, quia deceſſit filius poſt mortem aui, id eſt, tempore mortis aui. Igitur non poteſt nepos ſuus hæres dici auo. Sed tamen Iuriſconſ. ait nepotem rumpere teſtamentum: & tamen in ſuperiore caſu non rumpit. ait itaque diuerſum eſſe in hoc caſu, cum filius captus ab hoſtibus, deceſſit in eodẽ ſtatu apud hoſtes. Ratio eſt, quia lex Cornelia fingit eum, qui deceſſit apud hoſtes, ante quam captus eſſet, deceſſiſſe. leg. in omnibus. 18. ff. de capti. & poſtlimi. reuer. §. vltim. Inſtitu. quibus non eſt permiſ. Si hanc fictionem legis Corneliæ accipiamus pro veritate, vt eſt accipienda, nos dicemus nepotem fuiſſe ſuum hęredem auo. tempora mortis aui filius captus ab hoſtibus prodonitur, viuo adhuc auo. Lex Cornelia tunc fingit eum deceſſiſſe. Ergo dicendum eſt nepotem hic rumpere teſtamentum, quaſi auo mortuo, fuerit ſuus hæres, quaſi mortuo auo nepotem non pręceſſerit filius. mendoſa lectio ſic emendanda eſt, *Quod moriente aui ius patriæ poteſtatis ſuſpenſum erat.* Sic loquuntur Iuriſconſul. vt in §. ſi ab hoſtibus. Inſtitu. quib. mod. ius patr. pot. ſol. Cum pater captus eſt ab hoſtibus interim pendet ius liberorum, id eſt ſuſpenditur. Similis locus eſt in leg. penult. de ſuis & legit. vbi Papinianus vocat ſuſpenſi iuris conſtitutionem, quæ ad poſtliminium pertinet. Ait Paul. *rumpit his caſibus &c.* In ſuperiore caſu non pependit ius patriæ poteſtatis: ſed abſciſſum omnino fuit morte aui. Hinc quæritur, quid ſi in propoſita ſpecie hæres inſtitutus omiſerit hæreditatem? Ecce, teſtator inſtituit extraneum hæredem, exhæredauit filium ſuum, nepotem præteriit, mortuus eſt auus: deinde mortuus eſt filius, supereſt nepos, extraneus inſtitutus à teſtatore omittit hæreditatem, & repudiat: an hęreditas deferetur nepoti tanquam ſuo? Ex his, quæ diximus, videtur non deferri. Nam ſui hæredes primum vocantur ad hæreditatem: hic non rectè dicitur ſuus hæres. hic verè non erat in primo gradu: ergo non poteſt deſtituto teſtamento, ab inteſtato ſuccedere auo. quod tamen eſt abſurdum. Sed Iuriſconſul. ait in hoc §. ſi filium. in hoc caſu non eſſe inſpiciendum tempus mortis aui: ſed tempus quo teſtamentum deſtituitur, cum teſtamentum factum eſt ab aliquo. prima cauſa eſt hæredum inſtitutorum in teſtamento. eis deficientibus hęreditas deuoluitur ad legitimos hæredes. Sed cum quærimus de conditione legitimorum hæredum, an ſui fuerint teſtatori, an non fuerint, nos tunc inſpicimus tempus non mortis teſtatoris: ſed tempus quo deſtituitur teſtamentum, id eſt tempus, quo certum eſſe incipit teſtatorem deceſſiſſe inteſtatum, cum hæres inſtitutus repudiat hæreditatem. tunc enim dicitur propriè inteſtatus deceſſiſſe. Si effectum inſpiciamus antequam repudiauit hæres hæreditatem, dubium eſt, an teſtator deceſſurus ſit inteſtatus, an non. Sed poſtquam hæres omiſit hæreditatem, iam certum eſſe incipit inteſtatum deceſſiſſe, & nepotem ex eius teſtamento hæredem fore. Ergo ſi eo tempore nepos reperiatur in primo gradu, dicendum eſt eum tanquã ſuum hæredem ſuccedere: atque ita modo tẽpus mortis, modo tempus, quo deſtituitur teſtamentum ſpectamus. Si quis velit hoc plenius intelligere, videat duos locos in Inſtit. §. cum autem. de hæred. quæ ab inteſta. & §. proximus. Inſtit. de legiti. agna. ſucceſ. leg. 1. §. ſciẽdum. de ſuis & legit. Ex iam dictis naſcitur etiam quæſtio tractata in leg. 23. filio, quem pater. hic. ff. Quæſtio naſcitur ex eo, quod dicimus de ſucceſſione nepotis in filij locum ex lege Vellea. Duo ſunt capita in dict. leg. filio, quem pater. Prior ſpecies, quæ eſt in §. vlt. pertinet ad inſtitutum hæredem, deinde arrogatum. Altera pertinet ad filium exhæredatum. Quidam inſtitutus eſt hęres. poſt factum teſtamentum arrogatus eſt à teſtatore: quæritur, an hac adoptione ruptum ſit teſtamentum? Videtur prima facie ruptum eſſe teſtamentum, propter adoptionem. l. filius à patre. 28. §. vlt. ff. hoc tit. Si quis inſtituerit hęredem: & deinde adoptauerit alium, qui reperitur præteritus, rumpetur teſtamentum. qui tranſit in eius familiam & poteſtatem: nec eſt inſtitutus, nec exhęredatus, itaque videtur ruptum eſſe teſtamentum pręteritione. Sed Iureconſultus ait, in hac ſpecie teſtamentum non rumpi. Fuit enim idem inſtitutus, qui poſtea adoptatus eſt:

nec

Digitized by Google

Fuit enim idem inſtitutus, qui poſtea adoptatus eſt: nec ideo rumpetur teſtamentum, quod mutauerit ſtatum ſuum ſecuta adoptione. Nam nulla ratio, nulla æquitas id patitur: tametſi ſubtiliter dici poſſit, quia propter alterius arrogationem rumpitur teſtamētum, qui hæres inſtitutus non eſt. Sed hæc ſubtilitas hic negligitur, quia proponitur idem inſtitutus in teſtamento, & poſtea à teſtatore arrogatus. Altera ſpecies eſt in princip. eiuſdem legis, de exhæredato filio. Pater filium emancipatum exhæredauit: deinde adoptauit, hac arrogatione qui erat in patris poteſtate denuo recidit patris poteſtatem. Quæritur an teſtamentum rumpatur, an vero noceat ei facta exhæredatio? Ait Iureconſultus, ei nocere factam exhæredationem. Illa verba, *quem pater iterum arrogauit, &c.* ſic accipi debent, quem pater arrogando iterum in ſuam poteſtatem redegit. Non enim hic intelligendum eſt duplicem arrogationem interceſſiſſe. Fuerat emancipatus filius, deinde arrogatus à patre. hac arrogatione iterum recidit in poteſtatem patris. Exhæredatio facta antea ei nocet, ne rumpat teſtamentum, quamuis in filiam tranſeat per arrogationem. & ea arrogatione ſecuta, videtur rumpi teſtamentum, quaſi alius homo arrogatus eſſet: Tamen hic non poteſt dici adoptiuus filius eſſe, quia naturalis eſt filius. Cum naturalia & ciuilia iura concurrunt, præualent naturalia iura. leg. non putauit. 8 §. ſi quis emancipatum. ff. de bono. poſſeſ. contra tabul. Si quis velit hunc locum intelligere, videndum eſt illud caput. Vlpianus ait Papinianum ita ſcripſiſſe, nempe dict. leg. filio quem pater, cuius eſt hæc inſcriptio: Papinianus lib. 12. quæſt. vbi dicitur, ne imagine, & cæt. id eſt, ne veritas naturæ adumbretur aliqua imagine. Adoptio enim imago quædam eſt & vmbra naturæ. Is qui adoptatur tanquam filius, vere filius non eſt, ſed pro filio habetur, quadam iuris fictione & interpretatione, imaginem potius & vmbram filij habet. Si hic filius adoptiuus diceretur, hac vmbra adumbraretur veritas naturæ, quæ tamen præualere debet. In ea leg. filio quem, ibi, *quod non translatus &c.* diligenter ſunt obſeruanda hæc verba, nihil enim ſolet redundare in reſponſis Papiniani. In hac ſpecie filius emancipatus qui arrogatus eſt à teſtatore poſt exhæredationem, non dicitur arrogatus in antiquam familiam, ſed redditus priſtinæ conditioni: quia ante emancipationem fuerat in patris poteſtate, & nihil refert, an eum in hac ſpecie arrogauerit loco filij, an loco nepotis. Quod hic dicitur, Vlpianus in dicta leg. non putauit. §. ſi quis emancipatum. ait intelligendum eſſe de filio emancipato eodem exhæredato, non autem de extraneo. Sed hic nocet exhæredatio præcedens ne rumpatur teſtamentum: extraneo autem non nocet exhæredatio. Teſtator exhæredauit extraneum qui filius eius non erat, deinde arrogauit eum, & vult rumpere teſtamentum. Quæritur an rumpatur teſtamentum, an vero noceat ei exhæredatio? Ait Vlpianus rumpi teſtamentum, & exhæredationem ei non nocere. Quæ eſt ratio diuerſa inter filium emancipatum & extraneum? Ratio certe alia eſt emancipati & extranei. Extraneus enim per arrogationem efficitur nouus filius patrifamilias teſtatori, transfertur in eius familiam, qui in eius familia nunquam fuit, id dici non poteſt de filio emancipato: nam in familia fuit antequam emanciparetur. Vnde in hac lege dicitur reſtitutus eſſe familiæ priſtinæ, in qua familia aliquando fuit. Hæc eſt differentia, quæ traditur inter filium emancipatum, qui exhæredatus fuit antequam eſſet arrogatus, & extraneum. Quidam vulgo aliam adferunt rationem, & aiunt in extraneum ineptam fuiſſe exhæredationem, vt dictum eſt à Iuriſconſul. Paulo leg. quidam cum filium. 132. ff. de verborum obliga. Sed tamen intelligendum ideſt eum exceptione, ſi forte extraneus ſit, qui aliquando recaſurus ſit in poteſtatem teſtatoris, veluti per arrogationem, non omnino inutilis eſt hic exhæredatio. Exemplum diſsimile non eſt de quo iam diximus ſupra in leg. ſi poſthumus. 13. §. vltimo. Si quis exhæredauerit filium opinatum, qui forte creditur eius filius: quia veretur ne aſpiret ad ſuam hæreditatem, non poteſt dici omnino inepta aut inutilis eſſe exhæredatio. Sed cum quæritur, quæ ſit diuerſitas vtriuſque ſpeciei ex ſententia Papiniani, dicendum eſt id quod retulimus: quia in filio concurrunt naturalia & ciuilia iura, præualent naturalia ne imagine adumbretur veritas naturæ. Qui autem extraneum adoptat, nouum filium ſibi adiungit, quod non poteſt dici de filio emācipato, qui poſtea adoptatus eſt. Hæc de liberis iam natis: nunc videndum eſt de poſthumis.

De poſthumis.

ALtera pars eſt tituli, vt ſupra admonuimus. In primis igitur notandum eſt, filios nondum natos qui naſcituri ſunt & poſthumi dicuntur, inſtituendos eſſe aut exhæredandos: ſicut diximus de liberis iam natis, ne iis præteritis teſtamentum rumpatur. l. de iniuſto rupt. 3. & § poſthumi. Inſtit. de exhæredat. liberorum. Poſthumi, inquit Vlpia. in dict. l. 3. per virilem ſexum deſcendentes ad ſimilitudinem filiorum nominatim, &c. De his, qui non deſcendunt per virilem ſexum, diximus ſuperius. Idem dicitur in l. 1. C. de poſthumis hæredib. inſtit. Poſthumi igitur rumpunt teſtamentum agnaſcendo. d. l. 3. in princ. Cum autem naſcūtur, dicuntur agnaſci defuncto, & natiuitate eorum rumpitur teſtamentum. & hoc intereſt inter poſthumum, & eum qui iam natus eſt. Semper dicitur rumpere teſtamentum filius iam natus, qui præteritus eſt teſtamento: ſed ſi præteritus ſit poſthumus in teſtamento, non ſtatim rumpitur teſtamentum, quia fieri poteſt vt nunquam naſcatur, & abortiat prægnans mulier: ſed tum demum rumpitur agnatione. Sed videndum eſt quomodo poſthumus accipiatur. Et quis ſit poſthumus docet Iuriſcōſ. d. l. 3. Varia eſt huius verbi ſignificatio. Nam in primis poſthumi dicūtur, inquit qui poſt mortē parētis naſcūtur, quaſi nati poſtquā humatus eſt pater. & hæc eſt propria verbi ſignificatio, quæ etymologiæ conuenit.

Alia eſt huius verbi ſignificatio. Poſthumus etiam accipitur pro eo, qui poſt factum teſtamentum naſcitur d. l. 3. in prin. vet. ſed & hi, qui poſt teſtamētum, &c. Hos autem poſthumos dici argumento eſt quod dicitur in eadem l. 3. §. nominatim. Docet rationem inſtituendorum eorum, qui naſcuntur poſt factum teſtamentum, vel mortem teſtatoris, vel eo adhuc viuo. Itaque ſi teſtator dixerit, *Poſthumus mihi heres eſto*, his verbis inſtitutus videtur non tantum qui naſcitur poſt mortem patris teſtatoris: ſed & qui naſcitur poſt factum teſtamentum, viuo etiam adhuc teſtatore. An hęc ſit propria verbi ſignificatio, an verò extenſio & interpretatio, propter coniecturā voluntatis, ſolet hic quæri. Quidam dicunt non eſſe hanc propriam verbi ſignificationem: ſed ideo inſtitutionem valere, propter coniecturam voluntatis. quia teſtator qui his verbis vtitur, *Si quis mihi poſthumus natus fuerit, mihi heres eſto*: videtur etiam ſentire de eo, qui naſcitur poſt teſtamentum, etiā ante eius mortē. Sed vt credā hāc eſſe propriā verbi ſignificationē, mouet me præter ea, quæ iam adduximus, Caij locus in lib. 2. Inſtitu. Ait. n. poſthumorū duo eſſe genera. quidam, qui poſt mortem teſtatoris naſcuntur. Alij, qui poſt factum teſtamentū naſcuntur, viuo etiam parente, ex quo apparet propriā eſſe etiam hanc ſignificationem. Hæc enim ſignificatio defenditur vſu loquendi teſtatorum: & vſus maximè ſpecta-

Digitized by Google

tur, cum quæritur de ſignificatione verborum, l. 7. Labeo. de ſupell. legat. Alij habentur loco poſthumorũ, qui tamen poſthumi non ſunt, veluti ſi quis adoptatus ſit à teſtatore poſt factum teſtamẽtum. l. filius à patre. 28. §. 1. ff. hoc titul. vbi dicitur hac adoptione rumpi teſtamentum, ſi is qui adoptatus eſt præteritus ſit. Iuriſconſ. ibi, vt oſtendat diſputando, non videri hic ruptũ eſſe teſtamentum, vtitur argumento ab enumeratione partium. Non eſt ei natus filius: ſi eſſet ei natus, rumperet teſtamentum: non eſt etiam adoptatus. hic igitur loco poſthumi eſt, nec rumpet teſtamentum. Interpretatio autem eſt Iureconſultorum, qua receditur à proprietate verborum, vt ſæpe accidit. Hoc etiam vulgo producitur ad eum, qui legitimus factus eſt, de quo tamen eſt magna controuerſia. Quidam habet filium naturalem, vel ſpurium: eum neque exhæredauit, neque inſtituit: præterit eum ſuo teſtamento. Poſt factũ teſtamentum, legitimat eum: vel fit legitimus reſcripto Principis: hac legitimatione an rumpatur teſtamentũ? Hoc ſimile eſt arrogationi, imo multo maior eſt cauſa, quàm arrogationis. Sed hanc quæſtionem alio loco commodius tractaturi ſumus. Ex his intelligitis, qui poſthumi ſint. Igitur teſtamentum rumpitur agnatione poſthumi ſi in eo teſtamẽto præteritus ſit poſthumus. Sed oportet poſthumum naſci. Nam ſi natus nõ fuerit, non dicitur rumpi teſtamentum. Exempli gratia, ſi abortum fecerit vxor, vt dicitur in l. 2. C. de poſthum. hæred. inſtitu. non dicitur nunc natus eſſe. Lex autem ait, natiuitate eius rumpi teſtamentum: igitur abortus vxoris teſtamentum non rumpit. Natus dicitur, qui viuus in lucem editus eſt, & cum ſpiritu, qui formam generis humani habet, ad monſtrum non declinans, vel prodigium. l. quod dicitur. 12. ff. hoc tit. Nec refert an vixerit diu, an ſtatim mortuus fuerit. Is qui naſcitur ſecto ventre matris naſcitur etiam filius. Nihil autem intereſt, ſi membra aliqua in eo corpore deficiant: niſi contra formam humani generis editus ſit. l. non ſunt liberi. 14. ff. de ſtatu hom. Eodem pertinet quod dicitur in l. 3. C. de liber. præter. Poſtquã ſtatim eſt abſtractus ab hac luce, emiſſa voce quæritur an rumpatur teſtamentum? Quidam putabãt rumpi. Sed Iuſtinianus ſtatuit, vt non rumpatur teſtamentum, ſiue vocẽ aliquam emiſerit, ſiue mortuus ſit ſtatim, nulla emiſſa voce. quia forte mutus naſcitur. Eodẽ pertinet quod dicitur in l. qui mortui naſcuntur. 129. ff. de verborum ſignifi.

Qui poſthumos inſtituere poſſit.

COEpimus tractare de poſthumis hæredibus inſtituendis, docuimus qui ſint poſthumi: quomodo hoc verbum accipiendum ſit in hoc tractatu. Nunc ſuperſunt duo loci præcipui à nobis explicandi. Vnus ad perſonas pertinet, in quo quæritur, quis poſthumũ inſtituere poſſit, & quem poſthumũ inſtituere poſſit. Alter locus eſt de ratione inſtituendorum poſthumorum. Incipiemus ab eo quod Vlpianus ait in l. placet. 4. ff. hoc titul. Omnis maſculus poſthumum inſtituere poteſt, ſiue iam maritus ſit, ſiue nondum vxorem duxerit. Idem dicitur de hermaphrodito in l. ſed eſt quæſitum. 6. §. vltim. ibi, ſi in eo virilia præualeant. male in quibuſdam codicibus legitur, maxime. Sic legendum eſt *Hermaphroditus, plane &c.* Is enim pro maſculo habetur, in quo virilia præualent. leg. quæritur. 9. de ſtatu homi. Hinc colligunt nonnulli fœminas non poſſe poſthumum inſtituere: mouentur eo, quod Vlpianus ait, maſculum omnem poſthumum hæredem inſtituere poſſe: quia nominatim expreſſit maſculum. Certè his verbis videtur excludere fœminas, quaſi fœminis nõ liceat poſthumos hæredes ſcribere. idem colligitur ex d. l. ſed eſt quæſitum. §. vlt. ibi, ſi virilia præualebunt. His enim verbis ſignificare videtur, ſi muliebris ſexus magis præualeat, vt pro fœmina habeatur, tunc non poſſe poſthumum hæredem inſtituere, ſed tamen conſtat ex aliis locis mulierem poſſe poſthumos hæredes inſtituere, nec quicquam intereſſe inter maſculum & fœminam in hac re, & dari querelam inofficioſi teſtamenti poſthumo aduerſus teſtamentum matris: quia potuit eum hæredem inſtituere. l. poſthumus. 6. §. 1 ff. de inoffic. teſtam. Imputatur mulieri, quod poſthumũ hæredem non inſtituerit. Huius nodi explicandi cauſa, quidam dicunt ideo mentionem factam eſſe maſculi in hac re: quia mulier non poteſt poſthumum habere. Sed hoc aperte falſum eſt, præſertim ex dict. l. poſthumus. §. 1. ff. de inoffic. teſta. vbi Iuriſconſ. Simili modo, inquit, & eum qui poſt teſtamẽtum matris factum exſecto ventre extractus eſt. Ego fateor id rarum eſſe, vt mulier poſthumum habeat, ſed tamen accidit aliquando. Explodenda igitur eſt hæc opinio. Cur ergo facta eſt mentio maſculorum à Iuriſconſultis in his capitibus? Ego ſemper exiſtimaui ideo hic factam eſſe mentionem maſculorum: quia fœminarum teſtamenta ad hunc tractatum non pertinent. ob præteritionem matris non rumpitur teſtamentum. Præteritio matris habetur pro exhæredatione: ideo tota hæc noſtra diſputatio, de hæredibus poſthumis inſtituendis, ad teſtamenta maſculorum tantum pertinet. Docent nos Iureconſulti ſub hoc titul. quomodo liberi, vel poſthumi inſtituendi ſint, vel exhæredandi, ne illis præteritis rumpatur teſtamentum. At præteritis filiis in teſtamento matris, non rumpitur teſtamentum. Nos igitur animaduertere debemus omnes quæſtiones quæcunque hic tractantur, eò ſpectare, ne præteritione filij, vel poſthumi teſtamentum rumpatur. Variæ ſunt quæſtiones de exhæredandis liberis aut poſthumis: variæ cautiones Iureconſultorum, ne ob præteritionem teſtamentum rumpatur. Et quia omnia ad eum ſcopum referuntur, non eſt mirum, ſi quæſtiones proponantur de maſculis. Sed cum quæritur, an maſculus poſſit poſthumum hæredem inſtituere, cur facit maſculi mentionem in hac re? Quia hic nulla quæſtio eſt, niſi de teſtamentis maſculorũ. Ideo cum hic ambiguitatis aliquid oritur, ſemper ad titulum ipſum, ad quem omnia referendà ſunt, reſpicere debemus. Et vtile eſt initio tractatus totum argumentum referre. in d. l. 6. Sed eſt quæſitum in fine, de hermaphroditis, in quibus muliebris ſexus magis incaleſcit, quæſtio aliena eſt à propoſito. Cum igitur ait Vlpian. in d. l. placet. 4. ff. hoc tit. omnem maſculum poſſe hæredem poſthumum ſcribere: perinde eſt ac ſi dixiſſet quemcunque poſſe hæredem ſcribere, niſi iuris ratio prohibeat. Et dum dixit maſculũ poſſe poſthumum hæredem inſtituere, hoc eſt intelligendum, ne præteritione rumpatur teſtamentum.

In d. l. ſed eſt quæſitum 6. ff. hic. alia eſt quæſtio de eo qui generare non poteſt, an is poſſit poſthumum hæredem inſtituere? In hac quęſtione diſtinguunt ſpadonem à caſtrato. Aiunt ſpadonem poſſe hæredem inſtituere: caſtratum non poſſe. Qui ſint ſpadones, & qui ſint caſtrati, docet Theophilus in Inſtitut. tit. de adopt. melius quàm Accurſius & Accurſiani, quorum ineptiſſima eſt de hac re ſentẽtia. Spadones eos eſſe, ait Theophilus, qui ob impedimentum aliquod veluti frigiditatem liberos generare nõ poſſunt. quo ſummoto generare poſſunt. Caſtratos eſſe ait, qui omnino per naturam generare non poſſunt. In caſtratis nulla eſt ſpes liberorum procreandorum, in ſpadonibus aliqua ſpes eſt. l. ſi ſerua. 39 §. ſpadonem, ff. de iure dot. Stultum eſſet & nugatorium inſtitui poſſe poſthumũ ab eo, cui exſecta ſunt virilia, quia liberos procreare non poteſt. Is enim qui poſthumum inſtituit, inſtituit ex ſe naſciturum. Ergo cum certum ſit filium ex eo naſci nõ poſſe,

Digitized by Google

ſe,ſtultum eſſe diceretur, eum poſſe hæredem poſthumum inſtituere. ſed in eo in quo ſpes eſt procreandi, non eſt eadem ratio. Spadonum quidem appellatio generalis eſt.l.ſpadonum.128.ff.de verbor.ſignific. tamen hic ſpado diſtinguitur à caſtrato.Eodem pertinet quod dicitur in l.ſi quis poſthumos.9. in princ. vbi legẽdum eſt abducatur, non abdicatur forte. Si quis inſtituerit poſthumos,quos certum eſt habere non poſſe, quia caſtratus eſt:non valet inſtitutio. Sed ſi eos inſtituerit quos forte habere poteſt,inſtitutio poſthumi valet. Videodum eſt, ao natura quis omnino non poſſit liberos procreare,vt eſt caſtratus. Quæſierit aliquis,quorſum hic diſſeritur de his qui generare non poſſunt, an poſthumum hæredem inſtituere poſſint, an non, cuiuſmodi ſunt caſtrati? hoc videtur nugatorium & ineptiæ plenum. Quorſum pertinet hæc quæſtio? Certum eſt neminem naſciturum ex eo, qui poſthumum inſtituit hæredem, cuius natiuitate rumpatur teſtamentum. Inutilis ergo videtur omnino hæc queſtio,an caſtratus poſſit poſthumum inſtituere, an non poſſit. Quidam eruditi non valentes aliter ſeſe expedire,aiunt fructum huius quæſtionis eſſe in eo, qui naturaliter non agnaſcitur teſtatori,ſed ciuiliter.

Superius iam diximus, naturaliter quoſdam agnaſcere teſtatori, vt ſunt liberi ex eo & vxore eius procreati. Hi poſthumi dicuntur, ſiue nati fuerint poſt mortem teſtatoris, ſiue mortuo teſtatore poſt factum teſtamentum. Alij poſthumi dicuntur: puta,qui arrogati ſunt poſt factum teſtamentum. Hi videntur agnaſci ciuili quadam ratione: non autem naturali, & ideo vtile eſt, inquiunt, iis qui naturales liberos procreare non poſſunt,cuiuſmodi ſunt caſtrati, poſthumos inſtituere, ne rumpatur teſtamentum hac ciuili arrogatione:ſi forte poſtea præteriti reperiantur. Sed ego puto alium fuiſſe ſcopum noſtrorum Iuriſcõſultorum, cum diſſerunt de inſtituendo poſthumo, ab eo qui eſt caſtratus, in qua nulla ſpes eſt procreandorum liberorũ. Volunt oſtendere Iureconſulti teſtamentum ſtatim nullum eſſe,in quo poſthumus inſtitutus eſt à caſtrato homine,ab eo,qui liberos procreare non poteſt. Ecce teſtamentum in quo hæres inſtitutus non eſt, non valet. Initium & fundamentum teſtamenti eſt hæredis inſtitutio.l.proxime.ff.de his,quæ in teſtamen. §. ante hæredis inſtitutionem.Inſtitu.de lega. Caſtratus enim, qui inſtituit poſthumum, non videtur hæredem inſtituere. igitur nullum eſt eius teſtamentum ſtatim ab initio. Cum quis igitur inſtituit filium ex ſe naſciturum,& certum eſt ex eo naſci non poſſe per rerum naturam:quia eſt caſtratus: certe recte dicitur inutile eſſe eius teſtamentum. de eo qui per rerum naturam liberos procreare poteſt,idem dici non poteſt: & ſi forte inſtituerit poſthumum in ſuo teſtamẽto, valet inſtitutio: quamuis forte propter valetudinem nõ ſit aptus ad liberos procreandos. Ideo vtilitatis cauſa receptum eſt,vt poſſit poſthumum inſtituere, & valeat inſtitutio poſthumi: & hoc intereſt inter natos & poſthumos; quod nati ob præteritionem ſtatim rumpunt teſtamentum: naſcituri non ſtatim rumpunt teſtamentum: ſed poſtquam nati fuerint.l.3.§.ex his. ff. de iniuſto rupto. Sed in eo, qui caſtratus eſt,qui dicitur non poſſe poſthumum hæredem inſtituere, nos idem dicimus quod de eo,qui nullum hæredem inſtituit.Eo ſpectaſſe Iureconſultos oſtendunt quædam capita ſub hoc titulo,præſertim dict. l. ſi quis poſthumos. in princip.hic. Quidam fecit teſtamentum rectè,ſolenniter, & legitimè. Deinde fecit aliud teſtamentum in quo inſtituit poſthumum hæredem: Quæritur an hoc teſtamento poſteriori, prius teſtamentum rumpatur? Quæſtio ex eo naſcitur, quod dicitur ſpadonem caſtratum eſſe, atque ideo inutilem eſſe inſtitutionem poſthumi. Et ait Iuriſconſul. Si is qui facile non poſſit generare, natura tamen non omnino impediri generare, valere poſterius teſtamentum,& ſuperius rumpi. quia poſteriori teſtamento valido rumpitur ſuperius. ſi verò caſtratus fuerit, & inſtituerit poſthumum, illa inſtitutio nullius eſt momenti. Perinde eſt enim ac ſi Chimeram inſtitueret,quæ non poteſt eſſe.nam nulla ſperatur natiuitas. Igitur ſi per naturam habere non poteſt liberos,ſuperius teſtamentum non rumpit. Ex his intelligimus, quia poſſit poſthumum inſtituere, & à quo poſthumi inſtitutio facta valeat. Poſthumum autem ex quacunque vxore inſtituere licet, vt dicitur in d leg. placet.ff. eod.Et ſi forte vxorem non habeat,quia vxorem poteſt habere, valet inſtitutio: & ſi vxorẽ habeat, poteſt ex alia vxore poſthumum inſtituere,quia poteſt poſtea aliam vxorem habere. hoc eſt intelligendum, niſi ea mulier alij nupta ſit.Si dicat,*Inſtituo poſthumum, qui ex me naſcetur & Seia*, valet ita demum inſtitutio, ſi alij nupta non ſit.Si alij nupta ſit, habetur turpis illa inſtitutio. Simile eſt quod dicitur in leg. 27. poſthumum.ex qualibet vidua natum ſibi filium hæredem inſtituere poteſt. Vidua dicitur, quæ alij nupta non eſt. Igitur ex ea,quæ alij nupta eſt, non poteſt poſthumus inſtitui. Turpis eſt hæc inſtitutio: quia non poteſt ita inſtitui ſine expectatione mortis alienæ, aut diuortij. Expectatio & cogitatio mortis alienæ, eſt plena triſtiſſimi euentus.leg.inter ſtipulantem. 83.§ ſacram. de verb.oblig.ff. Cogitatio diuortij inter coniuges eſt inhoneſta,& contra bonos mores. l. reprehendenda. C. de inſtit.& ſubſtit.ſub condit.fact. Idem dicendum eſt de ea quam nefas eſt ducere vxorem. Idem igitur dicendum eſt, & ſi quis inſtituerit poſthumum hæredem ex ea,quam nefas eſt vxorem habere. l.ſi quis poſthumos.9.§.ſed ſi ex ea. hic. ff. Hic locus pertinet ad nuptias inter perſonas, inter quas iure nuptiæ contrahantur, aut non contrahantur. Hinc naſcitur quæſtio tractata in l.filius à patre.28.§.ſi quis eo tempore. Ego inſtitui in teſtamento meo filium ex me & Titia naſciturum. Cum Titia non poſſum matrimonium contrahere:quia minor eſt, ante tempus legitimum non poſſum. Multum intereſt inter hanc ſpeciem & eas, de quibus diximus. Hic non prohibetur matrimonium. Non eſt turpis hæc coniunctio. Poteſt vxorem ducere honeſte,& expectato tempore legitimo. Hic nulla eſt triſtis expectatio, vel euentus, vel cogitatio rei inhoneſtæ & turpis: ſi quis cogitet eam ſe vxorem ducturum, & ex ea ſuſcepturum liberos poſt legitimũ tempus. in aliis exemplis ſpes eſt aliqua vxoris ducendæ, ſi forte alij nupta eſt, ſi forte diuerterit, vel ſi forte mortuus ſit maritus:ſed ea ſpes turpis eſt. Hæc de perſonis.

De ratione inſtituendorum poſthumorum.

MVltum momenti habet ratio inſtituendi poſthumos,ne rumpatur teſtamentum. Non ſatis eſt inſtituere poſthumum hæredem, ne natiuitate eius rumpatur teſtamentum: ſed refert quomodo inſtituatur. atque hinc variæ naſcuntur quæſtiones. Primum occurrit quæſtio de eo, qui ſub conditione inſtituitur. leg.22.cum poſthumus.& leg.poſthuma.24. ff.hoc titu. vbi filius non recte inſtituitur ſub conditione: niſi conditio ex eius poteſtate omnino pendeat, vt dicemus infrà ſub titu.de condit.inſtitu. Pone poſthumum inſtitutum eſſe ſub conditione, qui deinde natus ſit: quæritur, an eius natiuitate rumpatur teſtamentum, quaſi præteritus ſit: quaſi pro præterito habendus ſit is,qui non pure,ſed ſub conditione inſtitutus eſt.Non enim ſufficit inſtitui filium: ſed oportet recte inſtitui, Ideoque videtur rumpi teſtamentum natiuitate poſthumi,quaſi inſtitutus non ſit, qui ſub conditione in-

ſtitutus eſt. Adducitur tamen hac de re Iureconſulto-rum noſtrorum diſtinctio nhſeruanda, vt in dicta leg. cum poſthumus. hoc titulo.ff. ſi acciderit conditio, quo tempore naſcitur, inſtitutus reperitur pure. cum enim extitit conditio, perinde eſt, ac ſi nulla conditio adſcri-pta eſſet. inſpicimus igitur an extiterit conditio, an nõ extiterit tempore natiuitatis. Eo enim ſolo tem-pore rumpitur teſtamentum. Et hoc intereſſe di-ximus inter natos filios & poſthumos, quod ſub con-ditione inſtituto filio nato, ſtatim rumpatur teſtamen-tum. Sed ſi ſub conditione inſtitutus ſit poſthumus, non ſtatim rumpitur. eo tem pertinet quod dicitur in dicta leg. poſthuma. 24. ff. hoc titu. Proponitur ſub conditione inſtituta filia poſthuma eſſe, & nata pen-dente adhuc conditione: ea certe rumpit teſtamen-tum. nam tempore natiuitatis reperitur præterita. Re-peritur enim inſtituta ſub conditione, quæ nondum extitit: perinde eſt ac ſi præterita eſſet. Sed vtilitatis cauſa receptum eſt, vt cum extiterit conditio ante na-tiuitatem, non rumpatur teſtamentum. Sic diſtinguen-da hæc ſunt. Alia quæſtio eſt ad rationem inſtituen-dorum poſthumorum ſpectans, quæ tractatur in leg. commodiſſimè.10.ff.hic. Si vnus tantum caſus expreſ-ſus ſit à teſtatore, an altero caſu eueniente, rumpatur teſtamentum?

Teſtator inſtituit eum, qui naſcetur poſt mortem ſuam, non inſtituit ſi naſcetur poſt factum teſtamen-tum, ſe adhuc viuo, eum caſum omiſit. Altero igitur caſu eueniente, qui omiſſus eſt à teſtatore, quæritur an rumpatur teſtamentum quaſi præteritus ſit filius, an verò rectè videatur inſtitutus eſſe. Ait Pomponius *Commodiſſime, &c.* Eſt cautio Pomponij Iureconſulti, qua nobis conſulit, vt ita eum, qui naſciturus eſt, inſti-tuamus, ne præteritione eius rumpatur teſtamen-tum. Suader autem vt in vtrumque caſum inſti-tuamus hæredem, vt ſiue viuo me, ſiue mor-tuo me, inſtituam hæredem: aut etiam temporis nulla facta mentione. ſi alteru[illegible]s omiſſus ſit, eo caſu qui omiſſus eſt. Sit enim legendum eſt vt in Floren. In aliis legitur, En caſu, quo omiſſus eſt. Ait igitur Pom-ponius, nato filio, eo caſu, qui omiſſus eſt à teſtatore, rumpi teſtamentum. Videndum eſt igitur, ne quis in-ſtituatur, niſi aut omnibus caſibus expreſſis, aut infinite nulla facta temporis mentione: ne altero caſu eue-niente, qui omiſſus eſt, rumpatur teſtamentum. Sed huic ſententiæ multa aduerſantur. In primis aduerſatur l. Titios.25 §.Lucius.ff hic. Lucius Titius cum teſta-mentum faceret, inſtituit id quod neptis ſua in vtero haberet. exiſtimabat enim eam prægnantem eſſe. Ea iam pepererat eo ipſo die, quo teſtamentum factum eſt, inſcio & ignorante teſtatore. Quæritur an rumpa-tur teſtamentum ob præteritionem, quaſi natus filius ex ea nepte præteritus eſſe videatur. Si verum eſt quod hic dicimus, videtur præteritos eſſe, & ob præteritio-nem teſtamentum rumpi. quia vnus caſus expreſſus eſt, & alter caſus euenit. Inſtituit id. quod in vtero habe-bat neptis ſua: inſtituit eum, qui erat naſciturus: hic iam erat natus. non expreſſit autem vtrumque caſum. Et ſecundum hanc Pomponij ſententiam videtur ita inſtitui debuiſſe, ſiue natus fuerit, ſiue naſciturus erit, hæres eſto. Sed cum dicit, quod naſcetur ex nepte mea, non videtur hæc inſtitutio pertinere ad eum, qui iam natus eſt. Alius eſt locus contrarius in l.vlt. C. de po-ſthu. hæred. inſtit. In hac ſpecie exprimitur tantũ caſus mortis. ibi enim teſtator inſtituit eũ, qui naſcetur poſt mortẽ ſuã: de eo, qui naſcetur ſe viuo, nullũ verbũ facit: ſi tamen aperte conſtituit Iuſtinianus, etſi teſtator ex-preſſerit tantummodo caſum mortis, ſi inſtituerit eum filium naſciturum poſt mortem ſuam: etſi filius, viuo teſtatore, oatus fuerit poſt factum teſtamẽtum, valere inſtitutionem: nec teſtamentum rumpi, quaſi præteri-tus ſit filius. Hęc videntur mirabiliter pugnãtia eſſe. Et ſane hęc conſtitutio vna eſt ex nouis Iuſtiniani conſti-tutionibus, quæ inſertæ ſunt Codici, poſt compoſitio-nem Pandectarum, & poſt primam Codicis editionẽ. idque inſcriptio indicat. Ideo ſi hic contraria reperirẽ-tur, abſurdum nõ eſſet dicere hac conſtitutione ius an-tiquum corrigi & emendari. Sed melius eſt, vt dicamus ius antiquum ſuppleri veluti quadam interpretatione magis, quàm abrogari. Sic enim interpretari debemus, quia omnino pugnantia non ſunt. vt priores leges ad poſteriores, & contra poſteriores leges ad priores tra-hantur. l. non eſt nouum. ff. de legibus & Senatuſconſ. Igitur explicandæ huius quæſtionis gratia, diſtinguen-dum eſt. Diſtinguendum eſt, vt concilietur ſententia Pomponij, cum ea Iuſtiniani conſtitutione, & cũ Pau-li reſponſ. in d.§.Lucius. In primis verum eſt quod Põ-ponius ait, propter caſum omiſſum rumpi teſtamentũ. Si teſtator inſtituerit in vnum caſum tantum, altero o-mnino omiſſo: eo caſu qui omiſſus eſt eueniente, rũpi teſtamentum verum eſt. Sed cum quęritur, an ſit omiſ-ſus caſus, an non ſit, dico non tantum ex verbis: ſed etiã ex mente & voluntate teſtatoris id æſtimandum eſſe. Exemplum eſt in d.leg.25. Titius.§.Lucius. ibi dicitur, Albeſcente cœlo, id eſt, ineunte die, apud Apuleiũ. Alij male legunt, coaleſcente. In hac ſpecie ſatis apparet, ex coniectura voluntatis teſtatoris, alterum caſum omiſ-ſum non eſſe: tametſi verbis expreſſus nõ ſit. Nemo eſt cui non ſatis perſpicuum ſit, perpenſis diligenter cir-cumſtantiis huius hypotheſis, iam fuiſſe voluntatem te-ſtatoris vt inſtitueret partum neptis ſuæ, ſiue iã natus, ſiue naſciturus eſſet. Ideo inſtituit quod in vtero habe-ret, quia nondum putabat eam peperiſſe. Eodem die paulo ante factum teſtamentum pepererat, nec lõgum erat interuallum. Ideo coniectura voluntatis ſuadet, vt interpretemur caſum hunc omiſſum non eſſe. Sic itaq; non aduerſatur ſententiæ Pomponij. Nos interpreta-mur ex ſententia teſtatoris inſtitutum eſſe eum, qui iam natus erat tempore facti teſtamenti, licet verba teſta-toris referantur ad eum, qui naſciturus eſt. Eſtq; locus cõmunis de interpretatione, obſeruatione dignus. Nos ſic interpretamur verba teſtatoris, vt quod ab eo ſcri-ptum eſt, ad alia producamus, de quibus ne cogitauit quidem. Tanta vis eſt huius interpretationis, quia id dicimus ex ſententia eius eſſe, quod credibile eſt eum dicturum fuiſſe, ſi de eo conſultus & interrogatus fuiſ-ſet, vel de eo cogitaſſet. Exemplum ſimile adducitur in illis legibus. Eſt etiam ſimile in pactis, vt ff. de pactis, l. tale pactum.40. in fine. Quid igitur dicemus in dubio? Teſtator verbis non expreſſit vtrunque caſum: & du-bium eſt, an de eo caſu cogitauerit, an non cogitauerit. quomodo interpretabimur? Tunc recurrendum eſt ad conſtitutionem Iuſtiniani, in d.l. vlt. C. de poſthu. hæ-red. inſti. In re dubia facile creditur teſtator de alio ca-ſu cogitaſſe. Nos benignius interpretamur voluntatem teſtatoris, ne teſtamentum rumpatur. Ergo ſi quis ita dixerit, ſi filij intra decem menſes poſt mortem meam editi fuerint, hæredes ſunto: & nati fuerint filij ante mortem eius poſt factum teſtamentum, non rumpent teſtamentum, quaſi præteriti: cum enim caſus omiſſus eſt, rumpitur teſtamentum: cum non eſt omiſſus, non rumpitur teſtamentum. Sed cum quæritur an omiſſus ſit, an non ſit, non tantum verba, ſed etiam mentem te-ſtatoris ſpectamus. In dubio autem dicimus non rumpi teſtamentum.

Cœpimus tractare de ratione & forma inſtituendo-rum poſthumorum, quomodo inſtituendi ſint poſthu-mi, ne eis præteritis teſtamentum rumpatur. Diximus cum plures caſus ſunt, quibus filius tanquam præteritus poteſt rumpere teſtamentum, in omnem caſum eiuſ-modi

Digitized by Google

mndi eum inſtituendum eſſe, adeo vt, ſi vnus caſus omiſſus fuerit, iſque euenerit, natus poſthumus tanquam præteritus rumpat taſtamentum. Hinc quæſtio eſt in leg. ſi ita ſcriptum. 13. in princ. ff. hoc tit. Ita ſcripturo eſt in teſtamento, *Si mihi filius natus erit, ex beſſe hæres eſto, ex reliqua parte vxor mea hæres eſto.* Teſtator cogitabat ex vxore ſua prægnante poſſe naſci aut filium, aut filiam. Vnde ſi naſcatur ſibi filius, vult ſibi ex maiore parte hæredem eſſe, quàm ſi filia naſcatur: & ſiue natus fuerit filius, ſiue filia, vult vxorem ex reliqua parte hæredem eſſe ergo ſi natus fuerit filius vxor ex quatuor vncijs hæres erit. Si vero nata fuerit filia, vxor habebit octo vncias, quia vult ſibi filiam eſſe hæredem ex triēte, & vxorem ex reliqua parte. reliqua pars eſt octo vnciarum. Poſt mortem teſtatoris natus eſt filius & filia præter cogitationem teſtatoris, cogitabat enim naſciturum filium tantum, aut filiam. De vtroque non cogitabat: non ſperabat vtrunque naſciturum ex vxore ſua, quæ prægnans erat: vterque tamen oatus eſt. hic quæritur ao valeat teſtamentum, an potius ruptum ſit? Diximus rumpi teſtamentum eo caſu eueniente, qui omiſſus eſt. At hic caſus omiſſus eſt. Teſtator hos tantum caſus expreſſit, nempe caſum quo natus erit filius, & caſum quo nata erit filia. Caſum autem quo natus erit vterque non expreſſit. Cum igitur hic caſus euenerit, qui omiſſus erat, videtur ruptum eſſe teſtamentum. Et hic Iuriſconſul. ait ſubtilitate quidem iuris rumpi teſtamentum: ſed humanitate ſuadente, nō rumpi. Cum duo enim ſimplices caſus expreſſi ſunt, coniunctus etiam videtur expreſſus. l. 2. ff. de verborum obligatio. Cum ſtipulationes Iureconſultus ait quaſdam in dando, quaſdam in faciendo conſiſtere, complectitur etiam mixtas, id eſt eas, quæ tam in faciendo, quàm in dando conſiſtunt. Sed quomodo hęreditas diuidetur inter filium, filiam & vxorem defuncti, ſeruata proportione ſecundum voluntatem teſtatoris? Ait Iulianus diuidendam eſſe hæreditatem in partes ſeptem, ita vt quatuor partes habeat filius, duas habeat vxor, & filia vnam. Hoc exiſtimauit Iulianus conſentaneum eſſe voluntati teſtatoris, quod verum eſt. Teſtator, qui ita inſtituit, vt diximus, voluit filium habere altero tantò amplius, quam vxorem, quia inſtituit filium, ſi naſcatur, ex octo vncijs: vxorem autem ex quatuor. Ergo vult filium habere altero amplius, quàm vxorem. Si filia nata fuerit, vult vxorem altero tanto amplius habere, quàm filiam. Ait enim: *Si filia nata mihi fuerit, ſit hæres ex triente, vxor ex reliqua parte.* Secundum igitur voluntatem teſtatoris, vxor altero tanto habere debet amplius, quàm filia. Coniungamus igitur hos caſus, de quibus ſeparatim cogitabat teſtatur, conſentaneum erit voluntati teſtatoris, ita hæreditatem diuidere, vt filius altero tanto amplius habeat quàm vxor; vxor altero tanto amplius habeat quàm filia. quod fit cum ita hæreditatem diuidimus, vt ex ſeptem vncijs habeat filius quatuor, duas vxor, vnam filia. Vxor igitur habet altero tanto amplius, quàm filia: & filius habet altero tanto amplius quam vxor. Rectiſſime igitur & maximè ſecundum voluntatem teſtatoris in hoc exemplo hæc diuiſio hæreditatis fit. Pro exemplo Iulianus docuit diuidendam eſſe hæreditatem in ſeptem partes: in alias tamen partes poteſt diuidi, nec refert in quot partes fuerit diuiſa, modo hæc proportio ſeruetur. Vnde ſi dicamus octo partes habere filium, quatuor vxorem, duas filiam, eadem proportio eſt. Sic hæreditas diuidetur in 14. partes. hoc ſatis notum eſt iis, qui in Arithmetica exercitati ſunt. Similia exempla de hac proportione ſunt in l. clemens patronus. 79. ff. de hæred. inſtit. & l. ſi quis teſtamento Titio & Seio. 78. § apud Iulianum. ff. de leg. 1. Ex his quæ diximus naſcitur celebris illa quæſtio de poſthumis nepotibus inſtituendis, tractata apud Scæuolam in l. Gallus. 29. ff. hoc titul. de lib. & poſthum.

Explicatio l. Gallus.

QVæſtio eſt, quomodo inſtituendi ſint poſthumi nepotes, ne quaſi ipſis præteritis rumpatur teſtamentum, poſtquam nati fuerint. Gallus oſtendit ſic eos poſſe inſtitui, ne nati rumpant teſtamentum, *Si filium meum, viuo me, &c.* Non hoc ſcripſit Gallus, quaſi ante eius tempora non poſſent poſthumi hæredes inſtitui: ſed quia non erat vulgo nota ratio inſtituendi: & volebat proſpicere & conſulere iis, qui teſtamenta faciebant, ne ipſorum teſtamenta natiuitate poſthumorum rumperentur, ſi non ſatis caute teſtamenta ſua conſcripſiſſent. Docuit itaque ſic poſſe eos inſtitui. Propoſuit formulam, quæ videtur ei commoda ad hāc inſtitutionem, ne aliquo caſu omiſſo rūperetur poſtea teſtamentum, nato poſthumo. Eſt tamen magna de hac re controuerſia. Et quidem exiſtimant non licuiſſe ante Gallum poſthumos nepotes hæredes inſtituere: id vetitum eſſe lege 12. tabularum, quæ à Gallo abrogata fuit. Sic interpretantur verba illa, Gallus ſic poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxit, quaſi hac formula Galli abrogata ſit lex 12. tabularum, quæ vetabat poſthumos nepotes hæredes inſtitui. Ad ſententiam ſuam probandam id adferunt quod ait Iuſtinia. Inſtitut. de bon. poſſ. in princip. iure ciuili nō licuiſſe poſthumum alienum hæredem inſtituere, & de hoc poſthumo intelligendum eſſe quod hic dicitur. Ducunt etiam argomentum ex l. pen. de legat. 1. vbi dicitur obtinuiſſe ſententiam Galli, alienos poſthumos legitimos hæredes nobis fieri. Hæc ſententia mihi nunquam probari potuit. Nam primum certum eſt non fuiſſe hanc authoritatem Galli Aquilij, aut aliorum Iureconſultorum eius temporis, vt leges ferrent, aut leges iam latas abrogarent, & emendarent. reſpondebant de iure. Verum eſt eorum reſponſa vim & authoritatem legum poſtea habuiſſe. §. reſponſa. Inſtit. de iure nat. gent. & ciuil. Vis & authoritas legum eorum reſponſis poſtea attributa eſt conſtitutionibus Principum: extat cōſtitutio Theodoſij in Cod. Theodoſiano, quæ vim legum reſponſis Iuriſconſul. tribuit, quæ iam in libros redacta erant. Munus Iuriſconſul. veterum verſabatur in cauendo, in reſpondendo de iure, in interpretando, vt ait Cicero ad Quint. fratrem lib. 3. Interpretabantur ius ciuile, edicta & leges, & reſpondebant plerunque ex facto conſulti. Si quid inciderat, de quo dubitaretur quid iuris eſſet, adibantur Iuriſconſul. Munus igitur eorum verſabatur in reſpondendo, verſabatur etiam in cauendo. Cauere non eſt de iure reſpondere. Reſpondebant de his, quæ iam euenerant. Sed cautiones Iuriſconſul. pertinent ad ea quæ nondum euenerant, vt ſi quis velit contractum aliquem celebrare, adit Iuriſconſul. eius conſilio vtitur in contractu ineūdo. Exempla ſunt harum cautionum apud Marcum Varronem, qua lege quid emēdum, vel ſit vendēdum. vnde Manilij leges, id eſt pactiones, quæ adſcribebantur contractibus his formulas conſcripſit de quibuſcunq. contractibus. Quæ conditio adſcribēda eſſet venditioni cuiuſque rei. Et Gallus noſter præcipuè deditus fuit his cautionibus conſcribendis. & extat cautio ſtipulationis, quæ Aquiliana dicitur, à nomine auctoris huius, & formula etiam de dolo malo. Quod igitur in primis me mouet illud eſt, quod non licuit veteribus Iuriſconſ. qualis fuit Gallus Aquilius, leges tollere: imo ne prætoribus quidem hoc permiſſum fuit. In edictis ſuis Prætores aliquando excipiunt leges, vt in edicto de maioribus. contra leges Prætor nihil decernit. l. cum ſponſus. 12. §. vlt. ff. de publi. in rem act. Quod adducitur ex §. 1. de bon. poſſeſſ. in Inſtitut. parum me mouet, vbi dicitur, *Poſthumus alienus iure ciuili non po-*

in Inſtit. titu. de leg. & titu. de fideicom. de quo ſcripſi etiam lib. 2. diſput. In fideicommiſſis enim ſole voluntas ſpectabatur. l. pen. de lega. 1. Alij ſunt poſthumi, & hoc eſt tertium genus. Poſthumi nepotes, qui poſſunt naſci ſui, ſi pater eorum deceſſerit tempore mortis teſtatoris, & dubitari poterat an eſſent ſui, an alieni, an eſſet ſpectandum tempus teſtamenti, en tempus natiuitatis. Ideo Gallus ait eos poſſe inſtitui. Hi poſthumi nepotes, de quibus hic loquimur, & quorũ gratia concepte eſt hæc formula à Gallo Aquilio, dubitari poteſt, an ſint ſui, an alieni, & ſic an poſſint inſtitui ſecundum legem 12. tabul. an non. Si naſcerentur tempore teſtamenti, non eſſent ſui, quia filius eos præcederet: & tamen poſſunt naſci ſui, perſona filij è mediu ſubducte. Sed ait Gallus poſſe eos inſtitui, collata inſtitutione in id tempus, quo ſui naſcentur: & congruit hæc ſententia Galli cum Iuſtiniani definitione. Ex definitione Iuſtiniani conſtat poſthumos nepotes pro alienis habẽdos non eſſe. Nam poſſunt naſci ſui, ſi filius viuo auo moriatur. Ego hinc concludo legem tabul. 12. ad hos poſthumos, quorum gratia conſcripte eſt formula Galli Aquilij, non pertinere: & non eſſe prohibitam inſtitutionem horum poſthumorum lege 12. tab. Non enim cõſtituit legẽ aliquã nouã, quod ei non licebat: ſed inuenta eſt ratio vtilis & commoda inſtituendi hos poſthumos nepotes, ne alioqui inutile fiat teſtamentum. nullus mihi vnquam occurrit locus in iure ciuili, in quo poſthumi hi nepotes alieni dicantur.

Superiori lueo diximus, formulam Galli Aquilij de inſtitutione poſthumorum nepotum, ad poſthumos alienos non pertinere: & eam iuri ciuili veteri conſentaneam magis eſſe, quam contrariam. Iure veteri prohibebatur inſtitui poſthumus elienus: Gallus de poſthumis alienis non loquitur. Non enim recte dicuntur poſthumi alieni, qui nati aliquãdo futuri ſunt hæredes teſtatori, ex definitione Iuſtiniani in §. poſthumo. Inſtitut. de leg. Induxit igitur Gallus Aquilius rationem inſtituendorum nepotum poſthumorum nõ omnibus notam eo tempore. Non quod prohiberentur inſtitui: ſed quod ratio inſtituendi non erat vulgo nota: & plerique ob ignotam rationem inſtituendi, ſic deficiebãt teſtamenta, vt poſtea rumperentur. Qui dicunt ius nouum ab Aquilio inductum eſſe, & hanc cautionem Aquilianam contrariam eſſe iuri ciuili, idem forte dicturi ſunt de formula ſtipulationis, quæ à Gallo eodem auctore compoſita fuit, cuius mentio eſt ſub tit. Inſtit. quib. mod. oblig. Sed tamen falſum eſt. Non diſſimilis eſt iſta cautio de inſtitutione poſthumorum nepotum illi Aquilianæ ſtipulationi. Illa Aquiliana ſtipulatio nõ eſt contraria iuri ciuili, cum iure ciuili nulla tolleretur obligatio, niſi verbis contracta eſſet, & quædam obligationes contraherentur conſenſu, vel re: induxit Aquilius formulam quandam & ſtipulationem in quam conuerterentur omnes obligationes, quæcunque re, aut conſenſu contractæ eſſent, deinde acceptilatione tollerentur. Ille qui hanc formulam induxit, nullum ius nouum conſtituit. ſed quia nondum ratio obligationum conuertendarum in ſtipulationem erat vulgo nota: neque intelligebãt forte id ſibi licere, eem patefecit. Idẽ accidit in hac formule inſtituendorum poſthumorum nepotum. Præterea, etſi alieni hi poſthumi eſſent, de quibus loquitur Gallus, & qui prohiberentur inſtitui veteribus legibus, ideo ratio iuris permittit, vt eo modo inſtituantur, quo inſtitui poſſe Gallus docuit. Is qui cum teſtamenti factio non eſt tempore facti teſtamenti, tamen inſtitui poteſt in id tempus collata inſtitutione, quo capax futurus eſt, quõ tempore erit cum eo teſtamenti factio. l. in tempus. 62. ff. de hæred. inſtit. Obiicitur nobis ab his, qui diſſentiũt, l. pen. de lega. 1. Pedius ibi refert ſententiam Galli, & ait obtinuiſſe, vt poſthumi alieni legitimi nobis hæredes fierent. Ergo hæc cautio Galli de poſthumis alienis accipienda eſt, non de ſuis. Qui contrariam ſententiam tuentur, inter quos eſt Æmilius, nullum habent firmius fundamentum opinionis ſuæ, quàm hoc caput Pauli. Sed mihi videtur ille locus, ſi recte intelligatur, nihil omnino ad rẽ pertinere. Nam certum eſt Paulum in eo capite, non de inſtitutione hæredum, non de teſtamento: ſed de legitimis hæredibus, id eſt, ab inteſtato venientibus, loqui, illis verbis, *Legitimos nobis hæredes fieri.* Legitima hæreditas ea eſt proprie, quæ defertur lege tantum, non etiam teſtamento. leg. 3. §. de iſto. ff. pro ſoc. Cum itaque Paulus dicat legitimos hæredes nobis fieri, de hæredibus ab inteſtato accipere debemus. Quidam ita legunt, *A poſthumo hærede inſtituto fideicommiſſum dari poteſt.* ſic legit Conanus, vt oſtendat hoc caput Pauli ad teſtamentum & inſtitutionem hæredis pertinere, & ait hoc ſumptum eſſe ex libro 4 Sentent. Pauli, qui hodie extat, vbi titul. de fideicommiſſ. ait, *à poſthumò hæredẽ inſtituto fideicommiſſum dari poſſe.* nec dubitat quin ex eo libro hoc caput ſumptum ſit. Sed hoc aperte falſum eſſe indicat inſcriptio capitis, quę talis eſt in Pandect. Flor. Ex lib. ſingu. Pauli de iure codic. Illa igitur ſententia Pauli tametſi vera ſit, nihil habet cõmune cũ noſtra, & aliter ſic legitur in Florent. *A fratris poſthumo fideicõmiſſũ dari poteſt.* Nõ ergo loquitur Paulus de inſtituto hærede, ſed de legitimo hęrede, id eſt, de hęrede ſuccedẽte ab inteſtato. Poſthum' enim fratris ſucceſſur' eſt ab inteſtato. Notãdũ igitur eſt Paulum hic loqui de hærede legitimo: nã de inſtitutione nullũ eſt verbũ. Deinde enimaduertendũ eſt de eo poſthumo, qui omnino alienus eſt, loqui Paulũ. Poſthumus etenim fratris alienus eſt omnino patruo. Iuſtinianus enim definit poſthumũ alienum, qui natus hæres teſtatori ſuus futurus nõ eſt, ſed fratris poſthumus, quandocunque natus fuerit, nunquam eſt futurus hæres patruo, nũquam eſt futurus in eius poteſtate. eſt ergo poſthumus fratris omnino elienus. Senſus igitur verborũ Pauli, de quibus agitur, eſt: Patruus cũ hęredes inſtituere nollet in teſtamẽto, ſed hæredes ab inteſtato habere vellet, cuiuſmodi erat poſthumus fratris, is codicillos tantũ ſcripſit, & his codicillis fideicõmiſit huius poſthumi (quẽ vxor fratris forte in vtero habebat) vt Titio certũ daret, nullo facto teſtamẽto, ſciebat tamẽ eum ſucceſſurũ ab inteſtato cũ natus eſſet. quæritur an hoc fideicõmiſſum valeat? Hoc ſcriptũ eſt à Paulo lib. ſingu. de iure codicillo: quod in codicillis ſcriptũ eſſet. & ait, *A fratris poſthumo fideicommiſſum dari poſſe.* Dubitãdi tamẽ cauſa fuit duplex, an hoc fideicommiſſum valeret. In primis, quia poſthumus alienus eſt, ideóque non videtur fideicommiſſum ab eo vtiliter relinqui poſſe, ſicut nec poſthumo alieno inutiliter legabatur. Inſtitu: de leg. §. poſthumo. Deinde nõ videtur iure ciuili hæres eſſe poſſe. Si poſthumus elienus iure ciuili hæres inſtitui non poteſt, quomodo poteſt ab eo fideicommiſſum relinqui? Vtrique obiectioni reſpondet Paulus breuiter. Sola, inquit, voluntas ſpectatur in fideicommiſſis. His verbis diluit obiectũ de legato inutiliter relicto poſthumo: hic enim nõ de legatis loquitur, ſed de fideicommiſſis, in quibus ſola volũtas ſpectatur. In legatis pleraque alia. In legatis ſeruabantur ſolennitates iuris. exempla ſunt apud Vlpianum tit. de legat. & tit. de fideicommiſſ. Deinde ad alterã obiectionẽ reſpõdet, ad id quod dictũ eſt de hæredibus, ſcilicet iure ciuili poſthumos alienos hęredes eſſe nõ poſſe. Ait Paulus, obtinuit ſententia. Cum dubitaretur, an poſthumi alieni legitimi poſſent eſſe hæredes: & eſſent variæ opiniones Iureconſultorũ, obtinuit tandem ſententia Galli, alienos quoq; poſthumos legitimos nobis hæredes fieri. Alieni quoque poſthumi poſſunt nobis

ab inteſtato ſuccedere. De teſtamento verò Paulus nō loquitur. Ideo ad hanc formulam Galli non poſſunt referri ea verba Pauli. Hæc enim cautio pertinet ad inſtitutionem poſthumorum nepotum: non pertinet autem ad hæreditatem, quæ defertur ab inteſtato. Ego ſcio hoc verbum nonnunquam referri ad hæreditatem ex teſtamento. Hæreditates enim teſtamentariæ lege confirmantur. l. lege obuenire. 130. ff. de verbor. ſignific. facit l. 20. verbis legis. eod. titul. vbi dicitur quam late pateant verba illa, *Vti quis legaſſit rei ſuæ, ita ius eſto.* Sed ambiguitas, ſi qua ſit in his verbis, facile explicatur ex his quæ diximus. Ego oſtendi tam ex inſcriptione capitis, quam ex antecedentibus & ſequentibus verbis, intelligendum eſſe hoc cap. penulti. de lega. 1. de codicillis & de hæredibus qui ſuccedunt ab inteſtato, nullo facto teſtamento. In codicillis hæres non inſtituebatur: ergo nihil neceſſe eſt recedere à propria ſignificatione horum verborum. Et certum eſt proprie eos legitimos hæredes dici, quibus lege tantum defertur hæreditas ſine teſtamento. Hæreditas teſtamentaria lege quidē defertur: ſed non lege tantum. Et certum eſt quædam alia à Gallo Aquilio inducta fuiſſe in hæreditatibus tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento, præter hāc cautionem, de qua hic loquimur. Vnus locus eſt apertus in l. ſi ita quis hæres. 74. ff. de hæred. inſtitu. Si quis ex certa re inſtitutus ſit hæres, perinde habetur ac ſi nulla rei certæ facta mentione, ſimpliciter hæres inſtitutus eſſet, ne quaſi eo prætertito rumpatur teſtamentum. Ex his intelligitis quod fuerit conſilium Galli Aquilij in hac formula concipienda de poſthumis nepotibus hæredibus inſtituendis. Nunc videndum eſt de lege Vellea.

De lege Vellea.

INterpretatio Scæuolæ, quæ continetur variis capitibus huius legis, vertitur tanquam in cardine quodam, tam in conſilio Galli explicando, quam in lege Vellea. Vnde neceſſa eſt antequam ad Scæuolæ verba veniamus explicanda, aliquid de lege Vellea dicere. Legis Velleæ duo fuerunt capita præcipua. Prius caput, cuius mentio eſt in hac lege, §. nunc de lege Vellea &c. pertinet ad inſtitutionem poſthumorum nepotum, qui naſcituri ſunt viuo teſtatore. Formula Galli Aquilij pertinet tantum ad eos poſthumos nepotes, qui naſcituri ſunt poſt mortem teſtatoris. Naſcituros autem poſthumos viuo teſtatore olim inſtituere non licebat hæredes, ante legem Velleam. idque apertè oſtendit Vlpian. in Inſtit. tit. qui hæred. inſtit. poſſ. Is qui in vtero eſt, poteſt hæres inſtitui naſciturus poſt mortem teſtatoris iure ciuili. alias ſi naſcitur viuo teſtatore, ex lege Vellea. Ego dixi ſupra poſthumos qui in rerum natura non ſunt, non videri inſtitui poſſe, ſi ſubtilitatem inſpiciamus: quia lex vetat inſtitui perſonas incertas: incerta autem perſona eſt, quæ non eſt in rerum natura. ſed humanitate ſuadente receptum fuit, vt ſui poſthumi propter coniunctionem quam habēt cum teſtatore, inſtituantur hæredes: teſtatore mortuo viſum eſt iniquum eos natos rumpere teſtamentum, & non poſſe inſtitui hæredes, alios autem qui naſcituri eſſent viuo teſtatore, non erat permiſſum inſtituere, etiam ſi ſui naſcituri eſſent. Sed lex Vellea tandem hoc permiſit. d. §. nunc de lege Vellea. & ſane diuerſa eſt ratio eorum, qui viuo teſtatore naſcituri ſunt, & eorum, qui naſcituri ſunt poſt mortem teſtatoris. Quod ad hanc rem attinet, non videbatur, abſque vllo incommodo & iniquitate, denegari poſſa teſtatori inſtitutio naſciturorum poſt mortem ſuam, ne eius teſtamentum rumpatur. Non eos viuos inſtituere poteſt, qui naſcituri ſunt poſt mortem ſuam. Igitur non tam hoc neceſſe fuit in his qui naſcituri eſſent viuo teſtatore, quam in tis, qui poſt mortem eius naſcituri eſſent. Ideo non proſpexit ius antiquum tis, qui naſcituri eſſent viuo teſtatore: nam teſtator poteſt expectare dum nati fuerint, & eos natos inſtituere ſi viſum fuerit. Plenior igitur eſt proſpectio leg. Velleæ, quam iuris veteris. Verba legis Velleæ referuntur in d. §. nunc de lege Vellea. Hoc primum caput legis Velleæ permiſit teſtatori omnem maſculum inſtituere, qui ei ſuus hæres futurus erit. Hæc verba pertinent ad eum qui ſuus hæres futurus erit: nec diſtinguit eos ab his, qui naſcituri ſunt poſt mortem, ab his qui viuo teſtatore naſcentur. Ius antiquum prohibebat inſtitui poſthumum alienum, & excipiebat eum tantum poſthumū, qui naſciturus eſſet poſt mortem teſtatoris. Opus igitur fuit lege publica ad id conſtituendum, quod à nullo Iureconſultorum induci poterat. Hoc eſt primum caput legis Velleæ.

Alterum caput eſt de nepotibus natis tempore teſtamenti. Pertinet hoc caput ad inſtitutionem nepotum, qui tempore teſtamenti iam nati erant. Lex Vellea nō quidem permiſit eos inſtituere: nam nullo iure prohibitum erat. Sed ſi filij deſierint ſui eſſe morte, vel alio caſu, ita demum nepotes rumpunt teſtamentum, ſi inſtituti non fuerint. id continetur altero cap. legis Velleæ. d. §. nunc de lege Vellea. & §. ſeq. Si quis ſuus hæres eſſe deſierit, vult nepotem ſuccedere in eius locum, & hac ſucceſſione dult rumpi teſtamentum ſi inſtituti non fuerint. Huius legis Velleæ mentio eſt pleriſque in locis, velut in leg. poſthumorum. 13. in fine, de iniuſto rupto. & l. 2. de vulg. & pupil. ſubſtitut. Quidā habet filium & nepotem vtrumque viuum: pone eum inſtituiſſe tantum filium, & deinde filium deceſſiſſe: filio mortuo ſuccedit nepos in eius locum per legem Velleam: quia lex vult, ſi quis hæres ſuus eſſe deſierit, alium in eius locum ſuccedere. Igitur nepos quaſi agnaſcendo hac ſucceſſione rumpet teſtamentū ſi præteritus ſit. in d. §. nunc de lege, quod addit Scæuola, quæ voluit nobis viuis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum. Eſt optima interpretatio huius cap. legis Velleæ, non poteſt eſſe clarior. Exemplum inſtitutionis poteſt eſſe huiuſmodi, *Si filius meus viuo me moriatur, nepos meus hæres eſto, qui in eius locum ſucceſſurus ſit.* Hac ratione ſibi conſulit teſtator, ne ſucceſſione in filij locum quaſi agnaſcendo rumpat teſtamentum nepos, quaſi is præteritus ſit. Hactenus de lege Vellea, de qua dicemus plenius poſtea. Redeamus ad Aquilianam formulam, qua Galius induxit nepotes inſtituendos eſſe. Si ſic ergo inſtitutio facta fuerit, non poterit rumpi teſtamentum agnatione poſthumi. ſed hic quæri ſolet, an ſit neceſſaria inſtitutio filij? Quidam aiunt neceſſariam non eſſe: nam eius, inquiunt, nulla mentio facta eſt à Gallo in formula ſua, ſed tamen inſtitutio hæredis neceſſaria eſt, alias teſtamentum non valet, præterito filio, quem teſtator habet in ſua poteſtate. Sed reſpondent his verbis tacite inſtitutum videri filium, *Si filius meus, viuo me, moriatur, nepos meus hæres eſto.* Sed hoc falſum eſt, vt oſtendam in §. in omnibus. Quæri etiam ſolet an idem ſit de exhæredatione, quod hic dicitur de inſtitutione. Nam Gallus nullam mentionem facit exhæredationis, ſed certum eſt idem de exhæredatione intelligendum eſſe. Inducta eſt enim hæc cautio à Gallo, ne præterito nepote rumperetur eius natiuitate teſtamentum. At non neceſſe eſt nec filium, nec nepotē, nec poſthumū inſtitui, ne rūpatur teſtamentū: ſed ſufficit eos nominatim exhæredare. Oportet enim eos inſtituere aut exhæredare, ſi nominatim exhæredati fuerint, valet teſtamentum. Supereſt ſola querela inofficioſi teſtamenti, ſi ſine iuſta cauſa exhæredati fuerint. & mihi videtur hoc ſatis aperte cautum eſſe in l. 3. de iniuſto, rupt. Ergo mutatis paululū verbis formulæ Aquilianæ, nos ita concipiemus exhæredationem,

Digitized by Google

nẽ, *Si filius meus, viuo me morietur, tunc poſthumus exhæres eſto.* Igitur hęc formula Galli cõueniet nõ tantũ inſtitutioni, ſed etiã exhæredationi. Ad verba, *in decem menſibus, &c.* Neceſſe fuit hoc adiici formulæ: ſed ideo hoc adiectum eſt, quia legitimus partus non eſt poſt decem menſes. l. inteſtato. 3. §. poſt decem. ff. de ſuis & legit. hæred. Partus qui naſcitur poſt decem menſes à tempore mortis mariti, non ſuccedit ei ab inteſtato: & huc pertinet iudicium illud celebre Iuſtiniani in Nouella 39. de teſt i. & ea, quæ par. in vndecim. menſe. Iuſtinianus damnauit eam mulierem, quæ vndecimo mẽſe pepererat poſt mortem mariti ſui. Iuſtum fuit hoc iudicium Iuſtiniani, & maxime conſentaneum iuri veteri. Et mirum eſt Alciatum Paradox. lib. 3. iniuſticię & iniquitatis arguere Iuſtinianũ, quod eam mulierem damnauerit. Mouetur auctoritate Philoſo. & medic. Medicorum ſententia eſt & Philoſophorum poſſe naſci partum & decimo & vndecimo menſe. ideo Iuſtinianus non videtur ei recte eam damnaſſe, ſed abſoluere potius debuiſſe, exemplo decreti Adriani, quod extat apud Gellium in noct. Atti. lib. 3. cap. 16. Refert autem in eo decreto Adrianum id ita ſtatuere ſe dicere, requiſitis veterum Philoſophorum & medicorum ſententiis. Sed hæc non debuerunt mouere Iureconſultum: nam etſi incertum ſit tempus: tamen vtile fuit tempus certum definire: alioqui multa incommoda inde naſcerentur. In definiendo certo tempore ſpectandum fuit, quod vt plurimum, non quod rariſſime contingere ſolet. idque homines politici ſatis intelligunt. Sicut pubertas eſt conſtituta 14. annorum in maſculis, cum tamen alij citius, alij tardius pubeſcant. Sed iura non conſtituuntur de his, quæ rariſſime accidunt, ex ſententia Theophraſt. l. 2. ff. de leg.

Ad §. Quidam recte.

SCæuola noſter in hoc cap. ſicut & in ſequentibus aliis interpretatur formulam Aquilianam, quæ iam recitata eſt ſupra hac l. in princip. Docet Scæuola non fuiſſe nobis propoſitam hanc formulam à Gallo Aquilio, vt per omnia eius verbis ſeruiremus: ſed vt eius exemplum ſequeremur, quod nobis ab eo propoſitum eſt, vt oſtendatur eius conſiliũ. In hac cautione ne poſthumorum nepotum natiuitate rumperetur teſtamentum, voluit hoc exemplo conſilium ſuum nobis demõſtrare: vt hoc exemplum, quod ita nobis propoſuit, ad alios caſus accommodemus. Itaque nõ eſt ita accipienda hæc formula, vt nihil ex ea detrahere, aut ei aliquid addere liceat, hoc enim perquam abſurdũ eſſet. Vnde eſt Scæuole, Quidam recte admittendum credunt, etiã ſi non exprimat de morte filij, &c. Docuit Gallus hac formula propoſita, in quem caſum conferenda ſit inſtitutio nepotis poſthumi, & ſi non omnimodo his verbis vtamur in inſtitutione poſthumi: ſi tamen hi caſus tacite intelligantur ex verbis teſtatoris, hoc videtur ſufficere. Nec aliud fuit Galli conſilium, quamuis Accurſiani exiſtiment hic reprehendi Gallum à Scæuola. Ad illa verba,

De morte filij, &c.

HVnc caſum de morte filij expreſſit Gallus in formula ſua hoc modo, *Si filius meus viuo me morietur*, & inſtitutionem nepotis poſthumi in eum caſum confert, quo ſe viuo morietur filius. Idem ergo nos dicemus, etſi ille caſus expreſſus verbis non fuerit, ſed tãtum tacite intelligatur & concipiatur ex verbis teſtatoris. Huius rei demonſtrandæ gratia varia adduci ſolẽt exempla. Et difficile eſt exemplum aliquod ſatis commodum & aptum reperire iudicio quorundam, in quo omiſſa ſit hæc conditio, Si filius meus viuo me morietur, & tamen tacite intelligatur ex ſententia Galli Aquilij, & valeat inſtitutio poſthumi nepotis naſcituri. Secundum cautionem Galli & conſilium, in hoc exemplo videtur recte ſequi id quod dicitur, *Filius meus hæres eſto, & ſi quis mihi ex eo nepos naſcetur, hæres eſto.* hic omittitur illa cõditio, ſi filius meus viuo me morietur. Inſtitutio namque poſthumi nepotis, verbis expreſſis teſtatoris non confertur in eum caſum, quo filius morietur viuo teſtatore, ſed tamen concipi in eum caſum, colligitur ex verbis teſtatoris. Hoc tamen exemplũ nõ videtur aptum ad inſtitutionem poſthumorum, ſecundum cautionem Galli: nam videtur teſtator filiũ & nepotem eodẽ gradu hæredes inſtituere. Nihil eſt in hac inſtitutione expreſſum à teſtatore, ex quo appareat euidenter voluiſſe alterum alteri ſubſtituere, id eſt, nepotem filio: *Filius meus hæres eſto, &c.* His verbis teſtator videtur filium & nepotem ex æquis partibus & eodem gradu hæredes inſtituere. Hoc igitur inſtitutionis genus non conuenit cautioni Aquilianæ. Aquilius ſiquidem docuit nos quomodo oporteat inſtituere nepotem naſciturum, collata inſtitutione in mortem filij. Non enim aliter inſtituitur poſthumus naſciturus. Ego vero in ſuperioribus iam oſtendi, cum olim ſubtilitas iuris minime pateretur incertas perſonas, cuiuſmodi ſunt poſthumi: tamen permiſſum eſſe inſtituere quoſdam, vtilitate hoc exigente, ac in primis poſthumos filios: deinde eo ventũ eſt, vt inſtituere liceret nepotes, qui naſcituri eſſent ſui poſt mortem filij qui eos gradu antecedit, aliter non licet naſciturum poſthumũ poſt mortem teſtatoris inſtituere. Ergo cum inſtituitur ſimpliciter, non collata inſtitutione in eum caſum, non videtur recte inſtitutus eſſe. Itaque nos diximus ſupra hanc inſtitutionem nepotis naſcituri ſubſtitutionem quandam eſſe: qua in re, quamuis aliqui diſsentiant, tamen non eſt dubitandum quin ſit quoddam ſubſtitutionis genus. leg. cum in teſtamento. 37. ff. de hęredibus inſtit. ibi aperte dicitur duos eſse gradus inſtitutionũ. Nepos nõ inſtituitur ſimpliciter, ſed ſubſtitutus eſt ſecundus hęres non primus: nec poteſt admitti ad hæreditatem, niſi excluſo filio, ergo eſt ſubſtitutio. At hic nulla eſt ſubſtitutio, reperiuntur enim filius & nepos eodem gradu inſtituti. Hac ratione quidam moti aliud exemplum adferunt huiuſmodi, *Filius meus hæres eſto, & ſi nepos ex eo naſcatur, cum ſubſtituo.* Sed puto etiam in alio exemplo conditionem illam tacite intelligi ex natura actus, *Si filius meus me viuo morietur*, & ſubſtitutionem eſse: nam ex natura actus videtur tacite intelligi hæc conditio, ſi filius meus me viuo morietur, ſecundũ ius antiquum. Nam ſecundum ius antiquum, non aliter inſtituebatur poſthumus naſciturus nepos, quam collata conditione in id tempus, quo ſuus naſciturus eſset. Videbatur quidem poſthumus nepos alienus eſse, ſed tamen cenſuit Gallus, quia ſuus hæres naſci poteſt, non eſse alienum, veluti ſi viuo teſtatore morietur filius. Secundum Iuſtiniani conſtitutionem aliud dicendum eſſet, vtcũque dubitatum fuerit à veteribus de poſthumo alieno, an poſtumus alienus poſſit hæres inſtitui, an nõ poſſit: ea dubitatio omnino ſublata eſt ea conſtitutione Iuſtiniani, cuius ipſe meminit in §. 1. inſtit. de bono. poſseſ. quamuis ea conſtitutio in Codice Iuſtiniani deſideretur. Ergo non intelligitur conditio ineſse ex natura actus. Ecce, quod ego nunc dicturus ſum, fortaſse videbitur nouum: Nihil hodie referre an ea conditio ſit verbis expreſsa, an tacite inſit. Tunc quærebatur, an ineſset conditio, an verbis expreſsa eſset, cum ſub ea conditione inſtitutio facienda erat. Sed cum hodie etiam alienus poſthumus inſtitui poſſit, non eſt laborandum de hac inſtitutionis conditione propter conſtitutionem Iuſtiniani.

Ad §. Idem credendum eſt.

ALia interpretatio eſt formulæ Aquilianę. docet Scæuola idē q; ſuperiori capite, nō eſſe nobis propoſita hac Aquilij formulam vt eius verba per omnia ſequamur, quaſi nefas ſit ab eius formulæ præſcripto recedere, ac quaſi nō liceat aliis verbis vti, Exempli gratia, meminit nepotum in ſua formula Gallus, ibi, *Tunc ſi quis mihi nepos.* Quid ergo dicemus de pronepote? Si quis forte velit inſtituere pronepotem, nonne licebit, ſecundum hanc cautionem Galli, pronepotem quoque inſtituere, qui eſt naſciturus poſt mortem teſtatoris? Si verba potius amplectamur, quam ſententiam Galli, nō videtur pronepos inſtitui poſſe: ſed ſpectandum eſt magis conſiliū Galli Aquilij, vt docet Scæuola, quam præſcriptum formulæ eius. & quod ab eo expreſſum eſt de nepote, producendum eſt ad pronepotem, & alios omnes, qui poſt mortem teſtatoris naſcituri ſunt, in quibus eſt eadem ratio & eadem vtilitas. dubium non eſt quin eadem ſit vtilitas in pronepote, quæ eſt in nepote, quia rupturus eſt teſtamentum ſi naſcatur ſuus: ſcilicet ſi quo tempore naſcitur, excluſi ſint filius & nepos, qui eum antecedunt. Tria autem exempla hic extant huius inſtitutionis pronepotis. Primum exemplum eſt, cum filius mortuus eſt & nepos adhuc viuit. Tunc enim verbis paululum immutatis vt rei de qua agitur conueniat, commodiſsime inſtitui poteſt pronepos, hoc modo, *Si nepos meus, viuo me, morietur, tunc ſi pronepos, &c.* Alter caſus eſt, cum filius viuus eſt, & nepos mortuus. *Si filius meus, viuo me, morietur, tunc ſi quis mihi pronepos &c.* Tertius caſus eſt, cum vterque viuit tam filius quam nepos. & tunc poteſt ita inſtitutio pronepotis concipi, *Si filius & nepos me viuo, morietur, tunc ſi quis mihi pronepos naſcetur, hæres eſto.* Hic videtis verbis nonnihil immutatis ex formula Aquiliana, facile eam poſſe ad omnes caſus aptari, in quibus eadem ratio & eadem vtilitas eſt. Illa quidem verba, *Idem credendum eſt Gallum, &c.* obſcura ſunt iis præſertim, qui non intellexerunt ea quæ a nobis dicta ſunt de lege Vellea, de ſucceſsione ſcilicet, quæ fit altero capite legis Velleæ. Lege Vellea cautum eſt vt nepos, mortuo filio, vel eo deſinente ſuo hærede eſſe, ſuccedat in locum filij, ne ea ſucceſsione teſtamentum rumpatur, ſi nepos præteritus reperiatur. Hac igitur ſucceſsione rumpitur teſtamentum, ſi nepos præteritus ſit. hoc continetur ſecundo capite legis Velleæ In verſic. *Quod ſi aliter admittendum eſt, ita ſane ſi primo nepos, &c.* Ait Scæuola, hoc caput ita demum verum eſſe, ſi prius nepos, deinde filius decedat. Nam ſi filius prius deceſſerit, deinde nepos qui inſtitutus non eſt ſuccedat, hac ſucceſsione nepotis in locum filij, rumpetur teſtamentum. In hoc exemplo, *Filium meum hæres eſto Si filius & nepos viuo me, moriantur, tunc ſi quis mihi ex eo pronepos naſcatur, hæres eſto.* Ponamus filium deceſſiſſe viuo teſtatore, deinde deceſſiſſe nepotem, quæritur an pronepotis inſtitutio valeat? Non valet. quia nepos ſuccedet ante mortem ſuā in locum filij & hac ſucceſsione rupturus eſt teſtamentum, quia præteritus eſt nepos Rupto teſtamento non poteſt eſſe vtilis inſtitutio pronepotis Nam rupto teſtamento, omnia intercidunt quæcunque in eo conſtituta ſunt Hic quidem pronepos neminem reperit, qui ipſum antecedat & ſuus naſci videtur: ſed ruptum eſt teſtamentum, & rupto teſtamento nulla eſt inſtitutio quæcunque eo teſtamento continetur. Hoc autem non accidit, ſi ponamus deceſſiſſe nepotem ante filium, deinde filium, & poſt mortem vtriuſque natum eſſe pronepotem tunc enim inſtitutio huius pronepotis valet, & vtilis eſt etenim recte inſtitutus eſſe intelligitur, cum non ſucceſſerit nepos in locum filij: quia ante filium deceſſerat, & mortuo vtroque natus eſt is pronepos, qui ſi præteritus eſſet, rūperet teſtamentū. Et hinc notandum eſt id de quo nonnulli dubitant, & quod iam paucis attigimus, his verbis conditionalibus formulæ Aquilianæ, *Si filius meus, viuo me, morietur,* non videri inſtitutum eſſe filium: dixi nullam his verbis videri contineri inſtitutionem Conſilium enim Galli tantum fuit formulam præſcribere, quæ ad nepotum naſciturorum inſtitutionem perueniret. Non enim credebat cuiquam dubium eſſe, quin hæredis inſtitutio præcedere debeat. Ideo de inſtitutione filij nihil dixit, quæ tamen neceſſaria eſt Nam ſi his verbis conditionalibus intelligeremus inſtitutionem hæredis contineri, hac ſucceſsione, de qua loquimur nunquam rumperetur teſtamentum. etiam ſi poneremus deceſſiſſe filium, deinde nepotem, hic dicitur ſucceſsione rumpi teſtamētū, ſi filius deceſſerit deinde nepos, quia nepos reperit ſe præteritū, ideo rumpit teſtamentum Si rumpit teſtamentū, apertū eſt, inſtitutionem nullam eſſe. Hic occurrit antinomia ex eo, quod diximus hac ſucceſsione rumpi teſtamentum, & reddi inutilem inſtitutionem pronepotis. nā difficultas naſcitur ex l. poſthumus, ff. de iniuſto rupto. Sed intelligendum eſt hanc ſubtilitatem, cuius hic mentio eſt, temperatam eſſe variis modis iure prætorio Loquitur enim ibi Iureconſultus de bonorum poſſeſsione: ſed quomodo id intelligendum ſit, dicemus commodius ſub titulo de iniuſto, rupto, & irrito facto teſtam. Alij contorſerunt omnia in hunc locum, ſed hæc ſuo loco explicabuntur a nobis.

Ad §. Et quid ſi tantum in mortem &c.

MEndoſa eſt Norica lectio, vbi legitur, & quid ſi tātū in mortis filij caſum cōciperet. Legendū eſt interrogatiuè Interpretatio eſt verborū formulæ Aquilianæ, ſuperiori non diſsimilis. docet Scæuola quod expreſſum eſt à Gallo de morte in formula ſua, id tranſmutendū eſſe ad alios caſus, qui ea formula expreſsi nō ſunt, in quibus eadē eſt ratio & eadē vtilitas. Non .n. credendū eſt Gallū, qui mentionem fecit mortis in formula ſua, adeo ad ſeciſſe, quod nihil ex ea formula immutare liceret. Propoſuit enim nobis exemplū, quod poſsimus ad omnes caſus adaptare, in quibus periculum ſit, ne prætcritione alicuius rumpatur teſtamentum. Et hoc exemplum eſt interpretationis, in qua conſiſtit ars boni & æqui, quam nos hic profitemur. Scire enim leges non eſt verba earum tenere, ſed vim & poteſtatē. Nihil facilius eſt quam leges omnes quæcunque ſcriptæ ſunt, quæcunque in prouincia, quocunque in regno, ediſcere & complecti memoria, & verborum ſignificationem ſcire; ſed non eſt hoc Iureconſultum eſſe, & artem boni & æqui tenere. Ars iuris in æquo & bono conſiſtit: quod ſcriptum eſt ſic interpretandum eſt, vt id porrigatur ad ſimilia, in quibus eadē eſt ratio, eadem vtilitas, & eadem æquitas. Ratio interpretandi maxime vtilis eſt. Videmus ſiquidem Iureconſultos maxime occupatos eſſe in interpretatione legum, edictorum, & formularum: quod imitari debet, qui veram iuris ſcientiam adipiſci deſiderat. Hæc igitur exēpla interpretationis continētur artē boni & æqui. Plerique conantur in certas regulas redigere, quod ad artē boni & æqui pertinet: ſed ego vos ſæpe admonui hæc in vniuerſum definiri non poſſe. ſed ponēda ſunt nobis ante oculos exempla Iureconſultorum. *Quod ſi tantum.* Senſus horum verborum eſt, poſſe inſtitui poſthumum nepotem naſciturum poſt mortem teſtatoris, non tantum ſub hac conditione, Si filius morietur, verumetiam ſub aliis conditionibus ſimilibus, tametſi ea conditio expreſſa ſit verbis formulæ Aquilianæ. Poſſumus ita cōcipere inſtitutionem: Si filius meus viuo me, deportabitur in inſulam: Si filius, me viuo, emancipatus fuerit: Si filius meus, viuo me, ſuus eſſe deſierit, vel alio aliquo ſimili modo, vt breuiter omnia paucis complectamur. Ad hunc enim vſum conſcripta eſt hæc cautio Galli His igitur verbis, Si filius meus deportabitur in inſulam, tunc ſi quis nepos mihi &c. vtilis eſt inſtitutio. confertur enim in eum caſum, quo nepos ſuus naſciturus eſt. Non minus autem eſt naſciturus nepos hoc caſu, ſi filius deportabitur in inſulam, quam ſi morietur. ſubducitur enim de medio filius Scæuola ſic interpretatur, quaſi legem aliquam, hāc formulam Aquilianam. Lex enim non eſt, ſed recepta fuit communi conſenſu pro quadam lege. Nulla vero lex tam circumſpecte poteſt ſcribi, vt omnia quæcunque ad eum pertinent, poſſint comprehendi. Non poſſunt hæc omnia in mentem Legiſlatoris venire: & ſi veniſſent infinita ſunt: ac multa ſunt relinquenda iudicantium arbitrio, in quo maxime verſatur ars boni & æqui. Quod ergo ſcriptum eſt a Gallo Aquilio, & expreſſum formula de morte filij. id nos in interpretanda ea formula, quaſi lege quadam, producemus ad alios caſus ſimiles. Similes ſunt caſus in hac re plures. Magna tamen eſt quæſtio, an mors ciuilis comparanda ſit naturali, quod ab aliis hic ſolet tractari. Eſt eadē certe ratio in hoc caſu. Nam quemadmodum deſinit ſuus hæres eſſe filius per mortem: ita per deportationem, per aquæ & ignis interdictionem, & per emancipationem, deſinit eſſe ſuus. & quia deſinit ſuus eſſe, nepos naſciturus rumpet teſtamentum ſi præteritus ſit. Scæuola admonet id colligi ex ſententia legis Velleæ, non ex verbis. Hic videtis non ſine cauſa nos ante de lege Vellea diſputaſſe, & oſtendiſſe quid contineretur vtroque capite legis Velleæ. Lex Vellea vult in primo capite inſtitui poſſe naſciturū nepotem viuo teſtatore, ſi filius ſuus eſſe deſierit. Inter formulam Galli & legem Velleam hoc intererat, quod formula Galli pertinebat ad nepotē naſciturū poſt mortē teſtatoris: lex Vellea pertinebat ad naſciturū viuo adhuc teſtatore. Nō credebāt autē veteres valde neceſſarium eſſe prouidere & cōſulere inſtituere volētibus naſcituros in vita teſtatoris: ſed poſt mortē tantū. Nā dicebāt, poſtquā nati fuerint poſſe eos inſtituere ſi viſum fuerit. Sed prouidendū fuit iis qui naſcituri ſunt poſt mortē. Abſurdū enim eſſet eos nō poſſe inſtituere. qui tamē natiuitate rūperent teſtamentū. Sed lex Vellea permiſit inſtituere poſthumos nepotes naſcituros viuo teſtatore. Et ſunt verba legis Velleæ pleniora & vberiora verbis formulæ Aquilianæ. Lex Vellea ait, *Si quis ſuus hæres eſſe deſierit.* quibus verbis permittit generaliter inſtituere poſthumū naſciturū, viuo teſtatore. Generaliter ſub cōditione, *Si filius ſuus hæres eſſe deſierit.* In formula Galli Aquilij verba nō tā late patēt. Formula Galli Aquilij non eſt lex, ſed exemplū tantū nobis propoſitum ad imitandum. ideo non eſt generale. Sed lex Vellea generaliter loquitur. *Si quis ſuus hæres eſſe deſierit,* vt liceat eum, qui in eius locū ſucceſſurus eſt & naſciturus. etiā viuo teſtatore, inſtitui: Hoc colligitur non ex verbis, inquit Scæuola: Imo videtur ex verbis colligi, ſed lex Vellea pertinebat ad nepotē naſciturū viuo teſtatore. Hic quærimus de inſtituēdo eo qui naſciturus eſt poſt mortē teſtatoris: Secundū cautionē Galli ita inſtituebatur nepos, *Si filius meus, viuo me, morietur, tunc ſi quis nepos poſt mortem meam, &c.* duæ ſunt conditiones, vna refertur ad mortem filij: alia ad mortem teſtatoris, ad tempus quod ſequitur mortem teſtatoris: Secundum legem Velleam ita inſtituebatur, *Si filius, viuo me, morietur, ſiue deportabitur, ſiue ſuus eſſe deſierit, tunc ſi quis mihi*

ex eo

Digitized by Google

ex eo nepos viuo me, &c. non dicit *poſt mortem meam.* Videtis quid interſit inter inſtitutionē nepotis, quæ fit ſecundum formulam Galli Aquilij, & eam quæ fit ſecūdum legem Velleam. in noſtra autem ſpecie proponitur caſus, qui nec pertinet ad verba legis Velleæ. *Si filius meus, viuo me, deportabitur, tūc ſi quis nepos poſt mortem meā naſcetur, hæres eſto.* Hæc.n.inſtitutio nō pōt dici facta ſecūdū formulā Aquilianā. quia formula Aquiliana loquitur de morte, nō de deportatione. Non cōuenit etiā verbis Velleæ. quia lex Vellea nō pertinet ad inſtitutionem eorum, qui ſunt naſcituri poſt mortem teſtatoris: ſed viuo eo. Hic autem inſtitutio fit poſt mortem eius. Quid igitur dicemus in hac ſpecie? Scæuola ait inſtitutionē in hac ſpecie videri factā ſecūdum cautionem Galli: ſed in cautione Galli in qua fit mentio mortis, ſupplendos alios caſus, ex ſententia legis Velleæ. quia apparet ita Velleum ſenſiſſe. Nam cum ea lex lata ſit poſt formulam conceptam à Gallo Aquilio, credibile eſt eum ſenſiſſe, etiam in inſtitutio ne poſthumorum naſciturorum poſt mortem teſtatoris, de quibus conſcripta eſt formula, hos caſus pertinere. Accurſiani aliter hæc verba interpretantur. Sic enim aiunt, Si teſtator mētionē mortis fecerit in inſtitutione nepotis naſcituri, ille caſus expreſſus à teſtatore, porrigitur ad alios caſus ſimiles, nempe deportationē, emancipationē, & ſimil. Et hinc colligūt hanc theſin, Prouiſionem factam à teſtatore, ad aliū caſum ſimilē porrigi. Qui hoc colligūt ex verbis Scæuolę, oſtendunt ſe hoc omnino non intelligere. In lege hoc verum eſt: ſed interpretatio legis multum differt ab interpretatione teſtamenti. Dico quod ſi teſtator expreſſerit vnū caſum, niſi appareat euidenter eū de alio caſu ſēſiſſe non producemus ad alium caſum. veluti ſi dixerit, *Si filius, me viuo, morietur, nepos qui mihi ex eo naſcetur hæres eſto*, nā etſi emācipatus fuerit, vel in inſulā deportatus: tamen nepos non erit hæres, Nam ſequenda eſt voluntas teſtatoris, cum manifeſta eſt. Ex hoc paruo errore, multi magni nati ſunt. hoc collegerunt emancipatione tolli inſtitutionem, quod nihil abſurdius dici poteſt. Aiunt, quemadmodum recte dicitur inſtitutus eſſe nepos naſciturus, ſi mortuus filius fuerit: ita etiam ſi emancipatus fuerit, ſed præpoſterus eſt ordo. Dicunt, cum teſtator mentionem mortis fecit, & inſtituit nepotem in caſum mortis filij, & ſi nō expreſſerit deportationem filij, eſſe locum inſtitutioni, quod eſt abſurdum. De hoc eſt diſputatio Alciati Parad.lib.3.c.9. Cum nepos eſt ſubſtitutus ſub conditione, *Si filius emancipatus fuerit*: verū eſt emācipationem facere locum ſubſtitutioni. & hoc ſenſit Scæuola. Ponamus teſtatorem ſub hac conditione inſtituiſſe nepotem, *Si filius emancipatus fuerit*.. verum eſt emancipato filio locū eſſe ſubſtitutioni: quia hoc expreſſū eſt à teſtatore: ſed ſi filius inſtitutus ſit & nepos ſubſtitutus, ſi filius morietur, abſurdū eſt dicere, ſi emancipatus ſit filius ſubſtitutioni locum eſſe.

Ad §. Quod ſi is qui filium apud hoſtes.

DEmonſtratum eſt variis exemplis formulam à Gallo Aquilio conſcriptam, de poſthumorum nepotum inſtitutione ad alios caſus poſſe accommodari, quam qui expreſſi ſint ipſa formula. Diximus propoſitam eſſe hanc formulam velut exemplum. non enim eſt lex. Leges, iura conſtituuntur generaliter: exempla vero proponuntur de ſingulis rebus: ſed qui nobis proponit aliquid loco exempli, hoc ſentit in aliis omnibus ſimilibus rebus idem ſequendum eſſe. Hic proponitur hypotheſis, in qua dubitari poteſt, an poſthumus recte inſtitui poſſit ſecundum cautionem Galli Aquilij: ſicuti in ſuperiori ſpecie dubitatum fuit in §. & quid ſi tantum. an poſthumus nepos recte inſtituatur, non tantum ſub conditione, Si filius morietur: ſed etiam ſub conditione, Si filius emancipatus fuerit, vel ſi filio aqua & igni interdictū fuerit, vel ſi deportatus fuerit. Similiter hic quæritur in hac ſpecie, an nepos poſthumus recte inſtitui poſſit, cum filius decedet apud hoſtes mortuo teſtatore. Si ponamus filium teſtatoris deceſſiſſe apud hoſtes, mortuo iā teſtatore, in hoc caſu nepos poſtea natus rūpit teſtamentū, & tamen huic incommodo proſpectū non eſt per Gallum Aquilium. Non poteſt fieri quin rūpatur teſtamentū hac ratione, id eſt agnatione poſthumi nepotis, etſi fuerit inſtitutus nepos ſecundum cautionem Galli Aquilij Nam ſi fuerit ita inſtitutus, Si filius meus, viuo me, morietur, vt expreſſum eſt formula Galli Aquilij, nō videtur recte inſtitutus eſſe, ad hoc incommodum vitandum. Nam proponitur filius deceſſiſſe apud hoſtes mortuo iam teſtatore, & inſtitutus reperitur nepos ſub hac conditione, Si filius, viuo me, morietur. Quid igitur dicemus? Scæuola noſter oſtendit, ſecundum cautionem Galli Aquilij, poſſe etiam nepotem poſthumum inſtitui in hunc caſum, ne hoc caſu eueniente rumpatur teſtamentum. Poterit, exempli gratia, ita poſthumum nepotem inſtituere teſtator, *Si filius meus apud hoſtes deceſſerit, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, &c.* Etſi vnū caſum expreſſerit Gallus in formula ſua, caſum ſcilicet mortis, tamen vt ſupra admonuimus in §. & quid ſi tantum. idem dicendum eſt & in omnibus aliis caſibus, quib. ſuus hæres naſcitur poſthumus poſt mortem teſtatoris, & teſtamentum rumpit ſi inſtitutus non fuerit. Igitur in hoc §. quid ſi, qui filium apud hoſtes, &c. Scæuola proponit quæſtionem, quare non induxit Gallus Aquilius vt nepos non romperet? ſic eſt intelligendum, vt nepos natus poſt mortem teſtatoris non romperet teſtamentum, vt inſtitui poſſet collata inſtitutione in hunc caſum, *Si filius, &c.* ne teſtamētum rumperet. In formula Galli Aquilij confertur inſtitutio poſthumi in eum caſum, quo filius morietur viuo teſtatore. Cur non induxit etiam vt nepos inſtituatur, ne rumpat teſtamentum hoc caſu, collata inſtitutione in hunc caſum, *Si filius decedet apud hoſtes poſt mortem meam, nepos ex eo naſciturus hæres eſto?* Quare non hoc induxit, ſicut induxit, ne nepos rumperet teſtamētum, ſi filius viuo teſtatore mortuus fuerit, tunc deinde nepos non rumperet? Videtur. Gallus hos omnes caſus debuiſſe exprimere, & non tantum dicere in formula ſua, *Si filius meus morietur, viuo me*, ſed & dicere debuit, *Si filius meus morietur poſt mortem meam captus ab hoſtibus*. nam reperietur nepos ſuus cum naſcetur, & rumpet teſtamentum. vnde videtur in hoc etiam caſu prouidere debuiſſe Aquilius, ne romperetur teſtamentum. Nam filius, qui deceſſit apud hoſtes, fingitur deceſſiſſe antequam captus eſſet ab hoſtibus. Cur nō induxit vt nepos non rumperet teſtamentum, collata conditione in hunc caſum, *Si filius deceſſerit antequam ab hoſtibus caderet?* His verbis oſtenditur eandem eſſe dubitationem de pronepote, ſicut de nepote: cum proponitur filius eſſe apud hoſtes: ita etiam dubitatur de pronepote, ſi proponantur filius & nepos apud hoſtes eſſe. Et has quæſtiones Scæuola hic ſolet coniungere. In d. § & quid ſi tantum, diximus quod dicitur de nepote in formula Galli, idem credendum & eum ſenſiſſe de pronepote. Vnde non tantum quæritur, ſi filius apud hoſtes ſit, quomodo inſtituendus ſit nepos, ne rumpatur teſtamentum, ſi fortè filius deceſſerit poſt mortem aui: Sed etiam quæritur, ſi filius & nepos capti ſint ab hoſtibus, quomodo inſtituendus ſit nepos, qui natus eſt poſt mortem aui: cur hoc non induxit Gallus in pronepote? In nepote ita debuit concipere formulam, *Si filius meus apud hoſtes deceſſerit, poſt mortem meam, nepos, &c.* In pronepote, vt proponantur & filius & nepos apud hoſtes eſſe, & poſtquam deceſſerunt, mortuo iam teſtatore, natum eſſe pronepotem: cur hoc non induxit Gallus?

cur non ita concepit formulam ſuam? Nam non tantum ſi filius mortuus fuerit, viuo teſtatore: ſed & ſi mortuo teſtatore deceſſerit apud hoſtes: propter legis Corneliæ fictionem rumpet teſtamentum nepos: quare non induxit, vt nepos non rumperet, vel etiam adhuc illis viuis, vel etiã filio vel nepote adhuc viuis, is qui naſcetur poſt mortem aui, ſcilicet pronepos. Qui, eſt lectio Noricæ editionis. in Florent. legitur, aut, non qui. lectio Norica mihi planior videtur & expeditior: tamen Florentina poteſt defendi. Satis acute & probabiliter defendit eã Taurellus: ſed ita vt ſatis oſtendat quã verũ illud Euripidus, *Simplex eſt veritatis oratio.* nihil enim opus eſt ambagibus ſi quis Noricã lectionẽ ſequatur, vel vtrãque dictionem cõiũgat. Et videtur probabile eſſe, coniungi vtramque dictionẽ debere, vt & legatur aut, vt in Florent. Pandect. & qui, vt in Norico Codice. & credibile eſt hãc eſſe verã lectionẽ. Nã etſi. aut, nõ legatur: tamẽ ſubaudiri debet, ita ſcilicet poſt mortem aui, qui, &c. Quare non induxit Gallus Aquilius, vt vel nepos hoc caſu, mortuo filio apud hoſtes, non rumperet teſtamentum, vel adhuc viuis filio & nepote, non rumperet pronepos: quare in eum caſum non inſtituit. Nam ſi inſtituiſſet eos, non rumperent teſtamentum. Oſtendit ſe non ſine cauſa hanc quæſtionem & dubitationem propoſuiſſe, quia hic caſus ad legem Velleam non pertinet. Lex Vellea pertinet ad eos, qui naſcentur viuo teſtatore, pertinet ad inſtitutionẽ tãquã nepotũ, qui naſcentur viuo teſtatore. in hac autem ſpecie ponimus nepotem eſſe natum poſt mortem aui. Hic ergo caſus ad legem Velleã non pertinet: non ſine cauſa igitur propoſita eſt hæc quæſtio.

Ad verſ. melius ergo eſt vt in eiuſmodi vtilitate, &c.

Reſpondet hoc loco Scæuola ad propoſitam quæſtionem. Et ait, melius eſt hanc admitti interpretationem, vt recte inſtitui poſſit nepos in omnem caſum, quo nepos naſciturus eſt ſuus & rupturus teſtamentum, quaſi fuerit hoc conſilium Galli, qui formulam propoſuit. Oſtendit Scæuola quid ipſum mouerit præcipue vt ita reſponderet. Mouit eum vtilitas rei, deinde etiam lex Vellea. Vtilitas legis alicuius facit vt eam interpretatione adiuuemus, & extendamus, ſi quid non ſatis ſcriptum ſit: ſi quid non ſatis definitum ſit lege. Sic Iuriſconſul. in leg. hoc modo legato dato. 62. ff. de condit. & demonſtrat. ait legem, quæ pertinet ad ſobolem procreandam, quæ maxime vtilis eſt Reipub. adiuuandam eſſe interpretatione. Et hoc eſt quod dicitur in leg. non poſſunt. 12. & ſeq. ff. de legibus, cum quid lege expreſſum eſt, bonam occaſionem eſſe, &c. quæ tendunt ad eandem vtilitatem vel interpretatione, vel certe iuriſdictione ſupplere. Vtilitas ea eſt, quæ dicitur boni & æqui apud Horatium. Publice autem vtile eſt conſeruari teſtamenta & vltimas voluntates defunctorum. leg. vel negare. ff. quemadmod. teſtam. aper. Hæc vtilitas ſuaſit vt hæc cautio ad teſtamentorum conſeruationem pertinens adiuuaretur interpretatione. Mouit etiam lex Vellea, quæ multos modos rumpendi teſtamenti abſtulit. Ergo ad exemplum legis Velleæ nos debemus producere ad conſequentiam per interpretationem hanc formulam à Gallo propoſitam, quamuis vnus tãtum caſus ſcilicet mortis filij in ea formula expreſſus fuerit. Interpretatio dicitur peculiari vocabulo, quam vocamus extenſionem. in leg. patroni. ff. de verbor. ſignificat. vbi dicitur patroni appellatione patronam contineri, ſcilicet per interpretationem. id eſt, quod ſcriptum eſt de patrono, porrigitur ad patronam, propter ſimilitudinem rationis & æquitatis. Id fit enim per interpretationem, non ex propria vi verborum. Sic accipitur hoc loco interpretatio. Poſſunt igitur hi omnes caſus exprimi à teſtatore, *Si morietur filius, Si deportabitur, Si emancipabitur.* In omnem caſum poteſt conferri inſtitutio nepotis, qui ſuus naſciturus eſt, vt hic verſic. *Quicquid mihi liberorum natum erit.* Hoc verbum *mihi*, habet emphaſim, id eſt, quiſquis mihi natus erit ſuus. Is mihi naſcitur, qui naſcitur in poteſtate mea, & in primo gradu, qui dicitur ſuus hæres. Quamobrem ita generaliter cõcipi poteſt inſtitutio, *Si quis natus fuerit ſuus*, ita vt poſſit, rumpere teſtamentũ, ſi præteritus ſit. Hic locus obſeruandus eſt & diligenter notandus ad conuincendum errorem vulgarem eorum, qui putant caſum vnum expreſſum à teſtatore, ad alium caſum non expreſſum produci interpretatione. Aiunt, ſi teſtator ita inſtituerit nepotem poſthumum, *Si filius, me viuo, morietur*, quamuis nullam fecerit mentionem aut deportationis, aut captiuitatis: verba tamen teſtatoris ad eos caſus producit, & hanc admittunt extenſionem non tantum in interpretatione legis: ſed etiam in interpretatione vltimæ voluntatis. Sed niſi euidenter appareat teſtatoris voluntas, non admittitur hæc extenſio, quæ in legum interpretatione recepta eſt. Hic error conuincitur verbis Scæuolæ in hoc loco. Nam ſi verum eſſet, quod illi adſerunt, fruſtra diceretur inſtitutionem valere etiam in eum caſum qui à Gallo expreſſus non fuit. Cur tam curioſe quæreremus an valeret inſtitutio collata in alium caſum, quam qui expreſſus eſt à Gallo in formula ſua, ſi ille caſus ad omnes alios produceretur interpretatione? Producit Scæuola, verba legis, id eſt, formulæ, quæ recepta eſt pro lege, & quam veluti legem Scæuola interpretatur. Interpretatio eſt legis, non autem verborum teſtamenti, ſi quis velit legem Aquiliam vocare. Hic difficultatem mouent nonnulli de conditione. Sub conditione non poteſt. ſuus hæres inſtitui. leg. 4. ſuus quoq. de hæred. inſtit. Quomodo ergo valet inſtitutio ſub cõditione facta? Hic docet Scæuola poſthumum ſub conditione inſtituendum eſſe. Hic ſub conditione inſtituitur. & ſub ea conditione, quæ non eſt in eius poteſtate, filius non poteſt hæres inſtitui, veluti ſub conditione fortuita, vel mixta. Non mihi videntur qui hanc difficultatem mouent, ſatis expendiſſe quod dicitur in d. l. ſuus quoque. de hæred. inſtit. Suum hæredem vocant aliquando Iureconſulti, qui ſuus naſciturus eſt. l. vlt. de collat. bono. Nepos iam natus non recte & proprie dicitur ſuus, quia non eſt in primo gradu. §. 1. Inſtit. de hæred. qualit. & differ. ſed tamen ſuus vocatur, quia poteſt ſuus eſſe ſublata filij perſona. Sic etiã poſthumus naſciturus, qui poteſt eſſe ſuus. Sed quomodo id accipiendum ſit nos dicemus ſub tit. de cond. inſtit. vbi etiam interpretabimur dict. leg ſuus. cuius interpretatio omiſſa eſt à nobis interpretãdo tit. de hæred. inſtit. quia videbatur pertinere ad tit. de cõdit. inſtit.

Ad §. Si eius, qui filium habebat.

Hypotheſis proponitur ad ea, quę ſuperius dicta ſunt maxime pertinẽs, vt magis ac magis explicetur cõſiliũ & ſententia Galli Aquilij. Quidam filiũ habebat: nurus, vxor filij, capta eſt ab hoſtib. Pater teſtamentum fecit, inſtituit nepotẽ naſciturum, hoc forte modo, non enim hic exprimitur à Scæuola modus inſtitutionis: ſed credibile eſt ita inſtitutum fuiſſe. *Quicquid liberorum mihi natũ erit.* Nã poteſt ita inſtitui generaliter, vt diximus. Ita factũ eſt teſtamentũ, natus eſt nepos apud hoſtes, viuo teſtatore: poſt mortẽ teſtatoris redit ab hoſtibus quæritur an hic caſus ad Galli cautionẽ an ad legẽ Velleã pertineat? Notandum eſt enim, quod dicitur, nurum peperiſſe apud hoſtes, viuo te-

uo teſtatore: ſed rediit poſtliminio nepos ille poſt mortem aui. Scæuola omittit hanc quæſtionem, vt rem ſubtilem magis, quam vtilem: quia conſtabat teſtamentum non rumpi ſi inſtitutus fuerit. receptum enim erat hoc genus inſtitutionis tempore Scæuolæ, vt apparet. *Nihil refert vtrum ex iure antiquo, &c.* His verbis oſtendit inutilem eſſe diſputationem: curioſi hominis eſſe his quæſtionibus immorari, quæ inutiles ſunt. Quæſtiones pleræque ſubtilitatem habent, & multa acute excogitata, quæ tamen nullam vtilitatem adferunt. Et eius eſt, qui ſe profitetur interpretem iuris, has quæſtiones magis ſubtiles, quam vtiles omittere. Verum eſt quod quidam ſcripſit de Philoſophia Philoſophiæ non eſt quiduis eſculentum. Sic etiam mihi videtur dicendum eſſe de Iuriſprudentia, Iuriſprudentiæ non eſſe quiduis eſculentum. Sed quæ fuit cauſa dubitandi an hic caſus pertineret ad Galli formulam, an ad legem Velleam? Nam probabiliter dici poteſt ad vtranque pertinere hunc caſum. Poteſt pertinere ad legem Velleam, ſi veritatem ſpectemus. nam lex Vellea pertinet ad eos, qui naſcũtur viuo teſtatore. Alia ratione videtur pertinere ad Galli cautionem, quamuis enim re vera naſcatur nepos viuo teſtatore: non tamẽ ſuus naſcitur. nã ſuus dici non poteſt qui eſt apud hoſtes, nec eſt in poteſtate. Ideoque forte dici poteſt magis ad cautionem Galli pertinere: quia ſi ſcopũ conſideremus ad quẽ ſpectauit Gallus, voluit inſtitui eum, qui naſciturus eſt ſuus poſt mortem teſtatoris. Sed poteſt fingi non captum eſſe ab hoſtibus eum, qui reueiſus eſt ab hoſtibus: ſicque à principio natiuitatis in poteſtate aui fuiſſe. l. retro. 16. ff. de capt. & poſtlim.

Ad §. Forſitan addubitet quis.

Hic quæſtio tractatur ad eos caſus pertinens qui ad Galli formulam & cautionem accommodantur. Sic enim eſt intelligendum quod dicitur in initio, *Forſitan addubitet quis in iſtis caſibus, &c.* id eſt, in caſibus ad Galli formulam accommodatis, in quibus nepos & pronepos inſtituitur, ſi poſt mortem patris natus fuerit. ſecundum formulam. Et eſt hic quæſtio tractata, an pronepotis inſtitutio ideo non valeat, quod nepos non recte & ſecundum formulam inſtitutus dicatur. Sed eſt proponenda ſpecies, vt melius hoc explicetur. Quidam paterfamilias habet filiũ iam natum, nepotes & pronepotes non habet: ſed ſe habere ſperat de filio: iſque de nepote & pronepote cogitat: facit teſtamẽtũ. In eo teſtamẽto primum inſtituit filiũ ſuum. Deinde collata inſtitutione in tempus mortis ſuæ inſtituit nepotem, aut pronepotem naſcitorum hoc modo, *Si quis mihi nepos, aut pronepos naſcetur poſt mortem meam, eum heredem inſtituo.* Hæc inſtitutio fit ſecundum præceptum Aquilij. Poſt factum teſtamentum nepos naſcitur viuo patre ſuo, qui ipſum antecedit: nam poſuimus teſtatorem habuiſſe filium, & nepotem ex eo filio natum adhuc viuo patre, id eſt filio teſtatoris. quod eſt notandum diligenter in hac ſpecie. Nam non naſcitur ſuus nepos, cum patrem habeat, qui eum antecedit in iure ſui. Deinde pronepos naſcitur, moritur nepos, deinde filius: poſtea naſcitur pronepos poſt mortem teſtatoris. Hic pronepos petit hæreditatem ex teſtamento. Dicitur illa inſtitutio nullius eſſe momenti. Quæritur an illa inſtitutio valeat? Obiicitur aduerſus inſtitutionem quod nepos non rectè inſtitutus fuit. ideoque teſtamentum ruptum eſſe, tanquam nepote præterito. Nos poſuimus vtrunque inſtitutum eſſe & nepotem & pronepotem collata cõditione in tempus mortis teſtatoris, hoc modo, *Si quis mihi nepos vel pronepos poſt mortẽ meam natus fuerit.* Sic fuit nepos & ꝓnepos inſtitut᷒. At nepos nat᷒ fuit viuo teſtatore. Ergo non habendus pro inſtituto: ſed pro præterito potius nã euenit ille caſus, quo nõ inſtitutus fuit. Ergo dicendum eſt vt in leg. commodiſſime. 10. ff. hoc tit. filium inſtitutum: eueniente altero caſu, qui omiſſus eſt à teſtatore, præteritum videri. At hic caſus expreſſus eſt mortis: euenit autem alter caſus. Nam viuo teſtatore natus eſt. Si enim rumpatur teſtamentum quomodo inſtitutio valere poteſt pronepotis, qui rectè inſtitutus fuit? ſed obeſt ei præteritio nepotis, qui in vnum tantum caſum inſtitutus, præteritus eſſe videtur, & ſi præteritus eſt, conſequens eſt nec inſtitutionem valere, rupto teſtamento. Scæuola noſter in hac ſpecie ait inſtitutionem pronepotis, qui natus eſt poſt mortem teſtatoris, valere: neque ei obeſſe nepotis inſtitutionem, quæ non videtur recte facta eſſe. Et hanc affert rationem Scæuola. Hic enim ſuus hæres eſt, & naſcitur poſt mortem. Hic pronepos, de quo hic quæritur, naſcitur ſuus hæres & poſt mortem teſtatoris. Si naſcitur ſu᷒ & poſt mortẽ teſtatoris, valet inſtitutio nec ei obeſſe dicẽdũ eſt inſtitutionẽ nepotis, quæ nõ facta dicitur. Cur autem non obeſt inſtitutio nepotis? Quid reſpondendum eſt ad id, quod obiicitur teſtamentum ruptum videri præteritione nepotis? quia inſtitutus fuit in eum caſum, qui non euenit: & eo caſu eueniente, qui omiſſus eſt, præteritus videtur. Ex his verbis Scæuolæ facile reſponderi poteſt huic obiectioni. Nepos, de quo hic loquimur, non dicitur ſuus natus, quia proponitur natus viuo patre, & deceſſiſſe viuo patre. Ego dixi in hac ſpecie patrẽfamilias habuiſſe filium, & ex eo nepotem: vtrumque deceſſiſſe filium & nepotem: ſed nepotem deceſſiſſe ante filiũ. Itaque nullo vnquã tẽpore poteſt dici nepos ſuus hæres fuiſſe: cum enim natus eſt, pater eum antecedebat in iure ſui. Suus dici non poteſt, niſi qui in primo gradu eſt, ſed quo tempore mortuus eſt, adhuc habebat patrem ſuum. quia proponitur deceſſiſſe ante patrem. Quo igitur tempore poteſt dici ſuus hæres eſſe? Nepos quidem non rectè inſtitutus & præteritus rumpit teſtamentũ ſi agnaſcatur teſtatori, id eſt ſi ſui hæredis ius aliquãdo conſecutus fuerit: ſed nunquam hoc poteſt dici de nepote in hoc caſu. Ergo non poteſt dici ruptum eſſe teſtamentum. Nec obſtat inſtitutio nepotis, quæ dicitur male facta eſſe. Vnde non ſine cauſa, in propoſita hypotheſi diximus mortuum eſſe nepotem ante filiũ. Quia ſi contra proponeretur filium deceſſiſſe ante nepotem, ſucceſſione nepotis in locum filij rumperetur teſtamentum. vt ſupra hac eadem leg. 6. idem credendum. Nam tenet primum gradum, itaque rumpet teſtamentum vt præteritus. Verum. n. eſt eũ eſſe præteritum, qui in vnum caſum inſtitutus eſt, cum alter caſus euenit. Sed hoc nihil obſtat. Ideoque nihil refert quomodo inſtitutus ſit hic nepos, in hoc caſu. quia etſi præteritus fuerit, hoc non poterit nocere inſtitutioni pronepotis.

Notulæ quædam ad eundem §. Forſitan.

S*I nepos poſt teſtamentum* Non aliter Scæuola caſus pertinentes ad formulam Galli exprimit. quos autem exprimit, hi ſunt, cum nepos ac pronepos inſtituitur poſt mortem teſtatoris. hæc breuiter & conciſe ſcripta ſunt. ideoque obſcura videntur. Hic nepos ſub conditione inſtitutus fuit, ſi naſceretur poſt mortem teſtatoris, natus eſt autẽ viuo adhuc patre ſuo. *Deinde ex eo cõcipiatur*, id eſt, ꝓnepos ex nepote cõcipiatur. Diligẽter hæc verba notãda ſũt. Hic ergo ꝓnepos naſcitur, mortuo patre, & deinde auo. Patrẽ ꝓnepotis intelligimus nepotem. Nepotẽ in hac ſpecie intelligimus patrem pronepotis. Auus pronepotis, eſt filius teſtatoris. Noricam lectionem hic magis ſequor. Moritur igitur primũ nepos. Deinde poſt mortem nepotis,

Digitized by Google

moritur filius teſtatoris. *Naſcatur*, id eſt poſt mortem teſtatoris. In iſtis enim caſibus hoc ſubaudiendum eſt, quamuis hoc expreſſum non ſit. Nam loquimur de poſthumo naſcituro poſt mortem teſtatoris. Idque verba ſequentia oſtendunt, vt de eo dubitandum nullo modo fuerit. *Quod minimè eſt, &c.* Nullum eſt periculum, ait Scæuola, ne propter malam inſtitutionem, nepotis, inſtitutio pronepotis vitietur. *Hic enim ſuus, &c.* vt valeat inſtitutio, ſufficit eum ſuum hæredẽ naſci, & naſci poſt mortẽ. Cur nepos nunquam habuerit ius ſui hæredis, ego iam dixi. *Mortuo patre, &c.* In quibuſdam libris aliter legitur: in Floren. legitur, *Viuo patre, deinde auo.* Æmilius Florentinã lectionem interpretatur: ſed nõ ſine fuco. Eius ſcripta qui volet legat. Norica lectio mihi videtur longe planior & expeditior, quæ conſentientes etiam alios veteres codices habet. Sequitur, *Ergo etſi pronepos admitteretur, qui natus erit, &c.* Verba hęc obſcura ſunt, & alij varie interpretantur. Hic mihi videtur horum verborũ ſenſus eſſe, Si pronepos admittitur, vt ante diximus, ſi pronepos ſuccedit in locũ filij. Hinc conſequens eſt, argumento ducto à ſimilitudine, eum poſſe adoptari loco nepotis, ſi pronepos admittitur, vt diximus. Ergo ſi natus erit ex nepote, id eſt, pronepos. Hoc obiter annotare voluit Scæuola, quod pertinet ad tit. de adopt. Colligit pronepotẽ adoptari poſſe, vt ſit nepotis loco, & verum eſt. §. Et tam filium. Inſtit. de adopt. vbi dicitur non tantum me poſſe filium alienum in nepotis locum adoptare, ſed & nepotem meum, vt ſit mihi filij loco: & pronepotem, vt ſit mihi nepotis loco.

Ad §. in omnibus his ſpeciebus, &c.

HÆc ſubiicit Scæuola vt oſtendat, quãuis nepotis inſtitutio neceſſaria non ſit, vt diximus: tamẽ filij inſtitutionem neceſſariã eſſe, ſi teſtator filiũ habeat. In ſuperiori capite diximus, etſi nepos inſtitutus nõ ſit, aut non rectè inſtitutus à teſtatore, nihilominus valere pronepotis inſtitutionem. Dubitari forte poterat an idem dicendum ſit, etſi filius inſtitutus non ſit, aut non rectè inſtitutus ſit? Et ait Scæuola idem dicendum eſſe. *Ex aliqua.* Si teſtator, qui vult poſthumum nepotem naſciturum inſtituere ſecundum formulam Galli, habeat filium, neceſſe eſt vt filius ſaltem pro parte hæres inſtituatur. Nam præteritio filij ſemper nocet, quamuis non ſemper noceat nepotis præteritio. Nam filio præterito, nullum dicitur eſſe teſtamentum. l. filio præterito. 17. ff. de iniuſto, rupt. &c. & l. inter cætera. 30. ff. hoc tit. Nec conualeſcit poſtea, etiamſi viuo teſtatore deceſſerit. l. ſi filius. 7. & §. 1. de exhæred. lib. in Inſtit. Sed de nepote idem dici non poteſt, etiam ſi quis nepotem præterierit. poteſt valere teſtamentum: poteſt etiam rumpi: ſed hoc pendet ex euentu. Nam ſi nepos natus ſuccedat in locum filij, filio fortaſſis mortuo rũpet teſtamentum. Sed contingere poteſt, vt nepos præteritus moriatur ante filium: atq; ideo teſtamentũ non ſit ruptum. Et ſic multum intereſt inter inſtitutionem filij & nepotis. Adiecit autem Scæuola verba illa, *Vt filius duntaxat qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit hæres*: vt excluderet emancipatum filium. Nam filij emancipati inſtitutio nõ eſt neceſſaria, nec rumpit teſtamẽtũ, quamuis ei detur à Prætore bonorum poſſeſſio cõtra tabulas. Ad verſic. *Quod non eſt neceſſe, &c.* ibi, *ſi ibi recedat*: quia non habet iura ſui hæredis. l. pen. cum apud ff. hic. Rurſum ibi, *Quorum.* Si liberos nepotis, aut pronepotis velimus inſtituere ſecundum formulam Galli præſcriptam, non eſt neceſſe inſtituere nepotem, aut pronepotem, vt valeat inſtitutio liberorum, qui ex eis naſcentur. Nam forte contingere poteſt, vt nepos, vel pronepos moriatur ante filium teſtatoris. Non eſt legendus hic verſic. *Quorum ſi liberi &c.* cum parẽtheſi, vt in Norico libro, Id eſt, nepotis & pronepotis. Nam etſi eſſent præteriti nepos & pronepos, poteſt fieri vt teſtamentum non rumpant. Ex his verbis notandum eſt: verbis formulæ Aquilianæ non videri filium inſtitutum eſſe, *Si filius meus, viuo me, morietur, tunc ſi quis nepos, &c.* Ex eo quidam exiſtimant non eſſe neceſſariam filij inſtitutionem, & ſatis videri inſtitutum his verbis filiũ. Ducunt argumentum ex l. 82. ſi ita quis hęres inſtituatur. ff. de hæredib. inſtituendis. *Inſtituo te hæredem, ſi legitimus hæres non vindicauerit hæreditatem meam.* His verbis, inquiunt, legitimum hæredem inſtitutum videri. vnde dicunt & idem hic dicendum eſſe, cum poſthumus naſciturus inſtituitur, *Si filius meus, viuo me, morietur, &c.* Sed verba Scæuolæ manifeſtiſſime hunc errorem conuincunt. Requirit nominatim eum inſtitui: nec ſufficit eum tacite inſtitui. Et ad id probãdum nos etiam aliis argumentis vſi ſumus ſupra. Argumentum duximus ex §. idem credendum. & §. quid ſi is, qui filium. ſupra ead. hac l. vbi docet, qua forma inſtituendus ſit filius. d. vero leg. ſi ita quis inſtituatur, nihil ad rem pertinet. Nos enim loquimur de teſtatore habente filium. nihil prohibet alium inſtitui ſub hac conditione, *Si legitimus hæres hæreditatem meã non vindicauerit.* Sed hic ponimus teſtatorem habere filiũ in ſua poteſtate, qui nominatim inſtituendus eſt. Et quia nominatim inſtitui debet filius, ideo dicimus his verbis, quæ tantum conditionem habent, inſtitutum recte non videri, *Si filius meus, viuo me, morietur.* Alias dicunt non poſſe defendi inſtitutionem Galli: nec poſſe fieri quin hæreditas caduca fieret. Secundum cõſtitutionem Iuſtiniani hæreditas tunc caduca dicitur generaliter, cum is qui hæres inſtitutus eſt moritur viuo teſtatore. In conſtit. Iuſtiniani, Cod. de caduc. tollen. ſi hæreditas fit caduca, & acquiritur fiſco, quomodo poteſt vtilis eſſe inſtitutio poſthumi alieni, ad quem non peruenit hæreditas? Sed hoc perfunctorie quæſierunt. Aiunt non inſtitui filium ſub conditione: ſed poſthumum. Sed illi non intellexerunt quod diximus in interpretatione tit. de hæredibus inſtit. Dixi l. Papiam non habuiſſe locum in filiis vſque ad tertium gradum. Vlp. in Inſtit. de caduc. & tit. ſeq. Ius antiquum ſeruatum eſt liberis. Vnde etſi filius hæres Inſtitutus deceſſerit, viuo adhuc patre, non ideo fit caduca eius hæreditas per legem Papiam: ſed ius antiquum ei ſeruatur. Ad verſic. *Nam fruſtra exhæredabitur, &c.* Nam in omnibus his ſpeciebus inſtitui oportet filium, ſaltem ex parte aliqua, ſi pater nolit eum in totum inſtituere. Hoc igitur adiecit Scæuola, quia poterat dubitari, an ſufficeret filium exhæredari. Diximus ſupra, quod vt valeat teſtamentum oportet filium, qui eſt in teſtatoris poteſtate, inſtitui, aut nominatim exhæredari, ergo ſufficit exhæredatio. Quid eſt igitur quod dicimus oportere filiũ ex aliqua ſaltem parte inſtitui? Sed ait hic non ſufficere exhæredationem filij. Nam abſurdum eſſet filium exhæredari poſt mortem ſuam. Exhæredatio non habet vim niſi adita hæreditate ab hærede. l. 20. filium. §. ſed cum exhæredatio. de bono. poſſeſſ. contra tabul. Si hęreditas adita non ſit, exhęredatio non valet, neq. quicquam eorum, quæ in teſtamento ſcripta ſunt. Abſurdum eſt aliquem exhæredari poſt mortem ſuam. Idem in hoc caſu cõtingeret, ſi pater exhęredauerit filiũ, & inſtituerit poſt mortẽ filij, & poſt mortẽ ſuam, Si filius meus, viuo me, morietur. Poſthumus inſtitutus ſi filius mortuus fuerit nõ poteſt adire hęreditatem: niſi filius deceſſerit. *Nam fruſtra &c.* Oportet igitur filium inſtitui ſaltem aliqua ex parte. Nam exhęredaretur poſt mortem ſuam. In hac autem ſpecie non poteſt exhæredari, in qua non proponitur alium hæredem eſſe inſtitutum à patre. Sed ſi proponeremus alium

Digitized by Google

alium inſtitutum eſſe hæredem à patre, valeret exhæredatio. Eo enim hærede hæreditatem adeunte, adhuc viuo filio, valeret exhæredatio. Sed ſi ponamus exheredatum eſſe filium, & nullum alium eſſe inſtitutum præter nepotem naſciturum, certe exhæredationis effectus confertur in tempus, quo morietur filius: alias autem exhæredatio filij valet. & hoc eſt expreſſum in l. vlt. de condit. inſtit. Hic non valet exhæredatio, quia abſurdum eſſet aliquem exhæredare poſt mortem ſuã. Sed vbi poſſet vires habere exhæredatio, aliud dicendum eſt, & ſic intelligenda eſt d. l. vlt. quæ alioqui contraria videretur.

Nunc de lege Vellea.

POſt explicatam Galli Aquilij formulam, ſequitur diſputatio de lege Vellea, de qua iam aliquid attigimus ſupra. Hæc lex voluit, vt hic ait Scæuola, viuis nobis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum. *Similiter, &c.* Vt enim Aquilius Gallus voluit, poſthumos naſcituros poſt mortem teſtatoris non rumpere teſtamentum: ita etiam auctor huius legis non voluit nobis viuis natos rumpere teſtamentum. Vterque ergo eodem ſpectauit. vtriuſque fuit idem ſcopus & Galli Aquilij, & Vellei. Vterque enim reſpexit ad conſeruationem teſtamentorum, ne teſtamenta præteritione poſthumorum rumperentur. Sed Velleus hac lege ſua id ſuppleuit, quod in formula Galli deſiderabatur, quod formula Galli non fuerat cautum & expreſſum. Aquilij formula pertinet ad poſthumos, qui naſcuntur poſt mortem teſtatoris. cõceptio ipſius formulę hoc ſatis indicat: *Si filius, viuo me, morietur, &c.* De his, qui naſcuntur viuo teſtatore, nullum verbum eſt, nulla litera in formula Galli. Sed hoc ſuppleuit Velleus hac lege ſua, quæ Vellea dicitur. Dixerit aliquis, potuiſſe fortaſſis Galli formulã produci ad hunc quoque caſum, atq; ideo nihil opus fuiſſe hac lege Vellea. Formula Galli Aquilij producitur ad pleroſque caſus, de quibus ante diximus. Cum Gallus ait, *Si filius meus, viuo me, morietur, &c.* non idem intelligimus, etſi filius, viuo teſtatore, fuerit deportatus: quamuis quoquo modo deſierit eſſe ſuus. Deinde quod Gallus ait de nepote, nos producimus ad pronepotem, *Si filius & nepos, viuo me, &c. tunc pronepos, &c.* Cur ergo idem non dicimus in hoc caſu, vt Galli formulam producamus ad hunc caſum de his, qui naſcuntur viuo teſtatore, cum videatur eadem ratio eſſe? vt ſicut Gallus ita concepit formulam, *Si filius me viuo, morietur, tunc, &c.* ita nos concipiamus ex mente & ſententia Galli, *Si quis mihi nepos, viuo me, naſcetur, is hæres eſto.* Quid vetat formulam Galli ad hunc caſum extendi interpretatione, & ſi hoc poterat fieri, quid opus erat Legiſlatore? Sed dicendũ eſt, ne Gallo quidem licuiſſe illud inducere formula ſua, quod Vellea lege cautum eſt de poſthumis natis viuo teſtatore. Id Gallo non licebat, qui Iureconſultus tantum erat: qui Iureconſulti tantum officio in hac re fungebatur. non. n. licuit ei contra leges aliquid conſtituere. Non licebat per legem nepotem naſciturũ, viuo teſtatore, hæredẽ inſtituere, vt ſæpe iã ſupra diximus. Lex prohibebat quicquam relinquere teſtamento iis, qui in rerũ natura non eſſent, vt dicitur in §. incertis & §. poſthumo. de legat. in Inſtit. Excipiebat lex propter humanitatem poſthumos ſuos. Ideoque poſthumi tantum alieni prohibebantur inſtitui: ſed leg. 12. tabularum permittebatur poſthumos tantum ſuos inſtituere, de filiis poſthumis nulla erat dubitatio quin poſſent inſtitui. leg. placet. 4. ff. hoc tit. de poſthumis vero nepotibus dubitabatur, quia ſi tẽpore teſtamenti non ſui eſſent, videtur eorum inſtitutio prohibita eſſe. Lex 12. tabularum loquebatur de poſthumis alienis. Sed Gallus rationem excogitauit qua poſſit nepos poſthumus poſt mortem teſtatoris naſciturus inſtitui, ſalua lege 12. tabularum, quaſi pro ſuo potius, quam pro alieno habendus ſit is, qui aliquando naſciturus eſt ſuus: nempe poſt mortem filij, qui eum præcedit in iure ſui: & ſic Gallus interpretatus eſt legẽ 12. tabularum. Id præſtitit Gallus hac in re, quod officio Iureconſulti cõueniebat: non exceſſit fines muneris ſui: id non cõſtituit contra legem, ſed ex lege ipſa per interpretationem quandam induxit. De naſcituris viuo teſtatore nihil complexus eſt formula ſua, quia contra legem feciſſet. Lex non permittebat eos inſtituere. Non eſt eadẽ ratio eorũ, qui naſcuntur poſt mortem teſtatoris, & eorum qui naſcuntur viuo teſtatore. Magna vtilitas exigebat, vt inſtitutio permitteretur eorũ, qui naſcituri ſunt poſt mortẽ teſtatoris, nec poterat aliter fieri abſq. iniquitate teſtatoris. Nã hi poſthumi, qui naſcũtur poſt mortẽ teſtatoris ſui, rũpunt teſtamentũ, ſi nõ fuerint inſtituti, vel exheredati. Iniquum igitur eſſet non licere inſtituere. Ergo id induxit Gallus ex lege 12. tabularum, vt inſtitui poſſent. Non eſt idem periculum eorum, qui naſcuntur viuo teſtatore: quia poteſt expectare dum nati fuerint, & poteſt eos poſt mortem ſuam inſtituere: & ſi vereatur, ne nati ſe viuo rumpant teſtamentum: ac eos quaſi præteritos poteſt poſtea inſtituere. Hac ratione factum eſt vt Gallus Aquil. nihil complexus ſit de his poſthumis formula ſua. Opus igitur fuit Legiſlatore ad hanc rem, in qua abroganda erat lex neceſſaria. Lex igitur lata eſt, cuius Legiſlator fuit Velleus, vnde nomen accepit lex Vellea.

Nunc de lege Vellea, &c. Velleus igitur non Iureconſultus fuit, vt Accurſius ait: ſed Legiſlator. Iureconſultorum ſententias non ſolent iuris noſtri auctores vocare leges, quanquam Iuſtinianus abutatur hoc verbo in quibuſdam ſuis cõſtitutionibus. Lex eſt quod populus conſtituit: &, vt habetur in Inſtit. tit. de iure naturali gent. & ciuili, lex fit populi auctoritate. Sententia Iureconſulti non rectè lex appellatur. Ideo formula Galli non eſt lex: nec eam vocat legem Scęuola, quia ſatis intelligebat eam legem populum non tuliſſe. Et paulo poſt vocat Galli ſententiam: ſicut etiam Galli ſententia dicitur in leg. pen. ff. de leg. 1. Hanc differentiam perſpicue docet & illuſtrat locus ille Vlpiani, quem adduximus ex illius Inſtit. tit. qui heredes inſtitui poſſunt. Si poſt mortẽ naſcatur poſthum⁹: qui ſuus futurus eſt, ex iure ciuili inſtituitur, id eſt, ex lege duodecim tabularum. Si nobis viuis naſcatur, ex lege Iulia, id eſt, ex lege Iulia Vellea, vel ex lege Iunia Vellea. Ille locus aperte oſtendit non licuiſſe ante legẽ Velleam poſthumus naſcituros viuo teſtatore, heredes inſtituere: ſed eos tantum, qui naſcuntur poſt mortẽ teſtatoris. quia non poterat aliter prouideri conſeruationi teſtamentorum, quod non accidebat in natis in vita teſtatoris. Hęc de origine legis Vellee, & de diſcrimine quod reperitur inter legem Velleam & ſententiam Galli, de qua prius diſſeruimus. Nũc de eadem lege Vellea rurſus quędam alia. Verba autẽ eius legis, aut ſaltem paraliqua hic extat in d. §. nũc de lege Vellea, &c. Ad verſic. Qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, &c. Videntur addenda eſſe hęc verba, aut his ſimilia, Inſtituẽdi poteſtatẽ habeto. Vellea lex igitur dat poteſtatẽ inſtituendi õis virilis ſexus, qui teſtatori ſuus futurus erit. quod non licebat ante, vt ego dixi. In hoc capite legis Velleę nõ dubitatur, quin alia fuerint verba, quę hic deſiderantur, quę difficile eſt omnino ſupplere. Certũ eſt aliquid expreſſũ fuiſſe de eorũ inſtitutione qui viuo teſtatore naſcituri ſũt, de quo tamẽ nullũ verbũ hic. Si quis dixerit, hoc quoq. cõtineri verbis illis generalib. õis virilis ſex⁹, qui ei hęres &c. Scio his verbis

Digitized by Google

contineri eos qui naſcuntur viuo teſtatore: ſed continentur hi quoque, qui naſcuntur poſt mortem teſtatoris. Cum dicat, *Omnis virilis ſexus, qui ei ſuus hæres futurus erit*. Et certum eſt non fuiſſe ea comprehenſa lege Vellea, quæ ad formulam Aquilij pertinent. hoc ſatis conſtat ex verbis §. & quid ſi tantum. Diximus tibi, Si teſtator inſtituerit poſthumum naſciturum poſt mortem ſuam ſub hac conditione, Si filius emancipabitur, Si filius deportabitur in inſulam, ex ſententia legis Velleæ per interpretationem hoc admittendum eſſe. quia legis Velleæ verba generalia ſunt. vt infra ibi, Si quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit. Filius enim deſinit ſuus hæres eſſe non tantum ſi mortuus fuerit, ſed etiam ſi deportabitur. Sed hoc induci non poteſt ex lege Vellea: quia pertinet ad eos, qui naſcuntur viuo teſtatore. Ergo ſi teſtator inſtituerit poſthumum ſub hac conditione, Si filius emancipabitur: hic caſus non poteſt dici comprehendi verbis legis Velleæ: quia etſi caſus deportationis comprehenſus fuerit verbis legis Velleæ: tamen verba eius legis pertinent ad eos, qui naſcuntur viuo teſtatore, non ad eos qui poſt mortem naſcuntur. Et Scæuola ait, ex ſententia tantum eſſe legis Velleæ, non etiã ex verbis. Sed quæcunque fuerunt verba legis Velleæ, Scæuola ſatis nos decet de his qui viuis nobis naſcuntur, legem à Velleo latam fuiſſe. Verba legis Velleæ hæc, *Qui teſtamentum faciet, &c.* latiſſima ſunt. ibi, *Omnis virilis ſexus, &c.* permittit lex omnes inſtituere, qui per virilem ſexum deſcendunt. Sic enim accipienda ſunt verba legis Velleæ, ex leg. 3. ff. de iniuſto, rupto, &c. Idem eſt Inſtitut. in tit. de exhæred. libe. in princip. Permittit igitur omnes inſtituere, qui deſcendunt per virilem ſexum. Ad verſic. *Qui ſuus hæres futurus erit*. Hęc verba late patent, & multos caſus complectuntur, de quibus ante diximus. Hic tractatur quæſtio ad eius legis interpretationem pertinens, in principio. Ad verſi. *Et videtur primum caput, &c.* Quæſtio naſcitur ex verbis legis Velleæ. In hoc primo capite dicitur, *Qui teſtamentum faciet, &c. Qui ſuus, &c.* Quæritur an hæc verba referenda ſint ad tempus teſtamenti, an ad tempus natiuitatis: an ſic accipiantur, vt ita demum poſſit inſtitui naſciturus viuo teſtatore, ſi tempore teſtamenti natus eſſet ſuus: an vero etiam ſi tempore teſtamenti ſuus hęres non eſſet quia filius eũ gradu præcedit? Quidam filium habet viuum: ex eo filio forte [illegible]abet nurum prægnantem, ſperátque naſciturum ſibi ex filio nepotem. ſi nepos hic naſceretur tempore teſtamenti, non eſſet ſuus. Nam pater eum præcedit in iure ſui: ſed tamen, patre mortuo, poteſt eſſe ſuus. atque ideo ne rumpat teſtamentum inſtituendus eſt ſecundum huius legis præſcriptum. Quæſtio eſt ergo hic, an ſpectandum ſit tempus teſtamenti, an verò ſufficiat ſpectare, tempus natiuitatis? Et videtur Scæuola velle ſpectari tempus, quo naſcetur nepos: non autẽ tempus, quo teſtamentum fit. *Ergo ſi filium, &c.* Teſtator filium habet & ex eo nepotem nondum natum: ſed naſciturum ſperat: inſtituit nepotem naſciturum. valet inſtitutio ſi inſpiciamus tempus teſtamenti. Videtur non poſſe ſuus dici. quia filius eum præcedebat in iure ſui. Sed ait Scæuola, non eſſe ſpectandum tempus teſtamenti. Ad verſi. *vt non ſolum.* verba legis Velleæ in hoc primo cap. nos ſic interpretamur, quaſi notauerit hoc primo cap. Velleus, non tantum illud. Ad verſ. *Si nepos, qui eo tempore inſtituatur*, quaſi lex voluerit non tantum inſtitui poſſe nepotem naſciturum, ſi filius iam deceſſerit tempore facti teſtamenti: verum etiam ſi filius viuo patre non deceſſerit. Ad verſic. *Quid enim neceſſe eſt, &c.* Hæc verba ſic interpretatione reſtringite, vt ad tẽpus teſtamenti referantur magis, quam ad tempus quo naſcentur. Verba legis Velleæ quæ retulimus, commode hanc interpretationem recipiũt. Melius eſt vt intelligamus generaliter verba legis Velleæ, quæ generalia ſunt, vt liceat interpretari non tantum ſi filius deceſſerit, viuo teſtatore: ſed etiam ſi adhuc viuus ſit. Deinde ſequitur, *Nam & ſi ita verba ſunt, Qui teſtamentum, &c.* Eandem ſententiam confirmat argumento ducto ex ſecundo capite eiuſdem legis Velleæ. Sed de hoc capite aliquid eſt videndum priuſquam hoc argumentum exponamus. Secundum caput legis Velleæ pertinet ad inſtitutionem nepotum, qui iam nati ſunt viuo teſtatore, antequam teſtator teſtamentum faciat. Cum teſtator habet filium & ex eo nepotem, ita vt filius totum ius ſui habeat, non etiam nepos: quia pręcedit nepotem vno gradu. Verba legis Velleæ in hoc ſecundo capite ex §. ſeq. colliguntur. ex §. ſeq. Et bene &c. ibi, *Si quis ex ſuis heredibus ſuus hæres eſſe deſierit.* Addendum eſt ex variis capitibus illud, liberi eius & cæteri in locum ſuorum hæredem ſuccedunto. Addendum etiam illud, nec minus teſtamentum ratum eſto. Si inſtituti fuerint hæredes. Velleus igitur in hoc ſecundo capite vult nepotem ſuccedere in locum filij, cum filius ſuus eſſe deſiit: & ſimiliter pronepotem ſuccedere in locum nepotis, vel filii, ſi filius, vel nepos deſierint ſui hæredes eſſe, & ita ſuccedere vt ea ſucceſſione non rumpãt, teſtamentum ſi inſtituti fuerint. Quid igitur, dixerit aliquis, noui induxit Velleus hoc ſecundo capite legis ſuæ? Nam ante legem Velleam licebat nepotes hæredes inſtituere. Nulla enim lex eſt antiqua, quę prohibeat nepotes iam natos inſtitui. de his quidem, qui nondum ſunt in rerũ natura, aliquid legibus prohibitum fuit: ſed de iam natis nepotibus, vt dixi, nulla eſt vnquam lex lata, quę eos inſtituere prohiberet. *Hoc capite introducta eſt.* Hoc introduxit Velleus vt nepos ſuccedat in locum filij. Nepos enim, quem filius præcedit, ſui ius non habet. Sed hoc conſtitutum, vt mortuo filio ſuccedat in eius locum: & ſui hæredis ius nãciſcatur. Idẽ cõſtituit etiam vt hac ſucceſſione ita rumpitur teſtamentum, ſi nepos præteritus ſit: & addidit hoc iuri veteri. Iure veteri licebat inſtituere nepotem natum: ſed & licebat etiam præterire. Non rumpebatur enim teſtamentum ob præteritionem nepotis, ſi quis inſtituiſſet filium: ſed portio quædam accreſcebat nepoti. Erat quoddam genus accreſcendi iuris, de quo in l. magnũ vitium. C. de lib. præter. Sed hac lege Velleus conſtituit vt nepos præteritus rumpat teſtamentum, ſi præteritus ſit: ſi verò inſtitutus ſit, non rumpat. Introducitur ergo ſucceſſio nepotis in locum filij, ſi filius deſierit eſſe ſuus hæres: & non rumpitur teſtamentum ſi inſtitutus ſit. Hęc ſucceſſio dicitur ſimilis eſſe arrogationi. leg. Poſthumorum. 13. ff. tit. ſeq. de iniuſt. rupt. & Inſtit. §. poſthumorum. de exhæredat. liberorum. Videtur enim quædam agnatio recens, cum hi ſuccedant in locum aliorum deficientium. Ex his autem verbis legis ſatis colligi poteſt forma & ratio inſtituendi nepotis, ne ſucceſſione, & quaſi quadam agnatione rumpatur teſtamentũ. *Si filius meus viuo me, morietur, nepos mihi hæres eſto.* Ego mortis mentionem facio pro exemplo. Nam verba legis Velleæ latius patent. Eo caſu eueniente, quo ſuus hæres eſſe deſierit filius, nepos ſuccedit in locum filij, non rumpet teſtamentum hac agnatione, & ſucceſſione. quia rectè hoc modo, & ſecundum legem Velleam inſtitutus eſt in hoc ſecundo capite. Ex his intelligitis quid fuerit cautum hoc capite ſecundo legis Velleæ: redeamus ad quęſtionem cœptam. In primo capite quęſitum fuit, an verba legis Velleę in primo capite, cum dicit, qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei, &c. an ea verba referẽda ſint ad tempus teſtamenti? Nos diximus non eſſe referenda ad tempus teſtamenti, ſed ad tempus natiuitatis, perinde ac ſi dixiſſet Legiſlator, Omnis virilis ſexus, qui ei ſuus hęres futurus erit cum naſcetur. nec neceſſe eſt ita

reſtrin-

reſtringamus verba huius legis hac interpretatione. Scæuola hanc ſententiam, quæ erat dubia, & quæ pertinet ad interpretationem legis, confirmat argumento ducto ex hoc ſecundo capite. In hoc ſecundo capite, dicitur nepos ſuccedere in locum filij. nec refert in hoc ſecundo capite, quo tempore, &c. cum agatur de inſtituendo nepote iam nato. Dicitur enim inſtitutio vtilis eſſe, & ſi filius tempore teſtamenti viuus fuerit, lex vult nepotẽ ſuccedere in locũ filij, qui poſtea defũctus fuerit. Hoc argumento certe idem dicendũ eſt, vt nihil referat, cum quæritur de inſtitutione eorum qui naſcituri ſunt viuo teſtatore, an tempore teſtamenti viuus ſit filius, an non ſit, vt ſemper valeat eorum inſtitutio. *Nam & ſi ita verba, &c.* Quidam legunt vno tractu vſque ad hunc locum, & hæc coniungunt. quę lectio non mihi diſplicet. Sed parum refert ſiue hæc coniungantur, ſiue ſeparentur. Argumentum ex eo ducitur, quod lex Vallea in ſecundo capite non vult ſucceſſione liberorum rumpi teſtamentum, ſi forte contingat filiũ decedere poſt teſtamentum, & nepotem ſuccedere in eius locum. *Et ita interpretandum eſt, vt etiam, &c.* Verba legis Velleæ in hoc ſecundo capite non pertinent tantum ad ſucceſſionem nepotis in locum filij: ſed ad ſucceſſionem omnium aliorũ, qui per virilem ſexum deſcendunt, vt ſi vnus deſierit ſuus hęres eſſe, ſequentes in locum deficientium ſuccedant.

Ad §. videndum.

IN hoc capite legis Velleæ cautum eſt, vt ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus eſſe deſierit, liberi & cæteri in eius locum ſuccedunto: nec ea ſucceſſione rumpatur teſtamentum ſi inſtituti fuerint. Hoc ego iam explicaui ſuperius. Hoc igitur caput legis ad inſtitutionem nepotum pertinet, qui iam nati ſunt quo tempore ſit teſtamentum. Nam alias periculum eſt, ne ſi quaſi agnaſcantur, præteriti rumpant teſtamẽtum. Eſt enim quaſi quædam agnatio, non proprie agnatio. Nam agnaſci dicuntur, qui poſt mortem naſcuntur, filióque mortuo nepos ſuccedit in eius locũ, & ius ſui nanciſcitur. Prouiſum eſt igitur hoc capite legis Velleæ ne hac ſucceſſione, & quaſi agnatione nepotis rũpatur teſtamentũ. *Si quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit, &c.* In his verbis ſubaudiẽdũ eſt, viuo adhuc teſtatore. & fortaſſe id expreſſum fuit alia parte legis. Verba legis Velleæ hic nec plena, nec perfecta ſunt Sed ex aliis locis id facile colligitur ita eſſe intelligendum, & hoc addendum eſſe, viuo teſtatore. Eſt locus apertus in l. poſthumorũ. 13. ff. de iniuſt. rupt. Ratio ſatis perſpicua eſt ex iam dictis. Nam is demum rumpit teſtamẽtum propter præteritionem, ſi præteritus ſit, qui reperitur in primo gradu tempore mortis teſtatoris. l. ſi quis filio exhæredato. 6. §. 1. eod. ti. de iniuſt. & l. ſi quis poſthumos. 9. §. 1. ff. hoc tit. de lib. & poſth. Et intelligendum eſt etiam in primo capite legis Velleæ, etiã in formula Galli. alias nullũ eſt periculũ, ne quaſi agnatione, vel præteritione rũpatur teſtamentũ, ſi forte filius, qui gradu præcedit nepotẽ, deceſſerit mortuo iam teſtatore. Nepos nullo caſu poteſt rumpere teſtamentum, etſi mortuus ſit filius, qui primum gradum tenebat, quia tẽpore mortis teſtatoris adhuc filius eum præcedebat, adhuc ſuperſtes erat. Itaque exemplum inſtitutionis ex ſecundo capite legis Velleæ, quod vulgo traditur, huiuſmodi eſt, *Si filius meus, viuo me, morietur, nepos meus hæres eſto.* vel, *Si me viuo, filius meus deſierit ſuus hæres eſſe, tũc nepos mihi hæres eſto.* Confertur inſtitutio nepotis in eum caſum quo præteritus rumperet teſtamentum, ſi inſtitutus nõ eſſet nepos, ſi contingat filium mori viuo teſtatore, & nepos in eius locum ſuccedat, hac ſucceſſione rumpet teſtamentum: quia filius eum non præcedit, & fit ſuus hæres. Hinc naſcitur quæſtio tractata de eo, qui filium habet apud hoſtes. Videndum eſt, inquit Scæuola, nũ hac, &c. Quidam paterfamilias habet filium captum ab hoſtibus, & ex eo nepotem. Si vereatur teſtator ne filius, qui eſt apud hoſtes, ibi decedat poſt mortem ſuã atque ita nepos præteritus rumpat teſtamentum, quomodo nepotem poterit inſtituere? Non videtur poſſe inſtituere ſecundum legem Velleam: *Si filius meus, viuo me, morietur, tunc nepos mihi hæres eſto.* Ponamus filiũ decedere poſt mortem teſtatoris, ſed apud hoſtes. Hoc caſu etiam poterit rumpere teſtamentum. quia lex Cornelia fingit eum, qui deceſſit apud hoſtes, deceſſiſſe antequam caperetur. leg. in omnibus. 18 ff. de capt. poſtlimi. & tamen non eſt prouiſum conſeruationi teſtamenti in hoc caſu per Velleum. quia ſecundum legem Velleam in hoc ſecundo capite inſtitutio confertur in tempus mortis, quo mortuus fuerit filius viuo teſtatore. euenit autem caſus longe aduerſus. Nam moritur filius poſt mortem teſtatoris: ſed moritur apud hoſtes, quæritur an hic caſus poſſit accommodari verbis legis Velleæ, vt ita dicamus vel ex verbis, vel ex ſententia legis Velleæ, *Si filius meus deceſſerit poſt mortem meam apud hoſtes, nepos hæres eſto.* Alias enim rumpet hoc caſu teſtamentum nepos, & non tantum cum filius decedit, viuo teſtatore. Nam fingitur filius deceſſiſſe antequam caperetur, propter legem Corneliam. videndum igitur quid dicendum ſit? Ad verſic. *Nihil enim addidit, quo ſignificaret: &c.* Videndum, inquit, eſt. Probabilis eſt de ea re dubitatio. Nihil enim addidit Velleus lator huius legis. Nihil eſt expreſſum lege Vallea, quo ſignificetur hoc tempus ſucceſſionis. Ideo non niſi per quandam interpretationem & extẽſionem videtur induci poſſe hic caſus. De hoc caſu ſucceſſionis nihil expreſſit Velleus. Ideo non videtur ex verbis legis Velleæ hoc colligi non poſſe. Ad verſic. *Niſi quod licet audenter, poſſis dicere, &c.* His verbis ſignificat Scæuola poſſe dici etiam hunc caſum conuenire verbis legis Valleæ. In hoc ſecundo capite ait lex Vellea, *Si quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit viuo teſtatore, liberi & cæteri hæredes in eius locum ſuccedunto.* Ait Scæuola, *Audenter licet.* tu potes dicere hunc caſum conuenire verbis legis Velleæ, cum ait lex, *Si quis ex ſuis hæredibus ſuus eſſe deſierit viuo teſtatore.* Nam filiꝰ in hoc caſu dici poteſt deſiiſſe ſuus hæres eſſe, viuo patre, licet poſt mortẽ deceſſerit. quia deceſſit apud hoſtes, & certũ eſt redire eũ nõ poſſe. Fit aũt hoc propter fictionẽ legis Cornelię, quę fingit eũ qui deceſſit apud hoſtes, deceſſiſſe eo momento quo captus eſt. l. lege Cornelia. 12. ff. de teſtã. & ꝓpterea ait, *licet audẽter.* hoc enim audenter dictum videtur: quia ſi veritatem inſpiciamus, id dici vere non poteſt. nam re vera non poteſt dici mortuus, viuo teſtatore: ſed poſt mortem teſtatoris deſiit ſuus hæres eſſe. Nam captiuitate iura patriæ poteſtatis non ſoluuntur, ſed tantum pendent. §. ab hoſtibus. Inſtit. quibus mod. ius pat. poteſta. Hic videtis ergo verba legis Velleæ produci interpretatione ad eum caſum, qui non ſatis expreſſus eſt verbis legis. Exempli gratia, qui deceſſit mortuo teſtatore apud hoſtes, fingitur deceſſiſſe viuo teſtatore. Et ſimilis eſt interpretatio ſupra, in §. quid ſi is qui filium. vbi exemplum eſt ſimile, quod fuit adductum ad explicationem formulæ Aquilianæ. Formula Galli producitur ad hunc caſum Scæuolæ noſtri interpretatione; & ad omnem alium caſum, quo nepos præteritus rumpere poteſt teſtamentum. Sic etiam producitur lex Vellea in hoc ſecundo capite de quo loquimur.

Ad §. Ille caſus in difficili eſt.

MVltis variiſq; modis proſpectũ eſt cõſeruationi teſtamẽtorũ à Gallo, & Velleę legis auctore, ne nepotes, vel agnatione, vel quaſi agnatione, id eſt,

terpretati ſumus formulam Galli, ex ſententia legis Vellex multa ſumpſerimus ad ſupplendam Galli cautionem, & quod in ea deſiderabatur. Vtiliter ergo poterit inſtitui, ſecundum ſententiam legis Velleæ, nepos naſciturus in ſpecie propoſita. qui non erat natus tempore facti teſtamenti: ſed naſciturus poſt factum teſtamentum, viuo adhuc patre. Poterit ita inſtitui hic nepos, *Si filius meus, viuo me, morietur: & naſcatur nepos viuo me, ſiue naſcatur nepos, adhuc filio meo viuo: etſi contingat filium meum poſtea decedere, & nepotem in eius locum ſuccedere, nepos hæres eſto.* Ex ſententia legis Velleæ poterit ita inſtitui nepos, vt ſucceſſione non rumpat teſtamentum. In caſu verò Iuliani poteſt dubitari ſi naſcatur nepos viuo patre ſuo. Ponimus nepotem viuo patre ſuo natum, emancipatum à patre. Primum quæritur an ſit ei futurus hæres, an recte videatur inſtitutus eſſe? Deinde qualis ſit hæres, an ſuus an extraneus? Hic ait Scæuola futurum hæredem eum, qui poſtea emancipatus eſt: non tamen vt ſuum hæredem neceſſarium: ſed vt extraneum. Ergo dicendum eſt in hoc caſu nepotem inſtitutum à patre manere hæredem, nec vitiari inſtitutionem propter hanc ſtatus mutationem, quamuis poſitus ſit extra familiam patris. hæc mutatio ſtatus non facit, quominus valeat inſtitutio prius recte facta. Sed non poterit dici ſuus hæres eſſe, ſed extraneus. De hoc tamen potuit probabiliter dubitari. & ideo dicit, quod magis probandum eſt. Hoc enim non caret dubitatione, quia videtur ſpectandum tempus inſtitutionis, quo tempore inſtitutus erat ſuus. Et ſi poſtea fuerit emancipatus, videtur non deſinere ſuus eſſe. Sed hic incidit difficultas in qua multi fruſtra laborant. Nam videtur ſubtiliter diſputando nepotẽ, qui poſtea emancipatus eſt, hæredẽ eſſe non poſſe: & emancipationẽ poſtea ſecutã obſtare inſtitutioni. Nã ſubſtituitur nepos, ne præteritus rumpat teſtamentum propter ius ſui, quod ſuitatis vocant. Rũperet teſtamentum ſui hæredis iura nactus: ſed ne hoc contingat, inſtituitur hæres. At certum eſt emancipatũ non poſſe rumpere teſtamẽtum propter ius ſui. Emancipatus enim poteſt præteriri, nec eſt neceſſe emancipatũ inſtituere hæredẽ, nec ob præteritionem iure ciuili poteſt rumpere teſtamentũ, quãuis bonorũ poſſeſſio contra tabulas ei detur à Prætore. Sed hic de iure ciuili loquimur. & hic inſpiciendum eſt propoſitum teſtatoris. Cum teſtator hunc inſtituit hæredem, ideo videtur id facere ne ſuus poſtea factus rumpat teſtamentum. Si igitur emancipatus eſt, non eſt periculum vt teſtamentum rumpat. ergo non infirmatur inſtitutio, quæ prius facta fuerat. Multæ variæque ſolutiones referuntur in ſcriptis aliorum: ſed mihi longe verius & probabilius eſſe videtur, in hoc caſu, ideo valere inſtitutionem hæredis, quod præſumatur pater pietate paterne ductus inſtituiſſe filium ſuum hæredem, magiſq; vt ne teſtamentum ipſius rumperetur. Scio patrem hac ratione prouidiſſe conſeruationi teſtamenti ſui: quia alias rumperet teſtamentum. Sed non eſt præſumendum patrem alias non inſtituiſſe filium. Nam etſi vellet filium ab hæreditate ſua excludere, poſſet eum exhæredare nominatim, & ſic prouidere conſeruationi teſtamenti ſui. Atque ideo quod ab aliis ſubtiliter adductum eſt, non videtur ad rem pertinere. Poteſt igitur adire hæreditatem, nec emancipatio nocet inſtitutioni: non erit tamen habendus pro ſuo hærede, ſed pro extraneo. Itaque ſua ſpõte adire poterit hæreditatẽ, non coactus, tanquam hæres voluntarius. Sui autem iure ciuili coguntur adire hæreditatem, quamuis iure prætorio detur eis beneficium abſtinendi.

Ad l. 16. Si filius hæres.

HActenus diximus de forma & ratione inſtituendorum poſthumorum: ſequitur quæſtio ad eundem locum pertinens, tractata in leg. 26. ſi filius hæres. ſup. eod. tit. ff. Hæc lex omnium iudicio habetur valde obſcura & difficilis, adeo vt quidam magni nominis interpretes ingenue fateantur ſe eam nunquam intelligere potuiſſe, cuiuſmodi fere ſunt, quæ ſumpta reperiuntur ex quæſtionibus Africani, cuiuſmodi eſt lex, frater à fratre, ff. de cond. indeb. & l. centum Capuæ. ff. de eo quod certo loco. & aliæ complures. & vulgo dici ſolet, lex eſt Africani, id eſt, difficilis & obſcura. Dicã ſimpliciter & breuiter, diſcuſſis accurate omniũ aliorũ opinionibus, quod mihi probabilius viſum eſt in hac quæſtione. Incipiemus ab hypotheſi, ex qua naſcitur quæſtio & difficultas. Hypotheſis in priore parte legis hæc eſt: Quidam paterfamilias habebat filium, & ex filio nepotem: habebat etiam vxorem prægnantem, ex qua ſperabat poſthumum naſciturum. Hic paterfamilias teſtamento ſuo inſtituit filium ſuum hæredem, & nepotẽ ei ſubſtituit vulgariter, *Si filius meus hæres nõ erit, nepos hæres eſto.* Poſthumũ autẽ præteriit, qui naſciturus erat ex eius vxore prægnãte poſt mortẽ teſtatoris, antequã vel peperiſſet, vel abortũ feciſſet vxor, quæ erat prægnãs. filius decedit nõ adita hæreditate. Poſt eius mortẽ mulier abortũ fecit. poſthumus natus nõ eſt. Hic eſt hypotheſis, ex qua nata eſt quæſtio apud Africanũ tractata, iudicio meo. In hac ſpecie non inutiliter proponimus vxorẽ prægnantẽ fuiſſe, quæ poſtea abortũ fecerit. Sic nos interpretamur hæc verba, *Poſthumo non nato, &c.* Aliis quibuſdã placet, vacuũ ventrẽ fuiſſe. Sed rectius ſic interpretamur. Poſthumo nõ nato, mulierẽ abortũ feciſſe. his verbis ſignificat Iuriſc. aliquem in vtero fuiſſe: ſed nõ natũ fuiſſe. Deinde ponimus etiã filium deceſſiſſe mortuo teſtatore, quod magni momenti eſt. idque indicãt verba illa, quia eo tẽpore, &c. ex quibus neceſſe eſt, vt intelligamus mortuum eſſe filium poſt mortem teſtatoris. & hoc debet etiã intelligi in priore parte legis. Nam inter priorẽ & poſteriorem legis partẽ nihil intereſt, niſi quod in priori parte nepos fuit ſubſtitutus: in poſteriore nõ fuit. Ex hac hypotheſi quæritur, quis hæres futurus ſit? Quæſtio hic eſt de hæreditate. Africanus ait, *Poſthumo non nato nepotẽ, &c.* his pauciſſimis verbis multa complectitur. Africanus ait nepotem futurum hæredem primum patri, & hoc dubitationem non habet iudicio meo, eſt enim futurus hæres patri ab inteſtato. Nam pater decedit inteſtatus. ideóque ei filius ſuccedere debet ab inteſtato. Deinde auo futurus eſt hæres, propter ſubſtitutionẽ ex teſtamẽto: quia aui teſtamẽto ſubſtitutus fuiſſe nepos proponitur, *Auo ſuum hæredem, &c.* Addit futurũ hæredem ſuum vtrique tam patri quàm auo, quod admirabile quibuſdam viſum eſt. Ex his verbis magna oritur quæſtio, magna difficultas, quomodo poſſit ſuus hæres eſſe auo ex hac ſubſtitutione. Multa enim obſtant, quominus poſſit ex hac ſubſtitutione ſuus hæres eſſe auo. Primum quia ſuus hæres nõ dicitur, niſi qui in primo gradu eſt. §. ſui autẽ. Inſtit. de hæredũ qualitate & differ. & §. ita demum. de hæred. quæ ab inteſta. & l. poſthumorum. 13. ff. tit. ſeq. de iniuſt. rupt. Non enim ſufficit in poteſtate fuiſſe: ſed oportet eum in primo gradu eſſe. Filius autem tempore mortis teſtatoris tenebat primũ gradũ. Quomodo ergo nepos poteſt dici ſuus eſſe auo? Præterea filius fuit ſuus hæres auo, quia proponitur mortuus ſtatim poſt mortẽ aui. Ergo ſtatim acquiſiuit hæreditatẽ. Nã in ſuis hæredibus aditio neceſſaria non eſt. l. in ſuis. hoc tit. 11. ff. hoc autẽ ius ſui videtur excludere ſubſtitutionẽ. Præterea ſuus hæres trãſmittit hæreditatẽ etiã nõ aditã. l. apud hoſtes. C. de hæred. Habetur autem hæreditas pro adita, vt tranſmittat eam ad hæredes. Itaque nõ poteſt dici nepos ſuccedere ex ſubſtitutione, ſed duo non poſſunt eſſe hære-

eſſe. Sed ſi quis velit verum huius loci ſenſum aſſequi, videnda eſt ei l. vlt. de cõdit. inſtit. Ait ibi Papinia. quaſdam conditiones eſſe, quæ poſſunt impleri vltimo vitæ momento: alias eſſe quæ vltimo vitæ momento impleri non poſſunt, vt hæc conditio, *Si in Alexandriam ierit, hæres eſto*. Hæc conditio pendet ex voluntate hæredis: ſed tamen quocunque tempore impleri nõ poteſt. Ergo cum incipit animam agere, certum eſſe incipit deficere conditionem. Aliquando talis cõditio eſt, quæ poteſt impleri etiam extremo vitæ tampore: veluti, *Si decem dederit*. Is qui hæres inſtitutus eſt ſub hac conditione, non cogitur ipſe per ſe manu ſua dare alteri. nihil enim in datione intereſt, an à me, án ab alio alteri detur. In factia multum intereſt à quo quid fiat: atque ideo moriente hærede, cui adſcripta eſt hæc conditio, poteſt impleri hæc conditio.

. Hinc pendet ſenſus noſtræ legis. in ea l. vlti. ibi, *Nã ſuperior quidam &c.* id eſt, ſi Alexãdriam ierit filius, quę conditio poteſt impleri vltimo vitæ momento, etiam viuo filio deficit conditio. Rurſum ibi, *Qui ſi nemmnem &c.* eſt eadem ſententia, quæ in hac lege, Filius, cui adſcripta eſt hæc conditio, Si Alexandriam ierit, ſi nullum ſubſtitutum habeat, ſimul atque incipit animam agere: quia certum eſt eum conditionem implere non poſſe, incipit legitimus hæres eſſe patri, quaſi deſtituto teſtamento, & legitimam hæreditatem ſibi quæſitam tranſmittit ad nepotem, etſi ſubſtitutus ſit nepos, tranſmittitur etiam viuo filio ex ſubſtitutione. Dixeris aliquis in primo quoque caſu huius legis idem dici poſſe, quod in hoc poſteriori, ſcil. moriente filio: certum eſt enim eum hæredem non poſſe exiſtere. Sed hoc intereſt inter priorem & poſteriorem ſpeciem, quod in primo caſu deficit inſtitutio filij, eo incipiente mori, & adhuc manet ſecundus gradus ſubſtituti nepotis, ideo non poteſt dici ab inteſtato hæres eſſe: quia quandiu eſt locus ſucceſſioni ex teſtamento, non aditur hæreditas ab inteſtato, vt dictum eſt. Sed in ſecundo, cum incipit mori, certum eſt neminem poſſe hęredem exiſtere ex teſtamento, & quia proximus hæres eſt filius, ab inteſtato tranſmittit hęreditatem ad nepotem. Sed hic incidit difficultas. Mirũ eſt enim quomodo hic poſſit certum eſſe neminem fore hęredẽ ex teſtamento moriente filio, atque ideo legitimus ano dicatur hæres. Dicimus certum eſſe incipere nepotem ex teſtamento hæredem fore, cum filius moritur, etiã antequam exhalauerit animam, videtur hoc verum nõ eſſe. Nam eo moriente, mulier poteſt abortum facere. Hic proponitur pręgnantem eſſe mulierem, nonne eodem momento, quo moritur filius, poteſt mulier abortum facere? abortu autem ſecuto, ceſſat impedimentũ acquiſitionis hæreditatis: cur ergo non poterit acquirere hæreditatem abortu facto? ergo certum non eſt cum moritur filius, nepotem ex eo teſtamento hęredem fore. Nam poteſt ſibi acquirere hęreditatem, ſi eo momẽto quo moritur filius abortum faciat mulier. Eſt difficilis nodus. Quidam dicunt hoc non eſſe præſumendũ. Neminem reperi, qui hunc nodum diſſoluat, & mihi ſatisfaciat. ſed aliò reſpexit Africanus. Dico, etſi abortum fecerit mulier eo momẽto vitæ extremo, quo filius moritur, non poſſe hæreditatem adire. Scio eum qui eſt in extremis vitæ conſtitutus poſſe donare, poſſe teſtamentum facere. vt in l. quoniam. C. de teſta. Is qui balbutit poteſt facere teſtamentum. l. Pamphilo. 37. §. 1. de leg. 3. & l. Seia. 42. §. 1. ff. de donat. cauſ. mort. & l. ſi pater. 47. §. vlt. ff. de fideicom. liber. Sed cum dicunt in extremis eſt formula loquendi, qua ſignificare volunt eſſe moribundum, non autem eſſe in extremo illo momẽto. Sed Iuriſconſulti differentes de hæreditate quæ defertur, & de conditione, hæc diſcuſſerunt ἀκριβῶς. Quandiu prægnans eſt mulier, & incertum eſt an ea ſit paritura, an abortum factura, ſcio rationem iuris prohibere iuris ſui hæredis hæreditatem filio acquiri: ſed abortu facto, niſi in illo extremo vitæ momento, etſi certum ſit nõ poſſe impedimẽto eſſe præteritionẽ poſthumi, adhuc non poteſt adire hæreditatem illo momento. Alia difficultas eſt ex l. illud notandum. 4. §. vlt. & l. ſed etſi 5. ff. de bon. poſſ. contra tab. Ibi dicitur filium impeditum adire hæreditatem propter poſthumum nondum natum: quia incertum eſt an ſit naſciturus, an non, interim tranſmittere bonorum poſſeſſionem, vel ſecundum tabulas, vel contra tabul. Si hoc verum eſt, nõ poteſt defendi quod hic dicimus, filium vltimo vitæ momento hęredem effici ab inteſtato: quia non poteſt adire propter pręteritionem poſthumi: quia incertum eſt, an mulier paritura ſit, an abortum factura. Si hoc eſt verum, bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas videtur tranſmitti ad hunc nepotem, qui hæres eſt filij: quia non potuit agnoſcere bonorum poſſeſſionem propter pręteritionem. Hic dicitur ſuccedere ab inteſtato, quaſi omnino ſit deſtitutum teſtamentum. Hęc repugnantia ſunt, bonorum poſſeſſionem ſecũdum tabulas trãſmitti, & ſuccedere ab inteſtato, tanquam deſtitutum ſit omnino teſtamentum. Sed ſi diligenter expendamus verba d. l. illud. §. vlti. nihil omnino aduerſatur huic ſẽtentiæ. Non dicit ſimpliciter tranſmitti bonorum poſſeſſionem, vel ſecundum tabulas, vel cõtra tabulas, ſed dicit interdum hoc decerni à Prætore, cum aliter conſultum eſſe non poteſt hæredi, ſed ad hoc extraordinarium remedium Prętoris non oportet confugere: quia filius ab inteſtato ſuccedit auo & hęreditatem ab inteſtato quęſitam tranſmittit ad nepotem, nihil opus eſt, vt hic aliquid decernatur à Prætore contra iuris regulas. Tunc id decretum à Prętore interponitur, cum aliter conſultum eſſe non poteſt hęredi, cum alias hęreditatem eſt amiſſurus hęres, cum euidens ęquitas & vtilitas id exigit.

IN TIT. III. DIGEST. LIB. XXVIII. DE INIVSTO, RVPTO, ET IRRITO FACTO TESTA.

Cap. I.

HIc titulus eſt veluti appẽdix ſuperiorum tit. de teſt. de liberis. & poſthum. Huic tit. reſpõdet alius in Inſtit. nempe tit. quib. modis teſtamen. infir. In Codice nullus eſt proprius titulus de hac re, ſed quędam leges ad hunc titulum pertinentes extant ſub tit. de teſtam. quarum interpretatio ideo in hoc tempus dilata eſt. Inſcriptio autem huius tit. ſatis oſtẽdit tres præcipuos eſſe locos: De iniuſto, rupto, & irrito facto teſtam. Vt igitur via & ratione procedat diſputatio noſtra, de his tribus ſigillarim & ſeparatim dicturi ſumus. Primum dicemus de iniuſto teſtamento, ſecundo de rupto, tertio de irrito teſtamento.

Cap. II.

De teſtamento iniuſto.

TEſtamentum iniuſtum vel non iure factum dicitur à Iureconſultis, in quo ſolennia iuris defuerunt. l. 1. hic. quæ ſint hæc ſolennia iuris, quæ neceſſario obſeruanda ſunt in teſtamento faciendo, diximus ſub tit. de teſta. Teſtamentum enim, ait Modeſtinus, dicitur iuſta ſententia noſtræ voluntatis in l. 1. ff. de teſta. Hoc aũt verbũ iuſta, ad iuris ſolẽnia refertur. Iuſta n. ſentẽtia nõ eſt, cũ obſeruata nõ ſunt ea, quæ legib. ſũt introducta, ſed tunc dicitur iniuſtum eſſe teſtamẽtum. An autem iniuſtum dicendum ſit teſtamentum

in quo filius præteritus eſt, quæritur? Si filius ſit præteritus qui eſt in patris poteſtate, teſtamentum nullum eſt l. inter cætera. 30. ff. de liber. & poſth. An dicendum ſit iniuſtum, probabiliter quæritur? Papinianus in l. 1. hoc tit. ff. diſtiuguit ab eo quod non iure factum dicitur. non vocat teſtamentum iniuſtum, aut non iure factũ Papinianus, in quo filius præteritus eſt. Diſtinguit teſtamẽtũ in quo ſolẽnia iuris defuerũt, ab eo in quo filius præteritus eſt, quaſi inſtitutio & exhæredatio filij ad ſolemnia nõ pertineãt. Cæteri tamẽ Iurecõſulti hæc craſſius tractantes, adſcripſerunt ſolennibus ordinationem teſtamenti. d. leg. inter cætera. & §. primo Inſtit. de exhæred. liber. vbi dicitur aperte & diſerte ad ordinationem teſtamenti inſtitutionem & exhæredationem filij pertinere. Hanc igitur differentiam Papiniani cæteri Iureconſulti confundunt, nec quicquam intereſt inter eos Iuriſconſult. niſi in ratione docendi. Papinianus hic diſtinguit teſtamentum, quod iniuſtũ eſt ab eo, quod nullius momenti eſt, quia filius in eo præteritus eſt. Mouit forte Papinianum, quod hæc obſeruatio non eſt neceſſaria in omni teſtamento: ſed cũ teſtator habet filium in poteſtate ſua. Cæteri Iureconſulti conſiderarũt hoc neceſſarium eſſe, nec minus neceſſariam eſſe inſtitutionem, aut exhæredationem in filij poteſtate conſtituti, quam aliam ſolennitatem. Papinianus animaduertit non eſſe neceſſariam in omni teſtamento: ſed tunc adhibendam eſſe hanc ſolennitatem, cum pater habet filium in ſua poteſtate. Deinde admonui ſub titulo de lib. & poſth. hoc caput ſumtũ eſſe ex lib. 1. definit. Pap. hócque inſcriptionem indicare. & cum ex profeſſo ſingula definiret Papinianus, ſubtilius & accuratius hęc diſtinxit, quæ in alio opere fortaſſis non ſeparaſſet & ſecutus eſſet morem aliorũ Iureconſultorum. Sed omiſſa hac controuerſia de vocabulis, conſtat vtrunque teſtamẽtum inutile eſſe, tam id in quo ſolennia iuris defuerunt. quam id in quo filius præteritus eſt. l. filio præterito. 17. ff. hic. Ex eo quod dicitur nullius momenti eſſe teſtamentum huiuſmodi, conſequẽs eſt neque hæredis inſtitutionem valere, neque legata, neque fideicommiſſa, neque quicquam eorum, quæ in teſtamento conſcripta ſunt. Nam tametſi libertas maxime ſit fauorabilis: tamen ex eo teſtamento, quod nullius momẽti eſt, non debetur. d. l. filio pręterito. Huic ſimile eſt quod dicitur de teſtamento reſciſſo, per querelam inofficioſi teſtamẽti. l. Papinianus. 8. §. vlt. ff. de inoffic. teſta. Si reſciſſum fuerit teſtamentum propter exhæredationem filij per querelam inofficioſi teſtamenti, neq; legata, neque libertates quidẽ, quæ eo teſtamento relictæ ſunt, valent, quamuis libertas maxime fauorabilis ſit, vt iam ſuperius à nobis dictum abunde eſt. Idem Papinia. in l. 17. filio præterito. infra hoc tit. ait, Si præteritus, &c. & id ab eo vt exceptio quædam additur. His enim verbis oſtendit Papinianus, quamuis teſtamentum in quo filius præteritus eſt, dicatur nullius momenti eſſe, conualeſcere tamen propter æquum & bonum, ſi filius, qui præteritus eſt, abſtinuit ſe patris hæreditate. Nam quod dicimus, teſtamentum nullius eſſe momenti, in quo filius præteritus eſt, hoc ita accipiendũ eſt æquitate ſuadente, ſi pręteritus à fratribus partem ſuam auocauit, ex bono & æquo voluntas teſtatoris hic tuenda eſt: quamuis ſubtilitas iuris refragari videatur. Subtilitas iuris hic refragatur, quia ſi nullum eſt, tanquam ea obſeruata non fuerint, quæ ad teſtamenti ordinationem pertinent, quomodo poteſt conualeſcere propter voluntatem teſtatoris teſtamentum? Nam quæ introducta ſunt legibus ad teſtamenti ordinationem, priuati iuris non ſunt: ſed publici. l. 3. ff. de teſta. & cum teſtamentum ab initio non conſtitit, quia ſolennia defuerunt, nõ conualeſcit ex poſt facto. l. 7. ſi filius eius. ſup. de lib. & poſthu. Sed tamen ait Papinianus ex bono & æquo tuendã eſſe teſtatoris voluntatem. Subtilitas iuris hic negligitur, propter euidentem æquitatem. Nã quod dicitur teſtamentum nullum eſſe, quod legibus ſit conſtitutũ, teſtamentum nullius eſſe momenti, in quo filius eſt præteritus, hoc præcipue reſpicit fauorẽ filij, quamuis ad ordinationem teſtamenti, quæ publica eſt, pertineat. Sed pręcipue hic reſpexerunt Legiſlatores ad perſonã filij pręteriti, qui iniuria afficitur à patre eodémque teſtatore, cũ in illius teſtamento præteritur. Itaq; æquum & bonum, æquitas & humanitas exigit vt conualeſcat teſtamentũ, propter voluntatem teſtatoris. De aliis ſolennibus idem dici non poteſt, vt de teſtibus, cũ ad ius publicum reſpiciant omnino illa ſolennia. Sed ſi inſtitutio filij numeranda ſit inter ſolennia, certe ad filij commodũ præcipue pertinet. Hic quæri ſolet à vulgaribus iuris interpretibus, & eſt quæſtio vulgo agitata, & difficilis explicatu. An quod hic dicitur de legatis, abrogatum ſit cõſtitutione Iuſtin. Nouel. 115. quæ inſcribitur, vt cũ de appella. cogn. Cum teſtamentũ reſcinditur per querelam inofficioſi teſtamenti, certum eſt legata nihilominus deberi ea conſtitutione Iuſtiniani, qua cõſtitutione ſublatum eſt ius antiquum: cuius rei à nobis mẽtio facta eſt in d. l. Papinianus. 8. §. vlt. ff. de inoffic. teſt. Vult autẽ Iuſtinianus cum reſcinditur teſtamentũ per querelam inofficioſi teſtamenti, propter exhæredationem filij, inſtitutionem quidem filij non valere, potiorémque eſſe cauſam filij, quàm hæredis inſtituti: tamẽ ea legata, quæ in eo teſtamento relicta ſunt, valere. De filio exhæredato nulla eſt dubitatio, licet inſtitutio hæredis infirmetur. Legata tamen conſeruantur, atque ita derogari iuri antiquo. Et ea conſtitutio non tantum reſpicit ad fauorem filij, ſed etiam teſtatoris, vt legata præſtentur ſecundum voluntatem teſtatoris. Ego ſcio multa inducta fuiſſe ea conſtitutione in gratiam filij exhæredati, cui competit querela inofficioſi teſtamenti: ſed reſpicit etiam ad voluntatem teſtatoris, quę etiã fauorabilis eſt. Sed quæſtio eſt, an idem dicendum ſit de teſtamento, quod nullum eſt propter præteritionẽ filij, ſi præteritus ſit filius, qui erat in patris poteſtate. quo caſu hic Papinianus ait, inutilem non tantum eſſe hæredis inſtitutionem, ſed etiam legata omnino deberi: an dicemus hoc abrogatum eſſe conſtitutione Iuſtiniani? Quamuis hic reperiantur variæ opiniones: tamen receptius eſt ad præteritionem quoque filij conſtitutionem Iuſtiniani pertinere: & idem dicendum eſſe de præteritione filij, quod de exhæredatione, quaſi nihil referat, an teſtamentum reſcindatur per querelã inofficioſi teſtamenti, ob exhæredationem filij: an vero nullum ſit ob præteritionem ipſius. Qui diſſentiunt ab hac opinione eo mouentur, quod exiſtiment vbique Iuſtinianum de exhæredatione tantum loqui: non autem de præteritione, in §. ſi autem. &c. & aliis ſeq. Si loquitur de filij exhæredatione tantum, non de pręteritione, ius antiquum quod ad filij præteritionem attinet, tanquam immutatum & intactum à Iuſtiniano obſeruari debet. Sed illi falluntur iudicio meo. Primũ Iuſtinianus in ea conſtitutione, §. aliud quoq; capitulũ. loquitur tam de præteritione, quam de exhæredatione. Ait enim non licere parentibus præterire, aut exhæredare filium ſine iuſta cauſa: & niſi ea cauſa adſcripta ſit teſtamento, &c. Nec eſt recipiendum quod illi aiunt de præteritione matris hoc eſſe accipiendum. Loquitur enim de præteritione parentum ſimpliciter. Deinde in §. ſin aũt hæc obſeruata, &c. vulgo ita legitur. *Sin autem euacuato, &c. Nullum exhæredatis liberis præiudicium generari.* Ille locus eos fefellit. in Gręco codice Iuſtiniani aliter legitur, & male hoc verſum eſt è Gręco in Latinum. Sic vertendum erat, non ſcriptis, non

autem

autem exhæredatis. hæc verba generalia ſunt, & pertinent non tantum ad exhæredatos: ſed etiam ad præteritos, ſiue ſint præteriti, ſiue exhæredati liberi, vere dicuntur non ſcripti hæredes. Hæc igitur verba referenda ſunt ad id quod ſupra dicitur in §. aliud quoque capitulum. Non licere parentibus præterire, aut exhæredare liberos ſine iuſta cauſa, eáque expreſſa. Hoc autem eſt diligenter obſeruandum: quia præcipuum eſt fundamentum contrariæ opinionis, & puto nullum vnquam diſſenſiſſe ab hac opinione, quam nunc tuemur, qui non motus fuerit verbis illis interpretis. Hæc ſentẽtia noſtra cõfirmatur etiã alio argumẽto ducto ex verbis eiuſdẽ cõſtitutionis, cui ego puto reſpõderi non poſſe. Certius eſt eam conſtitutionẽ Iuſtiniani locum habere in exhæredatione, quæ eſt facta ſine cauſa, & hoc eſt certũ & indubitatũ: nec aduerſarij quidem hoc poſſunt inficiari. Iuſtinianus ſtatuit non licere parentibus filios exhæredare: niſi incerta fuerit cauſa iuſta, & vna ex his cauſis quæ referuntur in ſua conſtitutione. Vbi illa verba; *Si hæc obſeruata non fuerint, &c.* ſic ſunt accipienda, id eſt, ſi cauſa exhæredationis adſcripta nõ ſit teſtamento, & alia non interuenerunt, nullum voluit præiudicium liberis non ſcriptis hæredibus fieri. Vult enim quantum ad inſtitutionem, teſtamentum irritum eſſe, legata autem præſtanda eſſe, quo caſu filius exhæredatus eſt non rite, non adiecta cauſa, quæ neceſſario eſt exprimenda. Conſtitutio illa Iuſtiniani de legatorum conſeruatione locum habet, cum exhæredatio non rite facta eſt: vt puta, non expreſſa cauſa. At hæc exhæredatio, præteritio quædã eſt. cum enim exhæredatio recte non fit, nihil aliud eſt, quam præteritio. Ergo de præteritione idem dicendum eſt, ſi id in exhæredatione, quæ recte non eſt facta, locum habet. Si quis hoc neget, poſſum probare multis argumentis. Vnum ſufficiet ex §. ſane. de hæred. quæ ab inteſtat. defer. Inſtitut. vbi probatur, vt ſi filio emancipato, qui præteritus eſt, datur bonorum poſſeſſio cõtra tabulas: ita etiam datur ei, qui rite exhæredatus non eſt. quia is præteritus eſt habendus, qui rite non eſt exhæredatus. Hæc de iniuſto teſtamento.

Cap. III.

De rupto teſtamento.

Hic obſeruanda eſt diuiſio, qua vtitur Vlpianus in Inſtitut. titul. quemadmodũ teſtament. infirment. vbi dicit teſtamentum iure factum duobus modis infirmari, ſi ruptum aut irritum factum ſit teſtamentum. Aliquando dicitur non iure factum, cum in eo ſolennia iuris defuerunt, de quo iam diximus. Aliquando ſolẽne eſt & iuſtum teſtamẽtum, & id teſtamentũ duobus modis infirmari, ait Vlpianus ſi ruptum ſit: deinde ſi irritum factum ſit. Videndum eſt quibus de cauſis teſtamentum ruptum dici poſſit. Et in primis dicendum eſt rumpi teſtamentum agnatione ſui hæredis. Exempli gratia: Si poſthumus præteritus paterno teſtamento, poſt mortẽ teſtatoris naſcatur. Teſtamẽtum in quo poſthumus præteritus eſt, valet in initio, & fieri poteſt vt poſthumus nõ naſcatur. Nõ dicitur autẽ inutile eſſe, ſicut teſtamentum in quo filius iam natus præteritus eſt. Sed ſi contingat poſthumum naſci, rumpitur. leg. 3. poſthumi. ff. hoc titul. Hæc à nobis explicata ſunt ad formulam Galli, & legem Velleam. ſub titu. de liber. & poſthum. Alia eſt cauſa filiorum ſuperſtitum, alia poſthumorum. Superſtites faciunt iniuſtum teſtamentũ. in d. l. poſthumi. 3. §. *Nominatim, &c.* Hæc etiã explicata ſunt. Difficultas tamen eſt in eadem leg. 3. §. vltimo. & l. 4. & 5. Tametſi vere dictum ſit teſtamentum rumpi nato poſthumo, qui præteritus eſt, tamen interdum euenit, vt pars teſtamenti rumpatur, & vnus gradus. Plerique fortaſſis gradus ſunt in teſtamento, gradus ſcilicet inſtitutorum & gradus ſubſtitutorum. Exemplo id docet Vlpianus in dicta l. 3. in §. vlti. ibi, vt puta ſi proponas, &c. Teſtator duos gradus hæredum fecit in ſuo teſtamento, ſcilicet gradum inſtitutorum hæredum, & gradum ſubſtitutorum. A primo gradu poſthumus eſt exhæredatus, à ſecundo non eſt. Docui quomodo id fiat in leg. 3. §. filius. ff. de liber. & poſthumis. Primus gradus valet à quo poſthumus eſt exhæredatus. Secundus autem gradus rumpitur. Sed quid refert, dixerit aliquis, an ſecundus gradus rumpatur, cum primus valeat? quid hoc prodeſt poſthumo præterito? Hoc poteſt prodeſſe, vt ego nunc dicam. Nam fieri poteſt, vt qui inſtituti ſunt in primo gradu, repudient hæreditatem: vel moriantur ante aditam hæreditatem: ſecundi autem gradus, eis deficientibus, ruptio prodeſt poſthumo, vt ſuccedat, qui alias non ſuccederet. leg. ſi ruptus non eſſet ſecundus gradus. Itaque primus gradus valet à quo poſthumus exhæredatus eſt: ſecundus gradus ruptus eſt. Ruptio hæc nõ poteſt prodeſſe poſthumo, niſi deficientibus hæredibus inſtitutis, in primo gradu: quia rupto ſecundo gradu non continuo primus rumpitur, in quo primo gradu filius eſt exhæredatus. Sequitur in leg. 4. *Denique, &c.* Ex his, quæ diximus, naſcitur quæſtio, Teſtator duos fecit gradus hæredum in teſtamento ſuo, vnum inſtitutorum, alterum ſubſtitutorum. interim dum deliberabant primi hæredes, an hæreditatem adire vellent, antequam hæreditas deuoluta eſſet ad ſecundum gradum, natus eſt poſthumus. hic poſthumus præteritus fuerat in ſecundo gradu: non autem in primo. Quæritur ſi deficiat primus gradus, id eſt, ſi hæredes inſtituti in primo gradu repudiẽt hæreditatem, an ſecundus ruptus habendus ſit? Ait Vlpianus hæreditatem eos obtinere non poſſe. Quanquã de eo probabilior fuerit dubitatio. quia quo tempore natus eſt poſthumus, hæreditas nondum verſabatur in eo ſecundo gradu. Sic loquuntur Iureconſul. in l. non putauit. 8. §. à primo. de bonor. poſſeſſ. cont. tab. Nam adhuc deliberabant primi hæredes, an hæreditatẽ adire deberent, interim natus eſt poſthumus. A primo gradu exhæredatus fuit poſthumus, non à ſecundo: ſed non erat locus ſubſtitutioni, donec certum eſſet ex primo gradu neminem futurum hæredem. d. l. quandiu. ff. de acquir. hæred. cum ſimil. Quomodo ergo poterit poſthumus non natus rumpere hunc ſecundum gradum, cum nondum in eo verſaretur hæreditas? Sed ait, propter ſpem dicendum ruptum eſſe illum ſecũdum gradum. Sequitur l. 5. *Nam & ſi ſub conditione.* Confirmat ſimilitudine quod prius dixit. *Si ſub conditione ſit hæres inſtitutus.* Ecce, qui eſt inſtitutus ſub conditione, *Si Titius hoc anno Cõſul factus fuerit:* ab eo poſthumus eſt præteritus. Pendente conditione natus eſt poſthumus. hic quæritur, an natiuitate poſthumi ſit rupta illa inſtitutio? Dubium facit, quia pendente conditione, nõ videtur verſari hæreditas in eo gradu. Sed tamen ait, idem dicendum eſſe propter ſpem, licet hæreditas nondum verſetur in eo gradu: tamen ſpes eſt fore vt verſetur in eo gradu. In ea l. ibi, *Sed etſi ſit ei ſubſtitutus.* Si ſit ei quis ſubſtitutus, qui fuit inſtitutus ſub cõditione, quo caſu pendente conditione naſcitur præteritus poſthumus, ſiue poſtea extiterit conditio, ſiue defecerit, dicitur ruptum eſſe teſtamentum, ita vt nec ſubſtitutus à quo præteritus filius, nec exhæredatus, nec inſtitutus poſſit hæreditatem capere. Superior ſpecies pertinet ad poſthumũ, qui naſcitur pendẽte conditione, verſatũ iri in eo gradu. Et ibi, *Poſt defectũ autem, &c.* Cõditio erat huiuſmodi, *Si Titius hoc anno Conſul factus fuerit, &c.* Præteriit annus, & certũ eſt eo anno Conſulẽ Titium

factum non fuiſſe. Natus eſt poſthumus poſt defectũ conditionis. ait Vlpianus eum gradum non rumpere, à quo præteritus eſt. quia nullus eſt gradus, quia conditio defecit, quo tempore poſthumus natus eſt. Cuius effectus hoc ſit ego mox dicam. Effectus eſt, quia non noceat ſequenti gradui: alias ſequenti gradui noceret. Hoc oſtendunt verba illa ſequentia, *Rumpendo autem teſtamentum, &c.* In ſuperiori ſpecie nos poſuimus à primo gradu exhæredatum eſſe filium, à ſecundo præteritum. Quid dicemus è conuerſo, ſi à primo præteritus ſit: à ſecundo autem exhæredatus fuerit, & ruperit agnatione primum gradum, à quo præteritus eſt, an ſubſtitutus poterit ſibi vindicare hæreditatem, an ſit totum ruptum teſtamentum? Hic ait ruptum eſſe totũ teſtamentum. Cum rupit primum gradum, à quo præteritus eſt, locum ſibi facit non ſubſtituto, vt propter ruptionem primi gradus, hæreditas non deuoluatur ad ſubſtitutum. Atque ideo videndum eſt an primus gradus, à quo præteritus eſt filius, ruptus ſit, an non ſit. Vtile eſt hoc inquirere, vt ſciamus an ruptus ſit ſecundus gradus, an non ſit, à quo ſecundo forte gradu exhæredatus eſt poſthum⁹. Hinc vulgo illud dicitur, *Quod nullum eſt, rũpi nõ poteſt.* His verbis. *Quamuis filius ſequentem gradum à quo, &c.* oſtendit quid inter ſit inter filiũ iam natum, qui præteritus eſt teſtamento paterno, & poſthumum naſciturum. Eſt obſcura ratio diuerſitatis inter filium iam natum & poſthumum. Quod hic obiter dicitur de filio iam nato, plenius habetur explicatum. ff. de lib. & poſthum. l. 3. § filius. & §. vltim. vbi filio iam nato præterito à primo gradu, & exhæredato à ſecundo, teſtamentum dicitur exordium capere a ſecundo gradu. Infirmatur primus gradus, ſecundus non infirmatur: & perinde totum teſtamentum accipimus ac ſi vna tantum inſtitutio eſſet. Pro non ſcripto habetur ille primus gradus à quo præteritus eſt filius. Diuerſum tamen ius eſt in poſthumo præterito, vt hic dicitur. Ibi, *Patiatur valere.* filius, qui præteritus eſt à primo gradu, patitur ſequentem gradum valere, à quo eſt exhæredatus, nec ideo infirmatur ſecundus gradus, à quo exhæredatus eſt rupto primo gradu, à quo præteritus eſt. Sed aliud dicitur in poſthumo. Nam rupto primo gradu, à quo præteritus eſt poſthumus, rumpitur totum teſtamentum, etiam ſecundus gradus à quo exhæredatus eſt. Sed intelligenda eſt ratio diuerſitatis, eam breuiter tradam. Ratio diuerſitatis eſt, quæ colligitur ex l. 3. §. ex his hoc tit. Diximus hanc eſſe differentiam inter filium iam natum & poſthumum, cum vterque præteritus eſt, quia filio qui iam natus eſt, præterito, inutile ſtatim eſt teſtamentum. Cum autem præteritus eſt poſthumus nondum natus, valet teſtamentum ab initio. Sed ſi contingat poſthumum naſci, agnatione teſtamentum rumpetur. Ponamus filium iam natũ præteritum eſſe in primo gradu, & exhæredatum à ſecundo. Dicimus perempto primo gradu, exordium capere teſtamentum à ſecundo: quia filio præterito à primo gradu, gradus ille nullus eſt. Ideoque hæreditas verſatur in ſecundo, non in primo, cum ab initio nullus fuerit.

Atqui à ſecundo gradu filius eſt exhæredatus non præteritus. Ergo non poteſt ille ſecundus gradus rumpi ob præteritionem filij, cum præteritus filius proponatur à primo gradu, non à ſecundo. Cum autem poſthumus eſt præteritus à primo gradu, exhæredatus autem à ſecundo, non eſt nullus ille gradus, à quo poſthumus eſt præteritus. Ideoque in eo gradu hæreditas verſatur. quo tempore naſcitur illum gradum rumpendo, hæreditatem, quæ in eo gradu verſatur, aufert. Ob hanc rationem poſthumo præterito à primo gradu, totum teſtamentum rumpitur, non tantum primus gradus, ſed etiam ſecundus. nam primum gradum rumpendo facit ſibi locum, non ſubſtituto, repetitque hæreditatem in illo gradu. Ergo hæreditatem in eo gradu, ad ſe tranſmittit. Sed cum filius natus eſt præteritus in primo gradu, nunquam reperit hæredem in illo gradu. Vnde idem dicendum eſt in poſthumo præterito, quoties nullus reperitur, eſt irritus tempore natiuitatis, ille gradus in quo præteritus eſt. Exempli gratia. Si naſcatur poſt defectum conditionis. præteritus eſt à primo gradu, in quo inſtitutus fuit ſub conditione, *Si Titius hoc anno Conſul factus fuerit, &c.* defecit conditio: poſt defectum conditionis, natus eſt poſthumus. Hic quæritur, an rumpatur ſecundus gradus à quo exhæredatus fuit poſthumus? Dico non rumpi ſecundum gradum, quia defecit conditio, nunquam hæreditas verſata fuit in eo gradu. Ideoque non poteſt eum gradum rumpere. Quoties rumpit primum gradum, rumpit & ſecundum: vt autem rumpat, oportet eum valere. Ergo ſi nullus fuerit, non rumpet. Aliud exemplum eſt huius rei in l. 1. §. ſi venter. ff. de ventr. in poſſ. mitten. Cum igitur natus eſt poſthumus, & iam deceſſerant inſtituti in primo gradu: quia tunc ille gradus eſt nullus, præmortuis hæredibus ante eius natiuitatem, nihil inuenit quod rumpat. Dico igitur in hoc caſu non rumpi ſecundum gradum, à quo poſthumus exhæredatus eſt: quia eſt eadem ratio, quæ in filio iam nato. Nam quo tempore naſcitur poſthumus, hæreditas non verſatur in eo gradu: ſed in ſecundo, à quo exhæredatus reperitur. Ergo ille gradus firmus manet, nec natiuitate poſthumi rumpitur. Ex his intelligi poteſt. l. ſi poſthumus à primo. 14. ff. de lib. & poſthum. Ea lex videtur difficilis: ſed his intellectis, quæ diximus, facilis erit explicatio.

Diximus ſuperiori loco, quomodo agnatione poſthumi rumpatur teſtamentum. Docuimus quid inter ſit inter poſthumum & filium iam natum. ex l. huius tit. 5. & ex l. 5 §. vlti. de lib. & poſthum. Vnde ſenſum etiam diximus percipi poſſe. leg. ſi poſthumus à primo. 14. de lib. & poſthum. Addendum eſt ſupradictis, nõ tantum filij agnatione rumpi teſtamentum: ſed etiam nepotis. Nepos agnaſcens teſtatori rumpit eius teſtamentum: ſicut filius, ſi nemo eum præcedat tempore mortis teſtatoris: vt dicitur in leg. ſi quis filio exhæredato. 6. in princip. ff. hoc tit. Nihil enim neceſſe fuit eum exhæredari, quem pater præcedebat. Nepos agnaſcens defuncto rumpit teſtamentum, ſi eum filius non præcedat tẽpore mortis teſtatoris. Tunc enim dicitur agnaſci ſuus hęres teſtatori, cum eum nemo præcedit tempore mortis. Hic inſpicimus tempus mortis in ſucceſſione ab inteſtato. Non inſpicimus tempus mortis: ſed tempus quo defertur hæreditas, cum quis ſuccedere vult ab inteſtato. Si deſtitutum ſit teſtamentum, quod factum erat, inſpicitur tempus quo ei defertur hæreditas, quo tẽpore hæres inſtitutus in teſtamento omittit, vel repudiat forte hæreditatem. leg. ſi quis poſthumos. 9. §. ſi filium. ff. de liber. & poſthum. In ſucceſſione ab inteſtato hoc tempus aliquando eſt tempus mortis teſtatoris, ſi nullum factum ſit teſtamentum, ſi ſtatim atque mortuus eſt teſtator, defertur hæreditas vel filio ſuo, vel proxime agnato. Aliquando non eſt tempus mortis: ſed tempus, quod ſequitur mortem. Breuiter eſt tempus illud, quo inteſtatus eſt mortuus, quo tempore deſtituitur teſtamentum. d. l. ſi quis poſthumos. §. ſi filium. In eo. §. verba illa, ſunt legis, *Si inteſtatus moritur, &c.* quibus lex vult, ſi quis inteſtatus moriatur, hæreditatem deferri vel eius liberis, vel eius agnatis. Si defunctus nullum fecit teſtamentum, hæreditas ſtatim defertur proximo agnato, quia verum eſt eum inteſtatum mortuum eſſe ſimulatque deceſſit. Si fecit teſtamentum, expectandum eſt, an hæres aditurus ſit hæreditatem, an omiſſurus & repudiaturus. Poſtquam omiſit,

aut

aut repudiauit hæreditatem, tunc certum eſt inteſtatum deceſſiſſe teſtatorē. Inteſtatus enim decedit is ex cuius teſtamēto nemo adit hæreditatem. Inſti. de here. quæ ab inteſt. §. 1. Ex tā dictis naſcitur quæſtio tractata hoc titu. in l. poſthumus. 12. §. 1. Teſtator, pater familias in teſtamento ſuo inſtituit extraneum hæredem, vxorem habebat prægnantem, poſthumum prætertit, neq; enim inſtituit, neque exhæredauit. Poſthumus natus eſt viuo teſtatore, teſtator perſeuerauit in eadē voluntate: non mutauit teſtamentum ſuum. Quæritur an ſit ruptum teſtamentum? Ex his quæ diximus videtur omnino ruptum eſſe teſtamentum, nec poſſe ex teſtamento ſuccedere eum, qui hęres ſcriptus eſt. Et hoc fatetur Vlpianus ex ſubtilitate iuris eſſe. quia tamen poſthumus præteritus viuo teſtatore natus deceſſit, licet ſi ius ciuile, de quo iam diſſeruimus, inſpiciamus teſtamentum, quia ruptum eſt, nullum effectum habeat: tamen dicitur conualeſcere propter æquitatem. Et ſi ſignatum fuerit teſtamentum, Prætor dabit et bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. ait Vlpian. Ergo Prætor non impartitur officium ſuum bonorum poſſeſſionis ſcilicet, niſi ſolennia iuris prætorij interuenerint. Oportet enim ſolennia iuris interuenire vt hæres ſcriptus vtatur auxilio iuriſdictionis prætoriæ. Oportet ſignatum eſſe teſtamentum ſignaculis ſeptē teſtium. Hæc ſignacula teſtium ortum habent ex iure prætorio. §. ſed cum paulatim. Inſtit. de teſta. & diximus ſupra ſub tit. de teſtam. Oportet igitur ſolennia iuris prætorij interuenire, vt quis habeat bonorum poſſeſſionem à prætore: & hoc eſt expreſſum in l. 2. ff. de bon. poſſ. Nunquam datur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas: niſi teſtamentum factum ſit ſecundum formam iuris prætorij: puta ſi ſeptem ſignacula ſint adhibita. Si teſtamentum factum ſit ſine ſcriptis per nuncupationem, nō niſi vtilis actio dabitur. Hic igitur notandus eſt obiter caſus, in quo neceſſaria eſt bonorū poſſeſſio ſecundum tabulas hæredi ſcripto. Quibuſdā videtur admodum rarus caſus eſſe, nec poſſe reperiri, in quo neceſſaria ſit bonorum poſſeſſio ſcripto hæredi. Sed cui eſt neceſſaria? Suus hæres, imo quiuis extraneus poteſt accipere per ſecundum teſtamentum bonorum poſſeſſionē: & tamen ei proſpicitur ſatis iure ciuili. Hic animaduertendum eſt bonorum poſſeſſionem ſecundū tabulas dari ei qui iure ciuili ſuccedere nō poteſt: puta quia teſtamentū forte ſecūdū formā iuris ciuilis factū nō eſt. Et hoc aperte dicit Vlpianus in inſtit. titu. de bonor. poſſeſſ. At enim dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, etiam ſi iure ciuili deficiat teſtamentum & non valeat, ſi modo ſolennia iuris prætorij interuenerint l. 4. ff. de Carbo. edict. *Nec eſt contra bon. poſſ.* Interdictum quorum bonorum nō datur cuiuis hæredi: ſed ei tantum, qui accepit bonorum poſſeſſionem à Prætore. Formula ipſius interdicti id ſatis declarat. Interdictum igitur quorum bonorum, non datur niſi ei, qui bonorum poſſeſſionem à Prætore accepit. In hoc igitur caſu, licet ſecundum ius ciuile teſtamentum videatur omnino ruptum, dicendum eſſe tamē, ſi ſit ſignatum, hęredem bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere poſſe. Quidam dubitant, an hæres poterit adire iure ciuili, & hoc controuerſum eſt. Sunt qui exiſtiment poſſe. propter verba Vlpia. in d. l. poſthumus. 12. in princip. vbi ita legūt, *Hæreditatémque obtinebit*. Sed mendoſa eſt lectio: legēdum eſt enim: *Rémque obtinebit*, vt in Florent. Sed quia non intelligebant quid eſſet rem obtinere, & quorſū hoc ſcriptum eſſet ab Vlpian. mutauerunt rem, in hæreditatem. Sed quomodo hoc accipiendum ſit, ſatis oſtendit alijs locis Vlpia. in Inſtit. tit. de bon. poſſeſſ. ad fin. vbi ait in fi. *Bonorum poſſeſſionem quandam eſſe cum re, aliam ſine re.* Cum ita datur bonorum poſſeſſio vt nemo poſſit aliquā rem euincere, dicitur dari bonorū poſſeſſio, cū re. Sic etiam loquitur paulo poſt Vlp. in d. l. poſthumus. in fin. princip. *Qui rem ab inteſtato auferre, &c.* Sed hic occurrunt antinomiæ, propter quas redditur tota hæc diſputatio obſura & difficilis. Prima antinomia eſt. C. de poſthum. hæred. inſtr. in l. 2. ibi, Poſthumo præterito. Duo continentur his verbis, quāuis breuiſſima ſint. Vnum eſt, poſthumo præterito rūpi teſtamentum ſi natus ſit. Alterum eſt: Si poſthumus natus ſtatim decedat, ruptum teſtamentum non reſtitui: & tamen hic dicimus conualeſcere & dari ei bonorum poſſeſſionem, qui ſcriptus erat hæres. Vulgo diſtingui ſolet. Dicunt referre, an poſthumus natus deceſſerit viuo teſtatore, an vero poſt mortem teſtatoris. Aiunt, ſi decedat viuo adhuc teſtatore, reſtitui teſtamentum quod ruptum eſt & conualeſcere, darique ſcripto hæredi bonorum poſſeſſionē ſecundum tabulas mortuo eo. Quod Vlpi. noſter ait in initio d. princ. ibi, viuo teſtatore: non loquitur ſimpliciter de poſthumo, qui natus decedat: ſed qui decedit viuo teſtatore. Lex autem ſecunda, Cod. de poſthum. intelligitur de poſthumo qui naſcitur poſt mortem teſtatoris, non viuo teſtatore. Et hoc caſu non reſtituitur teſtamentū. Rationem diuerſitatis hanc adducunt. quia cum adhuc viuo teſtatore poſthumus natus decedit, creditur teſtator in eadem voluntate permanere magis, quam cum decedit poſthumus poſt eius mortem. Quia in priore caſu iuſta eſt & probabilis eius volūtas, cum videt deceſſiſſe poſthumum natum ſe viuo quem præterijt. In poſteriore ſpecie non eſt eadem voluntas Ego vereor ne idem dicendum ſit, etſi poſt mortem teſtatoris poſthumus deceſſerit. Vlpia. noſter hic loquitur de poſthumo, qui viuo teſtatore natus decedit. Sed hoc multum mouere nos non debet: quia de vita teſtatoris hoc forte expreſſum eſt: quia ita acciderat in ſpecie propoſita. In diſputationibus Iureconſultorum quæſtiones ex facto incidentes plerunque tractantur: nec ſunt quęſtiones ab eis excogitatæ. Et cap. 12. ſumptum eſt ex lib. diſp. Vlpia. Mouet me vt diſſentiam ab alijs, atque ita hæc verba Vlpiani interpretor, quod Vlpianus ipſe in Inſtitu. tit. quemadmod. teſta. rump. ſimpliciter ait rupto teſtamento dari bonorum poſſeſſ. ſecundum tabulas ſcripto hæredi, ſi ſeptem teſtium ſignaculis obſignatum ſit teſtamentum. Hoc dicit, & ſi nemo rem euincere poterit. Hoc enim ita eſt intelligendum ſine vlla diſtinctione. Vlpia. ita ſcribit conualeſcere teſtamentum, quod ruptum eſt: & dari bonorum poſſeſſionem. non poteſt melior Vlpiani eſſe interpres, quam Vlpianus ipſe. Mihi itaque videntur verba Vlpiani eſſe intelligēda, non tantum ſi poſthumus pręteritus deceſſerit, viuo teſtatore: ſed & ſi deceſſerit poſt mortē teſtatoris, vt detur bonorum poſſeſſio ſecūdum tabulas ſcripto hæredi, ſi modo ſeptem teſtium ſignaculis teſtamentum fuerit ſignatum, vt iā diximus. Sed quid reſpondebimus ad d. l. 2. Ego reſpondeo verum eſſe quod dicitur in d. l. 2. ruptum eſſe teſtamentum: tamē non etiam reſtitui teſtamentum. Sed addenda eſt exceptio ex hoc Vlpiani loco: niſi ſignatum fuerit teſtamentum ſeptem teſtium ſignis: quo caſu propter ſolennitatem iuris prætorij dabitur bonorum poſſeſſio ſecundum tab. ſcripto hæredi. Si igitur nos vtramque legem interpretamur vt vni per alteram derogetur: vt per eam, quæ ſpecialis eſt, generali legi derogetur. l. in toto iure. ff. de regul. iur. Vna lex eſt ſpecialis, altera generalis. d. l. 2. generalis eſt, noſtra autem ſpecialis. Sic pugnantia hæc dici non poſſunt. Pergamus ad alias antinomias. Alia antinomia eſt ex l. qui vxorem. 15. hic. Quidam habebat vxorem prægnantem, teſtamentum fecit, & poſthumum ex ea naſciturum præterijt, Deinde in hoſtium poteſtatem peruenit. captus,

Digitized by Google

eſt ab hoſtibus: natus eſt ei filius apud hoſtes & mortuus. Quęritur an valeat teſtamentum, an non valeat? ait ſimpliciter Iuriſconſul. rumpi teſtamentum, etiam ſi filius ante moriatur quam pater: & tamen proponitur deceſſiſse filius ante patrem. Ait etiam Iuriſconſul. ad nullum pertinere hęreditatem ex eo teſtamento. Hęreditas ergo deferetur legitimis hæredibus ab inteſtato. Vulgo ita dici ſolet, quãuis filius in ea ſpecie mortuus ſit ante patrem, tamen propter legem Corneliam intelligitur pater deceſſiſſe prior ante filium. Lex Cornelia fingit eum, qui deceſſit apud hoſtes, deceſſiſse antequam caperetur: quo tempore non erat mortuus filius, ac ne natus quidem. Sic elabuntur: ſed eadem ratione poteſt refutari hęc diſtinctio, qua & ſuperior refutata eſt: quia pro certo habent, ita diſtinguendũ eſse, an filius decedat mortuo teſtatore, an vero ante mortem teſtatoris, eo confugiunt, vt dicant ſecundũ fictionem legis Corneliæ patrem deceſſiſse videri ante filium; atque ideo mirum non eſse, ſi teſtamentum ruptum eſse omnino dicatur, adeo vt hæreditas ex eo teſtamento ad neminem pertineat. Quia igitur ſuperior diſtinctio à nobis refutata eſt, nec poteſt cõſiſtere, nec hæc quidem quę eam ſubſequitur defendi poteſt. Quid igitur dicemus? Idem quod in ſuperioris antinomiæ explicatione. nos dicemus rumpi teſtamentum in hac ſpecie, ſicut & in aliis. Qui interrogatus reſpondebit ruptum eſse teſtamentum, & non reſtitui, non male reſpondebit. Conſentaneum eſt hoc iuri ciuili, nec iuri prætorio contrarium eſt: ſed hoc accipiẽdum eſt cum ea exceptione, niſi ſolennia iuris prætorij interuenerint: quo caſu hæres ſcriptus bonorum poſseſſionem habebit, & rem obtinebit, ita vt generi per ſpeciẽ derogetur. Quod dicitur in d. l. qui vxorem. generale eſt. Generaliter dicitur ſtatim ruptum eſse omnino teſtamentum. In ea ſpecie non proponitur ſeptem teſtium ſignaculis ſignatum eſse teſtamentũ. Nihil huiuſmodi proponitur, ſecundum id quod proponitur, recte reſponſum eſt ruptum eſse teſtamentum. Sed quo caſu hæc interuenerint, de quibus loquitur Vlpianus, ſeptẽ teſtium ſigna, tunc quamuis ruptum dicatur eſse teſtamentum iuris ſubtilitate, tamen bonorum poſseſſio ſecundum tabulas datur.

Alia eſt antinõmia ex l. Gallus. 29. §. idem credẽdum. ff. de liber. & poſthum. vbi Scæuola ait, ſucceſſione rũpi teſtamentum, quaſi agnatione, cum nepos ſuccedit in locum filij prius mortui. Si nepos ſit præteritus patris teſtamento, vt ſi teſtator ita dixerit, *Filius meus hæres eſto: & ſi filius meus & nepos meus, me viuo, morientur, tunc ſi quis mihi nepos naſcetur, hæres mihi eſto.* Si nepos deceſſerit ante filium, deinde filius, tunc ſuccedet pronepos: dicitur recte & vtiliter pronepos inſtitutus eſſe: ſed ſi prius decedat filius, deinde nepos, non dicitur vtiliter eſſe inſtitutus pronepos: quia ſucceſſione nepotis in locum filij prius mortui, ruptum eſt teſtamẽtum: rupto teſtamento non poteſt vtilis eſſe inſtitutio pronepotis, corruunt omnia, quæ ſcripta ſunt rupto teſtamento. Ita teſtator pronepotem inſtituit, *Si filius & nepos meus, viuo me, morientur, tunc pronepos &c.* Quo caſu moritur filius, viuo teſtatore: deinde nepos ſucceſſione rumpit teſtamentum, & tamen hic dicemus, ſi viuo teſtatore natus præteritus ſit poſthumus, teſtamentum non rumpi. Sed ex his quæ diximus facile apparet diſſolutio & explicatio. Si in lege diceretur rumpi teſtamentum ſucceſſione, & in alia non rumpi diceretur, pugnantia eſſent. Sed hoc non dicit Vlpianus hic: non negat rumpi teſtamentum, ſed addit exceptionem. Ait bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dãdam eſſe ſcripto hæredi, ſi ſeptem teſtium ſigna teſtamentum ſignatum ſit, non ſimpliciter dicit dandam eſſe bonorũ poſſeſſionem ſcripto hæredi, ſed ita demum ſi ſolẽnia iuris prætorij interuenerint. Ergo eſt intelligendum quod hic dicitur, & omnia quęcunque contraria nobis obijci poſſent, quæ huiuſmodi ſunt, ita ſunt diluenda. Si quis mihi protulerit centum ſpecies, in quibus dicatur, mortuo poſthumo, quia natus eſt viuo teſtatore præteritus, teſtamentum rumpi, nec reſtitui: dicam nõ eſſe contraria, ſed omnia vera. verum eſt addenda exceptio, de qua iam diximus, dicendum tamen eſt, quo caſu iuris prætorij ſolennia interuenerint, dandam eſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcripto hęredi. Et hoc ſemper animaduertendum eſt in conciliatione horum locorum, ſecundum illam regulam d. l. in toto iure. ff. de regul. iur. Sequens quęſtio eſt, an idem dicendum ſit in pręteritione filij iam nati, quod hic ait Vlpianus in præteritione poſthumi? Magna & difficilis quæſtio eſt. Hic diximus pręterito poſthumo, tamen dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcripto hęredi, ſi poſtea deceſſerit: an idem dicemus ſi teſtator pręterierit filium ſuum iam natum: ſi ſeptem teſtium ſignaculis ſignatum ſit teſtamentum, an dabitur bonorum poſseſſio hęredi ſcripto? Pone pręteritũ eſse filium natum in teſtamento, deinde deceſſiſſe vel viuo teſtatore, vel mortuo teſtatore. Difficilis eſt quęſtio in l. ſi filius eius. 7. ff. de liber. & poſthu. dicitur teſtamentum in quo filius eſt pręteritus, adeo nõ valere, vt nunquam poſtea conualeſcat. & idem dicitur in Inſtitu. de exhęred. liber. §. 1. Hoc teſtamentũ igitur adeo nullum eſt, vt non conualeſcat etiam ſi filius moriatur, viuo patre ſuo. Et ſane ex his, quæ iam diximus, apparet differentia, & ratio diuerſa filij iam nati, & poſthumi. l. 3. §. ex his. ff. hoc titu. Filij præteriti iniuſtum teſtamentum faciunt: poſthumi non faciunt iniuſtum, ſed rumpunt ſi naſcuntur. Leges veteres iubẽt filium inſtitui, aut exhæredari. vetant præteriri filium in teſtamento, ita vt exhæredatio dicatur pertinere ad ordinationem teſtamenti. l. inter cætera. ff. de liber. & poſthu. §. 1. Inſtitu. de exhæredat. liber. Hæ leges non iubent poſthumum inſtitui, aut exhæredari: imo vix erat permiſſum vt is, qui nondum natus eſt inſtitueretur hæres: ſed vtilitatis cauſa hoc eſt receptum. Ideo filij nati iniuſtum faciunt teſtamentum. Teſtamentum dicitur non iuſtum eſſe, non iure factum. Hoc verbum ad veteres leges refertur, vt ſæpe dixi. Ex his, quæ diximus non videtur conualeſcere teſtamentum in quo filius natus præteritus eſt. Sed manifeſte videtur aduerſari ſecunda pars huius l. poſthumus. 12. in princip. ver. *Idem & circa iniuſtum.* In prima parte Vlpianus locutus eſt de rupto teſtamento, cum teſtamentum ruptum eſt præteritione poſthumi. poſtea loquitur de iniuſto. Iniuſtum teſtamentum dicitur, in quo filius iam natus præteritus eſt: vt iam diximus. Ergo nihil refert in hac re an poſthumus, an vero filius iam natus præteritus ſit. Sed animaduertẽdum eſt, quod idem Vlpianus hic ait, *Si bonorum poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato, &c.* Si ſcriptus hæres ſit is, qui poterat ſuccedere ab inteſtato. In ſuperiori caſu nihil refert, quis hæres ſcriptus ſit, ſiue extraneus, ſiue is qui ab inteſtato rem auferre poteſt: datur enim bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Sed cum agitur de iniuſto teſtamẽto, in quo filius iam natus præteritus eſt, multum refert quis hæres inſtitutus ſit. Nam ſi extraneus inſtitutus ſit, non dabitur ei bonorum poſſeſſio. Sed cur hic loquitur conditionaliter? ſed cur non ſimpliciter dixit dandam eſſe ei bonorum poſſeſſionem? Mihi videtur ita hoc dictum eſſe: quia erat quæſtio de legatis, an legata præſtãda eſſent. Primum vult dari ei bonorum poſſeſſionem, qui alias ſucceſſurus erat ab inteſtato, & quo caſu bonorũ poſſeſſio ei datur, vult ab eo præſtari legata. Alciatus lib. Parerg. cap. 8. aliter interpretatur iniuſtum. Iniuſtum vocat in quo ſolennia iuris non interuenerunt, & ait

diſtingui

diſtingui iniuſtum teſtamentum ab eo, in quo præteritus eſt filius. Ego iam dixi, ſubtiliter hæc diſtingui à Papiniano, ſed tamen hanc differentiam confundi ab aliis, vt Vlpian. l. 3. §. ex his. Similis eſt locus in l. ſi quis filio exhæredato. 6. in fi. princ. ibi, nec enim &c. vbi filios pręteritos ait iniuſtum teſtamentum facere. Ergo iniuſtum teſtamentum hic accipiemus, ſiue in quo filius iam natus pręteritus eſt, ſiue in quo ſolennia iuris defuerunt. Quod ad filium attinet iam natum, iniuſtũ eſt teſtamentum, nec conualeſcit filio mortuo teſtamẽtum, niſi hęc duo concurrant, ſi ſolennia iuris pretorij interuenerint: deinde ſi hęres inſtitutus ſit, qui ab inteſtato auferre hereditatem poterat. Alterum autem ſufficit cum poſthumus eſt pręteritus, ſcilicet ſufficit ſolennia iuris prætorij interueniſſe. Iam ſuperius diximus variis modis rumpi teſtamentum, quod iure factum eſt: veluti ſi poſthumus pręteritus agnaſcatur defuncto. Addẽda ſunt alia exempla, quę nos ſummatim & breuiter perſtringemus. Aliud exemplum eſt, cum nepos ſuccedit in locum filij ex lege Velleà, de qua ſatis diximus ſupra. Hic dicitur quaſi agnaſci, quia iam natus erat tempore facti teſtamenti, ſed quaſi agnaſci. Non enim erat ſuus, quia pater eum pręcedebat tempore facti teſtamenti, ſed mortuo patre ſui hęredis iura cõſequitur, & rumpit teſtamẽtum. Aliud exemplum eſt in adoptione, ſiue arrogatione. l. 8. verum. alias certum, hic. ff. Eſt alius locus de hac adoptione vel arrogatione in l. ſi quis hęres. 18. eo. Idem Inſtit. quib. mod. teſta. infir. §. 1. De hoc diximus ſup. ſub tit. de lib. & poſthum. ad leg. filio quem pater. vbi hanc legem interpretati ſumus, & leg. non putauit. 8. §. ſi quis emancipatum. de bon. poſſ. contra tab. Aliud exemplum extat apud Vlpianum in Inſtitu. de vxore, quę cõuenit in manum viri: quo genere matrimonij ſubiiciebatur omnino poteſtati mariti ſui vxor, non aliter, quam filius arrogatus, vel adoptiuus. ideoque efficiebatur ſuus hęres. Huius rei duobus in locis in Inſtitut. meminit Vlpia. ſcilicet ſub tit. quib. mod. teſta. rumpat. & ſub tit. qui hęred. inſtitut. Sed hoc ius omne exoleuit. Aliud exemplum eſt cum teſtamentum mutatur alio facto teſtamento. poſteriore teſtamento iure facto prius rumpitur. l. 1. hic. Oportet enim poſterius teſtamentum iure factum eſſe, ita vt hęres ex eo exiſtere poſſit. De hoc in l. cum in ſecundo. 16. hic. idem dicitur in Inſti. de teſta. ordi. §. poſteriore. Diximus ſupra ſub tit. de teſta. nihil referre, an poſterius teſtamentum factum ſit in ſcriptis an vero ſine ſcriptura per nuncupationem. Sufficit iure factum eſſe teſtamentum, quod fit per nuncupationem: non enim minus dicitur iure factum, quam quod fit in ſcriptis. quod intelligendum eſſe diximus cum exceptione, quæ traditur in leg. nolumus. C. de teſtamen. Conſtitutio eſt Theodoſij de ea re. Exiſtimauit facile Theodoſius reperiri poſſe teſtes, qui mentiantur in gratiam principis, aut magnatum aliorum. Illud animaduertendum eſt, quamuis prius teſtamentum poſteriori teſtamento iure facto rumpatur, tamen ſi teſtator expreſſerit in poſteriori teſtamento, ſe velle, quę ſcripta ſunt in priori teſtamento, ex cauſa fideicommiſſi non iure directo valere, prius teſtamentum ratum eſſe. Quid igitur dicemus, ſi poſterius iure perfectum non ſit, teſtamentum prius ſit perfectum, an poſteriori teſtamento prius rumpetur? Ego dixi non rumpi. Sed addenda eſt exceptio ex leg. 2. hic. ff. Excipiuntur duo caſus. Prior eſt, niſi poſterius teſtamentum iure militari factum ſit. Teſtamentum enim iure militari factum, etſi in eo ſolennia non interuenerint, non minus valet, quam ſi ſolenniter factum eſſet, adhibitis omnibus ſolennibus. Secundus caſus eſt, cum in poſteriori teſtamento ſcriptus eſt is heres, qui aliàs ſucceſſurus eſſet ab inteſtato: tũc enim poſterius teſtamentum quamuis iure non ſit perfectum, valet & prius teſtamentum rumpit. Hoc tamen intelligendum eſt ſi ea interuenerint, quæ conſtituta ſunt in conſtitutione Theodoſij in l. hac conſultiſſima. §. ſi quis autẽ. C. de teſt. vbi vult primum Theodoſius, vt in priori teſtamẽto ſcripti ſint extranei, in poſteriori ſcripti ſint legitimi, qui alias ſucceſſuri ſint ab inteſtato. Deinde vult adhiberi ſaltem quinque teſtes in poſteriori teſtamento, his interuenientibus prius teſtamentum rumpitur, & valet poſterius: non quidem vt teſtamentum, ſed vt vltima voluntas inteſtati. Ex his quæ iam diximus, conſtat verum eſſe, quod Iuſtinianus, ait in Inſtitu. quib. mod. teſt. infir. §. ex eod. &c. nuda voluntatẽ teſtamentum iure factum non rumpi. Teſtamentum iure factum eſt: deinde teſtator declarauit ſe omnino id teſtamentum reuocare: hæc teſtatoris voluntas probatur duobus aut tribus teſtibus. Ait Iuſtinianus hoc non ſufficere ad reuocandum teſtamẽtum: fruſtra enim adhiberetur tanta ſolennitas in conficiendo teſtamento, quantam adhiberi diximus ſub tit. de teſtamen. ſi probari poſſet duobus teſtibus teſtamentum mutatum eſſe per declarationem voluntatis: tamen ſi declaratio voluntatis prohibetur teſtibus, & lapſum ſit tempus decennij, vtroque concurrente, teſtamentum intelligetur mutatum & reuocatum eſſe. l. ſancimus. C. de teſtam. Præterea inciſis vel ruptis teſtamenti tabulis, teſtamentum dicitur mutatum eſſe. leg. viti. ff. hic. Sed hic locus probatur, quo caſu ſanæ mentis fuerit, inciſis tabulis infirmari teſtamentum. Aliquid enim præter nudam voluntatis declarationem accidit, nempe inciſio tabularum. Idem dicitur, ẽſtque aliquanto planior conſtitutio in leg. pen. C. de teſtamen.

Cap. IIII.

De irrito teſtamento.

Hæc eſt noſtri tractatus pars tertia. Vlpianus in Inſtitu. titu. quibus mod. teſtamen. rumpant. ait duobus modis irritum fieri teſtamentum. In primis irritum fit, ſi nemo ex eo hæres extiterit. itaque dicitur inteſtatus deceſſiſſe, quamuis teſtamentum fecerit, ſi ex eo adita hæreditas non ſit. Secundo irritum fit teſtamentum, cum poſt factum teſtamentum teſtator capite minutus eſt, amiſit enim libertatem, vel ciuitatem. Eſempla varia ſunt in l. ſi quis filio exhæredato. 6. §. irritum. Eſt locus communis de capitis diminut. quib. modis qui minuatur capite. Inſtitut. de cap. minut. in d. l. 6. §. hi autem omnes ff. hic. Eſt etiam locus communis de appellatione ibidem. Hæc tantum lectionem deſiderant. Quod ſequitur, paulo difficilius eſt. Quæritur an hoc teſtamentum, quod irritum eſt, conualeſcat iure prætorio: ſicut ſupra diximus teſtamentum ruptum conualeſcere? Quæſtio eſt in l. 12. poſthumus. hic. Prius dixerat Vlpianus teſtamentum, quod ruptum eſt agnatione poſthumi præteriti, conualeſcere, ſi ſignatum ſit, ſi ſolennia iuris prætorij interuenerint, & bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dari ſcripto hæredi. *Idem & circa iniuſtum & irritum.* Ait Vlpianus in dict. l. 12. propter ſolennitatem iuris prætorij conualeſcere hoc teſtamentum, cum exceptione tamen, ſi is qui ſcriptus eſt hæres, tẽ ab inteſtato auferre poſſit. is eſt qui alias ſucceſſurus eſt ab inteſtato. ſic multo facilius teſtamentũ non iure factum cõfirmatur. Eodẽ pertinet quod Iuſtinianus ait in Inſt. tit. quib. modis teſtam. infir. §. non tamen. Ait. n. teſtamentum, quod irritũ factum eſt, aliquando cõualeſcere, ſi ſeptem teſtium ſignis ſignatum fuerit: & teſtator tẽpore mortis ciuis Romanus & in ſua poteſtate fuerit. Si vero ius ciuile ſpectemus, non ſufficit teſtatorem mortis tempore ciuem Romanum fuiſſe. Nam ſi poſt factum teſtamentum, medio tempore fuerit capite

ſimis verbis multæ quæſtiones continentur, quæ partim ſunt facti, partim ſunt iuris. Primum axioma eſt: Deleto nomina vnius hæredis, reliquam partem teſtamenti valere. Teſtator plures hæredes ſcripſit in teſtamento ſuo, vnius nomen deleuit & induxit. Quæritur an reliqui hæredes poſſint ex teſtamento petere. Ait Iureconſul. in l. 2. hoc tit. ff. reliquam partem teſtamenti valere. Secundum eſt, Inductis nominibus omnium hæredum, propter odium vnius cæterorum inſtitutionem valere, niſi contraria teſtatoris voluntas probetur. Teſtator plures hæredes ſcripſit in teſtamento, omnium nomina deleuit ob vnius odium. Quæritur an omnium inutilis ſit inſtitutio? hic eſt quæſtio voluntatis. nam poteſt teſtator voluiſſe odio vnius etiam cæteros excludere ab hæreditate ſua: fieri etiam poteſt, vt inducendo omnium hæredum nomina, voluerit tãtum hunc, quem odio habuit, excludere. quæſtio igitur eſt voluntatis. ſed ait Iureconſultus cæterorum inſtitutionem non eſſe infirmatam in dubio, & legata valere. Tertium eſt axioma in l. 3. hic. ff. nihilominus legata deberi, hanc eſſe ſententiam Antonini, qui Philoſophus dictus eſt, refert Iuriſconſul. Hinc obſeruari poteſt & ediſci mos actuum conſcribendorum à notariis, qui notis ſcribebant: huiuſmodi exempla reperiuntur apud Lampridium, apud Capitolinum. In eadem l. 3. ibi. *Non poteſt vllum teſtamentum.* Eſt locus communis de hæredum inſtitutione, teſtamẽtum non valere ſine hæredis inſtitutione: ergo inductis nominibus hæredum, legata non præſtabuntur. Pronuntiauit tamen Cæſar pro legatariis: non tamen dicit teſtamentum valere, ſed legata valere: non quod teſtamentum valeret, ſed quod teſtator videretur voluiſſe valere ab inteſtatu. Quartum axioma, vno ex pluribus exemplaribus teſtamenti inciſo cætera firma manere, niſi contraria voluntas teſtatoris probetur. l. vnum teſtamentum. 24. ff. de teſtamen.

IN TIT. VI.

DE VVLGARI ET PVPILLARI SVBSTITVTIONE.

CAP. I.

HVic tit. reſpondet alius in Cod. Iuſtiniani, de impub. & aliis ſubſtit. Tractatum fuit ſupra de hæredum inſtitutione generaliter ſub titu. de hæred. inſtit. nunc ordo poſtulat, vt de inſtitutione, quæ fit in ſecundo gradu, dicamus, quæ ſpecias eſt inſtitutionis, & ſubſtitutio dicitur. Teſtatores in teſtamentis ſuis non tantum inſtituunt hæredes in primo gradu: ſed etiam in ſecundo, ne forte, primo hærede deficiente, moriantur inteſtati. Ideo ſubſtitutionem ait fieri Iuſtinianus in principio conſtitutionis ſub, de cadu. tolli. Huc pertinet quod Modeſtinus ait in l. 1. ff. hic. Contentus fuit Modeſtinus ſimplici & rudi enarratione, ſiue deſcriptione, docere volens qui ſint inſtituti, & qui ſubſtituti, ſicut & Vlpian. in Inſtitu. Qui hæred. inſtit. poſſint. iiſdem fere verbis vtitur. Ait, hæredes inſtitutos dici in primo gradu, ſubſtitutos in ſecundo vel ſequentibus. Vulgares interpretes alias definitiones excogitant, quas exactiores putant eſſe: ſed harum quaſdam deprehendimus omnino eſſe ineptas, alias non neceſſarias ad id explicandum, de quo agitur. Cum res ipſa ſine definitione dialectica ſatis intelligitur, non eſt laborandum de definitione, inquit Galenus ſub tit. de differ. pulſũ. & notat philoſophiam medicorum ſui temporis, qui dialecticam definitionem in omnibus rebus requirebant. hoc vitium eſt noſtris interpretibus familiare. Ne tamen à conſuetudine recedere omnino videamur, nos hic trademus exactiorem definitionem, ſimplici definitione Iurecõſulti. *Subſtitutio, eſt inſtitutio hæredis in ſecundo, vel vlteriore gradu facta.* Animaduertẽdum eſt hic, nos definire non ſubſtitutionem generaliter & ſimpliciter: ſed ſubſtitutionem hæredis: ſicut facit Modeſtin⁹, qui ait in d. l. 1. ſubſtitutos eſſe eos, qui inſtituti ſunt in ſecundo, vel ſequenti gradu. Hic ergo definimus, non quamuis ſubſtitutionem: ſed ſubſtitutionem hæredis tantum. Subſtitutionis verbum æquiuocum eſt. nam ſubſtitui dicitur legatarius in locum legatarij: fideicommiſſarius in locum fideicommiſſarij: hæredis iudex in locum alterius iudicis: arbor in locum alterius arboris: pecora in locum pecorum demortuorum. Hæc homonymia explicanda eſt antequã definiamus. Nihil vnquã definiendũ eſt, quod homonymũ ſit niſi homonymia prius explicata ſit, vt docet Galenus. Si quis igitur petat à me ſubſtitutionis definitionem, quia homonymum eſt verbum, & variæ ſignificationis, ego prius hanc homonymiam explicabo. Oſtendam quam varie accipiatur, vt iam à nobis dictum eſt: deinde ſingula, quæ ſignificantur hac voce, ego definiam. Definitiones ſunt rerum, inquit Galenus, non nominũ. Imitabimur ergo morẽ Iureconſultorũ noſtrorũ, qui definiunt non ſubſtitutionẽ quamlibet: ſed hæredum tantum ſubſtitutionem. Sed cur, dixerit aliquis, mentio hæredum non fit in titulo, in inſcriptione ipſa, ſi ſubſtitutio hæredis tantum definiatur? titul⁹ eſt ff. de vulgari & pupillari ſubſtitutione. & Cod. inſcribitur, de impub. & aliis ſubſti. In neutro loco mentio vlla fit hæredis: ſed nihilominus tamen ſubſtitutionem hæredis accipere debemus, in inſcriptione ipſa. id oſtendunt verba Modeſtini in l. 1. hic. Ideo mentio hæredum facta non eſt in inſcriptione & titulo ipſo, quia id ſatis intelligi poterat ex ſuperiorib. titulis. Nã in tit. de hæred. inſt. tractatur de hæredis inſtitut. non de qualibet inſtitutione. nam inſtituo, verbum nõ minus æquiuocum eſt, quam ſubſtituo. Nos igitur intelligere debemus de ſubſtitutione hæredis: ſicut de inſtitutione hæredis ſupra diſputatum eſt. Similia exempla occurrunt paſſim, tam in Digeſt. quàm in Cod. Ego pauca adferam. & alia huiuſmodi obſeruari poterunt legendo. In tit. de magiſtrat. conuenien. qui ſatiſdationem non petierunt pupillis, cum tutores darent, hoc intelligitur ex ſupradictis. Aliud exemplum eſt in titu. de confeſſis. Titulus de confeſſis pertinet ad eos, qui confeſſi ſunt in iudicio. Aliud exemplum eſt in dicto titu. de pollicita. Tit. de pollicitationibus pertinet ad eas pollicitationes, quæ fiunt Reip. id non expreſſum eſt. ſed tamen intelligitur ex ſuperioribus tit. Superiores enim tituli pertinent ad publicarum rerum adminiſtrationem. In Codice huiuſmodi tit. deprehenduntur, veluti in tit. de verborũ ſignific. qui accipiendus eſt de ſignificatione verborũ, quibus teſtatores in ſuis teſtamentis vtuntur. id ex ſuperioribus tit. intelligitur. Tit. de ſatiſdat. in C. intelligitur de ſatiſdatione. quæ fit in iudiciali cauſa, in iudicio. Tit. de in lit. iuran. pertinet ad tractatum tutelarum. Animaduertendum eſt igitur in primis hic una definire ſubſtitutionem hæredis, more Iureconſultorum, quamuis ſubſtitutio ſit alia rerum, alia perſonarum. Subſtitutionem itaque hæredis, hic definimus eſſe, inſtitutionem hæredis in ſecundo gradu, vel vlteriore factam. Singula verba huius definitionis hic explicaturus ſum: ſed ſimpliciter, more meo, omiſſis aliorum inutilibus argutiis. Dicitur in definitione noſtra. *Inſtitutio.* Inſtitutio genus eſt in hac definitione, nam inſtitutio & ſubſtitutio differunt vt genus & ſpe

pecies. Omnis ſubſtitutio inſtitutio eſt: non tamen cõtra. Nec mouere nos debet quod Modeſtinus ait in l.1. hic. ff. Opponit enim ſubſtitutionem inſtitutioni, tanquam inſtitutio & ſubſtitutio ſpecies ſint diuerſæ, & ſeparatæ: & vocat inſtitutos, qui ſunt in primo gradu inſtituti: ſubſtitutos autem in ſecundo vel tertio. Sed nouum nõ eſt, vt genus aliquando pro ſpecie ponatur, quamuis inſtitutionis verbum generale ſit nomen, & comprehendat tanquam ſpeciem, ſubſtitutionem: tamen aliquando pro ſpecie accipitur, & opponitur ſubſtitutioni, tanquam ſpecies diuerſa & ſeparata. id frequens eſt in iure ciuili. Exemplum vnũ eſt in adoptione in l.1. de adopt. Aliud exemplum eſt in cognatione in l. non facile. 4. & l. Iuriſconſultus. 10. ff. de gradibus. Sic etiam inſtitutio nomẽ generale eſt, & duas ſpecies habet, quarum altera inſtitutio dicitur, altera ſubſtitutio. Et cum dicimus inſtitutum, cum quis inſtituitur in primo gradu, nos inſtitutum tantum intelligimus: ſicut dicimus cognatos eſſe, qui per perſonas fœmini ſexus coniunguntur, intelligimus cognatos tantum. Sic etiam dicuntur legitimæ hæreditates, quæ ab inteſtato deferuntur, intelliguntur lege tantum. ſic dicendum eſt de inſtitutione & ſubſtitutione. Quãuis igitur Modeſtinus de inſtitutione locutus ſit, vt de ſpecie oppoſita ſubſtitutioni: nihilominus tamen recte dicetur ſubſtitutio inſtitutio eſſe. Inſtitutio hæredis quid ſit, docuimus ex l.1. ff. de hæred. inſtit. Inſtituere is dicitur hæredem qui ſtatuit, quem ſibi poſt mortem ſuam velit eſſe ſucceſſorem, vt eundem locum teneat, quem defũctus poſt mortem eius. Ideo ſubſtituere dicitur quaſi ſub alio, quaſi poſt alium hæredem inſtituere. Ex his naſcitur quæſtio, an inſtitutio proprie ſignificet ſubſtitutionem? Ego propriè appellatione inſtitutionis, puto ſignificari ſubſtitutionem. Qui de ſubſtitutione loquens, vocat eam inſtitutionem, nõ eum impropriè loqui puto. Animal hominem & brutum proprie ſignificat. has ſpecies ſub ſe complectitur. De ſubſtitutioné loquentes Iureconſul. hoc verbo vtuntur. id docui in l. Gallus. ff. de liber. & poſthum. vbi Scæuola in principio ſtatim hoc modo loquitur, Gallus ſic poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxit, & tamen ſubſtitutio eſt: nam filius nepotẽ præcedit. Huc pertinet quod dicitur in leg. mulier. 20. §. vltim. ff. de condit. inſtit. Ego te inſtitui hæredem ſub conditione, ſi me inſtitueris: quia enim dubito an me inſtitueris hæredem, addo hanc conditionem inſtitutioni, ſi me hæredem inſtitueris. Tu titium inſtituiſti, & ei me ſubſtituiſti. Quæritur an dicatur exiſtere conditio? Iureconſultus ait cõditionem extitiſſe videri. Hoc argumento probatur, appellatione inſtitutionis proprie ſignificari ſubſtitutionem. Nam in conditionibus maxime ſeruatur verborum proprietas. l. 43. qui hæredi. & l. Mæuius. 53. ff. de con. & demonſtr. Sed quæritur cum huius verbi tam varia ſignificatio ſit, quomodo accipi debeat, ſi vel in teſtamento, vel in lege, vel in alia quacunque diſpoſitione huius verbi mentio repetiatur, an intelligemus de inſtitutione, quæ fit in primo gradu: an de ea quæ in ſecundo? probabiliter enim dubitatur de qua inſtitutione id accipiẽdũ ſit. Ego ſæpe admonui huiuſmodi quæſtiones, quæ facti ſunt, quæ in ſtatu coniecturali verſantur, nullis poſſe diſtinctionibus, aut diuiſionibus omnino cõprehẽdi, & in vniuerſũ definiri. l. mora. ff. de vſur. & leg. pen. §. vlt. de impen. in rebus. dota. fact. Cũ ſpecies aliqua proponitur, non difficile eſt homini prudẽti, & qui iudicio præditus ſit, & in his exercitatus nõ mediocriter, videre quod fuerit cõſilium eius, qui meminit huius verbi. Ecce id paucis exẽplis oſtẽdã. In dict. l. mulier. in fin. ff. de cõdit. inſtit. inſtitutionis verbũ ad ſubſtitutionẽ pertinere dicitur. Generaliter. n. accipitur, quia lata eſt huꝰ verbi ſignificatio. Significatque tã inſtitutionẽ, quę fit in primo gradu, quã quę in ſecundo. Et cum nihil apparet cur huius verbi ſignificatio reſtringatur, nos late interpretamur etiam de ſubſtitutione. Similiter cum quis ita dicit, *Titius hæres meus eſto, & ſi hæres meus non erit, Sempronium inſtituo:* nemo dubitat, quin verbum hoc, inſtituo, de ſubſtitutione intelligatur in hac ſpecie. Vis verborum hoc ſatis oſtendit, apparet enim Sempronium inſtitui in ſecundo gradu. Ergo verbum, inſtituo, perinde accipitur, ac ſi teſtator dixiſſet, ſubſtituo.

Aliud exemplum. Lex iubet filium, qui eſt in patris poteſtate, inſtitui à patre: & eo prætetito nullum eſſe teſtamentum. hic quæritur an ſufficiat filium ſubſtituere? Lex de inſtitutione loquitur, vult filium inſtitui. Dixerit forte aliquis, quia hoc verbum ſignificat ſubſtitutionem, ſufficere filium ſubſtitui, ne teſtamentum rumpatur & valeat teſtamentum. Sed tamen nos hanc legem aliter interpretamur. Interpretamur enim eam de inſtitutione in primo gradu, alias præteritus reperiretur à primo gradu. Lex vult præteritionem filij rũpere teſtamentũ, imo teſtamentum nullum eſſe. Certe filius reperitur præteritus à primo gradu, ſi inſtitutus tantum ſit in ſecundo gradu. Itaque cum filius, qui eſt in patria poteſtate, ſubſtituitur, teſtamentum dicitur nullum. Sequitur in definitione verbi hæredis. Adiecimus hoc verbum in definitione noſtra, quia nõ quæcunque ſubſtitutio hic definitur, vt iam diximus: ſed ſubſtitutio tantum hæredis. Itaque nihil aduerſantur huic definitioni quæ vulgo obiici ſolent de legatis, de fideicommiſſis, & de donationibus cauſa mortis. Aiũt in legatis, in fideicommiſſis, &c. reperiri ſubſtitutionem, & tamen ea non eſt inſtitutio hæredis. Sed ſufficit ita reſpondere, hic non definiri quamcunque ſubſtitutionem: ſed definiri tantum ſubſtitutionem hæredis. & id conſultius eſt exprimere, & ſi expreſſum nõ fuerit, tacite eſt intelligendum ex ſententia Iureconſulti, atque ita facile diluuntur hæc ſophiſmata. Et certum eſt in legatis, in fideicommiſſis ſubſtitui poſſe. hoc generaliter traditum eſt in §. ſin autem. C. de cadu. tollen. *Nam non tantum.* hoc etiam expreſſum eſt in l. vt hæredibus. de legat. 2. Eſt aliud exemplum de donatione cauſa mortis. in leg. quoties. C. de donat. quæ ſub modo. Homonymum igitur eſt hoc vocabulum, & ad alias res pertinet. Repetitur mẽtio ſubſtituti iudicis in leg. penult. iudicat. ſolui. Pecora dicuntur ſubſtitui in locũ demortuorum pecorum. l. ſi grege legato. 22. ff. de leg. prim. Arbores aliæ ſubſtituuntur in locum demortuarum. l. in fraudem. 45. ff. de iure fiſci. Item ſubſtituũtur tutores in locum aliorum tutorum. leg. tutores. 38. §. in eum. ff. de admin. tuto. Hæc homonymia diligenter obſeruanda eſt in initio, vt intelligamus quid definiamus. Hinc naſcitur quæſtio, an fideicommiſſum recte dicatur ſubſtitutio? Ego Titium hæredẽ inſtituo, & fidei eius committo, vt reſtituat hæreditatem meam Sempronio. an Sempronius recte dicatur ſubſtitutus eſſe? Ecce ego dixi ſubſtitutionis verbum ad fideicommiſſum pertinere, vt Iuſtinian. ait in eo. §. ſin autem. C. de cadu. tol. Nec ego dubito quin vere & proprie fideicommiſſarius dicatur ſubſtitui hæredi: hic eſt mos loquendi Iureconſultorum, qui ſubſtitutionis verbo etiã in hac re vtuntur. Et cum quæritur de proprietate verborum, vſus maxime ſpectandus eſt. l. Labeo. ff. de ſupellect. leg. vnum exemplum eſt in l. generaliter. §. cum autem. C. de inſtitut. & ſubſtitut. ſub cond. fact. Pater filium ſuum inſtituit, & iuſſit eum reſtituere hæreditatem poſt mortem ſuam. Papinianus reſpondit hanc conditionem ineſſe, etſi expreſſa non ſit, ſi deceſſerit ſine liberis. l. cum acutiſſimi. C. de fideicom. vocátque fideicommiſſariam illam inſtitutionem, ſubſtitutionẽ, vt dubitandum non ſit de vſu & more loquendi Iureconſul-

conſul-

conſultorum. Subſtituitur, quia ponitur loco hæredis: ideo dicitur recte ſubſtitutus eſſe. Subſtitutus tamen hæres non eſt, etſi fateor hoc fideicommiſſum ſubſtitutionem eſſe: fidei commiſſarius tamen hæres non eſt l.1.l.& poſtulante.44.ff.ad ſenatuſcon. Trebel. ſed dicitur loco hæredis haberi propter ſenetuſcon. Trebellianum & Pegaſianum. Is qui reſtituit hæreditatem eſt hæres, non poteſt deſinere hæres eſſe. Hac ratione fit, vt ſubſtitutio hæredis diſtinguatur à reſtitutione fideicommiſſaria, atque ita diſtinguenda ſunt, quę aduerſus noſtram definitioné adducuntur. C.tit.de inſtitut. ſubſtitut. ſub condit. fact. Hic animaduertunt quidam reſtitutionem opponi ſubſtitutioni, tanquam diuerſum ſit, & tanquam reſtitutio fideicommiſſaria ſubſtitutio non ſit. Sed ibi intelligere debemus de ſubſtitutionib. hæredum, idque repetendum eſt ex ſuperioribus titulis compendij cauſa. ita loquutus eſt compoſitor horum librorum: quia videbatur id ſatis intelligi poſſe ex præcedentibus titulis, vt ſupra admonuimus. Atque non diſtinguitur ſimplex ſubſtitutio à reſtitutione hæreditatis, ſed reſtitutio hæreditatis, reſtitutio fideicommiſſaria, non recte ſubſtitutio hæredis dicitur, quamuis recte dicatur ſubſtitutio eſſe. ſic accipiendus videtur locus in leg. recuſare. 6. §. Titius. ff. ad ſenatuſconſul. Trebell. qui locus aduerſus noſtram etiam ſententiam adducitur. Hic non ſubſtitutum hęredem intelligendum quod dicitur in dict. leg. tutores. 38. §. hæres. ff. de admi. tut. hic non habuit ſubſtitutum, & tamen hic proponitur per fideicommiſſum debuiſſe hæreditaté reſtituiſſe, ſed hic intelligere debemus ſubſtitutionem hæredum. Subſtitutio compendij cauſa, in his locis dicitur ſubſtitutio hæredis, propter verba antecedentia. Verbum igitur hoc ambiguum eſt, & prout exigit ſubiecta materie accipitur, & modo pro ſubſtitutione hæredis, modo pro ſubſtitutione fideicommiſſaria accipitur. Deinde in definitione dicimus, in ſecundo: quia inſtitutio in primo gradu facta, non recte dicitur ſubſtitutio, id vocabulũ ſatis ſignificat. Subſtitutio eſt alicuius poſt alium inſtitutio: vnde in ſpecie l. ſi quis ita. 82. ff. de hæredi. inſtitu. de que eſt magne controuerſia: dicécendum eſt non eſſe ſubſtitutionem, ſi legitimus hęres noluerit meam hæreditatem vendicare, Titium hæredem inſtituo. Quæri ſolet, an ſit hic ſubſtitutio? & dixi ad l. Gallus. ff. de libet. & poſthum. ſupra, his verbis nõ intelligi ſubſtitutionem eſſe. Titius inſtitutus intelligitur in primo gradu ſub conditione, Si legitimus hæres &c. Sed obiicitur l. ſi quis mihi bona. 25. §. ſed ſi mãdenit. ff. de acquiren. hæred. Si pater mandauit filio ſuo vt adeat hæreditatem ſibi delatam ex inſtitutione, filius adire poteſt, etſi ex ſubſtitutione delata fuerit: & contra ſi mandauerit, vt ex ſubſtitutione delatam hæreditatem adiret, & delata fuerit ex inſtitutione, adire poteſt filius: vnde videtur appellatione ſubſtitutionis inſtitutionem contineri etiam eam, quæ primo gradu fit, ſed ea interpretatio non arguit eam eſſe propriẽ verbi ſignificationem. Hic voluit oſtendere Iuriſconſultus, quod dictum eſt à patre, produci ad inſtitutionem propter coniecturam voluntatis: quia credibile eſt patrem idem ſenſiſſe de inſtitutione facte in primo gradu, quod de ſubſtitutione, & credibile eſt id ab eo dictum fuiſſe: quia credebat inſtitutum eſſe filium in ſecundo gradu. Sic quod dictum eſt de ſubſtitutione propter coniecturam voluntatis, extenditur ad inſtitutionem: non tamen inde recte colligeretur, ſubſtitutionem eſſe inſtitutionem factam in primo gradu. Præterea in definitione dicitur, *vel vlteriore gradu.* hoc verbum adieci, vt ſophiſtis os obſtruerem, & ne cauſam eis contendendi præberem. Hæredes inſtituti dicuntur etiam ſi in tertio, vel quarto grado ſint ſubſtituti. Secundi hæredes dicuntur ſubſtituti à Cicerone, tamé Caius in Inſtit. ita definit ſubſtitutionem, vt ſit ſecundi hæredis appellatio: ſecundi hæredes dicuntur inſtituti in terio gradu.

Superius docuimus quid ſit ſubſtitutio, quam definiuimus ita, Subſtitutio & inſtitutio hæredis in ſecundo, vel ſequenti gradu facta. Singula verba huius definitionis explicauimus. Vulgaris definitio à noſtra nõ abhorret. Vulgo dicitur ſubſtitutio, ſecunda inſtitutio. Non male dicitur ſecunda inſtitutio eſſe: ſicut ſecundi hæredes dicuntur; qui ſubſtituti ſunt aliis. Sic ſecundæ nuptiæ dicũtur omnes, quæcũque poſt primas nuptias celebrãtur, etiam ſi ſint tertiæ, vel quartæ. Sed ambiguitas horum verborum præbuit occaſionem rixãdi hominibus ſophiſtis. Dubitari poteſt, & eſt quæſtio apud eos agitata, an ſit ſubſtitutio in hac ſpecie, *Titius ex ſemiſſe hæres eſto, Sempronius ex ſemiſſe hæres eſto.* Videtur eſſe ſubſtitutus Sempronius ſecundum hãc definitionem. quia hic ſecunda eſt inſtitutio. eſt prima inſtitutio, & ſecunda. Sed cauillatio eſt. Cum dicimus ſecundam eſſe inſtitutionem, non intelligimus hic ordinem ſucceſſionis, nos intelligimus vnum in locum alterius ſuccedere. Spectatur hic ordo ſucceſſionis, nõ modo ſcripturæ, vt verbis Vlpiani vter in l. 2. §. vlt. hic. In definitione noſtra, verba ſunt magis ſignificantia, & magis perſpicua. Ex his naſcitur quæſtio, an ſit ſubſtitutio in hac ſpecie, cum vnus ad tempus hæres inſtituitur, alter autem inſtituitur ex tempore? Hoc genus inſtitutionis permittitur militibus. l. miles ita hæredẽ 41. ff. de milit. teſta. Ego video Iureconſultos vti libere verbo ſubſtitutionis in hac re. In ea l. miles ita hęredẽ. Triphonius vocat inſtitutum eum, qui ex tempore inſtituitur, altero ad tempus inſtituto: nec id alienum eſt à definitione noſtra. Sunt enim gradus hæredum, inſtituo Titium hęredem vſque ad decem annos: & ex illo tempore Sempronium inſtituo. Decimo anno Sempronius ſuccedit in locum Titij, qui primus inſtitutus fuit. Recte igitur ſuſtitutus eſſe dicitur in hac ſpecie. Qui diſſentiunt ab hac opinione, argumentum ducũt ex l. quærebatur. 19. §. vltim. de milit. teſta. & ex l. 73. licet Imperator. de legat. 1. Sic ratiocinantur, Legata relicta ab inſtituto præſtande ſunt à ſubſtituto. At in hoc genere ſubſtitutionis legata relicta ab inſtituto non cogitur præſtare ſubſtitutus. In d. l. quærebatur ait Iureconſultus, Si quis ad decem annos inſtituerit Titium hæredem: & ab eo legata quædam reliquerit, & poſt decem annos inſtituerit Sempronium, ea legata non cogetur præſtare Sempronius: & tamen ſi ſubſtitutus eſſet ea legata præſtaret Sẽpronius. Ego nihilominus puto hunc ſubſtitutum eſſe. & quod dicitur in l. licet. legata relicte ab inſtituto, præſtande eſſe à ſubſtituto, ea regule locũ non habet in hoc genere ſubſtitutionis militaris. In hac enim ſubſtitutione militari multa ſingularia ſunt, quæ in aliis ſuſtitutionibus locũ non habent: vt poſtea dicemus ad l. centurio. 27. ff. de mili. teſta. Ergo quod dicitur in dict. leg. licet Imperator. intelligendum eſt de vulgari ſubſtitutione. In ſubſtitutione. militari id locum non habet, vt cum teſtator inſtituit Titium ad tempus vſque ad decem annos, & ex eo tempore inſtituit Sempronium, quamuis Sempronius dicatur recte inſtitutus in hac ſpecie: legata tamen à Titio relicta non præſtabit. Ratio hæc eſt diuerſitatis: quia exiſtimo in hac ſubſtitutione militari in ſpecie l. quærebatur. §. vltim. legata deberi à primo hærede. Ideoque recte dictum eſt hæredem ſubſtitutum ad ea præſtanda nũ teneri. Primus hæres adeundo hæreditatem quaſi contraxit, & quaſi contrahendo ſe obligauit legatariis. l. ex maleficio. §. hæres. de oblig. & actio. & Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contract. Cũ igitur prim⁹ hæres qui ad decẽ annos inſtitut⁹ eſt teneatur ad pręſtãda legata à ſe relicta, cur dicetur ſecun-

dusi hæres ; qui ex eo tempore inſtitutus eſt, ad ea legata præſtanda teneri, niſi contraria volũtas teſtatoris eſſet? In ſubſtitutione vulgari Sempronius ſubſtitutus hęres non admittitur ad hęreditatẽ, niſi deficiente primo hærede, id eſt, non adeunte hæreditatẽ, non adiuit ſi hæreditatem, cur legatariis obligaretur ad præſtanda legata, nihil enim contraxit. Sic mihi videtur accipiẽda d. lex, licet Imperator. de lega. 1. & dict. l. quærebatur §. vlt. ff. de teſta. mill.

Alia quæſtio eſt ad eandem definitionem pertinens de ſubſtitutione facta filio exhæredato. Pupillariter ſubſtituere poteſt pater filiis ſuis non tantum inſtitutis hæredibus: ſed etiam exhæredatis, vt dicitur in leg. 1. §. ſubſtituere. ff. hic idẽ dicitur in Inſtit. de pupil. ſubſtit. in hac autem ſubſtitutione non videtur eſſe ſecundus gradus. quod ſi verum eſt, male definimus ſubſtitutionem eſſe inſtitutionem hæredis in ſecundo gradu factam. Cum pater ſubſtituit filio ſuo impuberi, ſi impubes decedat, & eum inſtituit hæredem, res expedita eſt: hic reperiuntur duo gredus. ſed cum teſtator filium ſuum exhæredauit, quo modo poteſt dici ſubſtitutus in ſecundo gradu inſtitutus eſſe? & tamen dicitur ſubſtitutus. Hanc inſtitutionem vocamus ſubſtitutionem, hoc verbo vtitur Iuriſconſultus. Hoc obiicitur ad conuellendam definitionem quæ à nobis tradita eſt. Vulgo ita dici ſolet, ſecundum hęredem in hoc genere inſtitutionis dici eum, qui datus eſt hæres filio à patre reſpectu hæredis paterni: quia ſi pater filium non inſtituit, ſed exhæredauit potius, tamen inſtituit alium hæredem. l. 2. §. quiſquis. hic. ff. nam neceſſe eſt vt primum hæredem ſibi faciat: deinde filio ſubſtituat. Ergo quamuis exhęredauerit filium, reſpectu hęredis paterni, dicitur hæres datus filio, in ſecundo gradu eſſe. *Titius hæres meus eſto, filius exhæres eſto, eique Sempronius hæres eſto.* Sed vix defendi poteſt hæc ratio: nam etſi pater inſtituat ſibi hæredem cum ſubſtituit pupillariter filio ſuo, non ſunt tamen hæredes eiuſdem hæreditatis vnus eſt hęres hęreditatis paternæ, alter eſt hæres pupillaris: per vulgarem ſubſtitutionem ſucceditur patri, per pupillarem ſucceditur filio in bonis filij. Inſtit. de pupill. ſubſtit. Præterea miles poteſt ſubſtituere filio ſuo impuberi, etſi teſtementum non faciat. dict. leg. miles ita hæredem. §. vltim. ff. de milit. teſta. Pone igitur militem ita inſtituere, *Si filius meus impubes deceſſerit, Titius hæres eſto* hæc inſtitutio dicitur ſubſtitutio pupillaris eſſe, tamen non eſt inſtitutio facta ſecundo gradu. Ex quo conſequens eſt, male definiri ſubſtitutionem, inſtitutionem ſecundo gradu factam, nec ſufficere ea quę à nobis dicta ſunt. Ad hoc obiectum diluẽdum, omiſſis nugis, exiſtimo teſtamentum militare, quod pater facit filio ſuo impuberi, ita appellatũ fuiſſe, quod patres ſolerent filios ſuos inſtituere. Solebant filios ſuos inſtituere hæredes in ſuo teſtamento, non exhęredare, & deinde eis ſubſtituere: veluti *Filius meus hæres eſto, & ſi impubes deceſſerit, Titius ei hæres eſto.* hæc ſubſtitutio fit tantum impuberibus filiis, cauſa ingratitudinis in hanc ætatem non cadit, & quamuis liceret olim patri exhęredare ſine iuſta cauſa, tamen probabile eſt hoc non fuiſſe vſitatum. Itaque hoc teſtamentũ dictum eſt ſubſtitutio pupillaris: deinde nomen quod vſitatum erat & receptum, perpetuo ſeruatum eſt: tametſi teſtãdo miles nullum hęredem ſibi faceret, & filium exhęredaret. abuſio eſt, quę non eſt infrequens in iure ciuili. ſæpe occurrit vt in l. 2. quemadmod. teſtã. aper. Teſtementũ iniuſtum, dicitur etiã teſtamentum per abuſionem, quamuis iuſta noſtrę voluntatis ſentẽtia non ſit. Sic obligatio naturalis, dicitur obligatio abuſiue. leg. fideiuſſor obligari. §. fideiuſſor accipi. ff. de fideiuſſo. & mandator. quamuis definitio obligationis ei non conueniat. Obligatio eſt iuris vinculum quo neceſſitate adſtringitur alicuius rei ſoluendæ. §. 1. Inſtit. de oblig. Hac ratione mihi videtur hoc teſtamentum ſemper à Iureconſultis ſubſtitutio dici, quamuis plerunque vnus tantum gradus reperiatur. Dicuntur etiam ſecundæ tabulæ. Sed de eo plenius dicemus in diſputatione de pupillari ſubſtitutione in hoc tractatu Explicata definitione ſubſtitutionis, ſequũtur quędam diuiſiones ſubſtitutionum.

Diuiſiones ſubſtitutionum.

Cap. II.

Vſitata eſt hæc diuiſio: Subſtitutionum quædam eſt directa, quædam obliqua, ſiue fideicommiſſaria, vel precaria. Eſt hæc vulgaris diuiſio, de qua quid ſentiendum ſit, nunc videndum eſt. Directa ſubſtitutio vocatur, cum recto iure quis hæres inſtituitur, cum quis inſtituitur verbis directis, verbis ciuilibus, verbis legitimis. hoc modo, *Titius hæres eſto, Si Titius hæres non erit, Seius hæres eſto.* Vtraque inſtitutio directa eſſe dicitur, tam prima, quam ſecunda. Vterque inſtituitur directo iure, directis verbis, iure ciuili. Recto iure inſtituere, eſt inſtituere iure ciuili. Sic loquitur Iuſtinianus in Inſtit. de fideicommiſſ. hære. §. 1. Iuſtinianus loquens de hæreditate, quæ reſtituitur, ait, eum qui reſtituit inſtitui recto iure, & hæc inſtitutio fit verbis ciuilibus. Iuſtinianus vocat verba ciuilia, quæ verba iuris ciuilis ſunt. l. verbis ciuilibus. hic. ff. *Hæres eſto*, verbum ciuile eſt. His tantum verbis permiſſum eſt iure ciuili hæredes inſtituere. Et pleraque exempla reperiuntur apud Vlpien. inſtitut. Legitima dicuntur à legibus, ciuilia vero à iure ciuili. Legitima vocat Imperator in leg. vltim. Cod. de teſtam. tut. & l. vltim. de teſta. manu. Legitima verba erant Latina. Sed ait perinde tutoria dationem, vel libertatis valere, quæ facta eſt verbis Græcis, ac ſi Latinis facte eſſet. leg. eam quã. C. de fideicomm. in l. directis. de teſtamen. manu. Ideo que dicitur directa inſtitutio & ſubſtitutio. Exemplum eſt in leg. quærebatur. de milit. teſta Fideicommiſſaria ſubſtitutio, cum quis non recto iure hæres ſubſtituitur ſed verbis tantum precariis hæreditas ei relinquitur. Exempla ſunt in Inſtitut. de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict. §. 1. Dicuntur verbe precaria, quie precatur is, qui ita relinquit hæreditatem, & fideicommittit eius quem hæredem inſtituit. Precaria verba ideo ſic dicuntur in l. cohæredi. §. filij. hic. ff. vnde etiam dicitur precaria ſubſtitutio in l. eum proponas. C. de pact. & dict. leg. quærebatur. de milit. teſtam. Sed cur fideicommiſſum non dicitur relinqui recto iure? Quie ſummo rectóque iure fideicommiſſa non valent. Si enim leges veteres populi Romani ſpectemus, fideicommiſſa nullam vim habent. fideicommiſſa recepta ſunt vſu paulatim. Inſtit. de fideicom. hære. §. 1. Ex fide tantum hæredis pendebant, nec vllam habebent præſtandi neceſſitatem. Hæres non eſt fideicommiſſarius. Itaque in eũ tantum vtiles, non directæ actiones transferuntur. §. 2. Inſtit. de fideicom. hæred. Huc pertinet fideicommiſſi definitio apud Vlpian. in Inſtit. de fideicommiſſ. ibi ait fideicommiſſum eſſe, quod relinquitur non verbis ciuilibus, ſed precariis. Nam qui alicui fideicommiſſum relinquit, non ait, hæres eſto: ſed vult ei hęreditatem reſtitui tanquam ſi hæres eſſet. Sic eſt intelligenda vulgaris ſubſtitutionis diuiſio in directam & obliquam. Hæc diuiſio vtilis eſſe poteſt ad homonymiam, de qua diximus ſuperius, explicandam Non enim ita accipiende eſt, quaſi ſubſtitutio, de qua diſſeruimus ſub hoc tit. ita diuidatur in ſuas ſpecies. Nam de fideicommiſſaria ſubſtitutione hic non diſſerimus, ſed de directa tantum. Sed hæc diuiſio prodeſt ad homonymiam huius vocabuli: Fideicommiſſarius

enim

enim hæres non eſt. l. poſtulante. ad Treb. & l. 5 ſi filius fam. ff. quod cum eo. diximus tamé ſuperius fideicommiſſum recte ſubſtitutioné dici. Et licet magna ſit contentio de hac re: tamen vſus veterum loquẽdi hoc ſuadet. Addiximus. l. generaliter. §. cum autem. C. de inſtitut. & ſubſtit. ſub cond. fact. vbi dicitur fideicommiſſariam ſubſtitui hæredi, quaſi ſuccedat in locum hæredis. Alibi dicitur fideicommiſſ. ſuccedere in locum fideicommiſſarij. l. Publius. 35 §. Iitia. ff. de cond. & demõſt. l. 62. filia. §. vltim. ff. ad Trebel. & l. cum proponas. C. de pact. De fideicommiſſaria ſubſtitutione proprius locus eſt ſub tit. ad Sen. Trebell. Duo ſunt tituli in Inſtit. de fideicom. hæte. & tit. de ſing. reb. per fideicommiſſ. relict. ex quib. tit. ſumpta eſt illa vulg. diuiſio & recepta. Aiunt ſubſtitutionem obliquam aliquando fieri de vniuerſitate, vt cum quis rogat hæred. reſtituere hæreditatem, vel partem hæreditatis, & ad hanc ſubſtitutioné pertinet tit. de fideicommiſſ. hæred. Aliquando fit de ſingularebus, vt cum quis fideicommittit hæredis ſui vt reſtituat hæreditariam rem aliquam. & ad hanc pèrtinet tit. in Inſtit. de ſing. reb. per fideicom. relict. Iam videndum eſt de ſubſtitutione directa, de qua diſputatio eſt ſub tit. hoc. Explicandæ ſunt diuiſiones quędam antigniores huius directæ ſubſtitutionis.

Directa ſubſtitutionis ſpecies.

CAP. III.

VVlgaris diuiſio directę ſubſtitutionis mihi ſemper ineptiſſima viſa eſt. Vulgo diuidi ſolet hæc ſubſtitutio in vulgarem, & pupillarem, exemplaré, cõpendioſam, & breuiloquam: conſtituũt enim quinque ſpecies. Ego aliter, docendi cauſa, diuidere ſolitus ſum ita, Subſtitutio quædam eſt vulgaris, alia eſt pupillaris alia quaſi pupillaria, alia militatis. De ſingulis videndum eſt, & in primis de vulgari.

De ſubſtitutione vulgari.

CAP. IIII.

SVbſtitutionis vulgaris mentio eſt in ipſo titulo & inſcriptione huius tractatus, & de ea proprius eſt titulus in Inſtit. de vulg. ſubſtit. vulgaris ſubſtitutio dicitur, cum ſecundus hæres inſtituitur collata inſtitutione in eum caſum, quo primus hæres non erit: quo caſu adita non fuerit hereditas à primo hærede. Exẽpla ſunt in l. 1. ff. hic. & Inſtitutis de vulgari ſubſtitutione. §. 1. Poteſt hoc exemplum adferri, Si Titius noluerit eſſe hæres, vel non potuerit. vel ſi Titius viuo me, mortuus ſit vt in formula Aquilia. Ideo dixi in definitione, in caſum non aditæ hæreditatis. tunc dicitur ſubſtitutio vulgaris eſſe, quoties confertur in caſum non aditæ hæreditatis à primo hærede. De his caſibus dicemus tractãtes de hoc genere ſubſtitutionis, poſtea ſuo loco. Hæc dicitur vulgaris quaſi communis, & vulgo viſitata: & in qua delectus perſonarum non habetur vt in aliis ſubſtitutionibus. Subſtitutio pupillaris non fit niſi à parente. Militaris nõ, niſi à milite. Eadem ratione videmus vulgarem formulam, vulgare pactom, & alia huiuſmodi à Iureconſultis dici. Vulgaris formula dicitur in l. ſi ſeruus. ff. de furtis. Exceptio vulgaris in l. 36. Bebius. §. ex diuerſo. ff. de pact. dotal. Vulgaris actio in leg. quidam cum filium. 14. §. vltim. ff. de. hæred. inſtit. Vulgare præmium in l. edicto. 46. § extat. ff. de iure fiſci. Ex quibus facile intelligitur cur dicta ſit vulgaris ſubſtitutio.

De pupillari ſubſtitutione.

CAP. V.

ALterum genus directæ ſubſtitotionis eſt pupillaris ſubſtitutio. Eſt autem ſubſtitutio pupillaris quæ fit impuberi filio ſub conditione, Si impubes deceſſerit. l. 2. hic. & eſt titul. in Inſtit. proprius de hoc genere ſubſtitutionis, de pupil. ſubſtit. Iureconſultus in l. 2. hic. ff. Moribus, inquit receptum eſt vt parentes filiis, quos habent in ſua poteſtate, teſtamentum faciant. Filius impubes, qui eſt in patris poteſtate teſtamentum facere non poteſt, & periculum eſt ne is decedat impubes. ideoque inteſtatus, qui tamen propria bona habet. Ideo vtilitatis cauſa receptum eſt, vt pater ei teſtamentum faciat, ſi impubes deceſſerit. Ergo ſi exceſſerit pubertatem, expirat hæc ſubſtitutio. Itaque poteſt alium quencunque voluerit hæredem ſibi inſtituere. Vnde dicitur pupertate expirare hæc ſubſtitutio pupillaris, l. in pupillari ſubſtitutione 14. hic. ff. ſed cur dicitur pupillaris? Pupillus dicitur reſpectu tutoris. Pupillus & tutor relatiua ſunt. Pupillus dicitur impubes, qui deſinit eſſe in poteſtatę patris per mortem patris, l. Pupillus. 139. ff. de verborum ſignificatio. cur ergo dicitur hæc pupillaris ſubſtitutio? Multa hic comminiſcuntur vulgares interpretes, huius nodi diſſoluendi gratia. Quidã dicunt ideo dictam eſſe pupillarem ſubſtitutionem: quia confertur in tempus quo non eſt amplius futurus in patris poteſtate. Pupillus autem, verbum variam ſignificationem habet. Pupillus enim, etiam dicitur is, qui eſt in patria poteſtate. leg. vltim. §. pupillus. dę verb. oblig. Ego id oſtendi fuſius in explicatione eius leg. vltim. vnde proprie & recte dicitur pupillaris ſubſtitutio.

De ſubſtitutione quaſi pupillari.

CAP. VI.

DIctum eſt de duobus generibus directæ ſubſtitutionis, vulgari & pupillari: nunc vidẽdum de tertio genere, quod quaſi pupillarem ſubſtitutionem vocamus. Eſt ſubſtitutio quaſi pupillaris, quæ fit à patre filio furioſo, aut mente capto, ad exemplum & ſimilitudinem pupillaris ſubſtitutionis. Mẽtio vero huius ſubſtitutionis eſt in leg. humanitatis. Codice de impuber. & aliis ſubſtit. & §. qua ratione. Inſtit. de pupill. ſubſtitut. Sicut permittitur patri filio ſuo hæredem inſtituere ſub conditione, *Si filius impubes deceſſerit*, quia non poteſt in ea ætate facere teſtamentũ: itá permittitur patri facere teſtamẽtũ filio furioſo collata inſtit. hæred. in tẽpus, quo deſierit eſſe furioſus: vt ita inſtituat hæredẽ & ſubſtituat ei, ſi in ea infirmitate deceſſerit, vt nõ poſſit ſibi facere teſtamentum. Hac ratione dicitur inducta eſſe hæc ſubſtitutio. Qua ratione excitati, &c. inquit Iuſtin. in Inſtit. de pupil. ſubſtit. §. qua ratione. Quibus verbis oſtendit ſe hoc genus ſubſtitut. introduxiſſe ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris. Itaque hãc ſubſtitutionem vocare ſoleo, quaſi pupillaré, quod ad exẽplum ſubſtitutionis pupillaria introducta & comparata ſit. Noſtri opifices verborum, fabricati ſunt ei nouũ nomen: vocaruntque eam exemplarem, quoniam introducta eſt ad exẽplum ſubſtitutionis pupillaris. quã inepte hoc ab eis excogitatum ſit, ego docui lib. 2. Diſpu. Hac enim ratione dicẽdum eſſe peculium quaſi caſtrenſe, exemplare, qoia ad exemplum peculij caſtrẽſis receptum eſt. l. vltim. C. de inoffic. teſtã. Sed vt rectius vocatur quaſi caſtrenſe peculium: ita rectius dici poſſe videtur hęc quaſi pupillaris ſubſtitutio. Id ego admonui, non quod de verbis admodum ſolicitus ſim. Oportet profeſſorem magis rerum ſolicitum eſſe, quam verborum: & magis in cognitione rerum verſari; ſed nihil vetat iuris prudentiam nitidiorem & mundiorem reddere, quæ ab ineptis hominibus obſcurata & conſpurcata eſt. De hac ſubſtitutione dicemus plenius in interpretatione l. humanitatis. Cod. & l. ex facto. hoc tit. ff.

De militari ſubſtitutione.

Cap. VII.

IAm de quarta & vltima ſpecie directæ ſubſtitutionis, quæ dicitur militaris. Militaris ſubſtitutio vocatur, quæ fit iure militari extraneo, qui hæres extiturus eſt, quia iure militari tantum fit. Et nō eſt permiſſum hoc genus ſubſtitutionis, niſi militibus tātū. Eam ſubſtitutionem voco militarem, exempla Iureconſultorum ſecutus, qui teſtamentum, quod fit à militibus, vocant militare. Militibus ergo permittitur extraneis ſubſtituere, qui hæredes extituri ſunt. l. milites etiam. 5. ff. de milit. teſtamen. Pagani ſubſtituunt iis, qui hæredes extituri non ſunt, collata inſtitutione in eum caſum, quo extituri hæredes non ſunt: ſed in eum caſum, quo hęredes exituri ſunt, non poſſunt: niſi pater filiis impuberi. Sed extraneo nemo paganus poteſt ſubſtituere, in hūc caſum collata inſtitutione, *Si hæres extiturus ſit*. l. 7. verbis ciuilibus. hic. ff. vbi ſic Papinian. Verbis ciuilibus ſubſtitutionem poſt decimum quartum annum ætatis fruſtra fieri conuenit. Poteſt quidē pater intra decimūquartū annū ſubſtituera filio ſuo, *ſi impubes deceſſerit*. poſt decimumquartum annum nō poteſt verbis ciuilibus: ſed verbis precariis & fideicommiſſi hoc licet, vt dicemus poſtea ad l. 39. cohæredi. hic. Sed militi hoc licet. Solēnitates interdū, quæ introductæ ſunt iure ciuili, remittūtur militibus, quæ ſubtilitate magis quā vtilitate nituntur. Ergo miles poteſt ita ſubſtituere, *Titius heres eſto: & ſi deceſſerit intra vigeſimumquintum annum, vel quandocunque deceſſerit, Sempronius heres eſto*. Non confert cōditionem in eum caſum, quo hæres extiturus non eſt. Aliud exemplum eſt huius militaris ſubſtitutionis. l. 41. Miles ita hæredem. ff. de milit. teſtamen. Miles vnum inſtituit ad decem annos, alium ex tempore decem annorum. militi hoc permiſſum eſt: pagano autem non eſt. hic ſubſtitutionem quandam ſuperius diximus. Reperitur enim gradus hæredum. Ego militarem hanc voco, vt dixi: ſicut militare teſtamentum dicitur à Iureconſultis, quia fit iure militari. cæteri vocant ineptiſſime compendioſam. Non minus vocant inepte compendioſam, quam ſuperiorē ſubſtitutionē dicūt exemplarē: quia cōpendio verborum multas ſubſtitutiones cōplectitur. Hoc non eſt verum. Hæc ſubſtitutio militaris poteſt fieri expreſſis formulis. Exprimi certum tempus poteſt. etiam compendio verborum poſſunt exprimi multa tempora in l. Centurio. 27. ff. de milit. teſtamen. *Titius heres eſto: Si Titius intra decem annos deceſſerit, Sempronius heres eſto:* non magis eſt compendioſa hæc ſubſtitutio, quæ fit verbis, quam hæc, *Titius heres eſto. Si Titius heres non erit, Sempronius heres eſto*. Aliquando hac ſubſtitutione multa comprehenduntur tempora hoc modo, *Quandocunque Titius deceſſerit Sempronius heres eſto*: poſt mortem eius hoc compendio verborum multa tempora comprehendit, vt tempus pubertatis, tempus quod ſequitur pubertatem, & perinde hoc accipitur, ac ſi omnia hæc tempora expreſſiſſet. & ita intelligendum eſt quod dicitur in l. 8. Precibus. C. de impub. ibi enim compendio, legitur, non compendioſa, quod ineptum eſt vocabulum. In vulgaribus libris legitur compendioſa.

Hæc ſunt quatuor præcipua genera ſubſtitutionis. Vnde mirabitur forte quiſpiam, cur inſcribatur hic tit. de duabus tantum ſubſtitutionibus, cum aliæ ſint ſubſtitutiones. Quare rectius videtur inſcriptus eſſe titulus C. de impub. & aliis ſubſtitut. generaliter, vt comprehendat omnium ſubſtitutionum genera, de quibus diximus. Sed quæ ratio mouerit compoſitores Pandectarum, nō difficile eſt ex eorum dictis cognoſcere. Vulgaris & pupillaris, tempore Iureconſultorum vſitatæ erant, & ordinariæ, quaſi pupillaris ante Iuſtinianum vſitata non fuit. Introductum eſt hoc genus ſubſtitutionis à Iuſtiniano. l. humanitatis. & hoc ſatis conſtat ex leg. ex facto. hic. ff. Si quis vellet inuito filio ſubſtituere, adibatur Princeps qui hoc reſcripto ſuo permittebat. Cum Pandectæ compoſitæ ſint ex libris Iureconſultorum, & tempore Iureconſultorum non eſſet vſitatum hoc genus ſubſtitutionis, merito omiſſum fuit. Quid de militari ſubſtitutione dicemus? Nihil eſt etiam expreſſum de ea in hoc titul. quia militaris ſubſtitutio videtur magis ad tit. de militari teſtamēto pertinere. Miles qui facit teſtamentum iure militari, inſtituit tam in primo, quam in ſecundo gradu: quamuis obiter de ea aliquid attingatur in dict. leg. Centurio. non eſt propria huius tractatus. In Codice Iuſtiniani hæ omnes attinguntur. Illa conſtitutio Iuſtiniani fuit facta biennio ante compoſitionem Codicis.

Aliæ ſubſtitutionum diuiſiones.

Cap. VIII.

SEquitur alia diuiſio ſubſtitutionis, quæ traditur in leg. 1. hic. ff. *Subſtitutio aut duplex eſt, aut ſimplex*. Simplex ſubſtitutio aſt ſola vulgaris, aut ſola pupillaris. Cū autem ſimul coniungit teſtator has ſubſtitutiones & vulgarem & popillarem: tūc dicitur ſubſtitutio duplex eſſe, aut mixta Theophilus in Inſt. duplicem vocat vulgarem & pupillarem. Sequitur alia diuiſio ſubſtitutionis. Eſt & alia diuiſio, vt ſequitur. *Subſtitutionum quadam eſt mutua & reciproca, quædam non reciproca* Huius ſubſtitutionis exempla ſunt in ff. hoc tit. in l. 4. Iā hoc iure. & l. 43. Lucius. & in §. ſi plures. Inſtit. de vulgari. Cum teſtator ita inſtituit, *Titium & Sempronium inſtituo, eoſque inuicem ſubſtituo*: mutua eſt ſubſtitutio. Vterque ſubſtituitur alteri, & hæc ſubſtitutio fit aliquando compendio verborum, vt in d. l. cap. 4. hic. ff. Aliquādo expreſſis formulis verborum: vt *Titius heres eſto, Sempronius heres eſto: Si Titius heres non erit, Sempronius heres eſto. ſi Sempronius heres non erit, Titius heres eſto*. Hęc ſubſtitutio hoc modo non fit compendio verborum. perinde eſt enim cum teſtator ſimpliciter ita dicit, eos inuicem ſubſtituo, atque ſi has omnes formulas verborum expreſſiſſet. Quidam eam appellant inepte breuiloquam. nam non ſemper eſt breuiloqua. fit enim aliquando expreſſis formulis. Eſt & aliud maius peccatū commiſſum ab eis in ratione docendi. Nam in diuiſione facienda ſubſtitutionis, quintam ſpeciem hanc breuiloquam ſubſtitutionem faciunt. Sed debet eſſe hæc propria, & ſeparata diuiſio in reciprocam & non reciprocam, quia nulla eſt ſubſtitutio, quæ non ſit aut reciproca, aut non reciproca. Nulla eſt enim ſubſtitutio, quæ non reciprocè poſſit fieri. Et ſi poneremus hoc quintum membrum, poſſem addere ſextum, vt ſit quædam duplex, & ſeptimum, vt ſit tacita: ſed hę diuiſiones debent eſſe ſeparatæ. Alia enim eſt tacita alia expreſſa. In hac re offendunt, & oſtendunt ſe artem diſſerendi non tenere, quæ maxime neceſſaria eſt Iureconſulto.

Sequitur alia diuiſio ſubſtitutionis. *Subſtitutio quædam eſt tacita, quædam expreſſa*. Quæ ſit ſubſtitutio expreſſa, facile eſt intelligere ex iis, quæ dicta ſunt. Exempla ſunt vulgaria, *Si Titius heres non erit, Sempronius heres eſto*. Tacite exempla tria colliguntur ex leg. 4. Iam hoc iure huius tituli. Pater filio ſuo ſubſtituere poteſt in vtrunque caſum: in eum caſum quo hæres non erit inſtitutus, vel in caſum quo impubes deceſſerit. Si expreſſerit vnum caſum ita, *Si heres non erit, Sempronius heres eſto*, tacite etiā intelligitur ſubſtituiſſe in aliū caſū, *Si impubes deceſſerit*. Et cōtra ſi ei ſubſtituerit in ſecundum

cundum caſum, Si impubes deceſſerit, intelligitur ei quoque ſubſtituiſſe in primum caſum, Si hæres non erit. & vter eorum caſus euenerit, admitteret ſubſtitutus ad hæreditatem. Hæc ſubſtitutio tacita dicitur, quia tacito iure intelligitur ſubſtitutus magis, quam ex depoſitione teſtatoris. Quæri ſolet, an ſubſtitutus rectè dicatur inſtitutus ex tacita voluntate teſtatoris? Non eſt certa voluntas teſtatoris in hac tacita. Ideo dicendum eſt hanc ſubſtitutionem ex iuris diſpoſitione magis eſſe, nempe ex conſtitutione D. Marci. Simile eſt quod diximus de iure accreſcendi. Diximus ius accreſcendi eſſe ex lege. leg. ſi in teſtamento. 5. ff. hoc titulo. Si eſſet ex certa voluntate teſtatoris, ſubſtitutio eſſet: ſed tamē lex, quæ hoc inducit, ſecuta eſt coniecturam aliquam leuem & obſcuram voluntatis. Hæc leuis coniectura adiuuatur lege, vtilitatis cauſa: propterea Iuriſconſul. in dict. leg. 4. dicit, Iam hoc iure vtimur ex D. Marci & Veri conſtitutione. In dict. leg. quarta, duplex eſt exemplum ſubſtitutionis tacitæ. Vnum eſt cum pater expreſſit primum caſum, *Si hæres filius non erit.* Alterū eſt cum pater expreſſit ſecūdum caſum, *Si impubes deceſſerit.* Tertium exemplum eſt, in verſicol. *Quod ius ad tertium quoque genus, &c.* Ius conſtitutum eſt à D. Marco de vulgari & pupillari ſubſtitutione. D. Pius ſecutus eſt exemplum D. Marci. addit tertium genus ſubſtitutionis tacitę. vt cum habet pater duos filios impuberes, eos inſtituit hæredes, eoſque inuicem ſubſtituit. Hoc compendio verborum continętur vterque caſus in perſona vtriuſque, & caſus, Si hæres nō erit: & caſus, Si impubes deceſſerit. hæc tacita dici poteſt, quia formulis non expreſſis concepta eſt. Quidam aiunt eſſe tacitam ſed certum eſt non eſſe tam tacitam, quam cum formulæ exprimuntur in teſtamento: ſi comparetur cum ea quæ fit expreſſis formulis, merito dicēda eſt tacita. Hęc eſt rudis & ſimplex deſcriptio ſubſtitutionum. Nunc accuratius & exactius de ſingulis videndum eſt, ac in primis de vulgari ſubſtitutione. In diſputatione de vulgari ſubſtitutione quidam præcipui loci ſunt. Vnus eſt in quo quæritur quomodo fiat ſubſtitutio vulgaris, quibus verbis. Alius locus pertinet ad effectum ſubſtitutionis.

Quibus verbis fiat vulgaris ſubſtitutio.

Cap. IX.

QVod attinet ad hunc primum locum ſubſtitutionis vulgaris, quibus verbis fiat ſubſtitutio vulgaris, alij ſcrupuloſius hoc excutiunt, vt ſedulitas eorum nimis arguta mihi videatur in hac re, meritoque reprehendenda. Quot enim reperiunt exempla, tot faciunt ſpecies huius ſubſtitutionis. Qui naturam nouerit huius ſubſtitutionis, ei non erit multum laborandum in formulis & conceptionibus. Ego vobis antea aliquem guſtum dedi: nunc aliquid attingam breuiter. Cum dico, *Si Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto,* verba hæc generalia ſunt. Multi caſus comprehenduntur his verbis teſtatoris. Specialius poteſt ita ſubſtituere, *Si noluerit Titius hæres eſſe, vel ſi non potuerit, Sempronius hæres eſto.* Poteſt enim teſtator hos caſus exprimere, vt in leg. 3. cum proponas. Codice de hæredibus inſtituen. Cum quia generaliter loquitur, *Si hæres non erit:* idem eſt ac ſi caſus illi expreſſi eſſent, *Si hæres non potuerit eſſe, vel noluerit.* Vulgo vocant verba ſpecialia. fit etiam aliquanto ſpecialius, & ſingularibus verbis, vt illi loquuntur. Multis modis accidere poteſt, vt quis hæres non ſit. Poteſt hoc accidere morte, vt caſus vnus eſt in formula Galli, *Si filius, viuo me, morietur.* Solet hic tractari ab aliis, an vnus caſus expreſſus ad alium extendatur. veluti ſi quis expreſſerit alterū tantum caſū, *Si hæres eſſe noluerit.* & omiſerit alterum, *Si hæres eſſe non potuerit,* an intelligatur facile in alterū caſum ſubſtituiſſe: an extenſio fiat caſus expreſſi à teſtatore ad alium, qui omiſſus eſt? Eſt quæſtio facti. Spectanda eſt hic magis voluntas teſtatoris. ſi appareat certa teſtatoris voluntas, dubitandum non eſt, quin ea ſit ſeruanda, quo modo expreſſà. l. 44. Quidam cum filium famil. ff. de hæredibus inſtitut. Si voluntas non apparet, ego puto caſum, qui expreſſus eſt, ad alium caſum interpretatione extendendum non eſſe. l. 10. commodiſſime, ff. de liber. & poſthum. Hæc quæſtio pendet ex diſtinctione qua vſi ſumus ad d. l. cōmodiſſime. Quod obiicitur ex leg. Iam hoc iure. 4. ff. hic. dico in eo caſu hoc ſingulariter conſtitutum eſſe à Diuo Marco: non ortum ex voluntate teſtatoris, quaſi certa ſit voluntas teſtatoris. ſed id ex lege & conſtitutione eſt. Sed ſemper, vt ego dixi, ſpectanda eſt teſtatoris voluntas, ſi appareat poteſt apparere ex coniecturis & iis, quæ in alia parte teſtamenti expreſſa ſunt planius. Animaduertendum eſt ex hac ſubſtitutione quędam verba referri ad eum cui ſubſtituitur, alia referri ad perſonam eius, qui ſubſtituitur. veluti, *hæres eſto,* referuntur ad perſonam ſubſtituti. Et notandum eſt licere teſtatori quotcunque voluerit gradus hæredum facere. §. 1. Inſtitut. de vulg. ſubſtit. & ex hoc apparet omnem ſubſtitutionem fieri ſub conditione, ſaltem tacita. l. in ratione. 30. §. incertæ. ff. ad l. Falcid. Vnde quidam voluerunt ſubſtitutionem eſſe conditionalem inſtitutionem. l. ſi quis ita hęres inſtituatur 80. ff. de hæred. inſtit. ſed ibi non eſt ſubſtitutio: quia nullus eſt primus gradus, nullus eſt primus hæres in eo teſtamento inſtitutus.

De effectu ſubſtitutionis vulgaris.

Cap. X.

DE concipienda vulgari ſubſtitutione dictum eſt: nunc de eius effectu videndum eſt. Primus effectus huius ſubſtitutionis vulgaris eſt, quod exiſtente conditione ſubſtitutionis, admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem: ea non exiſtente, repellitur ſubſtitutus ab hęreditate. His pauciſſimis verbis non multa complectimur. Duo hic præcipua conſideranda ſunt. Vnum eſt, exiſtente conditione ſubſtitutionis, ſubſtitutum admitti ad hæreditatem. Iam ſuperius diximus ſubſtitutionem omnem fieri ſub conditione aliqua, vel tacita, vel expreſſa. Subſtitutus vocatur ad hæreditatem ſub conditione, ſi inſtitutus in primo gradu hæres nō erit: ſi conditio illa extiterit, tunc ſubſtitutus admittetur ad hæreditatem. Quandiu enim inſtitutus adire poteſt, ſubſtituto locus non eſt. l. 3. & l. quandiu. 68. de acquir. hæred. Alterum eſt, non exiſtente conditione ſubſtitutum repelli ab hæreditate. Vnde quæritur quando conditio exiſtere dicatur, aut nō exiſtere? Et hoc iudicatur primum ex verbis teſtatoris. Expendenda eſt vis verborum, quibus teſtator vſus eſt: deinde id iudicatur etiam ex mente, vel voluntate teſtatoris. Non tantum verba ſpectamus in interpretatione conditionis, ſed etiam mentem teſtatoris, quamuis volgo dicatur à verbis teſtatoris non eſſe recedendum, voluntas teſtatoris etiam dicitur regere conditiones. leg. In conditionibus. 19. ff. de cond. & demon. Vnde dicitur hæc verba, *Si hæres non erit,* in ſubſtitutione vulgari, non tantum ad ſubſtitutum pertinere, ſed etiam ad eos, qui ex eorū perſona ſuccedent. §. vltim. Inſtitut. de vulg. ſi paterfamilias. 39. ff. de hæred. inſtitu. Si quis inſtituerit filiumfamil. & ſubſtituerit ei ſub hac conditione, ſi hæres nō erit, nos ita hanc conditionem accipimus *Si hæres non erit filius,* vel patrem ſuum hæredem non fecerit, in cuius eſt poteſtate, idque ex mente & veriſimili teſtatoris voluntate magis, quam ex verbis facile colligi

atque intelligi poteſt. Nam teſtator in ſuo teſtamento adiiciens hanc conditionem, patris nullam mẽtionem fecit. Eodem pertinet quod dicitur in l. ſi quis filium. 7. ff. de acquiren. hæred. Quamuis hæres non ſit filius, tamen ſubſtitutus excluditur, quia hanc conditionem nos ita interpretamur, *Si filius iſte hæres non erit, vel patri ſuo hæreditatem non acquiſierit.* Hinc multæ & variæ quæſtiones exiſtunt, quæ ex varietate cuiuſque hypotheſis naſcuntur. Ego præcipuas tantum & inſigniores hic tractabo. Prima quæſtio eſt, an pater adiens hæreditatem filio delatam, non adeunte filio, ſecũdum conſtitutionem Iuſtiniani, ſubſtituto præferatur? Animaduertendum eſt inter ius Digeſtorum & ius conſtitutionum Codicis aliquid intereſſe. Iure Digeſtorum filius acquirit patri hæreditatem ſibi delatam, leg. placet. de acquirend. hæred. Adiens hæreditatem iuſſu patris eam acquirit non ſibi, ſed patri. Cõſtitutionibus autem quæ in Codice ſunt, acquiritur tantum vſusfructus patri, proprietas manet filij, & ſi filius nolit adire hæreditatem, pater cuius intereſt eam adiri propter vſumfructum, vt ſibi acquirat vſumfructum recuſante filio, ipſe poteſt eam adire, & adiens pater eam ſibi acquirit, perinde ac ſi ipſe, non filius inſtitutus eſſet hæres. leg. vltim. §. vltim. C. de bon. quæ liber. quod eſt etiam contra ius ciuile: nam filius non poteſt inuito patre hæreditatem repudiare. leg. is qui hæres. §. vltim. ff. de acquirend. hæred. Iam intelligitis de quo hic à nobis propoſita ſit quæſtio. Ponamus hæreditatem delatam eſſe filiofamilias, qui erat in patris poteſtate. filiumfamilias nolle adire hæreditatem: patrem vero cuius forte intereſt adiri, propter vſumfructum adiiſſe hæreditatem. Quæritur, an pater adiens hæreditatem excludat ſubſtitutum, ſi quis ſit ſubſtitutus filio? Hic antinomia reperitur κατὰ περίστασιν, vt Hermogenes vocat, de quo aliquid diximus ſub titul. de legibus. Conflictus duarum legum hic reperitur. quæ contrariæ non ſunt ipſo iure, ſed caſu & euentu colliguntur, vt Quintilianus ait, quamuis contrariæ non ſint per ſe, tamen in hac hypotheſi videntur contrariæ eſſe. Hoc ſæpe accidit, vt per ſe contrariæ non ſint duæ leges. ſed propter hypotheſin in qua non poſſit vtraque conſiſtere. Talis antinomia videtur eſſe in hac hypotheſi. Vna lex ait, Inſtituto non adeunte hæreditatem, ſubſtitutum ſd hæreditatem vocari. l. 3. ff. de acquiran. hæred. Altera lex ait, Filiofamilias nolente adire, patrem adeuntem hæreditatem ſibi acquirere, perinde ac ſi inſtitutus eſſet. l. vlt. §. vltim. C. de bonis quæ liber. Hæ leges non ſunt contrariæ ipſo iure, ſed colliduntur in hoc caſu. Lex, quæ ait, Inſtituto non adeunte ſubſtitutum non admitti, nõ loquitur nominatim de filio, qui habet patrem in cuius eſt poteſtate. Poſterior lex, quæ ſit, Filiofamilias nolente adire patrem adeuntem ſibi acquirere, non loquitur nominatim de eo, cui datus eſt nominatim ſubſtitutus à teſtatore. hic enim eſſent contrariæ, ſed quia concurrunt in hác ſpeciem, & filius cui ſubſtitutus eſt aliquis à teſtatore, & pater. & videntur non poſſe ſimul hæ leges conſiſtere. Quæritur vtra cedere debeat alteri? Vel oportet intelligere de ſubſtituto loquẽtem legem, cum hac exceptione, niſi inſtitutus patrem habuerit, vel legem poſteriorem, quæ loquitur de filiofamilias, & priorem intelligere cum hac exceptione, niſi ſubſtitutus datus ſit à teſtatore. Sed vtra lex cum exceptione accipietur? Receptius eſt & probabilius iudicio meo, in hac ſpecie patrem ſubſtituto præferendum eſſe, idque multis & variis argumentis & rationibus confirmari ſolet: quarum aliæ ſatis firmæ ſunt, aliæ aliquid probabile habent. Sed quæ non proſunt ſingula, multa iuuant. Primum argumentum ducitur ex d. l. vlt. §. ſimilique modo. ibi Iuſtin. ait, patrem in hoc caſu admitti ad hæreditatẽ perinde ac ſi ab initio fuiſſet inſtitutus. His verbis vtitur Iuſtinianus. Expendendum eſt quod ait, perinde ac ſi inſtitutus eſſet, admittẽdum eſſe: nam conſtat inſtitutum præferri ſubſtituto. dict. l. 3. ff. de acquirenda hæreditate. Ergo pater in hac ſpecie præferetur ſubſtituto. Probabile eſt magis hoc argumentum, quam neceſſarium. Nam illa lex Iuſtiniani non loquitur de filio, cui datus eſt ſubſtitutus à teſtatore: atque ideo reſpondent qui diuerſam opinionem tuẽtur, nullam eſſe mentionem ſubſtitutionis in ea ſpecie, de qua id conſtitutum eſt à Iuſtiniano.

Aliud argumentum ducitur ex dict. leg. ſi paterfamil. ff. de hæred. inſtituend. ex §. vltim. Inſtitut. de volg. ſubſtit. Si quis ita ſubſtitutus ſit alteri, *Si hæres non erit*, nos ita hæc verba accipimus, *Si hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit.* Si igitur hæres inſtitutus alium hæredem fecerit, perinde excluditur ſubſtitutus, ac ſi inſtitutus ſibi hæreditatem acquiſiſſet. Diſſentientes reſpondent id verum eſſe, cum filius, vel ſeruus adit hæreditatem. nihil enim referre an filius, vel ſeruus, qui hæres inſtitutus eſt, ipſe ſibi acquirat hæreditatem, mutata conditione: an vero adeũdo hæreditatem, eam acquirat ſeruus domino, vel filius patri ſuo. In hac autem ſpecie proponitur non adita hæreditas eſſe à filiofamilias, ſed repudiata potius. vnde videtur nihil ad rem pertinere, quod dicitur in d. l. ſi paterfamilias. §. vlt. ſed in l. ſi paterfamilias, Iurecõſultus generaliter ait: *Si hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit.* Et certum eſt in ea ſpecie per filium acquiri hæreditatem patri, etiam ſi non adeat: ſed repudiet potius.

Recte igitur dici poteſt, iudicio meo, filius in hoc caſu patrem ſuum hæredem facere: & hæreditatem acquiri patri per filium. Vnde conſequẽs eſt perinde excludi ſubſtitutum, ac ſi ipſe filius hæreditatem ſibi acquiſiſſet. quia nihil refert ad excluſionem ſubſtituti an inſtitutus ſit hæres, an vero alium hæredem fecerit. Aliud argumentum eſt, quia pater & filius vna atque eadem perſona eſſe cenſentur. l. vltim. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. Vnde nihil refert vter eorũ hæres exiſtat, vter hæres extiterit. Alter quoque interpretatione iuris hæres eſſe intelligendus eſt. In hac igitur ſpecie, etſi non adeunte hæreditatem filiofamilias, hæreditas acquiratur patri: tamẽ per interpretationem iuris poteſt dici hæres eſſe. Et huc pertinet quod diximus ad leg. in ſuis. ff. de liber. & poſthum. hæred. inſtitu. Diximus filiumfamilias, qui eſt in patris poteſtate, etiã viuo patre, quodammodo dominum eſſe bonorum paternorum, vnde dicitur ſuus hæres. §. ſui. Inſtit. de hæred. qualit. & differ. Vnde in hac ſpecie, cum dicimus excludi ſubſtitutum & præferri patrem ſubſtituto, non recedimus à verbis conditionis, quam teſtator adſcripſit teſtamento ſuo, *Si hæres non erit.* Nam interpretatione iuris dicitur adhuc hæres eſſe quodammodo. His argumentis hæc ſententia defendi ſolet, quæ mihi videtur eſſe probabilior.

Supereſt vt, quæ ab aliis obiiciuntur, diluamus. Nam contraria opinio ſuos defenſores & aſſertores habet. In primis dicunt abſurdum & à ratione alienum videri eum, qui vocatur ad hæreditatem, voluntate expreſſa teſtatoris, potiorem non eſſe eo, qui vocatur tacite à lege ſine expreſſa teſtatoris voluntate. Adducunt l. vltim. C. de neceſſ. hæred. inſtituend. vbi dicitur eos, quibus ex verbis teſtatoris defertur hæreditas, præferendos eſſe iis, qui à lege vocantur. & hoc vulgare eſt, teſtamentarios legitimis eſſe præferendos. Voluntas teſtatoris lex eſt, & quocunque iure potior eſt habenda. §. diſponat. in Nouel. Iuſtinia. de nupt. *Diſponat teſtator & erit lex eius voluntas.* Ad hoc argumentũ reſpõdendum eſt. idque non eſt difficile ex his, quæ iam à nobis dicta ſunt. Nã ſatis iam oſtendimus patrem in hac ſpecie contra voluntatem teſtatoris nõ omnino admitti.

Imo

Imo vero ex eius voluntate, quamuis non admittatur ex iudicio expreſſo teſtatoris. Non ita interpretamur verba teſtatoris, *Si hæres filius non erit*, id eſt, ſi hęres nõ erit, vel patrem, in cuius eſt poteſtate, heredem fecerit. quaſi credibile ſit teſtatori eũ, qui inſtituit eum, quem in patris poteſtate eſſe intelligebat, ita cogitaſſe, ita ſenſiſſe.

Præterea obiicitur nobis l. cũ proponas. C. de hæred. inſtit. In ea l. dicitur, Si ſeruo, qui eſt in poteſtate domini ſui delata fuerit hęreditas, per ſeruũ acquiri domino hæreditatẽ ſeruo nõ adeũte hęreditatẽ nõ poſſe acquiri. Si ſeruus ne vi quidẽ vlla cogi poſſit ad adeũdã hęreditatẽ, nõ poterit acquiri hæreditas domino. Nõ. n. acquiritur ei, niſi opera & facto ſerui: ſed neceſſaria eſt aditio ſerui, eo nolente adire, & reluctante pertinaciter domino ſuo, non poteſt hęreditas acquiri domino. Vnde fit vt ſi quis ſeruo ſubſtitutus ſit, ea non acquiratur domino: ſed deferatur ad ſubſtitutum. Vnde dicendum videtur idem in noſtra ſpecie, de hæreditate, quæ filio delata eſt, & quam filius noluit adire, vt ea non acquiratur patri. Sed magna diſſimilitudo eſt & differẽtia filij familias, & ſerui: domini, ac patris. Ex conſtitutione alia Iuſtiniani, cuius mentio à nobis facta eſt, d. l. vlt. §. vlt. Quãuis enim aliqua ſimilitudo ſit inter filiosfamilias & ſeruos, quia vtrique ſunt in poteſtate aliena: non eſt tamen credendum, nullam eſſe diſſimilitudinẽ inter eos: imo aperta eſt illa diſſimilitudo in d. l. vltim. Illud eſt proprium & ſpeciale in filio familias non adeunte hæreditatẽ, pater eius poteſt adire, ſibique hæreditatem acquirere, perinde ac ſi inſtitutus eſſet. Rurſus obiicitur nobis l. qui liberis. 8. §. hæc verba. ff. hoc tit. Teſtator in ſuo teſtamento inſtituit quendam filiumfamilias, qui erat in patris poteſtate. deinde ſubſtituit, vt teſtamentum faceret filio ſuo impuberi: *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto.* hic filius inſtitutus acquiſiuit hæreditatem fratri ſuo. Quæritur an pater intelligatur ſubſtitutus huic impuberi? Ait Iureconſultus, hæc verba: *Quiſquis mihi hæres erit, &c.* de patre accipienda non eſſe. Filium ipſum potius ſubſtitutum videri, quàm patrem, qui ex iudicio teſtatoris venit. & tamen, ſi verum eſſet quod hic dicimus, his verbis videretur patrem vocari ad hæreditatẽ impuberis. quoniam eum pro hærede accipimus, quẽ hęres inſtituti hæredem facit. Sed hæc diuerſa ſunt, nõ pugnantia. Diſſimilitudo eſt vtriuſque ſpeciei. Diuerſæ ſunt hæ ſpecies, cum teſtator inſtituit filium, & ſubſtituit ei vulgariter, *Si hæres non erit.* vel cum ſubſtituit pupillariter, *Si filius eſt familias, &c.* vel quiſquis mihi hæres erit, idem mihi hæres eſto. In hac ſpecie noſtra dicimus, patrem ex veriſimili voluntate teſtatoris admitti. verum in ſpecie dictæ leg. qui literis. §. hæc verba. contra voluntatem teſtatoris fieret ea interpretatio, alias contingeret filium aut ſeruum, mutata conditione excludi à patre vel domino. Si ita acciperemus: *Quiſquis mihi hæres erit, id- in filio meo impuberi hæres eſto*, de patre cui acquiſita eſt teſtatoris hæreditas per filiũ, ſi decederet filius ante pubertatẽ, certe acquireret impuberis hæreditatẽ patri, etiã mutata cõditione cõtra teſtatoris volũtatem. ſed ille locus plenius à nobis poſtea explicabitur. Ex iam dictis concludendum eſt hæc verba, *Si hæres non erit*, in ſubſtitutione vulgari late eſſe accipienda. Opinio autem quam defendimus, vt vera eſt, ita cum exceptione accipienda eſſe videtur, vt aduerſariis ſatisfaciamus, niſi ex coniecturis contraria teſtatoris voluntas appareat: nam ſi ex coniecturis contraria voluntas teſtatoris appareat, quod ſubſtitutum præfarti patri voluerit, dubium non eſt quin ea voluntas ſeruanda ſit. Sed in dubio non id ſequemur. §. diſponat. in Nouel. de nupt. Inde quæſtio vulgo tractari ſolet de monacho. Si monachus hæres inſtitutus fuerit, eique delata hæreditas, & ei datus ſit ſubſtitutus à teſtatore, an ſubſtitutus præferendus ſit monaſterio, an cõtra, monaſterium ſubſtituto? monachi acquirunt monaſterio ſuo, ſicut ſerui domino. leg. vltim. de epiſcop. & cleric. Quæſtio hinc pendet, an ſeruis, an filius familias monachi comparari debeant: nã in hac ſpecie multum intereſt inter filiumfamili. & ſeruum. Quidam comparant monachum ſeruo, quidam potius filio familias, quia monachus non poteſt vendi, ſicut ſeruus venditur, vt ait Barto. Debuit addere Barto. nec facile emptorem reperiri poſſe huius mercis, ſi venalis forte reperiatur. Nos hanc quæſtionem monachis diſcutiendam relinquamus, ad vtiliora properantes. Alia igitur quæſtio eſt, an fiſcus excludat ſubſtitutum, cum inſtituto auferetur hęreditas tanquam indigno: quia forte mortem defuncti teſtatoris non eſt vltus. Hæc eſt quæſtio, Titius hæres inſtitutus eſt teſtamento, Sempronius eſt ei ſubſtitutus vulgari modo *Si Titius hæres nõ erit, Sempronius ei hæres eſto*. occiſus eſt teſtator: neglexit inſtitutus in primo gradu vlciſci & vindicare eius mortẽ. Ideoque ſe indignum reddidit eius hæreditate. Fiſcus auferet hæreditatem hæredi, ſubſtitutus ait ad ſe hæreditatem pertinere. Ait enim extitiſſe conditionem ſubſtitutionis. Conditio eſt, *Si Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto.* Si Titius hæres non erit, hæc conditio ita intelligitur, ſi hæres eſſe nolit, vel non poſſit. Atqui hæres eſſe non poteſt in hac ſpecie. Indignum ſe reddidit hæreditate. Itaque videtur hæreditas pertinere ad ſubſtitutum. Hæc quæſtio magna ex parte pertinet ad leg. ſi ſequens gradus. 15. ff. ad Senatuſconſul. Sila. In hac ſpecie proponuntur duo eſſe gradus hæredum. vnus eſt gradus inſtitutorum, alter eſt ſubſtitutorum. Inſtitutus neglexit vlciſci necem teſtatoris. Ait Iuriſconſul. ibi, an prior hæreditas &c. etiam ſi ſubſtitutus vltus fuerit mortem teſtatoris: tamen hæreditas ei non acquiritur. Nam pœna inſtituti hæredis, non debet eſſe præmium ſubſtituti. Quidam intelligunt dict. leg. ſi ſequens. cum hæreditas adita fuit ab inſtituto hærede. in primo gradu adiuit hæreditatem teſtatoris, non curauit vlciſci mortem teſtatoris, & fiſcus petat eius hæreditatẽ: ſubſtitutus ait eius hæreditatẽ in ſe transferri debere, quia præſtitit id, quod inſtitutus neglexerat, id eſt, necem teſtatoris vltus eſt. In hac igitur ſpecie inſtitutus in primo gradu adiuit hæreditatem: atque ita ſubſtitutus erat excluſus aditione. Sed quæſtio ex eo erat, an id in præmium ei concedi deberet, quod id præſtiterat, quod inſtitutus neglexit. Sed dubium eſt an ita lex accipi debeat. nam de aditione hæreditatis nullum eſt verbum in ea leg. ſed quod oporteat hæreditatem aditam eſſe, id colligi ſolet ex alio loco, nempe ex leg. neceſſarios. 5. §. Non alias. eod. titul. ibi, Adiiſſe hæreditatem. vt publicentur bona & acquiratur hæreditas fiſco. Iuriſconſ. ibi ait duo eſſe neceſſaria Oportet occiſum eſſe patremfamilias teſtatorem, & adiſſe hæreditatem hæredem. pertinet ad aliud quoddam caput Senatuſconſ. Silania, vt oſtendemus ſub eodem titulo. Multa ſunt capita Senatuſcon. Silaniani. vnum eſt de eo, qui neglexit vlciſci necem defuncti, cui adimitur hæreditas, & fiſco vindicatur. Alterum caput eſt de eo, qui adiit hæreditatem antequam quæſtio habita eſſet de familia. nam quæſtio haberi debet de omnibus ſeruis, qui ſub eodem tecto fuerunt, cum dominus interfectus eſt. Hoc caput reperitur in l. 3. §. quod ad cauſam. & §. non tantum. & l. 1. §. occiſorum. eo. tit. De hoc capite loquitur Iureconſultus in dic. l. neceſſarios. 5. §. 1. Sed hoc nihil ad rem pertinet, de qua hic diſſerimus. Quomodo igitur ſuſtinebimus eã interpretationem? Ego puto interpretationẽ l. ſi ſequẽs. veriorem eſſe, quæ vulgo recepta eſt, vt intelligatur de inſtituto, qui adiit hæreditatẽ, & adeundo hæreditatẽ

Digitized by Google

excluſiſſe ſubſtitutum. Sic mihi videtur intelligenda eſſe in hac quæſtione, quæ ſcripti eſt & ſententiæ. Hoc enim non eſt ſcriptum: ſed ratio exigit, vt ita interpretemur. Ecce, ſi intelligeremus de inſtituto, qui hæreditatem non adiuit, certe abſurdum hoc & iniquum eſſet. Quæ enim æquitas eſt, pœna affici eum, qui vltus non eſt necem teſtatoris, quod eius hæreditatem adire noluerit & contempſerit? certe ratio non patitur, vt is aliqua pœna afficiatur. Non exiſtimauit tantam eſſe hæreditatem, vt accuſationem inſtituere deberet aduerſus occiſores defuncti: quid ei vitio poteſt verti? Certe non poteſt eius admiſſum aliquod argui in hac re, ſed qui adiit hæreditatem iurare debet, quod mortem defuncti vindicabit, ad quem peruenit eius hæreditas: quamuis id non ſit expreſſum verbis: tamen id intelligere debemus, quod non ſatis expreſſum eſt verbis legis, id definiendum eſt τῷ λείπῃ γράμμα, vt ait Ariſto. Inſtitutum ergo adiiſſe hæreditatem intelligere debemus, & ſic excluſiſſe ſubſtitutum. Sed hoc intelligendum eſt, niſi inſtitutus ille repudiauerit, & nō curarit adire in fraudem fiſci. Si apparet hoc in fraudem fiſci factum eſſe, vt ſubſtitutus præferatur fiſco, hanc fraudem non obeſſe fiſco ſcito: ſed hoc in dubio non præſumitur. Hoc pertinet tit. de his quæ in fraudem fiſci.

Superioribus locis diſſeruimus de effectu ſubſtitutionis vulgaris. Diximus hæc verba, *Si hæres non erit* ſic accipienda eſſe, *Si hæres non erit, aut alium hæredem non fecerit.* id multis exemplis ſupra demonſtratum eſt. Sequitur quæſtio eodem pertinens, an hæres hæredis præferatur ſubſtituto, excludatque ſubſtitutum, in quibus caſibus hæreditas non adita tranſmittitur ad hæredem. De hac tranſmiſſione aliquid attigimus ſub tit. de hæredib. inſtit. Diximus hæreditatem, quæ adita nō eſt, ad hæredem non tranſmitti, & hæc eſt regula in §. in nouiſſimo, Cod. de caduc. toll. Diximus locupletandi fiſci cauſa hoc ita conſtitutum fuiſſe veteribus legib. vt pleraque alia. veluti quod conſtitutum eſt à Iuſtiniano in tit. C. de caduc. toll. in princip. quod dies non cedat, niſi ab apertura tabularum. Hoc igitur publicum eſt, ad fiſcum locupletandum pertinet, & variis conſtitutionibus eſt emendatum, ſicut pleraque ex lege Papia, quæ fiſci locupletandi cauſa conſtituta erant, quamuis omnino ſublatum nō ſit. In quibuſdam igitur caſibus hæreditas, quamuis adita non fuerit, tranſmittitur ad hæredem. Primus caſus eſt in ſuo hærede. ſuus hæres tranſmittit hæreditatem ad quoſcunque ſuos ſucceſſores. l. apud hoſtes. Cod. de ſuis & legit. hæred. & l. 3. C. de iure deliber. Nec id mirum, cum in ſuis hæreditatis aditio neceſſaria non ſit. leg. in ſuis. ff. de lib. & poſthu. Ideoque non eſt mirum, ſi hæreditatem non aditam tranſmittat ad ſuos hæredes, perinde ac ſi adita eſſet. Secundo, liberi inſtituti à parentibus, hæreditatem nō aditam tranſmittunt ad eos, qui ex ſe deſcendunt. Si pater inſtituerit filium, aut mater, nihil enim refert, filius deceſſerit antequam adierit hæreditatem, vel patris, vel matris, nihilominus eam ad nepotē, filiū ſuū qui ex ſe deſcendit, tranſmittit. Cod. de his, qui ante apert. tabul. l. vnic. Ea conſtitutio aliquid addidit iuri veteri. Hæc enim tranſmiſſio iure veteri locum tantū habebat in ſuis hæredibus: ſed hoc loquitur non de ſuis hæredibus tantum, ſed de quibuſcunque aliis conſanguineis. Hoc igitur facit non ius ſui, ſed ius ſanguinis. Sed hi tantum tranſmittunt hæreditatē ad deſcendentes ſuos. ſui tranſmittunt ad quoſcunque ſuos ſucceſſores. Tertio, ſi quis deceſſerit intra annū deliberationis, trāſmittit ius deliberandi ad quoſcūque ſuos ſucceſſores. l. cū antiquioribus. Codic. de iure deliberā. Mortuus eſt hæres inſtitutus, nōdū effluxit annus, quem habet ad deliberandum an velit hæres eſſe. Deceſſit igitur ante aditam hæreditatem: hæres eius, vel filius, vel frater, vel alius quiuis, idem tempus habet ad deliberandum. Itaque hac conſtitutione Iuſtinianus plane conſuluit hæredibus contra leges veteres, quæ tranſmiſſionem impediebant, ita vt ius antiquum nō poſſit hæredibus valde nocere, quantumuis negligentes ſint. Hi ſunt præcipui caſus tranſmiſſionum. Ad propoſitam quæſtionē redeamus. Quæſtio eſt, an hæres hæredis, ad quem tranſmiſſa eſt hæreditas, potior ſit ſubſtituto? Ponamus inſtitutum eſſe filium à patre, vel matre, nihil refert, & ſubſtitutum eſſe Titium vulgari modo, *Si hæres non erit*. Poſtea hunc filium inſtitutum deceſſiſſe hæreditate non adita. Nepos hæreditatem petit, id eſt, filius hæredis inſtituti, tanquā ad ſe tranſmiſſam. ſubſtitutus quoque eam hæreditatem ſibi vindicat ex voluntate teſtatoris, ex ſubſtitutione. Quæritur vter alteri præferendus ſit? Hic reperitur antinomia ex circumſtantiis ſimilis ei, de qua ſuperius diximus in alterius quæſtionis tractatione. Hic eſt conflictus duarum legum, quæ videntur pugnantes eſſe in hac hypotheſi, atque neceſſe eſt, vt vna alteri cedat. Prior eſt, quæ vult non aditā hæreditatem tranſmitti ad hæredem, id eſt, ad proximum hæredem, nempe filium, nepotem. Altera lex eſt ſubſtitutionis, mortuo inſtituto ante aditionem hæreditatis, admitti ad hæreditatem: concurrunt hæres hæredis & ſubſtitutus. Hæres hæredis profert priorem legem, quæ dicit hæreditatem non aditam ad hæredem hæredis tranſmitti. Alter autem profert alteram legē, quæ vult ſubſtitutum, mortuo inſtituto ante aditionē hæreditatis, admitti ad hæreditatem. hæ leges contrariæ non ſunt ipſo iure. Prior lex ſubſtitutum nominatim nō excludit. Lex, quæ ait hæreditatem non aditam tranſmitti ad hæredem, nō exprimit nominatim, etiā ſi datus ſit ſubſtitutus à teſtatore. Poſterior lex etiam nominatim non excludit hæredem hæredis. Lex, quæ ait ſubſtitutum, mortuo inſtituto ante aditionem hæreditatis, admitti ad hæreditatem, non exprimit nominatim etiam, in quibus caſibus hæreditas tranſmittitur. Eſſent enim contrariæ ipſo iure: ſed contrarietas reperitur in hac ſpecie. Oportet igitur vnam cum exceptione alterius intelligere, vel priorem legem, quæ loquitur de hærede hæredis, ita intelligere, niſi ſubſtitutum habeat: vel poſteriorem legem, quæ loquitur de ſubſtituto, ita intelligere: niſi hæres tranſmittat hæreditatē ad hæredem ſuum. Quæſtio igitur eſt vter potior eſſe debeat, an hæres ad quem tranſmiſſa eſt hæreditas, an vero ſubſtitutus? In hac quæſtione mihi videtur probabilior & verior opinio quæ recepta eſt, ſcilicet potiorem eſſe tranſmiſſionem ſubſtitutione. In primis mouet me, quod iam ſæpe à nobis dictum eſt, hæc verba, in ſubſtitutione vulgari, *Si hæres non erit*, ſic accipienda eſſe, aut ſi alium hæredem non fecerit. dict. l. ſi pater familias. ff. de hæredib. inſtit. & §. vltim. de vulga. ſubſtitut. Inſtitu. Ad excludendum ſubſtitutum nihil refert, an hæres inſtitutus ipſe hæreditatem adeat, an vero alius cui per eum hæreditas acquiratur, ſic exemplum eſt de ſeruo & filiofamilias, in dict. leg. ſi pater familias & dict. §. vltim. Ad excludendum ſubſtitutum nihil refert, an ſeruo acquiratur hæreditas, an vero domino per eum acquiſita ſit: nihil refert an filio acquiratur hæreditas, an vero patri per eum acquiſita ſit. Videndum eſt idē in hac ſpecie, nihil referre an is qui inſtitutus eſt, adquiſierit hæreditas, an vero hæredi ad quē hæreditas trāſit. Præterea hoc à Iuſtiniano eſt à Iuſtiniano, ne cui hoc videatur probabili tantum ratione [illegible]. Eſt cōſtitutio Iuſtiniani hac de re, Cod. de caduc. toll. §. cum aūt. ad ſi legis. quem locum adduximus ſub tit. de hæred. inſti. differentes de iure accreſcendi. Ait ibi Iuſtinianus, cum autem in ſuperiori parte legis. &c. Hoc refertur ad eā partem legis in qua Iuſtinianus de trāſmiſſione loquitur, cum §. in nouiſſimo, vbi ait hæreditatem

ditatem non aditam noo transferri: niſi io caſibus exceptis, de quibus iam diximus. Ibidem ſequitur, *Neceſſe eſt, &c.* Cur addidiſſet Iuſtinia. eodem loco, *niſi in quibuſdam perſonis, &c.* niſi intelligeret has perſonas excludere ſubſtitutum? quia hæreditas non tranſmittitur, inquit: ideóque ſi quis hæres non adierit hæreditatem, defertur ad ſubſtitutum: quia noo tranſmittitur, niſi quibuſdam perſoois. Igitur hæ perſonæ excludũt ſubſtitutũ. Hoc igitur referendũ eſt ad perſonas, quas Iuſtinianus excepit in eadẽ cõſtitutione. §. io nouiſſimo. ibi, *exceptis videlicet liberorum perſonis*, de quibus Theodoſiana lex, &c. Theodoſij autem eſt l. vlt. C. de his qui ante aper. tab. Excipit ergo vtrunque caſum: excipit perſonas liberorũ: excipit etiã eos, qui intra annũ deliberaodi decedunt: quia Iuſtinianus excipit tantum duo genera tranſmiſſionis: & diximus tria eſſe: poteſt dubitari, an idem dicendũ ſit de tertio, quod de tranſmiſſione ſuorum. Excipimus enim tranſmiſſionem ob ius ſuitatis. nam tametſi de ea re ſit controuerſia: tamẽ idẽ puto eſſe dicendum. Eadem enim eſt ratio. Sed cur Iuſtinianus hunc caſum non excepit? nõ neceſſe fuit hũc caſum tertium excipere, imo ineptum fuiſſet. Certiſſimum enim eſt regulam intelligi de hæreditate, quæ defertur extraneo nõ ſuo. Certiſſimum eſt aditionem non eſſe neceſſariam in ſuo hærede. Sui hæredes, ipſo iure hęredes fiunt. dict. leg in ſuis. Nullo vnquam tempore fuit dubitandum de ſuis hæredibus, quin hæreditatem tranſmitterent: nam ipſo iure eis acquiritur hæreditas, quamuis beneficium habeant abſtinendi. Sed de aliis dubitatum fuit, qui non niſi facto ſuo acquirunt hæreditatem: propterea eos caſus excipere oportuit, in quibus ad acquiſitionem hęreditatis neceſſaria non eſt aditio hæredis. Hinc concludemus, cum concurrunt hæres hæredis, ad quem ex legibus tranſmittitur hæreditas defuncti, & ſubſtitutus: potiorem eſſe cauſam ſubſtituti. Obiiciuntur nobis leuia quædam loca, de voluntate expreſſa teſtatoris, ex §. diſponat. in Nouel. de nupt. &c. de quibus ſuperius diximus. ſed hæc iam ſatis refutata fuerunt io quæſtione ſimili.

Alia quæſtio eſt, an coniunctus potior ſit ſubſtituto? Si teſtator duos hæredes inſtituerit coniunctim, & vni ſubſtitutum dederit, vter potior ſit altero, an ſubſtitutus coniuncto, an coniunctus ſubſtituto: an poterit iuuare coniunctum interpretatio horum verborũ, *Si hæres non erit*: id eſt, ſi alium hæredem non fecerit? Et certi iuris eſt ſubſtitutum coniuncto præferendũ eſſe, niſi teſtatoris contraria voluntas appareat. Hoc eſt expreſſum in leg. 3. §. ſi duos. de bon. poſſeſſ. contra tabul. Teſtator inſtituit Titium & Sempronium. Semprooio ſubſtituit Caium. deficiente Sempronio accreſcet pars eius Caio, nec accreſcet Titio. Coniunctus coniunctum hæredem non facit: ſicut hæres hæredem ſuum, ad quem tranſmittit hęreditatem: ſicut ſeruus dominum, ſicut filiusfamilias patrem ſuum. Ego dixi hoc accipiendum, niſi contraria teſtatoris voluntas appareat, quę voluntas colligitur ex coniecturis. Exemplum eſt in leg. quidam teſtamento. 30. ff. hoc titul. In hac ſpecie tres ſunt gradus hæredum. Teſtator in teſtamento ſuo duos hæredes inſtituit. In primo grado Proculum ex tribus vnciis, Quietum ex nouem vnciis: atque ita compleuit totam hæreditatem ſuam. hic eſt primus gradus. In ſecundo gradu ſubſtituit ſingulis. Quieto ſubſtituit Florum, Proculo Soſiam. hic eſt ſecundus gradus. Tertio gradu ita ſubſtituit, Si neque Florus, neque Soſias hæredes erunt, Colonia Leptitanorũ ex nouẽ vnciis hæres eſto. Deinde inſtituit plures alios hæredes ex variis partibus. Itaque exceſſit trium vnciarũ illam quantitatẽ in hoc gradu. Hoc continetur teſtamento. videndum eſt quid acciderit poſt factum teſtamentũ. Quietus, qui inſtitutus fuit in primo gradu ex nouem vnciis, adiit hæreditatem, itaque excluſi fuerunt ſecundi & tertij ab illa parte. Proculus & Soſias viuo teſtatore deceſſerunt. Proculus, qui inſtitutus io primo gradu fuit, & Soſias ei ſubſtitutus in ſecundo gradu deceſſerunt. Qui ſunt inſtituti in tertio gradu petunt hæreditatem, quæritur an hæreditas ad eos pertineat? an vero ad Quietum, propter ius accreſcendi? Subſtituti petunt etiam. Quæritur an ſubſtitutorum potior ſit cauſa? Reſpondet Iuriſconſultus, Expendamus verba huius ſubſtitutionis io tertio gradu, *Si neq; Florus, neque Soſias hæredes erunt.* Subſtituit hos in tertio gradu, *Si neque Florus, neque Soſias hæredes eſſent, cõiunctim.* Itaque videtur voluiſſe teſtator ita demum hæreditatem ad ſubſtitutos in tertio gradu peruenire, ſi tota vacauerit, at tota hæreditas nõ vacauit: quia Quietus adiuit hæreditatem pro parte ſua. Diſtribuit teſtator, inquit Iuriſconſul. plures quàm duodecim vncias, *& ideirco, &c.* Vnde quod diximus ſubſtitutum potiorẽ eſſe coniuncto, & præferri coniuocto, hoc eſt intelligendum: niſi ex coniecturis appareat cootraria teſtatoris voluntas, niſi appareat eum voluiſſe coniunctũ pręferri. In ſuperioribus exemplis hæc cooditio, *Si hæres non erit*, latiſſimam recipit ioterpretatiouem, ſi hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit, ídque ex mẽte & voluntate teſtatoris. Pergamus ad cetera, quæ ad interpretationem eorundem verborum pertinent. Hęc igitur verba, *Si hæres non erit*, interpretantur, ſi deſierit hæres eſſe poſſe. Neceſſe eſt, vt ita interpretemur. Nam & ſi quis hęreditatem non adierit, noo ideo dicendum eſt ad ſubſtitutum hæreditatem pertinere, id eſt, ſi hæres non erit: ſi nulla ſpes ſit eum, qui inſtitutus eſt hæredem fore. Hæc interpretatio ſumitur ex leg. 3. de acquiren. hæred. Ergo cum dicimus, *Si hæres non erit*, nos ita interpretamur, ſi in ea cauſa ſit, vt non poſſit hæres eſſe: vel quia repudiauit, vel quia tempore excluſus eſt, vel quia capere non poteſt. Hinc quæritur, Quid ſi minor hæreditatem ſibi delatã repudiauerit, quia poteſt in integrum reſtitui, an ſit locus ſubſtitutioni? quęſtio pendet ex interpretatione horum verborum. Certum eſt minorem, qui repudiat hæreditatem, poſſe reſtitui in integrum, vt eam adeat. leg. 1. & 2. Cod. ſi minor ab hæred. Idem dicitur in leg. vltim. Cod. de repud. hæred. vbi illud etiam expreſſum eſt, de quo olim magna erat quæſtio. Etiam ſi res io eodem ſtatu non ſint: tamen propter ætatem, minores poſſunt reſtitui, etiam ſi res forte diſtractæ ſint. Obiicitur pro contraria leg. quod ſi mioor. 24. §. Scæuola. ff. de minoribus. Sed alias dixi in tractatu de minoribus 25. ann. poſteriorem eſſe conſtitutionem Iuſtiniaoi, & derogare iuri antiquo. eſt enim edita poſt conſulatum Lampadij & Oreſtis, & propterea in leg. quod ſi minor. refert tantum obiter Vlpianus Scæuolæ ſententiam, noo probaos eam: ſed recitãs tantũ. Vnde ſequẽda eſt hodie cõſtitutio Iuſtiniani, quæ poſterior eſt. Sed de eo dicemus plenius ſub titul. de acquir. hæred. Ad propoſitam quæſtiooem, minor repudiauit hæreditatem: ſubſtitutus eam vindicat. Quæritur, an recte hæreditas delata eſſe videatur? Videtur ſubſtitutio non eſſe delata. Nam inſtitutus poteſt in integrum reſtitui, vt adeat hæreditatem, quam repudiauit. Sed tamen receptum eſt, & hoc verius eſt, interim locum eſſe ſubſtitutioni: ioterim poſſe ſubſtitutum hæreditatem adire, tãquam ſibi delatam ex teſtamento, propter omiſſionem inſtituti. Et ad id, quod obiicitur, poteſt adire hæreditatẽ, in integrũ reſtitutione impetrata: dicendũ eſt eius reſtitutionis oullã haberi rationẽ, antequã impetrata fuerit. Non enim hic ſpectamus quod contra ius ciuile euenire poteſt extraordinario auxilio. Ipſo iure hæreditas defertur ſubſtituto, verũ eſt extraordinario auxilio poſſe ſuccurri minori, qui repudiauit: ſed hoc auxiliũ non

ſpectamus, quamuis euenire poſſit. Argumentum ſumitur ex leg. ergo quandiu. 4. ff. de fideicom. liber. & ex titul. de eo, cui lib. cauſa. in Inſtit. Si ſeruis relictæ ſint libertates in teſtamento, & nemo ex teſtamento adeat hæreditatem, vni ex ſeruis adiicitur libertas bonorum ſeruandorum cauſa: ſed tamen ſi certum ſit neminem ex teſtamento hæredem fore. Quid ergo, ſi minor institutus ſit, qui repudiauit hæreditatem, an erit locus huic addictioni bonorum? Et dicitur nihilominus locum eſſe huic addictioni bonorum. §. ſi is, qui. in dict. tit. de eo cui lib. cauſ. in Inſtit. Huc pertinet, quod dicitur in l. an prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minorib. Duplex dictum eſt Papiniani: vtrunque tamẽ videtur ab Vlpiano comprehendi, aut ſaltem ſupplet & explicat, vel emendat Vlpianus, quod à Papiniano dictum eſt: vel ſupplet, vel emendat, quaſi non ſatis elocutus ſit Papinianus. Duo igitur ſunt dicta Papiniani. Vnum eſt de minore, qui primum adiuit hæreditatem: deinde abſtinuit hæreditate. Alterum eſt de eo, qui non aditam hæreditatem repudiauit. De priore tantũ dicendũ eſt, de poſteriore dicemus in ſequẽti capite. Quæſtio eſt huiuſmodi. Minor eſt institutus: ſubſtitutus eſt ei ſeruus, *Si minor hæres non erit*, minor repudiauit hæreditatem. deinde reſtitutus eſt in integrũ. Quæritur, quid iuris? Papinianus ait repudiante minore hæreditatem, deferri ſeruo, & libertatem quoque: minore vero poſtea reſtituto & impetrata reſtitutione, adeũte hæreditatẽ, Papinianus ait, ſeruũ illũ, qui ſe immiſcuit hæreditati, liberũ nihilominus manere. Viſus eſt ſatis non dixiſſe Papinianus Vlpiano. nã an hæres maneat iſte ſeruus, nõ dixit Papinianus. Sed tamen videtur ſenſiſſe hæredẽ nõ manere, ſed hæredẽ potius eſſe minorẽ, qui in integrũ reſtitutus eſt, & reſtitutione impetrata, adiuit. Libertatis fauor exigit, vt liber maneat ſeruus, nec obeſt hoc minori reſtituto, qui inſtitutus erat in primo gradu. Sed de quæſtione, an maneat hæres, videtur Papinianus ſenſiſſe cum dixit, liberum manere eum, hæredẽ non manere. vult tamen Vlpianus vel emendãs, vel ſupplẽs, quod defuit in verbis Papiniani, eum remanere nõ tantũ liberũ, ſed etiã hæredẽ: quãuis pupillus vtiles actiones habeat hæredis loco. Verũ eſt ipſo iure hæredẽ eſſe ſubſtitutũ per repudiationem repudiata hæreditate ab inſtituto. Lex vult hæreditatem ſubſtituto acquiri: ideo ipſo iure hæres factus eſt ſubſtitutus, minore reſtituto in integrum: nec deſinit hæres eſſe. Prætor non poteſt facere hæredem eum, quem reſtituit in integrum. qui iure ciuili nõ eſt hæres, eſt ſubſtitutus ipſo iure hæres. Habetur quidem minor hæredis loco, & ei & in eum dãtur vtiles actiones §. quos autem ſolus. Inſtitut. de bonor. poſſeſſ. Dat ei prætor bonorum poſſeſſionem, & eum facit hęredis loco. Hoc igitur reprehendit in Papiniano Vlpianus, quod non ſatis elocutus ſit. Hæc de priore dicto Papin. de poſteriore dicemus in ſequenti capite. Nam pertinet ad explicationem l. poſt aditam. C. de impub. & aliis ſubſtit.

Cœpimus oſtendere quam vim habeant hæc verba, *Si hæres non erit*. in ſubſtitutione vulgari, & horum verborum interpretationem pertinere ad effectum eiuſdam ſubſtitutionis. & diximus ita accipienda eſſe, *Si hæres non erit*, id eſt, ſi hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit. Deinde *ſi hæres non erit*, id eſt, ſi deſierit eſſe poſſe hæres: ita vt certum ſit eum excluſum eſſe ab hæreditate. hæc omnia variis exemplis demonſtrauimus. Alia ſunt exempla, in quibus admittitur horum verborum explicatio & interpretatio aut latior, aut anguſtior, quàm verba ipſa ſignificent, propter rationem aliquam. Vnum exemplum eſt in l. 3. C. eod. titul. vbi Imper. Alexander hæc verba interpretatur, *Si hæres non erit*: id eſt, ſi hæres ex teſtamento non erit. hic reſtringitur interpretatio verborum propter mẽtem teſtatoris, *Si hæres non erit*. Hæc verba videbãtur late eſſe accipienda, vt quocunque modo hæres erit ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, excludatur ſubſtitutus: ſed tamen contrarium dicitur in d. l. 3. Mulier quædam inſtituta in primo gradu, cui fuerat alius ſubſtitutus ex teſtamento, omiſit hæreditatem, & adiit ab inteſtato. erat enim filia teſtatoris: & licet omittere hæreditatem ex inteſtato, & adire ab inteſtato: modo id ſine dolo & fraude fiat, & legata præſtita ſint. toto tit. ſi quis omiſſa cauſa teſta. Omiſit ergo hæreditatem ex teſtamẽto, & adiit ab inteſtato. Bonorum poſſeſſionem accepit, Vnde liberi. Ait Alexãder, *Subſtituta locum quin feceris, &c.* Omittendo igitur hæreditatem ex teſtamẽto, ſubſtituto locum fecit, etſi petierit bonorum poſſeſſionem ab inteſtato. Hæc verba: Si hæres non erit, in ſubſtitutione vulgari, ita ſunt intelligenda, Si hæres non erit ex teſtamento. Nam etſi ſimpliciter dixerit teſtator, Si hęres non erit, nec aliud adiecerit, tamen apparet ita eum ſenſiſſe. vult enim hæredem ſibi eſſe ex teſtamento: etſi hæres non erit, id eſt, ex teſtamento meo, & quamuis id expreſſum non ſit, id tamen ſatis intelligitur, & ſic ſubſtitutus excludit omnes ab inteſtato venientes. l. 3. quandiu. & l. 39. quandiu. ff. de acquir. hæred. Aliud exemplum eiuſdem interpretationis eſt in l. 33. alias 31. ſi mater ita. ff. hoc tit. Hic locus pertinet ad interpretationem horum verborum, *Si hæres non erit.* Si quis tres gradus faciat hæredem, & ita dixerit, *Si primus hæres nõ erit, ſecundus hæres eſto: Si ſecundus hæres non erit, tertius hæres eſto.* hæc verba intelligenda ſunt, *Si ſecundus hæres non erit*, id eſt, ſi neque primus, neque ſecũdus erit. Primo adeunte, omnes ſequentes ſubſtitutiones expirant ex mente teſtatoris, ita hæc verba ſunt accipiẽda: quãuis non ſit expreſſum. Cauillatio verborum admittenda non eſt contra voluntatem teſtatoris. Si primus adierit hęreditatẽ in hac ſpecie, & tertius velit admitti ad hæreditatẽ, quod dicat extitiſſe conditionem: quia ſecundus hæres non eſt, nec quidem eſſe poſſit. eſt enim excluſus à primo adeunte hæreditatem. cauillatio eſt contra manifeſtam voluntatem teſtatoris. Idem dicitur in l. cum in teſtamento. 37. ff. de hæred. inſtit. Eſt enim eadem ſpecies. Primo igitur adeunte ſequentes omnes ſubſtituti excluduntur. Aliquãdo etiam extenduntur hæc verba, propter eandẽ voluntatẽ teſtatoris. Exemplum eſt in l. tam hoc iure. 4. ff. hic. Si quis ſubſtituerit vulgari modo filio ſuo impuberi, intelligitur quoque in alterũ caſum ſubſtituiſſe, ſi impubes deceſſerit. & proinde hæc verba, *Si hæres non erit*, nos accipimus, ſi hæres non erit, vel ſi impubes deceſſerit. Quomodo hoc accipiendum ſit, ſupra oſtendi. Ego dixi nõ ideo caſum expreſſum interpretatione extẽdi ad eum, qui expreſſus non eſt, quod certa ſit hæc in re teſtatoris voluntas. Obſtaret enim quod dicitur in l. commodiſſime. ff. de lib. & poſth. & l. Titius. 25. §. Lucius. eod. tit. Sed ex cõſtitutione Seueri hoc ortum eſt magis quàm ex certa teſtatoris voluntate. Iureconſulti non fuit, qui eſt interpres voluntatis teſtatoris, ita voluntatem interpretari teſtatoris, qualis qualis eſt teſtatoris voluntas, quæ lege adiuuatur. ex cõſtitutione oritur, nõ ex iudicio certo teſtatoris. Hoc eſt intelligendũ, vt dicitur in eadem lege, niſi voluntas teſtatoris refragetur, vt credibile eſt hoc expreſſum fuiſſe in cõſtitutione D. Marci. Exemplum eſt in l. quamuis. 4. C. de impub. & aliis ſubſtit. vbi voluntas teſtatoris apparet contraria ex coniectura, vt in hoc caſu, *Si mihi Firmianus filius, & vxor mea Ælia, hæredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus hæres eſto*, manifeſtum eſt, inquit Imperator, in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo vtrique hæredũ ſubſtitui potuit. Hæc coniectura colligitur ex diſparitate perſonarũ. Diſpares perſonæ ſunt, vnus enim

eſt

eſt cui ſubſtitui poteſt pupillariter:alter cui non poteſt. Vxori ſuæ non poteſt ſubſtituere teſtator, *Si impubes deceſſerit*.itaque hæc verba non ita accipiemus,vt vtrũque caſum cõplectantur. Huic eſt ſimile,quod dicitur in l.iam hoc iure.4.ff..bie.Si ſubſtituerit pater duobus filiis ſuis,quorum vnus eſt pubes,alter impubes:in alterum tantum caſum ſubſtitutus intelligitur etiam im puberi:quia cum coniunxerit eos, & pariter ambobus ſubſtituerit,non eſt credibile teſtatorem voluiſſe iiſdem verbis ſubſtituere vni vulgariter,alteri aũt pupil lariter & vulgariter. Vocatur commune verbum, non vt plerique interpretantur, quia eſt directum & obliquum:ſed quia verba quædam propria ſunt ſubſtitutio nis pupillaris,quædam vulgaris.Sed cum dico, eos inuicem ſubſtituo,dicitur verbum vtriuſque ſubſtitutio nis commune.Hoc itaque caſu,ſi velit pater hoc facere,vt vni ſit ſubſtitutus Titius,exempli gratia, vulgari modo:alteri autem vtroque modo & vulgari & pupil lari ſubſtitutus ſit,ſeparatim debet ſubſtituere.non debet eos coniungere,& non ita dicere, *Si Seius & Sempronius heredes non erunt.Voluntatis quæſtionem.*Conſtitutio igitur D.Marci,quæ vult expreſſa vulgari ſubſtitutione,pupillarem quoque contineri, cum quis filio ſuo impuberi vulgariter ſubſtituerit, intelligenda eſt, niſi contraria voluntas teſtatoris appareat ex coniectu ris.Tunc enim is caſus,qui omiſſus eſt,non intelligitur contineri eo,qui expreſſus eſt.Aliud exemplum ſimile eſt,in quo propter coniecturam voluntatis,non intelligitur contineri pupillaris vulgari ſubſtitutione, in l. vlt.C.de inſtit.& ſubſtit.ſub condit.fact.Quæſtio hęc agitata fuit apud veteres iureconſultos. Teſtator habens vxorem prægnantem, ipſam hæredem inſtituit ex parte dimidia,partũ vero ex alio ſemiſſe, & ita ſubſtituit.*Si poſthumus natus non erit,Titius heres eſto.*Hęc ſubſtitutio vulgaris eſt,*Si natus non erit.*Ego ſupra dixi ſubſtitutionem vulgarem poſſe fieri non tantũ his verbis generalibus,*Si heres non erit.* Sed ſpecialius poteſt teſtator in vnum tantum caſum ſubſtituere,Titius ſub ſtitutus eſt ſub hac conditione. *Si poſthumus natus non fuerit.*Poſt mortem teſtatoris poſthumus natus eſt:ſed deceſſit impubes:Subſtitutus petit hæreditatem ex cõſtitutione D.Marci Imperatoris.Ait enim illam ſubſtitutionem vulgarem porrigendam eſſe ad ſecundum caſum,ſcilicet,ad pupillarem ſubſtitutionem:& perinde accipiendam eſſe,ac ſi dixiſſet teſtator,*Si non natus erit, vel ſi natus erit:ſed impubes deceſſerit.* Cum igitur illa conditio extiterit,videtur admittendus eſſe ſubſtitutus.hic tamen dicitur matrem pupilli præferendam eſſe ſubſtituto,quaſi hac ſubſtitutione vulgari,quę expreſſa fuit à teſtatore,pupillaris non contineatur. Hic aperte conſtituit Iuſtinianus, vt dirimat eam veterum controuerſiã, potiorem eſſe cauſam matris,quam ſubſtituti:quo caſu deceſſerit,viua matre,poſthumus,vult matrem præferri ſubſtituto. Quo autem caſu mater prior deceſſerit,vult admitti ſubſtitutum ex voluntate teſtatoris.Coniecturæ voluntatis teſtatoris aduerſus ſubſtitutum obſcuræ non ſunt. Vxor teſtatoris eſt mater poſthumi.Deinde inſtituta eſt mater hæres, vt conſtet ab eo dilectam fuiſſe.Subſtitutus aũt quaſi quaſi cõiectura voluntatis teſtatoris nititur,quæ aliquando lege adiuuatur.Dictum fuit in initio huius diſputationis,exiſtente conditione ſubſtitutionis ſubſtitutũ admitti ad hereditatem:ea vero non exiſtente ſubſtitutũ repelli ab hæreditate.Hinc orta eſt prolixa diſputatio de interpretatione verborum: ex eo quod dictum eſt in initio,conſequitur non admitti concurſum ſubſtituti & inſtituti.Inſtitutus & ſubſtitutus non concurrunt, id eſt,ſimul ad hæreditatem non admittuntur.ſed inſtitutus admittitur ad hæreditatem,& eo excluſo,ſubſtitutus:vt dicitur in leg.3.ff.de acquiren. hæredit. & ſimil.Excipiuntur quidam caſus:ſed vnus eſt præcipuus & inſignior in §.vltim.Inſtitut.de vulga. & pupil. & in l.40.alias 38.Si paterfamilias.ff.de hæred.inſtituen. Species ibi proponitur,in qua inſtitutus eſt ſeruus alienus,quaſi liber homo,quẽ teſtator credebat liberũ eſſe hominẽ,& ei ſubſtituit aliũ ſic, *Titius heres eſto, & ſi Titius heres nõ erit,Sempronius heres eſto.* Hic hæres inſtitutus re vera ſeruus eſt alterius,qui domino ſuo acquirit,nõ ſibi.Hic quęritur,an domino huius ſerui inſtituti,quaſi per ſeruũ ipſi hæreditas acquiratur,excluſo ſubſtituto:an eo ſubſtitutus vero potior eſſe debeat?Dicitur in vtroque loco hæreditatẽ diuidendã eſſe inter inſtitutum & ſubſtitutum. vtroque ſimul admitti ad hæreditatem. Hoc ita conſtitutum eſt quia non leues,ſed multæ non contemnendæ rationes tam pro domino ſerui, quam pro ſubſtituto, adduci poſſe videbãtur.Ego id oſtendo.id demonſtrari poteſt ex interpretãtione horum verborum, *Si heres non erit.* Si teſtator ſeruum inſtituerit,& ſubſtituerit ei,*Si heres non erit*,cum ſcit eum eſſe ſeruum,videtur id ſentire teſtator,*Si heres non erit*, aut dominum ſuum hæredem non fecerit. Voluntas teſtatoris hic non eſt obſcura. Cum autem inſtituit liberum,quem ſcit liberum, videtur ita ſentire,Si hæres non erit, vel ſi mutata conditione,alium hæredem non fecerit. Nam poteſt fieri ſeruus & acquirere hæreditatem domino ſuo eam adeundo.Sed pone,vt in ſpecie propoſita,ſeruum eſſe alterius,quem teſtator putat eſſe liberum,talis eſt cogitatio teſtatoris & voluntas.Si neque hæres erit:aut mutata conditione,alium hæredem non fecerit. Hæc eſt conditio ſubſtitutionis,hic autem non mutat conditionem,non fit ſeruus ex libero homine: ſed iam ſeruus eſt.Ergo hic non exiſtit conditio ſubſtitutionis.hac ratione ſubſtitutus vindicat ſibi hæreditatem, quaſi euenerit conditio ſubſtitutionis.nam teſtator credebat eum liberum eſſe:& eius qui inſtituit & ſubſtituit his verbis,non poteſt alia mens eſſe. Sed contra ſubſtitutum pro domino hoc etiam dici poteſt. quia teſtator acquiri voluit domino,mutata conditione eius, quem inſtituit,cum videlicet ſeruus erit:facile idem teſtator creditur contradicturus fuiſſe,eo exiſtente iam ſeruo. In hoc igitur conflictu rationum viſum eſt mediam viam Iureconſultis eligere,& ſimul dominum ſerui & ſubſtitutum admittere, vt æquis portionibus inter eos hæreditas diuidatur.Secuti ſunt Iuriſconſulti. exemplũ Tiberijqui ita pronunciauit in perſona Parthenij ſerui Cæſaris,qui ab alio inſtitutus fuerat tanquam ingenuus.leg.& hoc Tiberius.39.ff.de hæred.inſtit. Hoc præiudicium ſecuti ſunt Iuriſconſul. in aliis ſimilibus huiuſmodi caſibus.Sunt qui dicunt hoc iudicium carere omni ratione, & ſubſtitutum præferendum eſſe, & hanc leoninam potius eſſe,vel vulpinam diuiſionẽ, & adducunt leg.ſi non fuerint §. Ariſto. ff. pro ſocio. Sed credendum non eſt compoſitores Pandectarum id in hos libros relaturos eſſe, ſi id iniquum iudicaſſent Sumpſerunt compoſitores librorum horum, quæ videbant maxime pertinere,& neceſſaria eſſe ad conſtituendam æqui & boni artem.Ferendum igitur non eſt:quod ab eis dicitur de iniquitate huius iudicij.Nec vero nouũ eſt hoc partitionis genus,quod aptũ eſt pacificationi,vt cũ ſimiles ſũt rationes ex vtraq. parte diuidatur æqualiter tota hęreditas.& ſic eſt intelligẽdũ ꝙ dicitur in §.vlt.in Inſtitut.de vulg.& pupill. ſubſtitut. de parte Theophil⁹ hoc apertiſſime oſtẽdit in ei⁹ §.interpretatione.Sed difficultas hic naſcitur ex verbis Iuliani in dicta leg. ſi paterfamilias. l. in fin. ibi. Igitur in hoc caſu, &c. quæ verba multum negotij exhibuerunt omnibus interpretibus. Vult Iulianus ibi hæreditatem diuidi in duos ſemiſſes, & alium ſe-

miſſem diuidi inter dominum ſerui inſtituti & ſubſtituti, & ſubſtitutum. Vnde ſolet tractari quid de altero ſemiſſe fiet. Ego alias dixi Iulianum ſcripſiſſe alterum ſemiſſem diuidendum eſſe inter dominum hæredis inſtituti, & ſubſtitutum in ea tantum hypotheſi, de qua ei propoſita fuerat quæſtio. Circumſtantiæ eius hypotheſis hoc exigunt. Propoſitum fuit Iuliano, ſubſtitutum cohæredem inſtituto hæredi: id non Norica lectio habet, ſed alij Codices habent. Teſtatur id Alciatus ſe legiſſe in quibuſdam veteribus libris manu ſcriptis, quam lectionem probat, eámque ſequor. *Cohæredem*, non habent Florentinæ. Nos igitur ponere debemus in hac ſpecie fuiſſe ſeruum inſtitutum ex parte: Sempronium ex altero ſemiſſe: & rurſum Semproniũ fuiſſe ſubſtitutum ſeruo. vnde Sempronius idem eſt & cohæres, & ſubſtitutus. Et propterea cum quæritur de ſubſtitutione, quæſtio eſt tantum de ſemiſſe: de altero ſemiſſe nulla eſt dubitatio. quia inſtitutus in primo gradu eum ſemiſſem capit. De altero itaque tantum ſemiſſe eſt quæſtio. Non me mouet quod quidam eruditi dicunt hoc repugnare verbis Iureconſulti, cum ait: *Poteſt dici Sempronium. &c.* Si verum eſſet cohæredem ſubſtitutum fuiſſe Sempronio, certum eſſet in partem eum eſſe admittendum: de parte nulla eſſet dubitatio, nec diceret Iuriſconſul. poteſt dici, quaſi dubium ſit, an ad partem admittendus ſit, an non ſit. Hoc argumento vtitur Conanus, hanc lectionem improbans. Sed quod dicit Iuriſconſ. in partem hæreditatis, de parte hæreditatis accipiendum eſt, de qua agitur, ſcilicet ſubſtitutionis. Ergo non male ita dicit Iulianus in quæſtione propoſita: etſi cohæredem ſubſtitutum eſſe ponamus. Dicendum eſt igitur hæreditatem diuidendam eſſe æquis portionibus inter dominum ſerui & ſubſtitutum. Sed in hypotheſi, de qua propoſita fuit quæſtio à Iuliano ſemiſſem tantum diuidendum eſſe inter dominum ſerui & ſubſtitutum, quia de ſemiſse tantum quæſtio eſt. Et ſi velimus hoc ad theſin reuocare, dicendum eſt totam hæreditatem inter dominum & ſubſtitutum diuidendam eſse, ſi agatur de tota hæreditate: vel partem hæreditatis, ſi agatur de parte. Huic ſententiæ noſtræ opponitur, velut contraria, leg. cum proponas Alexandrum. Cod. de hæred. inſtit. videtur ibi eadem omnino eſse ſpecies, quæ eſt apud Iulianum, in dict. leg. ſi paterfamil. ff. de hæred. inſtit. vbi tamen hæreditas non diuiditur: ſed tota vel inſtituto, vel ſubſtituto defertur. Erat ſeruus hic Iulianus teſtatoris & alterius: hic inſtituit eum vt libertum, vt appareat ſimilem eſse ſpeciem illi, de qua diſseruimus apud Iulianum. Ait Imperator in dict. leg. 3. cum proponas. *Voluntatis eſt quæſtio.* Alloquitur Vitalem militem, qui ſubſtitutus eſse proponitur. Deinde ait: *Nam ſi credens, &c.* Hæc videntur pugnantia eſse. Ego dicam breuiter quid ſentiam de hac re. In dict. leg. cum proponas 3. duo caſus proponuntur & deciduntur, quibus certa eſt voluntas teſtatoris. Tertius autem dubiæ voluntatis, de quo hic diſseruimus, omnino omittitur, & propterea hæc contraria dici nõ poſsunt. Expendantur verba ſequentia, *nec per eum vel alium.* Duo caſus hic conſiderauit Imperator. Primus caſus eſt in quo defertur hæreditas ſubſtituto: cum videlicet teſtator proprium libertum ſuum eſse credens, eum hæredem inſtituit, nec ad alium hæreditatẽ pertinere voluit. Hoc verum eſt, cum id certum eſt. Alter caſus eſt ibi, *Quod ſi verba. &c.* in quo ſubſtituto locus non eſt: ſcilicet cum ſubſtitutionis verba hæc, *Si hæres non erit, ad ius retulit*, id eſt, ad interpretationem iuris. Nam hæc verba iuris interpretatione ita intelliguntur, *Si hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit.* Si hæc verba ſic interpretemur teſtatoris, vt noluit ad alium, quam eum, quem inſtituit bona pertinere, ſubſtitutus nõ admittetur: ſi voluit ad eũ pertinere, ſubſtitutus admittetur. Et hi duo caſus ſunt certi. Supereſt tertius caſus, quid ſi dubia ſit teſtatoris voluntas? nõ eſt ſatis certum & exploratum, quid teſtator voluerit. adducuntur rationes hinc inde tam pro domino ſerui, quam ſubſtituto. tunc ſequendum eſt iudicium Tiberij quod extat in d. l. & hoc. ff. de hæred. inſtit. eſt l. 39. al. 41.

Quæſitũ fuit ſuperiori loco, an concurſus inſtituti & ſubſtituti hæredis admittatur? Diximus in quibuſdam caſib. admitti, quãuis alias inſtitutus excludat ſubſtitutũ: & inſtituti potior cauſa ſit, quã ſubſtituti. Vnus eſt, quem explicauimus in l. ſi paterfamilias. de hær. inſtit. Alius caſus eſt, in quo concurrunt inſtitutus & ſubſtitutus, in l. 41. libertus patrono. ff. de bon. libert. Libertus inſtituit patronum ſuum ſolum hæredem, cum ex lege tantum partem ei deberet. non enim cogitur ei totum relinquere. §. ſed noſtra. Inſt. de fideicom. liber. fidei eius commiſit teſtamento ſuo, vt proprium ſeruum manumitteret. Certum eſt hoc onus imponi poſſe patrono, cum inſtituitur ſolus hæres: ſi tantum ei relinqueretur pars legibus debita, non poſſet ei hoc onus imponere libertus. Sed quid ſi nolit forte patronus ſeruum manumittere, male fortaſſis demeritum, an ſit cogendus? quid ſi dicat malle ſe habere portionem ſibi legibus debitam, & reliquam partem hæreditatis repudiare? Iureconſultus ait eum audiendum eſse, ſi ſubſtitutum habeat. Si ſubſtitutus ei non ſit aliquis, is cogetur ſeruum manumittere. hic videtis inter patronum & ſubſtitutum hæreditatem diuidi. Solet quæri, an idẽ dicendũ ſit de portione debita filio in bonis paternis, vt ſi ſubſtitutus quiſquã ei ſit, poſſit capere legitimã illã ſuam, ita vt reliqua pars hæreditatis ad ſubſtitutũ perueniat? Ego hãc quæſtionẽ tractaturus ſum ſub tit. de acquit. hær. in l. 1. & 2. Non enim poteſt ſatis cõmode tractari, niſi prius aliã quæſtionẽ explicemus, an ita diuidi poſſit hæreditas, vt filius cõtentus ſua legitima, reliquã partẽ repudiet. In his caſibus, & aliis ſimilibus concurrũt, & ſimul ad hęreditatẽ vocãtur inſtitut' & ſubſtitutus, quamuis alias potior ſit inſtituti cauſa, quam ſubſtituti: & ſubſtitutus non admittatur ad hęreditatem: niſi exiſtẽte conditione ſubſtitutionis, id eſt, non exiſtente hęrede eo, qui inſtitutus eſt in primo gradu. Ex his naſcitur quęſtio. Si idem ſibi ſubſtitutus ſit, vtra potior ſit an inſtitutio, an ſubſtitutio? Naſcitur hęc quęſtio ex his quę diximus, inſtitutum ſcilicet pręferri ſubſtituto niſi in caſibus exceptis. Pone aliquem ſibi ipſi ſubſtitutum eſse. Nam plerunque accidit, vt quis ſibi ipſi ſubſtituatur, vt valeat ei ſubſtitutio, & vterque gradus pro vno habetur. Exempla ſunt in l. 8. qui liberis. §. vltim. & l. vlt. §. Titius, hoc tit. Cum quis ſubſtituitur ſibi ipſi, valet interdum ſubſtitutio, cauſa inſtitutionis mutata: non mutata cauſa ſubſtitutionis non valet ſubſtitutio, vt dicitur in vtraque lege. Hoc eſt declarandum exemplis. Pone inſtitutum eſſe Titium ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit, & ſubſtitutum ſibi ipſi eſſe purè, valet ſubſtitutio. vt, *Titius hæres eſto, ſi nauis ex Aſia venerit: & ſi hæres nõ erit, Titius hæres eſto.* id eſt, ſi defecerit conditio. Vult teſtator ſi deficiat ea conditio, vt nõ poſſit hæres eſse, vt nihilominus capiat hæreditatem, tãquam pure inſtitutus. Aliud exemplum eſt in dict. leg. vltim. §. Titius. Cum ſeruus hæres inſtituitur alterius gratia, vt legatarij gratia, cui legatus eſt, & ſubſtituitur gratia ſui ipſius, vt ſit liber & hæres. Legat quis Stichum Mæuio, & inſtituit Stichum, videtur gratia Mæuij legatarij inſtitutus eſse, vt acquirat hæreditatẽ Mæuio poſtquã legatarij factus fuerit. hic eſt ſecundus gradus. Ad verſ. *Si Stichus, &c.* hic ſubſtituitur ſibi ipſi: ſed mutata cauſa ſubſtitutionis. Ideóque vtilis eſt hęc ſubſtitutio. Et Iureconſ. ait in d. l. vlt. effectu vnũ gradũ eſse. in ea ſpecie Stichus ſtatim, mortuo teſtatore, fit liber & hęres: nec id ius obſtat, quod à nobis

explicatum

explicatum eſt, de inſtituto & ſubſtituto: vt inſtitutus potior ſit, effectu hic vnus tantum gradus eſſe intelligitur. Hactenus de concurſu.

Aliud hic obſeruandum eſt, quod ex iam dictis conſequitur, hanc ſubſtitutionem vulgarem expirare adita hæreditate. Cum primum adita eſt hæreditas ab hærede inſtituto, dicitur finita eſſe ſubſtitutio vulgaris. Id conſequitur ex his, quę à nobis dicta ſunt, Subſtitutum admitti ad hæreditatem, exiſtente conditione ſubſtitutionis, Conditio eſt, *Si hæres non erit.* Ergo excluditur omnino ſubſtitutus adita hæreditate, exiſtente hærede eo, qui inſtitutus eſt in primo gradu. Ergo expirat ſubſtitutio, vt dicitur in leg. poſt aditam. 5. Codic. eodem. ſed tamen ibi his verbis, *Directæ ſubſtitutiones, &c.* excipiuntur, quę fiunt impuberibus. Cum enim quis ſubſtituit filio ſuo impuberi, non omnino excluditur ſubſtitutus aditione hæreditatis. Nam fieri poteſt, vt is cui ſubſtituitur, decedat impubes. Cum enim ſubſtituitur quis impuberi, *Si hæres non erit*, intelligitur quoque ſubſtitutus in alterum caſum ſcilicet, *Vel ſi impubes deceſſerit.* Addenda eſt vna exceptio ex conſtitutione Nouella Iuſtiniani de hæred. & falcid. ea eſt prima Conſtitut. libri Nouellarum. Caſus eſt in ea conſtitutione, in quo ſubſtitutus admittitur ad hæreditatem, etiamſi inſtitutus eam adierit, propter contumaciam primi hæredis non parentis voluntati teſtatoris. Si cum iuſſus eſſet parere voluntati teſtatoris per contumaciam ei parere noluerit, hæreditas ei adimitur, quamuis eam ſibi aditione acquiſiſſe videtur, atque ſubſtitutum excluſiſſe: & vult Iuſtinianus eam pertinere ad ſubſtitutum, ſi quis ei ſubſtitutus ſit. Hæreditas adita in eo caſu, pro non adita habetur auctoritate eius legis. Hinc quæſtio naſcitur, Si minor viginti quinque annis adit hæreditatem: deinde eam repudiauit, impetrata reſtitutione in integrum, an ſit locus ſubſtitutione vulgari, an vero dicendum ſit omnino ſubſtitutionem vulgarem expirare? Dubium autem non eſt quin poſſit minor in hoc caſu in integrum reſtitui, cum eam videat damnoſam eſſe, titul. Codic. ſi minor ab hæred. ſe abſtin. leg. 1. & 2. Quæſtio igitur eſt, an ſit locus ſubſtitutioni vulgari, quaſi hæreditas pro non adita habeatur? Hæc quæſtio tractatur in leg. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor. Et ſpecies tractata eſt in eo loco de ſeruo ſubſtituto. quæſtio eſt de eo, qui minorem viginti quinque annis inſtituit, & ei ſubſtituit ſeruum, qui eſt neceſſarius hæres. Proponitur minorem, qui inſtitutus eſt in primo gradu, adiſſe hereditatem, Deinde impetrata reſtitutione in integrum, eam repudiaſſe: & quęritur, an ea repudiatio faciat locum ſeruo ſubſtituto? Refertur ſententia Papiniani ab Vlpiano, qui exiſtimabat ſeruū ſubſtitutū hęredē eſſe non poſſe, Exiſtimabat Papinia. expirare ſubſtitutionē vulgarem, adita hereditate: & quamuis reſtitutus fuerit minor in integrum, & reſtitutione impetrata, hereditatem repudiauerit, non ideo conualeſcere ſubſtitutionem, quę ſemel expirauerat. hoc eſt dictum Papiniani, quod Vlpian. ait eſſe verum: ſed non per omnia. Quibus verbis ſignificat Vlpian. id quamuis verum ſit, non eſſe tamen accipiendum ſine diſtinctione. Ita verum dixit, & nihilominus quædam in eo ſunt ſupplenda. Vult igitur Vlpian. hoc Papin. dictum eſſe accipiendum cum aliqua diſtinctione & exceptione. Nam ſi hæreditas ſoluendo non ſit, hæc repudiatio minoris locum facit ſubſtituto: ſi ſoluendo ſit hæreditas, tunc non admittetur ſubſtitutus. Cum hac diſtinctione Vlpianus cenſet dictum illud Papiniani eſſe intelligendum, qui dixerat non poſſe ſeruum ſubſtitutum hæredem exiſtere. Hæc diſtinctio Vlpiani rationem habet. Nam cum hæreditas ſoluendo non eſt, humanitas ſuadet, vt admittatur ſubſtitutus: nec tantum admittatur ad hęreditatem, ſed etiam hæres eſſe cogatur. Seruus enim eſt neceſſarius hæres, ſiue velit, ſiue nolit. Hoc gratia teſtatoris fit. Humanum eſt huc indulgere teſtatori in honorem teſtatoris, ne bona eius nomine væneant, ſed ſerui nomine, & ne iniuria afficiatur defunctus. Hæc ratio ſumitur ex §. 1. quib. manu. non licet. in Inſtit. & ex lege Ælia Sentia. Quamuis lex Ælia Sentia prohibeat manumiſſionē & inſtitutionem ſeruorum in fraudem creditorum: tamen permittit vnum ſeruum hæredem inſtituere, qui hæres neceſſarius ſit, ſi bona non ſint ſoluendo, cuius nomine vendantur bona defuncti, ne defunctus iniuria afficiatur. Sed quæritur quid in aliis caſibus dicendum ſit? Ait Vlpian. tunc locum eſſe ſubſtitutioni vulgari, cum ſeruus eſt ſubſtitutus, cúmque hæreditas ſoluendo non eſt. Pone igitur non ſeruum eſſe ſubſtitutum, ſed alium, qui voluntarius tantum hæres eſt, non neceſſarius. Pone hæreditatem ſoluendo eſſe, quid dicemus, an locus erit ſubſtitutioni vulgari? In hac quęſt. mihi videtur ſecundum Vlpian. ſententiā, atque etiam Papiniani in eo loco nō admittendū eſſe ſubſtitutū: etſi vulgo diſſentiant interpretes, & dicant aditā hæreditatem pro nulla habendā eſſe, propter reſtitutionē. idq; obſcurum non eſt dici ab eis aduerſus ſententiam Vlpia. & Papiniani, ex his quæ à nobis dicta ſunt. Videtur enim hæc ſententia eſſe Papiniani & Vlpia. quaſi expirare ſubſtitutionem aditione hæreditatis, & ſubſtitutū excludi. Obiicitur huic ſententiæ lex, ex contractu 44. ff. de re iud. in d. l. ex contractu, proponitur ſpecies huiuſmodi: Pupilla quædam inſtituta fuit, ei ſubſtitutus fuit alius, adiuit hæreditatem, vel immiſcuit ſe hæreditati. Deinde tutores eam abſtinuerūt à bonis paternis. hæreditas peruenit ad ſubſtitutum. Quæritur, an ſententia quæ aduerſus eam lata fuit, poſſit mandari executioni aduerſus ſubſtitutum? Ait Scæuola poſſe. Ex eo loco annotare ſolent hæreditatem ad ſubſtitutum peruenire, quæ ſemel adita fuit, ſi inſtitutus, qui adiit hæreditatem reſtitutione impetrata, abſtinuerit & repudiauerit. Nam filia, quę damnata fuit, abſtinuit ab hęreditate, atque ita bona ad ſubſtitutum peruenerunt, non diſtinguit: ſed ait ſimpliciter bona ad ſubſtitutum peruenire. Ergo dicendum eſt, quęcunque fuerit ſubſtitutus, quęcunque fuerit hereditas, ſubſtituto ſemper locum fore, quaſi aditio hęreditatis pro nulla habeatur propter reſtitutionē in integrū & repudiationem, quę poſtea ſecuta eſt. Sed mihi videtur, nullum argumentum duci poſſe ex eo Scęuolę loco, aduerſus hanc Vlpi. ſententiam. In expoſita ſpecie apud Scęuolam dicitur abſtentam fuiſſe à tutoribus ſuis puellam, & bona ad ſubſtitutum perueniſſe. Deinde quęritur de vi & effectu rei iudicatę. Non expreſſit eo loco ex qua cauſa ad ſubſtitutum bona peruenerint. ait ſimpliciter, bona ad ſubſtitutum perueniſſe. Itaque poteſt dici, perueniſſe bona ad ſubſtitutū: quia forte hęreditas nō erat ſoluendo, ſecundū diſtinctionē Vlp. in leg. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minorib. & hoc ſatis credibile eſt in hac ſpecie. Proponitur enim mulierē fuiſſe pupillam, habentem qui eam abſtinuerint à bonis paternis. Boni tutoris non eſt pupillam abſtinere à bonis paternis, ſi hęreditas ſoluendo ſit. Credibile igitur eſt hęreditatem ſoluendo non fuiſſe, atque ita perueniſſe hęreditatē ad ſubſtitutū, reſtitutione impetrata. Nec illud aliter exprimere opus fuit, nam nō quęrebatur, an poſſent peruenire bona ad ſubſtitutum, an non: ſed quęrebatur de vi & effectu rei iudicatæ. nā ſententia lata erat aduerſus pupillam antequam abſtineret. Quęſtio erat quo caſu peruenerunt bona, & ex qua cauſa peruenire potuerunt & debuerunt, an actione iudicati, quę competebat aduerſus pupillam, poſſet agi aduerſus ſubſtitutum. Non erat quęſtio, an bona peruenire potuerint, ac debuerint ad ſubſtitutum. Conſtabat peruenire po-

tuiſſe, ac debuiſſe. Quod igitur argumentum duci poteſt ex ea lege, ad impugnandam ſententiam Vlpian. & noſtram? nullum prorſus. Sed hioc exiſtit quæſtio non minus difficilis, an quo caſu boaa non peruenium ad ſubſtitutum, quo caſu excluditur ſubſtitutus: quia forte hæreditas eſt ſoluendo: ad quem peruenient boua teſtatoris, an ad fiſcum, an ad hæredes ab inteſtato ſuccedentes? Quid dicemus? Aleiatus & quidam alij exiſtimant fiſco hæc bona vindicari, aduerſus aliorum opinionem. Eſt enim hæc noua opinio. Argumentum ſumunt ad id probandum ex l. vlt. ff. de ſucceſſor. edicto. ibi dicitur, Si vnus ex ordine cognatorũ, qui iure prætorio admittitur ad hæreditatem, quibus datur bonorũ poſſeſſio, &c. Si vnus ex agnatis, qui prioris gradus eſt petierit bonorum poſſeſſionẽ, & ita excluſerit eum qui inferioris gradus eſt: deinde impetrauit reſtitutionem in integrum, vt abſtineret & repudiaret, quæritur an admittatur is, qui inferioris gradus eſt, impetrata reſtitutione? Ait Iuriſconſul. non admitti eum, qui inferioris gradus eſt ad hæreditatem: ſed eam quaſi vacãtem fiſco vindicari. vnde videtur & idem eſſe in hac ſpecie, cum inſtitutus adit hæreditatem, adeundo excluſit ſubſtitutum. Deinde reſtitutionem in integrum impetrauit aduerſus eam aditionem, vt excluſo ſubſtituto, hæreditas fiſco vindicetur. Ego ab hac opinione tam diſſentio, quam qui maxime. Nihil me mouet reſponſum Papiniani in d. l. vltim. de ſucceſſ. edict. nihil enim ad rem pertinet. Loquitur enim de ſucceſſione in ordine cognatorum: & quæritur an vnus ex cognatis alij ſuccedere debeat, impetrata reſtitutione in integrum: an vero excluſus perpetuo maneat, & fiſcus ſuccedat. Hic quæritur de inſtituto & ſubſtituto. Itaq; videtis ſpecies longe diuerſas eſſe. Qui hoc argumento vtuntur, hoc opinor ſentiunt, etſi diuerſæ ſint ſpecies, eandem tamen rationem eſſe vtriuſque. Ideóque varium ius eſſe non debere. Sed mihi videntur falli in ea re, idque dupliciter. Nam etſi verum eſſet eandem eſſe rationẽ, nec poſſe diuerſitatis rationẽ adferri io vtraq; ſpecie: non ideo tamen hoc argumentum recipiendum eſſet in his, quæ ſingulari iure conſtituta ſunt pro fiſco. Hæc interpretatio non recipitur, quæ fit per extenſionem. quod mirum eſt ab aliis perſpectum non fuiſſe. Hoc tritum aſt, hæc rudimenta ſunt iuris. l. quod vero. ff. de legib. locum habeot cætera noo tantum in caſu, qui definitus eſt lege, ſed etiam in quo eſt eadem ęquitas & eadem ratio. l. non poſſunt. & l. neque leges. ff. de legib. Sed quæ iure ſingulari conſtituta ſunt, veluti quæ ad fiſcum locupletandum conſtituta ſunt, non producenda ſunt ad conſequentiam. Et in his non recipitur hæc interpretatio, & argumentatio, idem ius eſſe debet, quia eſt eadem ratio. De hoc ego ſcripſi in l. ſi ab hoſtibus, 10. § ſi vlt. ff. ſolut. matrimon. Quod igitur Papinianus reſpondit in l. vlt. de ſucceſſ. edict. fiſci cauſa conſtitutum eſt. Verbum *Placuit*, quo ibi vſus eſt Papinianus, mihi videtur id ſatis demõſtrare. Hoc verbo ſolent vti Iuriſconſulti, cum oſtendere volunt nullam certam rationem eſſe: niſi quia ita decretum eſt, vt io l. quamuis. Codic. de impub. & aliis. *Placuit igitur hoc ita.* Non enim hoc ortum eſt ex certa voluntate teſtatoris: ſed ex conſtitutione D. Pij. Tametſi autẽ hoc ſingulare ſit eius fiſci cauſa: tamen id probabili ratione ſtatutũ dici poteſt. Idque probare facile poſſum. Ex iis, quæ dicturus ſum intelligetis, cur id conſtitutum ſit in ordine cognatorum. Ecce veteres iuris auctores exiſtimauerunt cognatos boni conſulere hoc ſuccedẽdi genus, ſecundum ius prætorium & conſtitutiones quaſdam, cum iure ciuili nullo modo admitterentur ad hæreditatem. Agnati tantum vocabantur ad hæreditatem, id eſt, qui coniũcti ſunt per virilis ſexus perſonas. Sed prætor humanitate quadam motus, dat eis bonorum poſſeſſionẽ, vocat eos poſt agnatos: magno igitur beneficio eos affecit prętor, quia contra ius ciuile eos admiſit ad hęreditatẽ, & hoc genus ſuccedendi inter eos introduxit. Magnũ eſt hos admittere ad ſucceſſionem: maius eſt ſucceſſionẽ permittere inter eos de gradu in gradũ, hoc eſt ſucceſſoriũ edictũ, cũ ſucceſſio ſit quædã de capite in caput: vt quę fit in ordinibus, de ordine cognatorũ, ad ordinẽ cognatorũ. Sane magnũ fuit hoc beneficiũ prętoris nõ tantũ cognatos vocare ad hęreditatẽ: ſed etiã permittere inter eos ſucceſſionem de gradu io gradũ. Nã & hęc ſucceſſio olim nõ erat permiſſa inter agnatos. §. placebat. de legit. agna. ſucceſ. in Inſtit. ſed tamẽ poſtea cõſtitutionibus Imperatoriis introducta eſt. Ideóq; debemus hãc ſucceſſionem interpretari ſtrictius: vt ſimulatq; is, qui in primo gradu eſt, petierit bonorũ poſſeſſionẽ: atq; ita excluſit aliũ, qui inferioris gradus eſt: & impetrat reſtitutionẽ prior cognatus, alter excludatur & fiſcus ſuccedat. Sed poteſt dubitari an excludatur ſequens ordo. Dicimus excludi inferioris gradus cognatũ: ſed an ſequẽs ordo excludetur? Sequẽs ordo eſt viri & vxoris. Ex hoc reſponſo colligitur, non modo cognatũ, qui in eo ordioe inferioris gradus eſt: ſed & ſequentẽ ordinẽ omnino excludi. Nã dicit fiſcũ omnino excludere. Ego auſim affirmare ſequẽtem ordinẽ nõ excludi, quod ſuperiori anno affirmaui, interpretãdo edictũ ſucceſſoriũ, & hunc locũ Papiniani. Dices fiſcũ ſtatim admitti: ideóq; ſequentẽ ordinẽ viri & vxoris excludi. Sed expẽde illũ locũ eſſe ex lib. reſpõſ. Papiniani. forte enim in ea ſpecie, de qua conſultus fuit Papinianus, nullus erat vir nec vxor, qui poſſet admitti ad hæreditatẽ. Non debemus autem hoc reſponſum accipere tanquam conſtitutionem de ea re: quamuis enim reſponſa Iuriſconſ. vim legis habeant: tamen intereſt multum inter reſponſorum, & legis generalis interpretationem.

Diximus ſupra, exiſtente conditione ſubſtitutionis, ſubſtitutum admitti ad hæreditatem. idque quomodo accipiendum ſit, variis exemplis, variis quæſtionibus demonſtrauimus. Nunc videndum eſt, exiſtente ea cõditione ſubſtitutionis quomodo admittatur, & ad quæ bona admittatur ſubſtitutus. Hoc enim inter pręcipuos effectus ſubſtitutionis vulgaris numerari debet. Et in primis animaduertendum eſt ſubſtitutũ vulgariter exiſtente conditione ſubſtitutionis, capere bona teſtatoris ipſius, & ſuccedere ipſi teſtatori. Per ſubſtitutionẽ vulgarem ſucceditur teſtatori, non ei cui fit ſubſtitutio: vt dicitur in §. 1. de pupil. ſubſtit. in Inſtitut. & hoc intereſt inter vulgarem ſubſtitutionem & pupillarẽ, quod per vulgarem ſubſtitutionem ſucceditur teſtatori in bonis teſtatoris: per pupillarem ſubſtitutionem nõ ſucceditur teſtatori, ſed pupillo, cui facta eſt ſubſtitutio. Sed negotium multis faceſſit l. 2. §. vlt. ff. hoc tit. vbi Vlpia. videtur ſentire eum, qui ſubſtitutus eſt vulgariter, ſuccedere & hæredem eſſe ei, cui facta eſt ſubſtitutio: non teſtatori. Si, inquit, ita ſcripſerit teſtator, *Si filius meus mihi hæres non erit, Seius hæres eſto. Secundo quidem gradu Seius ſcriptus eſt hæres: & ſi filius hæres nõ extiterit, Seius ei hæres erit, &c.* Certe hæc ſubſtitutio pupillaris non eſt: ſed vulgaris, in primum caſum facta eſt, non in ſecundum. Et tamen ait, *Seius ei hæres erit*, id eſt, filio hæres erit. Ergo vulgariter ſubſtitutus ſuccedit ei, cui ſubſtitutus eſt: non autem teſtatori. Itaque hic ſubſtitutus capiet bona filij, non teſtatoris. Variæ ſunt interpretationes huius loci. Sed ego ſuſpicor ad verba Sabini hoc referendum eſſe, quæ omiſſa videntur compendij cauſa & breuitatis. Vlpia. hæc ſcripſit ad Sabinum, id indicat inſcriptio. Et plerunque fit, vt in his, quæ ad Sabinum ſcribuntur ab Vlpia. & aliis, verba Sabini interſerãtur, interdum omittãtur. Cum Sabinus de hac re diſſerens, loqueretur de patre teſtatore, hæc additio eſt

Vlpi.

Vlpi. ad Sabinū, cum ita dicit, *Seius ei hæres erit*, ei ſcilicet teſtatori intelligenda eſt, de quo mentio facta eſt: quamuis mentio facta ſit proxime filij. Hæc eſt coniectura noſtra. Alias poſſumus accipere, *Seius ei hæres erit*, id eſt, eum locū tenebit in hæreditate, quem filius tenuiſſet: quāquam hoc paulo durius forte videbitur. Per vulgarem igitur ſubſtitutionem ſucceditur teſtatori, non ei cui ſit ſubſtitutio, & ſubſtitutus capit bona teſtatoris ipſius, non eius cui ſubſtitutus eſt. Circa hanc rationē ſuccedēdi quædā hic obſeruāda ſunt. Primum quod ſubſtitutus ſecundus ſecūdo, idē ſubſtitutus primo intelligitur. Hinc illud vulgo dicitur, Subſtitutus ſubſtituti mei, ſubſtitut⁹ meus eſt. Si teſtator mihi ſubſtituerit Titiū, & Titio Semproniū, Sempronius mihi ſubſtitutus eſſe intelligitur. Ego & Titius ſcripti ſumus hæredes in eodem teſtamento, & mihi ſubſtitutus eſt Titius cohæres meus, Titio Seius eſt ſubſtitutus, Seius admittitur ad vtramque partem ex ſubſtitutione, & ad partem Titij & meam, ſi mea quoque pars vacauerit. l. ſi Titius cohæredi. 45. ff. hoc tit. & eo. l. 41. cohæredi. idē dicitur in Inſtit. tit. de vulg. §. ſed ſi inſtituto hæredi. Ad vtrāque ergo partē admittitur ſubſtitutus, ſi vtrinq; defecerit. Nam fieri poteſt, vt vtraque defecerit: & etiā vt neutra defecerit. fieri etiam poteſt, vt altera defecerit, altera vero non. Et ſic intelligendū eſt quod dicitur, ad vtrāque partē ſubſtitutū admitti. Atque hinc notandū eſt eum admitti ad vtramque partem ex ſubſtitutione, quamuis aliqui diſſentiant. Sententia quorundam eſt, ſubſtitutum ſecundo loco admitti ad partem ſubſtituti iure ſubſtitutionis. ad alteram autem partem iure accreſcendi. Sed verius eſt iure ſubſtitutionis ad vtramq; partem admitti, vt aperte Iurecon. oſtendit his verbis: *In vtramque partem ſubſtitutum.* Sed quomodo dicitur in vtramque partem ſubſtitutus eſſe? Hoc fit hac ratione, quia cū teſtator his verbis vtitur, *Si Titius hæres non erit, Seius hæres eſto*: hæc verba, *Si Titius hæres nō erit*, intelligūtur tā ex prima inſtitutione, quā ex ſecūda, ex ſemiſſe, ex quo inſtitutus eſt in primo gradu, & ex altero ſemiſſe, ex quo inſtitutus eſt, licet in ſecūdo gradu. Inſtitutio enim dicitur etiā ea, quæ fit ſecūdo gradu. l. 20. mulier. §. vlt. ff de cond. inſtit. Vnde etiam argumētum duci poteſt ad confirmandam ſententiam noſtrā. Nam ſi ex iure accreſcendi hoc accideret, non ex vi ſubſtitutionis, nulla eſſet tanta cauſa dubitandi: vt reſcripto principis opus fuerit. Certū enim id eſt ac indubitatū: ſed de ſubſtitutione quæritur. Igitur concludendū eſt, admitti ſubſtitutum in hac ſpecie ad vtranque partem ſubſtitutionis iure: non ad vnam partem iure ſubſtitutionis, ad alteram autem iure accreſcendi. Addendum eſt ex Papiniano in d. l. 41. cohæredi. in princip. ff. hoc titul. nihil referre vter prius deceſſerit, an ſecundus, an primus hæres: aut vter prius repudiauerit. Item nihil referre, an primi inſtitutio defecerit, an tertij. Videbatur hoc probabiliter dicendum, tunc id locum habere, quod dicimus, cum primum decedit Titius, deinde Sempronius, & demum Seius: vt tunc Seius admittatur ad vtramque partem, & ad partem Titij, deinde Sempronij. Sed ait nihil referre, an ante ſubſtitutionem, an poſt ſubſtitutus ſit. Hinc exiſtit antinomia ex leg. quæ habebat. l. pen. hic. ff. ſed de ea dicemus in eo loco, qui ad pupillarem ſubſtitutionem pertinet. Loquitur enim de vi & poteſtate pupillaris ſubſtitutionis.

Secundo notandum eſt circa hanc rationem ſuccedendi, coniunctos hæredes loco vnius haberi, & tantum capere plures coniunctos, quātum vnus capit, niſi voluntas teſtatoris contraria appareat. l. ſi pater. 9. hoc tit. ff alias eſt l. qui liberis. 8. §. ſi pater. Similis fere ſpecies eſt in l. Attius fundi. 11. ff. de hæred. inſtit. de quo aliquid diximus ſupra. Cum teſtator inſtituit vnū, Titium ſcilicet, & collectiue alios quoſdam filios, cum eos complectitur & coniungit, hi loco vnius habentur, & tantum capiunt, quantum vnus caperet: ſed hoc eſt intelligendum, niſi appareat teſtatoris voluntas cōtraria, cuius rei exemplū eſt in l. qui cum plures. 30. ff. hic. Aduertite ad hāc ſpeciem, Teſtator plures hæredes inſtituit ex diſparibus partibus, ſcilicet Sempronium & Attium nominatim inſtituit: alias non potuiſſet eos ex diſparibus partibus inſtituere, quamuis id neceſſe non ſit, cum æqualiter inſtituuntur. Inſtituit Titium ex ſex vnciis, Sempronium ex quatuor, Attium ex duabus: ac deinde ita ſubſtituit, Si Attius non adierit hæreditatē, ſubſtituo cæteros cohæredes, & adiecit eis in ſubſtitutione cohæredem alium quendam, Seium, exempli gratia. Attius hæreditatem non adiit: itaque locus eſt ſubſtitutioni vulgari. Quæritur quam partem hæreditatis accipiet, quamque partem ſubſtitutus & Seius adiectus habere debeat. Si verum eſt quod diximus, plures adiectos haberi loco vnius, videtur Seius adiectus in ſubſtitutione tantum capere debere, quantum alij omnes. Sed tamen hic dicitur, Seium virilem, cæteros hæreditarias partes habituros, Primum, in euodus erit numerus perſonarum, quæ ſubſtitutæ ſunt, vt ſi tres ſint, tertiam partem capiat Seius: ſi quatuor, quartam partem capiat, & quod reliquum eſt, diuidetur inter eos pro portionibus hæreditariis. Sed quare hi plures coniuncti non habentur loco vnius? Hoc fit propter veriſimilem teſtatoris voluntatem: quia teſtator hos omnes hæredes inſtituit in primo gradu ex diſparibus partibus, & ſubſtituit eos ex eiſdem partibus. Ergo loco vnius non habeatur, vt tantum hi capiant quantum vnus caperet, propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. Coniuncti ergo loco vnius habentur, niſi refragetur voluntas teſtatoris.

An hoc ius correctum ſit conſtitutione Iuſtiniani, quæ eſt l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtitut. quæri ſolet? Nos dicemus in interpretatione eius legis, in loco de pupillari ſubſtitutione, pertinet enim ad pupillarē ſubſtitutionem. Tertio notandum eſt de hac ſuccedendi ratione, cum plures ſubſtituti ſunt inuicē, portionem deficientem cæteris accreſcere, etiā inuitis. l. teſtamento, C. de impub. & aliis ſubſtit. Inter cohæredes enim locum habet ius accreſcendi, & accreſcit etiā pars deficiens vnius hæredis alteri inuito: nam mutua & reciproca ſubſtitutio non impedit ius accreſcendi. Cū quis ita inſtituit, *Titius & Sempronius hæredes mihi ſunto*, hæredes hi videntur quodammodo inuicē ſubſtituti, id eſt, iuris interpretatione: quoniam cū deficit vnius portio, accreſcit alteri, quaſi ſubſtitutus habetur hæres coniunctus. l. ſi Titio. 63. §. Iulianus. de leg. 2. Quāuis ſubſtitutio non ſit ne tacita quidem. Cum teſtator eos inuicem ſubſtituit, videtur exprimere quod tacite ineſt. ideóq; hæc ſubſtitutio mutua & reciproca nō impedit ius accreſcēdi. alias autē nemo cogitur hæreditatē ex ſubſtitutione delatā inuitus acceptare. l. nec emere. C. de iure delib. Sed hic coguntur cohæredes partem deficiētem cohæredum acceptare, propter ius accreſcendi: ſed habet etiam locum inter inuitos: ſed de hoc iure accreſcendi, quia plene diſſeruimus ſub tit. de hæred. inſtit. nihil aliud hic dicturi ſumus, præter vnum quod obſeruatione dignum eſt, & ad hanc ſubſtitutionē pertinet. Illud ergo obſeruandum eſt, quod dicitur in l. cum ex filio. 39. §. vlt. ff. hoc tit. Ius accreſcendi ſequitur portionem, quæ defertur alicui iure ſubſtitutionis: id apparet in hac ſpecie. Quidam quatuor hæredes fecerat, Titiū, Sempronium, Gaium, & Mæuium. Titio, Sempronio, & Gaio ſubſtituit Seium, Mæuio non ſubſtituit. Ille cui non erat quiſquam ſubſtitutus, deceſſit viuo teſtatore: deceſſit etiā Gaius, cui erat alius ſubſtitutus. Quæritur quantū ſubſtitutus hic capiet ex ea hæreditate? Videbatur ſubſtitutus capere partē tātū eius, cui ſubſtitutus

eſt:ſed ait Iureconſultus eum capere partem vtriuſque, id eſt partem etiam eius, cui ſubſtitutus non eſt. Cuius ſentẽtiæ ratio eſt: quia ſubſtitutus eodem iure eſt, quo inſtitutus, in cuius locum ſuccedit. At inſtitutus cui ſubſtitutus eſt, cepiſſet eam partem alterius, Gaius cepiſſet partem Mæuij per ius accreſcendi. Vnde recte dicimus ius hoc accreſcendi ſequi partem illam, quæ deſertur alicui iure ſubſtitutionis. Hæc de vulgari ſubſtitutione ſufficere nobis viſa ſunt. Alij alios effectus addunt, cuiuſmodi ille eſt, qui ad vulgarem tacitam pertinet, quæ continetur ſub pupillari expreſſa, ſed de ea opportunius dicemus in c. de pupill. ſubſtitu. vbi interpretabimur, quod reliquum eſt ex leg 4. ff. hoc tit. ff. Alios effectus addunt, quod teſtamentum vires capit ex ſubſtitutione vulgari: nam ſæpe accidit, vt inſtitutio non valeat. ſed de hoc ſatis dictum eſt etiam ſub tit. de liber. & poſth. & ſub tit. de iniuſto rupto, &c.

De pupillari ſubſtitutione.

Cap. XI.

Diuiſio noſtra & diſpoſitio poſtulat, vt nunc dicamus de pupillari ſubſtitutione, Subſtitutio pupillaris, vt ante diximus, fit pupillo, ſeu impuberi filio ſub cõditione, *Si impubes deceſſerit*: ideóque dicitur pupillaris, quia pupillo fit, id eſt filio impuberi, quem pater habet in ſua poteſtate. Sic enim accipitur & pupillus, vt ſupra diximus: tametſi aliam ſignificationẽ habeat. l. vlt. §. vlt. ff. de verb. obli. Inprimis igitur videndum eſt, quæ ſit hæc ſubſtitutio, & cur introducta ſit, quibus verbis fiat: quæ perſonæ ſubſtituant, & quibus. Et quis effectus ſit huius ſubſtitutionis. Nos de his diſſeremus per locos communes, ſicut à nobis factum eſt de vulgari ſubſtitutione.

Quæ ſit hæc ſubſtitutio.

Cap. XII.

EX iam dictis ſatis apparet, quæ ſit hæc ſubſtitutio. Ea eſt, quæ fit pupillo, ſi impubes deceſſerit. Introducta eſt autem moribus, ad vtilitatem pupillorum, in gratiam filiorum impuberum, qui in ea ætate ſunt, vt ſibi teſtamentum facere non poſſint, vt ait Iuſtinianus in tit. de pupillari ſubſtitutione. in Inſtit. Vlpianus in l. 2. hic. ff. Eſt igitur comparatum hoc ſubſtitutionis genus in gratiam impuberum, ne alias inteſtati decedãt, ſi contingeret eos decedere ante pubertatem. quia impubes teſtamentum facere ſibi nõ poteſt, vt diximus ſub tit. de teſtamentis. Hęc vtilitas pupillorum ſuaſit, vt admitteretur hæc ratio ſubſtituendi: & dicitur moribus recepta eſſe. Hoc enim non fuit legibus veteribus cautum: imo receptum eſt moribus quodammodo contra leges. Leges veteres permittebant tantum ciues Romanos puberes facere teſtamentum. l. 1. ff. ad l. Falcid. & l. verbis legis. ff. de verb. ſignifi. Aliis teſtamentum facere, hæredes inſtituere non licebat: adeo vt hæredis inſtitutio, quæ cõfertur in alterius arbitrium, nulla ſit: vt ſi quis inſtituerit hæredes, quos Titius voluerit. Hoc igitur moribus receptum eſt contra iuris ſubtilitatem, in gratiã pupillorũ, vt ego dixi. Hæc ratio ſubſtituendi probabili etiam ratione defendi poteſt, ne omnino videatur legibus cõtraria eſſe. Nam pater & filius, qui eſt in poteſtate patris, vidétur eſſe vna perſona. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit. Hinc dicitur ſubſtitutio pupillaris, teſtamentũ quod pater facit impuberi filio ſuo. Filius enim impubes nõ poteſt hæredem ſibi inſtituere: pater hunc defectũ ſupplet, faciens ei teſtamentũ, conferẽdo inſtitutionẽ in id tempus, quo nõ poteſt facere teſtamentũ. dicitúrque hoc teſtamentũ eſſe filij. l. 2. §. prius. ff. hic. alias dicitur teſtamentum patris. Sic autem diſtinguitur teſtamentum filij. à teſtamẽto patris. Subſtitutio pupillaris dicitur teſtamentum filij eſſe, paulo poſt ſubiicitur vnũ teſtamentũ eſſe, licet diuerſarũ hæreditatũ. Et docet Iureconſul. in leg. patris & filij. 18. ff. hic. Sed quomodo dicitur vnũ teſtamẽtũ, & quomodo plores hæreditates? vnũ teſtamentũ dicitur, quia vnus & idẽ teſtator eſt, vna forma, & vna ſolennitas, vna obſeruatio. pater vtrunq; facit. nõ enim hic requiruntur quatuordecim teſtes, quaſi duo teſtamẽta ſint, ſed ſufficiunt ſeptem teſtes. Hac ratione dicitur vnum teſtamentum eſſe, teſtamentum patris & filij, vt Vlp. ibi ait, *etiam iure prætorio*. quia obſignationes introductæ ſunt iure prætorio. § ſed cum paulatim. in Inſtitut. de teſta. Sed quia duæ ſunt hæreditates, vna patris, altera filij, dicitur duplex eſſe teſtamentum. Ex his intelligi poteſt, cur pupillaris ſubſtitutio dicatur eſſe pars teſtamẽti paterni. leg. qui plures liberos. 36. §. vlt. ff. hic. Pars enim prioris teſtamẽti ſunt pupillares tabulæ, etſi in diuerſis tabulis vtrunq; teſtamentũ ſcribatur, vt aliquãdo accidit, & poſtea oſtẽdemus: tamẽ poſteriores tabulæ ſunt, velut appẽdix & ſequela prioris teſtamẽti. Sequelam prioris teſtamenti vocat Iuſtinianus in Inſtit. hoc eod. tit. Vnde fit, vt cum teſtamentum paternum non valet, ne pupillare quidem valeat. l. ſi quis eum. 14. in fi. ff hoc tit. Ex ſuperiorib. facile intelligitis, quæ ſit ſubſtitutio pupillaris, & cur hęc ſubſtitutio introducta ſit. Nunc videndum eſt, quæ ſit ratio ſubſtituendi pupillariter.

De ratione ſubſtituendi pupillariter.

Cap. XIII.

HÆc ſubſtitutio, ſicut ſubſtitutio vulgaris, fit non tãtum ſpecialiter & expreſſis formulis, ſed etiam generaliter. Eſt enim quædam tacita ſubſtitutio pupillaris, quæ non exprimitur à teſtatore: quędam expreſſa, quæ exprimitur ſpecialiter verbis ſpecialibus. Exemplũ eſt, ſi deceſſerit impubes, vel ſi deceſſerit priuſquã in ſuam tutelam venerit. §. 1. Inſtitut. eod. his verbis, aut ſimilibus concipitur ſubſtitutio pupillaris. non enim verba ſunt formalia, quæ mutare non liceat, ſed aliis verbis id ſignificantibus vti licet. Hæc ſubſtitutio fit paulo generalioribus verbis, etiam ſi quis hunc caſum nõ expreſſerit, *Si impubes deceſſerit*. Exemplũ eſt in leg. iã hoc iure. 4. ff. hic. Si quis vſus fuerit hoc verbo. *Subſtituo filio meo impuberi*, quia vſus eſt communi verbo, ſubſtituo, quod vtrique tã ſubſtitutioni pupillari, quã vulgari conuenit, & commune verbum dicitur in d. l. iam hoc iure. 4. Prius hic Iureconſultus locutus fuerat de pupillari & vulgari ſubſtitutione, & hoc verbũ intelligendum eſt ſecundum materiam ſubiectam. Fit etiam ſine vlla expreſſione, etiã ſi ne generaliter quidẽ quis fuerit complexus ſecundum caſum, *Si impubes deceſſerit*. Huius exemplum eſt in d. l. 4. vt ſi quis expreſſerit tantum primũ caſum, *Si hæres non erit*, pater, vtilitatis cauſa, intelligitur in alterũ etiã caſum ſubſtituiſſe, *Si impubes deceſſerit*: ineſt hæc tacita pupillaris vulgari ſubſtitutioni, quadam iuris interpretatione. Nihil autẽ refert, an quis ſubſtituendo filio ſuo, hæredis nomen expreſſerit in ſubſtitutione, an vero generaliter deſignauerit, ita vt ex inſtitutione præcedenti poſſit intelligi quis ab eo ſubſtitutus ſit filio, vt ſi ita dixerit: *Quiſquis mihi hæres erit, idem impuberi filio meo hæres eſto*. leg. qui liberis. 8. §. hæc verba. hic. ff. Hæc verba generalia, etſi non exprimatur nomen hæredis, ſufficiunt ad hanc ſubſtitutionẽ pupillarẽ. Addendũ eſt & ſubſtitui quoq; poſſe eum, qui naſciturus eſt poſt mortem pupilli, nec adhuc in rerum natura eſt. leg. ſubſtitui. 17. ff. hoc tit. Et

quod

quod obiiciatur incertas perſonas inſtitui nō poſſe, pertinet ad tit. de rebus dubiis. Addendū eſt etiā nihil referre quo gradu quis ſubſtituatur. leg. 11. quo gradu. ff. hic. Simile eſt quod diximus de vulgari ſubſtit. l. 34. poteſt. hic. Sicut pater ſubſtituendo vulgariter, poteſt quot gradus hæredū voluerit facere: ita etiā ſubſtituēdo filio ſuo impuberi. Et quod diximus de tempore, *Si impubes deceſſerit*, idem dicēdum eſt de breuiori tempore, quod continebitur ſubſtitutione, veluti intra decimū annū. l. ſi ita quis. 19. ff hoc tit. Sed tempus pubertatis teſtator ſubſtituēdo egredi non poteſt. l. verbis ciuilibus. 7. hic. ff. Hoc ſatis perſpicuum eſt ex his, quæ diximus. Eſt introducta pupillaris ſubſtitutio in gratiā impuberis, ne inteſtatus decedat, ſi contingat eum decedere ante pubertatem. Sed ſi pater egrederetur tempus pubertatis ſubſtituendo, hoc ius quod pupillorum gratia comparatum eſt, in eorum odium conuerteretur: nam eis auferretur teſtamenti factio. Deinde hæc ſubſtitutio poteſt fieri non tantùm purè, ſed etiam ſub conditione. d. l. qui liberis. in princ. ff. hic. Quomodo autem dicitur pura eſſe, quæ habet conditionem, *Si filius meus intra pubertatem deceſſerit*? vulgo dici ſolet conditionē hanc ineſſe actui, & conditionē quæ actui ineſt, non reddere actū conditionalē. hoc ita ab eis ſolet dici, ſed nō ſatis acute. Inſtitutio eſt hic cōditionalis, ſed ſubſtitutio eſt pura. Inſtituitur Titius nō pure, ſed ſub conditione, *Si impubes filius deceſſerit*, illa cōditionalis ſubſtitutio eſt. Subſtitutio, quæ conſtat ex inſtitutione & conditione, ea pura eſt. Oportet eum hebetem eſſe, qui hoc nō intellexerit: & tamen non poſſunt illud diſcernere. Nullam enim conditionē habet nec tacitā, nec expreſſam ſubſtitutio: inſtitutio habet conditionem. Subſtitutio conſtat ex inſtitutione & cōditione: hoc eſt igitur exēplū pupillaris ſubſtitutionis, *Si impubes deceſſerit. Quiſquis mihi heres erit*, verba conditionalia ſunt. Præterea hæc ſubſtitutio aliquādo ſimplex eſt & ſola. Aliquando mixta cum vulgari ſubſtitutione, vt dicitur in l. 1. ff. hic. Interdū ſola & ſine vulgari ſubſtitutione. hanc diuiſionem explicaui ſupra. Cum duplex eſt ſubſtitutio, nihil prohibet vnū pupillariter, aliū vulgariter ſubſtitui. l. cū ex filio. 37. §. filio. ff. hic. Teſtator inſtituit filium ſuum hæredē, & ita ſubſtituit, *Si filius meus heres non erit, Titius heres eſto. Si filius meus impubes deceſſerit, Sēpronius heres eſto.* Hoc modo recte fit ſubſtitutio. Hactenus de formulis, quibus concipi ſolet ſubſtitutio impuberis. His intellectis cætera nō erūt obſcura. Alia quædā neceſſaria ſunt in hac ſubſtitutione, quędā partim ad perſonas, quæ ſubſtituūt, & quibus ſubſtituitur, reſpiciūt: quædam partim ad alia quædam. Sequens igitur locus eſt, in quo quæritur, quæ ſint ad pupillarem ſubſtitutionem neceſſaria.

Quæ ſunt neceſſaria ad pupillarem ſubſtitutionem.

Cap. XIIII.

VT valeat pupillaris ſubſtitutio, quædā neceſſaria ſunt, de quibus eſt videndum. Primum eſt, ſubſtituendum eſſe liberis impuberibus, & in poteſtate teſtatoris exiſtentibus. l. 2. ff. hoc tit. hoc ad perſonas pertinet. Iureconſultus non diſtinguit hic naturales liberos ab his, qui tantum legitimi ſunt: conſequens eſt igitur idem de legitimis dicendum eſſe. d. l. 2. & l. ſed ſi plures. 9. §. in arrogato. Siue igitur quis habeat naturales liberos ex ſe procreatos in legitimis nuptiis: ſiue habeat legitimos per arrogationē, poteſt eis ſubſtituere. In poteſtate vero teſtatoris, impuberem cui ſubſtituit, eſſe oportet. Vnde conſequēs eſt emancipato nō poſſe ſubſtitui. Ergo pater non poteſt filio impuberi ſubſtituere pupillariter, ſi emācipatus ſit. Filius enim emancipatus, & pater nō habentur pro vna perſona. Eſt autē hic obſeruāda cautio Iureconſultorū, cuius mentio eſt in dict. l. cum ex filio. 10 princip. quæ cautio habet vim ſubſtitutionis pupillaris. Excogitata enim eſt ea velut ratio quædā ſubſtituēdi filio etiā emancipato. Quidam duos filios habebat, alterū in poteſtate, alterū emancipatū: vel duos habebat nepotes ex filio: vterq; impubes erat: ſed alter erat in poteſtate teſtatoris, alter erat emācipatus. Volebat vtrunq; ex æquis partibus hæredē habere: & ſi quis eorū impubes deceſſiſſet, volebat alterū ei ſuccedere. vni eorū poterat ſubſtituere pupillariter: ei, quē habebat in poteſtate ſua, facile erat ſubſtituere alterum pupillariter, Si impubes deceſſerit: ſed emancipato nō poterat alterum ita ſubſtituere. Nec poterat etiam eos inuicem ſubſtituere in alterum caſum. Si vtrumque habuiſſet in poteſtate ſua, potuiſſet inuicem eos ſubſtituere: ſed quia alter eſt emancipatus, hoc facere non poteſt. Si tamen conſilium teſtatoris eſt & voluntas, vt vtrunque habeat ex ſemiſſe hæredem, etſi vnus eorum impubes decedat, alter ei ſubſtitutus ſit: quæritur an poſſit hoc facere pater? Teſtator conſuluit Iureconſultos ſui temporis, qui excogitarunt hanc cautionem, quæ habet pupillaris ſubſtitutionis vim. Teſtator habet duos filios Titium & Sempronium: Titiū in poteſtate ſua, Sempronium emancipatū. Inſtituit Titiū, quē habet in ſua poteſtate ſolū hæredē, & legat alteri Sēpronio dimidiā partē hæreditatis, cū Sēpronius in ſuā tutelā venerit, id eſt, cum pubes factus erit, & ei Titio, quem habet in poteſtate, ſubſtituit emancipatū in alterum caſum, *Si impubes deceſſerit*. Hac ratione teſtator conſequitur id, quod optat, ſcilicet habere vtrūque hæredem ex dimidia parte, & alterum ſubſtitutum alteri, ſi impubes deceſſerit. Si contingat Sempronium decedere impuberem, ſuccedet ei Titius, qui eſt in poteſtate, quia is ſolus inſtitutus eſt hæres, & fidei eius commiſit, vt reſtituat hæreditatem fratri ſuo, cū pubes factus fuerit. Ergo ſi pubes factus non fuerit, non dicitur exiſtere conditio. Vult hūc retinere alterā partem, nec eam acquiri alteri: niſi in ſuam tutelam peruenerit. Quod ſi hoc fuit conſilium veterum Iurecōſultorum, hæc fuit eorum cautio. Animaduertendum eſt tamen, ſi teſtator in hoc caſu vellet emancipatum adoptare, nihil expeditius eſſet: ſed fortè nolebat eum adoptare. Filio adoptiuo ſiquidem non minus, quam naturali poſſumus ſubſtituere pupillariter. Ex his quæ diximus, cōſequens eſt matrem non poſſe liberis ſuis ſubſtituere. Subſtituitur enim his tātum, qui ſunt in poteſtate. mater nō habet liberos in ſua poteſtate. leg. fœminæ. ff. de adopt. Sed difficultas oritur ex l. ſi mater. 31. in princ. ff. hoc tit. locus eſt ſubobſcurus & difficilis. Vocat ibi Iuriſconſul. Africanus (de matre ſubſtituente filio ſuo loquens) pupillares tabulas. Quid aliud his verbis ſignificatur, quam pupillaris ſubſtitutio? In eo tamē caſu ſubſtitutio vulgaris non pupillaris eſt. Ecce, ſi mater ita teſtetur, & ſubſtituat, *Meus filius cum erit annorum quatuordecim heres eſto, & ſi heres non erit, Titius heres eſto.* ita ſubſtitutio concepta eſt in hac ſpecie, ſed hæc formula non cōuenit ſubſtitutioni pupil. ſed vulgari. Mater hic nō facit teſtamentū filio ſuo. Subſtitutio enim pupillaris eſt teſtamentum filij, quod pater facit filio. Sed cur vocat Iureconſultus tabulas pupillares? Pupillares tabulas vocat Africanus, quia hæc ſubſtitutio effectum habet nō diſſimilem ſubſtitutioni pupillari, & quamuis ſubſtitutio pupillaris non ſit omnino: proxime tamen accedit ad ſubſtitutionem pupillarem, ſicut illa ſubſtitutio, quæ facta fuit ex conſilio Labeonis, Ofilij, Caſſellij & Trebatij, cuius mentio eſt in d. l. cum ex filio. 39. ff. hic. Ecce, eſt genus quoddam ſubſtituendi in gratiā matris, quæ vult hæredē eſſe filio ſuo, quo caſu impubes deceſſerit. Inuēta eſt ratio ita ſubſtituēdi,

Digitized by Google

vt hæredem habeat, quem mater vult filium ſuum habere, quo caſu deceſſerit impubes, quãuis lex non permittat matri ſubſtituere pupillariter filio ſuo: quia nõ habet eum in poteſtate. In hac ſpecie admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem, quo caſu tantum deceſſerit filius impubes. Expendamus paulo diligentius hãc ſpeciem. Mater ita teſtata eſt, *Filius meus cum erit annorum quatuordecim heres eſto, & ſi heres non erit, Titius heres eſto.* Ponamus hunc filium deceſſiſſe impuberem: cui ita ſubſtituit mater. certum eſt ſubſtitutum ei ſuccedere, nec poteſt excludi adita hæreditate ante pubertatem: quia hæres tantum inſtituitur, cum factus fuerit annorum quatuordecim. Contulit enim mater inſtitutionem filij in id tempus, quo ſactus fuerit pubes. Habet igitur hæc ſubſtitutio effectum ſimilem quodammodo pupillari ſubſtitutioni. Eſt ergo ſimilis hęc cautio illi, cuius mentio eſt in d.l.cum ex filio. ff.hic. non eſt tamen intelligendum, vt quidam putant, hanc ſubſtitutionem finiri pubertate: quia ſic concepta eſt hæc ſubſtitutio, ſi factus pubes hæres erit. filio enim poſt pubertatem non adeunte, ſit locus ſubſtituto. videtur itaque quoddam genus ſubſtitutionis eſſe extraordinarium partim pupillaris, & partim vulgaris.

Diximus ſubſtitutionem pupillarem fieri liberis impuberibus, qui ſunt in poteſtate teſtatoris. & hoc in primis neceſſariũ eſſe, vt valeat pupillaris ſubſtitutio: nam aliis perſonis fieri non poteſt. Hinc diximus, filio emancipato patrem ſubſtituere non poſſe. Diximus etiam matrem ſuo filio non poſſe ſubſtituere, quia iis tantum ſubſtituitur, qui ſunt in poteſtate teſtatoris: excogitatum eſſe tamen genus ſubſtituendi vulgari modo, quod vim & effectum habet quadãtenus ſubſtitutionis pupillaris, ſiue mater ſubſtituat filio ſuo, ſiue pater filio emancipato, ex d.l.eum ex filio. & d.l.ſi mater.hic.ff. Addendum eſt quod dicitur in poteſtate eſſe debere, intelligendum eſſe non taotum tempore facti teſtamenti: ſed etiam tempore mortis teſtatoris. hoc eſt ſumptũ ex l.cohęredi.41.§.cum filiæ.ff.hic. Si quis nõ fuerit in poteſtate teſtatoris propter emancipationẽ. Notandũ igitur eſt requiri vtruoq; tẽpus in hac re, licet aliqui diſſentiãt. Exiſtimãt nõnulli ſufficere tempus mortis, & valere ſubſtitutionem pupillarẽ, etiamſi filius non fuerit io poteſtata tempore facti teſtamẽti. Ego puto vtroque tempore oportere eſſe in poteſtate eũ cui fit ſubſtitutio, & tẽpore facti teſtamenti, & tempore mortis. De tempore mortis nulla eſt dubitatio. id enim expreſſum eſt in d.§.cum filiæ. de tempore teſtamẽti, idẽ etiã ſuadet ratio iuris. Cum requiritur aliqua qualitas ad aliquẽ actũ ratio iuris exigit, vt ea qualitas inſit eo tẽpore, quo actus geritur. Exemplum eſt in l.ſi alienũ §.in extraneis.ff.de hæred.inſti. & in extraneis. de hæred.qualit.& differen.in Inſti. vbi cum quæritur, an cum aliquo teſtamenti factio ſit, inſpicitur tempus teſtamenti, & tempus mortis, & plerunque etiã tempus aditæ hereditatis. Nec nos mouere debet, quod dicitur in l.2.§.ſed ſi extraneum.hic.ff. Adducitur hic locus pro firmamento contrariæ opinionis. in d.§.ſed ſi extraneum. dicitur extraneo poſſe etiam pupillariter ſubſtitui, modo teſtator poſtea eum adoptauerit. Ergo ſufficit eum adoptatum eſſe poſt factum teſtamẽtum, ita vt in poteſtate teſtatoris reperiatur mortis eiuſdẽ tempore. Sed alio ſenſu puto accipienda eſſe ea verba: non indicant enim ſi poſt ſubſtitutionem factam velit eum adoptare in locum nepotis: ſed ſi velit ei ſubſtituere pupillariter, poteſt eum adoptare antequam ei ſubſtituat. Et poſtquam eum arrogauerit, poterit ei ſubſtituere. Poſſumus enim non tantum naturalibus, ſed & adoptiuis ſubſtituere, vt diximus ſuperius.

Oportet igitur eũ, cui ſit ſubſtitutio pupillaris, in poteſtate eſſe. Excipitur poſthumus. Poſthumis filiis poſſumus ſubſtituere, vt hic Vlpianus ait. Certum eſt poſthumum, qui nondum natus eſt, in poteſtate non eſſe. l. vlt. ff. de collat. bonor. ſed tamen quadam iuris ratione perinde habetur, ac ſi natus eſſet. l. qui in vtero.ff.de ſtatu hom. Ergo interpretatione quadam iuris poteſt dici in poteſtate eſſe, quamuis in poteſtate non ſit: quia de ipſius commodo agitur. In gratiam enim pupillorum cõparata eſt hæc ſubſtitutio, vt diximus, ne inteſtati decedant.

Secundo, vt valeat pupillaris ſubſtitutio, liberi ita debent eſſe in poteſtate teſtatoris, vt eo mortuo, in alterius poteſtatem recaſuri non ſint. l.2.§.1.hoc tit.ff. vt exempli gratia, ſi auus ſubſtituat nepoti, quem habet in ſua poteſtate: ſi pater nepotem præcedat, certum eſt nepotem, mortuo auo, recaſurum in poteſtatẽ ſui patris: atque ita inutilis erit ſubſtitutio pupillaris. Ratio huius iuris manifeſta eſt. nam nepos in hac ſpecie, ſi pubes eſſet, non poſſet facere teſtamentum. Nõ enim ſufficit aliquem puberem eſſe, vt teſtamentum faciat: ſed quædam alia requiruntur. Oportet eum ſui iuris eſſe, l.qui in poteſtate.6.ff.de teſta. at mortuo teſtatore, nepos in poteſtate patris ſui eſt. Teſtator ſubſtituẽdo pupillariter nepoti ſuo, ſupplet tantũ defectũ ætatis, vt diximus ſupra. Ideóq; ſubſtitutio hæc confertur in tẽpus, quo factus fuerit pubes. Teſtamẽtum facere filio impuberi permiſſum eſt patri, qui propter ætatem impuberẽ nõ poteſt teſtari. Si ob aliã rationem fiat pupillaris ſubſtitutio nõ valet. Inſpiciendũ eſt, cur introducta ſit ſubſtitutio pupillaris, de qua cauſa ſuperius diximus. Inutilis eſt ergo ſubſtitutio pupillaris, facta iis liberis, qui mortuo teſtatore recaſuri ſunt in alterius poteſtatẽ. Idẽ dicendũ eſt in adoptiuo nepote. Nepoti adoptiuo, ſicut filio adoptiuo, ſubſtitui poteſt hoc genere ſubſtitutionis, ſi non ſit recaſurus in poteſtatẽ patris, mortuo teſtatore, à quo ſubſtitutio facta fuerit. & ſic videtur accipiẽdũ eſſe, quod dicitur in hac l. 2.§.ſed & ſi extraneũ.ibi, filio præcedẽte. Sic.n. videtur legendũ eſſe, id eſt, poterit extraneo ſubſtituere, adoptando in locũ nepotis, filio præcedẽte, vtilis erit hæc ſubſtitutio. quia ſi filius ante nõ decedat, nepos recidet in eius poteſtatẽ, mortuo teſtatore: atque ita inutilis erit ſubſtitutio pupillaris. Hæc lectio probabilis eſt. In aliis libris vulgaribus, & in Florẽtinis quoque legitur, præcedẽte, nõ male. Nõ eſt hæc reiicienda vulgaris lectio. Viſum autem eſt quibuſdam abſurdum eſſe, quod adiectum eſt, filio præcedẽte. Et hæc fuit forte cauſa mutandæ lectionis, quaſi nõ poſſit quis aliquem ſibi adoptare, niſi filio præcedente, quod eſt falſum. Nam is, qui filium non habet, poteſt aliquẽ ſibi adoptare loco nepotis.§.licet. Inſtitut. de adopt. & leg. adoptare.ff. de adopt. Sed cum ait Iuriſconſul. filio præcedente, non videtur hoc adiicere, quaſi neceſſe ſit filium pręcedere, vt valeat adoptio loco nepotis facta: ſed quia frequentius id accidit, vt quis adoptet aliquem loco nepotis, cum filius præcedit, quam cum non præcedit. Si quis filium non habeat, & alium velit adoptare, ſolet eum adoptare loco filij, ſi habeat filium, ſolet adoptare loco nepotis. Sed quod Vlpianus dixit in locum nepotis, quorſum hoc pertinet? Nonne ſufficiebat dicere, Si eum adoptauerit filio præcedente? Quid refert an loco filij, an loco nepotis eum adoptauerit, vt valeat ſubſtitutio pupillariter facta? Nihil ſane refert, ſed hæc verba eo pertinent ad id, quod dictum eſt de nepote. Paulo ante locutus fuit Vlpianus de eo, qui vere nepos eſt & naturalis. quod de eo nepote dictum eſt, poſtea oſtendit locum habere in nepote adoptato: nec dubitandum eſſe quin idem dicendum ſit de eo, quem quis adoptauerit: ſiue enim extraneum adoptauerit loco filij, ſiue loco nepotis, poteſt ei pupillariter ſubſtituere.

Tertiò,

Tertio, vt valeat pupillaris ſubſtitutio oeceſſe eſt filium à teſtatore patre inſtitui, vel exhæredari. l. 1. §. ſubſtituere. ff. hoc tit. & eod. tit. l. 2. §. ſed ſi eos pater, &c. non quod per ſe ſubſtitutio alias valeat: ſed quod alias non valeat teſtamentum paternum. Et cum teſtamentum paternum non valet, ſubſtitutio pupillaris euaneſcit. Subſtitutio enim pupillaris pendet ex teſtamento paterno. Hoc teſtamentum filii ſequela eſt teſtamēti paterni: nec poteſt conſiſtere, vbi teſtamentum paternum, quod principale eſt, noo valet. Et certum eſt oon valere id, io quo filius, qui eſt in poteſtate, nec inſtitutus eſt, nec exhæredatus, vt diximus ſub tit. de lib. & poſth. Sed quid dicemus de nepote, an nepos inſtituendus eſt, vt valeat ſubſtitutio? Vlpia. in l. 2. ſi pater, inquit, præcedat oepotes, ita demum eis ſubſtitui poteſt, ſi ſint exhæredati, vel inſtituti. Ergo vt valeat pupillaris ſubſtitutio, oportet nepotes inſtitui, vel exhæredari, ne ſuccedentes in locum patris ex lege Vellea, rumpant teſtamentum. De lege Vellea ſatis diximus ſup. ad l. Gallus. §. nunc de lege Vellea. de lib. & poſth. & ad l. poſthumorum. de ioiuſt. rup. Altero capite legis Velleæ, cum pater ſubductus fuit de medio, nepos ſuccedit io eius locum, quo caſu ſi noo reperiatur inſtitutus, rumpit teſtamentum. dict. l. poſthumorum. aliàs periculum eſt oe rumpant teſtamentum patris hac ſucceſſione: & rupto teſtamento patris, ſubſtitutio quoque pupillaris euaneſcit.

Quartum eſt, quod pater ſibi teſtamentum facere debet: hæredem inſtituere debet, quamuis noo cogatur filium inſtituere: ſed ſufficiat filium exhæredare: cogitur tamen ſibi hæredem ſcribere. l. 1. & 2. hic ff. Nā ſine hæredis inſtitutione noo valet teſtamentum paternum. l. proxime. ff. de his, quæ in teſtamen. delen. & cum teſtamentum paternum oon valet, ne pupillare quidem valebit. In l. 1. §. cæterum, &c. ff. hic. Quæſierit forte quiſpiam cur hoc ita conſtitutum ſit, vt pater non poſſit filio ſuo impuberi teſtamentum facere: niſi ſibi teſtamentum faciat? Nam forte accidere poteſt, vt expediat teſtamentum fieri pupillo, & noo expediat patri. Cur non conſulitur pupillo, vt teſtamentum ei fiat à patre, & ſi pater teſtamentum ſibi non faciat: & ſi intelligat teſtamentum nunc facere ſibi non expedire? Diximus pupillarem ſubſtitutionem gratia pupillorum comparatam eſſe, ne decedant inteſtati, ſi contingat ipſos aote pubertatem mori. Ego dicam breuiter quod ſentio. Huius rei ratio videtur obſcurior eſſe. Exiſtimo ex veteris iuris ſubtilitate hoc ius ortum habere. Ius publicum noo videtur permittere, vt quis alii teſtamentum faciat, quam ſibi. l. verbis legis, ff. de verborum ſignificatio. Lex duodecim tabularum, & leges aliæ veteres permittunt nobis facere teſtamentum de re noſtra, de re aliena teſtamentum facere non permittunt. Sed moribus receptum eſt, pupillorum gratia, vt faciens ſibi teſtamentum pater, ſubſtitutionem hanc, de qua loquimur, veluti appendicem quandam adiiciat ſuo teſtamento, ita vt videatur idem teſtamentum eſſe, ſed cum acceſſione huius inſtitutionis, quæ dicitur pupillaris ſubſtitutio, ne alias videretur hoc contra leges inductum eſſe. Sic viſum eſt iuris prudentibus temperandum eſſe rigorem iuris ciuilis, vt nihilominus eius iuris auctoritas ſalua maneret. Cōtra leges aperte hoc inducere, vt quis alij teſtamentū faciat, non fuerunt auſi veteres iuris auctores, ſed viſū eſt eis nihil repugnans, aut aduerſarium iuri publico, ſi pater teſtamētū faciēs hāc appēdicē adiiciat, & ſubſtituat filio ſuo, *Si hæres nō erit aut impubes deceſſerit*, vt ſi forte obiiciatur cōtra leges hoc factū, nec licere iure publico alii teſtamētū facere, poſſit reſpōderi ſibi teſtamētū hic facere patrē, vnū atq; idē teſtamentū: ſed huic teſtamēto paterno accedere hāc appēdicē ſubſtitutionis: in ſuo enim teſtamēto pater adiicit ſubſtitutionē, id eſt, inſtitutionem eius hæredis, quem vult eſſe hæredem, non ſibi, ſed filio ſuo. Hoc ſubtiliter eſt excogitatū ab eis. Vnde dicitur patrem, qui alij facit teſtamētum, ſibi debere facere. & hinc apparet cur introducta ſit hæc ſubſtitutio pupillaris. Re vera videbatur potius inſtitutio, quam ſubſtitutio, præſertim ſi fiat exhæredato filio: ſed color eſt quæſitus. Vnde dicitur in d. §. cæterum, &c. excipiendum eſſe militem. Nam militibus in condendis teſtamentis remittuntur & relaxantur ea, quæ ſubtilitate iuris magis, quam naturali ratione nituntur: vt dicamus ſub tit. de milita. teſta. Sed quæritur, an ſimul debeat fieri vtrunque teſtamētum, ao vero vtrunque teſtamētum ſeparatim factū valeat? Subtilitas exigere videtur, vt ſimul vtrunque fiat. Sed vtilitatis cauſa paulatim eo ventum eſt, vt diuerſo tēpora vtrunq; teſtamētum factum valeat, ſi prius factū ſit teſtamentum paternum: deinde teſtamentū filii ex interuallo, adhuc valet teſtamētum pupillare. l. ſi quis eum. 14. §. 1. Teſtamētum patris iure perfectū eſt: poſt aliquod temporis interuallum factum eſt filio, vtrunque valet: nec poſteriore teſtamento alterum tollitur: quia diuerſa ſunt. Eodē pertinet quod dicitur in l. patris & filii. 18. ff. hoc tit. Varia erat ratio teſtamenti faciendi cum pater ſubſtituere volebat filio ſuo impuberi. Aliquando iiſdem tabulis, eadem ſcriptura, eodē tempore, vtrunque teſtamentum conſcribebant teſtatores: aliquando diuerſis tabulis, diuerſis horis deſcribebant. §. ſui autem. Inſtit. de pupil. ſubſtit. Sed ita fiebat teſtamentum pupillare, vt prioris appendix eſſet. Oportet ita fieri, vt appareat teſtatorē voluiſſe ad prius teſtamentum referri. Sed an ſufficiat vna ſolennitas? Ecce Vlpianus in d. l. patris & filii, hic. 18. ff. oſtendit vnam ſolennitatem ſufficere. Non enim ideo multiplicabitur numerus teſtium, oec pro ſeptem teſtibus adhibebātur quatuordecim, quod teſtamentum patris & filii dicatur: ſed ſufficient ſeptem teſtes: perinde eſt enim ac ſi vnum teſtamentum eſſet duarum hæreditatum. §. igitur. Inſtitut. eod. tit. Hoc eſt intelligendū, niſi diuerſo tēpore factū ſit vtrunq; teſtamentum. Nam ſi diuerſo tempore vtrunq; teſtamentum ſit factū, ſolennia debent interuenire in vtroque. hoc ſatis colligitur ex l. 14. Si quis eum, quem. & l. 18. eum, quem. & l. patris & filii. hic. ff. Pater teſtamētum fecit, perfecto ſuo teſtamēto. fecit teſtamētum filio ſuo, ſeruatis ſolennibus. Accidit tamen nonnunquam, vt, etſi eodem tempore vtrunq. fiat, tamē propriæ quędam ſolēnitates obſeruentur io teſtamēto filij, cautionis cuiuſdam gratia magis, quam neceſſitatis, vt dicitur in §. ſin autem. Inſtitu. eod. tit. Si vereatur pater, qui teſtamētum fecit filio ſuo & ſibi, ne aperto teſtamento ſubſtitutus impuberi, eius vitæ inſidietur, poterit proprio lino & propria cera teſtamentū pupillare obſignare: & in ſuo teſtamēto cauere, ne teſtamētū pupillare aperiatur prius, quam pupillus mortuus fuerit. Poſſet enim is, qui ſubſtitutus eſt pupillo, ei ſtruere inſidias, vt hæres eſſet. Et huic ſimile eſt, quod dicitur C. de teſta. in l. 21. hac cōſultiſſima. de eo, qui teſtamētum facit in ſcriptis, ita vt ne teſtes quidē intelligāt, quid io eo teſtamento cōtineatur. Hinc naſcitur alia quæſtio, an inſtitutio hęredis paterni antecedere debeat? Diximus eū, qui teſtamētū facit filio ſuo impuberi, ſibi quoq. hæredē ſcribere debere, ſed an neceſſe ſit hęredis paterni inſtitutionem præcedere, an vero ſubſtitutio pupillaris valeat, ſi ante inſtitutionem hæredis paterni facta ſit? Quæſtio eſt tractata in l. 2. §. prius. ff. hic. locus videtur obſcurus eſſe. Vlpianus videtur pugnātia ſcribere. Duæ ſūt partes huius capitis, quarū pars poſterior videtur cōtraria eſſe priori, in priori parte ait nō eſſe cōuertēdū ordinē ſcripturæ, in poſteriori parte ait, nihilominus valere ſubſtitutionē,

Deinde quæ dicuntur in priori parte, noo videntur ſatis cohærere. Ait Vlpianus oon eſſe conuertendum ordinem ſcripturæ,& primum hæredem ſcribẽdum eſſe patri, deinde filio:& merito, quia conſtat vnum teſtamentum eſſe:imo videtur potius dicendum, quia vnũ eſt teſtamentum, conuertendum eſſe ordinem ſcripturæ. Vnde quidam legunt io verſi. quæ ſententia &c. improbata non comprobsta. Ego de vtraque re quid ſeotiam breuiter dicturus ſum. Prior pars mihi videtur plana eſſe, vt ne apex quidem mutandus ſit ex vulgari lectione Sententia Iuliani eſt, non valere ſubſtitutionem, conuerſo ordine ſcripturæ, & merito: conſtat enim vnum eſſe teſtamentum, licet duæ ſint hæreditates. Iureconſultus videtur tacitæ obiectioni occurrere, cum dicit. & merito. Si duo teſtsmenta eſſent, nibil videretur referre, vtrum prius, vtrũ poſterius factũ eſſet. Quemadmodum enim, ſi à duobus hominibus teſtamenta fiant, nihil refert vtrum prius, vtrum poſterius fiat. Duo teſtamenta diuerſa ſunt, quæ nihil habent inter ſe commune. atque vt valeat vtrunque teſtamentũ, nihil refert vtrum præceſſerit. Vnde videtur idem hic eſſe dicendum. Duo teſtamenta ſunt: vnum eſt patris, alterum filij. Reſpondet itaque Iuriſconſult. obiectioni, his verbis: *Et merito*, id eſt, quod non ſit conuertendus ordo ſcripturæ, & quod ſubſtitutio alias non valest. *Conſtat*, inquit Vlpianus, *vnum teſtamentum eſſe, &c.* Supra docui quomodo vnum ſit teſtamentum. Vnum teſtamentum eſt quod duas partes habet. vna pars huius teſtamenti eſt ſubſtitutio pupillaris, quæ eſt pars poſterior, & pendet ex altera priori parte: eſt enim appendix & acceſſio prioris. Ea para ſcilicet qua inſtituitur hæres filio, pendet ex altera parte, qua inſtituitur hæres teſtatori. At ratio exigit, vt præcedat ea psrs, quæ principalis eſt, & ex qua altera dependet, & ſine qua altera non poteſt conſiſtere. Vult Vlpianus his verbis oſtendere vnum eſſe teſtamentum, qoamuis ſit duarum hæreditatum, ſed hic locus poſtea explicabitur ad l. qui liberis. hic. ff. Hactenus de priori parte: poſterior eſt in verſ. *Sed ſi quis, &c.* Sic enim eſt legẽdam. particula,& expungenda eſt. hic pręcedit ſubſtitutio,& ſequitur inſtitutio,& tamen Vlpianus ait, ſubſtitutionem valere, quod repugnans eſt iis, quæ dicta ſunt in priore parte. Ego aliàs ſuſpicatus ſum verba Sabini eſſe vſqoe ad bunc locum, *Sed ſi quis*, & ab eo loco verba eſſe Vlpiani notantis quod à Sabino ſcriptũ fuit. Inſcriptio enim buius capitis indicat hoc ſumptũ eſſe ex notis, quas ſcripſit Vlpian. ad libros Sabini, & plerunque accidit in his, quæ ſumuntur ex annotationibus Vlpiani ad Sabinum. vt verba Sabini intermiſceantur verbia Vlpiani, ita vt non facile decerni poſſint. Si ita intelligamos, res non habet difficultatem: ſed quia hoc certum non eſt, ſed eſt coniectura tantum, quæ ſolet eſſe fallax, receptam opinionem ſeqoor. Recepta opioio eſt, quod prius dicitur in priori parte, intelligendum eſſe cum exceptione, quæ in poſteriore parte additur. His enim verbis, *Sed ſi quis &c.* oſtendit Vlpian. id accipiendom eſſe cum exceptione. Exceptio, ſi eodem tempore & eadem ſcriptura teſtamentum fiat vtrunque. Nam vtrunqne teſtamentum poteſt fiari eodem tempore, poteſt etiam fieri diuerſo tempore, & diuerſis tabulis. Si eodem tempore & iiſdem tabulis: tunc ait Iureconſul. ordinem ſucceſſionis oon ſcripturæ ſpectari. Ordo ſucceſſionis bic apparet manifeſtiſſime cum ait, *Si filius, &c.* apparet eum ſubſtituere his verbis, ita vt ordine ſucceſſionis præcedat inſtitutio hæredis paterni,& ſubſtitutio pupillaris ſequatur. *Quod igitur dictum eſt, &c.* concluſio eſt ſuperiorum. Quod dicitur ſingulis liberorom ſubſtituere, dicimus ſubſtituere: quia noo eſt à teſtamẽto filij incipiẽdũ: nã ſubſtituere eſt poſt aliũ inſtituere.

Cœpimus oſtendere quæ ſint neceſſaria, vt valeat pupillaris ſubſtitutio. Diximus neceſſe eſſe liberos, qui ſũt in poteſtate, vt hæc ſubſtitutio fiat, vt pater teſtamẽntum ſibi faciat,& alia huiuſmodi. Addendum eſt ſupradictis, hęreditatem ex teſtameoto paterno adeundam eſſe, vt valeat pupillaris ſubſtitutio: ſicut enim neceſſe eſt aliquem hæredem inſtitutum eſſe teſtamento paterno: ita etiam neceſſe eſt aditam eſſe hæreditatem ex eo teſtatemento. Nam nihil refert, an quis hæredem ſibi nõ inſtituerit, ao is hæres hæreditatẽ nõ adierit. vtroque. n. caſu dicitur inteſtatus deceſſiſſe. §. 1. de hæred. quæ ab inteſta. in Inſti.& l. t. ff. de ſuis & legiti. Ergo quia nõ adita hęreditate ex teſtamẽto paterno irritũ fit teſtamentũ paternũ, ideoq; neceſſe eſt pupillarem ſubſtitutioõẽ euaneſcere, quæ ex teſtamento paterno vires capit. l. 2. §. adeo. hic. ff. Hic locus magis videtur pertinere ad ſequens caput, in quo quætitur, quomodo finiatur pupillaris ſubſtitutio. ſed vulgarẽ diſtinctionem hic ſecutus ſum, quod videatur magis apta ad docendum id, quod inſtituimus. Et boc eſt quod alibi generaliter traditur nõ adita hæreditate ex teſtamẽto, teſtamẽtũ eſſe irritũ. l. ſi nemo ſubiit. 142. ff. de reg. iur. & l. ſi nemo hæreditatem. 9. ff. de teſta. tute.

Hinc querittur, ſi quis coactus fuerit adire hæreditatẽ ex Trebelliano Senstuſconſulto vel Pegaſiano, an ea aditio confirmet tabulas pupillares, quãuis hæres inſtitutus non cogatur alias hæreditatem adire, ſed ſponte ſua adeat. hoc enim voluntatis eſt. l. nec emere. C. de iure de lib. tamen fideicomiſſarius, cui per fideicommiſſum hæreditas eſt relicta, poteſt cogere hæredẽ inſtitutum vt adeat:& ſi forte inſtitutus hæres, ideo nolit adire hæreditatẽ, quod eã damnoſã eſſe vereatur, cogetur adire periculo fideicõmiſſarij. l. quia poterant. ff. ad Senatuſconſul. Trebell. Quid ergo ſi inſtitutus hæres teſtamento paterno, non ſponte, ſed coactus adierit hæreditatẽ, an ea aditio ſufficiat ad confirmationem pupillarũ tabularũ? Quæſtio eſt in l. qui plures. 36. §. 1. hic ff. in qua tecitatur veterum Iuriſconſultorum opinio. Diſſẽſio fuit inter Iuriſcooſ. Quintus Mutius putabat, deſtituto iure ciuili teſtamento, ſecuodas tabulas non oportere reſuſcitari, ſed cootraria ſentantia obtinuit. Hæc diſſẽtio orta eſt ex eo, quod ſuperius diximus, teſtamẽtũ pupillare deſtingui,& ſeparari à taſtamẽto paterno,& duo teſtamẽta dici, quorum vnum eſt patris, alterum eſt filij, ſed dicitur etiam vnum teſtamẽtum eſſe alia ratione. Hinc nata eſt varietas illa opinionũ. Dicebat igitur Scæuola, ſecundas tabulas nõ oportere reſuſcitari, deſtituto teſtamẽto iure ciuili. Cum hæres inſtitut⁹ dicit ſe nolle adire, deſtitutũ eſt iure ciuili teſtamẽtũ, etſi adire cogatur: aditio certè nõ facit, vt iure ciuili valeat teſtamentum. Hoc enim eſt inductũ auctoritate Senatuſconſulti contra ipſum ius ciuile. Si enim cætera conualeſcaot, quæ ſcripta ſunt in eo teſtamento, cõſeqnens erat pupillarem quoq; ſubſtitutionem conualeſcere, quæ pars eſt prioris teſtamenti. Eodem pertinet, quod dicitur in l. nam quod. 24. §. ſi quis cõpulſus. ff. Senatuſc. Trebel. aperte dicitur receptũ eſſe, vt cætera valeãt, quę ſcripta ſũt in teſtamẽto legata, libertates, ita cõſequens eſſe ſubſtitutionẽ pupillarẽ valere: quia ſubſtitutio pupillaris nõ minus eſt pars teſtamẽti paterni. quã legatũ vel fideicõmiſſum, quod in eo relictum eſt. Sed quæritur an hæres paternus poſſit cogi hæreditatem adire, vt valeat ſubſtitutio? Quęſtio eſt in l. 2. hic. §. interdum. Dubium non eſt, quin fideicommiſſarius poſſit hæredem cogere, qui fideicommiſſum ipſum debet, ad adeundam hæreditatem. hoc enim cautum eſt Senatuſconſulto Trebelliano. Sed quæſtio eſt, an is qui ſubſtitutus eſt pupillo, poſſit ſimiliter eum cogere ad adeundam hæreditatem: quoniam aliter non poteſt valere ſubſtitutio

pupilla-

pupillaris. vel an is, cui fideicommiſſum relictum eſt à ſubſtituto pupilli. quamuis hic fideicommiſſum ſit, & videatur hic caſus pertinere ad Senatoſconſultum Trebellianum: tamen hoc fideicommiſſum non debetur ab hærede paterno. Et Senatuſconſultum loquitur de hærede, qui fideicommiſſum debet: ſed ſubſtitutio pupillaris non eſt fideicommiſſaria, nec pertinet ad Senatuſconſultum Trebell. Quid igitur dicemus? Vlpianus in d.§. interdum. non dicit ſubſtitutum pupillo, poſſe cogere pupillum ad adeundam hæreditatem, vt conualeſcat ſubſtitutio pupillaris. ſed ait vt ex ſecundis tabulis fideicommiſſum conualeſcat, eum poſſe cogere. & hoc in caſu paululum eſt receſſum à verbis Senatuſc. Nam Senatuſconſultum loquitur de hærede, qui debet fideicommiſſum. At hic hæres paternus non debet fideicommiſſum. atque hic tantum cogitur adire vt fideicommiſſum, quod relictum eſt in ſecundis tabulis conualeſcat. Ibi, *vt puta ſi iam pupillus deceſſit*. Addit Vlpia. exceptionem, vt cogatur hæres inſtitutus paterno teſtamento, adire hæreditatem, vt ex ſecundis tabulis fideicommiſſum conualeſcat, modo iam pupillus deceſſerit. pupillo enim adhuc viuo, non poteſt hæres inſtitutus paterno teſtamento cogi vt hæreditaté adeat, vt fideicommiſſum conualeſcat. Poteſt igitur fideicommiſſarius ab inſtituto petere, vt hæreditatem adeat periculo ſuo, quatenus fideicommiſſum relictũ ſibi tabulis pupillaribus conualeſcat, ſi contingat pupillum decedere ante pubertatem. Sed præmature petit. Viſum eſt enim turpe ſolicitum eſſe quenquam de viui hominis hæreditate. debet ergo expectare mortem pupilli. Sed ſi iam locus ſit ſubſtituto pupillari iter, mortuo eam pupillo hæres poteſt cogi adire, vt fideicommiſſum conualeſcat: & hac aditione facta confirmantur tabulæ pupillares. Huic ſimilis eſt quæſtio in eodem loco, de eo qui reſtitutus eſt hæreditatis adeũdæ cauſa. Minor 25. annis inſtitutus hęres teſtamento paterno, reſtitutus eſt hæreditatis adeundæ cauſa. Is omiſerat hæreditatem, reſtitutus eſt in integrum vt hæreditatem adiret, & adiit, reſtitutus. Quæritur an hæc aditio proficiat ſecundis tabulis: an hac aditione tabulæ pupillares confirmentur? Videntur non confirmari, nec conualeſcere hac aditione. quia hæres non poteſt eſſe iure ciuili. Qui repudiauit hæreditatem, excluſus eſt omnino hæreditate. eo repudiante ſtatim delata eſt hæreditas vel ad ſubſtitutum, vel ad legitimum hæredem. l. ait prætor. §. ſed Papinianus. ff. de minoribus. Qui hæres eſt. non poteſt deſinere hæres eſſe. & duo non poſſunt hæredes eſſe in ſolidum eiuſdem hæreditatis. Sed hic Vlpianus ait proficere ſecundis tabulis hanc aditionem, vt Prætor vtiles actiones decernat ſubſtituto. His verbis ſignificat, ſi merũ ius, quod directũ vocatur, ſpectemus, non conualeſcere: quia non poteſt dici hæres teſtamẽto paterno, vt conualeſcat ſubſtitutio. Is tamen vtilitatis cauſa eſt admiſſus, quia quamuis hæres non ſit: tamen loco hæredis eſt. Vtiles actiones dantur ſubſtituto, quia præter eum, qui excluſus eſt ab hæreditate, reſtituendo in integrum, non poteſt facere hæredem. Non fuit tanta poteſtas & auctoritas prætoris, vt ſupra leges, vel contra ius ciuile, aliquid efficeret. §. quos autem. Inſtit. de bon. poſſ. Quos enim prætor vocat, habentur tantum vice hæredum. Fictitiis actionibus, inquit. Vlpi. in Inſtit. non opus eſt. Fictitias actiones vocat, quæ dicuntur vtiles, quæ dantur vtilitatis cauſa cõtra ſubtilitatem & rigorem iuris ciuilis: ſicut multa propter vtilitatem recepta ſunt, repugnante iuris ſubtilitate. Ei qui vere hæres eſt, dãtur directæ actiones, ei qui fingitur hæres eſſe, dantur vtiles. Huc pertinet etiam quod dicitur in l. 7. ait prætor. §. ſed quod Papin. ff. de minor. Quem locum nos accurate explicauimus. Diximus eum, qui reſtituitur, quamuis hæres nõ ſit iure ciuili, hæredis loco eſſe. Quod autem ait Vlpianus, Ergo etiam ſi minor, &c. oſtendit hos caſus ſimiles eſſe, & primum caſum de reſtitutione in integrum, ſicut prætor hæredem facere non poteſt: ſed habet hæredis loco, quem ad ſucceſſionem admittit. ita etiam ne Senatuſconſultum quidem Trebellianum habet fideicommiſſarium, qui hæres non eſt, hæredis loco, & ei & in eum dantur vtiles actiones. l. 1. ff. ad Senatuſconſ. Trebellian. & §. 1. Inſtit. de fideic. hered. Ex his intelligitis neceſſariam eſſe aditionẽ hęreditatis ex paterno teſtamento vt conualeſcat pupillaris ſubſtitutio. Excipiuntur quidam caſus, in quibus neceſſaria nõ eſt aditio, & nihilominus vtilis eſt pupillaris ſubſtitutio.

Excipitur miles. l. miles ita hæredem. 41. §. vltim. ff. de milit. teſtam. Nihil enim refert an adita fuerit hæreditas ex teſtamento militis, an non, vt cõualeſcat pupillaris ſubſtitutio. Ratio obſcura non eſt ex his, quæ diximus ſuperius. Quod enim dicitur, ſine paterno teſtamento non valere ſubſtitutionem pupillarem, ortum eſt ex ſubtilitate iuris. quoniam videbant veteres, ſola legis auctoritate, non poſſe filio ſuo patrem facere teſtamentum: quia leges permittebant tantum ciuibus ſibi facere teſtamentum, excogitarũt quoddam genus teſtamenti faciendi, quod videretur à legibus non abhorrere: & vocarũt ſubſtitutionem, quamuis magis ſit inſtitutio, quam ſubſtitutio. Ea autem quæ ſubtilitate iuris magis, quam naturali ratione nituntur, remittũtur militibus, vt dicemus ſub tit. de milit. teſtam.

Secundus caſus eſt, Si hæres inſtitutus paterno teſtamento, dolo malo in fraudem omiſerit hæreditatem ex teſtamento, vt adiret ab inteſtato: quia forte eis ſucceſſiſſet ab inteſtato, & ſi inſtitutus non eſſet. d. l. 2. §. adeo. ff. hic. Edicto prætoris cautum eſt, de quo dicemus ſub tit. ſi quis omiſſa cauſ. teſtam. vt ſi inſtitutus ſit hæres ex teſtamento is, qui alias ſucceſſurus eſſet ab inteſtato, & omiſſa hæreditate ex teſtamento, velit ab inteſtato adire, quo intercidunt legata, fideicommiſſa, & quicquid teſtamento relictum eſt, vt quæcunque eo teſtamento relicta ſunt, perinde valeant ac ſi hæreditas adita eſſet ex teſtamento: nam alioqui hæres inſtitutus teſtamento, ſi poſſet ſuccedere ab inteſtato, nũquã adiret ex teſtamento, & legata nõ deberet. Huius fraudis coercendæ cauſa, propoſitum eſt id edictum à Prætore. Quẽadmodũ igitur eo edicto Prætoris cõſeruantur legata, fideicõmiſſa, & alia, quę eo teſtamento relicta ſunt: ita etiã conſeruatur pupillaris ſubſtitutio.

Tertius caſus eſt, cum eſt inſtitutus hæres teſtamento is, qui ius ſui habet, vel ſuitatis, vt vulgo loquimur. Cum pater inſtituit filium ſuum, quem habet in poteſtate ſua, & in primo gradu eſt, is habet ius ſui. leg. in ſuis. 11. ff. de liber. & poſth. §. ſui hæredes. de hæred. qualit. & differ. in Inſti. Si igitur teſtamẽto paterno inſtitutus ſit filius, qui ius ſui habet: aditio hæreditatis non videtur eſſe neceſſaria. Sed huiuſmodi hæredi acquiritur hæreditas ſine aditione. d. l. in ſuis. de lib. & poſth. atq; ideo hęreditaté ad ſuos hęredes trãſmittit, quãuis adita nõ ſit. Et quod dicitur hęreditatem non aditam trãſmitti ad hęredem, hoc non eſt intelligendũ de ea, quæ defertur filio, qui ſui ius habet. Hinc illud vulgo dicitur, exiſtentia ſuitatis confirmari tabulas pupillares. ſic loquuntur, id eſt, ſufficit exiſtere ſuũ hæredem eum, qui inſtitutus eſt paterno teſtamento, vt tabulæ pupillares conualeſcant, quamuis ab eo adita non ſit hæreditas. Id ſumitur ex variis legibus: ſed præſertim ex l. paterfa. 12. ff. de priuil. cred. ex l. 10. ſi filius qui patri, hic. & locus eſt inſignior in d. l. filius qui patri. Cum quis habet et duos filios, vnum puberem, alterum impuberem: inſtituit eos hæredes, & puberẽ ſubſtituit impuberi, *Si impubes deceſſerit*. hęc eſt ſubſtitu-

tio pupillaris. hic quæritur an poſſit ſeparare has hæreditates, ſi velit adire paternam hæreditatem ex pupillari ſubſtitutione, & abſtinere paterna? Ait Papinianus audiendum eſſe. Neceſſe eſt vt intelligantur de eo qui ipſo iure extitit hæres patri ſine aditione, tametſi beneficium abſtinendi habeat à prætore. Nam ſi adiiſſet, nō poſſet paternam hæreditatem repudiare. Permittitur hic ſeparatio bonorum patris & fratris, quæ nihil habent commune. Nam per pupillarem ſubſtitutionem ſuccedit pupillo, per inſtitutionem teſtatori. Ius dicentem vocat Papinianus ibi; quem prius Prætorem. *Non inuitos, &c.* Prætor non obeſt huic ſeparationi. Abſtenſio hæreditatis, quæ permittitur filio à Prætore, non remouet inuitum ab hæreditate paterna, quam adire cupit. Sed in hac ſpecie animaduertendum eſt, non adiiſſe hæreditatem paternam filium qui in ea inſtitutus & fratri ſubſtitutus fuit, & tamen admittitur, ad fraternam hæreditatem ex ſubſtitutione. Ergo ſine aditione hæreditatis paternæ valet ſubſtitutio pupillaris. In hac ſpecie dicitur non eſſe neceſſariam aditionem hæreditatis paternæ: quia inſtitutus eſt hæres paterno teſtamento. Is, qui ius ſui habet, & qui hæreditatem ſibi acquirit ſine aditione ipſo iure: & hoc ius ſui tantā vim habet, quā aditio ad acquirendā hæreditatē. Immo quod eſt maius, hac ſuitate confirmantur tabulæ pupillares: & ſi is, qui ius ſui habet, abſtinuerit ab hæreditate. Non eſt tanta dubitatio de eo, qui adiit, & poſtea repudiauit. Sed de eo, qui abſtinuit, fuit dubitatio. Nam iure ciuili manet hæres: ſed dicitur conualeſcere ſubſtitutio pupillaris. Sed in hac ſpecie & aliis ſimilibus (idem enim in aliis ſpeciebus dicendum non eſt generaliter) hoc ius ſui ſufficit ad confirmationem tabularum pupillarium, in commodum & gratiam eius, qui ius ſui habet, vt poſſit ipſe ſuccedere ex ſucceſſione pupillari. Et idem dicendum eſſe omnes fatentur, ſi alius extraneus ſubſtitutus eſſe pupillo proponatur. Ego aliquando animaduerti pro explicatione huius loci, & aliorum huiuſmodi, nempe d. leg. ſi filius, qui patri. & d. l. paterfamilias. ff. de priuileg. cred. poſſe probabiliter dici, fuiſſe datum cohæredem filio in hac ſpecie. quamuis hæc interpretatio ab omnibus exploſa ſit. Cum duo hæredes inſtituti ſunt teſtamento paterno, ſufficit ab vno aditam eſſe hæreditatem ad confirmationem tabularum pupillarium. l. apud Iulianum. 21. §. idem Iulianus. ff. ad ſenatuſconſ. Trebell. Poteſt igitur fieri in hac ſpecie, vt alius fuerit hæres datus filio inſtituto in teſtamento paterno. Reiicitur hæc interpretatio: quia, inquiunt, hoc adiuare eſt: & in hac ſpecie nulla fit mentio cohæredis dati. Sed ego ſupra admonui nō ſolere exprimi ea à Iuriſconſulto, de quibus non eſt quæſtio, aut non eſt dubitatio. Quæſtio erat de ſeparatione bonorum. Si quæſtio fuiſſet, an valeret ſubſtitutio pupillaris, recte diceretur: quia hoc expreſſum non eſt, hoc pro diuinatione habendum eſſet. Quod dicimus hic, ſuperius interpretati ſumus. l. ex contractu. ff. de re iud. vbi dixi bona intelligi perueniſſe ad ſubſtitutum, & qua cauſa peruenire potuerunt ac debuerunt. Si hoc loco quæſtio hic proponitur de ſeparatione vtriuſque hæreditatis, tam eius quæ defertur ex inſtitutione, quam ex ſubſtitutione: quaſi certum ſit ſubſtitutionem valere. hoc non eſt expreſſum à conſultore: nec ab eo, qui hæc ita perſcripſit in his ſcriptis, quia de eo non dubitabatur. Atque ſic intelligi poſſet d. l. paterfamilias. ff. de priuileg. credit. Sed pro recepta opinione facit, quod diximus in ſuo hærede, neceſſariam non eſſe aditionem hæreditatis. huc pertinet quod dicitur in leg. 30. cum quaſi abſente. §. ſed ſi quis. ff. de fideicommiſ. liber. Vt valeat libertas fideicommiſſaria relicta ſufficit hæredem ſuū exiſtere, etſi abſtinuerit ab hæreditate. Et quanquā hoc conſtitutum in libertate: tamen generaliter ait Iuriſconſultus non eſſe ſine hærede eum, qui hæredem ſuū habet, quamuis ſe abſtinentem. Notanda ſunt diligenter hæc verba. Ait eum, qui ſe abſtinuit, nec [illegible] repudiauit: etiam ſi abſtinuerit, poteſt dici quodammodo hæres eſſe. quod prodeſt in eo caſu, ad confirmationem libertatis fideicommiſſariæ. Idem dici poteſt in hoc caſu, quod hoc ſufficit ad confirmationem tabularum pupillarium. & ſi ita quis intelligat. d. l. paterfamil. ff. de priuileg. cred. & d. leg. cum quaſi. nihil erit incommodi, quamuis vtraque lex intelligi poſſit, cum datus eſt cohæres hæredi inſtituto teſtamento paterno.

Cœpimus ea explicare quæ præcipue obſeruanda ſunt & ſpectanda in ſubſtitutione pupillari vt valeat. Diximus teſtamentum à patre ſibi factum eſſe oportere: ita vt ſi pater ſibi teſtamentum non fecerit, non valeat teſtamentum filij, nec pupillaris ſubſtitutio. Et præterea diximus oportere ex eo teſtamento aditam eſſe hæreditatem: nec ſufficere factum eſſe teſtamentum, ſed oportere id teſtamentum aliquem effectum & vim habere. Effectum autem non habere abſque hæreditatis aditione, præter quam in exceptis caſibus. Addendū eſt, videndum illud eſſe, ne teſtamentum patris ruptū, aut infirmatū ſit. Nam dicendum eſt generaliter, Quoties teſtamentū patris in ea cauſa eſt, vt non habeat effectum, tunc ſubſtitutionem pupillarem euaneſcere, ſi id ex iure ciuili proficiſcatur, vt poſtea dicemus. Ideo ſi aliquo modo infirmatum ſit teſtamentum, aut ruptum, non valet pupillaris ſubſtitutio. Id autem accidere poteſt facto alio teſtamento. Si pater ſibi teſtamentum fecerit & filio ſimul, deinde ſibi fecerit aliud teſtamentum, certum eſt poſteriore teſtamento prius rumpi: & rupto priore teſtamento, non poteſt conſiſtere teſtamentum filii. hoc expreſſum eſt in leg. 14. al. 16. ſi quis cum. §. ſi ſuo teſtamento perfecto. ff. hic. Explicanda eſt hæc ſpecies, quæ videtur aliquid difficultatis habere præſertim in poſtremis verbis. Ex eo quod diximus poſteriore teſtamento prius rumpi: quæritur, Pater ſibi fecit teſtamentum ſolenniter: alia hora fecit teſtamentum filio ſuo: an valeat teſtamentum hoc quod poſterius factum eſt? Videtur ſi ſubtilitatem ſequamur, non valere: quaſi ruptum ſit teſtamentum paternum hoc poſteriore teſtamento. Sed Iuriſconſultus ait non rumpi, & ratum patris teſtamentum manere. quia teſtamentum filij quod poſtea factum eſt, eſt velut appendix paterni teſtamenti: ſi ſibi fecit & filio teſtamentum, & poſtea ſibi fecit, rumpitur teſtamentum paternum & pupillare. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. poſt legatum. 5. §. qui principale. ff. de his qui. vt indig. Cum quis accuſat teſtamentum principale, repellitur etiam ab eo quod legatum eſt ſecundis tabulis: quia cum principale teſtamentum accuſat, etiam acceſſorium accuſat. Sed contra, qui accuſat acceſſoriū non repellitur ab eo, quod relictum eſt principali teſtamento. Nam principale, ſine pupillari teſtamento poteſt conſiſtere. Variæ ſunt huius loci interpretationes. Vulgo creditur obſcurus eſſe: ſed quomodo accipiendus ſit, diximus ſatis ad l. Gallus. ff. de liber. & poſthum. Cum dicimus poſteriore teſtamento rumpi prius, id verum eſt ſi poſterius teſtamentum iure factum ſit. Ideoque ſi in poſteriore teſtamento filius præteritus ſit non rumpitur prius teſtamentum. l. 7. ſi filius eius qui in poteſtate. ff. de lib. & poſthum. Id ego docui in interpretatione d. leg. Gallus. cum teſtator ita inſtituit, *Si filius meus viuo me morietur, Titius hæres eſto.* His verbis non videtur inſtitutio filij contineri, quamuis multi diſſentiant. Vulgus interpretum cenſet, illis verbis inſtitutum videri filium, *Si viuo me.* Sed certe hic nō inſtituitur filius, nec exhæredatur, ſed præterit' eſt: ergo nō rumpitur prius teſtamentum. Ego docui in formula Galli,

Galli, prætedere debere filij inſtitutionem & in ea omiſſam eſſe filij inſtitutionem: quia nulla erat de ea quæſtio, ſed de ratione inſtituendi poſthomi nepotis. Aliud exemplum eſt in querela inofficioſi teſtamenti. l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis. ff. de inofficioſo teſtamento. Si teſtamentum ruptum ſit per querelã inofficioſi, quaſi contra officium pietatis, filius indigne exhæredatus ſit à patre ſuo, ipſo iure teſtamentum rumpitur. d. leg. Papinianus. §. ſi ex cauſa. Rupto eo teſtamento, pupillare quoque teſtamentum euaneſcit. *Sufficit autem pro parte valere teſtamentum, pro parte adiri hæreditatem, vt valeat pupillaris ſubſtitutio.* Atque ita diſtinguitur in dict. §. ſed nec impuberis. Huic ſententiæ opponitur lex, ex duob. 32. §. vltim. & l. & ſi contra. 33. ff. hoc titul. filius emancipatus, qui præteritus eſt à patre ſuo, alio hærede inſtituto, bonorum poſſeſſionem petiit à Prætore. ea bonorum poſſeſſione accepta, reſciſſum teſtamentum. ait tamen ibi Iuriſconſul. Africanus ſubſtitutionem pupillarem valere. Hic rumpitur teſtamentum paternum: & tamen Iureconſultus ait ſubſtitutionem pupillarem valere. quod maxime contrarium eſt iis, quæ iam à nobis dicta ſunt. Sed alia cauſa eſt bonorum poſſeſſionis, quæ iuris tantum prætorij eſt: nec facit vt quis deſinat hæres eſſe. In ſuperioribus exemplis teſtamentum rumpitur ipſo iure, non auxilio Prętoris extraordinario. vt in d. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. hic non rumpitur teſtametum ipſo iure propter bonorum contra tabulas: nec hæres inſtitutus in teſtamento paterno, deſinit hæres eſſe ipſo iure. Pręetor non facit hæredem: nec facit vt is deſinat hęres eſſe, qui hæres eſt iure ciuili. quos autem, de bonor. poſſeſſ. in Inſtit. Qui hæres eſt ex iure ciuili. certe fieri non poteſt auctoritate pręetoris, vt hęres eſſe deſinat. Nunquã fuit ea Pręetoris auctoritas vt quod alicui legibus conceſſum eſt, id adimere ei poſſet. Itaque bonorum poſſeſſio, ſucceſſio Prætoria dicitur, non hęreditas. Hactenus de his, quę neceſſaria ſunt in ſubſtitutione pupillari, cum quęritur an valeat, necne: nunc de eius effectu.

De effectu pupillaris ſubſtitutionis.
CAP. XV.

HÆc ſubſtitutio pupillaris ſimilem effectum habet ſubſtitutioni vulgari, de qua prius diximus. Nam exiſtente conditione ſubſtitutionis, admittitur ſubſtitutus ad hęreditatẽ pupilli: ea conditione non exiſtente, non admittitur. Hęc ſubſtitutio fit ſub conditione, ſicut & vulgaris ſubſtitutio. Non poteſt enim aliter fieri, niſi ſub conditione aut expreſſa, aut ſaltem tacita. Cum igitur ſub conditione vocetur ad hęreditatem, conſequens eſt, exiſtente conditione, eum admitti ad hęreditatem: conditione autem deficiente, eũdem repelli. Hinc variæ quęſtiones naſcuntur de interpretatione conditionis. Hę fere quęſtiones in facto & coniectura voluntatis conſiſtunt, in quibus quęritur, quid teſtator ſenſerit. Et animaduertendum eſt id, quod ſupra diximus, varias conditiones adſcribi ſolere huic ſubſtitutioni. Concipitur aliquando generaliter his verbis *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto. Si impubes filius meus deceſſerit, &c.* vel ſpecialiter, *Si impubes filius meus deceſſerit, Titius hæres eſto.* §. ſubſtituitur. de pupil. ſubſtit. in Inſti. Sed de generali conceptione in primis videndum eſt. Cum generaliter concipitur ſubſtitutio pupillaris, hoc modo, *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto.* Videndum eſt quæ ſit poteſtas horum verborum, *Quiſquis mihi hæres erit* Iureconſulti noſtri interpretãtur hæc verba, ex teſtamento meo. l. qui liberis, 8. §. hęc verba. hic. ff. & d. §. ſubſtituitur. Hic reſtringitur ſignificatio verbi, propter coniecturam voluntatis teſtatoris. Nam alias appellatione hęredis continetur non tantum hęres ex teſtamento, ſed etiam ab inteſtato. Sed cum teſtator ſibi hęredem inſtituit teſtamento ſuo, & his verbis vtitur, *Quiſquis mihi hæres erit*, ſatis perſpicuum eſt eum intelligere de hærede, qui futurus eſt hęres ex teſtamento, non ab inteſtato: ſicut diximus ſupra, ex l. 3. C. de impub. & aliis ſubſt. Hoc eſt intelligendum, vt ego dixi, cum quis hæredem ſibi inſtituit teſtamento: deinde his verbis vtitur. Nam alias appellatione hęredis cõtinetur hęres ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. exemplum eſt in leg. 3. ff. de iure codicillorum. Veluti de eo, qui codicillos tantum facit. Quidam facit codicillos ſine hæredis inſtitutione. Codicillis fideicommiſſum dat hoc modo, *Quiſquis mihi hæres erit, eius fidei committo.* hęc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, neceſſe eſt vt intelligantur de his, qui futuri ſunt hæredes ab inteſtato: non autem ex teſtamento. Sic varie accipitur hoc verbum: ſecundum enim materiam ſubiectam, modo reſtringitur eius ſignificatio, modo etiam extenditur. Hinc quæritur, an is, qui ex ſubſtitutione hæres extitit patri, admittatur ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione pupillari, propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit.* Et dicendum eſt, nihil omnino referre, an quis patri extiterit hæres ex teſtamento paterno ex primo gradu, an ſecundo. Sed tamen videndum eſt, an admittatur ad hæreditatẽ patris ex iudicio teſtatoris, vt hic dicitur in d. §. hæc verba. Paulò poſt: ibi, *Partes quoque, &c.* Sufficit aliquẽ ex iudicio certo teſtatoris venire ad hæreditatem patris, vt his verbis admittatur ad hæreditatẽ filii, *Quiſquis mihi hæres erit.* Extat hac de re ſpecies in l. ex duobus impuberibus. 32. §. filium. ff. hoc tit. Species minime obſcura eſt. Quidam inſtituit filium hæredem, & Titium: Titio ſubſtituit Mæuium: filio ſubſtituit his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit.* Titius qui inſtitutus erat in primo gradu, repudiauit hęreditatẽ: & Mæuius ſubſtitutus venit ad hæreditatem ex ſubſtitutione: mortuo filio, admittetur etiam ad hæreditatem pupilli. Nam venit ex teſtamento, ex certa, expreſſaque teſtatoris voluntate ad hæreditatem. Sed quid ſi deſierit poſtea hæres eſſe? Ponamus eum adiiſſe hæreditatem patris: ſed ablata eſt ei hæreditas, ſicut variis ex cauſis deſinit hæres eſſe, qui inſcriptus hęres fuit, quęritur an is, qui hæres eſſe deſiit, admittatur ad ſucceſſionem pupilli, propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit?* Et dicendum eſt, ſufficere vt admittatur ad hæreditatem pupilli, cum ſemel extitiſſe hæredem teſtatori, etiam ſi forte poſtea, deſierit hæres eſſe. Extant hac de re duo exempla præcipua ſub hoc tit. ff. Vnum eſt in leg. 29. vel 31. in ſubſtitutione filio ita facta. Quidam hæres inſtitutus eſt paterno teſtamento: hæreditatem adiit ex teſtamẽto paterno: deinde mota eſt querela inofficioſi pro parte. Ait Iuriſcon. pro parte: quia ſi omnino ruptum eſſet teſtamentum per querelam inofficioſi, ſubſtitutio pupillaris non valeret, vt iam diximus. d. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. ff. de inoſ. teſta. Pro qua parte fuerat inſtitutus, ruptum eſt teſtamẽtum, is nihilominus eſt futurus hæres pupillo. Nam verum eſt eum hæredem fuiſſe teſtatori, quamuis deſierit hæres eſſe. Sic interpretatur Iulianus hæc verba teſtatoris, quæ ambigua ſunt propter coniecturam voluntatis. Ambigua procul dubio eſt hęc ratio. *Quiſquis mihi hæres erit.* Poteſt enim intelligi, *Quiſquis mihi hæres erit quãdoque erit*, quaſi velit teſtator, Quandocũq; quis ſit et hęres, etiã ſi hęres nõ ſit tẽpore mortis pupilli, vt admittatur ad hęreditatẽ pupilli. Et forte hoc ſẽſit teſtator, *Quiſquis mihi hæres erit*, ita vt perpetuo hæres ſit, Et hoc ſcriptũ eſt à Iuliano. Ad explicãdã hãc quęſtionẽ ſũptũ eſt hoc caput ex libro ſigular. Iulia. de ambig. Et hoc exẽplo edocemur quomodo ſit explicãda am-

biguitas, quæ reperitur in oratione. Et hic locus fuit explicatus à nobis ſub tit. de legibus. Sic igitur interpretatur Iuriſconſultus hæc verba ambigua teſtatoris, *Quiſquis mihi hæres erit*, quatenus teſtator ita ſēſerit: vt quandocunque fuerit hæres, licet forte poſtea deſierit hæres eſſe, is admittatur ad hæreditatem pupilli, pupillo decedente impubere. Vtilitas exigit vt ita interpretemur: vt ſcilicet teſtamentum pupillare potius valeat, quam non valeat. Cum ambigua ſit oratio teſtatoris, in dubio nos amplectemur eam interpretationem, per quam fit vt ſaluum maneat teſtamentum pupillare, vt que ſubſtitutus pupillo admittatur ad eius hæreditatem. Hinc ſolet tractari quæſtio, an ſufficiat ſemel extitiſſe conditionem? Pertinet hæc quæſtio ad locum de implemento conditionis, de quo in leg. ſi hæredem. C. de conſtit. & ſubſtit. ſub cond. fact. Inſtituit aliquis puellam hæredem, ſi nupta erit. ea nupta fuit: ſed deſiit nupta eſſe. Nos de hoc dicemus ſub ti. de cond. inſtit. Sequitur in d. l. in ſubſtitutione. in ſequenti ſpecie. Vbi hæc verba, *Si hæres non erit*, aliter accipiũtur & referuntur ad impuberis mortem: in ſuperiori ſpecie ad tempus mortis non referuntur: ſed accipiuntur quandocunque hæres erit. Sed cur Iuriſprudentes ita interpretati ſunt, vt hic dicitur? Ecce in hac ſecunda ſpecie, interpretatio diuerſa accipitur: ſed propter eandem rationem, ſcilicet propter conſeruationem teſtamenti pupillaris. In ſuperiori ſpecie hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, ſic accipimus, *Quisquis mihi quãdocunque hæres erit*, propter conſeruationem teſtamenti pupillaris. propter eandem rationem, nos ita hæc verba accipimus, vt referantur ad mortem impuberis. *Neque mihi Gaius filius hæres erit*: quia forte fuerit factus incapax hæreditatis, tempore mortis impuberis. Eſt que alia coniectura. Nam creditur teſtator voluiſſe ſeruare ius legitimarum ſucceſſionum inter filios ſuos. Ergo etſi aliter fuerit factus incapax, admittetur ſubſtitutus. Aliud exemplum continetur in l. ex facto. 43. §. Iulianus, alias Iulius Longinus. *Quisquis mihi hæres erit*: ita ſubſtituit filiis ſuis teſtator. Quidā adiit patris hæreditatem ex teſtamento, ablata eſt ei hæreditas à fiſco, quia tacite fidem ſuam accõmodauerat, vt reſtitueret eam hæreditatem incapaci. ff. de his quibus vt indignis, &c. Hic quæritur an admittetur ad hæreditatem pupilli? Quęſtio pendet ex interpretatione horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, hic hęreditatem quidem teſtatoris adiit: ſed deſiit hęres eſſe, quia ablata eſt ei hęreditas. Sed hæc verba nos plenius interpretamur, vt admittatur ad hęreditatem pupillarem, ſufficit quando que eum extitiſſe hæredem etiamſi deſierit hęres eſſe. Sed obiicitur lex, ſi totum. 83. ff. de acquirend. hęred. de qua diximus ſup. ſub titul. de hęred. inſtitu. differentea de iure accreſcendi. Si rogatus ſit tacite vt reſtitueret hęreditatem non capaci, & fiſcus ademerit ei hęreditatem non capaci, & fiſcus ademerit ei hęreditatem, tanquam indigno: ob eam cauſam ei portio deficiens non accreſcet, quaſi hęres eſſe non videatur, à quo adēpta eſt hęreditas. Sed ego dixi in diſputatione de iure accreſcendi, cur hoc fiat. Natura iuris accreſcendi eſt vt portio portioni accreſcat, non perſonę. leg. Si Titio. ff. de vſufruct. accreſcen. Inſpicimus enim quis rē habeat cũ quęritur an ei portio deficiens accreſcat, an non accreſcat. Non quęritur autem an hęres ſit: ſed an rem habeat. Ergo ſi ei ablata ſit hęreditas vt indigno, portio deficiens non accreſcet. Non inſpicimus an rem habeat, an nõ habeat: ſed inſpicimus an hęres dici poſſit, an nõ. In ſumma dicendum eſt, quoties quis venit ad hęreditatē teſtatoris, ex certo iudicio teſtatoris, ex certa & expreſſa eius voluntate, his verbis admittitur ad hæreditatem pupillarem, etiā ſi ablata ei ſit poſtea hęreditas: etiam ſi deſierit hęres eſſe. Vnde Iuriſconſultus in leg. quibus liberis. 8. §. hæc verba. ff. hoc titul. ait, dominum, aut patrem his verbis non admitti ad hæreditatem pupilli, ſi filiusfamilias, vel ſeruus inſtitutus ſit, & his verbis ſubſtitutus. Sed cur non admittitur pater ad hæreditatem pupilli? Hęreditas enim ei acquiritur, adeo vt ne momento quidem reſideat in perſona filij, l. placet. 78. ff. de acquir. hæred. Ego dixi accipiēda eſſe hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, ex certa & expreſſa voluntate teſtatoris. Pater quidem admittitur ad hæreditatem propter perſonam filij, per quem acquiritur: & dominus propter perſonam ſerui: ſed non venit ad hæreditatem ex certo iudicio teſtatoris. credibile eſt enim teſtatorem potius ſenſiſſe de ſeruo & filio. Qui inſtituit ſeruum, videtur ipſius ſerui rationem habere: non autem domini. Si domini habuiſſet rationē, atque ſeruum inſtituiſſet propter dominum teſtator, nihil facilius fuiſſet ei quam inſtituere dominum hæredem: ſed rationē habet ſerui, non domini, quia forte ſperat fore vt manumittatur à domino ſuo, ideo eũ inſtituit.

Quæſitum eſt in ſuperioribus locis quomodo accipiēda ſint hæc verba in ſubſtitutione pupillari, *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto.* Diximus his verbis ſubſtitutos videri, qui ſcripti ſunt à teſtatore, qui certo & expreſſo iudicio teſtatoris, ad eius hæreditatem vocantur. Non enim quiſquis hæres teſtatori, quacunque ex cauſa is admittitur ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione pupillari, propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, vt dicitur in l. qui liberis. 8. ff. hoc titul. Vnde dicitur in ea lege, ſi hæres inſtitutus ſit filius, qui eſt in patris poteſtate: aut ſeruus, qui eſt in poteſtate domini: ita vt quæſita ſit hæreditas patri, aut domino per filium, vel ſeruum, tamen neque dominus, neque pater admittetur ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione. Pater enim & dominus ad hæreditatem teſtatoris veniunt non ex certo iudicio, expreſſaque voluntate teſtatoris: ſed magis ex iuris diſpoſitione, quia hæreditas expreſſim delata eſt filio, aut ſeruo, vt hæreditas acquiratur domino, vel patri, quãuis vt his acquiratur qualis qualis ſit coniectura volũtatis, quam neceſſe eſt lege adiuuari. Cum ergo ex certa voluntate teſtatoris non admittatur ad hæreditatē pater, vel dominus, vel conſequens eſt eos non admitti ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione. Idem dicitur in l. 3. hic. ff. Sed pone filiumfamilias inſtitutum eſſe hæredem aut ſeruum, quis admittetur in hac ſpecie ad hæreditatem pupilli propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit?* Ego dico ad hæreditatem pupilli ipſum filiumfamilias, qui inſtitutus eſt, aut ſeruũ admitti. Acquiret enim hæreditatem, ſi adhuc ſit in patris poteſtate, patri ſuo: atque ita ſuccedet per filium pater, ſi forte emancipatus ſit, acquiret ſibi. Idem ſi ſeruus ſit manumiſſus, ſi alienatus ſit, acquiret nouo domino. Si vero ſeruus adhuc manſerit in poteſtate eius, tunc ex ſubſtitutione dominus effici poterit hęres. Nam acquiretur hæreditas pupilli ſeruo ex ſubſtitutione, & per ſeruum domino. Ratio eſt. Nam credibile eſt teſtatorem potius de his ſenſiſſe, quos ſcripſit hæredes, quam de patre, vel eo domino. Non eſt credendum niſi id oſtendatur, hanc inſtitutionem fieri reſpectu patris, vel domini. Si quis dicat. Fieri poteſt vt patris, vel domini habeatur ratio in hac ſubſtitutione: hoc non eſt credendum. Alioqui ſi vellet teſtator hæreditatem ſuam ad dominum, vel patrem peruenire, fruſtra inſtitueretur ſeruus hæres, vel filiusfamilias. Sed ideo creditur teſtator inſtituiſſe filiumfamilias, vel ſeruũ hæredē: quia ſperat vt is manumittatur ſeruus à domino, vel emācipetur à patre filius, atq; ita ſibi acquirat hęreditatē, vel vt adeũdo hæreditatē, hoc officio magis ſibi deuinciat patrē filius, vel dominũ ſeruus: nã nemo põt cogi adire hæreditatem. Huic ſimile eſt

quod

quod dicitur in leg. qui hæredi. 43. ff. de cond. & demõ. Sed hic occurrit difficultas ex leg. ſi paterfamilias. 39. ff. de hære. inſtit. de qua diximus ſupra in diſputatione de ſubſtitutione vulgari. In ea lege, cum teſtator ſubſtituens vulgari modo his verbi vtitur, *Si Stichus hæres nõ erit:* hoc verbũ hęres, de patre vel domino intelligitur, perinde ac ſi teſtator ita dixiſſet: *Si Stichus hæres non erit: aut patrem, vel dominum ſuum hæredem non fecerit:* ita vt ſi patri, vel domino acquiſita ſit hæreditas per ſeruum, vel filium, excludatur ſubſtitutus, propter hæc verba, *Si hæres non erit.* Si hęc verba, *Si hæres non erit*, intelliguntur de patre, vel de domino in ſubſtitutione vulgari, cur non ita accipiuntur in ſubſtitutione pupillari? Vidẽturquidem interpretatio huius verbi diuerſa eſſe in ſubſtitutione vulgari & pupillari, ſed ſi rectè hæc verba expendantur, vtrobique videbitur eadem interpretatio eſſe. Ecce in ſubſtitutione vulgari cum teſtator his verbis vtitur, *Si Stichus hæres non erit*, exiſtente patre hærede per filium, vel domino per ſeruũ, excluditur ſubſtitutus, quia conditio eſt negatiua. Sic etiam in hac ſubſtitutione pupillari, cum teſtator his verbis vtitur, *Quiſquis mihi hæres erit*, non exiſtente patre per filium hęrede, vel domino per ſeruum exſtitit conditio ſubſtitutionis, & fit locus ſubſtituto hærede exiſtente patre vel domino, propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, cũ hęreditas acquiritur per filiũ patri, vel domino per ſeruũ: nã conditio affirmatiua eſt hic. videtis nõ eſſe ius diuerſum. Sed queſtio eſt, cũ certũ ſit locũ eſſe ſubſtitutioni, propter hęc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*: cum quæſita eſt hæreditas patri per filium, quis admitti debeat ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione pupillari, an pater, an filius? Dubitatio ex eo naſcitur, quod etſi filius ſit ſcriptus hæres à teſtatore, tamen effectu hæres eſt pater. Sed hic Iureconſultus ait propter coniecturam voluntatis teſtatoris, de qua iam diximus, potiorẽ eſſe filij cauſam, nec acquiri hæreditatem pupilli patri, niſi per filium. ſi forte filius adhuc ſit in eius poteſtate, & adeat. Sequitur in d. l. qui liberis. §. hæc verba, &c. ibi, *Sed neque hæredis.* Quod dictum eſt de patre & domino, ait Iureconſultus idem eſſe in hærede hæredis. his enim verbis, *Quiſquis mihi hæres erit*, non continetur hæres hęredis. Continetur is tantum qui hæres ſcriptus eſt teſtamento paterno, primiſque tabulis. Hæres hæredis non admittitur ad hęreditatem pupilli ex ſubſtitutione, propter hęc verba. Quamuis alias lata ſit ſignificatio huius verbi hæres, vt appellatione hęredis contineatur quiuis ſucceſſor. l. in annalibus. 22 C. de legat. & l. ſciendum. 70. de verbor. ſign. & l. vlt. ff. de hæred. inſtit. Sed cur non continetur hæres hæredis his verbis, *Quisquis mihi hæres erit?* Ratio eſt ex coniectura voluntatis teſtatoris. Hæc ratio videtur facile colligi poſſe ex verbis Iureconſulti in d. leg. ſciendum. ff. de verbor. ſignif. vbi Iureconſultus hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, explicat, & ait his verbis, hæredem hęredis non cõtineri: quia incertus eſt. nec vero credendum eſt teſtatorem ſenſiſſe de incerta perſona, & eum voluiſſe inſtituere eam quę incerta eſt, cum certa ſit illa ad quam inſtitutionis verba referri poſſint. Obiecerit forte quiſpiam, quod à nobis dictum fuit de eo qui ſucceſſit patri teſtatori ex ſubſtitutione vulgari. ex leg. ex duobus. 32. §. filium. ff. de vulg. Diximus enim nihil referre an quis exiſtat hęres teſtatori ex inſtitutione, an ex ſubſtitutione: certum eſt autem hęredem hęredis non eſſe eum, qui ſuccedit ex ſubſtitutione. Cum dicimus eum, qui ſcriptus eſt à teſtatore admitti his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit*, generaliter accipiendum eſt ſiue ſit inſtitutus in primo, ſiue in ſecundo gradu. ſufficit enim ex certo iudicio teſtatoris eum vocari ad hęreditatem. Hinc naſcitur quęſtio in leg paterfamilias. hic. 46. ff. Paterfamilias inſtituit ſibi poſthumum hęredem in primis tabulis hoc modo, *Qui naſcetur ex vxore mea, is mihi hæres eſto.* ſecundis tabulis ſubſtituit in vtrunque caſũ hoc modo, *Si poſthumus quem inſtitui, hæres mihi nõ erit, aut intra pubertatem deceſſerit, Caius frater meus hæres eſto:* deinde adiecit, *Si Caius frater meus hæres nõ erit, Titius hæres eſto.* hæc eſt ſubſtitutio vulgaris. ſubſtituit enim vulgari modo, *Titium fratri ſuo*, deinde adiecit, *Si extiterit hæres Caius frater meus, fidei eius committo vt reſtituat partem hæreditatis vel totam hæreditatem Titio.* In omnem euentum proſpexit Titio. Hoc teſtamentum ita factum eſt. Videndum eſt quid poſt teſtamentum acciderit. Natus eſt poſthumus, adiit hæreditatem patris, ſed deceſſit intra pubertatem. itaque locus eſt ſubſtitutioni pupillari. nec dubium eſt quin admittatur Caius frater teſtatoris ex ſubſtitutione. Quæritur an fideicommiſſum debeatur Titio à Caio fratre? Quæſtio pẽdet ex interpretatione verborum quibus teſtator vſus eſt. Teſtator dixit, *Si hæres mihi erit.* Fideicommiſſum non deberi Titio videtur: quia relictum eſt ſub hac conditione, *Si Caius extiterit hæres teſtatori.* hic autem non extitit hæres teſtatori, ſed pupillo. Nam vt poſtea dicemus, per pupillarem ſubſtitutionem ſuccedit ur pupillo, non teſtatori: per vulgarem ſuccedit ur teſtatori. Ergo non extitit conditio: & tamen hic ait iureconſultus deberi fideicommiſſum.

In verſic. *Nec aduerſari hæc verba &c.* Reſpondet obiectioni. Verũ eſt, Caiũ Seium hæredẽ extitiſſe teſtatori: quia extitit hæres pupillo, & pupillus extitit hæres teſtatori: quia propoſitum eſt pupillum adiiſſe hæreditatem teſtatoris. Hæreditas patris eſt cõiuncta & mixta cum hæreditate pupilli, & hoc ſufficit ad implemẽtum conditionis, vt fideicommiſſum debeatur his verbis relictum, *Si mihi hæres erit.* Sed repugnat quod diximus hæc verba non eſſe accipienda de hærede hęredis. Sed ideo admiſſa eſt hæc interpretatio, quia nititur iudicio teſtatoris. Nos diximus his verbis, *Si hæres erit, aut quiſquis hæres erit*, eum contineri, qui iudicio teſtatoris vocatur. At certum eſt Caium hunc admitti iudicio teſtatoris, nec dubiũ eſt iudicium teſtatoris in hac re quamuis non immediate ſuccedat ei. Præterea certus eſt hic hæres. in l. qui liberis. ff. hic. certus non eſt hæres. Ergo propter incertitudinem non reiicietur hæc interpretatio. Sequitur aliorum verborũ interpretatio, quibus vtitur teſtator. In hac ſubſtitutione pupillari diximus de vi horum verborum, *Quiſquis mihi hæres non erit*, de aliis verbis quæſtio eſt; puta, *Si impubes deceſſerit.* his verbis concipitur ſubſtitutio pupillaris, *Titius mihi hæres eſto: & ſi impubes deceſſerit, Sempronius hæres eſto.* Quæritur quomodo accipienda ſint hæc verba, *Si impubes deceſſerit.* Et certum eſt late hęc verba interpretanda eſſe, propter conſtitutionem D. Marci, cuius mentio eſt in l. 4. iam hoc iure. ff. hic. Teſtator, qui his verbis vtitur, *Si impubes deceſſerit filius*, quamuis alterum caſum non expreſſerit: quamuis non adiecerit, *Si hæres non erit*, tamen his verbis intelligitur ille caſus contineri, perinde ac ſi expreſſus eſſet. Recepta eſt hæc verborum interpretatio, & confirmata auctoritate D. Marci imperatoris: cum ante tempora D. Marci controuerſia & contentio eſſet de ea re. non enim certa eſt teſtatoris voluntas in hac re. Is qui ad hæreditatem admittitur ob hanc tacitam vulgarem, quæ dicitur contineri ſub pupillari expreſſa, non poteſt dici venire ad hæreditatem teſtatoris ex certo eius iudicio. quod oſtẽdũt Modeſtini verba illa, *Iã hoc iure vtimur.* &c. Volens oſtendere hoc eſſe verum, argumentatur ab vſu & cõſtitutione D. Marci. Et controuerſia fuit apud veteres in ſpecie non diſſimili, cum adhuc nullũ ius certum eſſet. Mentio eſt huius controuerſiæ

apud Ciceronem in multis locis in Bruto. & lib.e.de Oratore,in cauſa Curianorũ.Scæuola ſcriptũ defendebat,Craſſus voluntatem. Dicebat ſubſtitutum admittendum eſſe ex voluntate teſtatoris, quamuis is caſus expreſſus non eſſet à teſtatore: Scæuola contendebat ad aliũ caſum porrigendũ nõ eſſe hoc ſcriptũ teſtatoris, qui expreſſus non eſſet. Et ſatis probabilis fuit hæc Scæuolę opinio.& valde conſentanea iis,quæ alibi dicuntur in leg.commodiſſime libe.& poſthum.ff.Craſſi ſententia quæ probabilibus rationibus nitebatur, confirm. a eſt D.Marci conſtitutione. Sicut ergo cũ teſtator ſubſtituit impuberi vulgati modo,*Si hæres nõ erit*,continenter alter caſus,*Si impubes deceſſerit*: ita etiam continetur primus caſus cum ſubſtituit teſtator pupillariter. Quidam tamen diſſentiunt. Polytus contendit ambigua eſſe hæc verba, *in alterum, &c.* & cum ambigua ſint, eam eſſe interpretationem, quæ conuenit aliis locis,veluti l.quamuis.C.eod. Sed non videntur mihi ambigua eſſe,ſed generalia,& ſignificare vtrumque in alterum,id eſt,in alterutrum. Et ſimile eſt in l.cum l.ff.de teſta. ibi enim verb. inteſtabilis, vtrunq; ſignificat,& qui teſtimonium dicere non poteſt,& qui non poteſt facere teſtamentum. Itaque ita accipimus legem, vt vtrunque caſum complectatur. Sed quæ ratio mouit D. Marcum, vt hanc opinionem probaret? Non enim hic aperta eſt teſtatoris voluntas,quam ſecutus videri poſſit D. Marcus in hac conſtitutione ſua.Ecce ego ſcio vtranque opinionem probabilibus argumentis & rationibus defendi poſſe: vt defenſa eſt olim à ſummis Iureconſultis & oratoribus: ſed opus fuit hanc opinionum varietatem dirimere aliqua conſtitutione.& ius certum conſtituere. Et cũ paria ſint rationum momenta in aliqua: non magni refert plerunque vtrum certum conſtituatur, ne homines in captionem aliquam incidant, propter incertitudinem iuris.& vt dicam breui quod ſentio, probabile eſt experimentis comperiſſe D. Marcum ſapientiſſimum hominem,qui dicitur philoſophus,hoc ad vtilitatem pertinere.Forte experiebatur homines proponſiores eſſe in ſententiam illam Craſſi, quæ ſententiam tuetur & voluntatem: & negligere ſolitos in teſtamentis alterum caſum exprimere. ideoque forte adductus eſt vt hoc conſtitueret,nec id mirum eſt. Simile exemplum eſt in l.2.C.vt in poſſ.leg. vel fideicõmiſſ.vbi ſtatim,in principio ſic ait,Ipſis rerum experimentis cognouimus ad publicam vtilitatem pertinere vt ſatis dationes,quæ voluntatis defunctorum tuendæ gratia in legatis & fideicommiſſis inductæ ſunt eorundem voluntate remitti poſſint,&c. Nec verò omnium,quæ ſunt conſtituta à veteribus, ratio reddi poteſt.l.non omnium.ff.de legibus.Alia quæſtio eſt pertinens ad aliorum verborum interpretationem, quibus teſtator vtitur in hac ſubſtitutione pupillari. in leg.34.ex duobus.in prin.ff. hoc titul. cum teſtator his verbis vtitur,vter eorum ſupremus morietur.Quidam ſubſtituit duob.impuberib.filiis hoc modo, *Vter eorũ ſupremus morietur ei Titium ſubſtituo*,Si non eodem tẽpore moriantur,res expedita eſt & clara: ſed ſimul moriantur,magna dubitatio eſt. Perierunt forte ambo ſimul in naue, vt expreſſum eſt in l.qui duos.10.ff.de rebus dubiis,quæ addenda,ad hanc l.ex duobus. vbi plenior & diffuſior eſt hac de re diſputatio. Quæritur an ſubſtitutus admittendus ſit ad hæreditatem,& ad vtrius hæreditatem admittendus ſit?Hic Iureconſultus ait vtrique eum hæredem fore, quamuis id non videatur pati verborum proprietas & ſignificatio. Supremus enim videtur dici reſpectu eius, qui antecedit. ratio artis Grammaticæ hoc ſuadet.Si ambo igitur ſimul perierint, quomodo poteſt dici alter eorum ſupremus deceſſiſſe? Si non poſſit alter dici ſupremus deceſſiſſe,non videtur exiſtere conditio. Sed tamen ait Iuriſconſultus eum admitti, & probant hanc ſententiam,vſu receptum eſt,& conſuetudine loquendi,quæ magis ſpectanda eſt, quam ratio artis Grammaticæ: vt ſupremus,&c. Sic interpretati ſunt veteres leges 12.tabularum,vt dicitur in leg.161.in vulgari ſubſtitutione,& l.92.proximus.ff.de ver.ſign.Agnatum ita veteres interpretati ſunt,proximum agnatum, etiã ſi ſolus eſſet.etſi proximus dicatur reſpectu alterius, qui remotior eſt: tamen hoc ita obtinuit vſus,qui maxime ſpectandus eſt.l.Labeo.ff.de ſupell.leg.Sed quæritur,quid ſi non ſimul perierint: ſed incertum ſit vter prior perierit?poteſt enim ſic accidere. Breuiter idem dicendum eſt. & ne quis putet eſſe commentum, aut gloſſam alicuius interpretis,hoc expreſſum eſt l.11.qui ex liberis, in princi.ff. de bon. poſſ. ſecundum tabul. quæ poteſt addi ad hanc l. ex duobus. quaſi acceſſio quædam.Sed obſtat l.34. eum qui ff.ad Senatuſconſ. Trebell.in aliis libris incipit,ſi eius,qui.Eſt hæc valde difficilis antinomia.Quidam duos filios hæredes inſtituit,& iuſſit ei,qui nouiſſimus mortuus fuerat, reſtituere ſuam hæreditatem cuidam propinquo. Quæritur ſi ſimul perierint,an ſit reſtituenda hæreditas? Ait Iureconſultus reſtituendam non eſſe,ſi propinquus nõ oſtenderit quis nouiſſimus mortuus eſſet. Vultque eũ cogi ad probandum quis eorum nouiſſimus deceſſerit: adeo vt ſi non probet,non admittatur propinquus,ſed mater ex Senatuſconſul. Tertul. ad vtriuſque hæreditatem.Diuerſæ ſunt hæ ſpecies.Nam vna lex loquitur de ſubſtitutione fideicommiſſaria, altera de directa ſubſtitutione, déque ſubſtitutione hæredis.Sed ratio vtriuſque cognita non eſt. Si expendamus paulò diligentius & accuratius has ſpecies, apparebit magna diſſimilitudo,& ratio diuerſitatis in vtraque ſpecie. In hac ſpecie,quæ pertinet ad ſubſtitutionem directam, in primis ſpectatur vſus & conſuetudo loquendi: ſed præter conſuetudinem loquendi ſpectatur coniectura voluntatis,cum pater duobus filiis impuberibus ſubſtituit,*Vter eorum deceſſerit impubes ſupremus*, vtrique videtur ſubſtituere,etſi contingat eos ſimul decedere. Non autem alterum eorum ſupremum mori.Vnde oriatur hæc coniectura voluntatis, ſic oſtendo neceſſario.Primi morientis hæreditas peruenit ad eum, qui nouiſſimus morietur.Minor eſt, qui non poteſt teſtamentum facere,nec alium hæredem inſtituere: ſi deceſſerit impubes ad fratrem ſuum, neceſſe eſt vt hæreditas eius perueniat ad fratrem ſuum: ſuccedit ei frater ab inteſtato, in fideicommiſſaria idem dici non poteſt:quia fideicommiſſaria fit etiam maiori in d.l.ſi eius,qui.Iuriſcon.non loquitur de minore.inſtituit teſtator filios ſuos hæredes, & fideicommiſſum ab eis reliquit: poteſt fideicommiſſum relinqui ab eo. qui maior eſt,maior autem poteſt alium facere hæredem. Vnde ceſſat coniectura voluntatis.

Cœpta eſt diſputatio de interpretatione verborum, quibus teſtatores vtuntur in ſubſtitutione pupillari: veluti,*Quiſquis mihi hæres erit*:aut, *Si filius meus impubes deceſſerit*. Tractatæ ſunt variæ quæſtiones ad eum locũ pertinentes.Sequitur alia.Aliqua quæſtio eſt in l.cum quidam.C.de impub.& aliis ſubſtit.Quidam inſtituit, duos filios ſuos impuberes, & ita eos ſubſtituit, *Si vterq; impubes deceſſerit, Titius hæres eſto*.alter deceſſit impubes.ſupereſt adhuc vnus ſuperſtes.ſubſtitutus vult admitti ad hæreditatẽ eius,qui iã deceſſit.Quæritur an admitti debeat?Iuſtinianus ait diſſenſionem fuiſſe de hac re inter veteres Iureconſultos, & tandem probat Sabini opinionem exiſtimantis ſubſtitutum non admitti, niſi vterque deceſſerit. Vult igitur Iuſtinianus,ſecundum Sabini ſententiam ſubſtitutum ita demum ad hæreditatem admitti, ſi

vterque

vterque deceſſerit, noo ſi alter taotum. Hoc ſuadet ver
bi proprietas. Dictio enim, vterque, vim collectioi ha-
bet, vt Priſcianus ait, dicitúrque nomen collectiuum.
Vode cum ait teſtator, *Cum vterque deceſſerit*, altero tã-
tum decedente impubere, non admittitur ſubſtitutus.
Multum enim intereſt, an teſtator ita dixerit, *Si vterque
impubes deceſſerit*: an vero ita, *Si alter impubes deceſſerit.*
Sed eum ſit hæc verbi proprietas, mirum forte videri
poteſt quibuſdam, quod de eo fuerit tanta contentio
inter veteres Iurecõſultos. Sed videtur hæc cauſa huius
dubitationis & diſſenſionis fuiſſe: qoia ab hac ſignifi-
catione plerunque recedimus propter voluntatis con-
iecturam. Nec deſunt exemple ſimilie in aliis locis, ve
loti io l. falſa demonſtratio. 32. § vlt. ff. de coudi. & de-
monſt Lego Stichum & Pamphilum, ſi mei eroot cum
moriar: vno exiſtente in patrimonio teſtatoris tempo-
re mortis eius, legatum debetur. & perinde accipiũtur
hæc verba, *Si mei erunt cum moriar*, ac ſi teſtator dixiſſet
*Stichum, ſi meus erit cum moriar, lego: Pamphilum, ſi meus
erit cum moriar, do lego.* Hic ſermo pluralis, pro ſingula-
ribus accipitur. Vnde videtur idem dicendum in hac
ſpecie, cum teſtator ite dicit, *Si vterque deceſſerit*, vt pe
rinde ſit ac ſi dixiſſet, *Filio meo impuberi, ſi impubes de-
ceſſerit, Titius hæres eſto. Filio meo ſecundo impuberi, ſi im
pubes deceſſerit, Titius hæres eſto.* Sed viſum eſt probabi
lius, & æqoitati conuenientius, verborum pro-
prietatem hic ſequi, cum præſertim voluntatis conie-
ctura adiuuetur, cum ſermonem plutalem dicimus ac-
cipi pro ſingularibus, & pro ſeparatis orationibus pau
lulum recedimus à proprietate & ſignificatione verbo
rum, propter voluntatis coniecturam: ſed cum volun-
tate hic concurrit voluntatis coniectura. Hoc oſtendit
Iuſtinianus his verbis. Oſtendit enim Iuſtinieous cau-
ſam non eſſe, cur recedamus à proprietate verbi, &
hanc orationem coolonctam pro duabus orationibus
ſeparatis non accipiamus. Credibile eſt enim pa-
trem voluiſſe ius legitimerum ſucceſſionum conſer-
uare ab inteſtato ioter filios ſuos, vt vno mortuo
ante pubertatem, alter frater ei ſucceddat ab inte-
ſtato: vtroque mortuo, ſubſtitutus admittatur.
Charitas erge filios hoc ſuadet, ne alioqui videa-
tur extraneum ſuis filiis antepoſuiſſe. Eodem per-
tinet quod dicitur. ff. hoc titul. in lege qui duos. 42. i-
bi, ambo mortui eſſent. Similis eſt ſpecies ſupe-
riori. vult enim Iureconſultus, vt admittatur ſubſtitu
tus, oportere vtrunque iam deceſſiſſe, & vtroque
mortuo ſuccedet vtrique effectu: quia reperit hæ-
reditatem eius, qui prior deceſſit io hæreditate e-
ius, qui nouiſſimus deceſſit: capit bona vtriuſque,
eius qui prior deceſſit: delata eſt hæreditas ab in-
teſtato ſuperſtiti: factum eſt voum atque idem
patrimonium: itaque ſuccedendo ei qui nouiſſi-
mus deceſſit, capit bona vtriuſque: quia bona
prioris reperiuntur io hæreditate nouiſſimi. Sed
hic occurrit antinomia difficilis ex leg. hæredis mei.
57. §. cum ita. ff. ad ſenatuſcon. Treb. Hypotheſis
eſt. Teſtator inſtituit duos filios ſuos, poſtea
dixit, *Fidei meorum filiorum committo: vt ſi
quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit,
partem ſuam fratri ſuperſtiti reſtituat.* Deinde ſub-
iecit. *Quod ſi vterque ſine liberis diem ſuum
obierit: omn[illegible] hæreditatem ad neptem meam
Clodiam pertin[illegible] volo.* Hoc eſt teſtamentum: poſt
hoc teſtamentum vnus ex his filiis deceſſit relicto
vno filio: alter poſtea deceſſit ſine liberis: Quæritur
an ooptis ad hæreditatem admittenda ſit? Defũcto
altero, videtur admittenda non eſſe neptis, propter
verba fideicommiſſi, *Si vterque ſine liberis diem ſuum
obierit omnem hæreditatem ad neptem meam Clodiam per
tinere volo.* In hac ſpecie non eſt verum vtrunque de-
ceſſiſſe ſine liberis: alter tantum, puta oouiſſimus, de-
ceſſit ſine liberis: prior vero deceſſit filio vno ſuperſti-
te. Ergo non videtur ex his, quæ diximus, hæc neptis
admittenda eſſe ad hæreditatem. Et hoc Iureconſultus
ait videri prima ſpecie propter conditionis verba. dein
de ſubiungit, Sed cum in fideicommiſſis voluntatem
ſpectari conueniat, &c. Vult igitur in hoc caſu admit-
tẽdã eſſe neptem Clodiam ad hæreditatem. quamuis
prima facie oon videatur admittenda, propter hæc ver
ba, *Si vterque*. Hic videtur Iureconſultus à proprietate
huius verbi, vterque, recedere, & contra verbi proprie
tatem reſpoodere in fauorem ſubſtituti, qui his verbis
ſubſtitutus eſſe proponitur. Quid igitur dicemus? Di
cendum eſt ſuperiorem ſententiam accipiendam eſſe:
niſi appareat contraria voluntas teſtatoris, quæ ex con
iecturis colligitur, vt in ſpecie d. l. hæredes mei. §. cum
ita. Viſum eſt enim Iureconſulto in ea ſpecie, in qua
de fideicommiſſo agitur, magis ſpectandam eſſe teſta
toris voluntatem, quàm vim & proprietatem verborũ.
Io fideicommiſſis maxime ſpectatur voluntas teſtato-
ris magis, quam in inſtitutiooibus hæredum & in lega-
tis. l. 64. alias 66. cum proponebatur. ff. de l. 2. Perinde
igitur Iureconſultus accepit hæc verba, *Si vterque ſine
liberis diem ſuum obierit*: ac ſi dixiſſet teſtator, *Si alter eo-
rum nouiſſimus deceſſerit, omnem hæreditatem meam ad ne-
ptem pertinere volo.* Sed vnde colligitur hæc coniectura?
Id Iureconſultus ſatis exprimit in dict. §. cum ite. ibi,
Sed cum in fideicommiſſis, &c. vbi ait hanc coniecturam
voluotatis teſtatoris eſſe. quia ſi voluit teſtator totam
hæreditatem, id eſt, vtriuſque hæreditatem, & primi
& ſecundi filij coniunctim (vtraque enim hæreditas eſt
coniuncta & voita vtroque moriente) ad neptem Clo
diam pertinere. Abſurdum eſt eum noluiſſe vno libero
rum moriente ſine liberis, ſaltem partem eius ad ne-
ptem non pertinere. Hic quodammodo argumentatur
à toto ad partem. leg. quæ de tota. ff. de rei vindicatio.
& leg. ſi duo. 50. ff. de adminiſt. tut. vbi eſt eadem ratio
partis, quæ eſt totius. Auus teſtator voluit neptem ha-
bere omnia bona filiorum ſuorum & primi & ſecundi,
Si nouiſſimus fratris quoque portionem ſuſcepiſſet, id eſt, ſi
vno moriente, & hæreditate eius delata ab inteſtato
alteri: deinde is alter mortuus ſit, in cuius hæreditate
poſt mortem alterius hæreditas reperitur. Hoc certe ca
ſu teſtator vult totum pertinere ad Clodiam neptem,
vt ſi hoc cõtingat, totum conſequatur. Abſurdum eſt i-
gitur ceſſante prima ſubſtitutione, nepti portionem
denegari. Nam ſi poteſt io priore caſu totum capere,
per conſequens eſt in hoc poſteriore caſu poſſe eam
etiam capere partem. Io hoc caſu bona prioris filij ad
poſteriorem non deferuntur, quia rogatus eſt, *Si vter-
que ſine liberis decederet.* noo deceſſit ſine liberis: ſed
ſuperſtite filio. alienum autem eſſet à ratione, neptem
nõ capere bona nouiſſimi, qui deceſſit ſine liberis. Sed
obiici poteſt, eum qui aduerſarius eſt in hac cauſa Clo
diæ nepti, nepotem quoque eſſe auo teſtatori, & pari-
ter coniunctam eſſe teſtatori. Eſt enim filius eius, qui
dicitur deceſſiſſe. In hoc caſu ille filius ſuperſtes æque
coniunctus eſt auo teſtatori, ac neptis hæc Clodia, quę
vult ex ſubſtitutione admitti. Vnde videtur ex conie-
ctura voluntatis noo eſſe Clodia huic præferenda. Sed
tametſi vterque æque coniunctus ſit auo teſtatori: ta-
men aliquid amplius habet hæc neptis, quia nomina-
tim & expreſſe vocatur ad hæreditatem. Ille nepos ex
filio iam mortuo, non fuit vocatus à teſtatore. Nos di-
cimus credibile eſſe voluiſſe eũ conſeruare ius legiti-
marum hæreditatum ab inteſtato. Sed præter hanc cõ-
iecturam hæc neptis vocatur à teſtatore, & io hac ſpe-
cie admonemur ſpectandam eſſe voluntatem, præſer-
tim io fideicommiſſis, & propter voluntatem teſtato-
ris pleruoque recedi à propriis ſignificatione verborũ.

Idémque dicendum eſſe in aliis ſimilibus ſpeciebus, in quibus apparet eadem ratio, veluti propter affectum aliquem, &c. Quæri ſolet ſi teſtator his verbis vſus ſit, *Si filii mei deceſſerint impuberes, Sempronius hæres eſto.* an vno decedente impubere, ſubſtitutus admittendus ſit ad hæreditatem: an hunc quoque caſum dicemus pertinere ad conſtitutionem Iuſtiniani: vt ſic accipiamus ac ſi teſtator dixiſſet, *Si impubes vterque deceſſerit?* Vulgo receptum eſt idē dicendum eſſe: nec ea ſententia mihi diſplicet propter voluntatis coniecturam. Sequendum eſt quod Iuſtin. ait in d. l. cū quidam. verſic. nos eiuſdē Sabini, &c. hic enim ſermo pluralis eandē vim habet quā illa oratio, *Si vterq; deceſſerit.* vim collectiuā, habet vtraque dictio. & licet ſermo pluralis reſoluatur plerunque in ſingularia, & pro ſeparatis orationibus accipiatur: in ea tamen re à ſignificatione verborum receditur. Sed quomodo hic recedimus à ſignificatione verborum? In primis coniectura voluntatis, quia credibile eſt teſtatorem voluiſſe conſeruare ius legitimarum hæreditatum ab inteſtato inter filios ſuos. l. 53. vel ſingulis. hic. ff. Nec credibile eſt eum voluiſſe extraneum præferre filiis ſuis. l. eum acutiſſimi. C. de fidei com. atque ita nihil obſtat huic ſententiæ, quod adiicitur ea dict. l. falſa. §. cum ita. ff. de condi. & demonſt. Illud etiam quæritur in hac ſpecie: an alter fratrum ſuccedat fratri ſuo ab inteſtatu, an ex teſtamento. Apparet ex his quę diximus eum ſuccedere ab inteſtato in d. l. vel ſingulis. hic. ff. cum ait Iureconſultus credibile eſſe teſtatorem voluiſſe conſeruare ius legitimarum hæreditatum ab inteſtato inter filios ſuos. Non enim ſic accipere debemus, quaſi alter alteri ſubſtitutus ſit, quaſi alter alteri ſuccedat ex teſtamēto ea ſubſtitutione. Sed obiicitur l. Titia Seio teſſeram. 87. §. Seia liberta. ff. de leg 2. Illa lex de fideicommiſſo loquitur ibi, *Fideique eorum ita commiſit: &c. Eumque qui ex vobis vltimus deceſſerit, &c.* videtur eos ſubſtituiſſe inuicem in hoc fideicommiſſo. Ego iam dixi in fideicommiſſis magis ſpectari voluntatem teſtatoris, quam in inſtitutionibus hæredum, aut legatis. Vnde his verbis propter coniecturam voluntatis facile interpretantur Iureconſulti alterum alteri ſubſtitutum videri in fideicommiſſo, quod ideo non eſt producendum ad alias ſpecies. Hactenus de interpretatione verborum, quibus teſtatores vtuntur in ſubſtitutione pupillari: iam redeundum eſt ad propoſitum noſtrum. In initio huius diſputationis, cum quæreretur de effectu huius ſubſtitutionis pupillaris, diximus hunc eſſe præcipuum effectum, quod exiſtente conditione huius ſubſtitutionis, ſubſtitutus admittitur ad hæreditatem, ea non exiſtente repellitur ab hæreditate, videndum eſt, quomodo hoc accipiendum ſit. Et in primis dicendum eſt ſubſtitutum admitti ad bona non teſtatoris: ſed impuberis cui ſubſtitutus eſt, vt Iuſtinianus ait in Inſtitut. tit. de pupil. ſubſtit. in princ. & hoc intereſt inter pupillarem & vulgarē ſubſtitutionem, quod per vulgarem ſucceditur teſtatori, per pupillarem ſucceditur pupillo. Subſtitutus pupillo, bona teſtatoris non capit, niſi primum effecta fuerint impuberis ante mortem. Eodem pertinet quod dicitur in l. ſed ſi plures ſint. 8. §. ad inſtitutos. Si quæ bona peruenerint à teſtatore ad impuberem, quæ impuberi quęſita ſint, ea capiet ſubſtitutus, quæ vero bona à teſtatore pupillo quæſita non ſunt, ea ſubſtitutus non capit. Capit etiam ea bona, quæ aliunde obuenerint pupillo: non tantum ex bonis paternis. Exempli gratia, inſtitutus eſt hæres à patre, adiit hæreditatem paternam, patris bona ei quęſita ſunt. Si poſtea deceſſerit impubes, ſubſtitutus capiet bona etiam patris: quia ei bona patria quæſita ſunt. Ex quo conſequens eſt mortuo pupillo ante pubertatem, excludi legitimos à ſubſtituto, qui ſuccederent ab inteſtato. l. ſi teſtamento. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. Quandiu enim locus eſt ſubſtituto ex teſtamento, nunquam hæreditas defertur ab inteſtato. ſic ſubſtitutus pupillo excludit fratres pupilli, omnes propinquos & legitimos & alios, qui aliàs ſuccederent ab inteſtato. l. 3. de acquir. hęre. Ab his, quę diximus, miles excipitur. Miles qui ſubſtituit pupillariter filio ſuo in bonis ſuis tantum ſubſtituit. d. § ad ſubſtitutos. Dicimus ad ſubſtitutum pertinere omnia bona, quæcunque peruenerunt filio quacunque ex cauſa: & tamen miles poteſt ita ſubſtituere filio, vt ſubſtitutus capiat ea tātum bona, quę à ſe peruenerint ad filiū: cętera bona capient legitimi hęredes ab inteſtato ſuccedentes. hoc eſt ius ſingulare. Sicut miles poteſt pro parte inteſtatus, & pro parte teſtatus decedere: atque ita poteſt velle vt partem bonorum eius capiat inſtitutus, partem capiant legitimi hæredes ab inteſtato. l. miles ita hæredem. 41. ff. de militar. teſtam. ita poteſt facere ſubſtituendo filio ſuo impuberi vt ſubſtitutus capiat partē bonorū, & partem capiāt legitimi hęredes.

Secundo excipitur pater adoptiuus adrogator in eadem l. ſed ſi plures. §. in adrogato. Pater adoptiuus ſubſtituit filio in bonis tantum, quæ à ſe peruenerunt. De quarta, quæ debetur filio adoptiuo in bonis adrogatoris, dubitatum fuit. quia debetur ex lege. Ideoque videbatur non eſſe permittendum ſubſtituere in ea quarta: ſed contraria ſententia recepta fuit. nam ea peruenit à patre adrogato: & hæc ſubſtitutio pertinet ad commodum, non ad incommodum. Interpretatur ibi Iuriſconſul. latius quod dictum eſt, quod obuenit à patre adrogatore, in eo ſubſtitutionem factam valere: vt id intelligamus obuenire à patre adrogato, quod eius occaſione acquiſitum eſt filio in gratiam patris. Sed cur non poteſt pater adrogator ſubſtituere in omnibus bonis? Ego dixi rationem non pati, vt tātum ei permittatur, quantum patri naturali, vt dicitur l. ſi arrogator. 22. ff. de adoptio. non facile ei permittendū eſt fraudare legitimos hæredes bonis impuberis. Patri naturali quidem hoc eſt permiſſum, alij permittendū non fuit. Argumento eſt quod cum quis adoptat alicuius filium, ei cauet ſe reſtituturum bona eius ad quos perueniſſent, ſi is adoptatus non eſſet. l. Non. n. ff. de adopt. fideicommiſſum onus eſt. l. cohæredi. §. cū filiæ. hic. ff. Ex iam dictis cōſequitur eū, qui probibetur ſuccedere patri, non ideo probiberi ſuccedere pupillo: quia diuerſa eſt ſucceſſio. l. 1. ſi is, qui. 1. ff. hoc ti. quę lex eſt notanda. hoc pendet ex his, quæ diximus. Ponamus exemplum in ſpurio, qui non poteſt hæreditatem patris capere: niſi ad certam quantitatem, ad vnam vnciā, vel duas. Ponamus eum ſubſtitutum eſſe impuberi, poterit ſuccedere ex ſubſtitutione: ſed hoc interpretantur Iureconſulti, vt non poſſit capere, quæ ex patre obuenerunt impuberi, ſed quæ aliunde obuenerunt. Eſtque locus communis de fraude legis vitanda. l. non dubium. ff. de legib. & Senatuſcon. Huic ſimile eſt quod dicitur in dicta. l. ſi is, qui. Non inſpicimus an is capax ſit, qui ſubſtitutus eſt pupillo tempore mortis teſtatoris: ſed an capax ſit tempore mortis pupilli, quia ſuccedit pupillo non teſtatori.

Diximus cum ſit locus ſuſtituto, exiſtente conditione ſubſtitutionis, ſubſtitutum admitti ad bona impuberis tantum, non etiam teſtatoris. De hac ratione ſuccedendi tractatur quæſtio in l. vltim. C. de impub. & aliis ſubſtit. Species eſt huiuſmodi, Teſtator inſtituit duos hæredes. Sempronium & Gaium, ſubſtituitque eos ſimul cum alio filio ſuo impuberi, his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit, & Titius filio meo hæres eſto.* Subſtituit hos duos quos inſtituerat hæredes, & adiecit Titium.

tium, vterque hæres extitit teſtatori, deceſſit filius impubes & locum fecit ſubſtitutioni pupillar.. Conſtat hos omnes admitti ad hæreditatẽ pupilli ex ſubſtitutione pupillari. Sed quæſtio eſt quantam quiſque eorum partem ex hac hæreditate auferat: quantam capiat Titius, & quantam alij duo hæredes inſtituti? Dubitatum fuit de hac re non ſine cauſa: quia videbatur ex his quæ à nobis tractata ſunt de iure accreſcendi, Titium tantum capere debere ex ea hæreditate impuberis, quantum alij duo: quia coniuncti loco vnius habeotur. l. plane. 34. ff. de legat. 1. & l. liber homo. 57. alias 59. §. Titius hæres eſto. & l. interdum. 15. ff. de hæred. inſtit. Hi hæredes coniunctim vocati ad hæreditatem impuberis videntur his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit, & Titius.* Cum quis ita hæredes inſtituit, *Titius hæres eſto, Mæuius & Sempronius hæredes ſunto*: certe Titius tantũ capiet ex hæreditate, quantum alij duo. Alij duo vice vnius perſonæ habentur. hæreditas diuidetur in duos ſemiſſes. Itaque videbatur ita facienda hæreditatis diuiſio in hac ſpecie, vt duo hęredes dimidiam caperent: dimidiam alteram cohæres Titius. hic tamen dicitur hæreditatem diuidendam eſſe in hac ſpecie in tres trientes, quod tres hæredes ſint, & ſingulos hæredes ſingulos trientes capere debere. Sic diuiditur hæreditas in tres trientes, in tres partes, & viriles partes diſtribuuntur ſingulis hæredibus. Alia quæſtio huic affinis tractatur in ead. l. vlti. Cod. hoc tit. *Titius vna cum filiis ſuis, & Sempronius hæredes ſunto.* In hac ſpecie quæritur, quantum quiſque ex hæreditate capere debeat. Videtur ex his quæ diximus diuidendam eſſe hæreditatẽ in trientes: ita vt vnum trientem habeat Titius, alterum Sempronius, tertium habeant filij: quia his nominibus collectiuis inducitur coniunctio quędam, d. l. interdum. ff. de hæredib. inſtit. & l. qui quartam. 11. §. 1. ff. de lega. 1. Cum quis dicit *Titius & fratris filij hæredes ſunto*: his verbis, *fratris filij*, habentur loco vnius propter coniunctionem. Ergo in hac ſpecie, *Titius vna cum filiis ſuis & Sempronius hæredes ſunto.* videtur Titium habere debere trientem vnum, Sempronium vnum trientem, & filios alterum trientem. hi quidem inter ſe omnes coniuncti ſunt, & alij aliis ſunt coniunctiores, vt in ſpecie d. l. interdum. Sed in hac ſpecie Iuſtinianus ait hæreditatem diuidendam eſſe in duas partes, ita vt pater cum filiis ſuis dimidiam accipiat, Sempronius cohæres alteram dimidiam. Hæ ſunt quęſtiones quæ tractantur in hac conſtitutione Iuſtiani, de quibus nunc videndum eſt accuratius. de priore quæſtione nunc dicemus. Quæſitum eſt in hac ſpecie, an hæredes inſtituti Sempronius & Gaius, qui ſubſtituti ſunt his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit*, loco vnius haberi debeant? Certum eſt coniunctos haberi loco vnius: & difficile eſt conciliare hanc conſtitutionem Iuſtiniani cũ aliis locis in quibus dicitur loco vnius haberi & non plus hos qui coniuncti ſunt capere, quã vnum ex hæredibus qui nominatim expreſſus ſit. Eſt hoc aperte expreſſum in l. ſi pater. 9. l. qui liberis. alias 8. §. vlt. ff. hoc tit. de vulg. In hac ſpecie quæ ſimilis videtur ſuperiori, dicitur hæreditatem diuidendam eſſe in duos ſemiſſes, & coniunctos loco vnius habendos eſſe. *Si pater filio impuberi, &c.* Si quis velit hæc verba Labeonis interpretari expoſita ſpecie aliqua, videtur non poſſe commodior ſpecies proponi, quam quæ eſt in conſtitutione Iuſtiniani. Labeo ait, *Bonorum filij, &c.* Titius accipit dimidiam partem bonorum filij, cæteri hæredes communiter dimidiam bonorum habent. Mouet Iureconſultos, coniunctos pro vna perſona haberi. Conſtitutio Iuſtiniani huic iuri contraria non eſt. Non enim credendum eſt hac conſtitutione Iuſtinianum (quamuis vna ſit ex nouis conſtitutionibus, & facta ſit poſt compoſitionem Pandectarum) abrogare hoc ius antiquum de coniunctis, quod coniuncti loco vnius perſonæ habeantur. id ſatis conuincitur ex poſteriore parte eiuſdem cõſtitutionis in quæſtione illa *Titius vna cum filiis ſuis, & Sempronius hæredes ſũto, &c.* vbi habet pro coniunctis, & pro vna perſona Titium vna cum filiis ſuis, & vult nõ tantum filios haberi pro vna perſona, ſed & Titiũ ipſum, verùm illa fictio nihil ad rem pertinet. idem in l. ſi quis Titio. ff. de vſufruct. accreſ. & d. l. interdum. ff. de hæred. inſtit. filij pro vna perſona habentur. Conſilium igitur Iuſtiniani nõ fuit ius illud quod in Pandectas relatũ eſt abrogare. Quid igitur dicemus? Difficilis eſt explicatio huius antinomiæ. Sed quod dicitur de coniunctis cogo admonui in tractatu de coniunctis accipiendum eſſe, niſi voluntas teſtatoris contraria appareat, quæ indicatur contraria, aut ex verbis teſtatoris ipſius, aut ex aliqua coniectura. Exemplum eſt in d. l. interdum. in prine. vbi Iuriſconſul. ait, cum teſtator his verbis vtitur, *Titius & fratris mei filij, æque hæredes ſunto.* Hanc dictionẽ æque facere, vt viriles partes habeant: vt fratris filij, vnius perſonæ vice non fungantur, tunc ſatis eſt manifeſta teſtatoris voluntas. Idem dicendum eſt, & cum teſtator his verbis vtitur, *Quiſquis mihi hæres erit.* Quiſquis, eſt nomen diſtributiuum, quod vim cuiuſdam partitionis ac diſtributionis habet. Ego id oſtendam ſimilitudine pro iis, qui tyrones ſunt & rudiores. Cum dico, *Hæredes mei dent Titio centum*, id eſt, hæredes ſimul dent centum, non vt ſinguli dent. Cum dico, *Quiſquis mihi hæres erit, det Titio centum.* videtur hęc eſſe voluntas teſtatoris, vt ſinguli dent centum, propter naturam huius dictionis quæ diſtribuit. Nos igitur hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit, filio meo hæres eſto*, perinde accipimus, ac ſi teſtator dixiſſet, *Titius & Sẽpronius, & Gaius.* Hoc autem caſu dubium non eſt, quin hæreditas diuidenda ſit in tres trientes, & ſinguli ſingulos trientes capiant. Quidam ita argumentantur. Hoc nomen diſtributiuum maiorem vim non habet, quam expreſſio nominum. At ſi expreſſa eſſent nomina horũ hæredum, hæreditas non diuideretur in tres partes. argumentũ ſumunt ex d. l. ſi liber homo. §. ſi Titius. ff. de hæredib. inſtit. vbi diſtinguuntur nomina trium hæredum, & hæreditas diuiditur in duos ſemiſſes. Ergo idẽ dicendum videtur, cum teſtator his verbis vtitur, *Quiſquis mihi hæres erit.* Sed hoc argumentum eſt ſophiſticum. Ego fateor hoc nomen collectiuum non habere maiorem vim, quam expreſſio nominum, quæ fit eadẽ oratione. Sed in ſpecie quam adferunt, nominantur hęrdes diuerſis orationibus. Ergo ſi loco horum verborum exprimantur hæredum nomina, *Quiſquis mihi hæres erit*: nempe Titius, Gaius, & Sempronius, eadem oratione vocantur: igitur hæreditas diuidetur in tres trientes, propter naturam diſtributiui, & diuidenda eſt hereditas in tres trientes. Ex his non difficile erit, vt puto, obiectum diluere ex dicta l. ſi pater. hic. ff. vbi ſic, *Si pater filio impuberi eoſdem quos ſibi: & te præterea: &c.* In hac enim lege expreſſa formula non eſt ſubſtitutionis. Hæc verba, eoſdem quos ſibi, verba ſunt Iureconſulti non teſtatoris. nulla eſt conceptio & formula ſubſtitutionis. Labeo non refert qua formula teſtator inſtituerit. Igitur nos dicemus ita accipiendam eſſe formulam, vt appareat vere coniunctos eſſe: & in vnum corpus redactos eſſe à teſtatore. veluti hoc modo, *Hæredes, quos inſtitui in teſtamento, & Titius hæredes ſunto filio meo.* hæc hypotheſis conuenit verbis legis. in hac ſpecie inſtituit eoſdem hæredes, quos ſibi, & præterea Titium. Dubitandum non eſt, quin in hac ſpecie hæredes coniunctim ſubſtituti ſint. his enim nominibus collectiuis, aut aliis ſimilibus coniunctio inducitur. & quamuis omnes coniuncti ſint, tamen alij aliis ſunt coniunctiores, vt in d. l. interdum. His verbis *Ha-*

redes mei, inducitur coniunctio. Non eſt igitur neceſſe vt verba Labeonis intelligamus de his verbis, *Quiſquis mihi heres erit & Titius*. quia cum verba ambigua ſunt, ea interpretatio accipienda eſt quæ vitio caret, ſecundum regulam traditam de ambiguitate explicanda in l. in ambigua. ff. de legib. & Senatuſconſul. Sed aduerſus hanc diſtinctionem multa alia obiiciuntur. Inprimis obiicitur l. Lucius. 88. alias 90. §. Lucius. ff. de lega. 2. qua lege nihil habetur difficilius in tractatu coniunctorum, & de ea aliquid ſupra diximus ſub tit. de hæredib. inſtit. Ego nunc ſententiam meam de eius loci interpretatione plenius explicaturus ſum. Lucius Titius teſtamentum fecit, in quo legat quoddam prædium ſuum his qui ex familia ſua ſunt, ne de familia exeat. & his verbis legat, Prædiolum meum dari volo libertis libertabuſque meis, & quos hoc teſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ meæ. cæterorum nomina non exprimit, præterquam Seiæ. Quæritur ex hoc legato quantam partem Seia, & quantam cæteri liberti capere debeant? Si verum eſt quod iam diximus, Seia tantum capere debet, quantum alij omnes qui nomine collectiuo vocati ſunt. hi omnes videntur loco vnius perſonæ habendi eſſe. Itaque conſultus de eo Scæuola quærens an Seia debeat habere dimidiam partem, quaſi cæteri vnius loco habeantur: quia eius ſolius nomen expreſſum eſt: reſpondet, his verbis teſtatoris omnes ad viriles partes vocati: Seiam & omnes libertos & omnes libertas prædij huius legati viriles partes capere, nec Seiam plus auferre ex hoc legato, quàm alij omnes liberti, vel aliæ omnes libertæ, quaſi certa ſit & perſpicua teſtatoris voluntas. Sed non videtur tam perſpicua eſſe ex his, quæ iam dicta ſunt: cum his verbis, vocatis libertis libertabuſque meis videantur cõiunctim vocati liberti & libertæ. Variæ ſunt opiniones eorum, qui de hac re ſcripſerunt, quas facile eſſet, iudicio meo, omnes confutare & refellere. Sed ego ſpero, perſpecta & intellecta interpretatione, facile reſpõderi poſſe iis omnibus, quæ ab aliis adferuntur. Verum enim eſt quod quidam ſcripſit, *Cum quis ſemel veritatem cognouit, nihil opus eſſe alia doctrina ad refellendos eos, qui à recta via aberrant.* Ego puto ita accipiendam eſſe hanc ſpeciem Scæuolæ, quaſi teſtator nullos habuerit libertos, niſi teſtamẽto manumiſſos: excepta Seia alũna. Manumiſerat quoſdã ſeruos ſuos teſtamento: nullos alios manumiſerat teſtamento, præter Seiã alũnã: his n. verbis teſtator vſus eſt, & quos hoc teſtamento manumiſi & Seiæ. Hæc particula, &, geminata, mihi videtur hunc ſenſum habere, tam libertos, quos hoc teſtamento manumiſi, quam Seiæ alumnæ. hoc enim videtur additum eſſe à teſtatore, maioris explicationis cauſa, ne quis putet eum ſenſiſſe tantum de his, quos teſtamento manumiſerat. Mouet me, quod hæc verba teſtatoris apertiſſimo demonſtrant Seiam hic libertam fuiſſe: quod quidam negant. Ego non dubito, quin liberta fuerit. Mouet me illud quod vetuit teſtator fundum de nomine familiæ ſuæ exire: neceſſe eſt igitur eos, quibus prædium legatum eſt, ex familia eius eſſe. At eſt etiam legatum prædiũ Seiæ. Ergo Seia ex familia eius fuit. Nã certum eſt teſtatorem de toto prædio loqui, nõ de parte, vt Accurſius cenſet. Hoc ita cauet teſtator, quaſi his tantum, qui ex familia eius ſunt, prædium relinquat. Conſequẽs eſt Seiam eſſe libertam Liberti enim olim accipiebãt nomina ſuorũ patronorũ, à quibus erãt manumiſſi. Titus Cecilius Eutychides in epiſtola quadã Ciceronis dicitur, qui manumiſſus fuerat à Pomponio Attico, Cecilius dicebatur à nomine patris adoptiui: Et propterea cum teſtator vetat, ne prædium de nomine ſuo exeat, hæc verba etiam ad libertos pertinent. Eſt locus obſeruatione dignus in leg. 36. al. 38. pater filium. §. primo ff. de legat. 3. quem locum interpretatus eſt Alciatus in Diſpunct. Nos igitur ponemus Seiam alumnam, libertam teſtatoris fuiſſe. Cum igitur conſtet eam libertam teſtatoris fuiſſe, quæro quid habeat incommodi hæc interpretatio? Lego libertis libertabuſque meis, & ne quis dubitet de quibus libertis ſentiam: quia quoſdam libertos manumiſi teſtamento. de Seia autem mentionem faciens, quamuis liberta mea ſit: eam tamen non manumiſi teſtamento, addo, & Seiæ. igitur prior particula, &, non eſt expungenda. Igitur hi omnes vocantur in viriles portiones. quia omnes ſunt ſimul vocati, nec vnus altero coniunctior eſt, & verba illa, quæ ſubiiciuntur, & quos teſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ, maioris declarationis cauſa adiecta ſunt, vt iam dixi. Ego igitur puto planum eſſe ſenſum & interpretationem huius loci hoc modo. de aliorum opinionibus refellendis ego magnopere non ſum ſollicitus. Quiſquis volet, poterit noſtram opinionem & interpretationem cum aliorum opinionibus conferre.

Alia eſt obiectio aduerſus ea, quæ diximus, ex l. quidam relegatus. 6. §. vlt. cum legib. ſequen. ff. de reb. dub. Quidam fideicommiſſum reliquit Titio & poſthumo. cogitabat poſthumum ſibi naſciturum ex vxore ſua prægnante. Titio, quem nominauerat, & poſthumo iuſſit hæreditatem reſtitui. nati ſunt ex vxore duo, vel tres poſthumi. Quæritur quomodo ſuccedere debeant cum Titio? Ait Iureconſultus hæreditatem inter Titiũ & poſthumos, quotquot nati fuerint, diuidendam eſſe in viriles partes: tamen hi poſthumi videntur coniunctiores eſſe: & ideo pro vna perſona habendi. Ego reſpondeo nullam coniunctionem eſſe, nec vllum eſſe verbum collectiuum. non enim dixit, Titio & poſthumis: ſed Titio & poſthumo: poſthumus autem non eſt nomen collectiuum, nec collectiuo ſimile. Poſthumum dixit teſtator, qui cogitabat ſibi tantum vnum poſthumum naſciturum, vt fere accidit. de aliis non cogitabat. Sed ita voluiſſe teſtator intelligitur per interpretationem, vt ſi plures nati fuerint, videantur cõprehenſi eſſe fideicommiſſo. Rurſum l. qui cum plures. ſolet obiici: nos eam ſupra interpretati ſumus.

In ſecunda quæſtione d. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit. Si quis ita inſtituerit, Titius vna cum filiis ſuis, & Sempronius hæredes ſunto. Iuſtinianus ait Titium & filios eius, pro vna perſona haberi. Solet obiici l. ſi quis Titio. vbi Paul. ait, Si quis Titio & hæredibus ſuis vſumfructum legauerit, dimidiam Titius, & dimidiam hæredes eius accipient. Proinde Titius & hæredes non habentur pro vna perſona. Quomodo ergo ſic habentur pro vna perſona? Longe diuerſa eſt hæc ſpecies, in l. ſi quis Titio. cum dicit Iuriſconſ. hæredibus ſuis, non ſignificat hæredibus Titij, ſed hæredibus teſtatoris. Sic ait teſtator, Lego Titio & hæredibus meis vſumfructum. Filij autem hic virilem partem non capiunt, quia habentur pro vna perſona. Titius, cui ego lego & hæredes mei, nihil habent commune. In d. conſtitutione Iuſtiniani legitur patri & filiis eius. Et hæc ratio mouit Iuſtinianum, quod pater & filius habentur pro vna atque eadem perſona.

Diximus ſupra hunc præcipuum eſſe effectum ſubſtitutionis pupillaris, quod exiſtente conditione huius ſubſtitutionis admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem impuberis. Hinc conſequitur ſubſtitutum teneri ad legata præſtanda, quæ tabulis pupillaribus relicta ſunt, id que dubitationẽ non habet. Sed hinc naſcuntur quæſtiones, quæ aliquid obſcuritatis habent. vna eſt in l. cohæredi. 41. §. cohæres. hic. ff. Quæſtio eſt ibi de contributione hæreditatis paternæ cum pupillari in ratione legis Falcidiæ ineunda, cum quæritur de præſtatione legatorum, lege Falcidia cautum eſt vt ſi legata excedant dodrantem, id eſt, nouem vncias hæreditatis,

hæc eſ

hæres poſſit quartam hereditatis partem detrahere & retinere. Itaque in ratione legis Falcidiæ ineunda duo potiſſimum ſpectantur. quæritur enim quantum ſit in hereditate, & quis ſit modus, quę quantitas legatorum. Nam niſi vtrumque cognitum fuerit, non poterit iniri ratio legis Falcidiæ: niſi enim cognoſcatur quantum ſit in hæreditate, non poterit intelligi an hereditas ſufficiat ad legatorum exolutionem: niſi cognoſcatur etiam quantum legatum ſit, non poterit intelligi an legata excedant dodrantem hereditatis. Hinc quęſtiones oriuntur de contributione hereditatum, & de contributione etiam legatorum. Sed hic locus ad contributionem legatorum non pertinet, quamuis aliqui videantur ita ſentire. In ſummario Bartoli eſt ita, Legata relicta in ſecundis tabulis, contribuuntur cum relictis à ſubſtituto. Non loquitur de contributione legatorũ: ſed contributione hæreditatis paternæ cum pupillari. Multum intereſt, an conferatur hæreditas paterna cum pupillari in ratione legis Falcidiæ: an vero ſeparatim vtriuſque hæreditatis habeatur ratio: confuſa hæreditate paterna cum pupillari, maior & amplior ſit hæreditas, vt plerumque impediat detractionem legis Falcidiæ id oſtendetur in hac ſpecie. In d. §. cohęres impuberi filio datus, eidemque ſubſtitutus, &c. ſpecies huiuſmodi eſt. Paterfamilias teſtator quadringinta in bonis habebat. inſtituit duos hęredes, filium ſuum & Titium, qui extraneus erat, ex ęquis partibus, habebat quadringinta in bonis. Vterque ergo inſtitutus eſt ex ſemiſſe, & vterque habet ducẽta: quia quadringinta in hęreditate ſunt Deinde Titium ſubſtituit filio ſuo impuberi, *Si impubes deceſſerit filius, Titius ei hæres eſto.* In his pupillaribus tabulis, legata quædam reliquit vſque ad ſummam ducentorum: ducenta ergo legata ſunt à ſubſtituto tabulis pupillaribus, mortuo teſtatore dimidia pars hęreditatis peruenit ad Titium. fuerat enim inſtitutus ex dimidia parte, mortuo filio ante pubertatem, alteri pars hęreditatis ad eum peruenit ex ſubſtitutione pupillari: ita vt totam hęreditatem habeat. Legatarij ab eo petunt legata ducenta. Dicimus à ſubſtituto ducenta ſecundis tabulis legata fuiſſe, hic detrahere vult quartam ex lege Falcidia: ait hęreditatem exhauſtam eſſe legatis, & ſi ducẽta ſoluat, nihil reliquum ſibi fore. atque ideo locum eſſe legis Falcidiæ. Tabulis pupillaribus habet tantum dimidiam partem hęreditatis, nempe ducenta, & totidem legata eſſe proponuntur iiſdem tabulis. Iure igitur petere videtur detractionem quartæ partis ex lege Falcidia. Sed obiiciunt legatarij, ideo non eſſe locum legi Falcidię. quia ſolutis ducentis remanet ei quarta pars: & eo amplior, remanent ei ducenta. In tota hęreditate quadringenta ſunt, & legata proponuntur tantum ducenta. ergo remanet ei dimidia pars. Vnde contendunt integra legata ſoluenda eſſe ſine vlla detractione ex lege Falcidia. Sed ſubſtitutus ait, quamuis quadraginta ceperit ex vtraque hęreditate, tam ex hęrditate paterna, quam ex pupillari: tantum ex pupillari ſe habere ducenta, & nihil ad rem pertinere quantum habuerit ex hæreditate paterna. quia agitur de legatis ſoluendis, quę relicta ſunt non paterno teſtamento, ſed pupillari. Ex ſubſtitutione pupillari, accipit tantum ducenta, & tota legata ſunt eo teſtamento. Ergo locus, eſt legi Falcidiæ. Quæſtio igitur, an ſit habenda quoque ratio hæreditatis paternæ. ſi habeatur ſeparatim ratio harum hęreditatum, locus erit legi Falcidiæ, & non ſoluentur integra legata: & non erit locus legis Falcidiæ, quia habet dimidiam partem totius hæreditatis. Reſpondet Iureconſultus confuſionem vtriuſque hæreditatis fieri debere. Propterea quod, vt ante diximus, vnum atq. idem teſtamentum eſt paternum teſtamentum & pupillare. & perinde accipere debemus inſtitutionẽ Titij & ſubſtitutionem eiuſdem, ac ſi eodem teſtamento re vera inſtitutus fuiſſet partim pure, partim ſub conditione, quod & hic accidit. Si re vera vnum tantum factum fuiſſet teſtamentum, & in eo teſtamento teſtator inſtituiſſet Titium ex dimidia parte pure, & ex dimidia parte ſub conditione, certum eſt vtramque partem exiſtente conditione confundi, haberique rationem vtriuſque partis in ratione legis Falcidiæ. Ergo & idem dicendum eſt in propoſita ſpecie. Nam hæc ſubſtitutio, eſt inſtitutio ſub conditione facta, *Si filius impubes deceſſerit.* hoc eſt quod hic dicitur, *cohæres, &c.* Deinde ſequitur, *Non idem ſeruabitur alio.* In ſuperiore ſpecie propoſitum fuit eundem ſubſtitutum eſſe filio impuberi, qui fuerat eidem filio hæres datus primis tabulis paterno teſtamento. Quid igitur dicemus, ſi proponamus alium ſubſtitutum filio impuberi fuiſſe, *Si impubes deceſſerit?* Ecce pater inſtituit ſibi filium impuberem & Titium ex ęquis partibus: ſubſtituit eidem filio, *Si impubes deceſſerit*, non Titium cohæredem: ſed Sempronium. Vtroque mortuo, petuntur legata relicta à ſubſtituto: ſicut in ſuperiore ſpecie dictum eſt. Quæritur de lege Falcidia, an contributio hæreditatũ hic locum habeat? Iureconſul. ait non idem dicendum eſſe. *Nam illa Falcidia, &c.* Non poterant legatarij ei obiicere, quod confuſa hæreditate paterna cum pupillari, ſuperſit dimidia pars hæreditatis, nedum quadrãs, qui ſufficeret, ideoque legata integra ſoluenda eſſe Nã illam dimidiam partem non accepit: ſed inſtitutus paterno teſtamento. Singulorum autem hæredum habenda eſt ratio, cum quæritur de lege Falcidia. l. 77. in ſingulis. ff. ad leg. Falcid. Addit Iuriſconſul. *Nam & cum legatum primis tabulis, &c.* ne videatur hoc abſurdum eſſe & paradoxon, quod dixit ſubſtitutũ pupillo, & inſtitutum à patre paterno teſtamento haberi quaſi cohæredem. Diximus tamen perinde eſſe atque ſi Titius in ſuperiore ſpecie paterno teſtamento partim pure, partim ſub conditione inſtitutus eſſet. ne inquam, hoc videatur mirum, ait. *Nam & cum legatum, &c.* His verbis oſtendit coniunctionem locum habere inter legatarios, quibus legata eſt eadem res pupillari teſtamento & paterno. perinde ac ſi eodem teſtamento eadem legata ei eſſet. In coniunctione hæredum diximus ex diuerſis teſtamentis non contingere ius coniunctionis. Ergo cum eadem res legatur pupillari teſtamento vni, & eadem alij paterno teſtamento, non videntur eſſe coniuncti, ſed tamen concurrunt hic, vt Iureconſultus ait. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 34. plane. §. ſi coniunctim. ff. de lega. 1. ſed hæc fuſius à nobis explicata ſunt in diſputatione de iure accreſcendi. Ego plura de hac contributione dicerem: ſed hic locus propriè pertinet ad legem Falcidiam, de quo diximus ſatis accurate ſuperiori loco. Alia quæſtio eſt pertinens ad legatorum augmentum vel diminutionem in l. 35. Et ſi contra. hic. ff. Hic locus pertinet ad id quod ante dictũ fuit à nobis, bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, non euaneſcere pupillarem ſubſtitutionem, quamuis alias rupto teſtamẽto paterno, pupillare teſtamentum rumpatur. Non enim infirmatur ipſo iure paternum teſtamentum, bonorum poſſeſſione contra tabulas petita. Manet igitur rata pupillaris ſubſtitutio. De legatis idem dicendum eſt, & legata valere, quæ à ſubſtituto relicta ſunt, quamuis bonorum poſſeſſio petita ſit. l. ex duobus. 34. §. vlt. hic. ff. Imo addendum eſt legata nonnunquam augeri propter bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas. quod videtur mirum eſſe, tantum abeſt vt bonorum poſſeſſio contra tabulas, qua reſcinditur teſtamentum paternum, obſit legatis relictis pupillari teſtamento, vt etiam ea legata augeantur. Id oſtendit Africanus in hac ſpecie. Sed pro explicatione huius ſpeciei neceſſe eſt aliqua declarare. In primis animad-

Digitized by Google

uertant tyrones bonorum poſſeſſionem contra tabulas dari filio præterito paterno teſtamento: nec tantũ fillo præterito, ſed etiam inſtituto, ſi præteritus ei viam ſpecuerit. l. 3. § ſi quis ex liberis ff. de bono. poſſeſ. contra tab. Cum plures filij eſſent, vnus præteritus eſt paterno teſtamento, alter eſt inſtitutus forte in minima parte. Hic inſtitutus non poteſt ex ſua perſona bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, quia præteritus non fuit: ſed commiſſo edicto per eum, qui eſt præteritus, poterit petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Quandiu enim poteſt peti bonorum poſſeſſio contra tabulas, non poteſt peti bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Hic ordo ſeruandus eſt l. 2. de bonor. poſſeſ. ſecundum tabul. Et viſum eſt iniquum huic inſtituto filio non poſſe dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, nec contra tabulas. Ideoque viſum eſt, vt quamuis inſtitutus ſit non præteritus, nihilominus propter edictum commiſſum ab alio, detur ei bonorum poſſeſſio contra tabulas. Secundum eſt, quod reſciſſo teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, legata nihilominus debentur coniunctis perſonis, veluti parentibus & filiis, aliiſque perſonis, quæ expreſſæ ſunt edicto Prætoris iit tit. de legat. præſtan. l. 1. videbatur nullo modo legata deberi reſciſſo teſtamento: ſed vtilitatis cauſa receptum eſt vt ſaltem filiis & perſonis coniunctis legata præſtentur. Hoc edictum Prætoris ad ſubſtitutum non pertinet. Subſtitutus præſtat legata omnibus. Ponamus legata eſſe relicta partim ab impubere, & partim à ſubſtituto eiuſdem: petita eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas: impubes legata à ſe relicta præſtabit coniunctis tantum perſonis: ſubſtitutus autem omnibus etiam extraneis legata præſtabit. Hoc pertinet ad tit. de legatis præſtan. Sit igitur hæc ſpecies, Paterfamilias inſtituit filiũ ſuum impuberem, & ei ſubſtituit alium, ſi impubes deceſſerit, reliquit legata ab vtroque tam ab inſtituto, quam à ſubſtituto: petita eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas, propterea quod aliquis eo teſtamento præteritus fuerat: petuntur legata à ſubſtituto relicta. Quæritur an legata præſtanda ſint, & quatenus præſtanda? Ait Iureconſultus in l. 33. *Et ſi contra tabulas petita ſit, &c.* Bonorum poſſeſſione contra tabulas petita & reſciſſo teſtamento paterno, valere pupillarem ſubſtitutionem, & relicta legata à ſubſtituto, ita vt etiam augeantur legata, propterea quod extraneus filius non debet propter bonorum poſſeſſionem integra legata præſtare: ne alias non ſoluerentur, quia extraneus filius non debuerit. Duobus modis accidere poteſt, vt propter bonorum poſſeſſionem petitam ſoluantur integra legata, quæ alias non ſoluerentur. Primum, quia quanto minus ſoluit impubes ex legatis à ſe relictis, tanto amplius in hæreditate reperitur. Secundo fieri poteſt etiam vt plus peruenerit ad filiũ, propter bonorum poſſeſſionem. Filius inſtitutus fuerat ex minima aliqua parte, vt ex vncia, reſcinditur teſtamentum paternum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas: res recidit ad cauſam inteſtati, & conſequitur totam hæreditatem, ex qua vnciam tantum habuiſſet, vnde multo plus ad eum peruenit. Fit ergo nonnunquam vt bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, & reſciſſo teſtamento paterno, augeantur legata, quæ relicta ſunt ſecundis tabulis. His conſequens ſubiicit Iuriſconſ. vt quemadmodum augeantur legata propter bonorum poſſeſſionem contra tabulas petitam, ita etiam legata diminuãtur propter eam poſſeſſionem. Quod diximus augeri legata, non eo pertinet vt ſemper augeãtur: ſed quia id plerumque accidit. Sed poteſt accidere etiam vt bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, legata non præſtẽtur, quæ alias præſtarentur integra, ſi impubes minus capiat. Seius forte ei ablatus eſt bonorũ poſſeſſione contra tabulas petita: ratio ſuadet vt ſicut accedante portione hæreditatis legata augentur, ita etiam decedente portione hæreditatis legata minuantur. Eſt locus communis de contrariis. Eſt enim eadem ratio contrariorum. Tametſi autem verum ſit petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, nihilominus valere pupillarem ſubſtitutionem. Notandum tamen eſt ſi idem petat bonorum poſſeſſionem contra teſtamentum paternum, qui ſubſtitutus eſt pupillo, eum repelli ab hæreditate pupilli, tanquam indignum. l. is qui contra. 22. ff. hic. Vulgare illud eſt, eum qui impugnat teſtamentum, in quo inſtitutus eſt, vel aliquid ei relictũ eſt, ab eo repelli, tanquam indignum. l. Papinianus. 8. § meminiſſe ff. de inoffic. teſta. Sed de eo quæſtio erat, qui impugnat teſtamentum paternum, non pupillare, & vult admitti ad pupillare, quæritur an admittendus ſit? Et dicitur nõ eſſe admittendus. l. poſt legatũ. § qui principale. ff. de his, quæ vt indig. Quandoquidẽ pupillare teſtamẽtũ eſt acceſſio atque ſequela paterni teſtamenti. Sequens autem & poſtremus locus eſt huius diſputationis, nempe de pupillari ſubſtitutione, in quo quæritur quomodo finiatur pupillaris ſubſtitutio.

Quibus modis pupillaris ſubſtitutio finitur.

Cap. XVI.

Variis modis finiri dicitur pupillaris ſubſtitutio. In primis pubertate finiri dicitur in l. pupillari. 14. & in l. ex facto. 41. in prin. hic. ff. Ratio eſt manifeſta ex iã dictis. Nã ſubſtitutio pupillaris ſub hac fit conditione, *Si filius impubes deceſſerit.* Ergo poſteaquã factus eſt pubes, quia certũ eſt eũ nõ poſſe amplius impuberẽ decedere, dicitur expirare pupillaris ſubſtitutio. alias iniuria fieret filio. nã ei adimeretur hæredis ſibi inſtituendi facultas, poſtquam pubes factus erit. Addit in d. l. in pupillari, Iureconſultus, *Licet longius tempus, &c.* Nõ tantum itaque licet filio ſubſtitui pupillariter, ſi ita vt diximus, ſubſtitutio concepta fuerit, *Si impubes deceſſerit:* Sed etſi longius tempus comprehenſum ſit: vt ſi ita dixerit teſtator, *Si deceſſerit filius meus intra viginti annos, vel quandocunque deceſſerit.* Hoc eſt quod dicitur in l. verbis ciuilibus. 7. hic. ff. Si teſtator exceſſerit quartum decimum annum, fruſtra fit ſubſtitutio, nullum ergo effectum habet: non valet ne iure quidem fideicommiſſi. Dicit Iuriſconſul. *Verbis ciuilibus*, quia verbis precariis poteſt onerari fideicommiſſo à teſtatore, vt reſtituat hæreditatem etiam poſt quartumdecimũ annũ, vt dicitur in l. cohæredi. 39. § cũ filiæ. hic. ff. Teſtator cum inſtituit filium ſuum, poteſt eius fidei committere, vt reſtituat hæreditatem, ſiue pubes, ſiue impubes deceſſerit, verbis precariis, vt peto, rogo. verba hæc ſunt precaria, quæ diſtinguũtur à ciuilibus. Ciuilia verba, ſunt verba iuris ciuilia, id eſt, legum ipſarum. Non enim licebat olim quibuſcunque verbis hæredem inſtituere: tameo dubitatum fuit apud veteres, an his verbis hæredis inſtitutio facta valere poſſit, *Mea hæreditatis Titius dominus eſto*: quia legitima erant, & ciuilia verba, quibus vtendum eſſet. Precariis verbis quia cum reſtitui iubet hæreditatem ſuam teſtator, nulla afficit iniuria impuberem. Nam teſtatoris tãtum facultates, non pupilli, onerantur fideicommiſſo, vt dicitur in l. cohæredi. § cum filiæ. ibi, *Nec fideicommiſſo, &c.* Sed ſubſtitutio pupillaris fit filio impuberi de bonis ipſius: & fieret iniuria pupillo, ſi daretur ei hæres, quem mutare non poſſet, poſtquam cœperit habere teſtamenti factionem. Vnde permittitur tantum patri ſubſtituere filio ſuo: quia eſt in ea

poteſ-

poteſtate, vt ſibi teſtamentū facere non poſſit. Addēdū eſt & breuiori tempore interdum fieri hanc ſubſtitutionem pupillarem. Nam etſi teſtator ita ſuſtituere ſoleat, *Si filius meus impubes deceſſerit:* tamē ſi velit, poteſt breuius tempus cōprahendere, vt, *Si deceſſerit intra decimum, vel octauum annū.* l.ſi ita quis. 19.& l.qui plures. 41.hic.ff.Inde naſcitur quæſtio in l.ex facto.43.& item quarto,&c. Teſtator hoc modo ſubſtituit filio ſuo, *Filius meus ſi impubes deceſſerit intra decimū annum, Titius hares eſto, ſi intra annum decimum quartum, Mauius.* Filius deceſſit octo annorum, quęritur an ſubſtitutus admittendus ſit ad hæreditatem pupilli? Titius petit hæreditatem, quoniam dicit intra decimum annum impuberem deceſſiſſe. Idem quoque dicit Mæuius, ego ſubſtitutus ſum ſub conditione, ſi deceſſerit intra decimumquartum annum. At verum eſt eum intra decimumquartum annum deceſſiſſe. qui decedit intra annum decimum, etiam decedit intra annum decimumquartum: maiori numero minor continetur. Quæritur vter admittetur? Iureconſultus hic oſtendit quæſtionē eſſe voluntatis. Videndum eſt quid teſtator ſenſerit, ſi quid appareat ex coniecturis, id ſequēdum eſt. ſi nihil aliud appareat, credibile eſt teſtatorem Titiū, quem ſubſtituit breuiori tēpore voluiſſe præferri Mæuio, quem ſubſtituit ſi intra decimumquartum annum deceſſerit. Videtur enim diſtinxiſſe hæc tēpora teſtator, vt ſeruaretur ſuum tempus in ſingulis ſubſtitutis: ſicut dicimus generi per ſpeciem derogari. l. vxorem. 39.§.fœliciſſimo.ff.de leg.3. vt cum aliquid generaliter legauit teſtator, & ſpecialiter poſtea id legauit. Hinc deciditur quæſtio vulgo agitata de iuriſdictione. Duo conſtituti ſunt iudices, ita vt vnus de cauſis pecuniariis cognoſcat, vſque ad decem aureos, alter vſque ad centum aureos. Is, cui iuriſdictio conceſſa eſt ad centum aureos, vult etiam cognoſcere de iis, quæ ſunt intra decem aureos. quia inquit, ſi ſit cauſa intra decem aureos, eſt etiam intra centum: ſed credibile eſt legiſlatorem vnicuique ſuum numerum ſeruari voluiſſe.

Cœpimus dicere quibus modis finiatur pupillaris ſubſtitutio. De tempore diximus. Idem dicendum eſt, etſi adita non fuerit hæraditas ex paterno teſtamento, vel ruptum, vel infirmatum paternum teſtamentum fuerit, vt diximus de vulgari ſubſtitutione. Diximus etiam ſupra, ſi deſierit filius eſſe in poteſtate patris tempore mortis eiuſdem, fieri etiam irritam pupillarem ſubſtitutionem. l. 41.§.cohæredi.§. ſi cum filiæ. vbi expreſſum eſt. Quāuis fuerit filius in poteſtate teſtatoris tempore facti teſtamenti: tamen ſi non fuerit in poteſtate tempore mortis, pupillarem ſubſtitutionem euaneſcere. Hinc conſequitur ſi arrogatus fuerit filius poſt factā pupillarem ſubſtitutionem, eam ſubſtitutionem euaneſcere, quia tranſit per arrogationem in alienam familiam. l.7.nec ei.§.1 duntaxat. ff.de adopt. At Iureconſultus cauſæ cognitionem neceſſariam eſſe in arrogatione pupillorum, ne in poteſtate ſit tutorum tutelam finire, & pupillarem ſubſtitutionem à parente factam extinguere. Vtilitatis tamē cauſa receptum eſt hoc caſu, vt detur actio contra arrogatorem: eius facto finita eſt pupillaris ſubſtitutio, vt dicitur in l.38.al.40 cauſa cognita.ff.hic. Cum quis arrogatur ab alio, cogitur arrogator cauere, id eſt ſatiſdare ſe reſtituturū hæreditatem iis, ad quos pertinerent omnia, ſi filius arrogatus non eſſet. Hac ſatiſdatione conſulitur legitimis hæredibus, conſulitur etiam ſubſtitutis, ſi qui ſint ſubſtituti pupillariter filio arrogato. Et ſi omiſſa ſit cautio, dabitur tamen vtilis actio. Directa enim non dabitur. Per capitis enim diminutionē extincta eſt ſubſtitutio: nec poteſt ex recta actio cōpetere. Idē dicitur in l.nō .n.& l. his verbis.ff.de adopt.§.cū autē.Inſtit.de adop. & hæc proprie pertinent ad titu. de adopt. Aliud exemplum eſt de captiuitate tam patris, quam filij, ſi facta ſubſtitutione pupillari, captus fuerit pater ab hoſtibus aut filius, aut vterque. Quæſtio eſt hæc de re tractata in l.26.al.28.Lex Cornelia.ff.hic. vbi duplex eſt quæſtio: vna eſt de patre capto ab hoſtibus, cum pater captus eſt ab hoſtibus. Altera eſt de filio, cum filius captus eſt ab hoſtibus, non etiam pater. Tertia eſt in l.ſi pater.29. Cum vterque captus eſt ab hoſtibus.

Quod ad primam quæſtionem attinet, cum pater ſolus captus eſt ab hoſtibus, non etiam filius, ait Iureconſulus ibi, *Hareditas ad ſubſtitutum, &c.* Legem Corneliam confirmare teſtamenta eorum, qui apud hoſtes deceſſerunt, id eſt, confirmat teſtamenta facta ab iis, qui capti ſunt antequam caperentur. l. Lege Cornelia.ff.de teſtam. Teſtamentum quod iure factum eſt, irritum fit captiuitate poſtea ſecuta: lege Cornelia confirmatur vtilitatis cauſa, perinde ac ſi deceſſiſſet ante captiuitatem is, qui captus deceſſit apud hoſtes. Lex Cornelia loquitur de teſtamentis factis ab his, qui capti ab hoſtibus, apud hoſtes deceſſerūt. Sed Iulianus interpretatur ſic legem Corneliam, vt pertineat etiam ad ſubſtitutionem pupillarem, quam pater teſtamentum ſibi faciens, filio ſuo impuberi fecit. Cum confirmat teſtamentum à patre factum, confirmat omnem hæreditatem quæcunque ex eo teſtamento defertur, ſiue ex inſtitutione hæredis paterni, ſiue ex ſubſtitutione pupillari. ibi, *Quæ ad quemque, &c.* Sed dixerit aliquis, hic filius deſiit eſſe in patris poteſtate, viuo adhuc patre. Ergo ſubſtitutio pupillaris irrita fit ex his, quæ iam à nobis dicta ſunt in l.cohæredi.§.cum filiæ. vbi cum filia, cui facta eſt pupillaris ſubſtitutio, exit ex familia patris, viuente patre, irrita fit pupillaris ſubſtitutio. Hoc autem accidit in hac ſpecie, in qua ponimus captum eſſe patrem ab hoſtibus, filium ciuem remanſiſſe: patrem deceſſiſſe apud hoſtes, deinde filium in captiuitate eſſe: quo autem tempore pater deceſſit apud hoſtes, filius non erat in eius poteſtate: ſed is, qui erat in poteſtate hoſtium, non poterat alium in ſua poteſtate habere. Ergo videbatur irrita pupillaris ſubſtitutio, quam tamen Iulianus ait valere.

Sed reſpondendum eſt huic obiectioni, non omnino liberatum fuiſſe patris poteſtate filium tempore mortis patris: quanquam ratio ſuperior mouerit quoſdam ex veteribus, vt dicerent non valere pupillarem ſubſtitutionem, quorum quidem opinionem refert Vlpianus in l.pater.ff. de capti. & poſtlimi. reuerſ. quam, inquam, non probat. Nec enim probanda eſt talis opinio. Quoniam quum dicimus, irritam fieri pupillarem ſubſtitutionem, ſi filius ante mortem patris exierit ex familia, & liberatus ſit patria poteſtate, ſic accipi debet, ſi omnino liberatus ſit, vt nulla ſcilicet ſpes ſit eum reduci poſſe in patris poteſtatem.

Verū hic ſpes quidem eſt eum poſſe ſubiici paternæ poteſtati, ſi forte redierit pater ab hoſtibus, atq. ideo dicitur pendere ius patriæ poteſtatis. l.penult.ff. de liber.& poſthum.& §. ſi ab hoſtibus. in Inſtitution. quibus modis ius patriæ poteſtatis ſoluitur. Quoniam igitur tempore mortis patris, minime poteſt dici filius omnino liberatus eſſe paterna poteſtate, merito etiam dicitur ſubſtitutionem pupillarem non euaneſcere propter captiuitatem patris. Non obſtant igitur, hac ratione, obiecta veterum. Quamobrem dicendum eſt in hac ſpecie, conualeſcere ſubſtitutionem pupillarē per legem Corneliam. Ecce, quemadmodum in hac ſpecie irrito facto teſtamento patris propter captiuitatē, in conſequentiam fit irritum pupillare: ita etiam confirmato patris teſtamento per legē Corneliam, in conſequentiam quoque confirmatur pupillaris ſubſtitutio, quæ teſtamentum filij eſſe dicitur.

Secundus caſus eſt in d.l.lex Cornelia.ff.hic, cū filius

ſolus captus eſt ab hoſtibus poſt factã ſubſtitotionem & pater manſit in ciuitate:ibi, *Sed ſi pater,&c.* Si pater ciuia deceſſit. Maior profecto dubitatio fuit in hac ſecunda ſpecie quã in ſuperiore. Non. n. videtur in hac ſpecie, pupillaris ſubſtitutio teſtamentum filij, quod irritum factũ eſt captiuitate eiuſdem, confirmari propter legẽ Corneliã. Lex ſiquidẽ Cornelia loquitur de teſtamento, quod factum eſt ab eo, qui captus eſt ab hoſtib. Lex Cornelia ait, Si quis teſtamẽtũ fecerit iure, deinde captus ſit ab hoſtib. & apud hoſtes deceſſerit: id teſtamentum perinde ratũ eſſe, ac ſi ante captiuitatem deceſſiſſet. Filius poſt mortem patris ſui captus eſt ab hoſtibus: deceſſitque apud hoſtes. Quæritur igitur an ſubſtitutio pupillaris irrita facta ſit omnino? an vero cõualuerit per legem Cornelism, ita vt ad ſubſtitutum pertineat eios hæreditas? Reſpondẽdum ita profecto mihi videtur, Si ſpectemus verba legis Corneliæ, videtur quidem non confirmari. Verum certe eſt, cum confirmatur patris teſtamentum, ſubſtitutionem pupillarẽ in conſequentiam confirmari: vt in ſuperiore ſpecie patuit. Verũ pater hic nuoquam fuit captus ab hoſtibus. nunquam quoque fuit eius teſtamentum factũ irritum. Quomodo igitur poteſt teſtamentum filij cõfirmari lege Cornelia? Non enim conueniunt verba legis Corneliæ huic ſpeciei: quia non fecit hoc teſtamentum filius: ſed pater. Reſpondet ad hæc obiecta Iureconſultus, *Non incommode dicitur, hæreditatem eius ea lege Cornelia &c.* His verbis vſus eſt Iulianus, quod videretur id minime conuenire verbis legis Corneliæ. Atque ideo Iureconſultus in l.10.pater. §.ſi mortuo.ff. de capti. & poſtlim. reuerſ. daodam vtilem eſſe actionẽ ait, deficiente directa actione, propter vtilitatem. Sed tunc quidem id locum hsbet, vt Iulianus hic ait, *Si mortuo,&c.* Quid igitur fiet ſi viuo patre? Iuriſconſultus io dict. l. lex Cornelia. verſicul. *Si vero viuo patre, &c.* Alia, inquit, ratio impedit, ne lege Cornelia dicatur cõfirmata eſſe pupillaris ſubſtitutio, ſi mortuus ſit filius, qui erat in ciuitate: quia omnino ſunt bona patris, pater capit eius bona tanquam propria, præſertim hoc iure Digeſtorum, quo omnia ſunt patris.

Tertius caſos eſt in l.ſi pater.27.ff.hic. Sed intelligi poteſt ex iam ſuperius dictis. Ex bis facillime iotelligere poterimus quibus modis finiatur pupillaris ſubſtitutio. Ea bis prædictis naſcitur quæſtio tractata in l. penul.hic.ff. *Qui habebat filium,&c.* Species de qua cõſultus Scæuola hic ex facto, fuit huiuſmodi: Quidam habebat filium & filism impuberes, in ea ætate erant, vt poſſet eis fieri pupillaris ſubſtitutio à patre. Inſtituit filium hæredem, exhæredauit filiam: filio inſtituto, filiam ſubſtituit: filiæ exhæredatæ ſubſtituit etiam vxorem & ſororem ſuam. Subſtituit ei pupillariter, vt exiſtimo, & poſtea dicam, Si antequam nubilis eſſet, decederet: ita factum eſt teſtamentum, Teſtator inſtituit filium ſuum hæredẽ, ſubſtituit ei filiã exhæredatam: & filiæ exhæredatæ, ſubſtitoit vxorem ſuam cum ſorore. Deinde filia, quæ fratri ſuo ſubſtituta erat, deceſſit prior ante filiom: deinde filius, vxor cum ſorore, quę ſubſtitutę fuerãt huic filiæ petũt hæreditatẽ filij & filię. Quęritur ergo an ex iure ſubſtitutionis poſſint hereditatẽ filij? Probabiliter quidem de eo dubitatũ fuit. Quia vxor, quæ ſubſtituta eſt filiæ, videtur etiam ſubſtituta filio eſſe: quandoqoidem filiæ ſubſtituta filio fuit. Diximus enim in interpretatione l.cohæredi in princip. Tertium, qui ſubſtitutus eſt ſecũdo, videri etiã ſubſtitutus primo. Hinc vulgo dicitur, *Subſtitutum ſubſtituti mei, eſſe meũ ſubſtitutum.* l.ſi Titius.25.hic.ff.& §.ſed ſi inſtituto.de vulga.ſubſtit.in Inſtitutionib. In hoc caſu, in quo proponitur filia, quæ ſubſtituta erat filio, prior deceſſiſſe, dicitur non pertinere filij hæreditas ad ſubſtitutos filiæ. Eſt ſane hic locus valde difficilis. Vulgo dicitur, hoc Scæuolæ reſponſum eſſe intelligẽdum de ſubſtitutione pupillari. l.cohæredi.cuoi ſimil. de ſubſtitu.vulgari. In ſubſtitutione vulgari aiũt verum eſſe, Tertiũ, qui ſubſtitutus eſt ſecuodo, primo quoque ſubſtitutum videri: verum in hac pupillari ſubſtitutione, hoc dici haudquaquam poſſe. Rationem hanc adferũt, quia finita eſt ſecũda ſubſtitutio hoc caſu pubertate filiæ, cũ finita ſit ſubſtitutio popertate filię: nã filia prior pubes deceſſit, quomodo põt vxor & ſoror iure ſubſtitutioois admitti? Ecce lectio Florentina, & aliorũ veterum librorum, non conuenit huic interpretationi. Sic legitur in d.l.penult.in fin. *Cum filia impubes prior deceſſerit,&c.* Alij vulgares libri habent, pubes. Et Accurſius animaduertit hanc lectionem. inepta eſt tamẽ interpretatio huius loci Accurſij. Ecce, nõ dubito quin fuerit ſubſtit. pupillsris tam prima, quá ſecunda in hoc Scæuolæ reſpunſo, etſi quidam exiſtiment vnorem ſubſtitutam fuiſſe filiæ vulgari modo: exiſtimo pupillarẽ fuiſſe. Ibi, *Si antequam nuberet,&c.* Scio hæc verba ambigua eſſe. Poſſunt enim intelligi ſi aotequam nubilis eſſet ætatis. poſſunt etiam ad pſarum nuptiarum celebrationem referri, quomodo accipi io dubio debent. In l.ſancimus. Cod. de nupt. ſtatuit Iuſtinisnus quoties mentio fit nuptiarum, hæc verba referenda eſſe ad tẽpus, quo nuptiæ celebrantur. Sed conſtitutio Iuſtiniani tunc locum habet, cum appareat eum, qui hoc verbo vſus eſt, aliud ſenſiſſe. Spectanda eſt enim voluntas in ambiguis. At manifeſte apparet bsnc oon fuiſſe voluntatem teſtatoris, vt vulgariter ſubſtitueret. Nam proponitur filia exhæredata. Conſtitutio Iuſtiniani pertinet ad declarationem huios verbi, cum obſcura eſt & ambigua voluntas eius, qui hoc verbo vſus eſt. Dicendum igitur eſt de pupillari ſubſtitutione Scæuolam hic loqui. Sed cur reſpondit Scæuola iure ſubſtitutionis filij hæreditatem ad ſororem & vxorem non pertinere? Hoc reſpondit ſecundum ea, quæ proponebantur, quãuis in aliis exemplis ſubſtitutus ſecundo, ſubſtitutus eſſe primo intelligatur. in d.l.ſi Titius. loquitur Iureconſultus de ſubſtitutione vulgari, in qua ſubſtituti & inſtituti ſunt hæredes in eadem hæreditate. Vnus eſt ſobſtitutus cohæredi ſuo: deinde huic ſubſtituto alter eſt ſubſtitutus. & ait nihil referre vter prior deceſſerit. In d.l.cohæredi. loquitur de pupillaribus ſubſtitutionib. duabus, in quibus diuerſæ ſunt hæreditates. Pater, qui ſubſtituit pupillariter filio ſuo, facit teſtamẽtum filio de bonis filij, vel filiæ. Si teſtator ita diceret, *Si filius meus impubes deceſſerit, volo ei hæredem eſſe Titium, vel filiam: & ſi filia deceſſerit impubes, volo ei hæredem eſſe Seium,* diuerſæ ſunt hæreditates, & nulla ratio eſt cur ſubſtitutus vni intelligatur ſubſtitutus alteri. Hæc de ſubſtitutione pupillari. Iam videndum eſt de ſubſtitutione quaſi pupillari, quæ vulgo dicitur exemplaris ſubſtitutio.

De quaſi pupillari ſubſtitutione.

Cap. XVII.

HVius ſubſtitutionis quaſi pupillaris auctor fuit Iuſtinianus, vt ipſe teſtatur in §.qua ratione. de pupil. ſubſtitut. in Inſtitut. & ſatis apparet ex conſtitutione eiuſdem. de ea re in l.humanitatis. C.eo. In ea lege ibi, *Parentibus indulgemus.* his verbis ſignificat ſe id indulgere, quod ante permiſſum non erat. Ante Iuſtinianum non erat permiſſum ſubſtituere pauperibus prætextu infirmitatis alicuius. Non erat moribus receptum, vt filio iam puberi, qui teſtamentum facere non poterat, quia erat furioſus, prætextu furoris vel infirmitatis alicuius, pater ei facere poſſet teſtamentum.

Non

Non fuerant auſi veteres tam longe à præſcripto iuris publici & legum veterum recedere. Ius publicum non permittebat quem alij facere teſtamentum: ſed ſibi tantum. leg. 41. ex facto. hic. ff. Si hoc permiſſum fuiſſet, non erat opus vt id à Principe imploraretur. qui enim volebant aliis huiuſmodi perſonis teſtamentum facere, id ſolebant à Principe impetrare. Itaque ego dixi Digeſtis inſcriptum eſſe hunc titulum, de vulgari & pupillari tantum ſubſtitutione. Veteribus Iureconſultis erant tantum nota hęc genera ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris. Compoſitores Codicis inſcripſerũt de impub. & aliis ſubſtit. vt complecterentur omnes alias ſubſtitutiones, quæ Principum conſtitutionibus inductæ ſunt. Humaniter igitur hoc induxit Iuſtinianus, vt ſicut pater filiis ſuis impuberibus pupillariter ſubſtituere poteſt, quia in ea ætate ſunt, vt ſibi teſtamentum facere non poſſint: eadem ratione pater habens filium furioſum, qui propter furorem non poteſt facere teſtamentum, poſſit ei facere teſtamentum. vnde dicitur exemplo pupillaris ſubſtitutionis introducta eſſe. Qua ratione ſolitus ſum vocare, quaſi pupillarem ſubſtitutionem, cum alij eam exemplarem vocẽt. De hoc genere ſubſtitutionis nos ſummatim dicemus per locos communes.

Quis ſubſtituere poteſt hoc genere ſubſtitutionis quaſi pupillaris.

Cap. XVIII.

IVſtinianus ait in conſtitutione ſua, parentibus ſe induliſſe vt ſubſtituere poſſint filiis furioſis humanitatis cauſa. Et notandum eſt Iuſtinianum loqui de parentibus, & hoc intereſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem. Permittit Iuſtinianus non tantum patri, ſed etiam matri ſubſtituere filio ſuo furioſo, hoc genere ſubſtitutionis. & loquitur nominatim de matre, ibi, *Si quis vel quæ.* Deinde ibi, *Vt teſtatrici liceat.* Verba conſtitutionis Iuſtiniani manifeſte oſtendunt hoc non tantum patri, ſed etiam matri indultum eſſe.

Cœpimus diſſerere de ſubſtitutione quaſi pupillari. Docuimus quæ ſit cauſa & origo huius ſubſtitutionis. Deinde quis poſſit ſubſtituere hoc genere ſubſtitutionis. Et diximus parentibus licere ita ſubſtituere, ſine vlla parentum diſtinctione. Nam etiam matrem ſubſtituere poſſe filio dicitur. dict. leg. Humanitatis. Cod. de impub. & aliis. Solet quæri quænam ſit ratio diuerſitatis inter pupillarem ſubſtitutionem & hanc, de qua loquimur. Patri tantum licet ſubſtituere filio ſuo impuberi, *Si impubes deceſſerit,* vt diximus. Mater non poteſt ſubſtituere filio ſuo impuberi, *Si impubes deceſſerit.* Hoc igitur intereſt inter pupillarem ſubſtitutionem & hanc quaſi pupillarem. Ratio tamen diuerſitatis mihi videtur non ſatis vulgo nota eſſe. Ego ſupra admonui pupillarem ſubſtitutionem ortam eſſe ex interpretatione prudentum: non ex lege aliqua aut conſtitutione. Cum viderunt Iuriſprudentes permiſſum eſſe ſibi teſtamentum facere: ſibi hæredem inſtituere vel primo vel ſecundo gradu verbis legis, non autem alij teſtamentum facere: tamen induxerunt hoc genus ſubſtitutionis, ita vt legibus non viderentur aduerſari, quaſi pater faciens teſtamentum filio ſuo, quem habet in poteſtate, videatur quodammodo ſibi ipſi teſtamentum facere: quia pater & filius qui eſt in patris poteſtate, dicuntur pro vna perſona haberi. leg. vltim. Codic. hoc titul. Hic eſt ortus pupillaris ſubſtitutionis, vt diximus ad leg. 2. hic. ff. Veteres Iureconſulti, quorum erat munus ius interpretari, non autem nouum ius condere, non fuerunt auſi quicquam contra leges inducere aperte. Contrarium hoc autem fuiſſet publicis legibus, ſi matri permiſſum fuiſſet teſtamentũ facere filio ſuo. nõ enim hoc dici poteſt de matre, quia mater non habet filios in ſua poteſtate ſicut pater. At Iuſtiniani maior fuit auctoritas, quam Iuriſconſultorum. Hæc igitur ſubſtitutio, quam vocamus quaſi pupillarem, ortum habet ex Iuſtiniani conſtitutione, quæ lex eſt, quæque legis auctoritatem & vim habet. Non eſt veritus Iuſtinianus, ne contra leges aliquid induceret: néve ob id reprehenderetur quod contra leges veteres aliquid conſtitueret. non enim eam auctoritatem habebãt Iureconſulti, quam Iuſtinianus ipſe, qui Princeps & Imperator fuit. Spectauit ergo Iuſtinianus quod credidit expedire. Ideóq; conſtituit aperte, vt liceat parentibus ſi filios furioſos habeant, eis teſtamentum facere, nec diſtinxit patrem à matre. Inde quæritur, quid ſi vterque parens velit facere teſtamentum filio, velitque ſubſtituere filio hoc genere ſubſtitutionis, hoc eſt tam pater quam mater? Lex quidem ait permiſſum eſſe parentibus, hoc eſt non ſolum patri, ſed etiam matri: ſed quæritur, an vtrique teſtamentum facere permittatur, & ſi ab vtroque teſtamentum erit factum, vtrum potius obtinere debeat? Verba cõſtitutionis hic deficiunt, & forte non venit in mẽtem Iuſtiniano cum hanc conſtitutionem ederet. cum verba conſtitutionis hic deficiant, confugiendum eſt ad legem communem & rationem iuris. Nos igitur ſpectamus quod rationi iuris conſentaneum eſt, & probabilius videtur patris teſtamentum præferri, niſi forte in ſuis bonis mater ſubſtituat. Hac ratione minus recedimus ab exemplo pupillaris ſubſtitutionis: nam in pupillari ſubſtitutione prior eſt cauſa patris, quam matris. non enim licet matri ſubſtituere filio ſuo impuberi pupillariter. Præterea ſalubrius ſemper habendum eſt patris, quam matris cõſilium in rebus filij. Argumentum ducitur ex l. 1. & 2. ff. de confir. tut. ibi patri filio ſuo tutorem teſtamento dare licet, ſine vlla diſtinctione ſimpliciter, adeo vt nulla inquiſitio neceſſaria ſit in eum tutorem, qui datus eſt à patre teſtamẽto, ſed mater filio ſuo dat tutorem teſtamento ſuo, inquiritur in mores tutoris ab ea dati, & alia omnia quæcunque videntur neceſſaria ad tutelam adminiſtrandam, nec recipitur ſine inquiſitione is tutor.

Cui ſiat hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio.

Cap. XIX.

HOc ſatis demonſtrat cõſtitutio Iuſtiniani, quæ interpretamur. Conſtitutio Iuſtiniani aperte ... ſtendit liberis ita ſubſtitui. Omnibus liberis parentes ſubſtituere poſſunt hoc genere ſubſtitutionis, veluti, filiis, nepotibus, pronepotibus. hi enim omnes continentur liberorum appellatione: & hoc intereſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem: quia ſubſtitutio pupillaris ad eos tantum liberos pertinet, qui ſunt in poteſtate eius qui teſtamentum facit. At hic non requiritur vt ſint in poteſtate. Argumẽtum eſt quod matri licet facere teſtamentum liberis, quos tamen non habet in poteſtate. Sed quæritur an non tantum legitimis ſubſtituere liceat, ſed & naturalibus. De adoptiuis non eſt dubitatio: quia ſubſtitutio pupillaris fit adoptiuis, ſicut legitimis, ſed de naturalibus tantum dubitari poteſt. Variæ ſunt opiniones, ſed exiſtimo naturalibus tantum nõ poſſe ſubſtitutionem fieri, de qua hic diſſerimus. Mouet me quod hæc ſubſtitutio quaſi pupillaris ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris inducta eſt, & in omnibus ſequimur hoc exemplum: niſi quatenus aliquid aperte exceptum reperitur. Excepta vero quædam reperiuntur conſtitutione Iuſtinian. & aliis locis: ſed vbi nihil exceptum reperitur. Dicen-

dum eſt nos ſequi debere hoc exemplum, quia aperte dicitur exemplo ſubſtitutionis pupillaris inductam eſſe. Quæritur etiam de impubere, an impuberi liceat ita ſubſtituere? Sunt qui contendant non licere: ſed licere tantum ſubſtituere hoc genere ſubſtitutionis filio impuberi, & ſuem opinionem his leuibus argumentis aut potius nugis tuentur. Inquiunt, vbi eſt ordinarium remedium, nõ admittitur extraordinarium. Ego breuiter dico, etiam filio impuberi ſubſtitui poſſe hoc genere ſubſtitutionis. Id ſatis oſtendit Iuſtinia. in Inſtit. §. qua ratione. de pupil. ſubſtit. vbi ait licere ſubſtituere filiis mente captis, etſi puberes ſint. Cum ait licere ſubſtituere, etſi puberes ſint, manifeſtè oſtẽdit etiam impuberibus ſubſtitui poſſe. perinde eſt enim ac ſi diceret, non tantum impuberibus licere ita ſubſtituere: ſed etiam puberibus. Præterea hac ratione ego moueor: quia alias non ſatis conſuleretur filio niſi quoque in hunc caſum ſubſtitutio fieret. Ponamus eundem & furioſum & impuberem eſſe. Si pater ſubſtituat in hunc caſum, *Si impubes deceſſerit*: hoc caſu expreſſo, non ſatis ei conſuletur, quia forte decedet in ea infirmitate, vt non poſſit ſibi teſtamentum facere. Hoc igitur genus ſubſtitutionis nõ tantum neceſſarium eſt & vtile filio impuberi: ſed etiam puberi. Nam hoc remedium pupillaris ſubſtitutionis nõ ſatis plenum eſt, atque ideo nugatorium eſt, quod dicitur non eſſe locum extraordinario remedio, cum ordinarium remedium eſt, magiſque nugatorium eſt, quod adducunt ex leg. qui habet. ff. de tut. Alia eſt quæſtio, an filius patri furioſo ſubſtituere poſſit? variæ opiniones ſunt de hac re. Sed exiſtimo filiũ patri furioſo ſubſtituere nõ poſſe. Lex de liberis tantũ loquitur. Lex permittit tantũ liberis ſuccedere nõ etiã parẽtibus. Cõſtitutio hęc nõ permittit ſubſtituere parẽtibus. nec eadẽ eſt ratio. Si quis forte dicat eandẽ eſſe rationẽ, vt plerique dicunt, indecorum eſt, vt ait Iureconſultus in leg. 12. his qui in ea cauſa. ff. de tut. datis ab his. patrem à filio regi. Dubitatum enim fuit, an filius patri furioſo curator poſſit dari? Videbatur indecorum eſſe patrem à filio regi, cum filius contra à patre potius regi debeat, ideo vix tandem receptum eſt, vt curator daretur filius patri furioſo, quod tandem obtinuit dict. leg. his qui in ea cau- & leg. 1. de cura. furio. cum hoc non niſi neceſſitatis tdam cauſa receptum ſit propter adminiſtratio- n bonorum patris. Ratio non permittit, vt dicamus im poſſe patri ſuo furioſo ſubſtituere hoc genere ſtitutionis: nam teſtamenti factio publici iuris eſt. idem dici poteſt de teſtamenti factione, quod de onorum adminiſtratione. Non quiſquis adminiſtrare poteſt bona, is poteſt facere teſtamentum. Teſtamenti factio eſt iuris publici, ita vt non poſſit filiusfamilias, qui eſt in poteſtate patris facere teſtamentum, etſi pater ei permiſerit. leg. qui in poteſtate. 6. ff. de teſtam. Ex his apparet probabilem eſſe hanc opinionem. In primis conuenit verbis legis, quæ loquitur de liberis, non de parentibus. Conſentanea eſt etiam rationi. indecorum eſt enim à filio patrem regi. Præterea nos mouere debet exemplum pupillaris ſubſtitutionis. parentes ſubſtituunt filiis pupillariter, non filij parentibus. Cum ergo quæritur, cui hæc ſubſtitutio fiat: dicendum eſt liberis tantum fieri. Addendum eſt liberis furioſis aut mente captis, vt ante diximus, atque ita loquitur conſtitutio Iuſtiniani in dict. leg. humanitatis. quia filius, qui furore corripitur, non poteſt ſibi facere teſtamentum. humanitatis cauſa indultum eſt, vt pater ei facere poſſit teſtamentum, collata inſtitutione in id tempus quo deſierit demens aut mente captus eſſe. Idem dicendum eſt de alio quocunque vitio, vel morbo, propter quem morbum, vel vitium non poteſt facere teſtamentum filius. Exemplum eſt ff. hoc tit. in l. ex facto. de muto. liberis ergo ſubſtituere licet, qui propter morbum, aut vitium, non poſſunt ſibi teſtamentum facere. & intelligitur hoc cùm morbus eſt perpetuus, vel vitium ſine intermiſſione & ſine interuallo eſt. & ita loquitur conſtitutio Iuſtiniani, vbi otioſum non eſt quod ait, perpetuo. Nam ſi habeat furoris intermiſſionem, non permittitur patri ei ſubſtituere, quia poteſt in eo interuallo ſibi teſtamẽtum facere furioſus. l. furioſum. Cod. qui teſta. face. poſſunt. Quod dicitur de furioſo & mente capto, an ad prodigum pertineat, quæritur? Et puto eandem eſſe rationem, & cauſam prodigi. Ecce ſpectare debemus id quod ego ſupra admonui, cur inducta ſit hæc ſubſtitutio. Permiſſum eſt vt pater faciat teſtamentum liberis ſuis, qui non poſſunt ſibi teſtamentum facere propter morbum, aut vitium. At eadem eſt ratio prodigi, cui bonis interdictum eſt, nam ne is quidem ſibi facere poteſt teſtamẽtum, vt diximus ſupra in l. is qui. de teſtamentis. Et præterea furioſo ſimilis eſt: & furioſus dicitur à Iureconſultis, quod ad bonorum adminiſtrationem attinet, leg. is, qui. §. Diuus. ff. de tutor. & curat. datis ab his, vnde dicitur nullam eſſe eius voluntatem. l. furioſi. ff. de reg. iur.

Quomodo fiat hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio.

Cap. XX.

Formula huius ſubſtitutionis facile concipi poteſt exemplo pupillaris ſubſtitutionis. Diximus ad ſimilitudinem pupillaris hanc comparatam eſſe. ergo ſi quis intellexerit rationem concipiendæ pupillaris ſubſtitutionis, facile etiam poterit hanc ſubſtitutionem concipere. Diximus ita concipi formulam pupillaris ſubſtitutionis, *Si filius impubes deceſſerit* collata inſtitutione in id tempus, quo pubes erit: quo tempore poterit ſibi teſtamentum facere. Sic etiam poteſt concipi hæc ſubſtitutio, *Si deſierit demens eſſe*, collata inſtitutione in id tempus, quo factus erit ſanus, ita vt teſtamentum ſibi facere poſſit: nam teſtamenti factio non adimenda eſt homini ſanæ mentis, vt dicitur in leg. ex facto. 43. in prin. verſic. etenim iniquum, &c. hic. ff. Poterit & aliter concipi. nihil etenim refert quomodo concepta ſit, modo verba idem ſignificent, & ad eundem finem tendant. Cætera quę hic obſeruanda ſunt, facile intelligi poſſunt ex his quæ diximus in ſubſtitutione pupillari. Quæcunque conſtituta reperiuntur de ſubſtitutione pupillari, ad hoc genus ſubſtitutionis pertinẽt, niſi ſi quid nominatim exceptũ reperiatur, & quęcunque diximus de ſubſtitutione pupillari ſupra ex l. 2. ff. hoc tit. quę omnia hic pro repetitis habẽda ſunt. illud proprium eſt huius ſubſtitutionis, quia non licet quemuis ſubſtituere, non licet filio furioſo, vel mente capto, quemlibet ſubſtituere, forte extraneum. Expreſſum eſt Iuſtiniani conſtitutione, quis ſubſtituendus ſit. Si forte filios habebat filius furioſus, ſubſtituendi erunt filij: ſi non habeat filios, ſed fratres, hi fratres ſubſtituendi erunt. At licet ſubſtituere filio impuberi etiam extraneum: hoc igitur intereſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem, quod cum pater ſubſtituit filio ſuo impuberi, *Si impubes deceſſerit*, ſubſtituere ei poteſt quemlibet etiam extraneum. Hic autem extraneus non ſubſtituitur, ſi ſint vel filij deſcendẽtes ex eo, cui ſubſtitutio fit, vel etiam fratres. Sed quæritur quid ſi is, cui fit ſubſtitutio, filios habeat furioſos, aut mẽtes, an eos ſubſtituere liceat? Iuſtinian⁹ prima facie videtur ſignificare in d. l. humanitatis. ad fi. his verbis, *Sin vero etiã liberi teſtatori, vel teſtatrici ſint ſapiẽtes, &c.* non poſſe ſubſtitui ſapientes: non ſimpliciter dicit ſubſtituendos eſſe filios mente captos, vel fratres: ſed

ſi ſani

Digitized by Google

ſi ſani ſint. Sed hoc mihi videtur perabſurdũ eſſe, ideo nõ eſt credendũ ita ſenſiſſe Iuſtinianũ. nec argumentum à cõtrario ſenſu recte ducitur ex his verbis: quod ſi deſcendẽtes ex eo ſapiẽtes nõ fuerint, eos ſubſtituere non licere. Sed ideo videtur Iuſtinianus hæc verba adiecisse, quia in initio conſtitutionis ait ſe indulſiſſe parẽtibus, vt ſi liberos habeãt furioſos, eis ſubſtituant. Deinde cum dicit ſi ſapientes ſint: his verbis videtur potius ſignificare non ſubſtitui iis, qui ſapientes ſint, ſed eos potius ſubſtitui. Si quis habeat filiũ furioſum, nepotem autem ſanę mentis ſubſtitui filio, non etiam nepoti. Nam ex hoc argumẽto quod duci ſolet ab aliis à contrario ſenſu conſequitur abſurdum. Hic etiam quæritur, an ſit neceſſaria inſtitutio filij, an vero ſufficiat exhæredatio, vt valeat hęc ſubſtitutio, an idem dicemus quod de ſubſtitutione pupillari? Subſtitutio enim pupillaris fit filio, etiam exhæredato. leg. 1. & 2. hic. ff. Vulgo dicitur non idem eſſe dicendum propter verba conſtitutionis. Ait enim Iuſtinia. *Liceat iiſdem legitima portione eis, vel eis relicta, &c.* Nõ ergo licet hoc genere ſubſtitutionis aliter ſubſtituere filio, quam ſi legitima portio ei fuerit relicta. Ego tamẽ puto etiam exhæredato filio ita ſubſtitui poſſe, nec quicquam intereſſe inter ſubſtitutionem pupillarem, & quaſi pupillarẽ in hac re. Non me mouẽt dicta verba conſtitutionis, cũ ait Iuſtinianus relicta legitima portione, &c. Iuſtinianus hoc adiicit eſſe relinquendam legitimam, non quod ſimpliciter id ſit neceſſe, ſed quod alias rũpi poteſt teſtamentum per querelã inofficioſi teſtamẽti, & per cõſequens ſubſtitutio euaneſcit. Hoc volt Iuſtinia. ne contingat teſtamentum ſubuerti per querelam inofficioſi. Id verba ſequentis ſatis oſtẽdunt, ibi, *Querela nulla contra teſtamentum, &c.* Si ſimpliciter ita dixiſſet, probabilis eſſet hæc opinio: ſed quia ſubiicit, quorſum id dixerit, nempe ne rumpatur teſtamentum querela, hæc opinio conſiſtere non poteſt. Eſt ſimile quod dicitur in l. motibus. ff. de vulg. & pup. cum loquitur de nepotibus, ait oportere inſtitui vel exhæredari nepotes, & tamen ſubſtitutio valet pupillaris, etſi fuerint exhæredati vel præteriti: ſed ideo id dicit, quia conſultius eſt eos exhæredare vel inſtituere, ne rumpant teſtamentum, ſi ſuccedant in locum patris.

De effectu quaſi pupillaris ſubſtitutionis.

Cap. XXI.

EFfectus huius ſubſtitutionis, ſimilis eſt pupillari ſubſtitutioni. pauca quædam excipiuntur, quæ diximus de effectu pupillaris ſubſtitutionis: ad hãc ſubſtitutionem quoque producenda ſunt, quæ exẽplo pupillaris ſubſtitutionis comparata eſt. Vnde ſicut pupillaris ſubſtitutio, quæ facta eſt ſub hac conditione, *Si impubes deceſſerit*, finiebatur pubertate: ita etiam hęc ſubſtitutio finitur morbo, aut vitio deſinente, propter quem morbum, aut vitium non poterat facere teſtamentum is, cui facta eſt hæc ſubſtitutio à patre. Id dicitur aperte in conſtitutione Iuſtiniani, ibi, *Si reſipuerit, &c.* Præterea finitur hæc ſubſtitutio ſuſceptis liberis ab eo, cui ſubſtitutio facta eſt. l. 43. ex facto. hic. ff. Ait Paulus in eo reſcripto, de quo ibi mentio eſt, intelligẽdum eſſe, ſuſceptis poſt ſubſtitutionem liberis, à filio euaneſcere ſubſtitutionem. Eſt enim, inquit, credibile Principem qui permiſit patri facere teſtamentũ filio ſuo, & ſubſtituere ei, ita ſenſiſſe niſi ſuſceperit liberos, qui hæredes eſſe poſſint. Ex quo quidã annotant, & idem aiunt dicẽdum eſſe in pupillari ſubſtitutione, ſi forte contingat, quod rarum eſt, impuberem liberos ſuſcipere, nam & id aliquando accidit. Credibile eſt eos, qui fuerunt auctores huius ſubſtitutionis, nõ tantũ ad id reſpexiſſe, quod diximus, quia teſtamentũ facere nõ poteſt: ſed quod liberos procreare non poteſt: ſed quis poteſt interdũ liberos procreare, præſertim ſi adiutorẽ habeat: tunc euaneſcere ſubſtitutionẽ aiunt. Eſt locus communis de interpretatione reſcriptorum principalium. Beneficia à Principe cõceſſa, ſi quid dubitationis habent, interpretari debere ſecundum ius commune. Exemplo Pauli in hoc reſponſo. Quæritur an de naturalibus tantum liberis poſſit etiam hoc intelligi, an ſubſtitutis naturalibus tantum liberis, non etiam legitimis euaneſcat hæc ſubſtitutio? Variæ ſunt opiniones: ego dicã breuiter quod mihi videtur probabilius eſſe. Exiſtimo tantũ de legitimis hoc accipiẽdum eſſe. Cũ lex loquitur de liberis, ea debet accipi de legitimis liberis, nõ etiã de ſpuriis. l. generaliter. §. vlt. de inſt. ſub condit. fact. C. Cũ quis reſtitui iubet hæreditatem ſub cõditione, *Si ſine liberis deceſſerit*: hoc accipiendũ eſt de liberis iuſtis. l. cum ſuus 10. de condit. & demonſtrat. ff. Qui diſſentiũt ducũt argumentũ ex d. l. ex facto. 43 ff. hic. Aiunt quod furioſus nullos habere poteſt liberos, niſi naturales tantũ: furioſus enim non poteſt vxorem ducere. Ergo cum dicimus ſuſceptis liberis euaneſcere hanc ſubſtitutionem, neceſſario eſt intelligendum de liberis naturalibus tantum. Sed hoc argumentum eſt nugatorium. Paulus primum in d. l. ex facto. loquitur de muto. Propoſitum eſt ei, patrem impetraſſe à Principe, vt muto poſſet ſubſtituere. Mutus poteſt contrahere matrimonium. cap. cum apud. de ſponſa. Idem eſt in furioſo. Furioſus quidem non poteſt vxorem ducere: ſed fieri poteſt vt ex ea vxore, quam duxit ante furorem, poſtea liberos habeat. nam furor interueniens matrimonium non dirimit. l. patre furioſo. ff. de his, qui ſunt ſui, vel alieni iur. Hactenus de ſubſtitutione quaſi pupillari. ordo poſtulat, vt de ſubſtitutione militari nunc dicamus.

De ſubſtitutione militari.

Cap. XXII.

EST quartum genus ſubſtitutionis permiſſum militibus, quod ideo ſubſtitutio militaris à nobis dicitur. Hæc ſubſtitutio fit à milite extraneo, qui ei heres exiturus eſt. l. miles etiã. 5. ff. de militari teſtamẽto. Et fit hæc ſubſtitutio non iure cõmuni ſed priuilegio militum. aliis non licet extraneo ſubſtituere qui heres ſit exiturus. Paganus poteſt quidem ſubſtituere filio ſuo, etiam ſi exiturus ſit hæres: extraneo non poteſt, ſi exiturus hæres ſit. Si non erit hæres, poteſt ſubſtitui. nam poteſt ſubſtitutio fieri in hunc caſum, *Si hæres non erit*. Sed ſi hæres erit, non poteſt ſubſtitui. d. l. 5. ff. de milit. teſtam. Miles ergo ita ſubſtituit, *Si Titius heres erit, Seius heres eſto.* Et nõ tantũ hoc caſu: ſed alio etiã, *Si heres non erit, aut quandocunque deceſſerit*. conferẽdo ſubſtitutionẽ in tẽpus mortis eius, Si deceſſerit intra 25. annum, vel ſimpliciter. Poſtquam deceſſerit, etiam ſi fuerit heres, etiam ſi adierit hæreditatem, nihilominus teſtator valt alterum hæredem eſſe poſt eius mortem. & hoc eſt quod dicitur in ſecũdum caſum factam eſſe ſubſtitutionem. l. precib. C. de impub. & aliis ſubſtit. Secundus caſus eſt, caſus mortis. Sed cur hoc genus ſubſtitutionis non eſt permiſſum paganis, qui milites nõ ſunt? Subtilitas iuris hoc non patitur. nõ licet enim paganis ad tempus, vel ex tempore hæredẽ inſtituere: militibus autem hoc licet. l. hæreditas. 34. ff. de hæred. inſtit. & l. miles ita hæredem. 41. ff. de milit. teſta. §. miles. Inſt. eo. Sicut videbatur militi permittendũ eſſe. vt ex certis rebus hæredẽ habeat. l. ex facto. 35. ff. de hæredib. inſti. quod nõ licet paganis. Subtilitas iuris refragatur huic ſubſtitutioni, quia qui ſemel heres eſt, nõ põt

deſinere hæres eſſe. l. qui ſoluendo. 58. ff. de hære. inſtit. l. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor. & §. reſtituta. de fideicom. hæredit. in Inſtit. Alias diximus multas ſubtilitates obſeruari in teſtamentis priuatorum, quæ remittuntur & relaxantur in militum teſtamentis. Fere ius gentium ſequimur in teſtamentis militum, neglectis iuris ciuilis ſubtilitatibus, & ſolennitatibus, cuiuſmodi hæc ſunt. Subſtitutio igitur facta à pagano verbis ciuilibus & directis, poſt pubertatẽ, & poſt aditã hæreditatẽ, nõ valet, vt dicitur in l. verbis ciuilibus. 7. hic. ff. Idẽ dicitur in §. vlt. de pupil. ſubſtit. in Inſtit. Valet tamen ea ſubſtitutio, vt poſtea dicemus, quatenus eſt pupillaris: vt ſi fiat filio impuberi, *Filio meo impuberi ſi deceſſerit intra 25. annum, vel quandocunque deceſſerit, Titius hæres eſto.* Pupillaris continetur his verbis. Qui enim ſubſtituit ſub hac conditione, ſi deceſſerit intra 25. annos, ſubſtituit etiam ſi deceſſerit intra 14. nã minor numerus maiori continetur: alias hæc ſubſtitutio nullũ effectũ haberet. Sed cur dicit, verbis ciuilibus? Quia verbis precariis poteſt ſubſtituere poſt 14. annũ filio, & poſt aditã hæreditatem. cuiuis pagano etiam hoc licet. l. cohæredi. §. cum filiæ. hic. ff. Primum cum ſubſtituit filio poſt pubertatẽ verbis fideicommiſſi, ea res filio non obeſt, nec vlla iuris ratio repugnat. ſubſtituit enim tantum in ſuis bonis teſtator. Si ſubſtitueret in propriis bonis filij, iniuria fieret impuberi: nec etiam poteſt dici hoc repugnare iuris ſubtilitatibus. veluti, quod dicitur non poſſe priuatum habere ad tempus, vel ex tempore hæredem: quia fideicõmiſſarius nõ eſt hæres. Ego autem docui ſæpe, quæ ſint verba ciuilia. Verba ciuilia dicũtur à iure ciuili, & diſtinguũtur à precariis ab Vlpiano in tit. de fideicom. in Inſtit. Aliis verbis, quam ciuilibus, olim non licebat hæredem inſtituere. nec dubitandum eſt, quin ſubſtitutio ſit in fideicõmiſſo, idq; ſatis docui ſupra. Quidã eruditi in hoc tractatu exiſtimãt ſubſtitutionem recte dici de fideicõmiſſo. Ego docui in hoc tractatu de ſubſtitutione hæredis tantum agi, quamuis appellatione ſubſtitutionis contineatur ſubſtitutio fideicõmiſſaria. Cũ igitur hoc proprie & ſpecialiter conceſſum ſit militibus, vt directo & verbis ciuilib. ſubſtituãt extraneis, qui exituri ſunt hæredes, merito militaris dicitur. Quo modo fiat hęc militaris ſubſtitutio ſupra docui. Docui autẽ dupliciter fieri. Aliquãdo fit tẽpore expreſſo. l. cẽturio. 15. hic. ff. fit etiã compẽdio ſermonis, quo modo multa tempora comprehenduntur: veluti, *Titius hæres eſto*, perinde eſt ac ſi ita dixiſſet teſtator, Siue deceſſerit intra pubertatem, ſiue poſt pubertatem, ſiue deceſſerit ante aditam hæreditatem, ſiue poſt aditam. & ſic intelligendum eſt quod dicitur Codic. de impub & aliis. in l. precibus. ibi, *vel compendio, &c.* ita eſt legendũ, nõ cõpẽdioſa. Tolerabilius eſset ſubſtitutionem militarem diuidere in eam, quæ fit compẽdio, & eam, quæ fit expreſſis formulis. Nonnulli autem eam, quæ fit compendio, conſtituunt quintam ſpeciem. Ex his intelligitis, quæ ſit hæc ſubſtitutio, quomodo fiat, à quo fiat, & cui fiat. Nunc de effectu huius ſubſtitutionis aliquid breuiter eſt dicendum, & ſummatim.

De effectu militaris ſubſtitutionis.

Cap. XXII.

PRæcipuus effectus huius ſubſtitutionis colligitur ex l. centurio. 15. ff. hic. Ibi proponitur miles centurio directo ſubſtituiſſe filio ſuo, ſi intra 25. annum ſine liberis vita deceſſerit. In qua ſpecie Cẽturio tempus exceſſit 14. annorum. Vnde videtis aliter eum ſubſtituiſſe, quam iure permiſſum ſit, l. verbis ciuilibus. 7. ff. hoc titul. Non dico ſubſtituiſſe verbis fideicommiſſi, quod cuiq; licet, ſed directo. Quæritur ergo quis ſit effectus huius ſubſtitutionis, an ſubſtitutus bona ex hac ſubſtitutione, & quæ bona capere debeat? Diſtinguit Iuriſcon. an filius, cui teſtator ſubſtituit, deceſſerit intra 14. annos, an vero poſt 14. annos. Si deceſſerit intra quatuordecim annos, tũc dicitur locus factus eſse ſubſtitutioni pupillari. His .n. verbis cõtinetur ſubſtitutio pupillaris. Cum enim miles ſubſtituit filio ſuo impuberi, ſi deceſſerit intra 25. annum, intelligitur etiam ſubſtituere intra 14. annũ: nõ tantũ capiet bona militis, ſed etiã bona filij, tãquã ex pupillari ſubſtitutione, per pupillarẽ ſiquidẽ ſubſtitutionem ſuccedit filio in bonis filij, vt ſupra admonui. *Quod ſi deceſſerit poſt decimumquartũ annũ?* Si filius in hac ſpecie deceſſerit poſt 14. annũ, ſubſtitutus nõ capiet bona filij: ſed capiet bona patris tantum. Quod dicitur permiſſum eſſe militi poſt pubertatem ſubſtituere licere, id eſt accipiẽdum in bonis teſtatoris, non filij, hoc eſt expreſſum in l. milites etiam, & l. miles ita hæredem. 41. §. exhæredato ff. de milit. teſta. Ratio eſt, quia priuilegium conceſſum militibus intelligitur conceſſum abſque alterius incõmodo & iniuria. Priuilegia enim ita cõceduntur militibus, vt ius alterius nõ lædãt. l. cũ filiusfam. 28. ff. de milit. teſta. At hic fieret iniuria impuberi, ſi liceret militi in bonis filij poſt pubertatem ſubſtituere, & bona eius ſubſtitutus caperet. auferret enim filio facto puberi liberam teſtamenti factionem. l. 41. ex facto. hic. ff. Subſtitutione pupillari conſulitur pupillo, quia confertur in caſum, quo deceſſerit impubes, ſcilicet in ea ætate in qua non poſſit ſibi teſtamentum facere. Ait Papini. in d. l. Centurio. in fin. *Cum fructibus inuentis in hæreditate, &c.* De quibus tamen fructibus hoc intelligẽdum ſit, non exprimit, nec etiam neceſſe fuit reſpondẽti ex facto. Sumptum eſt hoc caput ex libro reſpon. Papiniani. & certum eſt cõſultum fuiſſe ex facto Papinianum. Itaque ſic accipi debent hæc verba, *Cũ fructibus*, id eſt de quibus me conſuluiſti. Fuerat ex propoſitum quoſdam fructus inuentos fuiſſe in hæreditate. hoc teſtator prædia & poſſeſſiones habebat: ex his fructus quoſdam percepit ante mortem ſuam. hi fructus inuenti ſunt in hæreditate. Dubium non eſt quin eos fructus capiat ſubſtitutus, reperiũtur enim in patrimonio teſtatoris. Sed de fructibus qui percepti ſunt iacente hæreditate, magna eſt quæſtio. Sed videtur idem dicendum eſſe de fructibus perceptis etiam mortuo teſtatore, qui percepti ſunt iacente hæreditate, vel quos percepit hæres. Mouet me quod Papinianus ait, *Bona patris capiet.* Si hæc verba intelligantur de fructibus perceptis ante mortem teſtatoris, quid opus erat adiicere cum fructibus perceptis? Nam certum eſt fructus perceptos ante mortem teſtatoris eſſe in bonis teſtatoris. Sufficiebat dicere bona patris eum capere propter priuilegium militum. Et hoc magis admittẽdum eſt in interpretatione reſponſorum Papiniani, in quibus vix eſt vlla litera, quæ neceſſaria non ſit. nihil enim omnino demi poteſt ex reſponſis Papiniani, quin dematur ex ſententia ipſa. Hoc ego in Papiniani ſcriptis ſemper obſeruaui. De eo autem dubitatur, propterea quod huiuſmodi fructus in reſtitutionem fideicommiſſariam non veniunt. l. in fideicommiſſariam. 18. ad ſenatuſcon. Trebel. §. iubemus. Codic eodem. niſi poſt moram hæredis, ſi teſtator iuſſerit per fideicõmiſſum reſtitui prædium aliquod, in hanc reſtitutionem omnino veniunt fructus medio tempore percepti: niſi in caſibus exceptis. Vnde videtur hic idem dicendum eſſe. Sed dicendum eſt Papinianum hic nõ loqui de fideicommiſſaria reſtitutione, ſed de hæreditate, quę iure directo defertur ſubſtituto. Alia eſt autem cauſa fideicõmiſſariæ reſtitutionis, in quã nõ veniũt huiuſmodi fructus. Sed hi omnes fructus debẽtur ſubſtituto cui

directo

directo hæreditas defertur. Hinc obitet obſeruanda eſt differentia ſubſtitutionia directę & fideicommiſſariæ, cuiuſmodi aliæ multæ differentiæ reperiuntur. In fructibus perceptis inter ſubſtitutionem directam & fideicommiſſariam differentia eſt. Differentia etiã eſt, quod ex lege Falcidia detrahitur quarta pars per Senatuſconſultum Trebellianum, de fideicommiſſo. Sed cum hæreditas defertur lubſtituto, iure directo, nõ iure fideicommiſſi capit ea bona ſine vlla diminutione. Senatuſconſultum Trebellianum ad ſubititutionẽ hęreditatem directam non pertinet. l. 1. ff. ad Senatuſcon. Trebel. & de fideicom. hære. in Inſtitutis. Et bodie etiam ex teſtamento militum locus eſt leg. Falcidię nouo iure. Nouel. Iuſtiniani de hæred. & falcid. quamuis veteribus legibus cautum ſit in militum teſtamento falcidiam ceiſare. Conſtituit Iuſtinianus in ea Nouella cõſtitutione, quod voluit in omni cauſa velle obſeruari, etiam miliari. Et certum eſt eum malta cõſtituiſſe de quarta detrahenda ex lege Falcidia. Ergo dicẽdum eſt budie in teſtamento militis locum eſſe legi Falcidiæ. Alia differẽtia eſt, quia hæres qui ſuccedit directo, ipſe bona capit, nõ petit ab alio. l. cũ hæredes. ff. de acquit. poſſ. Ipſo iure omnia bona hæreditaria in hæredem transferuntur. Sed fideicommiſſarius petit ab hærede, ipſe non capit auctoritate ſua: ſed petit ab hærede, qui adhuc hęres manet. §. reſtituta. Inſtit. de fideicommiſſ. hæredit. Hoc tamen non ita accipiendum eſt, vt hæres qui directo ſaccedit, bona, quæ ab alio poſſidentur, inuadere & adimere poſſit, neceſſe eſt enim vt iudicio petitotio agat. Nemini licet ias ſibi dicere. leg. extat. ff. de eo quod met. cauſ. leg. ſi quis in tantam. Cod. vnde vi. Præterea fideicommiſſarius iura hæreditaria non babet omnimodo, plerunque habetur loco hæredis: ſed per omnia non eſt habendus hæres. Vnum exemplum eſt in leg qui hæredi. 43. §. cum hæreditas. ff. de conditio. & demonſtrat. Adiecta eſt conditio legato, Si *decem hæredi dederit*, dando fideicommiſſario, non videtur conditioni paruiſſe. Nos igitur dicimus in hac ſpecie, directo hæredem eſſe admittendum ad hæreditatem iure directo: non autem iure fideicommiſſi. Dubium non eſt, quin boc ſit priuilegium militum, vt poſſit ex tempore & ad tempus hęredẽ habere etiam directo: non dico iure fideicommiſſi, quia hoc eſt commune omnibus etiam paganis. Quid igitur prohibet nos dicere, iure directo ſubſtitutum ad bona teſtatoris admitti? Sed opponitur huic ſententiæ lex, precibus. Cod. ne impub. & aliis ſubſtit. Ego breuiter ſpeciem recitabo. Mulier quædam adiit Diocletianum Imperaturem, cui expoſuit maritam quondam ſuum militem feciſſe teſtamẽtum, & in eo inſtituiſſe filiam communem, & ei ſubſtituiſſe alium. Quærebat hæc mulier ab Imperatore, an ſubſtitutus iure peteret ab ea bona, quæ ipſa poſſideret. Ego, inquit, bona poſſideo quæ ſubſtitutus à me petit. Quæro an iure à me petat? Exponebat tãtum defunctum teſtatorem militem feciſſe teſtamentum, inſtituiſſe filiam, & alierum ei ſubſtituiſſe. Diocletianus, quia videt non ſatis expoſitã eſſe ſpeciem ab hac muliere: non enim apparebat ex ſubſtitutione prupoſita in quẽ caſum ſubſtituiſſet teſtator, an in primum, an in ſecundũ, & quomodo ſubſtituiſſet: dicit, *Apertius, &c.* & diſtinctione vtitur quæ eſt obſeruatione digna. Nam multum intereſt an teſtator in primũ caſum, an in ſecundum ſubſtituerit. In primum, Si *hæres non erit*: in ſecundum caſum, *quandoque deceſſerit*. Si ſubſtituerit in primum caſum, vulgari modo, *Si hæres non erit filius meus, Titius ei hæres eſto.* & filius extiterit hæres, certum eſt ad ſe pertinere ſucceſſionem filij, adita hæreditate, excluderat ſubſtitutus, & tu ſuccedes filio tuo ab inteſtato ex Senatuſconſulto Tertulliano Si ſubſtitutio facta eſt in ſecundũ caſum, caſum, qao caſu deceſſerit intra certum tempus: aut deceſſit intra pubertatem, aut poſt pubertatem Si deceſſerit ante pubertatem, admittetur ſubſtitutus propter pupillarem ſubſtitutionem. Pupillaris ſubſtitutio his verbis continetur, quodcunque tempus expreſſerit teſtator, admittetur ſubſtitutus ex pupillari ſubſtitutione: qao caſu is, cui ſubſtitutio facta eſt, deceſſerit ante pubertatem. Quid ſi deceſſerit poſt pubertatem? *Tunc bona*, inquit Imperator, *quæ cum moreretur pater eius fuerunt, & cæt.* His verbis ſignificare videtur Diocletianus, filio decedente poſt pubertatem, valere quidem ſubſtitutionem factam à teſtatore: ſed iure tantum fideicommiſſi. Dicimus valere iure directo ſubſtitutionem etiam poſt pabertatem: quia facta eſt à milite: hic vero dicitur valere iure fideicõmiſſi. Quid igitur dicemus? Magna eſt varietas opinionum. Sunt qui dicant in ſpecie leg. precibus. ſubſtitutionem non eſſe factam verbis directis: ſed verbis communibus. & boc intereſſe inter ſpeciem Papiniani, & Diocletiani. In ſpecie Diocletiani non dicitur, directo: ſed proponitur factum communi verbo, ſubſtituo. Verbum commune eſt ſabſtituo, & conuenit tam fideicommiſſariæ ſubſtitutioni, quam directæ. Cum itaque verbum ſit commune, non eſt mirum, ſi trahatur ad fideicommiſſariam. ſed in ſpecie Papiniani, & cæt. Hæc ſententia manifeſtè falſa eſt iudicio meo. Cum dicit, *Subſtituo & cæt.* his verbis teſtator non vtitur, quaſi loquatur de fideicommiſſaria ſabſtitutione. Præponitur filium inſtituiſſe, & ſecundum hæredem inſtituiſſe. Fideicommiſſarius ſecundus hæres non dicitur: ſed ſubſtitutus verbis ciuilibus. Explicanda eſt igitur hæc ſententia. Alij diſtinguunt, an vſque ad certum tempus facta ſit, an vero ſine determinatione certi temporis: & dicant hanc differentiam eſſe vtriuſque ſpeciei. In leg. centurio. certum tempus expreſſum eſt. in ſpecie autem Diocletiani aiunt ſabſtitutionem non eſſe factam in certum tempus. idem colligunt ex bis verbis, non vſque ad certam ætatem. nulla ſatis bona ratio huius differentiæ adiici poteſt. Imo verba Diocletiani oſtẽdãt nihil referre an ad certũ tẽpus, an vero nõ expreſſo certo tempore facta ſit. Vt ego interpretor, duo ſunt: vel qaia facta ſit expreſſè, id eſt expreſſo tempore: vel compendio non vſque ad certam quantitatem: & nihil referre ſignificat. Alij dicunt iure fideicommiſſi tantum valere ſabſtitutionem, &c. Quid ego ſentiã, ego ſcripſi lib. 2. Diſput. valere banc ſubſtitutionem ex caaſa fideicommiſſi dico, id eſt perinde valet hæc ſubſtitutio, ac valeret iure fideicommiſſi, ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet. Dixi iam valere ſubſtitutionem fideicommiſſariam, etiam poſt pabertatem. dict. leg. cohæredi. §. cum filiæ. hic. ff. etiam iure communi. Sed quia fuerat facta non verbis fideicommiſſi. dubitabatur quid iuris eſſet. Et Diocletianus animaduertit militem eſſe teſtatorem, & ideo propter priuilegium militum, non minus valere ſubſtitutionem directo factam à milite, qaam ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet. Quia in hac ſpecie mater ſuccedet filio: ſubſtitutus vero capiet bona teſtatoris: nam hæc ſabſtitutio militis non pertinet ad bona filij, ſed ad bona militis tantam. d. l. Centurio. bic. ff. l. miles hæredem. 41. §. exhæredato. ff. de milit. teſta. Reſcriptum enim eſt, nõ lex generalis. & quod ait peti, non ideo ſignificat eſſe fideicommiſſum.

Superius cœpimus tractare de ſubſtitutione militari, quę vulgo cõpẽdioſa ſubſtitutio dicitur. Diximus hoc genus ſubſtitutionis permiſſũ eſſe militibus tãtũ, vt videlicet poſſint ſubſtituere & poſt pubertatem, & poſt aditã hæreditatẽ. Paganis id nõ licet. ideóq; dicitur militaria ſubſtitutio. Et diximus ſi à milite facta ſit hæc ſubſtitutio, eã valere iure directo, nõ iure fideicõmiſſi.

A pagano facta verbis fideicommiſſi dubium non eſt quin valeat iure fideicõmiſſi: licet enim pagano ſuam hæreditatem relinquere per fideicommiſſum, etiam poſtquam hæres inſtitutus adierit. Sic diximus accipiendum eſſe quod dicitur in leg. precibus. de impub. & aliis. Vnde quæritur, ſi ſubſtitutio hæc facta ſit à pagano, qui miles nõ eſt, an aliquam vim habeat? In hac quæſtione, quæ difficilis eſt, diſtingui ſolent verba, quibus teſtatores vtuntur in hac ſubſtitutione. Plerunque teſtatores vtuntur verbis ciuilibus & directis, veluti, *hæres eſto*. Verbum hoc ciuile eſt & directum. Aliquando verbis precariis & fideicommiſſi vtuntur, volo, peto vt hæreditatem meam reſtituas. Aliquando vtũtur verbis communibus, cuiuſmodi eſt, *Subſtituo*. leg. iam hoc iure. 4. ff. hoc titul. Quanquam in dict. leg. iam hoc iure. ideo commune dicitur: quia conuenit tam vulgari, quam pupillari: ſed non minus poteſt dici commune, quia conuenit etiam fideicommiſſariæ ſubſtitutioni. Primum igitur videamus de verbis directis & ciuilibus. Quæſtio eſt, ſi paganus, qui miles non eſt, hoc modo ſubſtituerit poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem verbis ciuilibus & directis, an omnino nullam vim & effectum habeat hæc ſubſtitutio? Quæſtio pendet ex interpretatione verborum leg. 7. verbis ciuilibus. hic. ff. Hic variæ opiniones repertuntur. Sed ea, quæ recepta eſt magis mihi placet, ſcilicet ſubſtitutionem hoc modo factam à pagano, ne iure quidem fideicommiſſi valere, ac omnino euaneſcere. id ſatis videntur ſignificare verba Papiniani in l. verbis ciuilibus. ibi, *Fruſtra fieri*. Quod enim fruſtra fit, nullum effectum, nullam vim habet. ſi valeret ſaltem ex cauſa fideicommiſſi non diceret Papinianus fruſtra fieri hanc ſubſtitutionem. Et quod alij reſpondent, fruſtra fit, quantum ad pupillarem ſubſtitutionem, cauillatio eſt, meo iudicio. Melius eſt ergo, vt dicamus nullam vim habere, ne ex cauſa quidem fideicommiſſi valere. Atque ideo, ſi quis ita ſubſtituerit, *Quandocunque deceſſerit filius meus, Titius ei hæres eſto*: verbis ciuilibus, filio mortuo poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem non admittetur ſubſtitutus ad eius hæreditatem, propter hanc ſubſtitutionem, quia nõ licuit pagano ita ſubſtituere. Succedet igitur legitimus hæres filij, frater fortaſſis, vel alius, qui ab inteſtato ſuccedet: nec poterit à legitimo hærede hæreditas peti tãquam iure fideicommiſſi. quia nec iure quidem fideicommiſſi valet hæc ſubſtitutio. Eodem pertinet quod dicitur in l. 12. in pupillari. ibi, *Licet longius, &c.* In hac ſpecie longius tempus comprehenſum eſt, quam 14. annorum, finietur pubertate ſubſtitutio. Cum ait Iureconſultus ſubſtitutionem finiri pubertate, nec aliud addit, ſatis oſtẽdit nec iure quidem fideicommiſſi ſubſtitutum ad hanc hæreditatem admitti poſſe. Huic ſimile eſt quod dicitur in §. maſculo. Inſtitut. de vulgar. ſubſtit. Quod apertius dici poteſt, cum ait Imperator ſubſtitutionẽ euaneſcere, nõ poteſt apertius exprimere nullo modo hanc ſubſtitutionẽ valere. argumento eſt etiam quod dicitur in l. generaliter. §. ſi quis ſeruo. de fideicõmiſ. liber. in Inſtit. Si ſeruo pignori dato relicta fuerit libertas, valet libertas relicta ex cauſa fideicommiſſi propter fauorem libertatis. his verbis oſtendit, ſi nullus fauor libertatis eſſet, verba directa nõ eſſe ſic interpretanda, vt quod geſtũ eſt ex cauſa fideicommiſſi, valeat. Ait Iureconſultus hoc ſuadere libertatis fauorem. vnde colligitur aliud dicẽdum eſſe vbi fauor libertatis non eſt, vt in hac ſpecie. Noſtrã quoque ſententiã iuuat conſtitutio põtificia, de qua magna hic eſt diſſenſio in cap. ſi pater. de teſta. in ſexto. Ait ibi Rom. Pont. ſubſtitutionẽ quæ verbis directis facta eſt, ſic accipiendam eſſe, vt directa ſit, quamuis interdũ inquit, ex cauſa ad fideicõmiſſum trahatur. His verbis ſignificat ſubſtitutionem in dubio accipiẽdam eſſe, vt valeat iure directo. Qui diſſentiunt ab hac opinione confirmant ſuam ſententiam loco communi de volũtate teſtatoris. Voluntatem teſtatoris ſpectandam eſſe magis, quam ſubtilitatem verborum. nec adeo multũ referre quibus verbis teſtator vſus ſit l. 2. C. commu. de lega. l. in conditionibus. 19. ff. de condit. & demon. & l. 3. C. de lib. præter. ibi, vt melior ſenſu exiſtat, &c. Pro hac opinione contraria nihil adducitur quod firmius ſit & efficacius. Putant abſurdum eſſe magnopere nos hic hærere ſubtilitatibus verborum. Si teſtator vſus eſſet his verbis, Volo vt hæreditatem meam reſtituas, valeret: ſed quia dixit, hæres eſto. non valet, hoc eſt ſubtilitati verborum hærere. Sed ego reſpondeo, Quamuis hæc opinio ſpeciem aliquam humanitatis præ ſe ferat: tamen hic à recepta opinione recedẽdum non eſſe. Nec mouere nos debet quod dicitur de voluntate teſtatoris. non eſt enim hic aperta teſtatoris voluntas, & non aliter à verbis teſtatoris recedẽdum eſt, quam ſi manifeſte contraria teſtatoris volũtas appareat. Cum teſtator ſubſtituit verbis ciuilibus falſo dicitur teſtator voluiſſe, vt ſaltẽ ei reſtituetur hæreditas iure fideicõmiſſi. Teſtatoris voluntas iudicatur vel ex verbis quibus quoquo modo expreſſa eſt, vel ex coniecturis: niſi ſit quoquo modo expreſſa teſtatoris voluntas, eius nulla habetur ratio. l. quidam cum filium. 44. ff. de hæred. inſtit. At certum eſt hic teſtatorem nihil fidei cõmittere hæredis, nec quicquam eſt in teſtamento, ex quo appareat idẽ ſenſiſſe. Sed dicet aliquis, cũ eum voluerit hæredem eſſe directo, etiam voluit ſaltem ei ex cauſa fideicõmiſſi hæreditatẽ reſtitui. Sed hoc non recte colligitur. Qui enim contra leges aliquid decreuit ſuo teſtamento, non videtur errare. Deinde forte voluit eludere ſubſtitutũ, & actũ pro delectamento habere. ergo eſt quod dicitur in l. an inutilis. ff. de accept. Relinquitur vt dubia ſit teſtatoris volũtas in hoc caſu. Quid ergo in dubio iudicabimus? In dubio non iudicabimus, voluiſſe teſtatorem hæredem ſuum onerare. eſt locus communis de interpretatione teſtamentorum & vltimarum voluntatum. Dicimus in dubio teſtatorem hæredem ſuum grauare non voluiſſe, aut quam minimũ onerare voluiſſe. l. Titia cum teſtamento. 34. §. qui inuita filia. & l. vnum ex familia. 67. §. ſi rem. ff. de leg. 2. In dubio ergo non credemus teſtatorem voluiſſe hæredem ſuum onerare, niſi id appareat. Fideicommiſſum grauamen hæredis eſt. l. cohæredi. 59. §. cum filiæ. hic. ff. Subſtitutio ſiue vulgaris, ſiue pupillaris, non eſt onus hæredis. Cum teſtator ſubſtituit filio ſuo vulgari modo, hac ſubſtitutione non oneratur hæres, ita datur ei ſubſtitutus ſi hæres non fuerit: ne ſubſtitutione quidem pupillari, ſi impubes deceſſerit. Sed fideicõmiſſo hæres proculdubio oneratur, idque licet teſtatori. nec dubium eſt quin valeat fideicommiſſum poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem, ſi appareat hæc voluntas teſtatoris fuiſſe. Sed in dubio nos non ita iudicabimus, ſed potius vt irrita ſit ſubſtitutio, & inanis poſt hoc tempus. Nihil ergo mouere nos debet locus ille communis de volũtate teſtatoris, quæ dicitur ſpectanda eſſe, neglecta ſubtilitate verborum: quod ita accipiendum eſt, ſi ea voluntas appareat. Dicẽdum eſt igitur propter voluntatem teſtatoris, quoties ex aliis verbis forte teſtatoris, vel ex coniecturis aliquibus apparet teſtatorem ita ſenſiſſe, ſubſtitutionem directo factam, ita accipiendam eſſe, vt ex cauſa fideicommiſſi valeat. Exemplum eſt in l. 16. ex facto tractatum eſt. in prin. ff. ad Senatuſcon. Trebel. *Inſtituo Titium hæredem meum, rogo & fidei eius committo, vt faciat hæredem Sempronium.* Quæritur an hoc fideicommiſſum valeat, *vt faciat hæredem*: quia hoc verbum *hæres*, ciuile eſt, & directũ, nõ videtur valere, nec hæres inſtitut' ab eo poteſt alium

alium facere hæredem. nam qui hæres eſt, non poteſt deſinere hæres eſſe. l. qui ſoluendo. 58. ff. de hæred. inſtit. vt alium faciat hæredem teſtatoris, fieri nõ poteſt. Ait tamen Iuriſconſ. in d. l. ex facto, ibi: *Verum videri poteſt per hæc rogaſſe, &c.* Sic ergo interpretati ſunt veteres hæc verba, quaſi teſtator voluerit hæreditatẽ ſuam ei reſtitui. Illa igitur verba, *Vt hæredem facias*, ſic accipi debẽt, id eſt, vt hæreditatem meam ei reſtituas. Voluntas teſtatoris hic non admodum obſcura eſt. Nam quamuis hoc verbum *hæres*, per ſe directum ſit & ciuile: tamen cum alijs verbis coniunctum indicat hanc volũtatem teſtatoris fuiſſe, vt hæreditatem ex iure fideicommiſſi reſtituat. *Rogo*, verbum eſt precarium. §. vltim. de ſing. reb. per fideicom. relictis. in inſtit. Similis ſpecies eſt in l. 11. filiusfamilias. §. vt quis hęredem. ff. de legat. 2. Nos igitur voluntatem teſtatoris ſequimur, quoties ea vel ex verbis eiuſdem teſtatoris, vel ex coniecturis apparet. Idem dicẽdum eſt & cum ſubſtitutio facta eſſe proponitur in codicillis, quæ alias inutilis eſſet: tunc valet iure fideicõmiſſi propter voluntatẽ teſtatoris, l. Scæuola. 76. ff. ad Treb. Pater habens filiũ impuberẽ, inſtituit eũ in teſtamento, & codicillis poſtea factis, ei ſubſtituit pupillariter, *Si filius meus impubes deceſſerit, Titius hæres eſto.* Certum eſt, iure directo hanc ſubſtitutionem valere non poſſe. Hæreditas enim poteſt codicillis per fideicommiſſum relinqui: ſed hæreditatẽ dare, aut adimere iure directo nõ poſſumus, niſi in teſtamento. Inſtit. de codicil. §. vltim. Sed quærebatur, an ſaltem valeret ex cauſa fideicommiſſi? Et in d. l. Scæuola reſponſum eſt, benigna interpretatione valere: ſi nõ iure directo, ſaltẽ iure fideicõmiſſi. Mater de qua ibi, quæ ſuccedit ab inteſtato filio ſuo ex ſenatuſcõſulto Tertulliano, obligatur ſubſtitutis ex cauſa fideicõmiſſi, & hæreditatẽ ipſis cogitur reſtituere. Aliud exẽplum eſt de ademptione hæreditatis facta codicillis. in l. cũ quis decedẽs. 35. §. Seiam. ff. de lega. 3. in d. l. Scęuola, exemplũ eſt ſubſtitutionis. in d. § Seiã. exemplũ eſt adẽptionis. Eodẽ pertinet quod dicitur in l. 2. & l. illud. 13. §. vlt. ff. de iure codicil. Si codicillos facere voluerit, inſtitutio, quæ facta eſt in his codicillis, valet ex cauſa fideicommiſſi. Si teſtamẽtum facere volens, putet ſe id facere, eſt quæſtio voluntatis, vt in d. §. vlt. Sed cur ſubſtitutio facta in codicillis, dicitur valere iure fideicõmiſſi poſt pubertatẽ, & poſt aditã hæreditatẽ? l. verbis ciuilib. ff. hic. propter veriſimilẽ teſtatoris voluntatẽ, quæ voluntas colligitur ex natura actus. Codicilli inducti ſunt & recepti moribus primũ, deinde conſtitutionibus Principum confirmati propter fideicommiſſa. tit. de codicil. in Inſtit. Ergo cum apparet codicillos eum voluiſſe facere non teſtamẽtum, quod ſcriptum eſt facile creditur voluiſſe valere iure fideicommiſſi. Vnum exemplum eſt in leg. inſulam. ff. de præſcrip. verb. Inſulam tibi vendidi, vt aliam inſulam mihi ædifices. quæritur quis contractus ſit? Dicitur venditionem non eſſe: ſed contractus eſt qui proprio nomine caret. Vnde præſcriptis verbis in factum actio dabitur: non actio ex empto. ex natura actus id ſatis apparet. in dict. leg. Scæuola. & alijs huiuſmodi exemplis, quæ adducuntur, nullum eſt vitium in inſtitutione aut ſubſtitutione, niſi quod facta eſt in codicillis. In dict. leg. Scæuola. teſtator ſubſtituit filio ſuo impuberi, qui nõ eſt egreſſus tempus pubertatis. ſi facta fuiſſet in teſtamento ſubſtitutio, nemo dubitaret, quin vtilis eſſet. Nihil ergo aliud obijci poteſt ad impugnandam eam ſubſtitutionem, niſi quia facta eſt in codicillis. Et quia codicillorũ hic vſus eſt, vt fideicommiſſa relinquantur: facile ex natura actus iudicamus hanc fuiſſe teſtatoris volũtatem, vt ex cauſa fideicommiſſi reſtituatur hæreditas ſubſtituto. Ex quo apparet differentia inter ſpeciem leg. verbis ciuilibus. & dict. l. Scæuola in l. verbis ciuilibus. ſubſtitutio facta eſt poſt pubertatem: ſi eadem facta eſſet in codicillis, non eſſet ſimilis ſpeciei, quæ tractatur in dict. leg. Scæuola. Eſſet enim duplex vitium. primum, quia facta eſſet in codicillis, deinde quia poſt pubertatem facta eſſet. Cum ſint diſſimiles ſpecies, non eſt mirum ſi ius varium reperiatur. Hinc colligi poteſt magnam vim eſſe illius clauſulę, quę vulgo dicitur codicillaris, cuius mentio eſt in l. vlt. ff. de codicil. Clauſula eſt, *Si non valet teſtamentum meum iure teſtamẽti, valeat iure codicillorũ.* Propter hanc clauſulam fit nonnunquam vt inſtitutio, aut ſubſtitutio facta verbis directis, quæ alias inutilis eſſet, valeat ex cauſa fideicõmiſſi. quia teſtator voluit teſtamentum ſuum vt codicillos valere. Ergo perinde accipere debemus teſtamẽtum ab eo factum, ac ſi ipſe codicillos cõfeciſſet: nec enim minorem vim habere debet ea clauſula, ac ne maiorem quidem. Et propterea cũ quęritur, an propter clauſulã codicillarẽ valeat ſubſtitutio iure fideicõmiſſi: diſtinguẽdæ ſunt ſpecies, vt diſtinximus, iudicio meo, quãuis de eo magna ſit controuerſia Nam in ſpecie l. Scęuola. & alijs ſimilibus, in quibus dicitur valere ſubſtitutio facta, iure fideicommiſſi quia facta eſt in codicillis: exiſtimo etiã propter clauſulã codicillarẽ iure fideicõmiſſi valere. ſi eadem ſubſtitutio factã proponatur in teſtamẽto, in quo inſerta ſit hæc clauſula, *Si non valet vt teſtamentum, valeat vt codicilli.* Idem videtur dicendũ eſſe, vt ea ſubſtitutio valeat iure fideicõmiſſi. De alijs nõ videretur idẽ dicendũ eſſe, vt cum aliud eſt vitiũ: quia facta eſt poſt pubertatem. d. l. verbis ciuilibus. Et quod diximus de clauſula codicillari, vt ſatisfaciamus quorundam obiectis, concedimus hoc ita accipiẽdũ eſſe: niſi appareat magis more tabellionũ, quam teſtatorum adiectam eſſe in teſtamentis. Et ſi hoc appareat, non eſt credendum tantam vim hanc clauſulam habere. Argumento eſt quod vulgo dicitur generalem ſermonem ad ea non pertinere de quib. non eſt cogitatũ. l. qui cũ tutorib. ff. de tranſac. Sed de hac re plura dicemus ſub tit. de iure codicillorũ, cum ad eum locũ peruenerimus. Hactenus de verbis directis. De his quæ cõmunia ſunt, & media, quæritur. Si teſtator verbo medio, id eſt, quod conuenit tã ſubſtitutioni directæ, quã fideicõmiſſariæ, vſus ſit: veluti, ſi dixerit, *Quandocũque filius meus deceſſerit, Titius bona eius capiat, vel Titium ſubſtituo.* Iureconſultus noſter cum ait in d. l. verbis ciuilibus. *Fruſtra fieri poſt pubertatẽ*, loquitur aperte de verbis directis & ciuilibus. De verbis communibus non eſt idem dicẽdum. Quid igitur dicemus? Recepta opinio mihi videtur probabilis, vt dicamus hãc ſubſtitutionem factam à pagano ante pubertatem iure directo valere poſt pubertatem iure fideicõmiſſi. Mouet me ꝙ hæc interpretatio fauorabilis eſt ipſi pupillo, & ſubſtituto quoque vtilis. Fauor & vtilitas ſuadet, vt nos ita interpretemur. Nos enim interpretamur valere quatenus valere poteſt, cũ verba conueniũt vtrique ſubſtitutioni. Argumento eſt quod dicitur in l. pater Seuerinam. §. cõditionum, ff. de condit. & demon. Conditio à teſtatore adſcripta de tutela filij intelligitur vt tutor ſit ante pubertatẽ: poſt pubertatẽ curator. Cõfirmatur etiã ſentẽtia noſtra cõſtitutione Põtificia in capitul. ſi pater. de teſtamẽtis in 6. vbi ait Pontifex, ſubſtitutionem intelligendam eſſe directam, cum ea conuenit verbis & perſonis. Hoc verbũ *ſubſtituo*, conuenit perſonis, quia impubes. De precariis nulla eſt fere dubitatio. Cum ſubſtitutio facta eſt verbis precariis, dubium non eſt quin valeat omni tempore iure fideicommiſſi: nec hoc proprium eſt militum. Hoc eſt tãtum proprium militum, quod poſſint poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem ſubſtituere. l. ſi frater. C. de fideicom. & l. cohęredi. §. cũ filię. hic. ff. Vnum eſt notãdum, quod hæc fideicommiſſaria

ſubſtitutio benigna interpretatione conuertitur in directam. Vnum exemplum eſt in l. neque. §. vltim. ff. de milit. teſta. & l. Antoninus. 42. ff. de fideicom. liber. Si quis reliquerit libertatem & hæreditatem alicui, & deceſſerit hæres inſtitutus & ſubſtitutus, non adita hereditate, ita accipimus hæreditatem & libertatem ſerui, perinde ac ſi directo inſtitutus eſſet, cũ nullus ſit hæres, ne euaneſcat fideicommiſſum.

De reciproca ſubſtitutione.

Cap. XXIIII.

HVius ſubſtitutionis reciprocæ mentio eſt in leg. iam hoc iure. 4. ff. hoc tit. Vulgo in diuiſione ſubſtitutionis ponitur, vt quintum membrum diuiſionis. Dicitur alia ſubſtitutio vulgaria, alia pupillaris, alia exemplaris, alia militaris, alia reciproca. Ego iã ſupra admonui ſeparatam diuiſionem faciendam eſſe: nec hanc reciprocam ponendam vt quintum membrum eius diuiſionis. Propterea quod omnis ſubſtitutio, aut ſimplex & ſine reciprocatione. Nulla ſubſtitutio eſt ſiue vulgaris, ſiue pupillaris, quæ non poſſit fieri cum reciprocatione eorum, qui ſubſtituuntur ſiue in primum, ſiue in ſecundum caſum. Aut enim ſubſtituuntur ſimpliciter: aut cum reciprocatione, & mutua vice. Sic enim loquuntur Iureconſ. in l. cohæredi. §. qui diſcretas. hic. ff. de vulga. difficile non eſt exemplum adferre. *Inſtituo Titium & Sempronium heredes, Si Titius heres non erit, Sempronius heres eſto, &c.* De pupillari hoc modo. Quidam habet duos filios, Primum & Secundum. *Si primus impubes deceſſerit, Secũdus heres eſto. Si ſecundus impubes deceſſerit, Primus heres eſto.* Hi duo impuberes ſubſtituuntur pupillariter in ſecundum caſum & reciprocè mutua vice. Ergo poſtquã diuiſimus ſubſtitutionem in vulgarem, pupillarem, &c. facienda alia fuit diuiſio, veluti, Omnis ſubſtitutio reciproca eſt, aut non reciproca. Indocti non recte interpretati ſunt l. iam hoc iure. 4. ff. hoc tit. de tertio genere ſubſtitutionis. Ideóque putarunt in ſumma illa ſubſtitutionis diuiſione ponendam eſſe reciprocam. in d. l. 4. in princ. ibi, *Quod ms ad tertium, &c.* Id quomodo accipiendum ſit ſupra docuimus. Loquitur Modeſtin. in ea lege de ſubſtitutione tacita. Si ſubſtitutio fuerit facta in primum caſum, ſiue ſecundum, ex conſtitutione D. Marci, etiam in alterum caſum facta eſſe intelligitur. Et proinde hæc ſubſtitutio valet propter conſtitutionẽ D. Marci. *Titium & Sempronium heredes inſtituo, eoſque inuicem ſubſtituo.* Hoc receptũ eſt: & maior fuit ratio admittẽdi in ea reciproca, *Omnes ſubſtituo.* Cum ergo quęritur quomodo hęc ſubſtitutio fiat, dicendum eſt fieri, vel expreſſis formulis, vel compendio verborum. Hæc eſt expreſſa ſubſtitutio ſpecialiter, *ſi primus impubes deceſſerit, Secundus heres eſto. Si Secundus impubes deceſſerit, Primus heres eſto.* Fit compendio verborũ hoc modo, *Primum & ſecũdum heredes inſtituo, eóſque inuicem ſubſtituo.* d. l. 4. hic. ff. l. cum in teſtamento. ff. de hæred. inſtitut. Vocatur breuiloqua à quibuſdam, quia breuiter multas cõplectitur ſubſtitutiones. hoc eſt ineptum & à vero alienũ, quod cõprehendat multas ſubſtitutiones cõpendio verborũ. Cũ dico, *Si primus impubes deceſſerit, Secundus heres eſto, Si Secũdus impubes deceſſerit, Primus heres eſto:* hic eſt reciproca, & tamẽ non eſt verborum compendium. Tolerabilius eſſet reciprocam diuidere in eam, quæ fit compendio verborũ, & eam quæ fit expreſſis formulis. Ergo hæc ſubſtitutio compendio verborum, poteſt comprehendere multas ſubſtitutiones. Sed quæ ſubſtitutiones contineantur, quæri ſolet. Ego id oſtendam aliquot exemplis. Cum quæritur, quæ ſubſtitutiones contineantur hoc compendio verborum, *Omnes eos inuicem ſubſtituo.* id iudicandum eſt partim ex verbis, partim ex mente Teſtatoris. Ponamus teſtatorem inſtituere duos filios ſuos impuberes, & eos inuicẽ ſubſtituere hoc cõpẽdio verborum, *Omnes eos inuicem ſubſtituo.* His verbis continentur quatuor ſubſtitutiones. Continentur enim duę vulgares, & duæ pupillares. d. l. iam hoc iure. 4. & l. Lucius. 43. ff. hic. & l. cum in teſtamento. 37. ff. de hæredib. inſtit. & l. 2. C. de impub. & al. Continentur duæ vulgares perinde ac ſi dixiſſet teſtator, *Si primus heres nõ erit, Secundus heres eſto. Si Secundus heres non erit, Primus heres eſto.* Cõtinẽtur etiã duæ pupillares hoc modo, *Si Primus deceſſerit impubes, Secundus heres eſto. Si ſecũdus deceſſerit impubes, Primus heres eſto.* Ambo eius conditionis ſunt, vt poſſit eis vulgariter & pupillariter ſubſtitui à teſtatore. Aliquando continentur pupillares tantum. Exempli gratia. Si hæc ſubſtitutio fiat duobus filiis impuberibus exhæredatis hoc modo, *Eos inuicem ſubſtituo. Primum, Secundumque filium meum exhærede, eoſque inuicem ſubſtituo.* Nos perinde accipimus hæc verba, *Eóſque inuicem ſubſtituo*, ac ſi teſtator dixiſſet, *Si Primus impubes deceſſerit, Secundus ei heres eſto, Si Secũdus impubes deceſſerit, Primus ei heres eſto.* Reperitur etiã exemplũ in quo cõtinentur vulgares tantum ſine pupillari: vt ſi duobus extraneis ſubſtituerit teſtator: vel duobus filiis ſuis puberibus: aut filiis naturalibus tantũ: aut emancipatis, his verbis, *Eos inuicem ſubſtituo.* Nõ cõtinẽtur pupillares, quia pupillaris ſubſtitutio nõ cõuenit cõditioni & ætati eorũ. Quid ſi vnus ſit pubes, alter impubes: & teſtator ſubſtituat his verbis, *Eóſque inuicem ſubſtituo*: quæritur ſi vnus ſit ex legitimis, alter ex naturalibus tantũ. Quæſtio eſt d. l. 43. al. 45. Lucius. & d. l. 4. hoc tit. ff. & hoc caſu dicendũ eſt cõtineri hoc cõpendio verborum vulgares tantum ſubſtitutiones, non pupillarem quidem vnã contineri, etſi vnus ſit cui fieri poſſit ſubſtitutio pupillaris. Nam viſum eſt incõueniens, vt Modeſtinus ait in d. l. 4. valere vnam ſubſtitutionem in perſona vnius, in perſona alterius non valere. Non eſt credibile teſtatorẽ, qui bis vel bis vſus eſt, voluiſſe in perſona vnius valere, in perſona alterius nõ valere. Idem dicitur in d. l. Lucius. hic nõ cõtinetur pupillaris, cũ nõ poſſit duplex ſubſtitutio habere locũ in naturali filio. Nec habebit quidẽ locũ in alio filio, æqualitatis ſeruandæ cauſa. Simile eſt quod dicitur in l. in teſtamento. 6. C. de teſts. milit. Intelligitis ergo quę ſubſtitutiones contineantur hoc verborum compendio, *eóſque inuicẽ ſubſtituo.* Solet quæri an expreſſæ ſint an tacitę hæ ſubſtitutiones, ſubſtitutio vulgaris & ſubſtitutio pupillaris, quæ continentur his verbis, *eoſque inuicem ſubſtituo.* Modeſtinus in d. l. 4. has ſubſtitutiones videtur habere pro tacitis magis expreſſis. Comparat enim tacitę pupillari, quę continetur ſub vulgari expreſſa. Hoc autem ſcriptum eſt à Modeſtino, non quod reciproca non ſit expreſſior: ſed quod ſpecialiter expreſſa non ſit. Sed diſputatio hæc eſt de nomine nõ admodum vtilis. Non eſt enim ſimpliciter verũ quod dicunt aliqui tacitam pupillarem non excludere matrem: expreſſam excludere. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. fact. Ego docui ſupra, illam legẽ interpretans, non ita accipiendam eſſe, vt tacita pupillaris non excludat matrem. Multæ ſunt aliæ in ea hypotheſi circumſtantiæ, de quibus facta eſt ea conſtitutio. Iam videndum eſt de effectu ſubſtitutionis.

De effectu reciprocæ ſubſtitutionis.

Cap. XXV.

EFfectus huius reciprocæ ſubſtitutionis primus eſt his verbis, *eos inuicem ſubſtituo*, primum vocari coniun-

Digitized by Google

coniunctos hæredes: & eis deficientibus eos, qui diſiūcti & ſeparati ſunt. l. 41. cohæredi. §. qui diſcretas. Ecce teſtator ita inſtituit, *Titius & Sempronius hæredes ſunto: Mæuius hæres eſto.* Titium & Sempronium cōiunctim inſtituit: Mæuium ſeparatim ab aliis, & adiecit, *eoſque inuicem ſubſtituo.* Quæritur Titio decedente, an ſuccedet ei ex ſubſtitutione ſolus Sempronius, an vero etiā alter cohæres Mæuius? Si ſpectemus verba teſtatoris, quæ generalia ſunt, dicemus omnes cohęredes admitti ad hæreditatem Titij ex ſubſtitutione, id eſt, non tātum Sempronium: ſed etiam Mæuium. ſed tamen ex mente teſtatoris hæc verba, quæ generalia ſunt, intelligimus vt primo loco videantur vocati qui coniuncti ſunt: ita vt Titio repudiante partem ſuam, ſubſtitutus ei intelligatur Sempronius propter coniunctionem, vt vtroque repudiante admittatur quoque alter. Hoc eſt ex mēte teſtatoris magis, quam ex verbis. Nam verba, quibus vtitur teſtator, videntur referri ad omnes hæredes. Hæc eſt vis coniunctionis. Ego dixi ſupra de hac coniunctione differens, coniunctorum potiorem eſſe cauſam, quam diſiunctorum l. 61. Hæredes ſine partibus. ff. de hęredib. inſtit. Si teſtator his verbis vſus nō eſſet, *eoſque inuicem ſubſtituo*: ſed eos ita inſtituiſſet, *Inſtituo Titium & Sempronium hæredes, Mæuium hæredem inſtituo*: dubium non eſſet quin pars Titij deficiens accreſcat Sempronio tantum, qui coniunctus eſt. nec credimus teſtatorem hoc ius mutare voluiſſe: ſed magis corroborare. Ius accreſcendi ſimile eſt quodammodo ſubſtitutioni, quamuis re vera ſubſtitutio non ſit. l. 63. Si Titio & Mæuio. §. Iulianus. ff. de leg. 2. ſed quia ſatis plene & accurate diximus de ea coniunctione, nos multa quæ ab aliis hic dici ſolent, omittemus.

Secundo, hæ ſubſtitutiones factæ verbis generalib. reſtringuntur ex mente teſtatoris, vt non pertineant ad ea de quibus ſpecialiter à teſtatore cautum eſt. d. l. cohæredi. 41. §. qui patrem. hic. ff. Species eſt huiuſmodi, Teſtator inſtituit patrem & filium pro parte hæredes, & eis inuicem ſubſtituit: deinde inſtituit Titium & Mæuium ex æquis partibus, & ſubiecit verba generalia, *eoſque omnes inuicem ſubſtituo.* Quæritur an his verbis intelligatur ſubſtituere patrem & filium, quos alia parte teſtamenti ſubſtituerat inuicem: ſed dicendum eſt hæc verba ad filium & patrem non referri. Eſt locus communis & vulgaris pertinens ad interpretationem legum, Generi per ſpeciem derogatur *eoſque omnes*, id eſt exceptis his, quos ego ſpecialiter inuicem ſubſtitui. Subſtituit inuicem patrem & filium, ſubſtitutione ſpeciali derogauit illi generali, *omnes inuicem ſubſtituo*. l. doli clauſula. ff. de verb. oblig. l. ſanctio legum. ff. de pœnis. l. vxorem. §. fœliciſſimo. de legat. 3.

Tertio, notandum eſt his verbis, *eoſque inuicem ſubſtituo*, hæredes videri ſubſtitutos ex quibus partib. inſtituti erant, Teſtator inſtituit plures hæredes ex diſparibus partibus, deinde ſubiecit, *eos omnes inuicem ſubſtituo*, non expreſſit ex quibus partibus vellet eos admitti ad hæreditatem ex ſubſtitutione. Vnde forte dici poſſet ex æquis partibus eos ſubſtitutos videri. Cū teſtator inſtituit plures hæredes, nec partes expreſſit hæreditarias, videtur eos ex æquis partibus inſtituere. Ergo cum eos ſubſtituit, nihil aliud exprimendo, videntur ex æquis partibus ſubſtituti: ſed tamen verius eſt vt intelligantur ſubſtituti ex iis partibus, ex quibus ſunt inſtituti. Idem dicitur in Inſtit. titul. de vulg. ſubſtitut. §. ſed et ſi ex diſparibus. Exemplum eſt appoſitū in leg. ſi plures 22. ff. hic. vbi vnus eſt inſtitutus ex vncia, ſecundus ex octo vnciis, Titius ex tribus: ſic impleuit totum aſſem teſtator. Tertius repudiauit, quæritur quā partem ferent ex hac tertia parte quę defecit, ij qui inuicem ſubſtituti ſunt? Illæ tres vnciæ, quæ deficiunt diuidentur in nouem partes. Is qui fuit inſtitutus ex octo vnciis, accipiet etiam octo vncias: qui ex vncia vna tantum inſtitutus eſt, vnam partem accipiet. Idem dicitur de fideicommiſſaria reſtitutione alibi. Cū quis inſtituit plures hæredes, & iuſſit vnum cum morietur, vt reſtituat partem ſuam cohæredibus, intelligitur fidei eius committere, vt reſtituat pro qua parte ſunt inſtituti hæredes. dict. l. Lucius. 78. §. pater puerum. ff. ad Senatuſconſ. Trebellianum. Sed addenda eſt exceptio ex eo loco Vlpiani in d. l. ſi plures. niſi alia mens fuerit teſtatoris. Hic nos dicimus ex eiſdem partibus inſtitutos intelligi, ex quibus inſtituti ſunt propter coniecturam voluntatis teſtatoris, cum nihil aliud expreſſerit. Hæc eſt cōiectura voluntatis, quam nos amplectimur, ſi non appareat contraria voluntas teſtatoris: ſed facile ab ea recedimus, ſi mēs teſtatoris alia ſit, quæ colligitur ex variis coniecturis. Videnda eſt l. 23. quoties. cum ſeq. ad Trebel. ff. Teſtator iubet hæreditatem reſtitui cohæredibus, ſi dederint certam pecuniam ex quātitate pecuniæ, quam iuſſit dari, colligitur quam partem ex hac reſtitutione teſtator vult ſingulos habere. Ex nominum quoque expreſſione id etiam colligitur, vt dicitur in dict. leg. ſeq. 34. nonnūquam. Ecce, multum refert an teſtator hæredes appellauerit ſimpliciter, an vero nominibus propriis ſingulos hæredes deſignauerit. Cum dicit, hæredibus volo reſtitui hæreditatem: aut aliis ſimilibus verbis, credēdum eſt teſtatorē velle ex ea ſubſtitutione habere ſingulos pro hæreditariis portionibus, id eſt, ex qua quiſque parte hæres eſt inſtitutus. Aliud dicendum eſt ſi dixerit, Titio, Mæuio: cum expreſſit nomina, videtur rationem habere perſonarum: & propterea viriles portiones conſequuntur. Cum autem non ſunt appellati propriis nominibus, tunc interpretamur rationem habuiſſe teſtatorē portionū hæreditariarum. Hoc etiam colligitur ex §. ſed vt manifeſtetur. C. de caduc. tollen. de quo dixi ſupra ſub titul. de hæredib. inſtitu. Cum teſtator onus aliquod iniungit hæredibus ſuis, non certis hæredibus nominatim, quos deſignet propriis nominibus, tūc intelligimus ſingulis onus impoſuiſſe pro portionibus hæreditariis. Si vero nominauerit eos propriis nominibus, tūc intelligimus eos teneri pro virili parte ad idonos: & teſtatorem perſonarum habuiſſe rationem. In legatariis autē nō diſtinguimus: ſed intelligitur onus impoſuiſſe pro virili parte. hæres enim repræſentat perſonam defuncti. l. 1. ſi certum petat. Cod. Nō habetur ratio emolumēti, quod quis percipit iudicio teſtatoris: ſed inſpicimus pro qua parte repræſentet perſonam defuncti, etſi magnum ſit prælegatum. Ergo pro ea tātum parte onerari poteſt. Legatarij non ſuccedunt in locū defuncti: ſed in rem. Sed hæc diſtinctio notāda eſt in hæredibus. Et hoc apertius dicitur in l. 121. ſi hæredes nominatim. ff. de legat. 1. Similis locus eſt in leg. 30. ſi ita liber. ff. de ſtatuliber. Ex his naſcitur quæſtio, Quid ſi teſtator præter communem hæredum appellationē adiecerit propria nomina ſingulorū hæredum? Si ſic dixerit, *Titium & Semproniū hæredes meos inſtituo*, an videatur reliquiſſe pro hæreditariis portionibus, quia hæredes appellauit: an vero pro virilibus, quia propriis nominibus diſtinguuntur? In hac quæſtione vulgo recurri ſolet ad diſtinctionem Pomponij in l. ſi communis ſeruus. 37. ff. de ſtipul. ſeruo. vidēdum eſt enim an propria nomina præcedant nomen hæredum, an vero ſequātur. Si dixit, *Titio & Sempronio hæredibus meis*, ſinguli partes intelliguntur habere: ſecus autem dicendum eſſe, ſi dixerit, *hæredibus meis Titio & Sempronio*. In dict. l. ſi communis ſeruus. de ſtipul. ſeruo. quęritur, ſi quis communis ſit ſeruus duorum Titij & Sempronij, & aliquid eis ſtipulatus ſit, an acquirat

eis pro virilibus portionibus: an pro dominicis,id eſt, pro qua quiſque eorum dominus eſt ſerui.Vnus forte dominus eſt ſerui pro vna parte,alter pro duabus.& diſtinguit ibi Pompo.quemodo ſtipulatio concepta ſit. Si,inquit,ſtipulatus ſit Titio & Sempronio, nec appellauerit dominos ſuos,pro virilibus partibus,intelligitur eis acquirere.Si vero dixerit,dominis ſuis,pro dominicis partibus intelligitur eis ſtipulari.Quid ſi vtrũque concurrat,Dixit, Titio & Sẽpronio dominis meis. Refert an propria nomina præcedant,an ſequantur.Si præcedant,viriles partes intelliguntur acquiſitæ ex hac ſtipulatione.Idem hic dicendum eſſe aiunt. Hæc ſententia mihi non videtur ſatis tuta eſſe.nam ita demum intelliguntur ſubſtituti viriles partes habere ex ſententia Vlpiani in l.ſi plures ſint instituti.22. ff. hoc titul. ſi euidens ſit teſtatoris voluntas.vult enim Vlpian.euidẽter & manifeſte id expreſſum eſſe,antequam recedatur ab hac coniectura voluntatis.Hic autem cum proponuntur nomina hæredum,certe vix dici poteſt expreſſam eſſe teſtatoris voluntatem.Nec ſimile eſt quod adducitur de ſtipulatione communis ſerui.Diſſimilitudo eſt ideo,quod magna coniectura voluntatis eſt,cum teſtator inſtituit ex diſparib. partibus:deinde nulla partium facta mentione,hæredes inuicem ſubſtituit.nam coniectura volũtatis ſuadet,vt intelligamus eos ex eiſdem partibus ſubſtitutos eſſe,ex quibus inſtituti ſunt. propter hanc enim coniecturam voluntatis, quæ non leuis eſt,requiritur euidentior probatio.Sic eſt intelligendum quod diximus his verbis, *Eos inuicem ſubſtituo*, videri cohæredes ex iiſdẽ partibus ſubſtitutos, ex quibus inſtituti ſunt. Addendum eſt in parte hæreditaria numerandum id eſſe,quod obuenit alicui hæredum iure accreſcendi,licet ex lege magis,quam ex voluntate teſtatoris.Iuriſconſ.in.l.5.*Si in teſtamento,ibi,neque intereſſe &c.*ff.hic.occurrit obiectioni.Dicimus pro qua parte quis inſtitutus eſt,pro ea parte ſubſtitutum videri,Ponamus Titium inſtitutum eſſe ex vna vncia: ſed ei alteram vnciam acceſſiſſe ex iure accreſcendi.quæritur an ad partem deficientem admittatur pro vna vncia tantum,ex qua inſtituitur:an pro duabus vnciis, id eſt, pro vna vncia,ex qua inſtitutus eſt, & pro altera, quæ ei accreuit,admittatur? Ait Gaius in d.l.5.nihil referre. Dubitatio ortus ex eo quod pars, quæ obuenit ex iure accreſcendi,ex lege magis,quam ex voluntate teſtatoris acquiritur. Et referendum eſt ad legem Iuliam Papiam, vt inſcriptio oſtendit. Quod vero ius accreſcendi veniat ex lege,non ex ſubſtitutione,ne tacita quidem, ſimile eſt quidem ſubſtitutioni.l. 63.al. 61 Si Titio & Mæuio.§.Iulianus.ff.de lega.2. ſed in effectu ipſo intereſt inter ſubſtitutionem ſiue tacitam, ſiue expreſſam. & ius accreſcendi non alienum tamen eſt à iure accreſendi à voluntate teſtatoris.hic aſt leuis quædam coniectura,quæ lege adiuuatur. Sed quia non eſt alienum à voluntate teſtatoris,& cõiectura aliqua volũtatis,licet obſcura & tenui,nititur. ideo quod accreſcit alicui per legem ex iure accreſcendi, in parte hæreditaria habetur, vt quanto maior eſt ea pars per ius accreſcendi,tanto maiorem partem conſequatur ex ſubſtitutione.Poſtremo notandum eſt ſpem huius ſubſtitutionis non tranſmitti ad hæredem.l.21.qui plures.& l.43.Lucius.§.vlt. ff.hic.Plures hæredes inſtituti ſunt,& inuicem ſubſtituti.Vnus eorum deceſſit: deinde extitit conditio ſubſtitutionis,ſuperſtites tãtum admittentur:hęredes hæredis defuncti non admittentur. Hæres defunctus meram ſpem ſubſtitutionis nõ trãſmiſit ad hęredes ſuos.d.l.Lucius.§.vlt.Et idem eſt in aliis generibus ſubſtitu.in pupillari ſimplici. l. ſed & ſi plures.9.hic.ff.In vulgari ſimplici,ratio eſt. Vulgare eſt enim non aditam hæred.non tranſmitti ad hæredes. l.quoniam ſororem.C.de iure deliber. Si hęreditas nõ adita,non tranſmittatur, multo minus tranſmittetur hæreditas quæ nondum alicui eſt delata:puta ante conditionis euentum.Subſtitutio eſt conditionalis inſtitutio.Quomodo tranſmitteretur ad hæredem,cum nondum delata ſit? Et hoc intereſt inter ſubſtitutionem & ius accreſcendi,quod ius accreſcendi ad hęredem trãſmittitur:ſubſtitutio non tranſmittitur.l.ſi ex pluribus. de ſuis & legit.hære.Ius enim accreſcendi ſequitur rẽ, portio portioni accreſcit.Sed dixerit aliquis,in hac ſpecie hæredes coniuncti ſunt.Inter hæredes ea coniunctio eſt,vt locum debeat habere ius accreſcendi. Et ſi non eſſent inuicem ſubſtituti,pars tamẽ vnius deficiẽs accreſceret alteri,& accreſceret hæred. hæredis. quia ius accreſcendi ſequitur rem,Subſtitutio accedens, nõ videtur tollere ius accreſcendi:ſed potius confirmare. Quomodo fit,vt propter ſubſtitutionem non trãſmittatur ad hæredem quod ſine ſubſtitutione tranſmitteretur? Ego reſpondeo hic locum nõ habere ius accreſcendi,propter ſubſtitutionẽ.Scio ius accreſcendi tranſmitti ad hæredem,& ſequi rem:ſed hîc ius eſt accreſcendi ex vna parte,& ſubſtitutio ex altera.Subſtitutio eſt potentior iure accreſcendi.l.2.§.ſi duo.ff. de bono. poſſeſ.contra tab.

IN TIT. VII.

DE CONDITIONIBVS INSTITVTIONVM.

Cap. I.

POſt tractatus,qui ad inſtitutiones pertinent,ſequitur tit.de condit.inſtit. Quia inſtitutionem hæredum tam in primo, quàm in ſecundo gradu fieri ſub conditione diximus. Et quia hæc diſputatio de conditione pleniorem inquiſitionem exigere videtur,ideo ſeparatim poſitus eſt hic titulus, de conditionibus inſtitutionum.Inſcribitur autem de conditionibus inſtitutionum tantum, non legatorum. De conditionibus enim, quæ adiiciuntur legatis, alij ſunt tituli tam in Digeſtis,quam in Codice. Ad legata pertinent tituli de cõdit.& demõſt.ff.& C.tit. de cõd. inſert.lib.6.Hic agimus tantum de conditionibus inſtitutionum,quæ adſcribuntur inſtitutioni hæredum. & huic reſpondet tit.C. de inſtit. & ſubſtitut. &c. ſub condit.fact.hos igitur duos titulos ff.& C. nunc interpretaturi ſumus,& incipiemus ab explicatione vocabulorum inſcriptionis.Quid ſit inſtitutio, quid ſubſtitutio,diximus ſub titul.de hæredib.inſtit.& titulo de vulga.& pupilla.ſubſtit. Admonuimus inſtitutionis verbũ aliquando generaliter accipi vt comprehendat ſubſtitutionẽ.Omnis enim ſubſtitutio inſtitutio eſt.Aliquãdo ſignificationẽ eius reſtringi diximus, vt inſtitutio ſubſtitutioni opponatur.Hic autẽ accipimus inſtitutionem tam in primo,quã in ſecundo gradu.In titul. Codicis hæc ſunt diſtincta:ſicut in l.1.ff.de vulg.& pupil.Subſtitutioni opponitur inſtitutio.Inſtit. dicuntur in primo gradu ſubſtituti.in ſecundo,vel vlteriore.Et hic locus oſtendit appellatione inſtitutionis contineri ſubſtitutionẽ etiam proprie.idque ſupra oſtẽdimus.Et adduximus locum ſub tit.de pupil.ſubſtit. qui ſub hoc tit.extat ff.in l.20.mulier,quæ viro.§.1.Ego te hæredẽ inſtituo,ſi me hęredẽ inſtitueris:me ſubſtituiſti,an dicemus extitiſſe conditionem? Ait ibi Iuriſconſ.extitiſſe cõditionẽ videri,qui enim ſubſtitutus eſt,dicitur inſtitutus eſſe.Subſtitutio ergo fit nõ tantũ pure:ſed etiã ſub cõditione,vt ego docui in l.qui liberis. in princip. 8.ff.de vulg.& pupil.ſubſtit.quamuis rem non ſatis expendentes,putent omnem ſubſtitu.fieri ſub conditione, adeo vt quidam definiant, ſubſtitutionem eſſe

condi-

Digitized by Google

conditionalem inſtitutioeem. Sed ego diai ſubſtitutionem vulgarem, quæ ita fit, *Si Titius hæres non erit, Seius hæres eſto*, fieri ſub conditione poſſe, aliquando etiam pure fieri poſſe. dict. l. qui libertis. in princ. & propterea dicimus adiici conditionem noo tantum inſtitutionibus, ſed etiam ſubſtitutionibus. Addidi, & reſtitutiotibus, quæ ex cauſa fideicommiſſi fiunt, adiiciuntur conditiooes, & de his etiam loquuntur hic iuris ao ctores, & in l. reſtituta. 37. ff. ad Senat. Trebel. & §. reſtituta. de fideicom. hæred. to Inſtit. Ex boc titulo nonnulli colligunt appellatione ſubſtitutionis non contineri reſtitotionem fideicommiſſariam, quia in hac inſcriptione diſtinguuntur reſtitutio, & ſubſtitutio. Si hoc argumentum reciperetur, idem diceremus de ſubſtitutione, oempe appellatione inſtitutioois non proprie contineri ſubſtitutionem. Hæc argumenta frinola & nugatoria ſunt. Ego oſtendi ſupra appellatione ſubſtitutionis eontineri reſtitutiooem fideicommiſſariam: & ſubſtitutos dici eos, quibus aliquid per fideicommiſſum relinquitur. & admonui in hac inſcriptione ſubaudiendum eſſe verbum, hæredum. hoc modo, De inſtitutionib⁹ & ſubſtitutionib. hæredum. Hoc debet iotelligi tanquam repetitum ea ſuperioribus titulis, tit. de vulg. & pupil. ſubſtit. debemus etiam intelligere de ſubſtitutione hæredum.

Quid ſit conditio.

Cap. II.

Conditionem ita ſolitus ſum definire: Conditio eſt adiectio, qua legatum, vel inſtitutio hæredis ſuſpenditur in futurum euentum. Hæc breuis definitio videtur ſatis aperta & apta ad docendum id, de quo inſtituitur diſputatio. Adiectionem ego voco, ſecutus exemplum veterum iureconſultorum in l. muto. §. ſi ſub conditiooe. ff. de tutel. Cum tutor ita datur, ſi ſatiſdederit, hanc adiectionem putat Iuriſconſul. eſſe admonitionem potius, quàm conditionem. Ergo com quis hæredem ioſtituit ita, *Hæredem Titium inſtituo ſi decem dederit*, hoc adiicitur inſtitutioni à teſtatore. hæc adiectio eſt: verba quæ in definitione ſequuntur, adiiciuntur pro differentia.

Quid proprium ſit conditionis.

Cap. III.

Hoc proprium eſt conditionis, ſuſpēdere id, quod agitur, in futurum euentum: vt ſi non ſuſpendat, non dicatur eſſe conditio. Atque ita intelligimus modum adiectum inſtitutioni, non eſſe conditionem: *Inſtituo te hæredem, vt des Titio centum.* hic modus eſt. hic modus noo ſuſpendit. Multū intereſt an dixeris, vt des an vero ſi dederis. ita de demonſtratione dici poteſt. Propriom igitur conditionis eſt ſuſpendere in futurū euentum. Ex quo conſequitur, ſi adiectio conſeratur in tempus præſens, aut præteritum, proprie conditionem nou eſſe. l. 10. Inſtitutio talis. hic. ff. Eſt l cus communis de conditione, quæ in præſens confertur, in le. cum ad præſens. de reb. creditis. & l. conditio. 100. ff. de verb. oblig. Eadem eſt ratio conditionis, quę oeceſſario extitura eſt. l. ſi pupillus. §. 1. ff. de nouat. veluti, *Si morietur*, certum eſt hanc conditionem omnino extiturā eſſe. hic non ſuſpēditur inſtitutio hęredis. Cōditio etiā proprie dicitur, quæ poteſt eaiſtere, & noo exiſtere: alias conditio non eſt. Itaque recte dictum eſt ab Vlplano in l. Cornelius. 67. ff. de hære. inſt. quædam habere figuram cooditionis, quæ conditiones tamen non ſunt. Vt ſi quid conſeratur in præſens tempus, aut præteritū his verbis: *Si decem Titio dedit, Si Rex Parthorum viuit.* hæc figurā conditionū habent. Iiſdē particulis vtimur cū cōditiones adſcribimus. Hic eſſent addendæ quædā conditionum diuiſiones: ſed pertinent ad titulum ff. de conditi. & demonſtrat. Ego hic nihil tractare decreui, quod ad inſtitutiones non pertineat. Deinde quibus verbis inſtitutio ſub conditione concipiatur, quæri ſolet. Ego iam exemplis demonſtraui: veluti ſi ita quis hæredem inſtituerit, *Si decem dederit.* Aliter in vniuerſum id definiri non poteſt quomodo conditionaliter inſtitutio fiat, vel conditionale legatum concipiatur. Noo enim hac particula, Si, inducitur tantum cōditio: ſed aliis, veluti per dictionem, Quandiu. l. pater Seuerinam. 99. §. vltim. ff. de conditi. & demon. Hic conditio quædam eſt, quia legatum ſuſpenditur in futurum euentum. an ille ſit moraturus, pendet ex incerto euētu. Dies etiam incertus conditionem facit: *Lego tibi quo die Titius conſul factus fuerit.* leg. dies incertus. 73. ff. de condit. & demonſt. Aliud eſt eaemplum in relatiuo. *Qui, vt, Stichum, qui meus erit cum moriar, tibi lego.* l. Stichum, qui meus. 6. ff. de lega. 1. interdum etiam ablatiuis abſolutis induci conditio dicitur. Volo reſtituas hęreditatem Titio, acceptis centum nummis. videntur enim ſic accipienda eſſe hæc verba, *Si dederis centum nummos*. quanquam voluntas teſtatoris hic examinãda eſt. Poſſuot enim hæc verba accipi vt ſit modus, nempe vt det centum. atque ideo cum videret Scæuola hoc ambiguum, nō reſpondit ad quæſtionem propoſitam: ſed reſpondit de iure aperto, in leg. à teſtatore. 107. de condit. & demonſt. ff. Ex iam dictis exiſtit quæſtio tractata in l. ſi teſtamentum. 8. C. de inſtitut. vel ſubſti. vel reſtitutionib. ſub condition. Si quis ita ſcripſerit, *Ille hæres eſto ſecundū cōditiones infra ſcriptas*. & nihil poſtea adiectum ſit, an valeat inſtitutio, an potius inutilis ſit, quaſi conditione eaiſtente. Quæſtio hinc pendet, an ſit cooditionalis hæc inſtitutio, an non. Si conditionalis ſit, nullis poſtea conditionibus adſcriptis, dicitur inutilis eſſe. Si ita accipiamus hæc verba, conditiones iofra ſcriptas, id eſt, quas adſcripſero, cum controuerſia eſſet Hac de re inter veteres, conſtitutionem edidit Imperat. qua eorum controuerſiam dirimeret, & probat ſententiam ſuam argumento ducto ex reſponſo Papiniani, quod extat io l. cum. pater. 79. §. vltim. ff. de le. 2. vbi hæc verba, *Morte præuentus non fecit, &c.* ſunt Papiniani. Ibi dicitur *Vicos ciuitati, &c.* vicos quoſdam teſtator reliquit ciuitati, & adiecit ſe fines indicaturum. Solent fines in inſtrumentis publicis adſcribi: fines tamē non demonſtrauit. Ad id quod ibidem Iuriſconſ. addit, *Non ideo minus ex cauſa, &c.* Idem viſum eſt Iuſtiniano dicendum eſſe in hac ſpecie. ſunt enim ſimiles ſpecies. Quid enim refert an quis dicat, ille hæres mihi eſto ſecundum conditiones infra ſcriptas: an vero, lego fundum illum ciuitati, qui proprios fines habet, quos poſtea indicaturus ſum? Ex quo annotandum eſt, teſtamentum hic pro imperfecto babendum non eſſe, reiecta hac adiectione tanquam ſuperuacanea: alias poſſet dici teſtamentum imperfectum & nullum. l. ſi quis tū teſtamentum. 25. ff. de teſtameotis. Vnde probabiliter dubitatum fuit in hac ſpecie ao valeret. Sed conſtituit Iuſtioianus valere. hæc igitur inſtitutio pro pura habenda eſt. Sed hic occurrit antinomia. Opponitur huic conſtitutioni leg. quoties. 9. §. tantundem. ff. de hęred. inſtit. ibi, *Pro non inſtituto &c.* In hac ſpecie Iuſtiniani teſtator deſtinabat addere conditiooem, & ſi nō nulli contra ſentiant. Sed manifeſte boc apparet. In d. le. quoties. ibi, *Qui conditionem deſtinans &c.* his verbis oſtēdit ſe deſtinare addere conditionem. Iuſtinianus ait pro pura habendam eſſe inſtitutionem. Marcellus ait eum pro non inſtituto eſſe qui ita inſtitutus eſt. Apud Accurſium bic variæ adferūtur ſolutiones, & dicit corrigi hāc legē Marcelli, quę opinio ab omnib. exploditur, quod correctio legum vitanda ſit. Sed illi non in-

tellexerũt iuris hiſtoriã. Hæc cõſtitutio Iuſtin. vna eſt ex nouis cõſtitutionib. atque verendum non eſt, ne ſequendo hanc opinionem correctionem legum inducamus. In l. quoties. recitatur tantum ab Vlpiano Marcelli opinio. Nihil affirmat Vlpianus, aut Iuſtinianus ipſe. (nam hæc omnia tribuenda ſunt Iuſtiniano in l. 2. C. de veteri iure enucl.) non probat hanc Marcelli opinionem, nec improbat. Qua ratione in l. 2. quoque eiuſdem tit. ff. eadem Marcelli opinio videtur improbata eſſe ab Vlpiano. Quæritur in eadem conſtitutione Iuſtiniani, Si teſtator inſtituerit hæredem, nec ſtatim adſcripſerit conditionem, ſed conditionem adſcripſerit in alia parte teſtamenti, an inſtitutio conditionalis dicenda ſit? Ait, *Sin autem, &c.* Ergo dicẽdum eſt nihil referre, vt conditionalis inſtitutio dicatur, an ſtatim poſt inſtitutionem adſcripta ſit conditio, an vero adſcripta ſit in alia parte teſtamenti. Et ſimile exemplum eſt in l. quibus diebus. 39 §. quidam Titio. ff. de condition. & demonſtrat. Satis ergo demonſtratum eſt quid ſit conditio, quomodo conditio concipiatur.

Quæ conditiones nocent inſtitutioni, quæ non nocent.

Cap. IIII.

IN primis notandum eſt impoſſibilem conditionem inſtitutioni non nocere. l. 1. hic Impoſſibilis conditio eſt, cui natura impedimento eſt quominus exiſtat. Sic definit Iuſtinianus in Inſtit. §. ſi impoſſibilis. de inutilib. ſtipula. *Titius ſi digito cœlum tetigerit, hæres mihi eſto.* Quæritur an hæc cõditio noceat inſtitutioni, an ob hanc conditionem, quæ impoſſibilis eſt, inutilis ſit inſtitutio? Ait Vlpianus in l. 1. hic. ff. non eſſe inutilem, ſed pro non ſcripta habendam eſſe eam conditionem. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi quis ita inſtitutus. 6. ff. eo. Teſtator volebat magnificum aliquod monumentum ſibi extrui & adiecit conditionem, *Si in triduo proximo poſt mortem meam factum fuerit.* Cum impoſſibile ſit triduo proximo tantum opus extruere: ideo Vlpianus hanc conditionem tanquam impoſſibilem euaneſcere ait. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. mulier. 20. in princ. ff. hoc tit. *Si non exegerit pecuniam, hæres eſto.* Quomodo impleri poteſt hæc conditio? poteſt impleri ſi alios cohæredes habeat liberando eos acceptilatione, cauendo ſe nõ petiturum ab eis, ſi ſolus hæres ſit: quia nemo eſt cui poſſit cauere. Hæc conditio habetur pro non ſcripta, vt impoſſibilis. Aliud exemplum eſt in l. ſi Mæuia. 43. ff. de hæred. inſtit. *Si filia viuat &c.* nullã habet filiam nomine Fuluiam: cũ impoſſibilis ſit ea conditio, dicitur pro non ſcripta habenda eſſe. Quod de inſtitutione dicitur, idem dicendum eſt de legatis & aliis vltimis voluntatibus: l. obtinuit. 3. ff. de condit. & demon. §. impoſſibilis. de hæred. inſtit. in Inſtit. alia tamen cauſa eſt contractuum. Nam omnes contractus, adiecta conditione impoſſibili, vitiantur. l. impoſſibilis 7. ff. de verb oblig. & l. non ſolum. 31. ff. de oblig. & act. & §. ſi impoſſibilis. de inutilib. ſtipu. in Inſt. Rationem huius differẽtiæ & diuerſitatis ego ſcripſi ad d. l. impoſſibilis. ff. de verb. oblig. Ego dixi, cum quæritur an pro non ſcripta habenda ſit conditio impoſſibilis, ſiue in vltimis voluntatibus, ſiue in contractibus, quæſtionem magis facti eſſe & voluntatis, quam iuris. Quæritur enim quid cogitatum fuerit à teſtatore, vel contrahentibus. forte is, qui adſcripſit talem conditionem, cogitat ſe nihil agere: excogitat non poſſe parere conditioni eum, cui adſcripſit talem conditionem, atque ideo nihil conſecuturum eſſe Poteſt etiam cogitare, cũ adſcribit talem conditionem, eum, cui adſcribitur conditio, nihilominus conſecuturum, quaſi iniquum ſit eum cogi ad parendum conditioni, quæ impoſſibilis eſt, quæ in ipſius poteſtate nõ eſt. Sic ambigua eſt volũtas eius qui conditionem adſcribit. In dubio igitur quid dicẽdum eſt? Diſtinguuntur vltimæ voluntates à contractibus. nos plenius interpretamur vltimas volũtates. l. in teſtamentis. ff. de reg. iuris. In contractibus, ſi quid parum expreſſum ſit, vel ambiguum, imputandum eſt contrahentibus, qui potuerunt curare vt ea obſcuritas vel ambiguitas explicaretur. Ideo interpretamur eos nihil agere voluiſſe, adiecta tali cõditione impoſſibili, cum ex duorum voluntate contractus pendeant. Legata autem vel inſtitutiones pendent ex vnius volũtate, ſcilicet teſtatoris: nec culpæ poteſt legatarij adſcribi, quod non curauit verba teſtamenti apertius cõcipi. Hinc naſcitur quæſtio in l. ſi Titius. 16. ff. hoc tit. an valeat hæc inſtitutio, *Si Titius hæres erit, Seius hæres eſto: Si Seius hæres non erit, Titius hæres eſto.* Impoſſibilitas quædã hic cõtinetur. vnde videtur pro non ſcripta habẽda eſſe cõditio, quia exiſtere non poteſt. Is enim Seius nõ poteſt aliter hæres eſſe, quã ſi Titius prius hæreditatẽ adierit: & Titius nõ poteſt hæres eſſe, niſi Seius prius hæreditatem adierit. Si petat Titius à Seio vt hæreditatem adeat, Seius dicet ſe non poſſe prius adire hæreditatem, quam Titius adierit. Vnde quæritur an inutilis ſit hæc conditionalis inſtitutio? Ait ibi Martianus inutilem eſſe inſtitutionem, cum conditio exiſtere non poſſit. Hoc repugnat iis, quæ à nobis dicta ſunt. Cum conditio eſt impoſſibilis, videtur pro nõ ſcripta habenda eſſe. Hæc conditio ſimilis eſt iis cõditionibus de quibus iam diximus, quæ impoſſibiles dicũtur. Sed ſi ambæ conditiones expendantur, neutra impoſſibilis eſſe dicitur: ſed ambarum coniunctio facit, vt res non poſſit effectum habere. *Si Titius hæres erit, Seius hæres eſto*, hæc conditio eſt poſſibilis, & altera quoque. & propterea quod dicitur de impoſſibili conditione adiecta, hic locum non habet. Nam cum conditio adſcribitur, quæ re vera impoſſibilis eſt, ea pro non ſcripta habetur: & dicimus puram eſſe inſtitutionem. Quæritur, an idem ſit dicendum in ſpecie l. 4. ff. hoc tit. tũ ſcilicet hæredes ita inſtituti ſunt, *Si ſocij bonorum meorum vnà permanſerint, &c, hæredes ſunto.* An vtilis ſit hæc inſtitutio? Marcellus dicebat inutilem eſſe inſtitutionem ſecundum verborum ſignificationem. Nam ſi verba ſpectemus, videtur velle teſtator vt prius hæredes ſint, quam ſocij: & tamen conditio non poteſt exiſtere ſub qua inſtituti ſunt: niſi prius ſocietatem coierint. Vnde videbatur idẽ dicendũ eſſe, quod in caſu d. l. ſi Titius. valere inſtitutionem. Si non poſſet iniri ſocietas bonorum teſtatoris ante aditam hæreditatem, ſentẽtia Marcelli vera eſſet: at quia poteſt iniri, ideo dicitur conditio exiſtere poſſe, Poſſunt hæredes inſtituti ſub ea conditione, ſocietatem coire futurorum bonorum: ſcilicet bonorum quæ ſperant ſe conſecuturos adita hæreditate, & impleta conditione. Quod dicitur de impoſſibili conditione, idem dicendum eſt & de turpi conditione ſi conditio aliquam turpitudinem contineat: ſi cõditio ſit contra bonos mores. l. conditiones, quæ contra bonos. 9. ff. hoc tit. veluti: Si parentibus patroniſve alimẽta non præſtiterit. Idem in l. cõditiones cõtra edicta. 14. tit. eo. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 15. filius. eo. quæ non poſſumus honeſtè facere, ea dicimus quoque facere non poſſe. Itaque interpretatione quadam iuris pro impoſſibili habetur hæc conditio, quamuis re vera conditio impoſſibilis non ſit. Impedimento ſiquidem non eſt natura quominus exiſtat hæc cõditio, ſed impedimento eſt lex, & boni mores. Sic accipiendum eſt quod dicitur in l. 1. ff. hic. vbi mendoſa eſt lectio illa, vel alio modo. Et eſt emendanda ſic, *Vel alio mendo*: ex Flor. Pand. mendum vocat ibi Vlpia. vitium, ſiue conditio impoſſibilis ſit, ſiue aliud mendum habeat, puta cõtraria eſt bonis moribus, vel turpitudinem

aliquam

aliquam contioet:placet non vitiari inſtitutionem. Igitur quod ait Vlpian.mendo, hoc referendum eſt ad conditionem, quæ contraria eſt bonis moribus. Conditio ergo turpis, cōtraria bonis moribus, habetur pro non ſcripta, pro impoſſibili, quamuis proprie impoſſibilis non ſit, & ab impoſſibili diſtinguatur. exépla ſunt, quæ iam adduxi. Aliud exemplum eſt in leg. quidam in ſuo. 27. hic. ff. Teſtator ſcripſit in teſtamento, *Titius ita hæres eſto, ſi reliquias meas in mare abiecerit.* hæres inſtitutus conditioni non paruit. quæritur, an repellendus ſit ab hęreditate? Eſt locus communis de ſepultura, humanum eſſe cadauera mortuorum ſepelire. Suſpicione nō caret dementiæ is, qui talem conditionem adſcribit teſtamento ſuo: & ita appareat à demente facta eſſe inſtitutio hæredis, non valebit: ſed hæreditas deferetur ad legitimos hæredes. Huic ſimile eſt quod dicitur alibi, ineptas defunctorum voluntates improbandas & reiiciendas eſſe, leg. ſocialias 13. ſeruo alieno. §. vl. ff. de leg. 1. Aliud exemplum eſt in l. quæ ſub conditione. 8. ff. hic. ſi quid ſub conditione iuriſiurandi relictum ſit. Teſtator hæredem inſtituit, & adſcripſit conditionem, ſi iurauerit ſe mihi monumentum ędificaturum. Hæres paratus erat ædificare monumentum: ſed tamē iurare nolebat. hic quæritur an conſequetur hæreditatem? Vlpianus ait huiuſmodi inſtitutiones à Prætore improbari, quæ ſub conditione iuriſiurandi fiunt. Sūt enim qui nolint iurare, etſi veriſſimum ſit quod ab eis exigitur. Poteſt autem cogi omnino quod teſtator voluit implere; ſed non cogitur iurare ſe id facturum.

Diximus ſuperiori loco, ſi hæres inſtitutus ſit ſub cōditione iuriſiurandi, eam conditionem pro non ſcripta habendam eſſe. Prætoris edicto hæc conditio iuriſiurandi remittitur hæredi, cui adſcripta fuit, vt dicitur in l. quæ ſub conditione. Exiſtimauit Prætor non eſſe vtile hęredem compelli ad iurandum: quod nulla id vtilitas, aut neceſſitas ſuadeat: & hoc incommodi etiam quædam habeat. Quidam facile adducuntur vt iurent ſpe hæreditatis conſequendæ. Ita occaſio his periurii dabitur, alij carebunt hæreditate: adeo timidi & ſuperſtitioſi ſunt, vt nunquam adduci poſſint ad iurandum. Hæc eſt ratio edicti Prætorij, quo edicto ſolum iuriſiurandum remittitur: non etiam faciēdi neceſſitas quod teſtator fieri voluit: vt dicitur in eadem l. quæ ſub conditione. §. quoties. & l. 26. hæc ſcriptura. in fin. in principio. ff. de cōdit. & demōſtrat. *Inſtituo Titium hæredem, ſi iurauerit ſe mihi monumentum ædificaturum.* non cogetur iurare ſe id facturum: ſed tamen facere id cogetur. Dixerit aliquis, ſi verum eſt, quod diximus de remiſſione iuriſiurandi, mirum videtur quod Prætor alio quodam edicto ſuo iurare cogit. l. iuſiurandum & ad pecunias. 34. §. 1. ait Prætor. ff. de iureiur. *Eum à quo iuſiurandum exigetur*, Inquit Prætor, *aut iurare cogam, aut ſoluere.* Cur non cogitat Prætor quoſdam adeo timido eſſe & ſuperſtitioſos, vt iniuriam pati, quam iurare malint? Sed aliud genus eſt iuriſiurandi, de quo propoſitum eſt edictum à prætore ſub illo tit. de iureiuran. Iuſiurandū eſt quod pertinet ad lites dirimendas. Maximum eſt remedium expediendarum litium, ait Vlpian. in leg. 1. ff. de iureiur. Vtilitatis enim cauſa comparatum eſt ad lites finiendas & dirimendas. Vtilitas igitur exigit ne hominum ſuperſtitionis & timiditatis ratio habeatur: ſed vt is cum quo lis eſt, ſi deferatur ei iuſiurandum, iurare aut ſoluere cogatur. Hic aūt cū quis inſtituitur ſub conditione iuriſiurandi, ſi iurauerit ſe aliquid facturum, nullius intereſt iurare, modo aliter fiat quod vult teſtator. Cum ergo quæritur, an quis iurare cogatur, expendenda eſt cauſa iuriſiurandi ſi deferatur alicui iuſiurandum litis dirimendæ cauſa, vtilitas ſuadet vt is iurare cogatur: ſi quis hæres inſtituatur ſub conditione, *Si iurauerit*, nulla vtilitas eſt. Hinc facile apparet ratio l. 6. ſi cum patruo. C. commu. vtriuſque iudi. Diuiſio facta eſſe proponitur ſub hac conditione, *vt alter hæredum iuret ſe nihil dolo feciſſe*, hic cogitur iurare nec remittitur iuſiurandum. Aliqua vtilitas verſatur in hac re. Vt ſe purget iuriſiurandi religione, hoc pertinet ad litem, quę inter eos eſt, dirimendam. Et ſic intelligendæ ſunt quædam leges de conditione iuriſiurandi loquentes. veluti l. municipibus. 96. ff. de condit. & demon. & aliæ quædam ſimiles. Municipibus aliquid relictum eſt ſub conditione, *Si iurauerint.* quæritur quomodo iurare poſſint. Iurare cogentur, ait ibi iuriſc. per eos per quos res eorum geruntur. Et hoc intelligēdum eſt de conditione iuriſiurandi, quæ non improbatur edicto prætoris. Improbatur autem conditio iuriſiurandi, quæ in futurum tempus confertur quæ cōditio nullam vtilitatem adfert. Sed aliquando contingit vt ea conditio conferatur in præteritum tempus, propter incertitudinem eius rei, quæ geſta eſſe dicitur. Cū ea verba ambigua ſint. *Si iurauerint*, debemus eam interpretationē accipere per quā fit vt vitio careat omnino, quæ ambiguitatem habet. l. in ambigua. ff. de legib. Sic etiā intelligi poteſt. l. 62. Antiſtius Labeo ff. de acq. hære. vbi quæritur, ſi quis inſtitutus ſit hæres ſub conditione, *Si iurauerit*, an iurando videatur adire hæreditatem? Quęſtio fuit inter veteres iureconſultos de hac re. Et quidam dicebant opus eſſe aditione hæreditatis præter iuſiurandum præſtitum; ſed hanc quæſtionem ita tractat iureconſultus quaſi improbanda non ſit. Poteſt etiam hic intelligi quæſtio de eo, qui ſponte iurat. Prætor quidem remittit neceſſitatem iurandi: ſed iurare minime prohibet. Atque ideo hæres ſi iurare velit, poteſt, quamuis neceſſitate non adſtringatur: iuſiurandum remittit ſi hæres velit. Vnde quæri poteſt, ſi hæres iurare voluerit, an iurando adire videatur hæreditatem? Parendo conditioni ſub qua inſtitutus eſt hæres, videtur hæres eſſe velle. Sed de eo dicemus ſub titulo de acquir. hære. Ponamus aliquid relictum eſſe municipibus. *Si iurauerint.* Quidam volūt iurare debere, ſed dubitatur quomodo iurare poſſint omnes municipes? Et iureconſultus ait, vt iam ſupra dictum eſt. municipes iurare poſſe per adminiſtratores, qui res ipſorum gerunt. Aliud exemplum conditionis improbatæ eſt. in leg. reprehendenda. Codice eo. Inſtituta eſt filia à matre ſub conditione, ſi à marito diuerterit. quęritur an parere huic conditioni debeat filia, an vero ea conditio ſit reiicienda, & pro non ſcripta habenda? Dubitatio eā eo naſcitur, quod diuortium legibus Romanis eſt permiſſum. ff. & C. tit. de diuortiis & repud. Ideoque non videtur improbanda eſſe hęc conditio. Sed reſcripſit Valerianus imperator huic conditioni parendum non eſſe, cū mater adſcripſit illā cōdnionē inſtitu. filiæ ſuæ, *Si filia à marito ſuo diuerterit.* Eſt enim, inquit, reprehendenda quidem mater, quę hanc conditionem adſcripſit: ſed magis reprehendenda eſt filia, quę prętulit lucrum quoddam maritalis concordię. nam potuiſſe filiam, quę ſub ea conditione inſtituta fuit, non parere conditioni, & potuiſſe conſequi hęreditatem conditioni non parendo. Nam hęc conditio quę contraria eſt bonis moribus; improbanda eſt, & pro impoſſibili habenda, licet diuortium legibus permiſſum ſit. Non cogunt nos legiſlatores Romani inuitos manere in matrimonio, nec alia multa; quę honeſta ſunt pręcipiunt legiſlatores. Non eſt quidem credendum omnia quęcunque honeſta ſunt, ad neceſſitatem redacta eſſe legum auctoritate, ſed non ideo tamen exiſtimandum ea legiſlatoribus probari. non enim probatur repudium vel diuortium, vt honeſta res: quamuis permiſſum ſit. Non cogunt quenquam legiſlatores ad manendum in matrimonio: ſed tamen improbant eas conditiones, quibus inuitan-

tur homines ad diuertendum, vt turpes & inhoneſtas. Nec dubium eſt quin fuerit hæc ſententia veterũ Romanorum. Ego obſeruaui locum quendam apud Senecam lib.4.de beneficiis.cap.16.qui huc pertinet. Scribit Gellius lib.4.c.3.& lib.17.cap.1. Poſt Rõmam conditam quingentis annis non fuiſſe diuortia facta Romæ, adeo res inhoneſta habebatur. Aliud exẽplum eſt in l.ſi quis ſub conditione.7. Si conditio adſcripta ſit inſtitutioni in fraudem legis, non minus improbatur hæc conditio, & reiicitur quæ in fraudem legis adſcripta eſt, quam quę apertè cõtra legem adſcripta eſt. Eſt locus communis de fraude facta legibus.l.non dubiũ. ff.de legibus.& ſenatuſconſul. Quidam ex teſtamento legata capere non poterant, videbat teſtator ſe nõ poſſe eis legata relinquere, commentus eſt rationem, qua exiſtimauit ſe poſſe efficere, vt hi legata conſequantur contra legem: inſtituit duos hæredes, & voluit eos cauere inuicem, vt legata præſtarent, quaſi contra legem poſſet agi ex ea cautione. Ergo hic notandum eſt cum prohibetur diſpoſitio rei alicuius, prohiberi etiam cõditionem eiuſdem rei, ne aliàs fraus legi id prohibenti facile fiat. Hactenus de conditione iuriſiurandi, & de ea quæ contra leges, aut contraria bonis moribus adſcripta eſt teſtamento.

Sequuntur alij caſus, in quibus nocet inſtitutioni cõditio. Inſtituta eſt enim hac de re diſputatio, an conditio inſtitutioni noceat, an non noceat, & quatenus noceat. Primus caſus eſt, Cum filius qui eſt in patris poteſtate, inſtituitur ſub ea conditione quæ nõ eſt in ipſius poteſtate, tunc inſtitutio nulla eſt propter hanc conditionem adiectam: imo totum teſtamentum nullius eſt momenti in leg. vltim. in princ. hic. ff. Quædã conditiones in poteſtate noſtra ſunt, aliæ pendent ex caſu, aliæ mixtæ ſunt. Facilis eſt hæc diſtinctio quæ colligitur ex l.vnica.C.de cadu.tollen.§.ſin autem. Conditio aliquando ex caſu pendet: vt, *Si Titius conſul factus fuerit.* Ex poteſtate noſtra pendet conditio illa, *Si decem dederis*: plerunque ſi facile ſit ei decem dare. Nam an conditio ſit in poteſtate, an non, non poteſt aliter definiri, vt ait Iuriſconſ. in l.ſuus quoque.4.§ puto de hęred.inſtit. hæc vero conditio, *Si decẽ dederis*, ex circunſtantiis æſtimanda eſt, an ſit in poteſtate, an non. Mixta conditio eſt, cum teſtator relinquit filię ſuę, *Si nupſerit Titio*. nõ enim pendet ex eius voluntate, ſed partim ex eius voluntate, partim ex ſua. Filius igitur non poteſt ſub quacunque conditione hæres inſtitui, ſed ſub ea tãtum quæ pẽdet ex eius poteſtate. Si inſtitutus ſit ſub ea cõditione, quæ in poteſtate eius nõ ſit: quia vel ex caſu pendet, vel ex alterius poteſtate, inutilis eſt inſtitutio. l.ſi pater filium.4.C.de inſtit.vel ſubſtit.ſeu reſtit. ſub cõdit. adeo inutilis cenſetur inſtitutio, vt ne teſtamentum quidẽ valeat quod aperte expreſſũ eſt in l.Lucius 82.ff.de condit.& demõſt. teſtator inſtituit filium ſub cõditione, *Si ſe filium eſſe probauerit*, ait ibi Iuriſcõſ. teſtamẽtũ inutile eſſe: nõ ꝗ ea conditio impoſſibilis ſit, vt vulgo creditur. Poſſibilis quidem eſt, ſed nõ pendet ex poteſtate filij, cuius perſonę adſcripta eſt teſtamẽto & ideo inſtitutio nulla eſt. Idem dicitur in l.ſuus quoq; 4.ff.de hęred.inſtit. dict.l.ſi pater filiũ. ibi, nec in defectũ, &c. addit Imper. exceptionẽ, nõ valere inſtitutionẽ: niſi in defectũ eius cõditionis exhęredetur, niſi exhęredetur ſub cõtraria cõditione. l.filius à patre.28. ff. de lib.& poſth. quia ſiue extitarit, ſiue nõ extiterit conditio, non poteſt dici pręteritus eſſe. Si quis ſimpliciter hęred. inſtituat ſub cõditione, *Si nauis ex Aſia venerit*, naue nõ veniẽte, pręteritus reperitur filius. Ac tametſi idẽ dici poſſit de qualibet cõditione, quę nõ exiſtit: tamẽ imputãdũ eſt filio, ꝗ nõ impleuerit cõditionẽ, quæ erat in eiꝰ poteſtate. Si filiꝰ ergo inſtit. ſit ſub cõditione quæ nõ eſt in ipſius poteſtate, inſtitutio nulla eſt, Idẽ dicendũ eſt, & ſi cõtra leges, & cõtra bonos mores adſcripta ſit. l.filius, qui ſuit.15.ff.hoc titul. vbi ea dicimur facere nõ poſſe quæ honeſte facere non poſſumus. Et hic notandũ eſt nos loqui de filio, qui eſt in poteſtate: non de emãcipato. Nã emãcipatus filius poteſt inſtitui ſub quacũque conditione, ſiue ex caſu, ſiue ex alterius poteſtate pẽdeat. l.2.§.1.de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab. & l.2.§.ſi ſub ea.ff.de bonor.poſ.cõtra tab. Hic incidũt quædã antinomiæ, quarũ explicatio nũc neceſſaria eſt. Prima eſt in l.ſi quis hæredẽ.7.C.hoc tit. ibi, filia fuit inſtituta ſub conditione, *Si nupta erit Titio*. hæc autem conditio ex eius arbitrio non pendet: ſed pendet partim ex poteſtate eius, partim ex alteriꝰ poteſtate. Quæritur, ſi hæc mulier nupſit Titio, cui nubere eã vult pater, hanc cõditionem adſcribẽs, *Si Titio nupſerit*. deinde ab eo diuertit, an conditio impleta eſſe dicatur, an videatur paruiſſe voluntati teſtatoris? Hic obſeruandum eſt, quæſtionem hanc de conditione, *Si nupta erit Titio*, ita tractari à Iuſtiniano, quaſi vtilis ſit inſtitutio, quaſiq; teſtamentũ valeat: cum tamen certũ ſit ex iam dictis, filium non poſſe inſtitui ſub tali cõditione, quæ in ipſius poteſtate non eſt. Hoc argumento nonnulli conuellere nituntur quod iam à nobis dictum eſt de conditione, quæ non eſt in filij poteſtate. Sed hoc argumentum mihi videtur perquam leue eſſe, quamuis apud alios ſit magni ponderis. Animaduertendum eſt in interpretatione huius conſtitutionis qua de re ſit quæſtio, ſicut fere in cuiuſque legis interpretatione. Non quæritur in ea conſtitutione an vtilis ſit ea inſtitutio, an nõ: ſed quæritur an ſufficiat mulierem ſemel nupſiſſe, etiam ſi non permanſerit in matrimonio. Nõ dubitabatur ergo, cum hæc quæſtio propoſita eſt Iuſtiniano, quin vtilis eſſet conditio. Proponebatur quęſtio, quaſi certum eſſet vtilem eſſe conditionẽ. ſed quęrebatur quomodo parendum eſſet cõditioni, quid faciendum eſſet, vt dici poſſet impleta conditio. forte filia inſtituta ſub hac conditione erat emancipata à patre: ſorte exhæredata erat ſub contraria cõditione, forte teſtamentum factum erat à matre, quæ nõ habet filiam in poteſtate, & poſſũt alia excogitari in quibus vtilis ſit hæc conditio. Quo caſu valet hæc conditio, dubitatur quid faciendum ſit vt conditio impleta eſſe dicatur, an ſufficiat ſemel nupſiſſe, etſi poſtea diuerterit à marito? Quidam dicunt diuinationem eſſe quod diximus, vel emancipatam fuiſſe filiam, &c. Sed ſatis oſtendunt ſe non noſſe rationem harum legum interpretandarum, & omni iudicio carere, nec dignos eſſe qui iuris interpretes ſe profiteantur. Alia quæſtio eſt huic affinis de nepote, an quod diximus de filio idem dicendũ ſit de nepote, vt ſicut filius nõ poteſt inſtitui ſub ea cõditione, quæ nõ eſt in poteſtate ipſius, ita etiã nepos nõ poſſit? Quæſtio eſt iuris controuerſi, in quo magna eſt diſſenſio, & magna opinionũ varietas. Ego puto nepotẽ poſſe inſtitui ſub quacũq; cõditione, etiã quæ in eius poteſtate & arbitrio non ſit. Id mihi videtur tam aperte expreſſũ eſſe in l.4.& ſeq. ff.de hæred. inſtit. vt de eo dubitandum non ſit. Ait enim ibi Iuriſconſ. ſuum hæredem ſub quacunque conditione inſtitui poſſe, ſed excipit filiũ. His igitur verbis oſtẽdit Vlp. multũ intereſſe inter filiũ & nepotẽ quantum ad hanc conditionem attinet. Imo dicendum eſt, etſi nepos ſit primo gradu filio iam mortuo, ne hoc quidem caſu prohiberi ſub quacunque conditione inſtitui. Eſt ſuus hæres nepos cum pater, qui erat in primo gradu, eum non antecedat. §.ſui. in Inſtit. de hæredũ qualit. & differentia. Itaque Iuriſconſ. in l.ſed & ſi ſub conditione. 6.§.1. ait nepotes ſub omni conditione inſtitui poſſe, etſi redigantur ad filij conditionem, id eſt, etſi filio mortuo nepotes incipiãt primũ gradum tenere, & ius ſui nacti ſint. Eodẽ pertinet quod dicitur in l.1.§. ſciendum.

dum. ff. de ſuis & legit. hæredib. vbi eſt locus æque expreſſus. Diſcrimẽ eſt igitur apertum filij & nepotis: ſed quæ eſt ratio diuerſitatis? Ego non poſſum probabiliorem rationem afferre huius diuerſitatis, quam quod leges magis faueant filiis, quam nepotibus, cum propriores ſint defuncto quam nepotes. argumento eſt quod dicitur in §. 1. ff. de exhærad. lib. in Inſtit. Vbi Iuſtinianus ius antiquum recitat de filiorum & nepotũ exhæredatione. Iure antiquo, non inſtituto filio, qui erat in poteſtate, teſtamẽtũ nullum erat, propterea quod non ſufficeret filiũ exhæredare: ſed oportebat nominatim exhæredare. nepotes autem ſufficiebat exhæredare inter cæteros: *Cæteri exhæredes ſunto*. Eſt aperta differentia, qua oſtenditur legis latores magis filiis, quam nepotibus fauere. Hoc eſt diſcrimen iuris antiqui, quod conſtitutionibus mutatum eſt: ſed tamen admonemur eo iure antiquo magis fauere ſolitos fuiſſe legis latores filiis, quam nepotibus. Quæ adducuntur ab aliis, qui contrariam ſententiam tuentur, leuia ſunt. veluti quod dicunt præteritione nepotis non minus rumpi teſtamentum, quam præteritione filij. l. poſthumorum. ff. de iniuſto rupt. ſed hic non loquimur de præteritione. Ego fateor quantum ad præteritionem, non multum intereſſe, ſaltem ſi nepos ius ſui habeat, id eſt, in primo gradu ſit. Sed de nepote hic loquimur, qui inſtitutus eſt ſub ea conditione, quæ non eſt in eius poteſtate. Multo minus nos mouere debet quod adducitur ex cõſtitutione Iuſtiniani, vt cum de appel cognoſc. §. aliud quoque capitulum. Illa conſtitutio nullo modo ad rem pertinet ſi recte intelligatur, vt nos interpretati ſumus ſub tit. de inoffic. teſtam. ſupra de liber. & poſthu. Cum enim Imperator non licere nec exhæredare nec præterire filios nec nepotes, niſi ea obſeruata fuerint, quæ dicit, tota ea conſtitutio loquitur de querelis inofficioſi teſtamenti. Si ea non obſeruata fuerint de quibus loquitur, rumpetur teſtamentum querela inofficioſi teſtamenti, & propterea nihil ad hanc quæſtionem ille locus pertinet. Præterea loquitur de præteritione & exhæredatione: hic nos loquimur de inſtitutione nepotis, quæ facta eſt ſub cõditione, quæ nõ eſt in ipſius poteſtate: & inter hæc multum intereſt. Multum enim intereſt an quis ſit præteritus, an inſtitutus ſub conditione. Opponitur huic ſententiæ, vt contraria. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtam. l. ſcimus. §. cum autem. eo. titul. leges autem illæ de inofficioſo teſtamento, ſicut & aliæ quædam ſuperiores. l. omnimodo, & l. nuper. pertinent ad legitimam, quæ filio relinqui debet vt debita. Pater qui teſtamentum facit, curare debet vt filiis illam legitimam relinquat. Si non reliquerit illam legitimam, quoquomodo dicitur in l. omnimodo. ſi quicquã ei reliquerit nõ eſſe ſubuertendum teſtamentum: ſed ſupplendum eſſe, quod deeſt legitimæ, ac tantum capiendum ex ſubſtantia paterna, quantum deeſt ad ſupplendam illam legitimam. In l. quoniam in prioribus. quæritur, ſi forte pater legitimam reliquerit, id eſt, vel trientem, vel ſemiſſem: ſed tamen adſcripſerit conditionem aliquam, vel adiecerit onus, quid faciendum ſit? Dubitatio ex eo oritur, quod quantitatem integram reliquit: ſed non ſine onere, adſcripſit conditionem aliquam veluti, Lego filio centum ſi iuerit Romam. Ait Imperator reiiciendam eſſe eam conditionem. debent enim filij illam legitimam habere ſine onere. Et dicitur in vtraque lege tam in l. quoniam in prioribus. quam in leg. ſcimus. §. cum autem. reiiciendam eſſe conditionem, ita vt quod relictum eſt valeat. Reiicitur enim conditio, & nihilominus valet teſtamentum. Hoc autem contrarium videtur iis quæ hic diximus. Cum inſtituitur ſub conditione filius, dicimus teſtamentum non valere: ibi vero dicitur inſtitutionem valere, non ſuccedere ab inteſtato. Si teſtamentum nullum eſt, poteſt ab inteſtato filius ſibi hæreditatem vindicare. Bartolus putauit hoc ius antiquum correctum eſſe & abrogatum illa conſtitutione Iuſtiniani. Hæc ſententia non poteſt defendi, nullam enim probabilitatem habet. le. quoniam ex prioribus. non eſt conſtitutio noua, quæ dici poſſit iuri antiquo derogare. Ego ſæpe admonui diſtinguendas eſſe conſtitutiones nouas à veteribus. cognoſcuntur conſtitutiones nouæ ex inſcriptionibus earum. Ea conſtitutio inſerta eſt Codici in prima ipſius Codicis editione. Cæteræ, quæ ſequuntur, inſertæ ſunt Codici poſt ipſius primam editionem. Verius eſt ergo eas conſtitutiones intelligere cum teſtamentum valet. In omnibus illis conſtitutionibus debemus intelligere teſtamentum ita factum eſſe vt valeat: & quæri de inofficioſo teſtamento, quæſtio eſt an competat querela inofficioſi teſtamenti. quæſtio eſt etiam de legitima, quæ debetur filiis. & ponimus valere teſtamentum, alias non conuenirent illæ leges titulo. Si enim non valet teſtamentum fruſtra quæritur an competat querela inofficioſi teſtamenti. Ergo cum loquuntur illæ leges de conditione, quæ adſcripta eſt inſtitutioni, vel ei quod eſt relictum filio, intelligendum eſt vel emancipatum eſſe filium, vel conditionem adſcriptam eſſe quæ pendet ex eius voluntate. ſic intelligere debemus, vt diximus intelligendam eſſe l. ſi quis hæredem. ff. hoc tit. In omnibus igitur iis caſibus in quibus valet teſtãmentum, dicendum eſt eam conſtitutionem locum habere, alioqui teſtamentum nullum eſſe in quo filius qui eſt in poteſtate conſtitutus, ſub ea conditione inſtitutus eſt quæ ex eius poteſtate non pendeat.

Cœpimus oſtendere quæ conditiones noceant inſtitutioni, & quæ non noceant. Addendum eſt ſupradictis aliud exemplum de quo in l. ſeruus alienus. 21. & leg. ſeq. ff. hic. Si quis inſtituerit ſeruum ſuum ita, *Seruus meus cum liber erit, hæres meus eſto*: hæc conditio adſcripta inſtitutioni eam vitiat, in ſeruo alieno non nocet. Si quis inſtituerit ſeruum alienum, *Cum liber erit*: cum à domino ſuo manumiſſus fuerit, in id tempus collata conditione valet inſtitutio. Ratio diuerſitatis traditur in ſeq. l. qui ratio ſuadet. Cauſa dubitationis ex eo oritur, quod in tempus capiendæ hæreditatis poteſt quis hæres inſtitui. l. in tempus. 62. ff. de hære. inſtitu. Vnde videtur vtilis eſſe hæc inſtitutio, *Seruus meus, cum liber erit, hæres eſto*. quia cõfertur inſtitutio in tempus, quo capere poteſt hæreditatem. Sed viſum eſt, imputandum eſſe domino, qui ſeruum proprium hæredem inſtituit, & poteſt ei libertatem dare, ſi ei libertatem nõ det, ſi conferat inſtitutionem in tẽpus quo obueniet ei aliunde libertas. In ſeruo alieno idẽ dici non poteſt: quia ſeruum alienum liberũ efficere teſtator nõ poteſt. De hoc exemplo ego nihil aliud hic dicturus ſum: quia hæc diſputatio non eſt magnę vtilitatis. Inducitur tamen ad quæſtionem, ſicut & pleraq; alia, quæ de ſeruis conſtituta ſunt, veluti ſi quis filium ſpurium inſtituerit hæredem, collata inſtitutione in id tempus, quo legitimus effectus fuerit: aut, vt vulgo dicitur legitimatus. Cum quæritur an valeat huiuſmodi inſtitutio, non incommode ſequemur diſtinctionem hic traditam de ſeruo ſuo proprio, & de ſeruo alieno: vt ſi poteſtatem habeat legitimandi, non valeat inſtitutio, & ſit imputandum ei cur legitimum eum non fecerit. ſi vero eam poteſtatem non habeat, inſtitutio valeat. Aliud exemplum eſt in inſtitutione hæredis, quæ confertur in voluntatem tertij, talis conditio inſtitutioni quoq; nocet. l. illa inſtitutio. 32. ff. de hæred. inſtit. vbi ſi inſtituo hæredes quos Titius voluerit. vel inſtituo Titiũ, ſi Sẽpronius voluerit, hæc cõditio adiecta, ſi Sempronius voluerit, inſtitutionem omnino reddit inutilẽ.

Si dixerimus ab inteſtato eos vocari, bons interim alienari poterunt ab hæreda inſtituto. Hæc quæſtio pendet ex l. Lucius. 85. ad fin. ff. de hæredib. inſtit. cuius ſpeciem ſuperius recitauimus. Quidam inſtituit fratrẽ ſuum hæredem pluribus conditionibus adſcriptis diſiunctum. Vna ex his conditionibus eſt, *Si filius filiamve ex ſe natum natamve nõ habebit*. Subſtituit ei alium ſub conditione, *Si liberos non habuerit*. Scæuola in d. l. Lucius de hac conditiona loquens ad finem, his verbis vtitur, *Nam prudens conſilium teſtantis animaduertitur*. Cum teſtator his verbis vtitur, *Subſtituo Titiũ fratri meo, ſi frater meus ſine liberis deceſſerit*. Non tantum fratrem videtur præferri ſubſtituto: ſed etiam liberos eius. Sed quomodo intelligimus teſtatoram voluiſſe liberos fratris ſui præferre ſubſtituto? Qui contendunt liberos ex teſtamento venire ad hæreditatem, ſic interpretantur hæc Scæuolæ vltima verba, *Eius liberos*, quaſi Scæuola ſentiat eodem iure liberos vocari ad hęreditatem, quo iure frater ad hæreditatem vocatur. At certum eſt iure inſtitutionis ex teſtamento fratrem ad hæreditatẽ venire. Præterea argumentantur huius ſententię defẽſores, à loco cõmuni de volũtate teſtatoris. Hic ſufficit voluntas teſtatoris quo quomodo expreſſa fuerit. quid refert quib. verbis vſus ſit teſtator, modo ſententia eius manifeſta ſit? At conſtat teſtatorem his verbis, *Si ſine liberis deceſſerit*, voluiſſe prius vocari liberos, quam ſubſtitutum. Ideoque dicimus liberos ex teſtamento vocari à teſtatore, & adducunt pro huius ſententiæ confirmatione l. qui filium. 74. ad Senatuſconſul. Trebel. Teſtator inſtituit filium ſuum, mandat ai teſtamẽtum faciat priuſquam liberos ſuſceperit: quid his verbis ſignificet teſtator pronunciauit Imperator. Hic locus eſt ex libris Decretorum Pauli. Collegit enim decreta, quæ decreuerant principes cognoſcendo. Teſtator habebat filium & filiam. Filiæ mandauit ne teſtamentum faceret priuſquam liberos haberet. pronunciauit hæc verba ſic accipienda eſſe, quaſi eius fidei commiſſerit vt reſtituat hæreditatem fratri ſuo, id eſt, filio teſtatoris. Idem videtur dicendum & in hac ſpecia quam tractamus. Cum teſtator ſubſtituit aliquem filio ſuo ſub conditione, *Si ſine liberis deceſſerit*, quaſi ex teſtamento ſuo videatur filios vocare ad hæreditatem ſuam. Hæc fere ſunt quibus ea opinio defendi ſolet, quæ ſane multos aſſertores habet. Mihi tamen probabilior videtur contraria opinio, quæ etiam receptior eſt, & rebus iudicatis ſæpe confirmata. Ego aani opinionem confirmabo his argumentis, quæ ſequuntur. Primum, quia natura conditionis hoc non patitur vt filios ex teſtamento vocari intelligamus. Nam conditio à diſpoſitiona multum differt. Et vulgo dicitur, *Quod in conditione eſt, id in diſpoſitione non eſſe*. l. ſi quis ſub conditione. 8 ff. ſi quis omiſſa cauſa teſta. Cum quis dolo malo hæreditatem omittit ex teſtamento, & ab inteſtato adit, edicto Prætoris ſuccurritur legatariis, fideicommiſſariis, & iis, quibus quid eo teſtamento relictum eſt, quamuis alias iure ciuili non adita hæreditate ex teſtamento, quęcunque in eo relicta ſunt, euaneſcant. Quid ſi ſub conditione dandorum decem hæres inſtitutus ſit, an Titio cui decem danda ſunt huius conditionis implendæ cauſa, ſuccurretur hoc edicto? Dicitur non ſuccurri: nam actionem non habet ad id petendum, nec eſt legatarius nec fideicommiſſarius, non poteſt cogi ad id dãdum hæres inſtitutus. Sed non conſequetur hæreditatem hæres inſtitutus ſub cõditione, niſi decem dederit, hoc eſt tantum in conditione, quæ nihil diſponit.

Secundum argumentum eſt ex iis, quæ à nobis annotata ſunt ad l. Gallus. ſupra de liberis & poſthu. Ego multis exemplis demonſtraui in formula Galli, *Si filius meus, me viuo, morietur*. His verbis filium inſtitutum nõ videri, & vt valeat Aquilij formula, debere præcedere inſtitutionem: ea omnia nũc volo pro repetitis habe ri-

Tertium exemplum eſt ex l. 1. C. de pactis. Quid tu inſtitutus hæres, rogatus eſt verbis fideicommiſſi a teſtatore, vt reſtitueret hæreditatem, *ſi ſine liberis deceſſerit*, & duo ſunt rogati: deinde pacti ſunt de eo fideicõmiſſo, quæritur an pactum valeat? Dicitur pactum valere quo remiſſum eſt illud fideicommiſſum, & ait, incertum conditionis inter fratres, finitum eſſe ratione conuentionis, quod eſt notandum. Si liberos intelligeremus venire ex teſtamento ad hęreditatem his verbis, *ſi ſine liberis deceſſerit*, hoc ſane pactum non eſſet ſeruandum in præiudicium liberorum: ſicut enim diximus, res quæ ſubiectæ ſunt reſtitutioni fideicommiſſariæ, non poſſunt alienari: & tamen dicitur hoc pactum eſſe ſeruandum. Hinc conſequitur liberos his verbis non vocari ex teſtamento ad hæreditatem.

Quartum argumentum eſt ex l. ex facto. 19. ff. de hæred. inſtituen. vbi non inſtituit Seium teſtator, ſed his verbis vſus eſt: *Si Seius hæres non erit, Sempronius hæres eſto*. Adducuntur & alia quædam pro confirmatione huius opinionis, veluti l. filiusfamilias. 111. alias 114. §. cum quis. ff. de lega. 1. Sed hæc mihi viſa ſunt maioris ponderis, cætera non omittemus. Ad argumenta contrariæ opinionis breuiter reſpondendum eſt. Primum ad locum communem de voluntate: aiunt voluntatẽ teſtatoris ſeruandam eſſe quocunque modo ſignificata fuerit, & ſi non ſit expreſſa à teſtatore, ſed videndũ eſt quid teſtator voluerit. Teſtator voluit præferri liberos ſubſtituto, ergo voluit eos ex teſtamento vocari. nego conſequentiam. Quid ergo voluit teſtator? voluit ius legitimarum ſucceſſionum ab inteſtato inter eos conſeruari. arg. eſt quod dicitur in l. vel ſingulis. 37. ff. de vulg. & pupil. Teſtator ſubſtituit nouiſſimo ex liberis ſuis, ei qui nouiſſimus morietur. Ius, inquit ibi Iuriſcon. legitimarum hęreditatum inter eos cuſtadire vult. Si vnos ex liberis moriatur, vult alios ei ab inteſtato ſuccedere: atque ita non recte colligitur. Teſtator eos voluit admitti ad hęreditatem, ergo voluit eos ſuccedere ex teſtamento. Argumento eſt etiam quod dicitur in l. conficiuntur. ff. de iure codicil. etiam legitimos hæredes ab inteſtato ſuccedere quodammodo voluiſſe teſtatorem, & tamen non ideo dicuntur ex teſtamento ſuccedere. Idem dicitur in leg. 3. eod. titu. Is qui codicillos facit, nullos hæredes inſtituit, & fideicommiſſa quædam reliquit, videtur velle eos ſibi ſuccedere non quod quaſi ex teſtamento quodam veniant ad hęreditatem propter eam voluntatem: ſed ab inteſtato. atque ita poteſt reſponderi ad dict. l. Lucius. in fin. ff. de hæredib. inſti. cum ait, fratrem, &c. non tantum fratrem, ſed etiam liberos. voluit præferre ſubſtituto, voluit quidem præferre, ſed incertum adhuc reliquit, an voluerit eos ex teſtamento ad hæreditatem vocari, an vero ab inteſtato, cum hoc certum ſit, in dubio nos dicemus hanc fuiſſe teſtatoris voluntatem, vt ius legitimarum hæreditatum inter eos conſeruaretur. ad l. qui filium. 77. in princip. ff. ad ſenatuſcon. Trebel. Reſpondeo, in ea lege diſpoſitionem eſſe non conditionem: hic agimus de cõditione, ibi, verbis, *malo tibi*, diſponit aliquid & propter coniecturam voluntatis intelligimus per fideicommiſſum relictam eſſe hæreditatẽ patruo. Quæritur cum his verbis facta eſt ſubſtitutio, *Si ſine liberis deceſſerit*, an naturales non tantum legitimi excludunt ſubſtitutum? & hoc videtur ſatis definitum eſſe ea Iuſtiniani conſtitutione.

Ad §. autem, cum loquitur de iuſta ſobole: Iuſtam vocat ſobolem legitimos filios. Iuſtinianus hac conſtitutione vult reſponſum Papiniani etiam accipi, cum quis naturales filios inſtituit, vt hæc conditio inſit, *Si ſine liberis deceſſerit*. Sed cum quæritur de conditione, *Si quis deceſſerit ſine liberis*: puta nati ſunt liberi naturales tantum: quæritur an præferantur ſubſtituto?

Quæſtio eſt in vtranque partem diſputari ſolita. Sed ego dico ſubſtitutum præferendum eſſe filiis naturalibus tantum, quod ſatis oſtendunt verba Iuſtiniani, cum de iuſta ſobole loquitur. Quidam dicunt hoc eſſe accipiendum, cum ſit mentio liberorum in lege, non autem in teſtamento, & diſtinguũt diſpoſitionem legis à diſpoſitione teſtatoris. Iuſtinianus in eo §. loquitur de conditione quæ intelligitur ex diſpoſitione legis, non de ea, quam exprimit teſtator. Ego puto idẽ dicendum eſſe. & ſic intelligitur §. ſi quis rogatus. leg. ex facto. ff. ad Trebellia. Ait Iureconſultus in eo §. quæſtionem eſſe voluntatis, videndum eſſe ex circumſtantiis quid ſenſerit teſtator: ſpectanda eſt conditio & dignitas teſtatoris. Ex coniectutis colligere poterimus, an de naturalibus, an de legitimis tantum ſenſerit. Si nihil appareat, non eſt credendum teſtatorem ſenſiſſe de naturalibus tantum propter hanc conſtitutionem. Similes loci reperiuntur in l. vltim. Cod. de iure deliber. l. cum pater 77. alias 79. §. volo. ff. de le. 2. Præterea hæc conditio apponitur, vt ius legitimæ ſucceſſionis conſeruetur, inter liberos. Veteres Iureconſulti volebant naturales tantũ nõ ſuccedere, ſed legitimos. Alia exempla reperiuntur, veluti in l. vlt. C. de codicil.

Cœpimus multis exemplis oſtendere, quomodo interpretandæ ſint conditiones adſcriptæ teſtamento, ex voluntate teſtatoris. Aliud eſt exemplum ſupradictis addendum ex l. vltim. Cod. inſtit ſub cond. fact. ea lex incip. cum quidam. Teſtator cum haberet vxorem prægnantẽ fecit teſtamentum, inſtituit eam vxorem ex parte dimidia: partum vero qui ex ea naſceretur, ex altera parte: & ſubſtituit hoc modo, *Si poſthumus natus nõ fuerit, Titius mihi hæres eſto.* Poſthumus natus eſt: ſed impubes deceſſit. quæritur an ſubſtitutus admittẽdus ſit ad hæreditatem ex teſtamento: an vero mater ex Senatuſconſulto Tertullianõ? Dubitabatur quid iuris eſſet. Dubitatio orta eſt ex interpretatione verborum conditionis ipſius, ſi poſthumus natus non fuerit. Verebatur enim ne ex vxore ſua prægnãte nõ naſceretur poſthumus. Quæritur quomodo accipere debeamus hæc verba, ſi poſthumus natus non fuerit. Si ſpectemus id, quod expreſſit teſtator ſubſtitutus videtur excluſus eſſe, quia verum eſt poſthumum natum eſſe, licet impubes deceſſerit. Non enim alterum caſum expreſſit teſtator. non ita dixit, ſi poſthumus natus non fuerit, aut ſi natus quidem fuerit: ſed impubes deceſſerit, Titius hæres eſto. Sed adhuc dubitationem facit conſtitutio Diui Marci in l. iam hoc iure. 4. ff. de vulg. & pupil. vbi dicitur teſtatorem qui in vnum caſũ ſubſtituit, in alterum quoque caſum ſubſtituiſſe intelligi. hic ſubſtituit vulgariter in primum caſum: caſum autem hæreditatis non aditæ, ſpecialiter non exprimit, non dicit, *Si hæres non erit.* ſed certum eſt vulgarem eſſe ſubſtitutionem. Quæritur ergo quid iuris ſit. Exiſtimabant veteres Iureconſulti voluntatis eſſe quæſtionem. Nam etſi D. Marcus conſtituerit ſubſtitutione in vnum caſum facta, alterum quoque caſum contineri: tamen ipſa conſtitutione D. Marci etiam hoc exprimitur, niſi appareat ex coniecturis teſtatorem aliud ſenſiſſe, & hic apparet teſtatorem aliud ſenſiſſe. Ideoque dicebatur voluntatis eſſe quæſtionem. Ex coniecturis voluntatis colligit Papinianus matrem debere potius venire ad hæreditatem, quam ſubſtitutum. Ad dict. leg. cum quidam. ibi, ſi enim, &c. & ibi, Nos itaque, &c. Hoc multum confert ad interpretationem conſtitutionis D. Marci, in qua dicitur alterum caſum intelligi, ſi vnus expreſſus fuerit. In hac hypotheſi matris cauſa debet eſſe potior, quã ſubſtituti, ob veriſimilẽ teſtatoris volũtatẽ. In primis, quia eſt mater pupilli, vxor teſtatoris. nõ eſt dubius effectus teſtatoris in eã vxorẽ, cũ eã ex parte dimidia hæredem inſtituerit. Hinc à pleriſque annotatũ eſt, tacitã illam ſubſtitutionem pupillarem ex cõſtitutione D. Marci, cõtra matrem nõ admitti. & ſententia hæc vulgo recepta eſt, paucis diſſentientibus.

Ego tamen probabilius exiſtimo etiam contra matrem ſubſtitutionem hanc admitti: nec vllo iure contrarium probari, iudicio meo. In primis hæc conſtitutio pertinet ad certam hypotheſin, in qua erant aliæ cõiecturæ. Non tantum excluditur ſubſtitutus in hac ſpecie, quod mater pupilli ei aduerſaria ſit: ſed quia aliæ cõiecturæ cõcurrunt, quia ſcilicet teſtator inſtituit eam ex parte dimidia, vt hinc affectus teſtatoris in eum appareat.

Hæc præcipue coniectura mouit Papinianum & Iuſtinianum. Sed qui contrariam opinionem tuentur, dicunt conſtitutionem eſſe, aperte de hac re in l. precibus. C. de impub. & aliis ſubſtit. In ea l. ibi, eo defuncto, ad te omnino eius pertineat ſucceſſio. Alloquitur matrem quæ vocabatur patrona. Mater hæc libellum ſupplicem obtulerat Principi, cui princeps reſcribit. verſ. ſi primo tantum caſu, &c.

Sed ego ita ea verba ſolitus ſum interpretari, vt nihil aduerſetur ſententiæ noſtræ. Si primo tãtũ caſu habuit ſubſtitutum, id eſt, ſi conſtet teſtatorem nec tacitè quidem ſubſtituiſſe in ſecũdum caſum. Cum ſimpliciter teſtator ita loquitur, *Si filius meus hæres non erit, Titius hæres eſto.* eſt verum Titium tãtum primo caſu ſubſtitutũ eſſe. alter enim caſus intelligitur ineſſe propter illam conſtitutionem D. Marci. Vnde cum ait Diocletianus, primo ſi verum eſt, primo tantum caſu habuiſſe ſubſtitutum, id eſt, ſi fuit hæc volũtas teſtatoris, vt in primum caſum ſubſtitueret, *Si hæres non erit*, non in ſecũdũ *Si impubes deceſſerit.* nã aperta volũtas maior eſt, quam illa conſtitutio D. Marci. Si hæc verba ita accipiamus, nihil omnino iuuant opinionem, quæ vulgo recepta eſt, quod tacita pupillaris nõ admittitur cõtra matrẽ. Præterea ſi ea cõſtitutione Diocletiani id fuiſſet expreſſum, & ita ſenſiſſet Diocletianus, vt vulgo interpretantur, nihil magnopere opus erat hac conſtitutione Iuſtiniani, quæ poſterior eſt. Dubitatum fuit etiã tempore Iuſtiniani, vbi tamen probabilior erat dubitatio, propter circumſtantias hypotheſis, in qua proponitur teſtator inſtituiſſe vxorem ex dimidia parte.

Sequuntur alia exempla, in quibus quæritur de interpretatione conditionis, quæ teſtamento adſcribitur & inſtitutioni hæredis. Vnum exemplum eſt in leg. ſi ita ſcriptum. 19. ff. hoc titul. vbi quæritur quomodo accipienda ſit hæc conditio, *Titius hæres eſto: ſi Titius hæres erit, Mæuius hæres eſto.* Videtur fruſtra adiici hæc conditio *ſi hæres erit*, nonne certum eſt eum inſtitui hæredẽ? ſed veteres exiſtimauerũt, quãquam fuit de ea re diſſenſio inter eos, magnam vim eſſe huius conditionis, & ita accipiendã eſſe hanc conditionẽ. *ſi hæres erit*, id eſt, *ſi hæreditatem adierit*: non *ſi hæres ſcriptus fuerit*. le. 3. §. ſi quis. de hæredib. inſti. Nam hæres nõ eſt, niſi hæreditatem adierit. §. vlt. de here. qualit. & differ. in Inſti. Et propria & vera eſt conditio, quia poteſt exiſtere, & nõ exiſtere: nã fieri poteſt, vt hæres hæreditatem adeat & nõ adeat. Hinc quæritur, quid ſi hæres coactus auctoritate Senatuſconſ. Trebelliani hæreditatem adierit, vt eam reſtitueret fideicommiſſario: forte dicebat oneroſam eſſe hæreditatem. l. quia poterat. 4. ff. ad ſenatuſcõſ. Trebell. an dicatur exiſtere hæc conditio? Dubitatio ex eo naſcitur, quod adiit coactus non ſponte, ſed periculo tantum fideicommiſſarij, propter reſtitutionem non animo amplectendæ hæreditatis, poteſt adire, & quartam retinere: coactus vero non retinet quartam. Aliud exemplum eſt in l. 2. huius tit. vbi quæritur de interpretatione huius conditionis, *Si meus erit cum moriar, hæres eſto.* Hæc quæſtio partim ad proprietatem

verborum

verborum, partim etiam ad coniecturam voluntatis pertinet. Si ſeruus fuerit omnino alienatus tempore mortis teſtatoris, dicitur deficere conditio. Quid ſi vſusfructus tantum alienatus fuerit? Dicendum eſt conditiooem non defeciſſe. meus eſt ſeruus, in quo alius vſumfructum habet. l. Recte dicimus. ff. de verb.ſign. Quid ſi fuerit alienatus pro parte? Hoc ambiguum eſt: meum dici poteſt, quod pro parte meum eſt. Hinc vulgo dicitur, quod commune eſt, meum eſt. l. ſerui electione. 5. §. 1. Iureconſultus hic ait, verius eſſe non deficere conditiooem. Quid ſi duo ſerui ita hæredes ſint inſtituti, ſi mei erunt com moriar? deinde vnus teſtatoris erat tempure mortis: alter autem oon erat. Ait Vlpian. in. d. l. 2. §. 1. *Celſus recte, &c.* hoc eſt quod vulgo dicimus, ſermonem pluralem reſolui in ſingulares. l. falſa demonſtratio. 33. §. vlt. ff. de cond. & demon. Aliud exemplum eſt hoc tit. ff. in l. mulier quæ viro. 20. §. ſi quis hæreditarium, &c. Ibi quæſtio eſt, quomodo ſit intelligenda hæc conditio, *Titius hæres eſto, ſi Stichum ſeruum manumiſerit*, probabilis eſt dubitatio da hac re. quia Titius aliter hæres eſſe non poteſt, quam ſi conditioni paruerit. Conditioni autem non videtur poſſe parere antequam hæres ſit. Nam ſeruus non poteſt niſi à domino manumitti. dominus autem non eſt priuſquam adierit hæreditatem. l. 4. C. de his, qui à non domi. Hic dicitur, ſi manumiſerit eum quamuis ea manumiſſio ioutilis ſit: tamen euio videri paruiſſe conditioni, ideoque eum hæreditatem conſecuturum. Dici poteſt manumiſiſſe quadam ſignificatione: id eſt, id fecit quod dominus ſolet, cum ſeruum ſuum manumittit, & non male dicera poteſt ſe manumiſiſſe, quãuis non vtiliter manumiſerit: & effectum non habeat ea manumiſſio, quæ à non domino facta eſt. Ita hæc verba conditionis interpretamur propter coniecturã voluntatis. quia non eſt credendum teſtatorem aliud ſenſiſſe: quod hic præcipue ſpectamus. Simile exemplum eſt in l. Stichus ſi hæredi. 24. ff. de ſtatu libe. *Stichus ſi hæredi decẽ promiſerit, hæres eſto* quomodocũque poteſt, ait ibi Iurecon. promittere hæredi, dicitur parere conditioni, vt libertatem conſequatur, quamuis inutilis ſit promiſſio, nihilque agat promittiendo. Sed tamen nos ſic interpretamur hanc cooditionem. Quia credibile eſt teſtatorem ita ſenſiſſe, cum intelligetet inter dominum & ſeruum nullam obligationem vtiliter contrahi puſſe. Obiicitur nobis l. hæc conditio. 10. ff. de cond. & demon. Si adſcripta fuerit hæc conditio inſtitutioni, *ſi nupſerit, vel cum nupſerit filia*. Filia ducta eſt ad mariti domum antequam pubes eſſet, & antequam nubilis eſſet, quo tempore certum eſt nuptias ratas nõ eſſe: ibi quæritur, an videatur paruiſſe conditioni vt hęres ſit? Ait Iureconſultus, non videri paruiſſe conditioni: niſi eo tempore nupſerit, quo ouptię effectum habere poſſunt. Sed reſpondendum eſt ſpecies diuerſas eſſe. In d. l. hæc conditio. poteſt filia ita parere cõditioni, vt effectum habeant nuptiæ. Quid prohibet filiam parere conditioni: quam pater adſcripſit taſtamento, expectara tempus, quo nubilis erit, & tempus pubertatis? Cũ sonditioni huic ita parere poſſit filia, vt conditio effectum babeat: non eſt credendum teſtatorem ita ſenſiſſe, vt quandocunque nupſerit, etiam antequem nubilis ætatis eſſet, quamuis ouptiæ ratæ noo ſint, cooditioni paruiſſe intelligatur. Sed in hac ſpecie non poteſt aliter conditiooi pareri. Ante enim aditam hæreditatẽ noo poteſt hæres ſeruum manumittere, vt manomiſſio affectum habeat, atque ideo quomodo poteſt parere conditioni? Et quando apparet teſtatorem ita ſenſiſſe, nihil aliud exigitur. Atque ſic intelligi poteſt l. Mæuius. 53. ff. de cond. & demon. Iuſſus eſt hæres dare centom ei, qui teſtamenti factionem habebat, qui deportatus erat, dando ei pecuniam, quamuis pecunia accipientis non ſit, nihilominus dicitur ſatisfactũ eſſe voluotati teſtatoris, diciturque impleta eſſe conditio. Ratio non videtur admodum obſcura eſſe. Nam Titio deportato, cum quo teſtamenti factio non eſt, non poteſt aliter pecunia dari vt effectũ habeat. nec effectu caret. Nam etſi nummi non fiant accipientis, nihil prohibet eum nummis vti. Nec potaſt ita dare is, cui adſcripta eſt hæc aditio, vt alium effectum habeat. His exemplis admonemur, cum quæritur de interpretatione cuiuſque conditionis, ita ſequendam eſſe proprietatem verborum, vt non recedamus à voluntate teſtatoris, & quomodo iotarpretanda ſit conditio, non tantum ea verborum proprietate iudicandum eſſe: ſed etiam ea volnntate teſtatoris. Poſtremus locus eſt de tempora, quo conditio impletur.

Quo tempore conditio impleatur.

CAP. VI.

AD hunc locum præcipue ſpectat diſtinctio, quæ traditur in l. conditionum. 29. ff. de cond. & demon. Ait Iuriſconſultus conditionum quaſdam eſſe, viuo tantom teſtatore impleri poſſunt, alias, quæ eo tantum mortuo: alias, quæ ad alterutrum tempus pertineot. Exempli gratia, Titius ſi mihi nupſerit, certum eſt hanc conditionem non poſſe impleri, niſi viuo teſtatore. Si dixerit, ſi ad exequias meas venerit, conſtat hanc conditionem non poſſe implari, niſi mortuo teſtatore. Si ita dixerit, ſi in capitoliom aſcenderit, ſi Titio nupſerit, hæ conditiooes pertioent ad alterutrum tempus. & de hoc quæritur quo tempore huic conditioni parere debeat? Ecce ratio exigit vt quicquid decernitur à teſtatora teſtamento ſuo id executionem habeat poſt mortem ipſius. id ſatis oſteodit definitio teſtamenti in l. 1. de teſta. Omnia quæcunque decernuntur à teſtatore in teſtamento ſuo, ratio exigit vt intelligantur collata in tempus mortis ipſius. Vnde cum quæritur de conditione, videtur conditioni parendum eſſe poſt mortem teſtatoris, nec videri extitiſſe conditio, quamuis ei paruerit hæres, vel legatarius viuo adhuc teſtatore. Sed vtilitatis cauſa receptum eſt in his conditionibus, quæ ea noſtra tantum poteſtate pendent, in iis ea caſu pendent val mixtæ ſunt, non item. leg. conditionum de condit. & demonſtr. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi quis hæredem. Cod. eod. *Si Titius Conſul factus erit viuo teſtatore*, conditionem videri. hoc intelligendum eſt de iis cooditionibus, quæ non pendent ex potaſtate. leg. 2. ff. de cond. & demon. Prætarea quædam conditiones ſunt quæ poſſunt impleri moriente & animam agente hærede. aliæ ſunt, quæ nõ poſſunt. hæc diſtinctio traditur in l. vltim. hoc titu. hic locus nonnihil pertinet ad explicationem eorum, quæ diximus de conditione arbitraria, ſub qua poteſt inſtitui filius, qui eſt in poteſtate patris. Conditionum, quę ſunt in poteſtate noſtra, quædam poſſunt impleri ab animam agente hæreda, quædam non poſſunt. Hæc conditio, ſi Alexandriam ierit, eſt in poteſtate filij, ſi facile ei ſit Alexandriam ire. Ponamus eam conditionẽ propter perſonam, cui adſcripta eſt, eſſe arbitrariã, & ex poteſtate pendera. Certum eſt hanc conditionẽ, etſi poſſit ab eo impleri, non tamen eo morieute poſſe impleri. Et quæri ſolet, an ſub tali conditione poſſit filius inſtitui, quia non poteſt quocũq; tẽpore impleri. Neq; n. tẽpora mortis poteſt ab eo impleri. Sed receptum eſt: ſub tali conditione poſſe filium inſtitui, qoia hæc conditio potaſt impleri ab eo ante tempus mortis. Imputandum enim ei eſt, qoi ante tempus mortis conditioni adſcriptæ noo paruerit. Simile aſt in leg. ſi libertus. 20. § exiſtimo. ff. de boo. lib. vbi Iuriſconſul. ait ſub hac conditiooe poſſe filiom inſtitui, cum teſtamentum fecerit. nec eſt credendum

Digitized by Google

ſolet, de qua plenè diximus ſub titul.de condit. & demonſtr. vbi diſtinguuntur caſuales conditiones ab arbitrariis. Conditionis hic eſt effectus, quod ſuſpendit vim inſtitutionis. Sed quæritur, an impleta conditione ab hęrede acquiratur hæreditas? Quęſtio eſt in l.13.ei,qui.ff.hic. Quidam hæres inſtitutus eſt ſub hac conditione, *Si decem Titio dederis*, putans ſe inſtitutum,ſub hac conditione decem dedit,quæritur an hæreditas ei acquiratur? Videtur ei acquiſita eſſe. Si quis enim aliquid gerat pro hærede, videtur acquirere hæreditatem.l.pro hærede.ff.de acq.hær. Titio decem dando,videtur velle hæredem eſſe. videtur enim hoc animo dare,vt hæreditatem ſibi acquirat,atque ideo videtur nullam aliam aditionem neceſſariam eſſe. Cōtra tamen hic dicitur, quod parendo conditioni non acquiritur hæreditas. Parere conditioni ſub qua quis eſt inſtitutus,non eſſe pro hærede ſe gerere, argumento eſt, quod ſi quis parendi conditioni cauſa aliquid dederit,deinde hæreditatem repudiauerit, id eſt repetere condictione cauſa data, cauſa non ſecuta.l.1.§.ſi parendi.ff.de condit.cauſa.dat. Ratio mihi videtur ſatis probabilis ex eo, quod inſtitutus hæres ſub conditione, parendo conditioni non arguitur voluntas hæreditatis acquirendæ. hoc non neceſſario concluditur eum velle hæredem eſſe. Poteſt aliud conſilium eius eſſe.Is,qui videt ſe inſtitutum eſſe ſub hac conditione, Si decem dederit,decem dat Titio, forte interim dum deliberat an hæreditatem aditurus ſit, non conſtituit apud ſe hæreditatem adire: ſed ita tamen,vt poſtquam deliberauerit, illa conditio ſit impleta: & nihil impediat & officiat ei conditio impleta. Sed de hoc plenius dicemus ad l.pro hærede.ff.de acqu.hæred. Cum ergo quæritur de effectu conditionis, nullus eſt effectus, quam quod pendet inſtitutio hæredis ex euentu conditionis. Ad hæreditatis autem acquiſitionem non prodeſt implementum conditionis. Atque hinc quæritur quando exiſtere,aut deficere dicatur conditio? Hic locus latiſſime patet,& partim verſatur in coniectura voluntatis,partim in verborum ſignificatione. Quæritur ergo in primis de pluribus conditionibus adſcriptis inſtitutioni hæredis ſiue coniunctim, ſiue disiunctim, quando deficere, aut quando exiſtere vnaquæque dicatur. Aliquando plures conditiones adſcriptæ ſunt cōiunctim, *Si decem dederis Titio,& ſi nauis ex Aſia venerit*. Aliquando adſcribuntur disiunctim, *Si Titio decem dederit, vel ſi nauis ex Aſia venerit*. In hac quæſtione ſequenda eſt regula tradita in l.ſi cohęredi.5.ff.hic.& §.ſi plures.in Inſtit.de hæred.inſtituen. omnibus coniunctim adſcriptis parendum eſſe. hæc eſt coniunctionis natura. Eſt locus communis & vulgaris, de quo alias diximus. Et ſimilia ſunt exempla in leg.ſi quis ita ſtipulatus.129.ff.de verbo.obligat. Si vero disiunctim,ſufficere vni parere.l.14.ſi is qui ducenta §.vtrum. & §.cnoi ita.ff.de reb.dub. Sed animaduertendum eſt hanc differentiam negligi plerunque à iuris auctoribus propter voluntatis teſtatoris coniuncturam. Et ſimile eſt quod dicitur in l.ſæpe.de verbo.ſignificat. Duo potiſſimum hic obſeruāda ſunt. Vnum eſt in l.generaliter.in princ. Cod.eod. Erce quidam inſtituit ita hęredem, *Filius meus heres eſto,& ſi deceſſerit vel ſine teſtamento, vel ſine liberis,vel ſine nuptiis,Sempronio reſtitui hereditatem volo.* hic plures conditiones adſcriptæ ſunt disiunctim. hic filius deceſſit ſine teſtamento: ſuſcepit tamen liberos. Controuerſia eſt inter liberos inſtituti & ſubſtitutum. Subſtitutus vult præferri, quia deceſſit ſine teſtamento hæres inſtitutus. Et tamen Iuſtinianus conſtituit liberorū,qui ex filio inſtituto ſuſcepti ſunt,potiorem cauſā eſſe debere,vt quamuis teſtator plures conditiones adſcripſerit diſiūctim: perinde tamē accipiamus ac ſi cōiūctim adſcriptę eſſēt.idq; propter volūtatē teſtatoris. *Si enim*,ait ibi Iuſtinian*, *nihil ex his fuerit ſubſecutū,tūc, &c.* id eſt,ſi neq; teſtamētū fecerit,neq; nuptias cōtraxerit.neq; liberos ſuſceperit. Sic ipſemet Iuſtinian* interpretatur hęc verba. Cōiectura voluntatis ex eo naſcitur quod teſtator liberorum mentionem fecit, credibile eſt eum liberos, qui poſtea ſuſcepti eſſent, vniuiſſe pręferre ſubſtituto. Sed hoc producit etiā Iuſtinianus ad extraneum: quia mentionem liberorum fecerit teſtator. Simile exemplum eſt & propria idem in l. Lucius. 81.ff.de hæred.inſtit.Ibi,hæ cōditiones inſtitutioni fratris disiunctim adſcribuntur. *Si hæreditatem non adierit: vel liberos non habuerit*, id eſt,ſi neque hæreditatem adierit,neque liberos habuerit, admittetur ſubſtitutus. Sed hoc amplius ait ibi Scæuola paulo ante finē, *Quos eo amplius*,&c.ſic eſt legendū. Et ſi altera ex conditionibus adſcriptis extiterit, non tamen admittetur ſubſtitutus. Perinde enim accipiendæ ſunt hæ cōditiones diſiunctim adſcriptæ,ac ſi coniūctim adſcriptæ,eſſent. Rationemque ſubiecit, quia mentionē fecit liberorum. Non eſt credibile liberos fratris ſui ſubſtituto poſtponere voluiſſe. Multū referre dicimus an plures conditiones adſcribantur coniunctim, an diſiūctim: vt ſi plures conditiones adſcribātur cōiunctim, omnibus parendum ſit: ſi diſiuncti adſcribantur, ſufficiat vni parte. ſed quid dicemus, ſi plures conditiones adſcribātur neq; diſiūctim,neque coniūctim, ſed in diuerſis partibus teſtamenti, vt ſi in vna parte adſcribitur conditio teſtamēto, *Si Titio decem dederit: in altera parte,ſi nauis ex Aſia venerit?* Hic varietas iuris reperitur. vide l.ſi plures.17.ff.hoc tit.ibi, *Conditio quæ prior,&c.* In vna parte teſtamēti dixit, *Titius mihi heres eſto, ſi Sempronio decem dederit*. In altera parte teſtamenti dixit, *Titius mihi heres eſto,ſi nauis ex Aſia venerit*. Nō eſt neceſſe omnes conditiones exiſtere: cōditio quæ prior extiterit occupabit inſtitutionē, ſiue decē dederit, ſiue nauis ex Aſia venerit. vtra prior extiterit valebit inſtitutio. Ait autem ibi, *Ex eadem parte, &c.* quia aliud dicendū erit, ſi ponamus ex diuerſis partibus hæredē inſtitutū eſſe: tūc enim vtraque conditio implēda eſt. Idē dicitur in l.27. ſi ie ſolum.ff. de hæred.inſti. Alia eſt tamē cauſa legatorum. In legatis aliud dicitur. Et plerinſque turbat hęc iuris varietas. In legatis ſpectatur nouiſſima conditio, vt dicitur in l.86 quod traditum. Et l.50.ſub diuerſis.ff. de conditionib.& demnn. In libertatibus ſpectatur leuiſſima conditio,& ſi extiterit vna conditionum, tamē legatarius nō cōſequetur legatū. In libertatib.ſpectatur leuiſſima, ea intelligitur adſcripta fauore libertatis. In inſtitutione hæredis prima cōditio quæ prior extiterit. Certū eſt ex inſtitutione hæredis omnia pēdere quæ in teſtamēto ſcripta ſūt.l.proximè.de his quę in teſt.delēt.

Cœpimus oſtendere quādo exiſtere vel deficere cōditio dicatur. De pluribus cōditionibus adſcriptis teſtamento iā diximus. Nūc videndum eſt cùm vna tantum conditio adſcribitur. Cùm vna tantùm cōditio adſcribitur teſtamento, ea aut negatiuè concipitur, aut affirmatiuè: aut in non faciendo conſiſtit, aut in faciendo. Si conſiſtat in non faciēdo: veluti, *Si in capitolium non aſcenderit* hæc conditio videtur impleri non poſſe, nec vnquam poſſe dici exiſtere. Nam & ſi hæres inſtitutus ſub ea conditione, hodie non aſcendat capitolium: tamē cras, perendie, aut ſequentibus diebus poterit aſcēdere. Sed inuenta & excogitata eſt ratio, vt hæc conditio impleatur, ſcilicet per cautionē, quæ Mutiana dicitur, à Mutio Iureconſulto eius cautionis auctore. Ad l.4.ſi qui ita ſint. §. Idem Iulianus. ff. hoc tit. de condit. inſtit.ibi, *Cauentem,&c.* Is cauet id ſe non factūrū quod loco conditionis poſitum eſt. Si ſolus hæres ſit, non eſt cur caueat. Atque ideo inutilis redditur hæc inſtitutio. De hac Mutiana cautione videte l. 7. Mutiana. & aliàs huiuſmodi.ff. de condit.& demonſt. Nam diſputatio de cautione Mutiana, non eſt propria huius loci. Conditio conſiſtit aliquando in faciendo, & affirmatiuè concipitur. Si quæratur quando exiſtere aut deficere dicitur hæc conditio, nullum vobis vtilius præceptum

caſu, ſi non ſint hæredes filio, non poterunt aui hæreditatem acquirere. eſt enim vna & eadem hæreditas. Permixta eſt aui hæreditas cum filij hæreditate. Vnde apparet ſi mortuo filio admittantur ad hæreditatem, poterit admitti ſeparatio bonorum filij à bonis aui. Alius effectus animaduerti poteſt in hoc genere ſucceſſionis. Ponamus ex nepotibus alios ſubſtitutos eſſe, alios non eſſe. In ſpecie Papiniani proponitur nepotes omnes ſubſtitutos eſſe. ſed poteſt accidere vt quidam ſubſtituti ſint, alij non ſint. Ponamus quoſdam ſubſtitutos eſſe, alios non eſſe, & ſubſtitutos nepotes admitti ad hæreditatem filij, viuo filio. Si nepotes ſubſtituti non admittentur ſoli ad hæreditatem: ſed ſimul cum aliis, cum fratribus ſuis: quia cum ſuccedunt nepotes filio ab inteſtato, dicuntur ſuccedere patri, non auo, vt iam ego admonui. Si mortuo iam filio, ſuccederent hi nepotes ſubſtituti, ſoli ſuccederent: quia ſoli ſunt ſubſtituti, & alios excluderent, qui non veniunt ex teſtamento: ſed ab inteſtato: & ſic videtis non fruſtra diſputatum eſſe de hac ratione ſuccedendi à Papinia. in dict. leg vltim. ff. hic. Alia difficultas naſcitur ex verbis eiuſdem legis ad finem. Incidit dubitatio, quomodo valeat exhæredatio filij, quæ nō poteſt effectum habere niſi eo mortuo? Hunc locum tractaui ſub titu. de liber. & poſthum. interpretans leg. ſi ita ſcriptum. 13. §. vltim. ff. eodem. vbi dixi, exhæredationem filij non valere, quæ nō pōt valere niſi poſt mortē filij. Id accidit cum hæreditas non poteſt adiri niſi mortuo filio exhæredato. Cum exhæredatus eſt filius in paterno teſtamento, ita demum valet exhædatio, ſi adita fuerit hæreditas ex teſtamento: nam ſine aditione, nihil valet eorum, quæ in teſtamento ſcripta ſunt. §. 1 de hæredit. quæ ab inteſta. in Inſtitut. & leg. prim. ff. de ſuis & legiti. hæredi. Si ponamus hæredes inſtitutos eſſe poſt mortē filij, & exhæredatum eſſe filiū in eo teſtamēto: dico eā exhæredationē non valere, quia nō pōt valere exhęredatio ſine aditione hæreditatis. At hæreditas adiri non pōt, quandiu viuit: quia quādiu viuit reperitur præteritus: ſic exhæredatio quandiu viuit, non poteſt effectum habere. Quomodo igitur accipiemus quod Papinianus hic ait in fin. *Quemadmodum ſi exhæredato? &c.* Vulgo dici ſolet hoc intelligendum eſſe, cum nepotes habent cohæredem, cuius hæreditatis aditione confirmetur exhæredatio. & hoc rationem habet. Sed non neceſſe eſt ad hanc ſolutionem confugere. Papinianus non loquitur de hærede poſt mortem filij inſtituto: *Sed cum filius morietur.* Multum intereſt, an conferatur inſtitutio hæredum in tempus mortis filij exhæredati, id eſt, cum mortuus fuerit, an vero in tempus quo incipiet mori. Ponamus filium exhæredatum eſſe, nepotes inſtitutos *cum filius morietur*, id eſt cum incipiet animam agere. dico hoc caſu exhęredationem inutilem non eſſe, quia poteſt viuo adhuc filio, effectū habere exhæredatio, quia non poteſt adiri hæreditas cum incipiet mori. Eo moriente & animam agente poterunt hæredes inſtituti adire hęreditatem, atque ita confirmabitur aditione hæreditatis exhæredatio filij antequam mortuus fuerit. Ideoque non obſtat d. l. ſi ita ſcriptum §. vltim. ff. de lib. & poſthu. Si hæc ſunt diſtinguenda.

Sequitur poſtremus locus, quo continentur exceptiones regulæ iam à nobis traditæ. Regula eſt initio poſita, Deficiente conditione, inſtitutionem euaneſcere. Si adſcripta fuerit inſtitutioni hæredis conditio, exiſtēte ea conditione valet hæredis inſtitutio: ea deficiente, inutilis eſt. Hoc tametſi verum ſit: perpetuum tamen non eſt, ſed cum exceptione intelligendum. Conditio enim & ſi non extiterit, habetur tamen interdū pro impleta, benigna interpretatione, cum non ſtat per eum, cui adſcripta fuit, quominus impleat. & hoc locū habet in conditionibus arbitrariis, vel mixtis. Exempla ſunt ſub hoc titu. ff. in leg. 8. quæ ſub conditione. §. quoties ſi adſcripta ſit conditito, *Si Stichum manumiſeris.* mortuo enim Sticho, & ſi non ſit impleta conditio, ea tamen habetur pro impleta. Similis locus eſt in leg. vter ex fratribus. 23. ad fin. ff. hoc titu. perinde eſt, ac ſi teſtator ita dixiſſet, *Si per eum non ſtet quominus vxorem ducat.* Simile eſt quod dicitur in leg. prim. C. eod. idem in leg. 2. Hoc locum habet vt dixi, in conditionibus arbitrariis, aut mixtis. In his quæ caſuales dicuntur, aliud eſt dicendum. §. ſin autem. C. de cadu. tollen. Eſt enim ius diuerſum, nihil refert an per eum ſteterit, cui adſcripta eſt conditio vt omnino euaneſcat inſtitutio, ſi defecerit ea conditio: quod eſt expreſſum in leg. vltim. C. de neceſſa. ſeru. inſtit. vbi diſtinctio adhibetur inter eas conditiones, quæ pendent ex caſu, & eas quæ ex poteſtate. Si conditio in eius poteſtate ſit, & eius negligentia factum ſit & culpa, quo minus exiſteret, inutilis eſt inſtitutio. Si caſualis ſit: puta, ſi nauis ex Aſia venerit, quæ non pendet ex hæredis voluntate aut poteſtate: deficiente ea conditione quocunque modo defecerit, euaneſcit inſtitutio. Ad verſic. *Tunc humanitatis intuitu*, &c. Fauor, inquit, libertatis ſuadet vt libertas maneat. Ratio non eſt ad admodum obſcura. In his. n. conditionibus ſpectanda ſemper eſt teſtatoris voluntas. l. in conditionibus. ff. de condit. & demonſt. Cum conditio caſualis inſtitutioni hæredis adſcripta eſt, teſtator videtur euentum ſpectaſſe, cum intelligeret eam ex fortunæ temeritate, non ex poteſtate hæredis pendere. Sed cum adſcribitur conditio, quæ ex caſu non pendet, ſed ex poteſtate: videtur hæc eſſe cogitatio teſtatoris, vt conditioni pareatur, ſi fieri poſſit. Nos igitur ex veriſimili teſtatoris voluntate ita diſtinguimus. Notandum eſt omnem conditionem cuiuſcunque generis ſit, haberi pro impleta, cum eius implementum impeditur ab eo, qui debiturus eſt, impleta conditione. nec diſtinguimus, quæ conditio ſit, ſiue conditio arbitraria, ſiue caſualis. Si factum ſit per eum, qui debiturus eſſet exiſtente conditione quominus conditio extiterit, conditio habetur pro impleta. leg. Iulius Paulus. 79. §. vltimo. ff. de condi. & demon. Exempli gratis. Teſtator mihi legauit ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit. Hæres cum intelligeret fore, exiſtente ea conditione, vt legatum debeat, impediuit ne nauis ex Aſia veniret: tunc conditio habetur pro impleta, id eſt, perinde mihi legatum præſtat, ac ſi re vera conditio extitiſſet. & ſic accipiendum eſt: quod dicitur in leg. iure ciuili. 24. ff. de cōdit. & demon. idem dicitur in l. Iure ciuili. ff. de regu. iur. vbi eadem ſunt verba: niſi quod in vno loco negatio eſt, in alia non eſt. In l. Iure ciuili. de regu. iur. negatio eſt, in leg. Iure ciuili. de condit. & demon. non eſt negatio, in dictis legi. ibi. *Quoties per eum, &c.* Hęc verba ſic interpretor, Cum ſit per eum, qui debiturus erat exiſtente conditione: ſicut in dict. leg. Iulius Paulus. in fin. Et rurſum ibi, *Cum per promiſſorem, &c.* Ego ſtipulatus ſum à te ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit: per te, id eſt per promiſſorem, factum eſt, quo minus exiſteret conditio. Promiſſor eſt, qui debiturus eſt exiſtente cōditione, non ſtipulator. Vnde neceſſe eſt hæc verba, ſecundum ſententiam Iulij Pauli, ad eum, qui debiturus eſt, referre. & abſurdum eſt hoc intelligere de ſtipulatore. non debet enim haberi pro impleta in commodum eius, qui acquiſiturus eſt impleta conditione. Abſurdum eſt hoc ita intelligere.

Sed quomodo interpretabimur caput, in quo deeſt negatio? Nā videtur intereſſe cōditionē impleri eius qui acquiritur impleta cōditione: nō impleri autē intereſt eius qui debiturus eſt impleta conditione. Quidā cēſēt delēdā eſſe cōditionē: alij addēdā. Si vterq; loc⁹ eſſet eiuſdē Iurecōſulti, magna ratio ſuaderet eodē modo legēdū eſſe in vtroq; loco, ſed diuerſorū auctorum eſt

Vnus eſt Iuliani, alter eſt Vlpiani. Ego puto eundem eſſe ſenſum vtriuſque lectionis, & nihil mutandum eſſe. ibi, *Cuius intereſt conditionem, &c.* hæc verba mihi videntur ſine vllo incommodo, referri ad eum, qui debiturus eſt, impleta conditione. Intereſſe noſtra dicitur, quod ad commodum vel incommodum pertinet. intereſt mea qui debiturus ſum, exiſtente conditione, conditionem impleri, vel non impleri. Hic ſenſus eſt, hoc ad me pertinet, ad commodum vel incommodum meum reſpicit vt impleatur, vel non impleatur conditio, ideoque dicitur intereſſe mea. Aliæ quædam exceptiones addi poſſent: ſed propriæ ſunt tituli ff. de condit. & demonſt. Alter eſt locus de perſonis, quem ideo omitto, quia etiam pertinet hic locus ad eundem titul. de cond. & demon. Vnum eſt tantum caput ſub hoc titulo, de perſonarum conditione loquens.

IN TIT. VIII.

DE IVRE DELIBERANDI.

CAP. I.

Dictum eſt ſuperioribus titulis de inſtitutionibus, & iis, quæ ad inſtitutiones pertinent. Dictum fuit hæreditatem deferri inſtituto ex teſtamento ſi velit. hic eſt affectus inſtitutionis, tam inſtitutionis factæ primo gradu, quam ſecundo: tam inſtitutionis factæ pure, quam ſub conditione, ſi modo extiterit conditio. Hanc inſtitutionem ſequitur acquiſitio hæreditatis: Tit. de acquirenda hæred. in quo quæritur, quomodo acquirẽda ſit hæreditas ei, cui delata eſt. Sed acquiſitionem tamẽ præcedit deliberatio nonnunquam. Non eſt prudentis hominis temere adire hæreditatem ſine magna deliberatione. Vnde præcedit acquiſitionem hæreditatis, deliberatio de acquirenda hæreditate. Æquum eſt permitti hæredi, cui hæreditas delata eſt, deliberare an aditurus ſit hæreditatem, an omiſſurus ſit & repudiaturus. Æquum non eſt eum præcipitari, cum tantum ſit periculum in aditione hæreditatis. Obſtringitur enim omnibus creditoribus hæreditariis, etiam ſi hæreditas non ſit ſoluendo. l. quæ dotis. 31. ff. ſolut. matrimo. Vnde edictum propoſitum eſt à prætore, quo permittitur ius deliberandi. Prætoris igitur edicto, facultatem habet hæres inſtitutus, poſt delatam ſibi hæreditatem, deliberandi an velit hæres eſſe: an vero potius hæreditatem repudiare malit. Eodem edicto præſtituitur ei tempus ad liberandum, an velit hæres eſſe, ne deliberatio, quæ ipſi permittitur, damnoſa ei ſit, vel creditoribus hæreditariis, ſi forte in longum tempus differatur aditio hæreditatis, aut repudiatio eiuſdem. Et notandum eſt edicto locum eſſe, cum delata eſt hæreditas, vt adiri poſſit. Et ob hanc cauſam prætoris edictum propoſitum fuit. Vnde quæſitum eſt, ſi differatur aditio hæreditatis propter conditionem, quid dicendum ſit? Prætor ait, Si is, cui delata eſt hæreditas, nondum deliberauerit, an eam adire velit, an repudiare, præſtituendum ei eſſe tempus intra quod cogatur vel adire, vel repudiare. Quid igitur ſi inſtitutus ſit ſub conditione, & nõ exiſtat cõditio vel nõ pareat cõditioni: Hoc nõ videtur ad edictum Prætoris pertinere. Hæc quæſtio tractator in leg. ſi quis Inſtituatur. 23. ff. de hæred. Inſtitut. Iureconſultus diſtinguit arbitrarias conditiones à caſualib. Si conditio arbitraria ſit, quæ ex poteſtate & arbitrio hæredis inſtituti pendeat, qui conditioni facile ſit parere, vult hæredem cogi ad parendum conditioni, & præſtituendum ei eſſe tempus intra quod pareat conditioni: & imitabitur edictum ſuum Prætor, vt Iureconſultus ait in dict. le. ſi quis inſtituatur. §. ſed ſi bonorum. Verba edicti de iure deliberãdi, hic ceſſant: ſed tamen producentur ad hunc caſum. Si vero conditio non pendeat ex eius poteſtate, ſed ex caſu, idem dici non poteſt. non prætor ei præſtituet tempus intra quod pareat conditioni. non enim pendet ea eius arbitrio. Aliter igitur ſuccurritur hæreditariis creditoribus. dabitur bonis curator, ſecundum diſtinctionem quæ traditur in di. leg. ſi quis inſtituatur ff. de hæred. inſtit. & tit. de curat. bonis. dand. Hoc ius igitur competit hæredi antequam adeat vel repudiet hæreditatem. Poſt aditam hæreditatem fruſtra petitur tempus ad deliberandum, vt dicemus ſub tit. de acquir. hæredit. niſi in caſibus exceptis. Sed antequam hæres adeat hæreditatem, vel repudiet, tunc prodeſt ei deliberatio, & datur ei tempus ad deliberandum, tam ipſius gratia, quam legatariorum, & creditorum, quibus debiturus eſt. Vnde quęritur in leg. prima. ff. hoc titu. Si ſeruus hæres ſit inſtitutus, ſi ſit ſeruo delata hæreditas, an ei ſeruo dabitur hoc tempus ad deliberandum. an vero dabitur domino, cui hæreditas acquiritur per ſeruum? Edictum de hærede loquitur. Seruus eſt hæres inſtitutus. ergo videtur tempus ad deliberandum dandũ eſſe ſeruo, non domino. Vlpianus tamen in interpretatione edicti non omnino hæret verbis: ſed sit dandũ eſſe tempus ad deliberandum domino. Alienum eſſet enim à ratione iuris, vt intelligatur edictum Prætoris de ſeruo inſtituto. Nam ſerui pro nullis habentur. Imo hæreditas ipſo adeunte acquiritur domino. Non poteſt domino acquiri delata ſeruo hæreditas, niſi facto & opera ſerui. leg. cum proponas. C. de hæredibus inſtituen. quomodo ergo dicitur pro nullo haberi apud Prætorem? Hoc tempus ad deliberandum petitur in iure apud Prætorem. Adeundus eſt Prętor, à quo petatur hoc tempus. Indecorum eſt ſeruum apud Prætorem petere in iure. Simile eſt quod dicicitur in leg. prim. ff. de poſtuland. Prætor quoſdam vetuit poſtulare apud ſe in iure: quia indecorum ei viſum eſt homines notatos aliqua infamia poſtulare apud ſe, apud tribunal Prætoris. Nã alias ſerui factũ neceſſariũ eſt in acquirenda hæreditate, & perſonæ ipſius aliqua ratio habetur. Præſtituitur igitur tempus ad deliberandum domino &, ſi plures ſint domini, præſtituetur omnib. dominis. De filiofam. quęritur, an idem ſit dicendum? Plerunque eodem iure cenſentur filiusfamilias & ſeruus. nam vterque eſt in poteſtate alterius. an dicemus præſtituendum eſſe tempus filiofam. an patri? Verius eſt quod receptum vulgo: ideo vtrique præſtituendũ eſſe tempus ad deliberandum propter imperatorum conſtitutiones. Nam neuter ſine altero poteſt hæreditatem repudiare. leg. vltim. C. de bonis quæ liber. Quid ſi plures ſint hæredes? Multa ſupplẽda ſunt quæ deſiderantur in veteribus Iureconſultis. Hoc pertinet ad interpretationem edicti. Quid ſi plures ſint non vnius gradus? Alii ſunt inſtituti in primo gradu, alij in ſecundo. Hæc quæſtio tractatur in leg. ſi plures. 10. ff. hoc titu. Sicut gradatim ſunt inſtituti, ita gradatim eis præſtituetur tempus ad deliberandum. Primum inſtitutis in primo gradu tempus pręſtituetur. Et poſtquam excluſi fuerint, præſtituetur inſtitutis in ſecundo gradu. Quæritur de legatario an pręſtituetur tempus legatario? Si legatari⁹ dicat ſe velle deliberare, an debeat legatum cognoſcere? Et dicẽdum eſt edictum Prætoris ad legatarium non pertinere. nulla vtilitas exigit vt legatario tempus detur ad deliberandum quia legatario non poteſt damnoſum eſſe legatum, ſicut hæreditas. Hæreditas poteſt damnoſa eſſe propter æs alienum: ſed legatum non poteſt. Legatarius non tenetur ad æris alieni exſolutionem. Et hæc ratio diuerſitatis traditur in leg. ſi hæreditatem. 32. ff. mãda. Mandatu tuo adii hæredita-

hæreditatem, quam alias aditurus non eram, habebo actionem mandati aduerſus te. Sed ſi legatum agnoui mandatu tuo, nulla actio putetur mihi competere. An idem de fideicommiſſario dicendum ſit, quæritur? Fideicommiſſarius vniuerſalis hæredis loco eſt habẽdus. Eadem cauſa fideicommiſſarij vniuerſalis eſt, quæ hæredis: quia reſtituta hæreditate ſubit onera hæreditaria. §. reſtituta. Inſtitut. de fideicommiſſ. hæreditat. Cœpimus tractare de iure deliberandi, poſuimus argumentum huius tit. ex quo cognoſcitur, quæ fuerit cauſa edicti proponendi à Prætore. Diximus etiam de perſonis, quibus competit ius deliberandi. Nunc de tempore aliquid videndum eſt.

Prætor ait in edicto ſuo, *Si tempus ad deliberandum petet, dabo*. nec definit certum tempus, ex quo intelligitur Prætorem id commiſiſſe arbitrio iudicis, vel ius dicentis potius. Cum dicit, *Tempus*, inquit Vlpianus, *ius dicentis*, id eſt, Prætoris qui ius dicit. Nam prætor aditus tempus præſtituit ad deliberandum. Ius dicens Prætor eſt. l. ſi filius, qui patri. 10. ff. de vulgar. & pupil. Prætoris eſt proprie ius dicere magis, quam iudicare. Simile eſt quod dicitur in l. ſi curatoris. 9. C. eo. *Moderatũ &c.* Cum ait lex Præſidem moderatum tempus ad deliberandum ſtatuere debere, ſatis oſtendit nullum certũ tempus definitum eſſe. Cur ergo, dixerit aliquis, Paulus in leg. 2. huius tituli pauciores, quam centum dies dandos non eſſe, ait? quæ l. 2. incipit. Itaque, &c. Mirum eſt vnde hoc inferatur. Sed videtur hoc ſumptũ eſſe ex edicto ſucceſſorio. Edictũ ſucceſſoriũ magnã affinitatẽ habet cum hoc edicto de iure deliberan. & propoſitũ eſt in gratiam creditorum hæreditariorum, ſicut hoc edictum. ſed hoc intereſt inter vtrumque edictum, quod ſucceſſorium edictum pertinet tantum ad bonorum poſſeſſionem, id eſt, iuris prætorij ſucceſſionem; hoc autem ad ſucceſſionem iuris ciuilis pertinet. Ait Vlpianus in leg. 1. de ſucceſ. edicto. Prętorem pręſtituere tempus ei, cui bonorum poſſeſſionem dedit. Ea ratio ſuccedẽdi introducta eſt à Prętore, propter bonorum poſſeſſionem, cuius etiam auctor fuit Prętor. Edictum ſucceſſorium propoſuit creditorum hęreditariorum gratia, & pręſtituit certum tempus hæredibus ad adeundam hęreditatem, intra quod adeant, vel repudient hæreditatem. præſtituit extraneis centũ dies: liberis & parentibus ſpatium vnius anni. non fuerunt adeo arctandi, qui ad bona fere propria venire dicuntur. Cum vellet oſtendere Paulus Prætorem in præſtituendo tempore ſecondum hoc edictum imitari debere, quoad fieri poteſt, edictum ſucceſſorium, dixit, itaque, &c. Edicto ſucceſſorio non dantur pauciores, quam centum dies. Melius eſt igitur, vt Prętor præſtituendo tempus, imitetur edictum illud ſuum. Quod ergo dicitur in adicto ſuo ſucceſſorio producitur ad hoc edictum ſicut priores l. ad poſteriores trahũtur, & poſteriores etiã ad priores. l. non eſt nouum ff. de legibus & Senatuſconſul. Addendum eſt ex noua conſtitutione Iuſtiniani, non maius tempus, quam nouem menſium dandum eſſe: niſi id à principe impetratũ fuerit. C. de iure deliberan. leg. vltim. §. Et hæc quidem. Sed nonne, dixerit aliquis, hæc contraria ſunt, quod dicitur de centum diebus & nouem menſibus, & quod expreſſum eſt edicto Prætoris, quod dicitur moderatum tempus dari debere, & definiendum eſſe arbitrio Prætoris. Sed dicendum eſt arbitrio iudicis commiſſam eſſe definitionem temporis, quatenus lege definita non reperitur, vel ſucceſſorio edicto, vel conſtitutione Iuſtinani, poterit arbitrari & moderatum tempus præſtituere: dummodo non det minus, quam centum dierum: nec maius nouem menſium. Hinc quæritur, ſi plures ſint gradus hęredum, quomodo pręſtituendum ſit hoc tempus? Quæſtio hæc eſt in leg. ſi plures. 10. ff. hic. vbi dicitur per ſingulos gradus præſtituẽdũ eſſe tẽpus. Quidam ſunt inſtituti in primo gradu, alij ſunt inſtituti in ſecũdo, per ſingulos gradus hęc pręfinitio tẽporis obſeruabitur. Tempus dabitur iis, qui ſunt in primo gradu, & iis excluſis, tempus quoque pręſtituetur ſequentibus, & ſic deinceps. Non ſimul iubebit Prętor inſtitutis & ſubſtitutis intra certum tempus: puta intra centum dies adire, vel repudiare hęreditatem. Nam non eſt locus ſubſtitutioni: niſi excluſi ſint inſtituti. l. quandiu. 68. ff. de acquirend. hęre. nihil tamen prohibet vno & eodem tempore deliberare. Permittet & inſtitutis & ſubſtitutis, modo in idem tempus non incurrant deliberantes. Prętor poterit iubere inſtituto hęredi in primo gradu, vt deliberet intra centũ dies & poſt eius temporis lapſum ſubſtituto vt deliberet intra alios centũ dies. ſed non potatit ita fieri, vt tempora deliberationis eadem ſint. Sed quæritur, an ſæpius dandum ſit tempus ad diberandum, an ſemel illud tempus dare ſufficiat? Quæſtio eſt ff. hoc titu. in leg. 3. & 4. Ait Vlpianus, *Nec non illud. &c.* Prętor dedit tẽpus hæredi petenti ad deliberandũ, & cẽtũ dies dedit poſt lapſum eius tẽporis adit rurſus Prætorem hæres, oſtendit ſibi non ſuffeciſſe illud tempus, petit tempus prorogari. quęritur an poſſit? Ait poſſe tempus longius ei concedere: ſed non niſi ex magna cauſa. Huic ſimile eſt quod dicitur de dilatione, quę datur litiganti in iudicio. leg. omnino. ff. de feriis. Sed videtur contraria eſſe Iuſtiniani conſtitutio. C. eod. leg. vltim. §. Et hęc quidem. & §. vltim. Ecce dubitandum non eſt, quin ea conſtitutio Iuſtiniani derogat iuri antiquo in multis caſibus. eſt quidem vna ex nouis conſtitutionib. Subſcripta eſt poſt Cõſul. Lamp. & Oreſt. & hac conſtitutione reperitur ius antiquum nonnihil correctum eſſe: ſed tamen non exiſtimo talibus verbis quib. vtitur Iuſtinianus, excludi grauiſſimam & maximam cauſam. & exiſtimo poſſe concedi longius tempus ad deliberandum ob magnam & grauiſſimam cauſam, ſecundum ſententiam Iureconſultorum. Si quis ita conſtituat, vt ex nulla cauſa quantũuis graui & magna non poſſit concedi longius tempus, hoc eſſet ſtultum, & nulla eſt lex, quæ non recipiat interpretationẽ ex magna cauſa. Exempla ſunt in l. Licet. de arbitris. ff. vnde quamuis dicat Imperator ſemel, & non ſæpius dandum eſſe, intelligendum tamen eſt, niſi ex graui & magna cauſa. Simile exemplum eſt in l. quamuis. ff. de in ius vocand. Ex cauſa iuſta non datur actio aduerſus eum, qui venia non petita vocauit parentem in ius. Ego etiam eadem ratione puto poſſe hoc tempus coarctari. Hodie apud noſtrates dantur ferę quadraginta dies ad deliberandum, pro centum diebus, & pro tempore annuo edicti ſucceſſorij.

De effectu iuris deliberandi.

CAP. II.

IAm vidimus, qua ex cauſa permittatur hoc ius deliberandi, quo modo detur, & cui perſonæ detur, itẽ quantum temporis detur. Nunc quis ſit effectus eius iuris videndum eſt. Multi variique effectus ſunt, de quibus breuiter & ſummatim dicemus. In primis, interim deliberat hæres an expediat ei hæreditatem adire, an potius omittere, propterea quod periculum eſt adire hęreditatem. Si enim hæreditas forte ſoluendo non ſit, hęredi periculoſum eſt eam adire: quia adeundo obligatur omnibus creditoribus hęreditariis: & tenetur quaſi ex contractu. Huius igitur iuris magna eſt vtilitas propter deliberationem, ne pręcipitetur: ne ſtatim cogatur hæres in iudicio interroganti reſpondere, an velit hęres eſſe: an vero hęreditatem repudiare. Hinc conſequitur copiã inſtrumẽtorum & rationum

tio, quę in eo qui ſciuit ſe filiũ habere, cõſtat de militis voluntate quæ tantum ſpectanda eſt.

Diximus iam ſuperioribus, ſi miles prætererit filiũ ſuum ſciens & prudens, non ideo nullum eſſe eius teſtamentum. ſed eam prætetitionem pro exhæredatione habendam eſſe. Dubitatum eſt à pleriſque an hoc ius correctum ſit noua Iuſtiniani conſtitutione, quæ eſt 115. titul. vt cum de appel. cognoſ. § aliud quoque capitulum. In eo §. dicitur non licere parentibus liberos ſuos præterire aut exhæredare, niſi adſcripta fuerit cauſa ingratitudinis. Et vulgo dicitur, nullum eſſe teſtamentum, ſi exhæredatus eſt filius, niſi cauſa ingratitudinis adiecta fuerit. vnde videtur correctum & emẽdatum eſſe hoc ius de præteritione militis. Nam ſi verum eſt, teſtamentum nullum eſſe, in quo adiecta cauſa non eſt ingratitudinis, quomodo ſufficiet ſola militis ſcientia? Hic autem dicimus ſufficere militis ſcientiam, ſi præteritus ſit filius ſciente milite, cum ſciret ſe habere, tunc valere teſtamentum, perinde ac ſi recte exhæredatus eſſet. Si quis dicat milites ea conſtitutione non cõtineri quod de militibus non loquatur aperte: Obiicitur quod ſequitur eadem conſtitutione. §. & hæc quidem, &c. *Sicut parentes non poſſunt exhæredare filios, niſi adiecta cauſa ingratitudinis, ita etiam liberi non poſſunt parentes à ſua ſucceſſione alienare.* & his verbis vtitur Iuſtinianus, *Sancimus. &c.* quæ verba ſubſtitutionis minime videntur militibus conuenire. Si quis velit intelligere, inquiunt, de filiis emancipatis, de rebus in quibus habent teſtandi licentiam emancipati: emancipati facere poſſunt teſtamentum, ſed de certis tantum rebus. Hæc ſunt, quæ adduci ſolent ab his, qui exiſtimant hoc ius, de quo loquimur, correctum eſſe hac noua Iuſtiniani conſtitutione. Ego tamen exiſtimo etiã iure nouo præteritionem huiuſmodi valere. Illi de hac re diſputant, quaſi certum exploratúmque ſit teſtamẽtum non valere, in quo adiecta cauſa non eſt: quam opinionem ſupra confutaui ſub titul. de lib. & poſthum. & oſtendi non eſſe hunc ſenſum conſtitutionis Iuſtiniani. Iuſtinianus vult teſtamentum poſſe expugnari querela inofficioſi teſtamenti, niſi ea obſeruata fuerint, quæ continentur conſtitutione. Et propterea fruſtra quæritur, an ſit nullum teſtamentum: quia cauſa adiecta nõ eſt à milite, ſecundũ Iuſtiniani conſtitutionem. Sed ſi vera eſſet vulgaris opinio, non exiſtimo tamen ea contineri milites, vt quod dicitur in conſtitutione Iuſtiniani intelligatur, niſi miles ſit, cum exceptione, quæ ſumitur ex iure antiquo, cum de militibus nihil expreſſum ſit. Quod obiiciunt ex §. & hæc quidẽ nihil mouere nos debet. lectio multo planior eſt in libro Græco. Et ſenſus horum verborum eſt, Sicut non licet parentibus exhæredare liberos ſuos, niſi adiecta cauſa ingratitudinis: ita non licet filiis parentes exhæredare, in quibus caſibus teſtari poſſunt. Emancipati teſtari poſſunt. argum. leg. qui in poteſtate. 6. ff. de teſtamen. ne videretur ea conſtitutione teſtandi facultatem filiis permittere, adiecit, in quibus cauſis teſtari poſſũt.

Quintum exẽplum in quo cernitur ſolennitas & ſubtilis obſeruatio, quæ in teſtamento condendo neceſſaria eſt, tractat Vlpian. in l. in fraudem. 15. §. hic. ff. Dicitur ibi nuda voluntate militem poſſe adimere hæreditatem: ſicut nuda voluntate miles hæredem facere poſſe dicitur. & hoc eſt ſingulare. Diximus ſub tit. de teſta. Si quis hæredem inſtituerit ſolenniter facto teſtamento, nuda voluntate non poſſe ei hæreditatem adimere. l. hæredes de palam. 21. ff. de teſta. Sed nuda voluntas militis vt ſpectatur in danda, ſic etiam in adimenda hæreditate. His exemplis fere continentur iura ſingularia militum, quæ pertinent ad obſeruationem & ſolennitatem, quæ in condendo teſtamento neceſſaria eſt. Animaduertendum autẽ eſt, hæc priuilegia his tantum competere, qui in expeditione ſunt, & qui militant: vt dicitur in l. milites. 15 & l. pen. C. eod. Idẽ dicitur in §. in his autem. de milit. teſt. in Inſtit. Huic conſentaneum eſt, quod dicitur in l. Titius. 25. ff. hic. Hæc priuilegia conceſſa ſunt militibus. propterea quod non videtur facilè poſſe in expeditione ſolẽnia obſeruare, quę neceſſaria ſunt in teſtamẽto cõdendo. Videtur hoc ſpectaſſe Iuſtinianus in ea conſtitutione. Veteres autẽ ad ſimplicitatem militum reſpexerunt. Reſcriptum Traiani in l. 1. oſtendit ipſum reſpexiſſe ad ſimplicitatem. *Arma magis, quam leges ſcire oportet milites,* ait Iuſtinianus l. vlt. in princ. C. de iure deliber. Cũ hoc igitur tam apertè definitum ſit hac Iuſtiniani conſtitutione, de eo dubitandum nomeſt. Experientia docuit vtile non eſſe, vt liceat militibus quocunque tempore, & quomodo voluerint teſtamenta facere. Huc pertinet pen. l. filiusfamilias. hic. ff. ſed hic locus videtur contrarius eſſe. Filiusfamilias antequam miles ſit, teſtamentum facere non poteſt, ſed filiusfamilias miles poteſt. Hoc autem caſu filiusfa. exornatus erat equeſtri dignitate, nondum autem cinctus erat: quia nondum profectus erat in militiam: ideo hoc non aduerſatur his quæ diximus. Certum enim eſt filiumfamilias teſtamentũ facere poſſe de caſtrenſi peculio, etſi in expeditione non ſit, vt poſtea dicemus. Ex his colligi poteſt quid iudicandum ſit de honorariis militibus, de quibus ſuperiori loco aliquid attigimus. Equites imaginarij qui non militant, an poſſint teſtamentum facere iure militari? & certum eſt non poſſe. Non enim hi milites veri ſunt, nec veris quidem militibus licet facere teſtamẽtum iure militari, ſi in expeditione non ſint. Propter occupationes militares hæc priuilegia conceſſa ſunt militibus: quia cum in expeditione ſunt, non licet eis obſeruare ſolennia. Ceſſante autem ratione ceſſant etiam hæc priuilegia. Et idem dicendum eſt de aliis huiuſmodi perſonis, quibus priuilegia conceduntur. l. qui ſub prætextu. de ſacroſa. eccleſ. & l. & generaliter. de epiſc. & cler. C. Quæſtio eſt de ſcriniariis. de apparitoribus & aliis miniſtris. qui aliquo munere funguntur in militia. hi in expeditione ſunt fortaſſis: ſed tamen milites non ſunt: non ſunt adacti iureiurando: non ſunt cincti: non ſunt in numeros relati. Quæſtio eſt in l. ſcriniariis. C. eod. vbi ait imperator non licere eis iure militari teſtari: ſed tantum iure communi. hoc intelligendum cum exceptione, quę traditur in l. 1. ff. de bon. poſſeſ. ex teſtam. milit. Vlpianus ait in ea lege, eos etiam qui milites non ſunt: ſed qui aliquo munere fungantur in militia, poſſe tamen in procinctu vt milites teſtari. Cum hac exceptione videtur accipiendum, quod hic dicitur, eos non poſſe teſtari: niſi ſint in ipſo procinctu cum eſt confligendum cum hoſte. Vtilitas ſuaſit vt eo caſu permittatur eis etiam iure militari teſtari, quãuis milites non ſint. Ex iam dictis notandum eſt, militem, qui militia miſſus eſt, poſt miſſionem non poſſe iure militari teſtamentum facere: ſed tantũ iure communi, ſeruatis ſolennibus. Quinimo teſtamentum quod fecit in militia in expeditione, poſt miſſionem tum demũ valet, ſi deceſſerit intra annum poſtquam eſt miſſus. l. ex teſtamento. C. eo. Idem dicitur in l. teſtamenta. 26. & l. quod dicitur 36. hic. ff. Id tribuitur iis, qui miſſi ſunt ſine ignominia. Triplex eſt miſſio: ignominioſa, cauſaria, & honeſta. l. 2. ff. de his, qui notant. infam. Huic affinis eſt quæſtio de teſtamento facto ante militiam. Si quis fecerit teſtamentum ante militiam, & miles factus deceſſerit nullo alio facto teſtamento. an teſtamẽtum valeat? Dicendum eſt breuiter, ſi quis cùm paganus eſſet teſtamentum fecerit: deinde miles factus deceſſerit, nullo alio condito teſtamento, id teſtamẽtum valere, ſi appareat eum in eadem voluntate perſeueraſſe. quia ſola voluntas militis ſufficit: & habetur te-

Digitized by Google

ſtamentum quaſi à milite factum, ſi perſeuerauerit in eadem voluntate. Nam aa voluntate intelligitur confirmare teſtamentum, quaſi à milite factum. hoc pleriſque in locia expreſſum eſt, veluti in l. Titius. 25. ff. hic. Si id non dixit nec declarauit, non poteſt: niſi iure communi. Itaque ſi ſolennitates non interuenerint, nullius momenti id teſtamentum eſſe dicendum erit. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. idémque. 9. ff. hoc ti. Si hoc manifeſtauerit, ſi aliquo modo declarauerit ſe illud teſtamentum ſeruare.

Exéplũ huius voluntatis declaratæ eſt in l. Tribunus 20. §. cũ aliquis. ibi, *Amplius, &c.* hic ſatis voluntatẽ ſuã declarat. Eadem fere verba ſunt in §. ſed etſi quis. Inſtit. eod. Sed videtur aduerſari reſcriptum D. Pij, cuius mentio eſt in l. in fraudem. 15. §. teſtamentum. ff. hoc ti. Ecce ibi D. Pius reſcripſit tale teſtam. valere, ſi milit. volũt. cõtraria nõ ſit: Nos diximꝰ nõ aliter valere teſtam. quàm ſi quoquo modo declarauerit ſuã voluntatẽ. Nõ ſufficit militem aliquid contrariũ non ſtatuere: ſed oportet eum declarare ſe velle id teſtamentum ſeruare & valere. Multum intereſt an dicamus valere teſtamẽtum, ſi teſtator declarauerit ſe velle illud teſtamentum valere: an vero valere teſtamentum, ſi teſtator non declarauerit nolle ſe valere, niſi contraria appareat teſtatoris voluntas. Sed expendendæ ſunt verba Vlpiani in hoc loco, cum recitat reſcriptum D. Pij, non dicit, ſi voluntas eo contraria non appareat, ſimpliciter: ſed ſi nulla ſubiuncta voluntas contraria non ſit. Sic interpretatur quaſi voluerit Diuus Pius, ſubſecutam eſſe aliquam voluntatem. Oportet igitur ſubiunctam eſſe aliquam voluntatem, vt in exemplis à nobis iam adductis, quæ non ſit contraria. Qui vult autem teſtamentum quod fecit valere, recte dicitur eius volontas contraria noo eſſe. Argumentum autem à contrario ſenſu non eſt hic recipiendum. Cumque ambigua ſit oratio, melius eſt aam interpretationem accipera, quæ vitio caret: ſecundom regulam l. in ambigua. ff. de legibus. Hactenus de priuilegiis militum, quæ pertinent ad ſolennitatem & obſeruationem, quæ adhibetur in teſtamento condendo.

De priuilegiis, quæ reſpiciunt perſonam militis teſtantis.

CAP. IIII.

EGo diai hæc iurs ſingularia nõ tãtũ pertinare ad ſolẽnitatẽ: ſed etiã ad perſonã teſtatoris & ad perſonã capientis ex teſtamẽto, ad res, & huiuſmodi quædã alia. De perſona teſtatoris nunc eſt vidẽdum. Huius variç ſunt quçſtiones. In primis quçritur de eo, qui ex delicto militari damnatus eſt, an poſſit facere teſtamentũ iure militari. Quæſtio eſt in l. ex militari. 11. ff hic. in l. & militib C. eod. in l. t. de veter. & milit. ſucceſſ. Dicitur iſtis locis non ſine cauſa, ſi miles ex militari delicto damnatus ſit. Quçdam enim delicta militaria ſunt. alia verò ſunt communia. Delictum habetur in militibus, quod in paganis delictum non eſſet. Exempli gratia, ſi arma amiſerit miles, eſt delictum capitala. l. 3. ff. de re milit. Deſidiæ crimen noo eſt in pagano: ſicut eſt in milita: vt dicitur l. omne delictum. 6. ff. de re milit. Alia ſunt delicta communia, ſi homicidium fecerit, ſi furtum commiſerit. Sed loquitur Iureconſultus in d. l. ex militari de eo dãnatus ex militari delicto, quod delictum non eſt commune: & permitit eis teſtamentum facere de bonis caſtrenſibus tantom: & excipit ſi ſacramenti fidem ruperint. ſcilicet ſi damnatua ſit miles ob ſacramenti fidem ruptam. Exempli gratia, ſi deſeruerit militiã, ſi nõ paruerit Imperatori ſuo, nõ poterit teſtari. Alia quçſtio eſt de eo, qui incertꝰ eſt de ſtatu ſuo. paganus non poteſt teſtamentum facere, ſi incertus ſit de ſtatu ſuo, l. de ſtatu. 15. ff. de teſtam. Non enim firmũ eſt eius conſilium, qui de ſtatu ſuo eſt incertus. Dubitat enim ao ſit ſui iuris: an vero alieni. hoc eſt ſubtilitati magis, quam æquitati naturali conſentaneum. Ideoque id negligitur io teſtameoto militis. d. l. ex militari. §. ſi miles. hic. ff.

Alia quæſtio eſt de muto & ſurdo. An miles, qui mutus eſt ac ſurdus, poſſit teſtamentum facere? Quæſtio iſta eſt in l. 4. hic. ff. & §. quinimo. Inſtitu. cod. & ibi dicitur mutum & ſurdum militem teſtamentum facere poſſe. Hoc autem mirum videtur pleriſque, propteres quod alienum id eſt à naturali ratione, ad quam reſpicimus in teſtamentis militum. Ego iam ſæpe diai ea, quæ ſubtilitatem habent potius, quã naturalem rationem, remitti militibus. igitur, ſi hoc eſt alienum à natura, vt mutus & ſurdus teſtamentum faciãt, rationi non conuenit vt ei permittatur teſtaoientum facere. Si quis dicat hoc intelligendum eſſe de eo, qui mutus & ſurdus non eſt natura: ſed de eo qui caſu amiſit facultatem audiendi, vel loquendi, ei obiici poteſt idem paganis permiſſum eſſe. l. diſcretis. C. qui teſtam. facere poſſ. Nullum eſſet militum priuilegium, ſi loquamur de eo qui caſu aliquo amiſit facultatem audiendi, vel loquendi. Ergo cum ait Iureconſultus, mutum & ſurdum iure militari teſt. ri poſſe, videtur neceſſario id intelligendum eſſe de eo. qui mutus & ſurdus oatura eſt. Sed ego exiſtimo quod hic dicitur non eſſe accipiendum de eo, qui mutus eſt, aut ſurdus. Nam ne hi quidem militant. Eſſet enim contra diſciplinam militarem, ſed de his qui loquendi facultate, vel audiendi carent propter aliquod infortunium. de quo diai ſupr. ad d. l. diſcretis. C. de iis, qui teſta face. poſſ. Si quis obiiciat hoc ius communa eſſe: hoc ius competere etiam paganis, qui milites non ſunt. Ego reſpondeo ante conſtitutionem illam Iuſtiniani paganis id permiſſum non fuiſſe. vna eſt ex nouis conſtitutionibus edita poſt conſul. Lamp. & Oreſt. Iure Digeſtorum paganis id non erat permiſſum: ſed tantum militibus. Paganis neceſſe erat adire Principem & impetrare ve liceret teſtamentum facere. l. ſi mutus. 7. ff. de teſta. Nõ eſt id intelligẽdũ de mutis & ſurdis natura, nõ eſt credendũ Principes ſolitos fuiſſe eis concedere, qui ſurdi & muti erant natura, qui declarare ſuam voluntatem non poterant: ſed id tributum eſt militibus, vt neceſſe non habeant adire Principem eo nomine, alias abſurdũ erit, quod dicitur in hoc loeo & aliis ſimilibus.

Alia quæſtio eſt de eo, qui captus eſt ab hoſtibus, in l. facere. 10. ff. hoc tit. In hac l. 10. *Facere teſtamentum miles hoſtium potius, &c.* legendum eſt, id aſt, qui eſt in poteſtate hoſtium. Ideo hæc mutauit Haloander, quod hæc nõ intelligeret. & dixit, *Qui eſt in poteſtate hoſtium poſitus, &c.* Paganus autem, qui eſt in poteſtate hoſtiũ, non poteſt facere teſtamentum, vt ſupra diximus. l. eius, qui. 8. ff. qui teſta. fac. Alia quæſtio eſt de pupillo. An pupillus, qui miles eſt, poſſit teſtamantum facere. Quæſtio eſt l. vlt. C. eod. Breuiter, pupillus miles teſtamentum facere non poteſt: ſed vtitur iure communi. Ergo dixerit aliquia, milea eſſe poteſt pupillus & hinc notandum aſt à quibuſdam in pupillo impuberi militare permiſſum eſſe. Ego puto nihil tale colligi poſſe ea hac conſtitutione. Principes plerunque id permittebant violantes militarem diſciplinam. Qui gratia valebat apud Principem pupillus, obtinebat tribunatum aliquem à Principe: & hoc poteſt etiam intelligi de tribunatu imaginario, & honorario tantum. De armata militia non videtur hoc poſſe intelligi, nec aduerſatur noſtræ ſententiæ l. ſed & milites. 8. §. iam vero. ff. de excuſa. tut. vbi legitur in vulgari verſione, *Iam vero & militi impuberi*, ſed interpres fefellit eos, qui hac da re ſcripſerunt. debuit enim ſcribere, *militi minori* non militi impuberi.

Cœpimus,

tis habet. In d.l.Ariſto.§. Si maio. ait Paulus, *Si maior ſit hæreditas, & deliberat hæres, &c. adito prætore poteſt. &c.* Quid ergo ſingulare eſt in pupillo? Quid eſt in pupillo comprehenſum edicto Prætoris quod non competat maiori ei, qui pupillus non eſt? Huius obſcuritatis explicandæ cauſa variæ opiniones ſunt: ſed mihi videtur eorum probabilior opinio qui diſtinguũt hæredem, cui datum eſt tempus ad deliberandum, à curatore, qui bonis datus eſt. Hi igitur caſus ita diſtinguendi ſunt. Primus caſus eſt, cum hæres ipſe deliberans alienare vult interim res hæreditarias: & hoc ei non permittitur, niſi adito Prætore, & accedente Prætoris decreto, cum cauſæ cognitione. Alienare non poteſt hæres ipſe, cui datum eſt tempus ad deliberandum ne res quidem tempore perituras. Quod ad hæredem attinet, l. Ariſto. aperte loquitur de hæred. ibi, *Is, qui deliberat, &c.* Secundus caſus eſt de curatore bonis dando. Admonuimus ſupra, cum incertum eſt diu, an quis extiturus ſit hæres necne, plerunque dari curatorem bonis. dict. leg. ſi diu. ff. quibus ex cauſis. & leg. 1. de curat. bon. dan. Qui curator bonis datur, poteſt interim res hæreditarias vendere, quæ perituræ ſunt tempore, vel deteriores fieri, nec vllum decretum prætoris requiritur, nulla cauſæ cognitio. Hoc eſt officium curatoris, qui bonis datur. leg. 23. ſi quis inſtituatur. ff. de hæredibus. inſtitut. & leg. inter bonorum. 48. adminiſtrato. Hoc eſt intelligẽdum, niſi pupillus ſit is, cui delata eſt hæreditas. Si pupillus ſit is, cui delata eſt hæreditas, Prætor vetat bona minui interim dum deliberauerit an ſibi expediat hæreditatem adire, an omittere. Sic eſt intelligendum edictum prætoris, cuius verba hic referuntur ab Vlpiano in dict. leg. ait Prætor. ff. hic. Res igitur hæreditariæ propter perſonam pupilli vetantur minui etiam à curatore bonis dato. Edictum conceptum eſt in rem, & vt vulgo dicimus, imperſonaliter. Ad verſ. *Bona interea diminui vetabo.* Ergo edictũ Prætoris, quod conceptum eſt in rem, nos ita interpretamur, vt propter perſonam pupilli, cui tempus datum eſt ad deliberandum, nihil poſſit minui, niſi cauſa cognita. Fauor eſt pupilli & aliarum huiuſmodi perſonarum vt bona eorum non facile minuantur. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. prima. ff. de vent. inſpic. & in leg. in poſſeſſione. ff. quibus ex cauſis in poſſeſ. eatur Vlpianus interpretatur hæc verba edicti Prætorij in dict. le. ait. Prætor. ibi. quid ſit autem, diminui vetabo, hoc edicto Prætoris, ſi verba tantum ſpectamus, videtur tantum prohibita eſſe alienatio rerum. Nõ videtur autem prohiberi iis, qui gerunt res pupilli actiones exercere: ſed tamen verba edicti ad hunc quoque caſum producuntur interpretatione, ne alioqui abſurdum conſequatur. Qui non poteſt alienare, non poteſt rem in iudicium deducere. l. iuſiurandum quod ex conuentione. § 1. ff. de iureiur. Eſt locus communis de alienatione. Addendum eſt bona quoque diminui poſſe propter alimenta filij, ſi filius is ſit, qui deliberat, interim alimẽta debet habere ex hæreditate. l. filius. 9. ff. hoc titu. Iuſta eſt cauſa diminuendi aliquid ex rebus hæreditariis. Et huic ſimile quod dicitur in leg. penultim. ff. vt in poſſeſſ. legat. Qui in poſſeſſione eſt legatorum ſeruandorum cauſa, nihil diminuere debet: niſi filius ſit, veſcendi cauſa, qui poteſt aliquid diminuere, ſi nihil habeat aliunde vnde ſe tueri poſſit. Inde quæritur, quomodo filiũ hic accipere debemus, an iuſtum tantum, an legitimum filium, an naturalem & libertinum, qui in ſeruitute conceptus eſt? Quæſtio eſt in leg. vltim. ff. hoc tit. quæ pleriſque videtur ad hunc titulum nihil omnino pertinere: ſed ad hunc locum referenda eſt. Species quidem ipſa ad hunc titulum non pertinet. Sed quod colligitur ex ea ſpecie, maxime ad hunc locum pertinet. Trebatij ſententia probatur exiſtimantis appellatione filij & libertinum quoque cõtineri, licet iuſtus, verúſque filius non ſit. Eſt locus quem tractare cœpi ſub titu. de condit. inſtit. An appellatione filiorum contineantur tantum iuſti filij: an etiã naturales? Breuiter dicendum eſt, cũ lex facit mentionem liberorum, liberos tantum accipiendos eſſe legitimos & iuſtos, & nõ naturales. leg. generaliter. §. cum autem. C. de inſtit. ſub condit. in leg. nulla dubitatio eſt, in teſtatoris diſpoſitione dixi ſpectandam eſſe teſtatoris voluntatem. Ex conditione & dignitate eius qui fideicommiſſum reliquit, iudicandũ eſt, an ſenſerit de legitimis & iuſtis tantũ filiis, an de naturalibus etiam, vt dicitur in leg. ex facto. §. ſi quis rogatus. ff. ad ſenatuſconſ. Trebell. Ex quo notandum eſt, ſi teſtator fecerit mentionem filiorũ, vel liberorũ accipiẽdos eſſe iuſtos legitimoſque filios: niſi ex cõiecturis appareat contraria voluntas teſtatoris. Obiiciũtur plerique loci veterum Iureconſultorum, in quibus apparet filios naturales contineri in diſpoſitione teſtatoris. Sed ſi quis expendat eas ſpecies, is animaduertet ita reſponſum eſſe: quia apparebat euidens teſtatoris voluntas. Exemplum vnum eſt in hac lege quam interpretamur, quæ eſt vltim. ff. hoc titu. Vbi inſtitutus eſt Dama ſeruus ſub conditione, *Si mihi filius nullus erit, qui in ſuam tutelam veniat.* Hæres inſtitutus ait hæreditatem ſibi delatam eſſe, quaſi nullus ſit filius, quaſi pro filio habendus non ſit, qui non eſt iuſtus filius, qui eſt libertinus. Diſſenſio veterum hac de re fuit. In hac ſpecie teſtatoris voluntas ſuadet, vt Trebatij ſententiã amplectamur. Coniectura voluntatis ex eo eſt, quod teſtator hũc vnicum filium habebat, eúmque pupillum. Deinde eum inſtituit, vt dubius non ſit teſtatoris in eũ affectus. Si quis diligenter expendat hanc ſpeciem de qua fuit diſſenſio inter veteres, & intelligat ſequendam eſſe ſententiam & voluntatem teſtatoris, vt ſequẽda eſt, & pro lege habenda, nullus erit relictus dubitationi locus. Maior fuiſſet dubitatio ſi teſtator plures habuiſſet filios: ſed cum vnum tantum habuerit dubiũ non eſt, quin de hoc filio libertino ſenſerit. Dubitatur à pleriſque, an in hac ſpecie incumbat probatio libertino filio? Ego exiſtimo in hac ſpecie ſatis apertam eſſe teſtatoris voluntatem, nec onus probandi incumbere filio. Nã quod ait Iabolenus in eadẽ hac lege, in fin. *Si tamen teſtatorem, &c.* Hoc refertur ad ſententiam generalem filij, non ad hanc ſpeciem. Et hoc dictum Iaboleni maxime eſt conſentaneum ſententiæ Vlpiani in l. ex facto. 17. §. ſi quis rogatus. ff. ad Senatuſconſ. Trebel. Alia ſpecies eſt, in leg. Lucius. 90. §. vltim. ff. de legat. 2. in princip. dict. §. vltim. ibi. *Filiis ſuis reſtituerent, &c.* legendum eſt, *Non reſtituerentur.* id eſt, vt Dama & Pamphilus reſtituerent filiis ſuis. Quæritur, an ex hoc teſtamento Pamphila poſſit petere? Ait Iureconſultus poſſe petere, cum teſtator ita dixit, *Volo vt poſt mortem filiis veſtris reſtituatis hæreditatem.* Filia naturalis Pamphila, quæ manumiſſa eſt, continetur his verbis teſtatoris. Ego arbitror ita reſponſum eſſe ex voluntate teſtatoris. Spectanda eſt voluntas, dignitas, & conditio teſtatoris, qui fideicommittit. Forte eius dignitas eſt, vt non velit libertinos filios & naturales tantum ſibi hæredes eſſe. Sed hic dubia non eſt eius voluntas, cum inſtituerit hæredes homines libertinos. Similis ſpecies eſt in leg. cum pater. 79. § volo ff. de lega. 2. Species omnino eadem eſt. Satis oſtendit iureconſul. ex vi verborum & proprietate id non accidere: ſed ex voluntate, quia credibile eſt teſtatorem, qui voluit prædia dari libertis ſuis, eorum liberos admitti, & eos ſubſtitutum excludere. Aliud exemplum eſt in leg. hæredibus. 77. §. Titius. ff. ad Trebell. vbi etiam coniectura voluntatis ſuadet: vt appellatione liberorum in ea ſpecie intelligamus etiam naturales filios. Species in qua proponitur filia furioſa nupſiſſe conſenſu pa-

Digitized by Google

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XXIX. DIGESTORVM SEV PANDECTARVM.

IN TIT. I. DE MILITARI TESTAMENTO.

Cap. I.

CVR hic titulus à compoſitoribus Pandectarum collocatus hic ſit, cognoſci poteſt ex l.2. huius tituli. Gaius ad edictum prouinciale ita ſcribit, *De milites teſtamento, &c.* Etſi tractatum ſit de teſtamentis ſupra, tamen viſum eſt operæpretium compoſitoribus Pandectarum ſeparatim de militari teſtamento diſſerere. Propterea quod in militari teſtamento ꝓpria quædam ſunt & ſingularia iura, quæ in paganorum & priuatorum teſtamentis non obſeruantur. *Proconſul.* Hinc apparet edictum fuiſſe propoſitum de teſtamento militari à Proconſule in Prouincia. Erant edicta prouincialia, quæ proponebantur à Proconſule: ſicut edicta prætoria proponebantur Romæ. Et hoc ſcriptū eſt ad edictum prouinciale. Nam Proconſulem non debemus interpretari Prætorem, vt Accurſius interpretari ſolet. Hanc ob cauſam hic collocatus eſt hic titulus, cui reſpondet alius C. lib. 6. de milit. teſta. Reſpondet etiam alius titulus in Inſtit. lib. 2. de milit. teſta. Hos omnes interpretaturi ſumus. Sed antequam accedamus ad diſputationem de militari teſtamento, prius videndum eſt quis miles ſit, quis miles dicatur, cui hæc priuilegia & ſingularia iura competere dicantur.

Quid ſit miles.

Cap. II.

VLpianus in l.1. ff. hic. contentus fuit etymologia quadam id oſtendere ſine dialectica definitione, ibi, miles appellatur vel à militia, &c. Diſputatio iſt de etymo vocabuli, nō admodū vtilis. Nos eā diſputationē Grāmaticis & otioſis hominibus relinquemus. Quis tamen miles ſit intelligi poteſt ex his, quæ militum propria eſſe dicuntur, quæ non facile poſſunt includi definitione dialectica. Vt igitur intelligamus quis miles ſit, videndum eſt, quæ ſunt militum propria. Quædam enim ſunt militum propria, ſine quibus milites dici non poſſunt. veluti, quod balteo vel cingulo militari cinguntur. Huius mētio eſt in pleriſq. locis noſtrorū Iurecōſ. veluti in l. Titius. 25. & l. ꝗ dicitur. 38. §.1. ff. eo. Ait n. Iuriſc. in ea. l. 25. in prin. Titius priuſquā tribunus legionis factus eſſet, teſtamētū fecit, & poſtea cinctus manente eodem defunctus eſt, & in d. l. 38. §.1. Miles teſtamentum fecerat, rurſus cinctus in alia eſt militia. vtroque loco dicitur cinctus, id eſt, miles factus. Similis locus eſt in l. pen. ff. eo. ibi, cingi confeſtim iuſſus, &c. Qui locus oſtendit non eſſe militem, niſi qui cinctus eſt. Similis locus eſt in l. antiqui. 3. ff. ſi pars hæredit. petat. ibi, Sed & tergeminos ſenatores cinctos vidimus Horatios. ſic enim cinctos legendum eſt, non cunctos, vt in quibuſdam libris. Vnde teſtamentum dicebatur factum in procinctu, quod fiebat à militibus iam cinctis. Itaque cingulum hoc, balteus ſcilicet quo cingebatur milites, numeratur inter inſignia militaria. Et de his intelligendum eſt quod dicitur in l.2. §. pen. ff. de his, qui not. infa. ibi, Sed & ſi eum exauctorauerit, id eſt, inſignia militaria detraxerit, &c.

Secundo, hoc propriū militū eſt, quod referuntur in numeros, l. ex eo tēpore. 43. ad ſi. ff. eo. nos vocamus *enroller*. Et propterea ſæpe legitur, in numeris manere, in numeris eſſe, ſicut ff. eod. l. iure militari 4. ibi, in numeris manētem. Sic in d. l. quod dicitur. §.1. ibi, poſtquam deſiit in numeris eſſe. Dicuntur eodem ſenſu inſcribi matriculis militarib. in l. ſcriniariis. 16. C. eo. tit.

Tertio, proprium eſt militum, Quod ſacramento ſolenni adiguntur ſe omnis ſtrenue facturos, inquit Vegetius lib. 2. quod Imperator iuſſerit: neque militiam nō deſerturos. Vnde ſacrata militia videtur dici apud Liuium Decad. 1. libr. 8. Mentio eſt huius ſacramenti in iure ciuili, in l. ex militari. 30. hic. ff. Nō dicuntur milites, niſi hoc iuſiurādum ſolenne iurauerint, & alia omnia interuenerint, de quibus diximus. Hi ſunt igitur, qui dicuntur milites, cæteri dicuntur pagani, quorum mentio eſt in l. 3. hic. ff. Paganos Vlpian. ibi vocat eos qui milites nō ſunt. ideo forte, qood belli tēpore oportebat quoſdā in pagis manere, agriculturę cauſa. dicuntur etiā hi pagani priuati, & hoc vſitatū eſt. Priuati opponuntur militibus. Vnum exemplum eſt in l. ſi cum venditor. 66. & . ff. de euict. in l. ne quid. 7. ex ff. de incendio, ruina, naufrag. & l. 6. C. de iuriſd. & l. nolumus 20. C. de teſta. & l. 1. C. de commu. ſer. manumiſſ. De his militibus intelligenda ſunt hæc priuilegia, quæ obſeruantur in teſtamentis. Solet quæri de honorariis militibus, qui equites noſtri temporis dicuntur, qui codicillis Principis honorantur dignitate equeſtri titulo tenus, ſine onere militiæ. De his quęſtio eſt, an priuilegia militum in teſtamentis faciendis ad hos pertineant? Et res dubitationem non habet, ne veris quidem militibus, qui proprie milites dicuntur, competant hæc priuilegia: ſed iis tantum, qui militant. Ergo multo minus his imaginariis militibus concedentur hæc priuilegia. Sunt & alia militiæ genera, de quibus poteſt dubitari an ad hunc tractatum pertineant. cuiuſmodi eſt togata militia aduocatorum. Aduocati enim dicuntur milites, ac caſtrenſe peculium habere ad ſimilitudinem militum l. fori. & l. aduocati. C. de. aduoc. diuerſ. iudic. & l. vlt. C. de inoffi. teſta. Quæritur etiam de militia ſcribarum. l. proximos. 8. C. de prox. ſacr. ſcrin. De hoc aliquid ſcripſi libr. 1. Diſput. c. 3. Mentio eſt huius militiæ ſcribarum in libro, qui inſcribitur, Notitia Romani imperij. Hæ militiæ nihil habent commune inter ſe. Hic loquimur de militia armata, quæ proprie militia dicitur. l. miles. ff. de re iudica.

Alię per abuſionem militiæ dicuntur. l. vlt. ff. de inoffic. teſta, & §. de milit. teſta. Inſtit. Hæc ad explicationem ipſius tituli dicta ſufficiant: nunc ad diſputationem de priuilegiis militum in teſtamentis accedendum eſt. Hæc priuilegia reſpiciunt formam & ſolennitatem teſtamenti: perſonam ipſius teſtatoris: perſonam capientis ex teſtamento: res etiam de quibus diſponit quis in teſtamento. de his omnibus ordine diſſeremus. Ac in primis de his, quæ pertinent ad formam & obſeruationem teſtamenti.

Cœpimus explicare iura ſingularia, quæ reſpiciunt perſonam teſtatoris militis. Ad hunc locum pertinet quæſtio de filiofamilias milite, an filiusfamilias miles poſſit teſtamẽtum facere. Nam filiusfamilias ptiuetus & paganus teſtamentum facere non poteſt. l. qui in poteſtate. 6. ff. qui teſta. face. poſſ. etiam ſi permiſſu patris teſtari velit. Sed ius ſingulare eſt in milite, vt quamuis io poteſtate patria ſit nihilominus teſtamẽtum faciat. Inſtit. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum. §. 1. Teſtamentum facit filiusfamilias de caſtrenſi peculio. Sed enimaduertendum eſt, filiumfamilias militẽ teſtamentum facere ſecundum communem obſeruatiooem edhibitis ſolennibus. non eoim teſtator iure militari: niſi forte in expeditione ſit. Sed filiofamilias datur teſtandi facultas de caſtrenſibus bonis, & ſi in expeditione non ſit, modo ſolennia iuris ciuilis obſeruet io teſtemeoto faciendo. Ego dixi, ſuperioribus locis, militibus qui in expeditione ſunt, hoc permitti, vt non ſeruatis ſolennibus teſtentur, tum propter ſimplicitatem eorum: tum etiem, quia facile noo poſſunt ſolennie obſeruare io expeditione, quæ oeceſſaria ſunt in coodendo teſtamento. Vnde teſtamentum filiifamilias dicitur confirmari lege Cornelia: ſicut teſtamẽtum patrisfamilias, cum filiusſamilias miles eſt. l. ſi filiusfamilias. 33. ff. hic. Lex Cornelia coofirmat teſtemẽta eorum qui epud hoſtes deceſſerunt: & ait Iureconſultus militis filiifamilias teſtementum cõfirmari, perinde ac ſi à patrefamilias factũ eſſet. Excipiuntur ij, qui ignominiæ cauſa miſſi ſunt è militia. l. teſtamẽta. 26. ff. hoc tit. Ratio eſt perſpicua & expreſſa ab ipſo Iuriſcõ. ibi, *quod anni, &c.* De his qui quaſi caſtrẽſe peculiũ habẽt, quæritur an idẽ ipſis liceat? Dicẽdũ eſt hos etiam facere poſſe teſtamentum de peculio ſuo quaſi caſtrẽſi, ſeruatis tamen legum ſolennibus & iuris ciuilis, cuiuſmodi ſunt aduocati, patroni cauſarum qui militare dicuntur, & peculium hebent quaſi caſtrenſe. l. fori. C. de aduoc. diue: ſ. iud. cuiuſmodi etiam ſunt presbyteri. l. ſacroſanctæ. C. de epiſc. & cler. Cuiuſmodi etiam ſunt Doctores artium. l. vlt. C. de iooffi. teſta.

De priuilegiis, quæ reſpiciunt perſonam capientis ex teſtamento militis.

Cap. V.

PRoximus locus eſt de perſona eius, qui ex teſtamento capit, ſiue is hæres ſit, ſiue legatarius. Ego dixi hæc iura militaria partim reſpicere iuris ſolennitatem in teſtemento faciendo: partim perſonem teſtatoris, partim perſonam capientis ex teſtamẽto, & alia huiuſmodi. De perſona capiẽtis ex teſtamẽto nũc eſt dicendũ. Et regula eſt, *Omnib. licere ex teſtamẽto militis capere: niſi id prohibitum quibuſdam reperiatur.* Ea regula eſt in l. 5. ex teſtamento militis. C. eod. tit. Quidã enim prohibentur ſpecialiter etiam ex teſtamento militis capere. & hioc variæ ſunt quæſtiones. Quæſtio eſt in primis de iis, qui deportati ſint in inſulam, qui ſerui pœnæ effecti ſunt. l. 13. Idem eſt l. & ſi de. §. deportati. Deportatus iure communi ex teſtamento cepere non poteſt. l. 1. C. de hæred. inſti. vbi dicunt Impp. Qui deportantur, tanquam peregrini capere nõ poſſunt. Hoc eſt, quia amiſerunt ciuitatem, & ex ciuibus effecti ſunt peregrini. ex teſtamento igitur capere non poſſunt. Nã qui ciues noo ſunt, ex teſtamento nihil capiũt. ſed hoc eſt ſingulare militibus, vt quamuis ciuis non ſit is, qui inſtitutus eſt hæres, vel cui aliquid legatum eſt: is tamẽ ex teſtameoto militis capiet. Extant ſimiles loci veluti iu l. ſi deportati. 57. §. ſi miles. ff. de legat. 3. Alie eſt cauſa eorum, quibus ſeruitus irrogatur coodemnatione. Hoc enim ius militare non eſt productum vſque ed ſeruos pœnæ: ed eos, qui non tantum ciuitetem: ſed etiem libertatem amittunt. leg. 3. ff. de his quibus vt indign. Publice intereſt vt tales egeſtate laborent. leg. Bona fides. depo. ff. Dicuntur ſerui pœnæ. quia ſeruitus eis irrogatur coodemnatione. & ſerui pœnæ dicuntur, quia nullius ſerui ſuut, neque Reipublicæ, neque fiſci: ſed tamen omnia eis adimuntur quæcunque liberorum hominum propria ſunt, propter pœnam. Quæſtio etiam eſt de muliere in quem cadit turpis ſuſpicio, an ex teſtamẽto militis poſſit capere? Videte l. miles ita. 41. §. mulier. vbi Iuriſconſult. ait talem nec es teſtamento militis aliquid capere poſſe. His verbis ſignificare videtur Iuriſconſultus priuatis non licere mulieri, io quam turpis ſuſpicio cadit, quicquam relinquere. qood tamen eſt falſum. Hic certe minus permittitur militibus, quam priuatis: Paganis permittitur affectionis eiicuius cauſa dare concubinis, militibus non licet concubinis aliquid dare. l. qui concubinam. 29. ff. de leg. 3. Ius ſingulare eſt in militibus. leg. 2. C. de donat. inter vir. & vxor. Voile non puteuit Imperator talem donationem ratam eſſe, ne aliqui milites à ſuis concubinis facile ſpolientur. Et eſt locus communis de obſeruatione dignus. Legatum relictum à milite concubinæ, auſertur ei tanquem indignæ, & fiſco vindicatur. Rurſum illis verb. *nec eſt teſtamento, &c.* Iuriſconſ. ſignificare videtur non tantum noo capere poſſe ex teſtamento priuati: ſed nec ex teſtamẽto militis. ſed alium ſenſum eſſe puto horum verborum, vt non modo non capere poſſit ex donatione, de qua erant conſtitutiones Principum: ſed nec ex teſtamento quidem. nam dooatio collata à milite in concubinem inutilis erat, propter reſcripta quædam Principum, de teſtemento, de legato relicto teſtamento nihil erat expreſſum. Sed nõ tantũ ex donatione inter viuos capere nõ poteſt, ſed nec ex teſtemento. Solet tractari quæſtio an idem de ſacerdotibus dicendum ſit qui donant ſuis ſcortis? Clerici pro militibus habentur. l. ſacroſanctæ. C. de epiſc. & cler. & receptum eſt, quod mihi probabilius videtur eſſe, & vtilitas hoc tempore maxime poſtulat, vt donatio inutilis ſit, & pro militibus hoc caſu habeantur, quamuis priuilegia militaria non vſquequaque ad clericos pertineant.

Poſtrema quæſtio huius loci eſt, cuius temporis habenda ſit ratio, cum quæritur an quis capax ſit vel hæreditatis, vel legati, quod teſtamento militis relictum eſt? Ego dixi ſub tit. de hæred. inſtit. oportere cum eo, qui hæres inſtituitur, teſtamenti factionem eſſe tribus temporibus, tempore facti teſtamenti, tempore mortis, & tempore aditionis hæreditatis. l. ſi alienum. 47. in §. extraneis ff. de hær. inſt. & §. extreneis. de hæred. qualita. & differ. io Inſti. Sed ſingulare hoc eſt io teſtamento militis, vt ſufficiat capacẽ eſſe hæredẽ tempore mortis, vt dicitur io leg. idẽ eſt 13. §. & generaliter &c. hic. ff. Ergo etſi forte cum eo qui hæres inſtitutus eſt à milite, nõ fuerit teſtamẽti factio tẽpore facti teſtamẽti, nihilominus hęres erit. Sequẽs locus ad res pertinet.

De quibus rebus miles teſtari poſſit, & quomodo teſtari poſſit.

Cap. VI.

HIc locus pertinet ed res, de quibus teſteri poteſt miles, & ad rationem teſtandi. Quæritur de quibus reb. teſtari poſſit, & quomodo teſtari poſſit? Nos pleraque ad hunc locum pertinentia explicauimus ſupra. Itaq; nos ea ſummetim & breuiter perſtringemus. Inter ſingularia, quæ ed hunc locum pertinent, illud in primis occurrit quod dictũ fuit ſup. militẽ ſubſtituere poſſe iis, qui ſibi futuri ſunt hæredes, etiam ſi filij non

Cœpimus in ſuperioribus eum locum attingere, qui ad res, de quibus teſtantur milites, & ad rationem teſtandi, pertinet. Hic locus pertinet ad inſtitutionem hæredum, ad legata, ad fideicommiſſa, ad dationem libertatis, ad tutoris conſtitutionem, quæ omnia teſtamento continentur. leg. verbis legis. ff. de verbo. ſignificat. Cœpta fuit diſputatio de hæredis inſtitutione. Diximus militem pro parte bonorum, & pro parte temporis hęredem inſtituere poſſe. Huc pertinet quod diximus ad leg. Centurio. ff. de vulg. ſubſtitut. Cẽturio miles poteſt hæredem inſtituere ad tempus, & poſt tempus alterum ſubſtituere. ideóque dicitur ea ſubſtitutio militaris. l. Ex eo tempore 42. ff. hoc titul. Idem non licet paganis. Vnde leg. hæreditas. 34. ff. de hæred. inſtit. dicitur hæreditatem ex die non dari: ſed hæ ſubtilitates negliguntur in teſtamentis militum. Vnde facile iudicari poteſt, quid ſit dicendum de quæſtione illa, vulgo tractata: *Inſtituo Vxorem meam quandiu vixerit, & ſubſtituo Xenodochium.* Eſt certum eam inſtitutionem non valere: niſi in milite. Ex hac pendet quæſtio leg. ex teſtamento. 5. Cod. eod. Exemplum hic eſt ſubſtitutionis reciprocæ, de qua ſatis accurate diſſeruimus ſub titul. de pupillari ſubſtitutione: alioqui hæc conſtitutio à nobis erat accuratius & plenius tractanda. Cum quis mutuo ſubſtituit hæredes, hæc ſubſtitutio complectitur compendio verborum multas ſubſtitutiones. Complectitur enim duas vulgares, & duas pupillares, ſi ſint impuberes, quibus facta eſt talis ſubſtitutio. Quod ſi vnus pubes ſit, & alter impubes, perinde accipimus hanc ſubſtitutionem, ac ſi vulgaris tantum eſſet ſubſtitutio. Quid ſi miles ita ſubſtituerit, quæritur an ita ſenſerit? quæſtio eſt voluntatis, vt Imperator ait ad finem huius legis. Lex videtur iniungere onus probãdi ei, qui ſubſtitutus eſt his verbis, eos inuicem ſubſtituo, quaſi præſumendum non ſit teſtatorem, qui his verbis vſus ſit, velle vti priuilegio militari, ſed id à nobis iam confutatum eſt. Qui enim conſulebat Principem, non exhibebat ei teſtamentum legendum & cõſpiciẽdum. To exponis ſubſtitutionem mutuo factam eſſe: ſed inſpicienda ſunt verba teſtamenti: videndum eſt quomodo conceptum ſit teſtamentum: videndum eſt an aliquid ſcriptum ſit, ex quo appareat contraria voluntas teſtatoris. hic locus igitur non probat, non eſſe præſumendum teſtatorem velle vti priuilegio militari, cum vtitur his verbis, eos inuicem ſubſtituo. De hæredis inſtitutione illud pręterea notandum eſt, conditiones hæredis inſtitutioni adſcribi poſſe à teſtatore, quæ non ſint turpes aut bonis moribus contrariæ. In cõditionibus, quæ turpes ſunt, aut bonis moribus contrariæ, nihil ſpeciale habet miles. De his conditionibus dictum eſt à nobis ſub titu. de condit. inſtit. has conditiones reiiciendas eſſe. In his nihil ſpeciale habet miles. leg. ſi à milite. 29. §. edictum. ff. hoc titul. Si turpis ſit conditio veluti conditio iuriſiurandi, ea reiicitur etiam in teſtamento militis. Hinc captatorie inſtitutio etiam reiicitur ex militari teſtamento. leg. 11. captatorias. Cod. eod. Captatoria quæ ſit, diximus ſub titul. de hæred. inſtit. Cum quis inſtituit alterum captandi eius cauſa, vt eum alliciat ad ſe hæredem inſtituendum: eam inſtitutionem improbamus, tãquam bonis moribus contrariam. Vulgo non recte explicãt, quæ ſit captatorie inſtitutio. Vnde certum eſt has inſtitutiones, quæ captatoriæ dicuntur, ad futurum tempus ſemper referri. l. illæ autem. 69. ff. de hæred. inſtit. veluti, Si me hæredem inſtituerit, hoc eſt captare. Sed cum confertur in tempus præteritum, veluti, Qua ex parte Titius me hæredem inſtituit, ex eadem parte volo eum meum hæredem eſſe. hoc non eſt captare. In ſumme quæcunque bonis moribus contraria ſunt, ea nihilo magis permittuntur militibus in teſtamento condendo, quam priuatis. Vnde etiam dicendum eſt, Si quis ſe hæredem adſcripſerit in teſtamento militis, pœne legis puniendum eſſe. l. in fraudem. 15. §. ſi quis. ff. hoc tit. loquitur de Senatuſcon. Syllaniano. de quo eſt ff. tit. Si quis adſcripſ. ſibi in teſta. illud tãquam falſum punitur. Hæc de inſtitutione hæredis: videamus de legatis & fideicommiſſis, an quicquam in his ſpeciale habeat miles. Pauca hic reperio de legatis, cuiuſmodi eſt militem non poſſe legare dotem vxoris ſuæ contra legem Iuliam. Miles legare poteſt: ſed non extenditur eouſque eius priuilegiũ, vt poſſit rẽ legare, quæ non eſt in eius cõmercio. Illud ſingulare eſt, quod legata ex teſtamento militis valent vltra legẽ Falcidiã. l. in teſtamẽto. C. eod. Sed de eo poſtea dicturi ſumus. Præterea tutorem dat miles teſtamento ſuo, & quæritur an in eo aliquid ſpeciale habeat miles? Ego nihil reperio ſpeciale in tutoris datione. Miles tutorem dat filio ſuo, modo id ſine iniuria alterius fiat, modo non ſit filius miles in aui poteſtate. l. cum filiusfa. 28. & l. miles ita. 41. §. mulier. ff. hoc tit. Hæc diligenter notanda ſunt. Filiusfamilias miles filio ſuo impuberi ſubſtituit qui erat in poteſtate aui, & tutorẽ dedit, ea ſubſtitutio valet. Nã ſubſtituere poteſt in ſuis bonis. tutoris datio nõ valet, quia minuit ius alienum. Vnde vulgo annotari ſolet, priuilegia quæ conceduntur militibus vel aliis perſonis, ſic eſſe accipienda, ne iniuria alicui inferatur. Datio libertatis pertinet quoque ad teſtamẽta. l. ex his verbis. 7. C. eod. an habeat aliquid ſingulare in libertatis donatione quæritur? Hic dicitur ſeruos ſuos militẽ manumittere poſſe teſtamẽto, ſalua tamẽ lege Ælia Sẽtia. Militis priuilegiũ nõ tantũ poteſt vt cõtra leges poſſit ſeruos ſuos manumittere. l. ſi à milite. 29. §. miles. Lege Ælia Sẽtia cautũ eſt ne minor vigintiquinque annis ſeruos ſuos manumittat: niſi cauſa cognita, ne militi quidem licet ſeruos ſuos manumittere contra legem Æliam Sentiam: vt ſi minor ſit. Eodem pertinet quod dicitur in l. ſi Rufinus. 4. C. eod. vbi latus clauus legendum eſt, *Qui lato clauo ornatus eſt.* Mentio eſt in Auguſto, in Nerone, in Domitiano, apud Suetonium tribuni lati claui. Hinc vulgo annotatur, legem permittentem cedere legi prohibenti. Cum duæ leges ſunt, quarum vna permittit aliquid, altera vero prohibet, lex permittens cedere debet legi prohibenti. Hic locus pertinet ad antinomiam, quæ dicitur [illegible], cum hypotheſi aliqua duarum legum conflictus reperitur. Vna lex eſt, vt militi arbitrio ſuo teſtari liceat: altera lex eſt, minori vigintiquinque annis militi ſeruos ſuos manumittere ne liceat. In hoc cõflictu vtram ſequi debeamus, ſic reſpondet eo iure Imperator, vt lex quæ permittit cedat legi prohibenti: & eſt ſententia Ciceronis lib. 2. de Inuentione, quo in loco differit de antinomia, ait videndum eſſe vtra lex iubeat, vtra permittat: vt eam potius ſequamur quæ iubet. Nam quod permittitur eſt voluntarium: quod vero iubetur, neceſſarium. In hoc conflictu legum quid vtilius eſt publice, & quod æquius etiam ſequimur. Hoc vtilius eſt militi. Conſultum eſt minori, etiam ſi miles ſit, ne imbecillitate ſuæ ætatis circumſcriptus, patrimonium ſuum conſumat & dilapidet, vt ſeruos ſuos ante 25. annum non poſſit manumittere: niſi cauſa cognita. In hac autem libertatis datione, non multum refert quibus verbis vtatur miles: modo voluntas eius certa ſit, ſi appareat militem voluiſſe libertatem dare ſeruo ſuo: non curamus quibus verbis vſus ſit. d. l. ex his verbis. 7. C. eod. vbi teſtator his verbis vſus eſt, *Fortunato liberto meo centũ do lego.* Hic Fortunatus erat ſeruus eius. vocat eum libertum ſuum, quem tamen libertate non donat: an interpretabimur teſtatorem voluiſſe eum manumittere, eúmque liberum eſſe teſtamento ſuo: quia dixit, *Fortunato liberto meo centũ do le-*

§.vlt.ff.hoc tit. Fauor hic exigit vt quod iure fideicommiſſi relictum eſt, perinde accipiamus ac ſi iure directo relictum ſit: vt pro hærede directo eum accipiamus. Fauor militis, & fauor libertatis id exigit. An idē dicemus de agnatione poſthumorum, quod de teſtamento poſteriori diximus? Agnatione poſthumi rumpitur teſtamentum. Si poſthumus præteritus ſit in teſtamento, an aliquid ſingulare hic miles habeat? Quæſtio eſt ad hunc locum pertinens in l. 33. ſi filiusfamilias miles. ff. hoc titul. Filiusfamilias miles, qui erat in patris poteſtate, teſtamentum fecit: filium ſuum poſthumum naſciturum ex vxore ſua, qui erat futurus auo nepos, præteriit: is natus eſt. quæritur, an eius agnatione rumpatur teſtamentum: quia teſtamentum factum eſt à milite, & iure militari? Hic diſtinguit Iureconſ. an natus ſit mortuo iam auo, an vero natus ſit poſthumus auo adhuc viuo & ſuperſtite. ibi, *Poſt mortē, &c.* Auus iam deceſſerat cum natus eſt poſthumus: hic poſthumus agnaſcendo rumpit teſtamētum patris ſui, in quo præteritus fuit: quia naſcitur ei ſuus hæres, naſcitur in poteſtate, & nemo eum antecedit cum naſcitur. conſequens eſt eum naſci ſuum hæredem patri. Sed ait Iuriſconſultus noua voluntate militis id teſtamentum quod ruptum eſt, conualeſcere: quia nihil aliud ſpectamus, quam nudam voluntatem militis. Si vero natus ſit poſthumus adhuc ſuperſtite auo, non poſſumus dicere ruptum eſſe teſtamentum agnatione: quia quo tempore naſcitur, non poteſt dici ſuus hæres patri. quia eſt in poteſtate aui, non patris. Vt ſuus hæres quis naſcatur, oportet eum in poteſtate eſſe, vt ſupra diximus, ſub tit. de liber. & poſthum. hæred. inſtit. Eſt locus communis de ſuo hærede, Quis ſuus hæres ſit. Quid igitur dicemus, ſi teſtamento aui præteritus eſſe dicatur, & naſcatur viuo auo: an ſaltem rumpat teſtamentum aui? Dubitatio ex eo naſcitur, quod naſcitur in poteſtate aui. Vnde videtur rumpere aui teſtamentum, quaſi ei agnaſcatur. Sed Iureconſultus ait, eum non rumpere teſtamentum aui: quia etſi naſcatur in eius poteſtate: non tamen naſcitur ſuus. quia pater eum pręcedit. Duo ſunt neceſſaria vt quis naſci ſuus dicatur. Primum vt ſit in poteſtate: deinde vt eum nemo antecedat. Sequens quęſtio eſt de bonorum poſſeſſione contra tabulas, de querela inofficioſi teſtamenti. Ponamus filium emancipatum, à patre milite pręteritum eſſe teſtamento: an dabitur bonorum poſſeſſio contra tabulas patris ei filio emancipato? hoc vnum ſupereſt remedium Prętorium contra paternum teſtamentum, in quo pręteritus eſt. Et breuiter dicendum eſt, bonorum poſſeſſionem filio emancipato non dari cōtra tabul. patris militis, ſiue teſtamētū ad bona caſtrēſia. l. 29. ſi à milite. §. vlt. Filius proponitur pręteriiſſe patrē ſuum: patri datur bonorum poſſeſſio contra tabulas. leg. 1. ſi à parent. quis manomiſ. ſed tamen excipiuntur res, quarum liberam habet adminiſtrationem. De querela inofficioſi teſtamenti apertę ſunt conſtitutiones iuris veteris de inoffic. teſtament. tam in Digeſtis, quam in Codice. leg. Papinianus. 8. §. Papinianus. & leg. ſi inſtituta. 27. § de inofficioſo. ff de inofficioſo teſtament. & leg. de inofficioſo. 9. & leg. teſtamentum. 24. Codic. eodem. Sed dubitatur à pleriſque, an hoc ius correctum ſit cōſtitutione Iuſtiniani? Quęſtio naſcitur ex interpretatione verborum Iuſtiniani in §. hęc quidem. in Nouel. conſtitut. 115. vt cum de appel. Sed admonui ſupra, nihil immutatum eſſe conſtitutione Iuſtiniani. Vnde dicendum eſt antiquum ius hic manere incorrectum.

Poſtrema quæſtio eſt de Falcidia. Hoc enim ad teſtamentum militis pertinet: & ex teſtamento militis hoc conſequitur, cum legata excedunt dodrantem hęreditatis: an poſſit detrahi quarta pars ex lege Falcidia? Et breuiter dicendum eſt, Falcidiam ceſſare in militis teſtamento. l. ſi certarum. 17. §. vltio. ff hoc titul. l. in teſtamento. Cod. eodem. In teſtamento militis ſola eius voluntas ſpectatur, Falcidia detrahitur contra voluntatem teſtatoris. Teſtator cum legat omnia bona ſua, vel vltra dodrantem hęreditatis, dubium non eſt quin velit ea pręſtari ab hęrede ſuo. Atque ideo illa quarta pars detrahitur contra voluntatem teſtatoris. Hoc ius antiquum dicitur correctum eſse vulgo Iuſtiniani conſtitutione. Nouella 1. de hæred. & Falcid. §. pen. Iuſtinianus poſt longam diſputationem de detrahenda quarta parte ex leg. Falcidia, ſubiicit tandem ſe velle locum habere conſtitutionē ſuam in omni perſona, ſiue ſit priuata, ſiue militaris. cum expreſſim ſit mentio facta militaris perſonę, non videtur dubitandum eſse, quin priuilegium militum omnino ea conſtitutione antiquatum ſit. Poſsunt tamen verba conſtitutionis intelligi de perſona hæredis, & non de perſona teſtatoris, ſi quis diligenter expendat & conſideret totum contextum eius conſtitutionis, quę prolixa eſt. Sane prolixitas & obſcuritas cauſa fuit huius opinionis, iudicio meo. Iuſtinianus nouum ius inducit. Vult, niſi hęres inuentarium fecerit bonorum, vt cogatur integra legata pręſtare. Deinde multis verbis docet rationē eius inuētarij deſcribēdi: & ſubiicit ſe velle cōſtitutionem habere locum in omni perſona, ſiue ſit priuata, ſiue ſit militaris. Quæ verba videtur ita accipienda eſſe, vt ſiue miles ſit hæres inſtitutus, ſiue priuata perſona, nō poſſit detrahere quartā partē ex lege Falcidia, niſi inuentarium bonorum deſcribi curauerit. Nos autem hic loquimur de milite teſtatore. Hæc ſentētia mihi videtur probabilior eſſe, etſi diu opinio vulgaris ſit recepta. Hactenus de teſtamento militari.

IN TIT. II.

DE ACQVIRENDA VEL OMITtenda hæreditate.

CAP. I.

SVp titulis ſuperioribus oſtenſum fuit, quibus modis hæreditas deferatur: nunc videndum eſt quibus modis hæreditas delata acquiratur vel omittatur & repudietur. Hęc tractantur hoc tit. quę ad acquiſitionē hæreditatis pertinet vel ad eiuſdē omiſſionē: ſub qua hęres cui delata eſt hęreditas, poteſt vel hęreditatem acquirere vel omittere. Hoc eſt argumētū huius tituli, cui reſpondent alij duo tituli in C. Iuſtiniani. Eſt titulus de iure deliberandi, qui ſic inſcribitur, De iure deliberandi, & de acquirenda hęreditate. & tit. ſeq. de repud. vel abſtinen. hęred. Iuſtinianus in cōpoſitione Codicis ſui coniunxit ea, quę pertinebant ad ius deliberandi & acquirendam hæreditatem: quæ vero ad repudiationem hæreditatis pertinebant, ſeparauit. In Digeſtis coniunxit ea quæ pertinebant ad hæreditatem acquirendam & omittendam: ſeparauit autem ea quæ pertinebant ad ius deliberandi. In initio huius diſputationis perquam obſcuræ, incipiemus ab explicatione ipſius tituli. Titulus eſt, De acquirenda vel omittenda hæreditate. Videndum eſt igitur quid ſit hæreditas? Cum enim dicimus hæreditatē acquiri, vel omitti, neceſſe eſt vt intelligamus quid hæreditas ſit: quod verbum vulgo notum non eſt. Ab omnibus idiotis & imperitis hoc verbum vſurpatur tanquam notum vulgo. Hæreditatem vulgus accipit pro rebus, quas reliquit defunctus hæredi ſuo. Hāc loquendi rationem ſecuti ſunt & viri eruditi plerique. Cicero definit hęreditatem pecuniam eſſe, in Topicis,

Hæreditas, inquit, eſt pecunia, &c. Cicero cum definit hæreditatem, nõ tractat ius ciuile: tractat dialecticam: docet rationem definiendi. Et quia ad Iureconſultum Trebatium ſcribit, obiter adducit exemplum ex iure ciuili: oſtendit quomodo eſſet definiendum. In ea igitur re neglexit ſubtilitatem iuris, & ſequutus eſt morem loquendi vulgi. Adiecit Cicer. nec ea legata teſtamento, vt oſtenderet legatarium hæredem non eſſe, quamuis pecuniam capiat morte alicuius. Adiecit etiam Cicer. aut poſſeſſione retenta. fieri enim poteſt vt morte alicuius retineat poſſeſſionem. Hæc adiecit tanquam differentiam, cui addit Alciatus verbum cõfecta eſt, quod reiiciendum eſt. Cum enim quis definit hæreditatem pecuniam eſſe, quæ morte alicuius peruenit, nondum plena eſt definitio: addendum erat quæ nec alicui teſtamento legata eſt; ac nec quidem ſic plena eſt, ſed addendum fuit, aut poſſeſſione retenta. & ita confecta eſt definitio. Sic ſolet vulgus hæreditatem accipere. Sed iuris noſtri auctores diſtinguũt hæreditatem à rebus hæreditariis. Et re vera magna differentia eſt hæreditatis & rerum hæreditariarum. Iureconſulti noſtri non definiunt hæreditatem pecuniam eſſe, quæ morte defuncti peruenit, &c. ſed definiunt, ius eſſe vniuerſum defuncti, quod defunctus habuit, leg. nihil aliud, ff. de reg. iur. leg. hæreditas 50. ff. de petit. hæredit. Definiunt Iureconſulti eſſe ſucceſſionem in ius vniuerſum defuncti, quod habuit tempore mortis ſuæ: vt oſtendant eum hæredem dici, qui ſuccedit in locum defuncti, etſi nullæ res forte hæreditariæ ſint: vt intelligamus hæredem eſſe ſucceſſorem in locum defuncti, repræſentare perſonam defuncti, etiamſi nihil in bonis ſit: etiam ſi hæreditas ſoluendo non ſit. Si aliter acciperemus, is qui teſtatur ſe velle ſuccedere in locum defuncti, ſemper detrectaret ſolutionem æris alieni: diceret ſe hæredem non eſſe: non conueniretur à creditoribus hæreditariis. Sic videris neceſſariam eſſe diſtinctionem hæreditatis à rebus hæreditariis. Quia qui ſuccedit in locum defuncti, & repræſentat eius perſonam principaliter, quod habebat defunctus, per conſequentiam capit, quamuis nihil reperiatur in illius patrimonio: nihilominus recte hæres dicendus ſit. Hinc dicitur hæreditas, nomen eſſe iuris. Hæreditas numeratur inter ea, quæ incorporalia ſunt, quæ non ſunt, ſed intelliguntur, vt verbis Ciceronis vtar. Occurrunt plerique loci in Pandectis noſtris, in quibus dicitur hæreditas nomen eſſe iuris. leg. pecuniæ verbum. §. hæreditas. ff. de verb. ſig. & l. hæreditatis appellatio. ff. eod. leg. bonorum appellatio. eodem tit. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. hæreditas. ff. de petit. hæred. Sic accipitur hæreditas in hoc titul. de acqu. hæred. Cum enim dicimus acquiri hæreditatem: non tantum acquiri dicimus res, quæ reperiuntur in patrimonio defuncti: ſed quicquid iuris competiit defuncto, vel in defunctum, & in eius hæredem transfertur: quia ſuccedit in eius locum & habetur loco defuncti. Sic accipitur in tit. de hæred. vel act. vend. Hæreditas nomen iuris eſt. Qui hæreditatem emit, non dicitur emere corpora hæreditaria: ſed tantum illud ius quod competit defuncto vel contra defunctum. Hinc apparet quis ſit vſus huius diſtinctionis. Seneca videtur accuſatam ineptiam Iureconſultorum, qui diſtinguunt hæreditatẽ à rebus hæreditariis, qui negant vſucapi poſſe hæreditatem: res hæreditarias vſucapi poſſe aiunt: ſed is magis ridendus eſt, qui de rebus à ſe non intellectis ita leuiter pronunciauit. Hic quæri ſolet an idem ſit bonorum poſſeſſio & hæreditas: Aut, quid inter hæreditatem & bonorum poſſeſſionem interſit. Intelligant Tyrones bonorum poſſeſſionem, eſſe ſucceſſionẽ iuriſdictionis prætoriæ. Bonorum poſſeſſio eſt ciuilis ſucceſſio: ſed quæ iuris tantum Prætorii eſt. Cum quis iure tantum Prætorio ſuccedit in ius defuncti, is dicitur bonorum poſſeſſionem accipere. Bonorum poſſeſſio non eſt detentio rerum, quamuis poſſidere, ſignificet res detinere. Eſt nomen iuris: ſicut hæreditas, quamuis verba ex quibus componitur videãtur ad detentionem rerum & apprehenſionem quandam referri. Succeſſio quædam iuris eſt. vt dicitur in leg. 3. §. hæreditatis. ff. de bon. poſſeſ. Eſt & vſitatum vocabulum apud veteres, Cicero libro 7. epiſt. ad Trebat. hoc verbo vtitur. Sed cur hæc ſucceſſio, hæreditas non dicitur, cum præſertim conueniat definitio hæreditatis? Sed ideo is, qui ſuccedit iure Prætorio tantum non etiam iure ciuili, dicitur bonorum poſſeſſor, non hæres: quia Prætor eum hæredem facere non poteſt, qui iure ciuili non admittitur. §. quos autem. Inſtitut. de bonorum poſſeſ. Lex certis perſonis defert hæreditatem, Prætor aliqua æquitate ductus alias perſonas admittit ad hæreditatem: non tamen eas facit hæredes. Hæres eſt nomen legitimum. Prætor itaque ne videretur aperte contra leges facere, dicit ſe bonorum poſſeſſionem dare. hoc viſum eſt ciuilius: cum Prætor ſupra leges publicas non eſſet. idque colligitur ex leg. cum ſponſus. §. ſi res talis ſit. ff. de publ. in rem actio. & in edicto ex quibus cauſis maiores in integrum. quibus locis dicitur prætorem nihil contra leges inducere velle. Sed de poteſtate Prætoris nos alias docuimus plenius. Bonorum poſſeſſio, ſucceſſio quædam eſt Prætoria. Eſt hæreditas Prætoria, ſi quis velit ita loqui. effectu enim hæredes ſunt & dicuntur loco hæredum eſſe, ac pro hæredibus habendi ſunt. leg. 2. ff. de bonor. poſſeſ. & leg. hæreditatis. ff. de verb. ſign. & leg. Prætor. de regul. iur. Vnde in eos & eis dantur vtiles actiones, ſicut in eos, qui iure ciuili hæredes ſunt, dantur directæ. Vtilitatis cauſa receptum eſt, vt in eos vtiles actiones dentur. Vlpianus in Inſtitution. eas actiones, quæ dantur, vocat fictitias, quas dicimus vtiles. nam quamuis hæredes non ſint, tamen vtilitatis cauſa hæredes ſunt, & pro hæredibus habentur. Ex his intelligitis quid ſit hæreditas, quid bonorum poſſeſſio, quid inter bonorum poſſeſſionem & hæreditatem interſit. vſus eſt eorum poſitos Pandectarum verbis generalibus, De acquir. vel omit. hæred. Acquirere hæreditatem verbum generale eſt. Omittere hæreditatem æque generale eſt. ita concepta eſt inſcriptio huius tractatus, vt complecteretur quicquid ad acquiſitionem, vel omiſſionem attinet, ſiue extraneus, vel ſuus acquirat, vel adeat, ſiue abſtineat, vel repudiet. Adire hæreditatem dicitur extraneus, quaſi ad hæreditatem ire, quam nunquã habuit, quod non conuenit ſuo hæredi. ſuus hæres dicitur ſe immiſcere. l. in ſuis. 14. ff. de ſuis & legit. hæred. Simile eſt diſcrimen in omiſſione. Repudiare dicitur hæres extraneus, abſtinere ſeruus. ſed hoc diſcrimen plerunque confunditur.

Ad explicationem tituli docuimus, quid ſit hæreditas, quid ſit hæreditatem acquirere, hæreditatẽ omittere, hæreditatem repudiare, ab hæreditate ſe abſtinere. Iam videndum eſt, cur ita inſcriptus ſit hic titulus, de acquirenda vel omittenda hæreditate. Sed ideo alternatio hic adſcripta eſt, & diſtinctio: quia liberum eſt hæredi, cui delata eſt hæreditas, eam acquirere vel omittere: id ſignificat hæc inſcriptio, De acq. vel omit. hæred. Et huc pertinet quod dicitur in l. nec emere. C. de iure delib. Nemo compellitur hæreditatem adire: quia damnoſa eſt fortaſſis. arbitrio ſuo hæres hæreditatem ſibi delatam, vel acquirit, vel omittit: quod eſt intelligendum, præterquam in caſibus exceptis: nam ſeruus hæres inſtitutus à domino ſuo, neceſſarius eſt hæres. tit. de hæred. qualit. & diff. §. 1. Nõ eſt enim ſeruo ſtatutio liberũ, hæreditatẽ omittere, vel acquirere.

Alter caſus eſt in ſenatuſcõſulto Trebelliano, cum quis

quis rogatus eſt hæreditatem reſtituere ex cauſa fideicommiſſi, inſtante fideicommiſſario poteſt cogi periculo fideicommiſſatij eam hæreditatem adire, vt eam ei reſtituat. leg. qui poterat. ff. ad Senatuſconſ. Trebel. Alias nemo cogitur adire hæreditatem: hoc enim eſſet iniquum, quia hæres adita hæreditate implicatur omnibus oneribus hæreditariis, etiam ſi hęreditas ſoluendo non ſit. l. quæ dotis. ff. ſolut. matr. Hæc de tituli explicatione. Cum autem huius tituli duæ ſunt partes, vna de acquirenda hæreditate, altera de omittenda, nos ſeparatim de vtraque diſputaturi ſumus: ac primum, de acquirenda hæreditate.

De acquirenda hæreditate.

Cap. II.

IN hac diſputatione de acquirenda hæreditate, primus locus occurrit, de cauſa ipſius acquiſitionis. Igitur cauſa acquiſitionis nunc à nobis explicanda eſt: nam vt acquiratur hæreditas, quædam neceſſaria ſunt, ſine quibus acquiri non poteſt. In primis oportet delatam eſſe hæreditatem: nam ante quam delata ſit, non poteſt acquiri. Præterea ſcientia quoque hæredis, cui defertur hæreditas, requiritur. Deinde requiritur habilitas perſonæ. Oportet enim talem eſſe perſonam hæredis, vt adire poſſit. De his omnibus nos ſigillatim dicemus, ac ordine. Et in primis de hæreditate delata. Iureconſultus in leg. delata, 151. de verborum ſignific. interpretatur delatam hæreditatem, quam quis poſſit adeundo conſequi. Tunc intelligitur alicui delata eſſe hæreditas, vel teſtamento, vel lege, cum adeundo poteſt eam obtinere: cum nihil impedit, quominus hæres ſi velit eam acquirat, cum ad acquiſitionem nihil ſupereſt, niſi declaratio voluntatis hæredis. Sic accipitur in leg. 1. §. decretalis. ff de ſucceſſ. edict. cum ait Iureconſultus decretalem bonorum poſſeſſionem repudiari nõ poſſe: quoniã ante decretũ nondũ delata eſt, at quę nondũ delata eſt, repudiari nõ poteſt: poſt decretũ ſera eſt repudiatio. Decretalis bonorũ poſſeſſio eſt, quę non datur ex edicto ſine decreto Prætoris, & cauſæ cognitione, vbi cauſæ cognitio neceſſaria eſt, ibi decretũ Prætoris requiritur. l. nec quicquam. 9. §. vbi decretum. ff. de offic. proconſ. Sed de repudiatione dicemus ſuo loco. nũc iuſtituta diſputatio eſt tantũ de acquiſitione hęreditatis, ſed obiter cum locũ adduximus, qui ad repudiationem pertinet, vt oſtenderemus quomodo intelligendum eſſet quod dicitur, hæreditatem eſſe delatam alicui, oportere vt adeatur. Hoc exemplis demõſtrandum eſt. vnum exemplum eſt in l. neminem. 27. ff. hoc tit. Hominis adhuc viui hæreditas non dicitur delata eſſe, & ideo acquiri non poteſt. Si quis ſe pro hęrede gerat in bonis hominis viui: ſi quis teſtetur ſe hæredem eſſe velle eius: quia forte hæres eſt inſtitutus in eius teſtamento, non poteſt hæreditatem eius ſibi acquirere vlla aditione: quia nondum eſt delata, ac ne vlla quidem eſt hæreditas hominis viui. l. 1. de hæred. vel act. vend. idque patet ex definitione hæreditatis. Aliud exemplum eſt in l. quandiu. 39. ff. hoc tit. Cum quis teſtamento hæres inſtitutus eſt, qui extraneus eſt, qui ex legitimis hæredibus non eſt, & is nondum excluſus eſt repudiatione, vel tempore, hæreditas non poteſt dici legitimo hæredi ab inteſtato delata eſſe. Ideóque eam acquirere non poteſt, etſi forte eam prius adierit, ante quam delata ſit. ea enim aditio nullius eſt momenti. Simile eſt in l. in plurium. 69. ff. hoc tit. vbi Iuriſconſ. Paulus ait, *A ſcriptis hæredibus teſtamenta incipiendum*, deinde tranſitus fit ad eos, ad quos legitima hæreditas pertinet ab inteſtato iis excluſis, qui teſtamento hæredes ſcripti ſunt. Obſeruãdæ ſunt tamẽ exceptiones quædam huius regulæ. Reperiuntur quidam caſus in quibus legitimus hæres præfertur ei, qui teſtamento ſcriptus eſt. l. 80. ſi quis ita hæres inſtituatur. ff de hæred. inſtit. Quidam hæres eſt ita inſtitutus, *Si legitimus hæres hæreditatem vindicare noluerit, Titius hæres eſto*. hic potior eſt cauſa legitimi hæredis, quam ſcripti. Contra hanc regulam, quidam exiſtimant, legitimum hæredẽ ex teſtamento ſuccedere, quæ ſententia à nobis confutata eſt ſub tit. de cond. inſt. Nam legitimus hęres non ſuccedit ex teſtamento: ſed ab inteſtato potius. Nec mouere nos debet quod diſſentientes aiunt, voluntatem teſtatoris hic certam eſſe: nec curandum eſſe quibus verbis teſtator hæredem inſtituat. Igitur propter voluntatem teſtatoris, videri legitimum hæredem ex teſtamento vocatum eſſe, & hæredem inſtitutum eſſe. Sed ego dixi ſupra, inſpiciendum eſſe quid teſtator voluerit: ſpectandam eſſe teſtatoris voluntatem: nec multum referre, quibus verbis vſus, hæredem ſibi inſtituat l. 3. de liber. præt. C. & l. quoniã 15. C. de teſtam. Si appareat teſtatorem voluiſſe eum hæredem inſtituere, res expedita eſt, nec vllam dubitationem habet: ſed credibile eſt teſtatorem velle ius legitimæ ſucceſſionis reſeruare hæredi legitimo. leg. vel ſingulis. 45. ff. de vulg. ſubſtitut. & propterea dicimus in formula Galli Aquilij, his verbis, *Si filius, me viuo moriatur, &c.* filium non videri inſtitutum eſſe hæredem: ſed ab inteſtato potius ſuccedere: & ſi inſtitutus non fuerit: in eo caſu poſſe dici teſtamentum nullum propter præteritionem eius.

Tertium exemplum eſt in l. quandiu. 3. ff. hoc titul. Cum duo ſunt gradus hæredum inſtitutorum in teſtamento, & nondum excluſi ſunt vel repudiatione, vel tempore hæredis inſtituti in primo gradu, hæreditas non poteſt adiri ab his, qui inſtituti ſunt in ſecundo gradu. quia nondum eſt eis delata hæreditas. Idem dicitur in l. quandiu. 68. ff. eo. hoc tit. Ratio manifeſtiſſima eſt: quia ſubſtitutio conditionalis eſt inſtitutio, vt ſupra diximus ſub titul. de vulg. ſubſt. Cum quis ſubſtituit aliquem, inſtituit ſub conditione, Si primus hęres non erit. leg. in ratione. 11. §. quod vulgo. ff. ad leg. Falcid. Hac ratione fit, vt cum plures gradus hæredum ſunt inſtitutorum in teſtamento, præſtituatur nõnunquam tempus primis hæredibus ad adeundam hæreditatem, vel repudiandam, vt elapſo eo tempore, hæreditas delata ſecundis hæredibus, poſſit ab eis acquiri. l. quandiu. 68. ff. hoc tit. Ne quid incommodi conſequantur ex ea re: ne magno incommodo afficiãtur ob eam cauſam ſecundi hęredes ſubſtituti, neceſſarium eſt remedium Prætoris, de quo diximus ſub titulo de iure deliberandi. ait enim prætor ibi, præſtituendum eſſe tempus. quia nullum tempus definitum reperitur intra quod adire hæreditatem hæres cogatur, cui delata eſt hæreditas: vt faciat ſubſtituto locum. Vulgo tamen receptum eſt vſque ad 30. annos poſſe hæreditatem acquiri, & adiri, quæ ſententia mihi probabilis eſſe videtur. Plerique tamen nullo tempore exiſtimant poſſe excludi hæredem, ſed mihi videtur contraria opinio probabilior eſſe & vtilior: vt ſpatio longiſſimi temporis excludatur hæres. Mouemur hoc argumento, quod omnes actiones ſiue perſonales, ſiue reales tolluntur hoc temporis ſpatio. leg. ſicut. & leg. omnes. Codic. de præſcrip. 30. anno. Si actiones, quæ iam nobis quæſitæ ſunt, tolluntur hoc temporis ſpatio: multo magis adeundæ hæreditatis ius. Multo maior ratio eſt in hoc iure adeundæ hæreditatis, quam in actionibus nobis competentibus. Actiones nobis cõpetentes dicuntur in patrimonio noſtro eſſe, & eo auctius noſtrum patrimonium, & amplius dicitur. Nõ idem dici poteſt de hæreditate delata ante aditionem vt dicitur in l. 63. pretia rerũ. ff. ad l. Falci. Et ſi cui delata ſit hæte

ditas, quam nondum adierit, non poteſt dici locupletiorem eſſe. Hoc differt aditio hæreditatis, quæ iuris ciuilis eſt, à bonorum poſſeſſione, quæ eſt iuris prætorij. de quo diſcrimine aliquid ſupra diximus, ad interpretationem tituli. Is enim qui iure prætorio ſuccedunt, Prætor aliud tempus præſtituit. nam præſtituit centum dies, ſi extranei ſint, aliis autem præſtituit tẽpus vnius anni. l. 1. de ſucceſſ. edict. Remedia Prætoria alia breuiori tempore finiuntur, quam quæ competunt iure ciuili, vt Inſtit. de perpet. & tempor. actio. Quinimo accidit nonnunquam, vt is, cui delata eſt hæreditas, ne triginta quidem annis excludatur, ſed ſexaginta tantum, aut etiam longiori tempore. Ego proponam exemplum & ſpeciem in qua hoc poteſt accidere. Ponamus filium à patre hæredem inſtitutum eſſe, qui ſi inſtitutus hæres non eſſet, nihilominus patri ſuccederet ab inteſtato. hic filius, ſi non adierit hæreditatem intra triginta annos ex teſtamento, non prohibetur ab inteſtato adire poſt lapſum eius temporis. Si alius eſſet inſtitutus, quam filius, is haberet ſpatium triginta annorum ad adeundam hæreditatem ex teſtamento. Et poſt lapſum eius temporis, filius ab inteſtato adire volens, tantum temporis habet: vt ſic vſque ad ſexaginta annos hæreditatem poſſit adire. At in hac ſpecie vtrũque ius concurrit in eadem perſona. Et certum eſt ex his, quæ diximus ex d. leg. quandiu. 68. ff. hoc tit. in cauſa inteſtati non currere tempus ante quam certum ſit adiri non poſſe ex teſtamento. Si non incipiat currere, conſtat hæreditatem non deferri ad alios: niſi poſt ſexaginta annos: Imo produci poteſt hoc tempus longius. Nam etſi ſpacio triginta annorum excluſus ſit ne adeat ex teſtamento: & aliorum triginta annorum ſpacio excluſus ſit, ne adeat ab inteſtato, tanquam filius, tamen non prohibetur eam adire tanquam vnus ex agnatis, ex capite vnde legitimi. Et certum eſt, in ſucceſſione prætoria filium ſibi ipſi ſuccedere. leg. 1. §. ſed videndum. ff. de ſucceſſ. edicto. filius, qui eſt excluſus tempore, ne adeat hæreditatem ex iuriſdictione prætoria: ne petat bonorum poſſeſſionem à Prætore, quia excluſus ſit anni ſpacio: poteſt tamen petere ex capite, Vnde legitimi: quia inter agnatos reperitur, & datur ei alius annus ad petendam bonorum poſſeſſionem ex hoc capite agnatorum. Hoc eſt certum in ſucceſſione prætoria. Cur igitur idem non dicemus in aditione hæreditatis, quæ eſt iuris ciuilis? Eadem eſt ratio triginta annorum in aditione hæreditatis, quæ iuris ciuilis eſt: quæ eſt vnius anni in bonorum poſſeſſione, quæ iuris eſt prætorij. Ergo cum excluſus à petenda bonorum poſſeſſione ex vno capite, annum alium habeat ad petendam bonorum poſſeſſionem ex alio capite, & ſibi ipſi ſuccedat: conſequens eſt idem dicendum eſſe in aditione, quæ iuris ciuilis eſt: vt quamuis excluſus ſit ab adeunda hæreditate tanquam filius ex vno capite ſpacio triginta annorum, vt alios triginta annos habeat ad adeundam hæreditatem ex alio capite, hoc mihi videtur probabilius, quamuis plerique diſſentiant. Hoc videtur durum eſſe pleriſque, quod tantum temporis detur, quo non, niſi ſexaginta annis excludatur quis ab adeunda hæreditate, propter præſcriptiones, quæ æquitate magna inductæ ſunt. Sed poſſunt creditores petere vt cogatur ante tempus tantum declarare ſuam voluntatem. Et hic eſt vſus edicti de iure deliberandi. Difficilior quæſtio eſt de ſuo hærede, an ſuus hæres ſicut extraneus hoc ſpacio temporis excludatur ab adeunda hæreditate? Quæſtio pendet ex interpretatione leg. licet. 8. Codic. de iure deliberandi, ibi, *Longi temporis præſcriptione, &c.* Diocletianus in hoc reſcripto loquitur, de longi temporis præſcriptione, id eſt, de præſcriptione decem aut viginti annorum: de præſcriptione verò longiſſimi temporis triginta annorum, non loquitur. quaſi hoc ſenſerit Diocletianus, etiam ſuum hæredem ſpacio longiſſimi temporis excludi poſſe. Deinde addit Imperator Diocletianus *tamen ignorantes, &c.* Sed ego puto partem reſcripti cuiuſdam eſſe. hoc puto reſcriptum eſſe in certa cauſa, inter certas perſonas, cum ex facto incidiſſet, vt de præſcriptione longi temporis quæreretur: vt proponeretur, hæredes ſuos, cum ignorarent delatam eſſe ſibi hæreditatem intra decem annos aut viginti, non adiiſſe hæreditatem. vnde ad propoſitam quæſtionem ita reſpondit, vt in d. l. licet. Probabilius ergo mihi videtur quamuis hoc eſt cõtrouerſum, tempore non excludi ſuum hæredem: & hoc intereſſe inter ſuum hæredem & extraneum, quod extraneus excludatur ſpatio longiſſimi temporis: hic autem nullo tempore excludatur. Nam hæredes ſui ipſo iure hæredes fiunt: nec vlla aditio in eis eſt neceſſaria. d. leg. in ſuis. ff. de ſuis & legit. hæredib. leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſſ. cauſa teſta. leg. in ſuis. ff. de lib. & poſthu. hæredib. Qui enim ſunt in poteſtate, ſtatim ipſo iure hæredes fiunt: nec aditio in eis neceſſaria eſt: & hoc adeo verum eſt, vt ſi ius ciuile ſpectemus, neceſſarij ſint hæredes, velint nolint: iure tamen prætorio datur eis facultas abſtinendi. §. 1. & 2. Inſtitut. de hæred. qualitat. & differen. l. 57. neceſſarius. hic. ff. Sed nos mouere non debet, quod beneficium & ius abſtinẽdi habeant. non enim minus fiunt hæredes ipſo iure. Hoc enim beneficium abſtinendi, fauorem eorum reſpicit. beneficium abſtinendi habent, ſi velint. l. ſi filius. qui patri. 12. ff. de vulg. ſubſt. Vnde non debet conuerti in eorum incommodum. Noceret autem, ſi propter illud beneficium abſtinendi excluderẽtur ſpacio temporis, nec poſſent hæredes eſſe. Hæc de tempore legitimo, quod præſtituitur à Prætore. Addendum eſt, & tempus quoque à teſtatore nonnunquam ſtatui poſſe, cuius temporis lapſu excludatur hæres inſtitutus, & locum faciat ſequentibus ordinibus. Hoc colligitur ex l. ſi quis hæres. 71. hoc tit. ff. *Titius hæres meus eſto, ſi intra centum dies hæreditatem meam adierit: & niſi adierit hæreditatem intra centum dies, Mæuius hæres eſto.* Hoc ſpatio temporis excluditur primus hæres, & facit ſecundo hæredi locum. Hoc videtur nobis ſupereſſe ex formula antiqua cretionis. Sic ſolebat hæres inſtitui cum cretione, vt auctor eſt Vlpian. in Inſtit. tit. 22. qui hære. inſtit. poſſunt. *Titius hæres meus eſto, cernitoque in centum diebus hæreditatem meam, quibus ſcieris poteriſve, & niſi creueris, exhæres eſto.* Vnde quæritur in hac l. ſi quis hæres. Teſtator ita ſcripſit in teſtamẽto ſuo, *Titius hæres meus eſto, ita vt hæreditatem adeat intra centum dies: ſi non adierit intra centum dies, poſt illud tẽpus, Mæuius hæres eſto.* Statim deceſſit ante finẽ illius tẽporis primus hæres, quæritur an ſtatim ſecundus hæres admittendus ſit? Si ſpectemus verba teſtatoris, non videtur ſtatim hæres eſſe admittendus: niſi expectato tempore. Sed, inquit Paulus, hoc non eſt receptum vt ſubſtitutus vltimum diem aditionis expectet. Non enim videtur hæc eſſe voluntas teſtatoris. Inſpiciendum eſt cur hoc tempus adſcripſerit teſtator. Et ſanè veriſimile eſt hanc fuiſſe voluntatem teſtatoris, cum hoc tẽpus adſcripſit, vt Mæuius poſt illud tẽpus hæres eſſet, quia ſperabat tanto tẽpore victurũ primũ hæredẽ. Et hinc illud vulgare manauit, Finita cauſa dilationis, finitam eſſe dilationem. quamuis alibi dicatur nihil innouandum eſſe pendẽte dilatione. l. 6z. à filia. §. alieno. ad Senatuſc. Treb. Inſpiciendum eſt ſemper an fruſtra illud tempus exſpectetur. Si fruſtra exſpectetur illud tempus, illud exſpectãdum eſt. Vt intelligatis vſum huius rei, vnum tantùm exemplum adſerã. Lege cautum aſt, decem dies dari damnato ad appellãdum. Nouella de appel. ad perſequendam verò appellationem

vnum

vnum annum.Cod.de tempo.appell. Illud tempus anni,quod datur ad perſequendam appellationem, currit poſt illos decem dies. Sed ponamus ſtatim appellaſſe condemnatum, non exſpectato illo tempore decem dierum, nonne incipiet currere tempus illius anni, quod datum eſt ad perſequendam appellationem? Hoc receptum eſt ab omnibus.eadem eſt ratio,quæ eſt in his exemplis.Cœpimus oſtendere, quando hæreditas delata eſſe dicatur,aut non dicatur. Varia exempla adduximus huius rei demonſtrandæ gratia, quibus addendum illud eſt,quod dicitur in l. cum quidam 30.§. quod dicitur.ff.hoc titul.Hoc forte dictum fuit à Sabino Iuriſconſulto.Hoc enim ſcriptum fuit ad Sabinum. Nam ad Sabinum libros ſcripſit Vlpianus. Hæc not. Vlpianus ad ea verba Sabini.Huic ſimile eſt quod dicitur in l.ventre præterito 83.in princip.ff.hoc titul.Poſthumus præteritus eſt,qui adhuc eſt in vtero. proximus à poſthumo,id eſt, qui defuncto ſuccederet, ſi poſthumus non naſceretur,non poteſt perſequi hæreditatem, quoniam ea delata nondum eſt. Ei enim delata dicitur hæreditas, qui ſi vellet eam adiret. At hic non poteſt adire ſi velit. Nam ſi naſcatur poſthumus,excluditur, cum is qui in vtero eſt, antecedit alios, locum habet quod hic dicitur. Sed quæritur, an hoc dictum Sabini intelligendum ſit tam de ſuo hærede,quam extraneo? Ego alias dixi, nihil hic referre, an ſuus hæres ſit, an extraneus is, qui hæreditatẽ acquirere vult, cum mulier prægnans eſt, & ventre pleno eſt, at cum mulier creditur prægnans eſſe,quæ tamen non eſt, aliquid intereſt inter ſuum hæredem & extraneum: vt mox dicturi ſumus: & hoc colligitur ex d.l.ventre. In ea lege ibi, *Ergo ſi ventre pleno ſit mulier, &c.* His verbis ſignificatur,cum ventre pleno eſt mulier.interim hæreditatem non deferri hæredi etiam ſuo, quamuis cauſa cognita ei ſuccurratur edicto Prætoris propter ventris miſſionem. Sic eſt accipiendum quod dicitur in leg.ſi filius hæres.16.ff.de liber. & poſth. filius hæres inſtitutus eſt,poſthumo præterito. nepos eſt filio ſubſtitutus. deceſſit filius, non adita hæreditate. Ait Iuriſconſult.nepotem tam auo, quam patri ſuum hæredem futurum. Quibus verbis oſtendit locum eſſe ex ſubſtitutione nepotem ſuccedere auo, & ſuum hæredem eſſe. quod tamen videtur à iure communi eſſe alienum. Nam filius in iſta ſpecie Africani, ipſo iure videtur fuiſſe hæres, etiam ſine vlla aditione.l. 1.§. qui ſunt in poteſtate.ff.ſi quis omi.cau.teſt.& l.in ſuis & legi.hæred. & l. in ſuis. de liber. & poſthum. vt enim patet ex illis locis, nulla eſt neceſſaria aditio, vt acquiratur ſuo hæredi hæreditas: iure ipſo acquiritur ei. Sic videtur excludi ſubſtitutus: nec poſſe ſuccedere auo tanquam ſuus hæres. Sed diximus in ſpecie Africani, non potuiſſe iure ſui hæreditatem deferri filio propter præteritionem poſthumi, & propter incertitudinem natiuitatis eiuſdem.Nos enim intelligimus re vere prægnantem fuiſſe mulierem:ſed abortum feciſſe,quamuis diſſentient aliqui. Id ſatis oſtendunt verba Africani cum dixit, *Poſthumo non nato, &c.* Ideo ſuus hæres eſt ex ſubſtitutione auo.Quia iure ſui non potuit hæreditas acquiri filio,qui nepotem antecedebat. quia incertum erat, an poſthumus naſceretur. Ergo quod dicimus,cum ventre pleno eſt mulier, hæreditatem interim non deferri ſuo hæredi, nos ita accipimus, vt ne iure quidem ſui ei deferatur.

Aliud exemplum eſt ſuperioribus ſimile, cum quis eſt inſtitutus ſub conditione,& nondum extitit conditio.leg.in plurium.69 §.vltim.& l.73.qui putat. In hoc exemplo nihil difficultatis eſt. certum eſt enim ante conditionis euentum, non deferri hæreditatem. Nam conditio ſuſpendit inſtitutionem hæredis. Hæreditas autem,vt ſæpe admonuimus, dicitur delatã eſſe, quam quis adeundo conſequi poteſt. Alia exempla addi poſſent:ſed hæc nobis ſufficere viſa ſunt ad rei, de qua agitur,declarationem.Et hactenus de delata hæreditate, quam diximus neceſſariam eſſe, vt quis hæreditatem acquirat. Initio enim diximus non poſſe hæreditatem acquiri aditione, niſi delata ſit. hoc primum eſt.

Alterum eſt,de quo nunc dicturi ſumus, Quod hæres ſciat ſibi delatam eſſe hæreditatem. Hic non tantum veritas rei, ſed etiam ſcientia hæredis neceſſaria eſt.l.hæres inſtitutus.32.ff. hoc ti. Si incertus ſit hæres an hæreditas ſibi delata ſit,necne.is hæreditatem adire non poteſt.oportet eum ſcire hæreditatem ſibi eſſe delatam: etſi forte de alia re incertus ſit, quæ ad acquiſitionem hæreditatis pertinet.nihil id nocet, modo ſciat in omnem euentum hæreditatem ad ſe pertinere. Ratio ſumitur ex regula iuris.l.in totum. ff. de regul.iur. vbi dicitur: In totum omnia, quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia peragi poſſunt. Hæreditatis aditio & acquiſitio huiuſmodi eſt,animi deſtinatione acquiritur hæreditas, vt dicemus proxima dic.leg.pro hærede.2. & l.87.gerit ff. hoc tit. Hæreditas acquiritur animi quadam deſtinatione. Non eſt firmum eius conſilium, qui dubitat an ſit ſibi hæreditas delata. Simile eſt quod dicitur in l.de ſtatu. ff.de teſta. De ſtatu ſuo incertus, aut dubitans, teſtamentum facere non poteſt. Non videtur ſeriò agere, qui incertus eſt an teſtamentum facere poſſit. Dicendum eſt igitur non niſi vera & certa ſcientia id perfici poſſe, cum animi deſtinatio hic neceſſaria ſit. Varia huius rei exempla ſunt in l.hæres inſtitutus. 32. ff. hic. & legib.ſequentib. quæ nos breuiter & ſummatim explicaturi ſumus. Teſtator iam defunctus eſt. hæres inſtitutus putat adhuc eum viuere, & nihilominus adit hæreditatem. nihil egere intelligitur. ignorat enim hæreditatem ſibi delatam eſſe, quamuis re vera delata ſit ſibi. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. qui hæreditatem.19.ff.eo.tit. Qui hæreditatem, ait Paulus, vult adire, aut bonorum poſſeſſionem petere, certus eſſe debet, defunctum eſſe teſtatorem. Hoc ideo eſt, quia niſi certo ſciat defunctum eſſe teſtatorem, ignorat hæreditatem ſibi delatam eſſe. Deinde ſequitur in d.l.hæres inſtitutus. Sed & ſi &c. Hæres pure inſtitutus eſt, putat ſe inſtitutum ſub conditione,& interim adit hæreditatem. Hic dicitur, eum ſibi hæreditatem non acquirere: quia etſi re vera ei delata ſit hæreditas: tamen ignorat,an ſit delata,ſi ſit incertus de conditione teſtatoris. Credit teſtatorem eſſe filium familias, qui paterfamilias erat. credit eum teſtamentum facere non potuiſſe,qui tamen poterat.Hic error facit, vt adeundo hæreditatem, nihil agat, vt ſibi hæreditatem non acquirat Sequitur deinde, ff.hoc ti. l. 32. quod ſi dubitet, Quid ſi dubitet,an deceſſerit apud hoſtes, an deceſſerit ciuis? Ait Iureconſultus hunc errorem ei non nocere, quia in omnem euentum intelligit ſibi delatam eſſe hæreditatem.quia ſiue ciuis, ſiue apud hoſtes deceſſerit, vtroq; caſu valet eius teſtamentum, & eſt ius adeundi.Dicitur & ſeq. l. 34. Sed ſi de ſua conditione dubitet,an ſit paterfamilias,an filius familias,&c.hũc errorem non impedire hæreditatis aditionem: quia intelligit hæreditatem delatam eſſe, quamuis neſciat an ſolus acquirere hæreditatem poſſit.Ibi, Cur autem &c. Ratio eſt diuerſitatis.in ea l.24.§. Sed etſi eum eſſet pure inſtitutus.Aliud exemplum,hæres inſtitutus fuit pure,& tamen putat ſe inſtitutum ſub conditione, ſi decẽ hæredi dederit, & ea decem hæredi dedit, implendæ conditionis cauſa. Quæritur an poſſit adire hæreditatem. Ex his quæ diximus, conſtat poſſe eum adire hæreditatem.quia intelligit ſibi delatã eſſe hæreditatem ſiue pure, ſiue ſub conditione,quæ extiterit, inſtitutus

ſit, certum eſt delatam eſſe ei hæreditatem vtrum acciderit, hæreditas eſt ei delata. Non enim minus delata eſſe dicitur hæreditas hæredi cum ſub conditione inſtitutus eſt, quæ impleta eſt, quam ſi pure inſtitutus eſſet. Hoc facilius admittitur, inquit Iureconſultus, in conditione quæ ex euentu pendet, quam in conditione, quæ pendet ex poteſtate hæredis inſtituti. In conditione arbitraria voluntas & ſcientia plerunque requiritur, adeo vt non videatur paruiſſe conditioni, niſi ſciuerit conditionem adſcriptam eſſe. l. 2. & l. 20. multum intereſt. ff. de condit. & demonſt. Sunt alia exempla & aliæ quæſtiones ad eundem locum pertinentes, veluti l. cum quidam. 30. §. vlt. ff. hoc titul. Nos dicimus eum qui certus non eſt de viribus teſtamenti, non poſſe adire hæreditatem. Quid ſi falſum dicatur eſſe teſtamentum, alia tamen perſuaſio ſit hæredis: an poſſit adire? Aſſerit autem Iureconſultus eum poſſe adire. Exemplum huius rei eſt in l. cum falſum. 46. ff. hoc tit. falſum eſſe teſtamẽtum dicitur, ex quo petitur hæreditas. Hæres ipſe accuſat falſi: interim tamen poteſt hæreditatem adire, quia certus eſſe debet an falſum ipſe fecerit. Quid igitur ſi ponamus alium falſi accuſari, non hęredem? Non poteſt adire. Iuſta eſt cauſa dubitandi, an verum ſit, an falſum teſtamentum, cum alius arguitur, citra conſcientiam hæredis, id eſt, ita inſtituitur accuſatio falſi contra alium, quaſi non fuerit falſum illud ſciente hærede admiſſum. *Pendente appellatione falſi citra conſcientiam.* Eſt locus communis de ſcientia & ignorantia tam facti alieni quam proprii leg. quamuis. 40. ff. ad Senatuſcon. Trebellian. leg. vltim. pro ſuo. Aliud exemplum eſt in d. l. cum quidam. §. Quod dicitur. Sabinus ibi loquitur non tantum de muliere, quæ re vera prægnans eſt, ſed etiam quæ prægnans eſſe putatur. Mulier re vera vacuo ventre eſt: ſed tamen creditur prægnans eſſe. hoc caſu hæres adire hæreditatẽ non poteſt. quod ſi re vera prægnans eſſet, non poſſet adire. Cum igitur re vera prægnantem eſſe putet, adire non poteſt. Hæc verba interpretatur Vlpia. in d. §. quod dicitur, non ſolum ad teſtatos: ſed & ad inteſtatos quoque pertinere. Si quis teſtamentum fecerit, & in eo peterit poſthumum. vel, ſi quis nullo facto teſtamento deceſſerit: & mulier prægnans ſit, vel putetur eſſe prægnans, quo caſu partus ex ea editus præferatur cæteris. cæteri non poſſunt adire hæreditatem, interpretatur hæc verba, *Et putetur eſſe.* Si mulier dicat ſe prægnantem eſſe, iuſta eſt cauſa dubitandi, an ſit prægnans. Si ſe non dicat prægnantem, ſed obſtetrices dicant eſſe, iuſta etiam cauſa eſt dubitandi. Deinde ſequitur in d. l. cum quidam. §. ſuum hæredem, &c. His verbis oſtendit Vlpianus dictum illud Sabini, quatenus loquitur de opinione, de errore, non pertinere ad ſuum hæredem: ſed tantum ad extraneum hæredem. Suo autem hæredi non nocet ignorantia, aut dubitatio: etſi re vera prægnans ſit. Nihil refert an ſuus hæres putet prægnãtem eſſe, an non putet. hæc ſcientiæ aut inſcientiæ diſtinctio adhibetur tantum in extraneo. Sed ratio diuerſitatis videnda eſt, cur in extraneo hærede, non tantum inſpicitur rei veritas, ſed etiam ſcientia, aut inſcientia hæredis: in ſuo autem hærede veritas tantum rei ſpectatur, an per rerum naturam certũ ſit mulierem prægnantem non eſſe. Ratio diuerſitatis cognoſcitur ex reg. ff. de reg. iur. leg. in totum. vbi, *quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia peragi poſſunt.* In hæreditate acquirenda ab hęrede extraneo, animi deſtinatione opus eſt. non enim acquirit hæreditatem niſi aditione, id eſt, teſtando aut re, aut verbo ſe velle hæredem eſſe. Non igitur eſt mirum ſi ſcientia eius, aut inſcientia aliquam vim habeat. Sed in hærede ſuo voluntatis declaratio nulla eſt neceſſaria ad acquirendam hæreditatem. Hęredi ſuo acquiritur hęreditas etiam ignoranti. d. l. in ſuis. ff. de ſuis & legit. hæred. inſti. d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſ. cauſa. teſta. Lex hęreditatem transfert in ſuum hęredem ſine vlla animi deſtinatione ipſius. In lege, per quam acquirimus, nullam ſcientiam requirimus: hoc enim hic ridiculum eſſet. Ergo ſatis eſt in hęreditate, quæ ipſo iure ſuis acquiritur, certum eſſe per rerum naturam mulierem pręgnantem non eſſe. nec refert quid putet hęres. perinde interim tranſmittet hęres ſuus hęreditatem ad ſuos hęredes, ſi interim deceſſerit, tanquam ſibi delatam: quamuis ignorauerit vacuo eſſe ventre, ſi certum erat per rerum naturam mulierem nihil in ventre habere. Sed ſi mulier re vera pleno ventre erat, interim decedens filius non tranſmittit hęreditatem ad ſuos, etiam ſi abortum mulier poſtea faciat. quia incertum erat an mulier paritura eſſet, necne. propter hanc incertitudinem non dicitur hęreditas delata eſſe hęredi etiam ſuo, atque ſic intelligendum eſt quod dicitur in d. l. cum quidam. 30. §. vlt. & l. ventre. 83. ff. hoc tit. Quod confert ad interpretationẽ l. ſi filius hæres 16. ff. de liber. & poſthum. de qua ante à nobis dictum fuit. Sequitur in d. §. ſuum hæredem, ibi, Quid ſi vnum, &c.

Ex his quę diximus, naſcitur quæſtio, ſi ponamus mulierem re vera prægnantem eſſe, & in vtero vnum habere: ex quanta parte interim erit hæres ſuus, qui iam natus eſt? Quæſtio ex eo pendet an tantum inſpicere debeamus quod per rerum naturam certum eſt, an vero inſcientiæ & incertitudinis noſtræ aliqua ratio habenda ſit. Si naturæ incertitudinem inſpiciamus, certum eſt mulierem vnum tantum in vtero habere, euentus poſtea id oſtendet: quamuis interim id nobis incertum ſit. Omnia enim pręſentia & pręterita, per rerum naturam dicuntur certa eſſe. leg. 37. cum ad pręſens, & duabus ſequ. ff. de reb. cred. quamuis forte nobis ſint incerta. Futura vero omnia ſunt incerta. An igitur inſpiciemus noſtram inſcientiam? Poſſunt naſci duo, tres, quatuor. l. antiqui. 3. ff. ſi pars hæredit. petat. & l. ſi pater. 36. ff. de ſolut. Idem in d. §. ſuum hæredem. ibi, *Siue inſtitutum, &c.* In proponenda quæſtione hoc adiecit Iuriſconſul. quia ſi præteritus eſſet poſthumus, interim nõ deferretur hæreditas filio iã nato: quia incertum eſt, an is naſciturus ſit & rupturus teſtamentum. Nos igitur ponimus, vel inſtitutum eſſe poſthumum, vel patrem inſtitutum deceſſiſſe. Sextus Pomponius exiſtimabat ſuum hæredem, qui iam natus eſt, interim ex dimidia parte hæredem eſſe, motus probabili ratione: quia iam à nobis dictum eſt, in ſuo hærede naturæ veritatem & certitudinem inſpiciendam eſſe: nec habendam eſſe rationem incertitudinis noſtræ. Mouetur hoc argumento, ibi, *Putat enim, &c.* Cum certum eſt per rerum naturam mulierem prægnantem eſſe, hæres ſuus ex aſſe hæres eſt, etiam ſi forte putet prægnantem eſſe. Ergo cum certum eſt per rerum naturam, mulierem vnum tantũm in vtero ſuo habere, dicendum eſt filium eum, qui iam natus eſt, ex dimidia parte hæredem fore. eſt eadem ratio totius, quæ partis. Iulianus putabat ſpectandam eſſe inſcientiam noſtram, & incertitudinem: quia poſſunt, vt Iulianus dicebat, plures naſci. Poſſunt naſci quinque: poſſunt naſci quatuor, ſecundum Ariſtotelis ſcientiam. cuius mentio eſt in d. leg. pater. ff. de ſolut. Sed Pomponius nihil referre exiſtimabat quid nobis incertum ſit. Difficultas eſt in cõciliatione opinionum veterum. De hac re enim reperiuntur opiniones contrariæ, vt videntur. Hæc Iuliani ſententia probatur in aliis locis in l. ſed etſi reſtituatur. 28. §. 1. de iudic. & de leg. antiqui. ff. ſi pars hæred. pet. & d. l. ſi pater. de ſolut. Interim ſi velit natus filius agere petitione hæreditatis, habebit quartam partem. Sed quia hæc pugnantia

Digitized by Google

gnātia ſunt, videdū eſt quomodo conſiliari debeant. In hac lege noſtra referuntur tantum opiniones, ſi expendantur verba Iureconſulti in hac lege ibi, quod & Sextum Pompon. &c. & ſtatim ibi, Putat enim, &c. vbi refert opinionem Sexti Pomponij: refert etiam Iuliani opinionem: propoſitam quæſtionem non decidit in d. l. ſi pater. ff. de ſolut. Ibi Iulianus exiſtimauit habēdam eſſe rationem incertitudinis noſtræ, quamuis de partu dubitet quot naſcituri ſint. Exiſtimauit id ad iuriſprudentiam non pertinere. Ideoque non decidit: ſed tamen oſtendit ſe in ea ſententia eſſe, vt incertitudinis noſtræ ratio habeatur in l. antiqui. ſi pars hæred. petat. ait Iulianus, ex quarta parte hæredem eſſe. Idem in d. l. ſed & ſi reſtituatur. ff. de iudic. mihi autem ſic videtur eſſe dicendum. Cum agitur de ducenda re in iudicium, vt in locis iam adductis, non ſufficere hoc notum eſſe natura: ſed oportere notum eſſe à nobis. Oportet notum eſſe iudici, cum quæritur quantum quis petere poſſit. In d. l. ſed etſi reſtituatur. Iureconſultus loquitur de re in iudicium deducendi. & in l. antiqui. loquitur de petitione hæreditatis. Similiter in d. l. ſi pater. de ſolut. quæritur, ſi quis egerit & ſuccubuerit aduerſario vincente, quantum ei noceat exceptio rei iudicatæ, quæritur de re ducenda in iudicium. Itaque opinio Iuliani tunc defendi poſſet. atque ita hæc poſſunt conciliari, cum agitur de re in iudicium deducenda: non cum de tranſmittenda hæreditate, quæ poteſt tranſmitti ſine facto hæredis, cui delata eſt hæreditas.

Cœpimus tractare de ſcientia hæredis, quæ neceſſaria eſt in acquiſitione hæreditatis. Diximus neceſſarium eſſe vt hæres, qui acquiſiturus eſt hæreditatem, eam ſciat ſibi delatam eſſe. idque varijs exemplis demonſtratum eſt. Hoc amplius ſcire debet, qua ex cauſa delata ſit ſibi hæreditas: etſi non ignoret delatam ſibi eſſe hæreditatem: ſi tamen neſciat ex qua cauſa ſibi delata ſit hæreditas, eam non acquirit. in l. ſi is, ad quem. 22. ff. hoc tit. Paulus id multis exemplis oſtendit. *Si is ad quem. &c.* Agnati proximi hæreditas mihi delata eſt. ego cum putarem meum ſeruum eum eſſe, bona eius quaſi peculium occupaui. Ait Iureconſultus me non obligatum eſſe hæreditati. Non enim intelligebam ex qua cauſa ea bona ad me pertinerent. & ratio eſt, quia credibile eſt me aditurum non eſſe ea bona, & apprehenſurum, ſi non erraſſem in cauſa, propter quam ea bona mihi delata ſunt. Aliud exemplum eſt in ea. l. ſi is ad quem, ibi, *Idem ergo dicemus, &c.* Ingenuus erat is, cuius hæreditas mihi delata eſt. putabam eum libertum meum eſſe. ego tanquam patronus ea bona occupaui. hic dicitur me non eſſe obſtrictum hæreditati. Ibi, *vel ſi agnatus, &c.* exempla ſunt, quæ non magnam obſcuritatem habent, in quibus tantum lectione opus eſt.

Quomodo hæreditas acquiratur.

CAP. III.

HIc locus pertinet ad rationem acquirendæ hæreditatis, quomodo hæreditas acquiratur. Et breuiter dicendum eſt hæreditatem nos acquirere, aut adeundo, aut pro hærede gerendo. hæc duo diſtinguuntur à iuris auctoribus. Nec dubium eſt, quin aliud ſit hæreditatem adire, quàm pro hærede gerere. Exemplum eſt in l. ſi quis mihi bona. 25. §. ſed quid ſi mandauit. Pater mandauit filio, vt ſe pro hærede gerat: is hæreditatem adijt, vel contra mandauit, vt hæreditatem adiret. is pro hærede ſe geſſit, an videatur iuſſu patris id ab eo factū eſſe? hic videmus diſcerni aditionem hæreditatis à geſtione pro hærede. Similis locus eſt in l. at ſi quis. §. plerique. ff. de relig. & ſumpt. fune. Si quis ſepeliat patrem ſuum, neque aditio, neque geſtio pro hærede intelligitur. Adire enim hæreditatem, eſt verbis declarare & exprimere ſe velle hæredem eſſe, & proprie extraneorum hæredum eſt magis, quàm ſuorum. §. extraneis. Inſtit. de hæred. qualit. & differ. Sui hæredes dicuntur magis ſe immiſcere hæreditati, quàm hæreditatem adire. Sui hæredis ſemper intelligitur hæreditas fuiſſe, intelligitur in ſuo hærede continuari magis, quàm noua hæreditas acquiri. l. in ſuis. ff. de liber. & poſthum. hæred. Pro hærede gerere is dicitur, qui aliquid attingit hæreditarium, vel qui aliquid facit tanquam hæres, etiam ſi nihil attingat. l. pro hærede. 20. ff. hoc tit. Rem hæreditariam attingendo velut locando res hæreditarias, vēdendo, poteſt dici hæres ſe gerere pro hærede. l. 87. gerit. ff. eod. & §. vlt. Inſtit. de hæred. qualit. & differ. Pro hærede gerere is intelligitur, qui aliquid facit tanquam hæres. Poteſt quis aliquid facere tanquā hæres, etiam ſi nihil hæreditarium attingat, vt dicitur in d. l. gerit. hæc quæſtio pro hærede animi eſt: nec enim tam facti eſt, quàm animi. Animus acquirendæ hæreditatis neceſſarius eſt, & factum, quo animus declaretur, hoc eſt quod dicitur, *Geſtionem pro hærede, non eſſe tam facti quam animi.* notandum eſt igitur enim pro hærede geſſiſſe videri, qui aliquid facit tanquam hæres. Quoties aliquis quid facit, quod citra ius & nomen hæredis fieri non poteſt, is dicitur ſe gerere pro hærede. Hanc regulam tradit Iureconſultus in d. leg. pro hærede. §. Papinianus. Exempla varia inceſtam, variæ quæſtiones tractantur, quæ in ſtatu contectu-ali verſantur. Nos ex his quæſtionibus præcipuas explicaturi ſumus. Vtile eſt enim in his exemplis exerceri, vt vſum præceptorum intelligamus, & ſæpe tales quæſtiones oriuntur inter hæredem & creditores hæreditarios, an videatur ſe hæreditati immiſcuiſſe, quæ viſitatæ ſunt & quotidianæ. Perſequamur ergo exempla ad hanc rem pertinentia. Exempla ſunt in primis in d. l. pro hærede. in initio ibi, *Apparet, &c.* Si defunctum ſepeliunt, humanitatis ratione ductus & pietatis cauſa: non ideo intelligitur pro hærede geſſiſſe: cauſa pietatis eſt, non cauſa acquirendæ hæreditatis. Ratio ſumi ibi, *Et ideo ſolent teſtari liberi, &c.* Sic obſeruandus eſt locus communis de teſtatione vel proteſtatione, vt vulgo loquimur. Cū quid geritur ex quo poſſit induci, vel quæſtio pro hærede, vel aliud huiuſmodi, vtilis eſt teſtatio, vt quiuis præſumat id factum alio animo; proteſtatio noſtra omnem huiuſmodi præſumptionem tollit. Similis locus eſt in d. l. at ſi quis. §. plerique. ff. de relig. & ſumpt. fune. Deinde ſequitur in d. l. pro hærede. §. *Si quid tamen, &c.* vbi aliquid eſt paulo obſcurius. Filius poſt mortem patris petiuit à liberto patris officiales operas. ſic enim accipere debemus. Quæſtio eſt an videatur ſe pro hærede geſſiſſe? Ea quæſtio ex eo naſcitur, quod qui aliquid petit à debitoribus hæreditariis, is videtur pro hærede ſe gerere. Liberti operas debebant defuncto patrono, filius eas operas à liberto petiit. videtur ergo *animo* acquirendæ hæreditatis has operas petere, quæ hæreditariæ ſunt. Ait Vlpianus, non videri filium pro hærede ſe geſſiſſe, qui has operas exegit. Hoc eſt intelligendum de operis officialibus, quæ ad extraneum hæredem non tranſeunt. leg. fabriles 6. & leg. 29. ſi operarum. ff. de oper. liber. Fabriles operæ, puta pictoriæ vel aliæ huiuſmodi, tranſeunt ad quemcunque hæredem patroni. Officiales, quæ conſiſtunt in exhibitione officij & obſequij: vt ſi debeat comitari dominum ſuum, vel ei in menſa miniſtrare. hæ perſonales ſunt, & tranſeunt ad filium tantum patroni, etiam ſi hæres non ſit. l. ſi non ſorte. m. 26. §. libertus. ff. de cōdi. indeb. vt fuſius etiam docuimus in interpretatione eius legis. Hinc facile intelligi poteſt, cur nō videatur ſe gerere pro hærede filius. cum enim eas operas petit, vt hæres non petit, ſed vt filius ſicut in l. ex facto.

ff. ad Senatuſconſul. Trebellian. Cum hæc petitio operarum competat etiam ei, qui hæres non eſt, puta filio patroni, non poteſt dici eum pro hærede ſe geſſiſſe, quod eas petierit. Ibi, *Cùm petitio earum etiam, &c.* oſtendit Vlpian. ſimilitudine, non ideo videri filium pro hærede ſe gerere, quod eas petierit. Nam harum operarum petitio creditoribus etiam competit, quibus æs alienum non ſoluitur: & tamen nemo ideo dixerit creditores ſe pro hærede gerere cum has operas petunt. Atque hinc obiter obſeruandum eſt, creditores mitti in poſſeſſionem non tantum corporum, ſed etiam rerum incorporalium, quæ iura dicuntur, etiam ſi iura ſeparabilia non ſiunt à perſona eius, à quo hæc iura petuntur, etiam ſi hæc iura perſonæ cohæreant. & creditores hæc accipere debemus filij, non etiam hæreditarios: de quo tamen magna eſt controuerſia. Non loquitur Vlpianus in eo loco de conditionibus hæreditatiis: ſed obiter id adduxit, vt ſimilitudine oſtenderet, quod iam à nobis dictum eſt. Atque hinc vulgo dicitur ex reditibus beneficij eccleſiaſtici ſatisfaciendum eſſe creditoribus. nec id dubitationem habet: expreſſum eſt iure pontificio in cap. 2. de fideiuſſor. Commodum & emolumentum, quod percipitur ex beneficio eccleſiaſtico, capiunt creditores: ſicut hic dicitur de iure patronatus, & de operis. ad d. l. pro hærede. § Papinianus. Paterfamilias inſtituit filium ſuum hærenem: voluit Stichum ſeruum ſuum liberum eſſe, ſi dederit decem filio ſuo. Sic enim eſt intelligendum, quod teſtator fecerit mentionem filij, non hæredis. Filius accepit decem ab hoc ſtatu libero. Quæritur an videatur ſe immiſcuiſſe hæreditati patris? Oritur controuerſia inter creditores & filium. Aiunt creditores illum ſe immiſcuiſſe hæreditati, filius ait ſe abſtinuiſſe. Hic dicitur ex ſenteotia Papiniani, ita videri pro hærede geſſiſſe filium, ſi ſolus hæres ſit. Diſtinguendum eſt igitur in hac ſpecie, an ſolus ſit hæres filius, an cohæredem habeat. Si ſolus ſit hæres, interpretamur eum, accipiendo hanc pecuniam, pro hærede gerere. Si cohæredem habeat, aliud dicendum eſt. Ratio huius diſtinctionis eſt, quia ſi ſolus hæres ſit, non poteſt ſtatulibero aliter competere libertas, quam ſi intelligamus filium ſe immiſcuiſſe hęreditati. cum enim nemo hæres extitit ex teſtamento, nihil eorum valet quæcunque teſtamento ſcripta ſunt. leg. 1. ff. de iuris & facti ignor. Nos ergo hic interpretamur filium eſſe hæredem: vt competat libertas quæ ſeruo relicta eſt. Sed ſi cohæredem habeat, libertatis datio cõfirmabitur aditione cohæredis, etiam ſi filius non ſe immiſcuerit hæreditati. Deinde in eo. §. Papinianus. *Nam cum ſe filius abſtinet, &c.* Filius neceſſarius fit hæres iure ciuili: tamen propter ius prætorium idem conſequi debet abſtinendo ſe quod conſequeretur emancipatus repudiando. Ex quo intelligendum eſt ita accipiendam eſſe propoſitam quæſtionem, quaſi teſtator fecerit mentionem filij, non hæredis, in conditione. Quoties aliquid fit quod citra ius & nomen hæredis geri non poteſt, tunc dicitur hæres pro hærede geſſiſſe. Eſt vtilis admodum regula. Pleriqne habent ius hæredis, qui nomen hæredis non habent: vt eſt is, qui per fideicommiſſum reſtituit hæreditatem, nomen hæredis habet. Bonorum poſſeſſores vice hæredum ſunt, ibi, *quod emancipatus.* Filius, qui eſt reſtitutus in integrum vt repudiaret, nomen hæredis habet, ius non habet. Alij vtrunque habent, & ius & nomen. Sed hic difficultas occurrit, & eſt antinomia valde difficilis. Hic dicimus, ſi ſolus hæres ſit filius in ſpecie propoſita, & acceperit pecuniam à ſtatulibero conditionis implendæ cauſa, videri eum ſe immiſcuiſſe hæreditati: quoniam alias non poteſt competere libertas ſtatulibero. Si filius cohæredem non habeat, ſecus. Aduerſantur huic ſententiæ prima facie alij loci in quibus dicitur, nudum nomen hæredis ſui ſufficere ad confirmationem libertatis. Hoc dicitur in duobus locis. in l. ſciendum. 32. ff. de manu. teſtam. & in l. 30. Cum quaſi. 30. §. ſed & ſi quis. ff. de fideicommiſ. liber. Paterfamilias inſtituit hæredem ſuum teſtamento: dedit libertatem ſeruo ſuo: Filius abſtinuit ſe hæreditate paterna. Quæritur, an valeat libertatis datio? Ait iuriſconſultus valere libertatis dationem, quamuis filius hęreditate ſe abſtinuerit: quamuis non ſit hæres effectu, ſed nomine tantum. Qui enim abſtinuit ſe non deſinit hæres eſſe: & hoc nudum nomen ſufficit ad confirmationem libertatis. Si hoc verum eſt, non fuit neceſſe ita reſpondere in propoſita ſpecie, ſi ſolus ſit, non competere libertatẽ ſeruo, ſi ſe abſtineat: imo & ſi ſe abſtineat, quia hęres manet, videtur datio libertatis confirmari. Variæ ſolutiones reperiũtur in aliorum ſcriptis: ego breuiter dicam quod ſentio. Ecce cum certum eſt filium ſe abſtinere ab hæreditate: nec aliquid geſſiſſe propter quod dici poſſit ſe immiſcuiſſe hæreditati, tunc verum eſt, quod dicitur in d. l. ſciendum. de manumiſ. teſtamen. & in d. l. cum quaſi. §. ſed ſi quis. ff. de fideicommiſ. liber. Pone filium inſtitutum eſſe à matre, qui nihil hæreditarium attigit: nullam pecuniam accepit ex iudicio defunctæ: nihil omnino geſſit: conuenit cum nihil geſſiſſe: tunc verum eſt propter nudum nomen hæredis, quod retinet, etſi ſe ab hæreditate abſtinuerit, dationem libertatis confirmari. Sed hic aliquid fecit filius ſuus hæres, ex quo videri poteſt ſe immiſcuiſſe hæreditati. In hac ſpecie non proponitur filius ſimpliciter ſe abſtinuiſſe ab hæreditate. dicit ſe abſtinuiſſe, deinde pecuniã à ſtatulibero accepiſſe: vt dubitari poſſit, an is voluerit hæres eſſe, an non. Nos igitur in hac ſpecie, in qua proponitur filium non ſimpliciter abſtinuiſſe: ſed aliquid geſſiſſe, pecuniam à ſtatulibero accepiſſe ex defuncti iudicio, interpretamur eum ſe immiſcuiſſe hæreditati. Nam etſi non ſatis ſit aperta voluntas filij, qui pecuniam eam à ſtatulibero accepit: tamen vt valeat libertatis datio, nos potius ita interpretamur, quàm ad ſubtilitatem illam nudi nominis confugiamus. Quod dicitur nudo hæredis nomine, ſine effectu confirmari dationem libertatis, ſubtilitas eſt excogitata ad confirmandam libertatem, quæ alias non valeret. alias quid eſt nudum nomen, ſine effectu? Præterea animaduertẽdum eſt filium eſſe neceſſarium hæredem iure ciuili. l. neceſſarius. hoc tit. 57. ff. Quamuis enim habeat beneficium abſtinendi iure prætorio: hoc ei conceditur benigne & humaniter, vt poſſit abſtinere ſe ab hæreditate paterna. hoc profectum eſt ex iuriſdictione prætoria. Cum ergo quæritur in ſpecie propoſita, in qua filij voluntas accipientis pecuniam à ſtatulibero obſcura eſt, an videatur ſe immiſcuiſſe hęreditati: Nos facilius interpretamur contra filium, vt hæres eſſe intelligatur ſecundum ius ciuile: vt recedamus ab illa humanitate prætoria, & ius antiquum ei ſeruemus potius, quàm ſubtilitatem illam nudi nominis ſequamur. Quam ſubtilitatem nõ debemus ſequi, niſi cum aliud remedium non ſupereſt. Ne cui videatur hoc nimis nouum, id ego confirmabo ſimilitudine, ex l. ſi ſeruum quis alienum. 70. §. prætor ait. hoc titu. ff. Edicto prætoris, qui permittit filio hæredi neceſſario abſtinere ſe ab hæreditate paterna, hoc cautũ eſt & expreſſum, vt quamuis ſe abſtinuerit: ſi quid tamen agnouerit ex rebus hæreditariis, vel per eum factum ſit quo quid ex ea emoueatur, vt is hæres neceſſarius ſit, perinde ac ſi ſe non abſtinuiſſet: hoc tantum locum habet in hærede ſuo: in extraneo non habet locum. Hæres extraneus, ſi quid ex rebus hæreditariis amouerit, non videtur ſe geſſiſſe pro hærede. leg. ſi quis. 21. ff. hoc titul. extraneus. Nam edictum propoſitum eſt à præ-

tore

tore de ſuo tantum hærede: exiſtimauit prætor non poſſe iure de eo quæri filium, quod ad ius antiquum redeat, quo iure neceſſarius eſt hæres, ita vt velit nolit, hæres cogatur eſſe. Huic ſimile eſt, quod dicitur de implenda conditione in leg. iam dubitari. 84. ff. de hęred. inſtit. Hæres ſuos parendo conditioni, intelligitur ſe immiſcere hæreditati: hæres extraneus non item, ſed id poſtea à nobis explicabitur. Non eſt igitur mirum, ſi in ſpecie propoſita, cum res dubia ſit, & voluntas ſit obſcura filij, qui pecuniam à ſtatulibero accepit, interpretemur eum velle ſe immiſcuiſſe hæreditati, potius quam ad illam ſubtilitatem nudi nominis confugiamus. Ad dict. leg. pro hæreda. §. vltim. *Si ſepulchri, &c.* Violatum eſt ſepulchrum patris, filius agit actione ſepulchri violati, quod ſepulchrum hæreditarium erat. Quæritur, an videatur ſe immiſcuiſſe hæreditati, vt teneatur creditoribus? Quæſtio naſcitur ex eo, quod cum ſepulchrum hæreditarium ſit, agendo actione ſepulchri violati, is videtur quaſi hæres agere, & animo acquirendæ hæreditatis id facere: ſed tamen hic dicitur filium non teneri creditoribus hæreditariis. Ideo hic dicitur non videri filium ſe immiſcuiſſe hæreditati patris, cum agit actione ſepulchri violati: quia nullam rem hæreditariam petit, etſi ſepulchrum hæreditarium ſit. Agit autem ea actione ad pœnam & vindictam, vt vindicetur ea cõtumelia, qua defunctum affecit, atque ideo filium ipſum, qui violauit ſepulchrum. Is enim qui agit actione violati ſepulchri, nihil petit quod diminutum ſit, quod deceſſerit ex patrimonio defuncti. Si quis aliquem percuſſerit, nec aliter eum læſerit, agit iniuriarum actione, agit ad vindictam: non perſequitur damnum ſibi datum. hæc quæſtio plenius tractatur in l. penul. quæſitum eſt. ff. de ſepul. viol. Merito igitur hic Iuriſconſultus ait, non videri filium ſe immiſcuiſſe hæreditati: quia hæc actio competit non tantum hæredi, ſed etiam filio, etſi hæres non ſit. Cum igitur hæc actio competat filio, etſi hæres non ſit: non poteſt dici agendo hac actione, ſe hæreditati immiſcuiſſe. quia cum aliquid fieri poteſt citra ius & nomen hæredis, non videtur pro hærede geri. Vnde quæritur, ſi filius accuſationem inſtituerit aduerſus occiſores patris ſui, & tandem pecunia accepta cũ eis deciderit: an videatur ſe immiſcuiſſe hæreditati? Et dicendum eſt, ſe non immiſcuiſſe videri. Ea enim accuſatio competit filio, non vi hæredi. Poteſt enim mortem patris vindicare, etſi ei hæres nõ extiterit: atque ideo quod conſequens eſt, pecunia accepta, cum eis tranſigere poteſt.

Cœpimus oſtendere & exemplis demonſtrare, quid ſit pro hærede gerere, & quando is, cui delata eſt hæreditas, dicatur pro hærede gerere. Addenda ſunt alia exempla, quæ ſequuntur. Vnum eſt in leg. ſi quis extraneus. 21. in princip. ff. hoc eo. titul. Quidam attigit res hæreditarias ſurripiendi animo, & expilandæ hæreditatis. dicitur enim expilari hæreditas. Codic. de crimin. expil. hæredit. Quæritur an is videatur pro hærede geſſiſſe? nam hæreditarias res hic attigit, vnde gerere videtur. Sed dictum fuit à nobis, pro hærede gerere, non tam facti eſſe quàm animi. Animi eſt pro hærede geſtio. hæreditas acquiritur animi deſtinatione, vt dicitur in §. vltim. de hæred. qualit. & different. in Inſtit. Sed hic animus declaratur facto aliquo. Ergo & ſi quis attigerit res hæreditarias, non dicitur pro hærede ſe geſſiſſe, niſi animo acquirendæ hæreditatis attigerit. Admiſſum enim contrariam voluntatem declarat. Dicit autem Iuriſconſult. *Si extraneus, &c.* alia enim eſt cauſa ſui hæredis. Suus enim hæres, ſi interuerterit res hæreditatis, beneficiũ abſtinẽdi amittit, & pro immiſcẽte habetur. l. 70. ff. hoc tit. Hęres ſuus, ſi ius ciuile ſpectemus, eſt neceſſarius, licet beneficium abſtinẽdi extraordinem ei à prætore concedatur. Hinc vulgo quæſtio deciditur de eo, qui ita cõuitiatur alteri, *Tu mẽtiris ſaluo honore.* ſolet enim tractari an is teneatur actione iniuriarum? Dubitatio naſcitur ex eo quod his verbis videtur velle honorem alterius ſaluum ei manere, non videtur ei conuitium facere, ſed eſt iniuria. Iniuria afficitur is, cui mendacium exprobratur. Viri boni non eſt mentiri. Vir bonus præſtare debet ne mentiatur, prudens mendacium ne dicat. Nam mendacium dicens falli poteſt: mentiens fallit alium, non ipſe fallitur, inquit Gellius. Sed hæc adiectio, quæ videtur adijci alterius honoris cauſa, non facit vt excuſetur actione iniuriarum, admiſſum enim contrariam voluntatem declarat. Aliud exemplum eſt in l. 24 ſui quęſtionis. ff. hoc tit. Quidam hæres inſtitutus eſt: vt omittat hæreditatem, vt faciat locum vel ſubſtituto, vel legitimo hæredi, accepit ab eo pecuniam. Obiicitur ei à creditoribus hæreditariis, quod pro hærede ſe geſſerit, pecuniam accipiendo ne hæreditatem adiret. Nam is, qui pecuniam accipit eo nomine, videtur aliquid hæreditarium attingere: eo enim nomine commodum & lucrum ſentit. ſed ideo dicitur eum pro hærede non gerere: quia animum non habet acquirendæ hæreditatis, cum accipiat ne hæres ſit. Vnde apparet eum pro hærede gerere nolle. certum eſt enim in hoc animum hæreditatis acquirendæ deficere. Ad verſi. *In edictum tamen prætoris, &c.* In edictum prætoris incidit, quod propoſitum eſt aduerſus eos, qui dolo malo hæreditatem omittunt. l. 1. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſta. & tenetur legatariis perinde ac ſi hæreditatem adiiſſet, propter dolum. Nam is, qui precium accepit ab hærede legitimo, fraudat hac ratione legatarios, qui legata ſua conſequerentur, ſi is adiret hæreditatem ex teſtamento. Ideoque eis tenetur perinde ac ſi adiiſſet hæreditatem ex teſtamento. l. 2. & 3. ff. ſi quis omiſ. cau. teſta. Non tamen tenetur creditoribus hæreditariis, quia hęres non eſt. Ratio diuerſitatis eſt: quia non fraudat creditores, ac ne fraudare quidem poteſt. Creditores poſſunt agere aduerſus quemlibet hæredem, ſiue is ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, hæres ſit: ſed legata non debentur legatariis quibus relicta ſunt, ſi hæreditas nõ adeatur ex teſtamento. hærede enim non adeunte ex teſtamento hæreditatem, corruunt omnia, quæ relicta ſunt in eo teſtamento. Aliud exemplum eſt in l. Iulianus. 42. §. ſi in ſocietate. Defunctus ſocietatem coierat cum alio. Filius poſt mortem perſeuerauit in ea ſocietate. Quæritur, an videatur pro hærede geſſiſſe? Diſtinguendum eſt ſecundum ſententiam Iuliani verſic. *Verum rem cœptam, &c.* Si rem cœptam à patre, vel ſub patre perfecit, videtur ſe immiſcuiſſe hæreditati. Si vero nouam inchoauit, non videtur pro hærede geſſiſſe. quia qui rem à patre cœptam perficit, videtur rem hæreditariam attingere: argumẽto eſt id, quod dicitur in l. hæres ſocii. 40. ff. pro ſocio. Hæres ſocii licet non cogatur in ſocietate manere poſt mortem defuncti ſocij: cogitur tamẽ res cœptas à ſocio perficere, alias tenetur actione pro ſocio. Vnde cum filius rem cœptam à patre poſt mortem eius perficit, videtur id facere ne teneatur actione pro ſocio. Vnde ſe immiſcuiſſe hæreditati videtur. Aliud exemplum eſt in leg. 61 Antiſtius Labeo. ff. hoc tit. Quidam inſtitutus eſt hæres ſub conditione. Exempli gratia, ſi iurauerit ſe aliquid feciſſe, aut non feciſſe. Nam huiuſmodi conditio non improbatur, ſed ea, quæ in futurum confertur, vt ſupra diximus titu. de condit. inſtit. is ei conditioni paruit. Quæritur, an videatur pro hærede geſſiſſe? Variæ fuerunt veterum Iureconſultorum opiniones hac de re. Hic refertur Antiſtij Labeonis opinio à Iaboleno. Sumpta hæc ſunt ex libro Iaboleni ad poſteriora Labeonis. Ibi, *Non tamen &c.* Sic intelligo hæc verba,

quod velle hęredem eſſe declarauerit. Ibi, *Ego puto, &c.* Sequitur ſententiam Iaboleni. Sed an vt hæres intrauerit, queſtio facti eſt, an videatur animo hæredis conditioni paruiſſe? Ego reſpondeo eum, qui paret conditioni, non videri id animo hæredis gerere: niſi alia ſit eius voluntas. Poteſt enim parere conditioni ſine animo amplectendæ hæreditatis. Vnde non eſt continuo dicendum, cum quis conditioni paret, eum pro hærede gerere. exempli gratia: Hęres ſum ſub conditione inſtitutus, *Si decem dedero.* Ego dubito, an mihi expediat adire hæreditatem: interim dum delibero, quia forte ſi poſtquam deliberauero hæreditatem adire, mihi fortaſſis non erit commodum ei dare decem, propter abſentiam eius, cui danda eſt pecunia, volo ei decem dare. Simile eſt quod dicitur in l. 13. ei, qui. ff. de condit. inſtit. Idem dicitur in l. 2. ff. de condict. cauſ. data. Vbi dicitur, ſi quis fuerit inſtitutus ſub conditione dandi, & implendæ conditionis cauſa dederit: & poſtea repudiauerit hæreditatē, eam pecuniam condicere poſſe tanquam datam ob cauſam, quæ ſecuta non ſit: argumento eſt, eum, qui dat implendæ conditionis cauſa, non gerere pro hærede: quia hæreditatem non poſſet poſtea repudiare. Sed obiicitur l. 84. Iam dubitari. ff. de hæred. inſtit. Ad finem legis ibi, *Sed & cæteris, &c.* Eſt antinomia, quæ difficilis habetur. Mihi placet opinio eorum qui exiſtimant eam legem accipiendam eſſe de ſuo hærede, quamuis plerique diſſentiant. Loquitur enim aperte Iureconſultus de ſuo hærede. Suus hæres, qui paruit conditioni, qui eſt in eius poteſtate, ius abſtinēdi omnino amittit: & dicitur ſe immiſcuiſſe. Qui diſſentiunt ab hac opinione vtuntur argumento ex l. 86. eum demum. hoc tit. ff. Docet ibi iuriſconſul. quid ſit filium ſe miſcere bonis patris. Et ait idem eſſe miſcere ſe bonis patris in filio, quod eſt hæreditatem adire, vel gerere ſe pro hærede in extraneo. Eadem eſt igitur cauſa mixtionis in ſuo hærede, quæ eſt aditionis in hærede extraneo. Nullum alium argumentum adſerūt aduerſus hanc opinionem noſtram, quod mihi videtur valde infirmum eſſe. Nam quamuis ſimilis ſit mixtio ſui hæredis aditioni extranei hæredis: non ita tamen accipiendum eſt, vt diſſimilitudo nulla ſit. Nam aperta diſſimilitudo eſt in amotione & interuerſione rerum hæreditariarum. Extraneus interuertēdo res hæreditarias, non dicitur ſe pro hærede gerere: & tamen ſuus hæres interuertendo res hæreditarias, amittit beneficium abſtinendi, & habetur pro immiſcente. l. ſi ſeruum. 70. §. prætor ait. ff. hoc tit. Melius ergo eſt, vt hanc diſtinctionem ſequamur, vt diſtinguamus ſuum hæredem ab hærede extraneo: vt dicamus extraneum hæredem, qui paret conditioni, ſub qua hæres eſt inſtitutus, non ideo videri ſe pro hærede gerere: ſuum autem hæredem, ſi conditioni pareat, ſub qua inſtitutus eſt, immiſcere ſe videri. Aliud exemplum eſt in l. ſi quis nō quaſi hæres. 72. ff. hoc tit. Filius defuncti cum egens eſſet, petiit ali à liberto patroni: tenetur enim libertus ad alendum filium patroni ſui egentem. l. ſi quis à liberis. 5. ff. de lib. agnoſc. Quæritur, an videatur ſe pro hærede geſſiſſe, vt tanquam hæres paternus teneatur creditoribus hęreditariis? Reſpondet Iureconſultus, *Proculdubio hoc extra cauſam eſt immiſcendi ſe bonis paternis.* Ratio eſt, quia filius licet aduerſus libertum patroni agat, non tamen agit quaſi hæres, ſed quaſi filius. Non enim hoc ius habet filius, quod hæres ſit patri. Nam etſi hæres non ſit, nihilominus poteſt cogere libertum patroni ad ſe alendum, & hic locum habet ſupradicta regula, *Quod citra ius & nomen hæredis, &c.* l. pro hærede 20. §. Papinianus. in fi. ff. hoc tit. Quinimo & ſi nomine hæredis vſus ſit, plerique cenſent, ne hoc quidem caſu videri immiſcuiſſe ſe hæreditati paternæ, & ſi filius agēs aduerſus libertū dixerit ſibi id deberi id deberi vt hæredi. Nam aliquando hæres accipitur pro filio. d. l. pro hęrede. §. ſi quid tamē. & l. ex facto. 17. ff. ad Senatuſc. Trebell. Aliud exēplū eſt in l. duo fratres 77. ff. hoc tit. Duo fratres habebāt bona cōmunia. non diuiſerāt hæreditatē paternā: forte māſerāt in cōmunione. alter eorū mortuus eſt inteſtatus. morte eius delata eſt eius hęreditas alteri fratri. Frater poſt eius mortem, cum ſciret eum deceſſiſſe, vſus eſt rebus communibus non aliter quam antea conſueuerat. Quæritur: an videatur hęreditati alligaſſe? Reſpondet Iuriſconſul. *Niſi eo conſilio vſus eſſet, &c.* Vtendo igitur rebus communibus poſt mortem fratris, quem ſciebat deceſſiſſe, non videtur pro hærede ſe geſſiſſe, niſi aliud actū appareat. Poteſt enim quis alio animo res communes attingere, quam iure hæreditario, quod hæres eius eſſe velit. Partem enim habet. poteſt eas attingere propter communionem. Dominus eſt harum rerum communium pro parte indiuiſa, vtendo illis rebus pro parte ſua, non videtur ſe alligare hæreditati: ſed ſi plus ſua parte dominationem interponat, videtur id facere pro hærede. Exemplo id poteſt declarari. Si forte aliquid geſſerit in ſolidum, quod poterat pro parte facere, videtur ſe alligaſſe hæreditati. Exempli gratia, cum creditores hæreditarios poſſet conuenire pro parte ſua, is exegit ab eis ſolidum. poterat enim pro parte. Huc pertinet l. ſi cōmunes ædes. 40. ff. de neg. geſt. & l. hæredes eius. 25. §. ſi vnus. ff. famil. erciſcū. Si quis cauerit damni infecti nomine pro domo ruinoſa, cuius domus pro parte tantum dominus erat: is poterit à ſocio ſuo exigere, quod eius nomine ſoluit: non actione communi diuidundo. Nam hoc ad communionem non pertinet: ſed actione negotiorum geſtorum. Aliud exemplum eſt in l. Pannonius. 83. §. vl. ff. hoc tit. Filius cui erat delata hæreditas matris, non curauerat adire matris hæreditatem toto vitæ ſuæ tempore, vſque ad mortem: moriens fecit teſtamentum vel codicillos: in teſtamento, vel codicillis petiit ab hærede, vt maternorum bonorum ſeruū manumitteret: & ſibi & parentibus ſuis in poſſeſſione bonorum matris, monumentum extruat. Ait Iureconſul. ſe pro hærede geſſiſſe. Videtur enim cum ſciat ab inteſtato ſibi delatam eſſe matris hæreditatem, animum habere eius hæreditatis acquirendæ. Ego peto vt ſeruum manumittas mihi relictum in hæreditate matris meæ. Non poteſt meus eſſe ille ſeruus niſi iure hæreditario. Is ergo videtur pro hærede geſſiſſe, qui ita fidei commiſerit hæredis ſui in teſtamēto ſuo. Et ſic videtis pro hęrede gerere eum videri quoque, qui aliquid diſponit in ſuo teſtamento. Et eſt ſimilis locus in l. 6. ſi auia. Cod. de iure delib. Mater mea inſtituit me hæredem ex duabus vnciis hæreditatis ſuæ. Ego filium meū cum facerem teſtamentum inſtitui ex iis vnciis. Quæritur an videar matris hæreditatem adiiſſe? Aiūt Impp. Dioclet. & Maxim. *Igitur ſi teſtamento, &c.* Nec id magnam dubitationem habet. Solo animo acquiritur hęreditas. §. vlt. de hæred. qualit. & differ. in Inſtit. At voluntas acquirendæ hæreditatis non minus declaratur à moriēte, ab ægroto, quam à ſano. Et eſt hic obſeruandum, eundem actum, & vltimam voluntatem & actum inter viuos eſſe. Peto vt ſeruum, qui ex bonis maternis eſt, manumittas, hic actus eſt & vltima volūtas & actus inter viuos, diuerſa ratione. Quæritur reuocato teſtamēto, an aditio hæreditatis videatur reuocata eſſe. *Ambulatoria enim eſt teſtatoris voluntas vſque ad mortem.* l. 4. ff. de adimen. leg. Et receptum eſt nō videri aditionem hæreditatis reuocatā eſſe. certū eſt eū, qui pro hærede ſe geſſit. non poſſe id reuocare. l. ſicut maior. 4. Cod. de repub. hæred. Aliud exēplum eſt in l. eum demū. 86. ff. hoc titu. filius ſuſcepit hæreditatē matris, & ab hæreditate patris abſtinuit: poſſedit agrum quendā ex bonis patris, cū crederet illū agrū ex bonis maternis, an cre-

datur

Digitized by Google

datur ſe immiſcuiſſe hæreditati patris? Certum eſt eum aliquid hæreditarium attigiſſe. Poſſedit agrum, qui ex hæreditate patris eſt. Sed tamen non ait Iuriſconſultus: quia non ſufficit aliquid hæreditarium attigiſſe, vt pro hærede quis geſſiſſe intelligatur: ſed animus præterea requiritur. hic autem abeſt animus propter errorẽ, quia agrũ poſſedit tanquã hæreditatis maternæ, nõ paternæ. Aliud exemplum eſt in l.2. Cod. de iure deliber. de eo, qui paternum debitum exoluit. Filius poſt mortem patris ſoluit debita hæreditaria. quæſtio eſt, an videatur pro hærede geſſiſſe, vt teneatur creditoribus hæreditariis? Ait Imp. Alexan. ibi, *Cum debitum, &c.* hoc eſt diligẽter notandũ. Similis lex eſt C. de inoffi. teſtam. l. parentibus. 8. Hac ratione ſæpe accidit, vt filius mercatorum poſt mortem parẽtum ſuorum implicẽtur oneribus hæreditariis, ſi quid ſoluerint poſt mortẽ patris. & hoc eſt vſitatiſſimũ: niſi appareat aliud actũ eſſe. Poterit quis obiicere regulã ex l. pro hærede. 2[?]. §. Papinianus. ff. hoc tit. Nam poteſt ſolui debitum alio animo, quam geſtionis pro hærede. Alius poteſt ſoluere noſtro nomine, & nos liberat. l. ſoluendo. 39. de neg. geſt. Sed ideo hic dicitur eũ videri geſſiſſe pro hærede: quia potius præſumitur eũ ſuo nomine ſoluere, quàm alieno: niſi aliud actum ſit. l. 4. ff. de ſolut. Ergo multo minus ſoluere videtur eius nomine, pro quo non eſt obligatus. Vnde dicẽdum eſt, cum quis ſoluit paternũ debitũ, teſtationem vtilem eſſe, vt dicat ſe non ſoluere hæreditario nomine. d. l. pro hærede. 20. §. 1. & l. at ſi quis. §. plerique. ff. de relig. & ſumpt. funer.

Oſtendimus ſupra multis exemplis, quomodo acquiratur hæreditas vel aditione, vel pro hærede geſtione. Exempla à nobis adducta ex Iureconſultorum locis ſumpta ſunt, quibus perceptis facile de aliis iudicari poterit. Aliæ quæſtiones paſſim in aliorum ſcriptis agitatę. Vna mihi occurrit non omnino contemnenda. Quæſtio eſt, ſi quis hæres inſtitutus dixerit: Sibi hæreditatẽ nõ diſplicere, an his verbis inducatur hæreditatis aditio, cũ ageretur de hæreditate eidẽ delata, is eã hæreditatem ſibi non diſplicere ait: an videatur hæreditatem adiiſſe? Videtur quibuſdã aditio eſſe. Aiunt nihil referre an ſibi hęreditatẽ placere dixerit, an vero non diſplicere, arg. ex l. 4. & 5. C. de arb. vbi dicitur nihil referre, an is qui condemnatus eſt, dixerit ſibi placere ſententiam latã: an vero nõ diſplicere. Sed tamen exiſtimo: ſi nihil aliud actũ eſſe appareat, hunc adiiſſe hæreditatem non videri. In aditione hæreditatis volũtas requiritur eáque firma & certa, vt ſupra à nobis iã ſæpe dictum eſt, animi deſtinatione acquiritur hæreditas. d. l. pro hęrede. 20. in princip. His autem verbis nõ declaratur, voluntas, cum quis ait ſibi non diſplicere hæreditatem, quæ delata eſt. Mediũ enim quiddam eſt inter placere & diſplicere. Argumento eſt, quod dicitur in l. 1. §. ſcientiam. ff. de tribut. act. Multum refert, an quis dicat ſe velle: an vero non nolle. medium eſt inter velle & nolle. Videtur adhuc ſuſpenſa voluntas eius eſſe, qui dicit ſibi hæreditatem nõ diſplicere. Nec nos mouere debet, quod adferũt ex l. 4. & 5. Cod. de arbit. Nam ad confirmandã ſententiam, quæ ab arbitro lata eſt, nõ eſt volũtas neceſſaria eius, qui dãnatus eſt. Atq; ideo nõ eſt mirũ, ſi dicatur nihil referre, an is expreſſim declarauerit ſibi placere ſentẽtiã, an vero ſibi nõ diſplicere: ſed volũtas neceſſaria eſt in aditione hæreditatis.

Ad hunc locũ de ratione & modo acquirẽdæ hæreditatis pertinet cõſtitutio Theodoſij, de cretionis ſolẽnitate, in l. cretionũ. 17. C. de iure deliber. Quid ſit cretio, & cretionum ſolẽnitas, docet Vlpianus in inſtitut. ti. qui hęred. inſtit. poſſunt. & aliquid ſcripſi in lib. 2. Diſput. Mẽtio eſt quoq; huius cretionis in lib. 4. C. Theodoſij. & lib. 8. tit. de mater. bo. Verba quædam ſolennia erant quibus acquirebatur hæreditas ab eo, qui inſtitutus erat hæres cũ cretione. Hęc ſolẽnitas viſa eſt nimis ſcrupuloſa, ideoq; omnino reiicienda. Hæc ſolennitas erat neceſſaria, cum quis erat inſtitutus cum cretione. Nõ. n. ſẽper inſtituebatur heres cũ cretione. Eius hæc erat formula, *Mæuius heres eſto, cernitoque hæreditatem in centum diebus, alias exheres eſto.* Sic inſtituebatur heres cũ cretione. Vlpian. in Inſtit. tit. 20. qui hęred. inſtit. poſſ. vel ñ. *Cretio eſt certorum dierũ ſpatium, quod datur heredi ad deliberandum, &c.* Poteſt ſtatui tẽpus à teſtatore intra quod heres hęreditatẽ adeat. l. ſi quis heres. 71. ff. hoc tit. quod nobis videtur ſupereſſe ex ea cretione antiqua. Pręterea aditio hęreditatis pura eſſe debet, ſine die aut cõditione: quod adeo verum eſt, vt adiecta cõditione vitietur. l. 51. eum qui. §. vltim. ff. hoc tit. Cum quis dubitaret an ſoluẽdo hęreditas eſſet, adiit cõditione adiecta, *Si ſoluendo hereditas eſt.* Quæritur, an valeat hęreditatis aditio ſub hac cõditione? Ait ibi Iureconſultus, nullã aditionẽ eſſe. Ratio admodum obſcura nõ eſt ex his, quę iam dicta ſunt à nobis ſupra, firmã certãque eſſe debere volũtatẽ eius, qui adit hęreditatẽ: certũ cõſiliũ eſſe debere. l. in totum. 77. ff. de regul. iuris. In totum, omnia quę animi deſtinatione agẽda ſunt, nõ niſi vera & certa ſciẽntia perfici poſſunt. Ideoque diximus propter ignorantiam & inſciẽtiam eius, cui delata eſt hęreditas, eum nõ poſſe adire hęreditatem, quamuis ea vera delata ſit, ſi ignoret delatam eſſe. Sed quia idẽ dicitur de die, ſolet quæri qua ratione id conſtitutum ſit? Hæreditatis aditio inter actus legitimos numeratur. l. actus legitimi. 88. ff. de regul. iuris. Qui actus legitimi nõ tãtum adiecta cõditione: ſed etiã die omnino vitiãtur. d. l. actus legitimi, ibi, *Qui non recipiũt, &c.* id eſt, qui nõ patiuntur diẽ, vel cõditionẽ adſcribi, *Sicut*, inquit Iuriſconſultus, *emancipatio, acceptilatio, hæreditatis aditio, ſerui optio, tutoris datio.* Sed cur vitiãtur hi actus legitimi adiecta die? Ego ſuperioribus locis docui, qui ſint actus legitimi, vulgo. n. recte explicari nõ ſolẽt. Ego dixi actus legitimos eſſe, qui alias dicuntur à iuris auctoribus legis actiones. Mẽtio eſt frequẽs apud Iureconſultos legis actionis. Magiſtratus eſt apud quẽ legis actio eſt, in l. 2. ff. de offic. procons. Emãcipatio numeratur inter legis actiones, in Nouella 81. Iuſtinianus ait, emãcipationẽ numerari inter legis actiones. Eadem in regula iuris numeratur inter legitimos actus. Actus legitimus aut legis actio, ritus quidam ſolẽnis erat legibus introductus, ex quo nihil mutare licebat, vt docet Boetius in Topic. Cicer. ex Gaio Iurecõſulto, qua parte loquitur de ceſſione, docet ritum ſolẽnem obſeruari ſolitum in ceſſione. Et hæc pars iuris, legis actio vocatur. Verba legitima dicuntur ſolẽnia. in l. vlt. C. de teſtam. manu. quia ritus ille ſolennis introductus eſt legibus, Et quia ea ritu & ceremonia legitima, quæ legibus introducta eſt, nihil immutãdum eſt: nõ eſt mirum, ſi adiecta die vel cõditione vitietur. Et ſic videtur accipiendũ eſſe quod dicitur in l. nemo. 166. ff. de regul. iur. Cũ dicit Vlpiã. *Nemo alieno nomine lege agere poteſt*: hi ritus non poſſunt peragi per procuratorẽ: ſed perſonæ ipſæ adeſſe debent per ſe, non per procuratorem. Sicut verba formulę mutari non poſſunt: ita ne perſonę quidem, vt perſona vna alterius loco ſubſtituatur. Cuius generis ſunt emãcipatio, acceptilatio. Nec vlla eſt dubitatio, De iis eſt ritus ſolennis obſeruari ſolitus in emancipatione, vulgo notos eſt ex Theophil. ex Vlpiano in Inſtit. Quidam eſt ritus in acceptilatione, tutoris quoq; datione. Sed mirum eſt, quod inter eos actus numeratur aditio hæreditatis, & ſerui optio. d. l. actus legitimi. ff. de regul. iur. In his enim nulla ſolẽnitas deſideratur. In aditione hæreditatis ſufficit declaratio voluntatis, quocunque modo quis voluntatem ſuam declarauerit, aut verbo, aut facto aliquo. Locus autem ille mihi ſemper ſuſpectus fuit. Varietas lectionum eũ ſuſpectum reddit. In quibuſdã libris legitur. *Adoptio non ſerui optio.* Adoptio olim magno ritu magnã-

que cęremonia fiebat. Nec dubito, quin legendũ ſit adoptio, non ſerui optio. Vbi autẽ legitur, hęreditatis aditio, forte legẽdum eſt, cretio, vt hoc intelligatur de ſolennitate cretionis, de qua iã diximus. Niſi ita veliſmus diſtinguere, hæreditatis aditio ſerui, quaſi Papinianus in d. l. actus legitimi. ff. de reg. iur. non loquitur de quacunq; aditione hæreditatis: ſed de aditione hæreditatis ſerui, id eſt, cum ſeruus adit hęreditatem. Seruo nõ licebat hæreditatem ſibi delatã adire: niſi certa & pręſcripta forma, quamuis ab ea ſolẽnitate, vt nimis ſcrupuloſa, paulatim receſſum ſit: vt poſtea dicemus. Vnde ſeruus, cui delata eſt hæreditas, ſi adierit in diem, nihil agit. Sic ergo poſſet legi in dict. l. actus, &c. emãcipatio, acceptilatio, hæreditatis aditio ſerui. Deinde adoptio, nõ autem ſerui optio. De cretione poſſet quoque illud intelligi. Cretio legitimus actus eſt, & inter legitimos actus merito refertur non quæuis aditio. Non ſemper acquiritur hæreditas cum cretione. Docet Vlpian. in loco iam adducto in Inſtit. vbi diſtinguit cretionem à geſtione pro hærede. Sequitur de perſonis.

Quæ perſonæ poſſunt hæreditatem acquirere.

CAP. IIII.

MVltæ variæque ſunt quæſtiones huius loci. Prima quęſtio eſt de eo, qui eſt in aliena poteſtate, cuiuſmodi eſt ſeruus in poteſtate domini: aut filius in poteſtate patris ſui. Quęſtio eſt, an hi hęreditatem acquirere poſſint an ſeruus poſſit hęreditatem acquirere an filiusfam. poſſit hæreditatem acquirere? Et certũ eſt vtrunq; hæreditatem acquirere poſſe iuſſu eius, in cuius poteſtate eſt, ſi eius iuſſu adierit. in l. qui in poteſtate. 6. ff. de teſta. Eodẽ pertinet quod dicitur in l. placet. 78. ff. hoc titu. huiuſmodi ſunt ſeruus & filiusfamilias. Nos primũ dicemus de ſeruo, deinde de filiofamilias.

De ſeruo variæ quæſtiones ſunt. l. ſi quis mihi bona. 25. in princip. ff. hoc tit. Inprimis quęritur, quid ſi ſeruus alienus ſit bona fide poſſeſſus ab alio, vel quid ſi ſeruus ſit fructuarius, in quo quis vſumfructum tãtum habeat nõ etiam proprietatem? Ait Iureconſultus, *Si quis mihi bona, &c.* Quod diximus de ſeruo, intelligẽdum eſt de ſeruo proprio. Seru⁹ meus hæreditatem mihi acquirit, ſi iuſſu meo hæreditatẽ adierit. Seruus autẽ alienus mihi nõ acquirit, etiã ſi à me poſſideatur bona fide, etiã ſi vſumfructũ in eo habeã. Non enim meus dicitur, quod vſumfructũ in eo habeã. Obiiciat quiſpiam ſeruũ fructuariũ aut bona fide poſſeſſũ acquirere fructuario, vel bonæ fidei poſſeſſori, quod acquirit ex re bonæ fidei poſſeſſoris, vel ex operis ſuis. Cum ergo acquirat hæreditatem opera ſua, cur eam nõ acquirit, vel bonæ fidei poſſeſſori, vel fructuario? Huic obiectioni reſpõdet Iureconſultus in l. aditio. 45. hoc tit. ff. Aditio hæreditatis nõ eſt in opera ſeruili. Ridiculum eſt dicere, operã eſſe voluntatis declarationem. non eſt opera: hæreditatem acquirit ſuus declaratione volũtatis ſuæ. Opera eſt diurnum officium. Hoc oſtẽdit Iureconſultus aliquot exẽplis. *Ideirco ſi dotalis.* Dotalis ſeruus merito minime acquirit hæreditatem, quãuis ei acquirat? quæ operis ſuis acquirit. *Et cum quæſtus, eſt, coita ſocietas quæſtus & compendij.* Cum ſocietas inter duos quęſtus & compẽdii initur, intelligitur coita ſocietas de his, quę vnuſquiſq; induſtria ſua acquiſierit. Sed ſi cui delata ſit hęreditas, ea nõ cõmunicatur, nec in ſocietatem. l. coire. 7. & l. 8. quæſtus. & l. 12. ſed nec æs alienum. & ſeq. ff. pro ſocio. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. fructuario. 47. ff. de acquir. rer. domin. vbi dicitur fructuariũ nõ acquirere hęreditatem, quæ ſeruo delata eſt. quoniã ea ſerui operis non eſt, ſerui operis nõ acquiritur. Sed hic reperitur antinomia ex d. l. aditio. ad fi. ibi, *Poteſt verum eſſe, &c.* vbi ait Iuriſconſultus liberum hominẽ. qui à me bona fide poſſidetur, poſſe iuſſu meo adire hæreditatem. Si iuſſu meo adierit hęreditatem, eã mihi acquirit. Et tamẽ hic dicitur non acquirere, ſi ſeruus alienus, tanquã meus à me bona fide poſſeſſus adierit: ſed potius eam acquirere domino ſuo. Sed hæc cõtraria nõ ſunt. Quod dicitur in l. 25. ſi quis mihi bona. intelligẽdum eſt cum exceptione, quę ſumitur ex d. l. aditio. niſi ſeruus ſit inſtitutus hæres gratia poſſeſſoris, ſiue ſit bonæ fidei poſſeſſor, ſiue fructuarius. fieri poteſt, vt ſeruus alienus quẽ ego bona fide poſſideo, & in quo vſumfructũ habeo, nõ propter me inſtituatur: ſed ipſius ſerui gratia. Et hoc caſu non mihi acquiretur hæreditas: ſed potius vero domino. Sed ſi propter me inſtitutus ſit hæres, mihi acquiretur hæreditas, ſi iuſſu meo adierit. Ratio eſt, etſi aditio nõ ſit in opera ſeruili, & ex ea nõ poſſit dici hęreditatẽ mihi acquirere, quaſi ea opera ſua acquirat: tamẽ poteſt dici mihi acquirere hęreditatẽ, quaſi ex re mea acquirat. nam propter me ipſum hæres inſtitutus eſſe proponitur. quod ſit cõtẽplatione mei, gratia mea, id dicitur quaſi à me profectũ eſſe. l. ſed ſi plures. 9. §. in arrogato. ff. de vulga. & pupil. ſubſtit. Similis diſtinctio eſt in l. 21. ſi ſerui vſusfructus, & legib. ſequen ff. de vſufr. vbi Iureconſult. ait, cũ quæritur an hæreditas delata ſeruo acquiratur vſufructuario, diſtinguendum eſſe an contẽplatione proprietarij hæreditas ei delata ſit, an vero cõtẽplatione fructuarij, vt ſi gratia fructuarij ſit hæres inſtitutus, ipſi fructuario acquiratur hæreditas, quaſi ex re ipſius. Hic non recedimus à regula in qua dicitur, fructuario tãtũ acquiri vel ex re ipſius, vel ex operis ſerui. & cũ hac diſtinctione intelligendũ eſt quoque, quod dicitur in l. fructuario. 47. ff. de acquirẽ. rer. domin. Quãuis Iurecõ. ſimpliciter dicat fructuariũ nõ acquirere hęreditatem, quæ delata eſt ſeruo, hoc eſt intelligendũ: niſi propter ipſum fructuariũ ſeruus hæres inſtitutus ſit. Alij aliter diſtinguũt: & quorundam opinio eſt etiã, ſi gratia fructuarij vel bonæ fidei poſſeſſoris, ſeruus hæres inſtitutus ſit, tamẽ iuſſum domini & proprietarij requiri. ſed condici poſſe ab eo, aiũt, ſi hæreditas delata ſit ſeruo contẽplatione ipſius fructuarij, vel eius qui poſſidet alienũ ſeruũ bona fide, ad acquirendã hæreditatẽ requiri iuſſum domini: & poſteaquã iuſſu domini acquiſierit hęreditatẽ, transferri in fructuariũ, & eo nomine actionẽ cõpetere: ſicut in l. vlt. ff. de ſtipul. ſeruo. Ego puto nihil opus eſſe hoc circuitu: ſed acquiri hæreditatẽ fructuario, vel bonæ fidei poſſeſſori. Et caſus diſſimilis eſt in l. vlt. ff. de ſtipulatione ſeruorũ. nec ad rẽ pertinet. Sed obiiciũt illi l. ſeruus dotalis. 58. ff. ſolu. matr. Seruus dotalis non poteſt adire hæreditatẽ iuſſu mulieris, ſed tantũ iuſſu mariti, ſi is hæres inſtitutus ſit, & maritus requirere debet cõſenſum & volũtatẽ mulieris, ne mulieri poſtea teneatur, ſi hæreditatem dãnoſam eius iuſſu adierit. quoniã ea hęreditas in reſtitutione rerũ dotaliũ venit, ſi ſolutũ matrimoniũ fuerit. Sed alia cauſa eſt ſerui dotalis. Maritus dominus eſt poſſeſſor: mulier nõ poſſidet. maritus dicitur dominus quamdiu durat matrimonium. l. doce ancillã. C. de rei vin. & l. in reb. C. de iur. dot. Cũ ne poſſideat quidem mulier, ratio non patitur, vt iuſſu eius ſeruus adeat hæreditatem, ſed requiritur tantũ mariti iuſſus. Alia cauſa eſt fructuarij. Alia etiã cauſa bonæ fidei poſſeſſoris. Sequitur in ea. l. ſi quis mihi bona. §. 1. *Seruus municipũ vel &c.* Seruus collegij hæres inſtitutus adibit hæreditatẽ: Quod dictũ eſt de ſeruo, intelligẽdũ eſt nõ tãtũ de ſeruo ſingularis perſonę, ſed etiã de ſeruo municipũ, vel collegij Hi nõ ſunt ſerui ſingulorum, ex quibus collegiũ conſtat. l. tantum. §. vniuerſitatis. ff. de rer. diuiſ. l. ſed ſi hac lege. in §. qui manumittitur. ff. de in ius vocã. Sed idẽ dicẽdum eſt. Eadem eſt enim ratio. Seruus municipum hæres inſtitutus adibit hæreditatẽ: ſed cui hæreditatẽ acquiret, aut cuius iuſſu? hoc non ſatis expreſſum eſt in hoc loco: ſed intelligendum eſt cum dicit, *Adibit hæreditatem, &c.* quaſi ita ſenſerit Iureconſultus, eodem modo acquirere hęreditatẽ vt dictum eſt de ſeruis priuatorum hominũ, de quibus

forte

forte Iurecõſultus antè diſputauerat. Non enim plenæ & integræ ſunt diſputationes Iurecõſultorũ. Quãobrẽ hîc diſtinguendum eſt, an manumiſſus fuerit, aut alienatus, an vero nec manumiſſus, nec alienatus fuerit. Si manſerit in poteſtate municipum, vel collegij, dubitãdum non eſt, quin municipij vel collegij iuſſu adire debeat: quoniam adeundo iuſſu collegij ei acquirat. Ego ſcio ſubtilia quędam adduci ex l. ſed & ea dolo. §. 1. ff. de dolo. quod facile conſentire non poſſunt. Dixi ſupra quomodo ille locus intelligi debeat, & quomodo intelligi etiam debeat l. ſi cum exceptione. §. animaduertendum. ff. de eo quod metus cauſa. Poſſunt conſentire municipes, ſi alienatus ſit ſeruus. adibit hęreditatem iuſſu noui domini, vt dicitur in l. Antiſtius 61. §. 1. ff. hoc tit. Videte tit. ff. de offic. procur. Cæſar. lib. 1. Digeſt. in d. l. ſi quis mihi bona. §. ſi quis plane, &c. Quę diximus, non debent intelligi de eo, qui ſeruus pœnæ effectus eſt, ille nullius eſt ſeruus. l. 17. ſi quidam. ff. de pœnis. ſi is hęres inſtitutus eſt, inſtitutio nulla eſt cũ alicui libertas adimitur atrocitate ſententię, nõ fit ſeruus Reipublicę, vel fiſci, ſed dicitur ſeruus pœnę: quoniam ſeruitus ei irrogatur pœnę cauſa.

Hinc varię quæſtiones tractantur in l. qui ſeruum. 47. & legib. ſequen. hæ quęſtiones non magis pertinẽt ad ſeruum, quàm ad filiumfamil. pertinent, quãuis ſpecies ſit propoſita de ſeruo. Ego ſeruum adire iuſſi hęreditatem, vel filium, priuſquam adiret, ego furioſus factus ſũ, itaque deſiit voluntas mea, conſequens eſt ſeruum nõ poſſe hęreditatem adire. Huic ſimile eſt, quod dicitur in leg. ſi per epiſtolam. 50 ff. hoc titu. Ex quo notandus eſt locus communis de mandato, non tantũ morte, ſed etiam furore mandatum reuocari. Ratio eſt in l. 4. ff. loca. quia ſicut finitur voluntas morte, ita etiã furore. Et notandũ eſt morte tutoris pupilli, nõ morte pupilli mandatum finiri, vt hic expreſſum in hac l. ſi per epiſtolam.

Superius oſtendimus quomodo cœpta eſt diſputatio de his, qui ſunt in aliena poteſtate, an hæreditatem acquirere poſſint. Quæſtiones aliquot tractatæ ſunt ad eum locũ pertinentes. Sequũtur aliæ quæſtiones, quæ partim ad filium proprie pertinent, partim cum ſeruo communes ſunt. Hic enim in primis quæritur quomodo iuſſus interponi debeat, cum dicimus filiumfamil. iuſſu patris in cuius eſt, poteſtate hæreditatem adire, ſeruum iuſſu domini, in cuius eſt poteſtate hæreditatem adire. Quæſtio eſt in l. ſi quis mihi bona 25. §. iuſſum, ff. hoc tit. Ait Caſſius hic, interuenire iuſſum debere, vt præcedat aditionem hæreditatis: ſi ſequatur aditionem hæreditatis, nullius momenti, nullius effectus eſt. Præcedere debet, inquit. Ergo ſi pater aditionem filij poſtea ratam habuerit, poſtea filius adierit, nõ acquiritur ei hæreditas: quia iuſſus non præceſſit. Sed cur iuſſum præcedere debet, nec ſufficit conſenſus, qui ſubſequatur, cur non ſufficit ratihabitio? Alias enim nihil refert, an quis mãdet, an vero quod ſine mandato geſtum eſt, poſtea ratum habeat. l. 2. ff. ad Senatuſconſul. Macedo. Dubitationem auget quod dicitur de auctoritate tutoris in l. oblig. §. tutor. ff. de auctor tut. & Inſtit. eodẽ. §. tutor. Cum dicitur tutore auctore pupillum contrahere, & negotia ſua gerere tutoris auctoritatem accedere oportere, ſic accipimus, vt ſufficiat in ipſo negotio auctoritatem tutoris interuenire, neceſſe non eſt, vt tutoris auctoritas præcedat id quod geritur à pupillo: imo ſufficit perfecto negotio, modo ſtatim, non ex interuallo ſequatur. Præterea etiam quæſtionẽ facit, quod dicitur in l. 1. ff. quod iuſſu. Prætor actionem dat aduerſus patrem, ſi cum filio contractũ ſit iuſſu patris. Vlpianus in interpretatione edicti prætorij ait idẽ dicẽdum eſſe, etſi pater quod geſtum eſt à filio, poſtea ratũ habuerit. Ex eo præterea augetur dubitatio, quod dicitur in l. 2. C. qui admit. ad bõ. poſſ. quod etiã dicitur in l. 5. qui in aliena ff. hoc tit. & aliis ſimilibus locis de bon. poſſ. Si filius datam ſibi poſſeſſionem bonorum agnouerit ſine iuſſu patris, & pater ratum habuerit, acquiret ei bonorum poſſeſſionem. At bonorum poſſeſſio quid eſt aliud quam hæreditas? l. 3. ff. de bonorum poſſeſſio. & §. quos autem. Inſtitu. de bonorum poſſeſſ. vbi bonorum poſſeſſores vice hæredũ fungi dicuntur. Quid igitur eſt, quod Iureconſultus hic ait iuſſum præcedere debere? Variæ adducuntur rationes. Ego puto id ex iure veteri ortum habere. In lege forte ſcriptum erat filium iuſſu patris delatam ſibi hæreditatẽ adire. Lex de patre loquẽs rectè vſa eſt hoc verbo, cũ patris ſit iubere filio, quem habet in ſua poteſtate, vt non niſi iuſſu patris adeatur hæreditas. De pupillo & de tutore loquẽs lex non eſt vſa hoc verbo, non eſt tãta poteſtas tutoris in pupillum quanta eſt patris in filium. Tanta erat poteſtas olim patris in filium, vt in eum ius vitæ & necis haberet. l. in ſuis ff. de liber. & poſthum. Verborum autem proprietatem in legibus interpretandis ſequi ſolent Iureconſulti, niſi aliqua euidens vtilitas & æquitas aliud ſuadeat. Cum ergo animaduerterent legem de iuſſu loqui, ſic interpretati ſunt, vt conſenſus ſubſequens aut ratihabitio non ſufficiat. Iuſſus enim non dicitur Latine, niſi qui antecedit, & ſi forte quis conſenſit poſtea, ſi tamen non præceſſit iuſſus, nõ poteſt iuſſus Latine dici. Cum dicimus tutore auctore pupillum contrahere debere, id eſt, in ipſo negotio interuenire debere tutoris auctoritatem: cõſenſus enim requiritur. Hæc ſubtilitas contempta eſt à prætoribus in bonorum poſſeſſione introducenda. Cum ex legibus veteribus nihil immutare vellẽt, & quod erat cautum de hæreditate ſequi vellent, tamẽ in bonorum poſſeſſione introducenda, quæ ex iuriſdictione prætoria eſt, neglexerunt ſubtilitatem iuris. Prætores in introducẽda bonorum poſſeſſione ius ciuile ſecuti ſunt, cum aliquo temperamento æquitatis. Et ſane quædam ſubtilitas eſt, vt iuſſus præcedere debeat, vtq. non ſufficiat patrem poſtea conſentire. l. qui in aliena. 6. in princip. ff. hoc tit. Idem dicitur in l. 1. Cod. qui admit. ad bonor. poſſeſ. Bonorum poſſeſſio introducta eſt ad exemplũ hæreditatis, & eſt veluti hæreditas quędam iuris prętorij. Sed in ea introducenda viſum eſt eis vtilitatem potius ſequendam eſſe, quàm illam ſubtilitatem exactã iuris ciuilis veterum legum. Idem à ſenatu factum eſt in reſtitutione fideicommiſſaria in ſeruo inuito. l. 65. §. 1. ad Senatuſconſul. Trebell. Hic docet quid interſit inter hæreditatis acquiſitionem ex teſtamento, & reſtitutionem fideicommiſſariam ex Senatuſconſulto Trebell. hic ſenatus, ſicut & prætor, ſubſecutus eſt ius ciuile & leges veteres: ſed cum temperamento æquitatis vt diximus. Ego de hac re plura ſcripſi lib. 2. Diſput. cap. 10. Qui inſpexerit diligẽter noſtrã de hac re diſputationem, facilius aſſequetur rationẽ diuerſitatis inter bonorum poſſeſſionem & hæreditatem, & reſtitutionem fideicommiſſariam. Hinc etiam factum eſt, vt Iureconſulti edictum prætoris de eo quod iuſſu patris geſtum eſt cum filio, interpretentur neglecta hac iuris veteris ſubtilitate, ſecuti in interpretatione eius edicti prætorij, exemplum prætoris in bonorum poſſeſſionę introducenda. Cum prætor loqueretur de iuſſu, ſic interpretati ſunt, vt teneatur pater ſi vel iubeat, ratũ habeat. Sic eſt intelligendum, quod dicitur in l. 1 ff. quod iuſſu. Vt ergo acquiratur hoc modo hæreditas, oportet patris iuſſũ pręcedere, & idẽ dicẽdũ eſt de iuſſu domini, ſi ſeruo hæreditas delata ſit. Sed quæſtio eſt, an hi qui ſunt in aliena poteſtate, cogãtur huic iuſſui parere, ſi noluit parere voluntati domini vel patris, ſeruus vel filius. De ſeruo nulla dubitatio eſt quin poſſit cogi: expreſſum, id eſt multis legibus. videte l. cum aliquis,

vſquequaque receptũ eſt, ſi non fiat deterior conditio patris, valere aditionem. Exempla alia eiuſdem rei obſcura nõ ſunt. Sequitur in fin. d. l. ſi quis mihi bona, &c. *Sed ſi poſteaquam, &c.* Pater iuſſit filio ſuo, vt adiret hęreditatem: deinde pœnituit patrẽ huius iuſſus ſui. Vel pater mutauit conditionem ſuam. hic quæritur an videatur iuſſu patris adire? Ait Iureconſultus non videri patris iuſſu edire. Quod geſtum eſt poſt reuocatum pe tris iuſſum, nullius eſt momenti. & hoc pertinet ad tit. manda. & ad tit. de procuretor. Reuocatur eutem mãdatũ iuſſus, non tantum pœnitentia eius, qui mandeuit, & contraria voluntate: ſed etiam aliis caſibus, reuocatur morte, mutatione ſtatus, vt hic dicitur. Et addendum eſt, quod dicitur in l. qui ſeruum. 47. & legib. ſeq. 48. 49. 50. Si per epiſtolam. ff. hoc tit. ſi peter poſtea furere cœperit, & idem dicitur de tutore pupilli in d. l. ſi per epiſtolam. & eſt notandum morte legitimi adminiſtratoris mendatum reuocatum intelligi, cuiuſmodi eſt tutor, curator, & procurator. Et exẽplum eſt huius rei in clement. vlt. de procur. de epiſcopo. qui procuratorem conſtituit, quamuis nomine eccleſiæ, quæ moti non poteſt, mandatum factum ſit: tamen morte epiſcopi, quia eſt legitimus adminiſtrator, reuocatur. Et animaduertendum eſt nihil referre, an ſciuerit filius reuocatum eſſe mandatum patris, an ignorauerit. quod tamen videbatur contrà dicendum eſſe. §. recte. Inſtitut. de manda. Cum quis mandat aliquid gerendum, & is mutet voluntatem, reuocet mandatum ſuum: & non aliter tenetur, ob eam mutationem voluntatis & reuocationem mandatarius, quàm ſi de ea volũtate certior factus fuerit. Sed hic cõtrà dicẽdũ eſt: quia nõ intereſt filij reuocatum eſſe hoc iuſſum patris. Quod dicitur in d. §. rectè. eſt intelligendũ cùm intereſt mandarij. Tu me procuratorem tuum cõſtituiſti, mandaſti mihi tua negocia gerenda, cúmq. certior factus non eſſe de tua reuocata voluntate, multa geſſi, multa impendi, æquũ eſt, vt mihi detur actio mandati contraria aduerſus te. Ea reuocatio non debet intelligi, vt ad iniuriam meã pertineat. Sed hic nullum tale eſt incommodum, vbi agitur de acquirende hæreditate patri, non filio. Quid intereſt filij, an pater reuoceuerit mandatum, an non reuocauerit? Hæc de interpretatione huius legis.

Aliæ ſunt quæſtiones ad eundem locum pertinentes diſperſæ ſub hoc titulo, veluti in l. 51. eum, qui. §. filiusfamil. heres ſcriptus. Pater iuſſit filio ſuo, literis ad eum ſcriptis, vt adeat hæreditatem ſibi delatam, ſi cõpererit eſſe idoneam, facta inquiſitione. poſtquam expenderit diligenter an ea hæreditas ſoluendo ſit. Non mandeuit ſimpliciter, vt adeat hæreditatem: ſed addidit conditionem, ſi, re diligenter explorata, hæreditatẽ idoneam eſſe compererit. Filius ſtatim acceptis literis patris, ediit hæreditatem, nulla inquiſitione facta, non obligat patrem filius. receſſit enim à præſcripto mandati paterni. Huc pertinet, & eſt alia quæſtio l. filiusfa. 91. ff. hoc tit. filiusfamil. duxit vxorẽ, &c. Nepos qui eſt in poteſtate aui, non patris, adit hæreditatem iuſſu sui, nõ patris. Et dictũ eſt, eum, qui eſt in aliena poteſtate, adire iuſſu eius, in cuius eſt poteſtate, non intelligitur tantùm de filio, qui in poteſtate patris eſt: ſed etiam de nepote, qui eſt in poteſtate eui. filiusfamilias igitur iuſſu patris adeundo hæreditatem, patrem ſuum obligat hæreditati: & hæreditas delata filio nõ aliter acquiritur patri, iuſſu eius non præcedente, præter quam exceptis caſibus. Vnus caſus exceptus eſt. ff. hoc titulo. in l. qui in aliena. 6. §. 1. ſi pater diu poſſedit: licet filius non adierit. Dalata eſt hæreditas filiofamilias, pater ſtatim res hæreditarias apprehendit, occupauit, eas poſſedit, fortè ſpacio decem annorum: poſtea conueniũt patrem creditores hæreditarij, tanquam hæredẽ, oritur cõtrouerſia inter eos, an hæres ſit. ex his, quæ diximus, videtur heres non eſſe. Nam vt hæreditas acquiratur patri per filium, opottet filium adiiſſe hæreditetem. et filius non ediuit. Et hoc non ſetis eſt, oportet patris iuſſum præceſſiſſe: hîc nullus interuenit iuſſus. Quomodo ergo poteſt dici pater hæreditati obligatus eſſe? Sed in d. l. 6. Iureconſultus eit, *Credendus eſt, &c.* Nam præſumitur aditio ex diuturnitate temporis vtilitetis cauſa. vtilitatis cauſa hoc eſt ita conſtitutum. Quanquam, ſi ſubtilitatem ſpectemus, non videatur obligatus eſſe pater hæreditati, quia neque filius adiit hæreditatem, neque iuſſus patris præceſſit: tamen vtrũque præſumitur ex diuturnitate temporis propter vtilitatem. Idem dicendum eſt, & ſi filius ipſe poſſedarit hæreditatem longo tempore, quod expreſſum eſt in l. filiusfamil. 10. C. de petit. hęred. Filio poſſidente longo tempore hæreditatem, ſciente patre, non tamen iubente, dicitur patri hæreditas acquiſita eſſe, quamuis eius iuſſus non interuenerit, propter diuturnitatẽ temporis. Eſt locus communis de diuturnitate temporis, qui ad alia multa producitur. aliàs tempore nõ acquiritur, nec tollitur obligatio. l. certis annis. C. de pactis.

Cœpimus explicare caſus, in quibus non eſt neceſſaria aditio filij, nec iuſſus patris. In primis dixi, ſi diu poſſederit hæreditatem pater, ſiue filius eam acquirit: nam perinde eſt ac ſi omnia ſolenniter geſta eſſent, & omnia ſolennia interueniſſent. Alter caſus eſt in l. filiofamil. 4. Cod. de iure delib. Si pater adierit filio volente & conſentiente, filiofamilias hęreditas delata eſt, pater pro hærede geſſit volente & conſentienta filio. Quæritur an ſit obligatus pater hæreditati? Dubitatio naſcitur ex eo quod ſolennitas hic non eſt ſeruata: nõ anteceſſit iuſſus patris aditionem filij: neceſſaria eſt eaditio filij: neceſſarius eſt iuſſus patris. hic non adiit filius: ſed pater volente & conſentiente tantum filio. Sed eſt reſcriptum videri ſolennitati iuris ſatisfactũ. d. l. ibi, *Solennitatis iuris, &c.* Hoc reſcripto magnopere temperatur rigor atque ſubtilitas iuris ciuilis. Viſum eſt Imperatori, qui hoc reſcripſit. non multum referre, an patris iuſſu adeat filius: an verò pater pro hærede geret, volente & conſentiente filio. Ergo quod dicitur iuſſum patri præcedere debere, & neceſſarium eſſe, intelligendum eſt, niſi pater ipſe adire malit, filio conſentiente. Sed mirum videtur quod hic dicitur ſolennitati iuris ſatisfactum videri, cùm ſuperiori loco dictum ſit propter ſpacium longi temporis, videri huic ſolennitati tantummodo ſatiſfactum eſſe. Nam hic tẽporis diuturnitatis nulla fit mentio. Diximus, ſi ſolennitas non interuenerit, ſed diu poſſederit pater, vel filius, ſolenniter videri omnia geſta eſſe, ſolennitati videri ſatisfactum eſſe. At hic de tempore nihil dicitur: ſed ideo temporis diuturnitas nõ requiritur: quia proponitur patrem adiiſſe, & pro hærede geſſiſſe, conſentiente filio. In hac ſpecie certa eſt voluntas vtriuſque & patris & filij. Propter voluntatem vtriuſque, quæ nec dubia, nec obſcura eſt, dicitur ſolennitati iuris ſatisfactum videri, etiam ſi nõ acceſſerit temporis diuturnitas. Sed cum pater non adiit, non conſtat an pater adierit, nec cõſtat an filius conſenſerit, tũc propter diuturnitatem temporis diximus ſolennitati ſatisfactum eſſe videri: omnia geſta ſolenniter eſſe videri. hic autem apparet vtrunque concurrere, & geſtionem patris pro hærede, & voluntatem filij.

Tertius caſus eſt, ſi filius hæres neceſſarius ſit. In filio, qui hæres neceſſarius eſt, hæc ſolennitas minimè neceſſaria eſt, quia hæres fit ipſo iure ſine vllo facto ſuo, & hæreditatem acquirit ei in cuius eſt poteſtate. Nulla aditio eſt neceſſaria, ac ne iuſſus quidem paternus. Hoc apertè dicit Iuriſconſul. in l. qui aliena. 6. §.

interdum.ff.hoc titul. Auus inſtituit nepotē,quem habebat in poteſtate ſua,& filium exhęredauit,poſt mortem aui, nepos acquirit ipſo iure hæreditatē patris ſui exhęredati,nec opus eſt ea ſolennitate,de qua diximꝰ, ſcilicet vt videat iuſſu patris ſui, cui hęreditatē acquiſiat. Vlpia.in d.§.interdū.verſ. vt puta ſi nepos,&c.patrem enim &c. licit ipſe hæres neceſſarius fieret hęres ſuus, ſi ſibi hæreditatem acquireret:ita etiam eum,cui hæreditatem acquirit,facit neceſſarium hæredē & ſuū hæredem. Ibi, *Sed ſi quis hæres inſtitutus adoptetur, &c.* Diuerſum ius eſt in hac ſequenti ſpecie. Si quis inſtituerit extraneum hæredem exhæredato filio ſuo:deinde hic extraneus,mortuo teſtatore,adoptatus ſit à filio exhæredato:quamuis ei ſuus efficiatur, non ideo tamē eum faciet ſuum hæredem. nō enim erat ſuus tempore mortis teſtatoris.Sed in ſuperiori ſpecie tēpore mortis erat in poteſtate teſtatoris, ideóque facit patrē ſuū, qui exhæredatus eſt, ſuum neceſſariúmque hæredem. ex quo notandum eſt hæredem ſuum dici eum quoq; quem alius antecedit. quod obſeruatione dignum eſt. hoc ratum eſt & ſingulare. Nam aliàs ſuus is demum hæres dicitur quem nemo antecedit. l. ſi filiusfamilias. 33.ff. de milit.teſta.& §.1.Inſtit. de hęre. quæ ab inteſt. Hic ius ſui habet nepos, quamuis filius, qui adhuc viuus eſt,eū antecedat. Hoc accidit cùm nepos inſtituitur exhæredato filio. Proponitur in hac ſpecie nepos inſtitutus ab auo ſuo: proponitur filius exhæredatus. Itaque hic filius,qui exhæredatus eſt,habetur pro mortuo. & quodammodo intelligitur nepotem non pręcedere.& vulgare eſt quod dicitur filium exhæredatū pro mortuo haberi in hac ſpecie.Exhæredatus ergo ius ſui hæredis amittit,quamuis in poteſtate maneat.l.1.§. ſi pater.ff.de coniung.cum emancip.Subſtitutio pupillaris,quæ fit exhæredato filio,oſtendit eum in poteſtate eſſe.Pater enim non ſubſtituit, niſi ei,quem in poteſtate habet.l.2.ff.de vulg.& pupil.ſubſtit.his duobus concurrentibus,amittit ius ſui filius teſtatoris. Vnum eſt quod nepos ſit inſtitutus auo, alterū eſt, quod filius exhæredatus ſit,aliàs nepos non dicitur hæres ſuus eſſe. veluti ſi veniat contra voluntatem teſtatoris. Auus non cogitur inſtituere,vel exhæredare nepotem ſuum, vt valeat teſtamentum,quamuis filium exhæredauerit. Et ſi teſtator exhæredauerit filium ſuum, non ideo tamen neceſſe eſt ei reſtituere,vel exhęredare nepotem, quaſi nepos hæres ſuus ſit, quaſi nepos tanquam ſuus hæres poſſit rumpere teſtamentum, ſi præteritus ſit,vt expreſſum eſt ſub tit. de vulgari & pupil.ſubſtit. Sed cùm inſtitutus eſt nepos filio exhæredato,filius habetur pro mortuo,quantum ad ius ſui attinet:& nepos dicitur hæres ſuus eſſe,cùm venit ſecundum teſtatoris voluntatem ad eius hæreditatem.

Quartus caſus eſt,ſi pater furioſus ſit, vt non poſſit filio ſuo iubere,vt adeat hæreditatē.l.cum hæres. 52.ff. hoc titul. filiofamilias delata eſt hæreditas: pater eius furere cœpit:ideóq. nō poteſt ei iubere,vt adeat hęreditatē.Hic quęritur quid facturus ſit filius? Iurecōſultus ait,Si filius adierit, perinde haberi ac ſi pater adiiſſet,hic filiusfamilias habetur pro patrefamilias. Vtilitatis cauſa hæc ita conſtitutum eſt. ideóq.permittitur ei ſeruos hæreditarios manumittere,vt hic dicitur. Eſt igitur hic notandum filium acquirere ſibi hæreditatē, non patri,contra ius antiquū.Et hoc ita conſtitutū eſt, ne pater ignorans implicetur onerib. hæreditariis. Si pater,qui non poteſt iubere,implicaretur onerib. hęreditariis,durum hoc & iniquum eſſet.non.n.niſi conſenſu ſuo debet adſtringi hęreditati,quę fortè ſoluēdo non eſt, vt dicitur l. qui in aliena.6.in princ. ff.hoc tit. Huic nō diſſimile eſt,quod dicitur in l.50.Imperator. ff.ad Senatuſconſ. Trebellian. fideicōmiſ.relictum eſt filio, ſi emancipatus erit, à patre ſuo, ſi ſui iuris factus fuerit. Voluntas teſtatoria eſt, vt fideicommiſſum acquiratur filio tantum,non etiam patri. Pater non vult filium ſuum manumittere, ac ne cogi quidem poteſt eum manumittere, ſiue emancipare. Pater profundit fideicommiſſum,perdit res filio ſuo relictas. Quæritur quomodo poſſit filio aduerſus patrem ſuccurri & prouideri. Nam cautio prætoria hic locum non habet, vt caueat ſe reſtituturum pater: hoc vetat patria poteſtas. Inutilis eſt ſtipulatio inter patrem & filium. Sed reſcriptum eſt, vt pater grauatus fideicommiſſo, ante conditionis euentum id reſtituat filio,quamuis filius in poteſtate patris adhuc ſit: vtilitatis cauſa habetur pro patrefamilias, qui eſt filiusfamilias & in patris poteſtate. Ipſi fideicommiſſum reſtituitur perinde ac ſi ſui iuris eſſet. Vnum tamen hic notandum eſt,& addendum ſupradictis. Si pater ſanitatem reciperet in hoc caſu, & comprobet aditionem filij, ex eo tempore acquiri ipſi patri hæreditatem. Et hoc eſt ſatis expreſſum in l. vlt.§ penult. & vlt.quis ord.in bon poſſ.ſer. Nam quod hic dicitur,filio acquiri hæreditatem, quia pater furioſus non poteſt ei iubere hoc eſt intelligendum, vt tandiu ei acquiratur hæreditas, dum pater factus erit ſanæ mentis,vel addendum eſt ex l.vlt. §. ſin autem ex alia. Cod. de curat. furioſ. dum pātri datus curator id approbauerit. Hinc naſcitur quæſtio,quid dicendum ſit de patre abſente,ad id dicemus quod de patre furioſo, vt patre abſente, filius hæreditatem ſibi delatam acquirere poſſit ſibi?Ego reſpondeo breuiter, aliam eſſe cauſam patris abſentis,aliam patris furioſi.quamuis in l. 2. Cod. de iure codicil. dicatur furioſus haberi loco abſentis, propter abſentiam tamen patris non adit filius ſolus ſine iuſſu patris, nec ſibi hæreditatem acquirit, quamuis ex cauſa reſtitutio in integrum à prætore impetretur, propter abſentiam. ſic eſt intelligendum quod dicitur in l.cum quidam.30.ff.hoc tit. Neceſſaria eſt reſtitutio in integrum.Propter abſentiam reſtituetur in integrum, quòd non potuerit ſibi hæreditatem acquirere, propter abſentiam Reipublicæ cauſa, legationis cauſa,quę abſentia iuſta eſt.Miratur Accurſius quòd abſens legationis cauſa dicatur abeſſe Reipub. cauſa. Reipublicæ cauſa abſens dicitur, non qui abeſt pro ciuitate ſua:ſed qui abeſt pro Republica Romana.Reſpublica dicitur tantum Romana:aliæ ciuitates loco priuatorū habetur.l.eum,qui vectigal. 16.ff de verbor.ſignif.l.ſed etſi per prætorem.§.vlt.ff.ex quibus cauſ.maio.Sed non multum refert,an quis Reipublicę cauſa abſens dicatur: an legationis cauſa pro ſua ciuitate. Quāuis enim non reſtituatur tāquam Reipublicæ cauſa abſens: reſtituitur tamen ob generalem clauſulam edicti prætorij. Prætor in edicto ſuo de maioribus in integrum conſtituendis loquitur ſpecialiter de his, qui Reipublicæ cauſa abſunt. Deinde ſubiicit generalem clauſulam.Sed certum eſt probabilem eſſe cauſam abſentiæ, cùm quis abeſt legationis cauſa pro ciuitate ſua.Sed quia in d.l.cùm quidam. Iureconſultus loquitur de eo, qui legationis cauſa abſunt, & dicitur eum Reipub. cauſa abfuiſſe: hinc obiter notandum eſt, abſentibus non tantum ſuccurri beneficio reſtitutionis in integrum,cum de eorum damno agitur:ſed etiam cum de eorum lucro.Non tantùm ne damno afficiantur:abſentes Reipublicę cauſa, reſtituuntur in integrum: ſed etiam ne lucrari deſinant. nullum verò damnum eſt, ne hęreditas abſenti delata acquiratur. Sed hoc eſt intelligendū,modo tale ſit lucrū,quod poſſit acquiri ſine incommodo & iniuria alterius,vt in hac ſpecie. Sed ſi quid lucri acquiſiturus ſit cū incōmodo & iniuria alterius,propter abſentiā Reipub. cauſa, non reſtituetur in integrum l.ſciendū 18.& l.18.denique.ff. ex quib.cauſ. maior.loquitur Iuriſcōſultus de interrupta poſſeſſione. Cùm quis vellet vſu & poſſeſſione diuturna rē alterius

vſuca-

vſucapere, propter abſentiam eius interrumpitur poſſeſſio, nec reſtituitur in integrum.

Quinta exceptio eſt, cùm hæreditas aduentitia eſt, quæ hodie acquiritur filio etiam inuito patre. l. vlt. §. ſin autem in ſecunda. verſi. ſin autem recuſante. Cod. de bonis quæ liber. Ea conſtitutione emendatur & corrigitur ius antiquum, quod in Pandectis relatum eſt. Iure Digeſtorum, iure antiquo filius hæreditatem ſibi delatam acquirit patri ſuo, vt dicitur in l. 1. ſi à parent. quis manu. & l. placet. 78. ff. hoc tit. Sed ſi adita ſit hæreditas, quia non ſit profecta à patre, ſi fortè inſtitutus non ſit habita ratione patris: ſed aliunde ei obuenerit hæreditas, fortè eſt materna hæreditas. hæc hæreditas filio acquiritur, non patri. Filij eſt proprietas, acquiritur tantum vſusfructus patri: vnde ſi capax ſit filius acquirendæ hæreditatis ſecundum ius nouum, non eſt mirum ſi permittatur ei acquirere hæreditatem, etiam ſi pater fortè non conſentiat. Nec dubium, quin recuſante patre, qui à filio rogatus eſt vt conſentiat, poſſit filius hæreditatem, etiam inuito patre acquirere ſibi. Sed controuerſum eſt an ignorante patre, non rogato patre, non admonito, idem dicendum ſit.

Variæ ſunt opiniones. Sed probabilius mihi videtur requirendũ eſſe conſẽſum patris. Iuſtinianus loquitur de patre recuſante. Permittitur filio delatam ſibi hæreditatem, patre inuito, adire: ergo patre ignorante, patre non admonito vt conſentiat, non videtur filio id permittendum eſſe. Et ratio poſtulat, vt admoneatur pater propter vſumfructum, qui ei acquiritur. Pater eſt legitimus adminiſtrator bonorum aduentitiorũ. Sed cùm rogatus pater à filio, non vult conſenſum ſuum accõmodare, quia non ſtat per filiũ, ſed per patrem tãtùm, nihil imputari poteſt filio, quòd officio ſuo functus non ſit. poteſt periculo ſuo adire hæreditatem, inuito patre. Qui diſſẽtiũt, vtantur argumento ex regula iuris huiuſmodi, *Qui poteſt inuitis aliquib. aliquid facere, multò magis abſentibus, vel ignorantibus poteſt.* At filius, inquiunt, inuito & recuſante patre poteſt hæreditatem adire. Ergo multo magis ignorante eo. Sed hic eſt ratio diuerſa. Regula eſt intelligenda cum diuerſa ratio non eſt ignorantis & contradicentis.

Alia exceptio eſt in caſtrenſi hęreditate filiifamilias militis. l. miles filiusfamilias. 5. ff. de caſtren. pecul. ibi Iuriſconſultus ait, Si filiusfamilias inſtitutus ſit hæres à commilitone, &c. filiifamilias enim milites in caſtrenſi peculio habentur, perinde ac ſi patresfamilias eſſent. l. 2. ff. ad Senatuſconſ. Macedon. Hę ſunt exceptiones regulę à nobis traditæ. Extra hos caſus cùm filiofamilias delata eſt hæreditas, vt eam acquirat patri, oportet adiri hæreditatem à filio iuſſu patris, & oportet iuſſum patris præcedere: ſi hæc non interuenerint, nulla erit aditio. l. qui in aliena. 6. in princip. ff. hoc ti. Sed quæritur, an ſaltem ſibi acquirat filius cùm adit ſine iuſſu patris? Si filius adeat hæreditatem ſine iuſſu patris, non dubitamus, quin pater obſtrictus ſit hæreditati. Sed dubitari poteſt, an ſaltem ipſe filius hæreditati obſtrictus ſit: quia quamuis non interueniat conſenſus patris, interuenit tamen conſenſus filij. Quæſtionem facit, quòd filiusfamilias ex omni contractu obligatur, ſicut paterfamilias. l. filiusfamil. ff. de obliga. & actio. Ex omni contractu obligatur, præterquam ex mutuo. At aditio hæreditatis quaſi quidam contractus eſt. Is, qui adit hæreditatem, quaſi contrahere dicitur. l. apud Iulianũ. §. vltim. quib. ex cau. in poſſeſ. eatur. Adeundo hæreditatem quaſi contrahere videtur cum creditoribus hæreditariis. Cùm enim quis adit hæreditatem, hoc videtur profiteri ſe velle ſuccedere in locum defuncti, cuius morte obuenit ei hæreditas, & ſe iiſdem velle teneri, quibus defunctus tenebatur. Vnde dicitur ex quaſi contractu teneri. l. ex maleficiis. §. hæres. ff. de obliga. & actio. §. hæres. Inſti. de oblig. quæ ex quaſi contractu naſcuntur. Itaque videtur in hoc caſu filius obſtringi hæreditati, quamuis pater hæreditati non obligetur. Sed verius eſt, ne filius quidem hoc caſu obligetur hæreditati, cùm ſolennitas obſeruata non ſit: & filius, cui delata eſt hæreditas, cùm adit hæreditatem ſine iuſſu patris, nihil agit. & ſic intelligere debemus, quod dicitur in dict. l. qui in aliena. 6. in princip. ff. hoc titu. non poſſe obligari hæreditati patrem: imò ne filium quidem. Nam abſurdum eſt ita diuidere hæreditatem, vt apud vnum ſint debita, apud alium credita hæreditaria. Hæreditas non recipit talem diuiſionem, vt dicemus in interpretatione l. 1. & 2. ff. hoc tit. Hoc autem contingeret, ſi diceremus in hoc caſu filium obligare patrem. Nam ipſo iure commodum ſucceſſionis acquireretur patri. l. 1. in principio. ff. ſi à parent. quis manu. Si diceremus acquiri hæreditatem filio, cùm adit ſine iuſſu patris: ex eo conſequeretur acquiri ei tantùm onera & incommoda. Nam emolumentum acquiritur patri: acquiſita hæreditate onera tantùm & incommoda penes filium remanerent, quod ratio iuris non patitur, vt ita hæreditas diuidatur. Concludendum igitur eſt hoc caſu ne filium quidem hæreditatem acquirere, cùm adit ſine iuſſu patris. Ex iam dictis naſcitur quæſtio tractata in ea. l. 6. qui in aliena. §. ſi is, qui putabat. ff. hoc titul. Variæ quæſtiones hic tractantur. Vna eſt, *Si is qui putabat ſe filiumfamil. &c.* Quidam putabat ſe filiumfamilias eſſe, cùm non eſſet, erat filius tantùm naturalis, fortè non erat in poteſtate: adiit patris iuſſu hæreditatem. Quæritur, an rectè adierit, an acquiſierit hæreditatem ſibi, an patri, an neutri? Iureconſultus ait, neque ſibi, neque patri acquirere hæreditatem. Non acquiſiuit ſibi, quia non fuit eius hæc voluntas, vt ſibi acquireret, qui putabat ſe in aliena eſſe poteſtate. Voluntas autem neceſſaria eſt in aditione hæreditatis. Alteri non acquiſiuit: quia non potuit. vtrumque concurrere oportet in aditione hæreditatis & voluntatem & poteſtatem.

Altera ſpecies eſt in eodem §. ſi is, qui putabat, ibi, *Quanquam is quem.* Pater habebat filium in poteſtate ſua, iuſſit ei vt adiret hæreditatem, poſt iuſſum ſtatim mortuus eſt, ipſo mortuo filius, cui iuſſerat hæreditatẽ adire, adiit, hic quæritur an ſibi acquiſierit, & obligauerit ſe hæreditati. Hæc ſpecies eſt diſſimilis ſuperiori, cùm ſciret mortuum eſſe patrem, atque ita expiraſſe mandatum. Dubium non eſt, quin fuerit hoc animo, vt ſibi non alij hæreditatem acquireret. Deinde dicitur ibi, *Nam & eum qui, &c.* Hic eſt tertius caſus. In hoc videtur maior eſſe dubitatio, an ſibi hæreditatem acquirat? Sed Iureconſultus ait, ſibi acquirere hæreditatem. Nam cum non expectatur iuſſus patris, re vera non videtur ſibi acquiſiſſe. Ibi, *Eius conſilij &c.* Certum eſt ex eo argumentum quod ipſe adiit, quamuis videatur eius conſilium certum non eſſe & firmum, cum neſciret patrem deceſſiſſe, qui re vera mortuus erat.

Cœpimus tractare de perſonis, quæ hæreditatem acquirere poſſunt, vel non poſſunt. Et iam diximus de his qui ſunt in aliena poteſtate: nunc de aliis eſt videndum. Quæritur ergo, an mutus aut ſurdus acquirere hæreditatem poſſit? Quæſtio eſt in l. 5. mutum. ff. hoc tit. Vbi dicitur, *Mutum, necnon ſurdum, &c.* Huic ſimile eſt quod dicitur in l. pater. 92. §. vlt. *Mutus ſeruus, &c.* Non tantum liber homo, qui mutus eſt, obligat ſe hæreditati adeundo hęreditatem: ſed etiam ſeruus mutus adeundo hęreditatem iuſſu domini ipſi acquirit. Patrẽ ſuum filius mutus obligat hęreditati. Nam quæ ſola voluntate fiunt ſine verbis aut alia ſolennitate, ea facit mutus non minus, quàm qui loquendi facultatem habet. Regula eſt, quæ traditur in l. vbi non voce. ff. de regul. iuris. In acquiſitione hæred. ſufficit ſola animi deſtinatio & voluntas, vt dicitur in Inſtitut. de hæred.

qualita. & differ. §. vlt. Ergo mutus hæreditatem adire poteſt. Sic pater mutus iubet filio, vt adeat hæreditatẽ, d. l. pater. §. 1. Sic mutus dicitur donare. l. 33. qui id. quod ex cauſa. §. murus. ff. de donat. Sic mutus contrahit matrimonium l. mutus. 73. ff. de iure dot. & c. cum apud c. cum tuę de ſponſal. Sic mutus paciſcitur. l. itẽ quia. ff. de pactis. Hac ratione mutus procuratorem cõſtituere poteſt, vt expreſſum eſt in l. mutus. ff. de procurat. Breuiter dicendum eſt, vbi voce opus non eſt, omnia per mutum rectè geri poſſe. De teſtamento, an teſtamentum faciat mutus, diximus ſub tit. de teſta. Sed quæritur quomodo mutus voluntatem ſuam declarare poſſit. Nam etſi ſola animi deſtinatio ſufficiat ad acquirendam hæreditatem: tamen eam voluntatẽ oportet aliquo modo declarare. Sed dicendum eſt declarari poſſe in primis ſcriptura, ſi fortè nouit ſcribere vt dicitur in d. l. pater. §. 1. in fin. ibi, quod facilius explicari poteſt ſcientia literarum. Vbi ſcire literas, idẽ eſt quod ſcribere. Poteſt etiam mutus nutu & ſignis voluntatem ſuam patefacere & oſtendere, quæ nota ſint familiarib. & propinquis eius. dict. l. pater. §. 1. & l. ſeruo inuito. 65. §. ſi pupillo. ff. ad Senatusconſultum Trebellian. Quod autem dicitur de muto & ſurdo, intelligendum eſt, ſi modo aliquem intellectum habeat, ſi intelligat quod agatur. Nam ſi quis mutus, aut ſurdus natus ſit, ita vt non videatur aliquem intellectum habere, ne videatur intelligere quod agitur, cùm agitur de acquirenda hæreditate, dicendum eſt eum non poſſe hæreditatem acquirere. Non poſſe obligari hæreditati, vt Iuſtinianus ait in Inſtitut. de hæred. qualita. & differen. Idem dicitur in l. vlt. de bon. poſſeſſ. ſecundum tabul. Quid igitur fiet, ſi hæreditas delata ſit muto, aut ſurdo, qui intellectu careat? Dicendum eſt ei dãdum eſſe curatorem, qui hæreditatem adeat ipſius nomine, vt dicitur in d. l. ſeruo inuito. §. ſi pupillo. in fin. ff. ad Senatusconſultum Trebellian. Non enim eſt dubitandum, quin huiuſmodi perſonis curator detur. l. 2. ff. de poſtulan. Hactenus de muto & ſurdo. Furioſus dicitur hæreditatem acquirere non poſſe, l. 61. Antiſtius. §. vlt. ff. hoc tit. in quibuſdã libris eſt l. furioſus 62. quæ ſequitur dictam l. Antiſtius. *Furioſus &c.* Hæreditas acquiritur animo, voluntate: furioſi nulla voluntas eſt. l. furioſi. 41. ff. de regul. iuris. Sed obiicitur, vt contraria. l. vlt. Cod. de cura. furio. In dicta l. vlt. dicitur hæreditatẽ acquiri poſſe furioſo: & qua ratione acquiratur docet Iuſtinianus in ea conſtitutione. Ait enim per procuratorem adeundam eſſe hæreditatem, quæ furioſo delata ſit. Illa conſtitutio Iuſtiniani noua eſt, nec dubitandũ eſt, quin emendet ius antiquum. Apertè Iuſtinianus ipſe oſtendit, ſe eam conſtitutionem edere ad componendam & dirimendam veterum contentionem de ea re: ſed tamen nihil neceſſe eſt eo cõfugere. Quid enim vetat ſic interpretari verba Iuriſconſulti in d. l. furioſ⁹. quaſi furioſus pro parte nõ poſſit acquirere: quod verũ eſt, ſed per curatorẽ poſſit? Et verba ſequentia id oſtẽdunt. Sequens quæſtio eſt de prodigo, cui bonis interdictum eſt, in l. mutum. 5. §. cũ qui. ff. hoc tit. Sed mirũ eſt, quod dicitur furioſum non poſſe adire hæreditatẽ: & prodigũ, cui bonis interdictum eſt, poſſe adire. Sed quod hic dicitur de prodigo intelligendũ eſt, ſi curatoris accedat autoritas. Furioſ⁹ non adit, ſed curator eius loco. Nullam enim volutatem habet, autore curatore prodigus hæreditatem adire poteſt. Ratio exigit, vt curatoris auctoritas interueniat. Eſt, in ſimilis quadantenus prodigus furioſo. l. 12. his qui in ea cauſa ſunt. §. Diuus ff. de tutor. & curator. dat. Si quis obiiciat eum, cui bonis interdictum eſt, poſſe ſibi acquirere: modo tantum acquirat. Sed in adeũda hæred. nõ tãtũ acquirit:

ſed etiam obligatur creditoribus hæreditariis. In heredem tranſeunt non tantum commoda, ſed etiam incõmoda hæreditaria.

Alia quæſtio eſt de pupillo, an pupillus hæreditatẽ acquirere poſſit? Quæſtio eſt in l. 8. more noſtræ ciuitatis. ff. hoc tit. *More noſtra, &c.* Oſtendit enthymemate Iuriſconſultus pupillum ſine tutoris auctoritate nõ poſſe hæreditatẽ adire. Pupillus, inquit, nõ poteſt obligari ſine tutoris auctoritate. At hæreditas obligat noſ ære alieno, etiam ſi ſoluendo non ſit. Hinc concludendum eſt, non poſſe pupillum ſine tutoris auctoritate, non adire hæreditatem: nec ſufficeret curator. Curator plerumque datur pupillo: ſed tamen cum agitur de adeunda hæreditate, neceſſarius eſt tutor. l. cum in vna. 17. §. tutor. ff. de appel. Sed de eo mox dicturi ſumus. Sed hic quæritur an tutor, qui non gerit tutelam, poſſit auctor eſſe pupillo ad adeũdam hæreditatem? Quæſtio eſt in l. pupillum 49. ff. hoc. tit. *Pupillum etiam, &c.* Plerumque tutores dantur, qui tutelam non gerunt, & honorarij tutores. Quidam honorarij ſunt tutores, qui honoris tantum gratia dantur, vt ſint veluti obſeruatores aliorum tutorum. Alij notitiæ tantum cauſa dantur, veluti liberti defuncti, quòd notitiam habeant rerum domeſticarum. l. quod ſi fortè, de ſolut. Si ergo alij ex tutoribus ſint qui gerant tutelam: alij ſint honorarij, vel notitiæ cauſa dati, nũquid refert quis horum tutorum auctor ſit pupillo ad adeũdam hæreditatem? Hic dicitur, pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat: ſed reperitur antinomia ex l. 4. ff. de aucto. tut. Etſi pluribus. vbi Iuriſconſultus ait, tamẽ ſi tutor auctor erit cui adminiſtratio tutelæ cõceſſa non eſt, id ratum à prætore haberi non debet. Vulgò ita interpretantur hæc verba: *Cui adminiſtratio tutelæ conceſſa nõ eſt,* id eſt, cui interdicta eſt adminiſtratio. Minimè dubitãdũ eſt, quin is, cui interdicta eſt adminiſtratio, nõ poſſit auctor eſſe pupillo ad aliquid gerendũ. Sed mihi videtur hæc nimis dura eſſe interpretatio. Ego ſcio, aliquid intereſſe inter eum, cui interdicta eſt tutelæ adminiſtratio, & eum, qui non gerit tutelam, vt dicitur in le. quod ſi forte. 14. §. 1. ff. de ſolution. Sed videtur his verbis: *Cui adminiſtratio non eſt,* ſignificari honorarium tutorem, qui tutelam non dicitur gerere in hac lege noſtra. quid igitur dicamus? Conſtat in hac re diſſenſionẽ fuiſſe veterum Iureconſultorum. Atque cùm eſſet diſſenſio, Pomponius ait, ſibi magis placere, quod Offilio placebat. In hac lege recitatur tantum opinio. Vna eſt ea opinionibus veterum, quæ hîc refertur: ſed à Iuſtiniano probatur & confirmatur contraria opinio in d. l. & ſi pluribus. 4. Nos igitur ſequemur, quod dicitur in ea l. 4. ſcilicet auctorem nõ poſſe eum eſſe, qui tutelam non gerit. Dubitationi tamen de eo fuit, quod quædam permittuntur honorariis tutoribus: puta rectè eis ſoluitur. d. l. quod ſi fortè. § 1. ff. de ſolutionibus.

Diximus pupillum acquirere hæreditatem, ſi adeat cum auctoritate tutoris ſui. Vtrumque igitur neceſſarium eſt, & actus pupilli ipſius & auctoritas tutoris accedens alterum non ſufficeret, ne tutor quidem ſolus poſſet pupillum hęreditati obligare. Neceſſarium eſt factum pupilli ipſius, cui tutoris auctoritas accedat. l. potuit. Cod. de iure deliberandi. *Poteſt pupillus,* inquiunt Impp. pro hęrede, tutore auctore gerendo conſequi ſucceſſionem: ſed ipſius actus & voluntas ſunt neceſſaria. Nam ſi quid neſciente eo tutor egit, illi hęreditatem non potuit acquirere. Ergo ſi neſciente pupillo, non poteſt tutor pro hęrede gerere, eum obligare hæreditati non poteſt. Sed obiicitur l. bonorum. 7. Cod. qui admitti ad bonor. poſſeſſ. *Bonorũ poſſeſſionem, &c.* Ait Imper. apertum hoc eſſe, poſſe tutorem no-

mine

mine pupilli booorum poſſeſſionem agnoſcere. & io dict. l. potuit. dicitur non poſſe tutorem acquirere hęreditatem: ſed neceſſarium eſſe actum ipſius pupilli. hęc videntur coutraria eſſe: ſed diuerſa magis ſunt. Nam dict. l. potuit. loquitur de hęreditate. ſed dicta l. bonorū loquitur de bonorum poſſeſſione, quę ab hęreditate multum differt: multum intereſt ioter hęreditatis aditionem, & bonorum poſſeſſionem. In aditione hęreditatis multa adhuc relicta ſunt ſubtilitati veteris iuris. In bonorum poſſeſſione, quę inducta eſt à pretoribus ex iuriſdictione pretoria, ſpectanda eſt magis vtilitas & ęquitas, noo magna veteris ſubtilitatis ratione habita. Id ego docui ſuprà, ad l. qui in aliena. in princip. Et ſimile eſt quod hîc dicitur bonorum poſſeſſionem agnoſcere poſſe pupilli nomine tutorem: adire autem hęreditatem non poſſe nomine pupilli. Sed neceſſariū eſſe actum ipſius pupilli. Additur exceptio in l. 8. more noſtrę. ff. hoc titu. Ibi, in princip. verſi. *De eadem autem hæred. &c.* vbi in hærede neceſſario oſtendit Iurecooſultus non eſſe neceſſariam tutoris auctoritatem, quamuis aliàs non poſſit pupillus adire hæreditatem abſque auctoritate tutoris, qui tamen ſi neceſſarius hęres ſit pepillus patri ſuo noo eſt neceſſaria tutoris auctoritas. *De ea autem, &c.* Ecce cùm obligatur pupillus poteſtate legis ſine facto ſuo, non eſt neceſſaria tutoris auctoritas. Tunc tutoris auctoritas neceſſaria eſt, cum aliquid gerendum eſt à pupillo, quod propter infirmitatem conſilij nō poteſt commodè & vtiliter gerere. Tunc ei ſubneniendum eſt auctoritate tutoris ſui accedente. Sed cum obligatur poteſtate legis ſine vllo facto ſuo, fruſtra accederet tutoris auctoritas. Et hoc generaliter obſeruandum eſt, quoties pupillus obligatur auctoritate legis oeceſſariam non eſſe tutoris auctoritatem. Et ſimile eſt quod dicitur io leg. 48. furioſus. ff. de oblig. & act. Furioſus & pupillus obligantur, cùm obligatio ex re venit. Ideóque cùm quis pupilli vel furioſi negotia geſſit, tenetur ei furioſus, vel pupillus actione negotiorum geſtorum. quia obligatio ex re venit, nō ex facto pupilli, vel furioſi. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 5. conditionibus ff. de condit. & demonſt. Quærebatur, an pupillus ſine tutoris auctoritate conditioni parere poſſit, ſi ex poteſtate eius conditio penderet? Et ait Iureconſultus poſſe eum conditioni parere. Non enim eſt credendum eum, qui conditioni paret, adire hęreditatem, aut obligari hęreditati: ego id ſuprà oſtendi. Ego oſtendi, ſi quis ſub conditione inſtituatur, & pareat conditioni, non ideo videri pro hęrede ſe gerere: ſed tamen, ſi neceſſarius hęres ſit, impleta conditione fit hęres. Si quis ſit inſtitutus à patre ſub conditione, & pareat conditioni adſcriptę, poteſtate legis hęreditas io eum transfertur. Eo modo igitur parere poteſt conditioni, qua impleta, fit hęres ſine auctoritate tutoris ſui. quia ſine facto ſuo id accidit auctoritate legis. Vnde vulgò receptum eſt, ſi domum conduxerit pupilllus, inuecta & illata in eam domum à conductore, obligari domino locatori, etiam ſi oon acceſſerit tutoris auctoritas: quia obligantur ea ſine vllo facto pupilli, auctoritate legis.

Additur exceptio ex eadem l. more noſtrę. ff. hoc tit. Cum filius impubes adit hęreditatem iuſſu patris. Ibi, *Impubes qui, &c.* Impubes, qui eſt in poteſtate patris qui dicitur pupillus aliquādo, l. vltim. § 1. ff. de verbor. obligat. cum adit hęreditatem iuſſu patris ſui, ipſi acquirit hæreditatem: nec vlla tutoris auctoritate opus eſt, qui noo obligatur hac aditione, ſed pater tantum, obligatio transfertur io patrem. l. placet. 78. de acquiren. hęred. & l. 1. ff. ſi à parente quis manumiſſ. Aliàs patre auctore filius impubes, qui eſt in patris poteſtate, nō obligatur, etiā ſi pater ei auctor fuerit. dict. l. vlt. §. 1. ff. de verborum obligat. Sed hîc nō agitur de obligādo pupillo, hac aditione transfert in patrem ſuum hæreditatem. Sed dubitatur, an in aduentitia hæreditate quam ſibi filius acquirit hodie, idem dicendum ſit? Ego puto, & vulgò etiam hoc probatum eſt, ſufficere patris auctoritatem, in cuius eſt poteſtate. Si hæreditas delata ſit aduentitia filio, qui eſt in poteſtate patris, non eſt neceſſe, vt accedat tutoris auctoritas. Pater eſt legitimus adminiſtrator. Pater habet vſumfructum & adminiſtrationem. Pater, qui legitimam habet adminiſtrationem, loco tutoris eſt. Ideo dicendum eſt, ſufficere conſenſum & auctoritatem patris in ea re. Et quod dicitur in l. vlt. §. 1. ff. de verbor. obligat. eſt intelligendum, cum agitur de obligando tantum: ſed hic agitur de acquirendo etiam. Hæreditatis aditio mixta eſt cum obligatione & acquiſitione. Sequendum eſt igitur quod dicitur in l. vlt. de bonis quæ lib. C.

Alia exceptio eſt in pupillo infante. Si pupillus infans ſit: ſi infra ætatem ſeptem annorum ſit. Sic enim accipitur iofans, in leg. ſi infanti. Cod. de iure deliberan. vt fari non poſſit, vt dicitur in l. pupillus. 9. ff. hoc titul. Tutor ſolus poteſt adire etiā ſine aditione ipſius pupilli infantis. Iuriſconſul. in dict. l. pupillus. ff. hoc titul. addit, *Si fari poſſit, &c.* Sed hoc expreſſū eſt apertius in l. ſi infanti. §. 1. Cod. de iure deliber. vbi dicitur, ſi infanti, id eſt, ſi minori ſeptem annis. Tutor infantis nomine, cui delata eſt hæreditas, poteſt adire hæreditatem. Alij exceptionem addunt, cum hæreditas valde opulenta eſt & lucroſa, ſinéque periculo, videtur quibuſdam hoc caſu à pupillo adiri poſſe ſine tutoris auctoritate. Ceſſat enim ratio. propter quam dicitur pupillus oon poſſe adire hæreditatē ſine auctoritate tutoris ſui. In dict. l. moræ noſtræ ciuitatis. ff. hoc titu. ait Iurecooſultus oon poſſe ideo pupillarem hæreditatem adire ſine tutore, qui nō poteſt obligari. At obligaretur æri alieno adeundo hæreditatem. Quoties igitur hæreditas nullum æs alienum habet, lucroſa eſt & ſine vllo oonere: cur non dicemus pupillum eam hæreditatem abſq; tutore ſuo auctore adire poſſe? Huc pertinet vulgaris regula in l. quod fauore. ff. de legibus & Senatuſconſult. Hoc enim eſt inductum in fauorem pupilli, vt nō poſſit ſolus ſine tutore auctore adire hæreditatem. Id igitur nō eſt conuertendū in eius incommodum, vt non poſſit adire hæreditatem opulentam, quæ eſt ſine onere. Sed tamen dicendum eſt quæcunque hæreditas ſit, etiam ſi opulenta ſit hæreditas: etiā ſi ſine vllo onere æris alieni ſit, eam non poſſe adiri à pupillo ſine tutore auctore: hoc eſt apertè expreſſum duobus in locis, vt de eo dubitandum non ſit. Vnus locus eſt in l. obligari. 9. § pupillus. ff. de aucto. tutor. alter locus eſt in Inſtitut. eod. tit. de aucto. tutor. §. neque. vbi ait Iuſtinianus pupillum non poſſe adire hæreditatem ſine tutoria auctoritate, etiam ſi lucroſa ſit hæreditas, nec damnum vllum habeat. Hoc vtilitatis cauſa ita conſtitutum eſt. Nam latent plerunque incommoda, quę pupillum incautum fallere poſſunt: niſi cōſilio tutoris ſui tegatur. *Inuicem enim aliquando ex eo oriuntur, & ſimilia.* Viſum eſt Iureconſultis, qui longo tēpore vſu rerum edocti & experimento compererunt, quę incommoda ex ea re conſequerentur: vtile eſt nihil hic attigi à pupillo ſine tutoris ſui cōſilio & auctoritate. Pręterea in tutoria auctoritate interponenda, nihil negotij eſt tutoris auctoritatem & conſenſum petere. Hoc eſt viſum igitur tutius & conſultius ad ea incommoda vitanda, quæ nonnunquā inopinatò & pręter conſiliū prudentiſſimi cuiuſque accidūt ex aditione hęreditatis. Quæritur etiam de adulto curatorem habente. Breuiter idem dicendum eſt de eo, quod de pupillo. Adultus curatorem habens eſt ſimilis pupillo: ſimilis impuberi: ioto tit. C. de in integrū reſtit. Atque ideo ſi adultus curatorē habeat, nihilo magis adire poteſt hęreditatem ſine curatoris

auctoritate, quàm pupillus ſine tutore ſuo auctore.l. eum in vna.§.tutor.ff.de appel.

De procuratore quæritur, an procurator noſtro nomine adire poſſit hæreditatem? Breuiter ego puto per procuratorem poſſe adiri hæreditatem. Hîc ego recedo ab opinione recepta, quam ego confutaui lib.2.Diſputat. Vulgò dici ſolet per procuratorem adiri hæreditatem non poſſe: ego contrà ſentio. Non tantum enim poſſumus nobis acquirere hæreditatem per nos, ſed etiam per procuratorem. Mouet me quòd procuratoris vſus permiſſus eſt in omnibus negotiis, niſi in quibus id exceptum reperitur.l.1.ff.de procurator. At nullo iure id excipitur: nulla lex proferri poteſt, in qua exceptũ id reperiatur de hæreditatis aditione. De bonorum poſſeſſione id certum eſt in l.3.§.acquirere.ff.de bonorum poſſeſſ. De fideicommiſſi reſtitutione.l.66.qui ita.§.1.ad Senatuſconſultum Trebellian. Hoc etiam de procuratore Cæſaris expreſſum eſt in l.25.ſi quis mihi bona.§.ſi ſeruus ff.hoc titul. & l.1.§.fin.ff.de offic.procurat. Cæſar. Non obſtat ſententiæ noſtræ l.89.Paulus.huius tit.ff.aliàs incipit: per procuratorem. ſed eſt mendoſa lectio. Legendum eſt enim per procuratorem, vt etiam legitur in Flor.Pandect. Non ergo intelligendum eſt de procuratore: ſed de curatore tantùm. Et ſenſus eſt, cùm pupillus adire vult hæreditatem non ſufficit curatoris ei dati auctoritas, ſed tutoris: quod dicitur in dict.l.cùm in vna.17.§.tutor.ff.de appell. Datus eſt pupillo tutor, is ſuſpectus eſt poſtulatus: interim ei datur curator, quamdiu durat ſuſpecti accuſatio, hic curator gerit tutelam: interim ei permittuntur omnia, ac ſi tutor eſſet: niſi quod eo auctore hæreditas adiri non poteſt. Nam tutoria auctoritas ad aditionem hæreditatis neceſſaria eſt. Similis locus eſt apud Vlpianum in Inſtitut.tit.de tutel. vbi dicit tutoris auctoritatem neceſſariam eſſe ad duo, ad adeũdam hæreditatem & ad contrahendas nuptias. Non magis mouere nos debet ratio, quæ ab aliis diſſentientibus adducitur, vt oſtendant adiri non poſſe hæreditatem per procuratorem, aiunt ſolo animo hæreditatem adiri. Ideóque qui procuratorem conſtituit ad adeundam hæreditatem, ipſe adire videtur. Nam habet animum acquirendæ hæreditatis. Quî fieri ergo poteſt, inquiũt, vt per procuratorem adeatur hæreditas? Hæc ratio primùm in procuratore totorum bonorum locum non habet. Deinde, qui conſtituit procuratorem ſpecialiter adeundæ hæreditatis cauſa, fortè cogitat non poſſe ſtatim adiri à procuratore: & interim medium tempus ſibi dari ad deliberandum, an expediat ſibi adire. Videtis ergo eam opinionem nec auctoritate, nec ratione ſatis idonea niti. Ordo poſtulat, vt nunc doceamus, quem aditio hæreditatis effectum habeat.

De effectu aditionis hæreditatis.

Cap. V.

HVius aditionis magna eſt vis, & magnus effectus: quia per eam acquiritur hæreditas, quæ aliàs nõ acquireretur. Si extraneus hæres inſtitutus ſit, delata hæreditas non antè dici poteſt ei quæſita eſſe, quàm is adierit hæreditatem, vel pro hærede geſſerit. Ego enim adire hæreditatem latè hîc accipio: id in hærede extraneo locum habet, non in ſuo. Nam in ſuo aditio neceſſaria non eſt. Suo hæredi ipſo iura acquiritur hæreditas ſine aditione. l.in ſuis.ff.de ſuis. & leg.hæredib.l.in ſuis.ff.de liber. & poſthu. hæredib.inſtitut.l.1.§.qui ſunt in poteſtate.ff.ſi quis omiſſa cauſa teſta. Vnde dicitur hæres extraneus ante aditionem hæreditatis nihil iuris habere. Dicitur nihil amplius in bonis eius eſſe, nihilo eum locupletiorem eſſe: quod expreſſum eſt in l.pretia.63.ff.ad legem Falcid. Ait Paulus ibi, ſi ſeruus inſtitutus ſit: non ideo pluris æſtimandum eſſe: non ideo pretium eius maius eſſe dicitur, quòd hæreditatem adire potuerit, & acquirere domino ſuo. Id oſtendens Paulus ait, ſi libero homini hæreditas delata ſit, eam hæreditatem non dici in bonis eius eſſe antequam adierit. Tunc enim dicitur hæreditas acquiſita eſſe per aditionem, tunc incipit locupletior eſſe & auctior. Hoc adeo verum eſt, vt mortuo eo, cui delata eſt hæreditas, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, mortuo, inquam, eo ante aditam hæreditatem, non tranſmittatur hæreditas ad eius hæredes.§.in nouiſſimo.C.de caduc.tollen.l.quoniam ſororem.Cod.de iure dot. Quod eſt intelligendum, etiam ſi cui delata eſt hæreditas partim ex inſtitutione, partim ex ſubſtitutione, & ex inſtitutione adierit pro parte. Hoc enim caſu neceſſe quoque adire ex cauſa ſubſtitutionis: aliàs ea ſubſtitutio ad hæredem non tranſmittitur. Duo ſunt hæredes inſtituti ex ſemiſſe Titius & Sempronius: & Titius ſubſtitutus eſt cohæredi ſuo Sempronio. Sempronius repudiat hæreditatem, Titius conſequitur hæreditatem partim ex inſtitutione, quia inſtitutus fuit ex ſemiſſe: partim ex ſubſtitutione, quia pars cohæredis ei delata eſt ex ſubſtitutione. Is adiit partem ex cauſa inſtitutionis: antequam adiret, ex ſubſtitutione partem alteram, deinde deceſſit. Quæritur an tranſmittat eam hæreditatem ad hæredem? Et dicitur non tranſmittere.l.toties.80.ff.hoc tit. Ait Iureconſultus, Si mortuus eſſet hæres eius, non poſſet acquirere ſibi eam hæreditatem, etiam ſi adire vellet. Exiſtimo tamen in propoſita ſpecie partem quoque alteram tranſmitti ad hæredem eius, qui non adiit ex ſubſtitutione, non vi ſubſtitutionis: ſed vi iuris accreſcendi.l.ſi ex pluribus.ff.de ſuis & legit. Ius accreſcendi tranſit ad hæredem, etiam ſi ſubſtitutus non eſſet Titius Sempronio: tamen ei acquireretur pars Sempronij iure accreſcendi. Ius accreſcendi eſt inter hæredes. Quæri hîc ſolet cur hæreditas ante aditionem, mortuo hærede, non tranſmittitur ad eius ſucceſſorem, vt adeundo eam poſſit ſibi acquirere: quod non fecit is, cui delata eſt ea hæreditas? Variæ rationes adferri ſolent, quarum meminit Alciatus inter cæteros lib.3. Paradox.capit.5. Et magis probari ſolet ea, quæ vult ideo non transferri hæreditatem, quia hæres ante aditionẽ nullum ius habet. Si nullum ius habet in delata ſibi hæreditate, antequam adierit, quid tranſmittet, inquiunt, ad ſuum hæredem? Ratio hæc ſatis oſtendit hæreditatem non tranſmitti. Sed quid vetat ius acquirendæ hæreditatis tranſmitti? Ego fateor hæreditatem nondum quæſitam eſſe hæredi antequam adierit. ſed tamen, ſi adire velit, habet facultatem hæreditatis acquirendæ. Ea facultas acquirẽdi, cur non tranſmittitur ad hæredem: vt quamuis poſt mortem eius, cui delata eſt hæreditas, eius ſucceſſor non poſſit dicere ſibi quæſitam eſſe hæreditatem: poſſit tamen eam adeundo, ſi velit, ſibi acquirere? Alij dicunt hoc alienum eſſe à voluntate teſtatoris, vt tranſmittatur hæreditas non adita, quod mihi videtur perquam friuolum eſſe. Alij alia comminiſcũtur. Ego ſæpe dixi, id conſtitutum fiſci cauſa videri veteribus legibus, augendi & locupletandi fiſci cauſa. cuiuſmodi alia pleraque in hæreditatibus conſtituta reperiuntur. Cod.de caduc.tollen.in princip. Lege Papia & Pompeia cautum fuit, vt dies non cederet, niſi ab apertura tabularum, vt non cederet dies à morte teſtatoris, ſed ex quo tabulæ teſtamenti apertæ fuerint. Iuſtinianus oſtendit fiſci cauſa in bellis ciuilibus id cautum fuiſſe, vt plura caduca fierent. hîc ergo fiſci habita eſt ratio. Sed quia diſplicuerunt caduca veteribus iuris auctoribus, vt teſtatur ipſe Iuſtinianus in initio conſtitutionis ſuæ de caducis tollen. Ideo variis modis hoc

ius

ius quod impediebat tranſmiſſionem hęreditatis, temperatum & emendatũ eſt, partim à Iureconſultis ipſis, partim etiam à recentioribus Imperatoribus, poſtquã caduca deſierunt in vſu eſſe. De his diſputare incipiemus à veteribus, quorum ſententiæ ralatæ ſunt in Pandect. deinde ad poſteriorum Imperatorum conſtitutiones veniemus.

Ac in primis veteres Iureconſulti ſic interpretati ſunt illud ius, quo impediebatur ius tranſmiſſionis, vt ad ſuos hæredes non pertineat. Hic non fuit opus aliqua conſtitutione: opus tantũ fuit interpretatione prudentis alicuius. Certum eſt verba legis, quæ prohibet hæreditatẽ non aditam tranſmitti ad hæredem, ad ſuũ hæredem non pertinere. Suus hæres acquirit hæreditatem ſine aditione. Adire dicitur extraneus, quaſi ire ad hæreditatem, quam nunquam habuit. Su⁹ hæres nõ dicitur nouam hęreditatem acquirere: ſed pleniorem adminiſtrationem cõſequi, leg. in ſuis. ff. de lib. & poſthum. Ergo ſi ſuus hæres delatam ſibi hæreditatem nõ adierit, eam tamen tranſmittit ad ſuos hæredes. Hoc ſatis expreſſum eſt in l. 3. de iure deliber. C. In priori parte eius legis, frater meus inſtituit filium ſuum hæredem, quem habebat in ſua poteſtate, qui ſuus hæres nõ erat. Fratre meo mortuo, delata eſt hæreditas ei filio, quem frater meus habebat in poteſtate ſua: is ſtatim deceſſit, & non agnouit eam hæreditatem: eam hęreditatem mihi ego vindico ab inteſtato, tanquam fratris hæres ſim legitimus. Oritur nunc controuerſia inter hæredem illum filium cui delata eſt hæreditas, & me, qui eam vindico vt legitimus hæres fratris ab inteſtato. Hic Gordianus ait illis verbis: *Nec ea propter, &c.* fratrem ad ſucceſſionem fratris non iccirco poſſe accedere, quod eam non agnouerit filius ſuus hæres eius. Satis enim quæſita ei fuit, poteſtate legis: abſque vlla aditione. Ideoque eam hæreditatem tranſmittit ad ſuum hæredem tãquam ſibi quæſitam. Alia eſt præterea cauſa filij emancipati. Filius ſiquidem emancipatus non tranſmittit hæreditatem ſibi delatam: niſi adierit. Filius emancipatus habetur pro extraneo, quoniam extra familiam patris poſitus ſit per emancipationem. §. emancipatos. Inſtitu. de hęredit. quę ab inteſtato defer. & §. emancipati. Inſt. de hęredum qualitate & differen. Ad emancipatum filium pertinet poſterior pars dictę leg. 3. Codice de iure deliber. Verum dubitatur an quod dicitur de emancipato, correctum ſit nouo iure, noua conſtitutione Iuſtiniani? Noua eſt ſane conſtitutio Iuſtiniani, de hæreditatibus ab inteſtato venientibus. lib. Nouell. 118. vbi dicitur ſublatam eſſe differentiam patriæ poteſtatis & emancipationis: vúltque Iuſtinianus ſuccedere emancipatos, ſicut eos qui ſunt in patris poteſtate. Sed verius eſt ius antiquum de ſui hęredis & emancipati differentiã hic ſeruandam eſſe, & immutatũ minimè eſſe Iuſtiniani noua conſtitutione. Quod enim ait Iuſtinianus, nullam differentiam eſſe emancipationis & patriæ poteſtatis, loquitur ſane de ſucceſſione ab inteſtato. Vult ſiquidem ſuccedere emancipatos, quemadmodum ſuos, quantum ad ſucceſſionem ab inteſtato attinet: ſed quantum ad ius ſui pertinet, idem dicendum non eſt. Igitur remanet diſcrimen ſuorum hęredum, & eorum qui ſui non ſunt, quod ad effectus ſuitatis attinet. Ex his autem naſcitur quęſtio admodum difficilis, an ſuus hæres tranſmittat hęreditatem ad quemcunque hæredem ſuum. Hęc quęſtio multũ adeoque difficilis viſa eſt quibuſdam, vt minime dubitauerint dicere, hanc quęſtionem egere, atq; opus habere deciſione imperatoria. Et ſunt nonnulli, qui exiſtiment ſuum hęredem non tranſmittere ius ſui hęredis ad quemcunque ſucceſſorem: ſed ad deſcẽdentes tantum ex ſe & ad ſuum hęredem. Hanc ſententiam non parum adiuuant verba Iuſtiniani in leg. 19. cum antiquioribus. C. de iure delibe. vbi meminit Iuſtinianus ſententiæ cuiuſdam Pauli Iureconſulti de filiis familias hæreditatem tranſmittentibus. Et refert eum dixiſſe filiosfam. ſuos hæredes tranſmittere hæreditatem non in quemcunque ſucceſſorem, ſed in poſteritatem ſuam tantummodo, id eſt, in deſcendentes ex ſe filios, nepotes, pronepotes, & alios huiuſmodi. Poſteri enim dicuntur, qui ex nobis naſcuntur. l. 1. ff. de iure immunitatis. vbi ſi vacatio conceſſa ſit mihi & poſteris meis, intelligitur conceſſa iis, qui ex me naſcuntur, aliis autem conceſſa non intelligitur. Huius rei exemplum eſt apud Iulium Capitol. in Gordiano, vbi ait Senatum ei conceſſiſſe vacationem tutelarum & poſteris eius. Cum ergo Paulus ait filiosfamilias trãſmittere hæreditatem in poſteritatem ſuam, hæc verba non poſſunt intelligi de quocunque ſucceſſore. Sed tamen niſi vehementer fallor, poſteri quoque in lata ſignificatione non poſſunt male dici, qui nobis ſuccedunt: quod poſt nos veniant. & poſſem multa ex veteribus auctoribus exempla adducere, niſi crederem id vſitatum eſſe & obſeruatum. Itaque illa conſtitutio Iuſtiniani non magnopere iuuat ſententiam horum, qui putant ſuum hæredem filiumfamilias non tranſmittare hęreditatem ad quemcunque ſuum ſucceſſorem, ſed ad ſuos tantum. Deinde animaduertendum eſt obiter hoc tantum commemoratum eſſe à Iuſtiniano ex ſententia Pauli, omiſſis forte pleriſque quæ apud Paulum plenius deſcripta erant, idque aperte oſtendit Iuſtinianus his verbis, & aliis quibuſdam adiectis, quæ in huiuſmodi perſonis præcipua ſunt, &c. Pleraque alia adiecta erant in ſcriptis Pauli & veterum legis latorum, quæ non fuit curæ Iuſtiniano referre. Libri enim Pauli in omnium manibus erant, ex quibus poterat intelligi, de qua poſteritate ſentiret. Ego igitur probabilius ac verius eſſe exiſtimo ſuum hæredem tranſmittere hæreditatem ad quemcunque hæredem & ſucceſſorem ſuum. Mouet me quod extraneus (diligenter hoc conſiderandum eſt) cui delata eſt hæreditas, ſi eam adeundo acquiſierit, dubium non eſt quin eam tranſmittat ad quemcunque ſuum hæredem. At hæreditas non minus acquiritur ſuo hæredi ipſo iure poteſtate legis, quam acquiritur extraneo aditione. l. 1. §. qui in poteſtate. ff. ſi quis omiſſa cau. Additio neceſſaria non eſt: ius ipſum vim aditionis habet in ſuo hærede, quamuis beneficium abſtinendi habeat ex iure prætorio. Præterea extant leges apertiſſimæ, & plerique loci iuris auctorum adeo aperti & perſpicui vt de his nulla poſſit eſſe dubitatio. De matre filij eſt l. apud hoſtes. C. de ſuis & legit. hæredib. vbi filius hæreditatem ſibi delatam ante immixtionem tranſmittit ad matrem ſuam. In poteſtate eius non eſt: dubium non eſt quin mater ſit extranea. Et ſimilia exempla ſunt de matre aliis in locis: veluti in l. qui duos. § in bello. ff. de rebus dub. l. Lucius. ff. de iure fiſci. Alij ſunt loci de hærede penitus extraneo, qui ne vlla quidem conſanguinitate, aut coniunctione attingit ſuum hæredem, de cuius hæreditate agitur. ad hunc quoque tranſmittitur hæreditas iure ſui, ſi hæres inſtitutus ſit. Locus vnus eſt l. ex militari. 11. §. & legibus ſequ. ff. de milit. teſtam. Et eadem omnino ſpecies eſt in l. hæreditate. §. filius. ff. de caſtrenſ. pecu. Ergo ſufficiet vnum ex his locis explicare. Animaduertendum eſt Iureconſultum dicere in dict. l. ex militari filiumfamilias non geſſiſſe pro hærede: non adiiſſe hæreditatem. Et quęritur, ſi teſtamentum fecerit, an non tantum bona militaria, ſed etiam paterna pertineant ad hæredem, quem inſtituit filiusfamilias? Hic Iuriſcon. diſtinguit militem à pagano. Et notandum eſt, quod dicit de pagano. Nos enim loquimur de pagano. Et dicit, bona non tantum caſtrenſia pertinere ad hæredem, quem ſcripſit: ſed etiam bona paterna. Quo-

modo bona paterna ad extraneum pertinere poſſunt? hoc fit propter ius ſui. Quia ipſo iure ipſi bona paterna quæſita sūt ſine vlla immixtione. Ipſum ius habet vim aditionis in ſuo hærede, & proinde tranſmittit ad ſuū hæredem iure ſui, ac extraneus tranafert hæreditatem ſi eam adiiſſet. Ergo filiusfamilias, qui ſuus hærea eſt, hæreditatem ooo aditam transfert ad quemcunque ſuum ſucceſſorem. hoc eſt intelligeudum ſi modo ei delata ſit hæreditas. Nam neceſſe eſt aditam eſſe hæreditatem vt eam tranſmittat ad hæredē ſuum: ſed tamē oportet eſſe delatam. non delata hæreditaa numquam tranſmittitur. Vnum exemplum eſt in ſuo hærede, de quo ſuprà diximus, ioterpretantes leg. cum quidam. §. ſuum hæredem. ff. hoc titul. Si poſthumus præteritus ſit & venter, id eſt, partus, quem mulier habet in vtero ſuo, cum verum eſt mulierem pleno ventre eſſe, tunc hæreditas interim antequam certum ſit, an mulier paritura ſit, an non ſit, noo dicitur delata eſſe. ne ſuo hæredi quidem. Cum ponimus veotre pleno eſſe, cum hoc certum ſit per rerum naturam mulierem pleno vētre eſſe, diximua nihil intereſſe hoc caſu inter ſuum hæredem & extraneum: in emancipato noa aliud ſpectamus. In emancipato noo tantum rei ipſius veritatem ſpectamus, ſed etiam opinionem inſpicimus, an credatur eſſe ventre pleno mulier: & hæc opinio nocei extraneo hæredi: ſuo autem hæredi non nocet. Nihil enim refert qua ſit opinione is qui aquirit hæreditatem ſine facto ſuo, ſed multum refert, quę ſit opinio eius qui hæreditatem nō acquirit pro hærede gerendo. Nō. n. eſt firma voluntas eius qui dubitat, qua ex cauſa hæres ſit extiturus, an hætaa extiturua ſit, an nō ſit. Ponamua ſuū hæredē inſtitutū eſſe à patre. Ponamua ventrē ioſtitutū eſſe: incertū autem eſt, an paritura ſit mulier, an vero abortū ſactura ſit, ſi pariat mulier, rumpetur teſtamentum: ſi verò abortum faciat, non rumpetur teſtamentum. l. a C. de liber. præter. Propter hanc incertitudinem non dicitur delata eſſe hæreditas. Ergo interim ſi moriatur non tranſmittit eam hæreditatem ad ſuum hęredem. nondum eſt enim quęſita hęreditaa. Quæſtio tractata eſt in l. ventre. 83. ad fin. ff. hoc titul. vbi Papinianus ait decreto ſuccurtendum eſſe hoc caſu: quia videbat ſummo iure deſtitui hæredē in hoc caſu, & tamen æquum eſſe, vt ei ſuccurratur. *Ventre præterito*, ait ibi Papin. *Si filius qui fuit emancipatus, &c.* hoc obſcuritatam non habet, & ſupra à nobis explicatum fuit. ibi, *Sed ſi vacuo, &c.* Si ra vera vacoo ventre fuerit, quamuis incertum eſſet, hæc opinio nū nocet ei, qui in familia fuit, id eſt in poteſtate. Falſa opinio nocet emācipato, vel extraneo hæredi: ſuo non nocet: ſi ventre pleno ſit mulier, ea res impedit, ne ſuus hæres eſſe dicatur. Æquitas hoc caſu exigit vt hæredi ſuccurratur, iniquum eſt eum non poſſe, ſi interim moriatur, quicquam tranſmittere ad hæredem ſuum, qui in omnem euentum futurus eſt hæres: id eſt, ſiue mulier pariat, ſiue abortum faciat, futurus eſt hæres hic filius ſaltem ab inteſtato pro parte. Si abortum faciat molier, hic hęres erit ex teſtamento, non rumpetur teſtamentum. Si naſcatur, ſi pariat mulier, rumpetur quidem teſtamētum: ſed filius inſtitutus erit pro parte hæres ab inteſtato: ideo cum in omnem euentum ſit hæres, iniquum eſſet eum oihil ad hęredem ſuum tranſmittere, ſi interim decedat. *Decreto, &c.* hęc dicit Papioianus, quia hoc remediom extraordinarium aſt, re vera ſi ius ciuile ſpectemus, non intelligitor propter hanc incertitudinem interim hęres fuiſſe filius, ſed Prętor adeundua eſt, qui decernat, nihil ei nociturum eſſe ſi non adeat, vel ſi interim moriatur, eum poſſe relinquere hæredi. Decretū fit cum cauſę cognitione, & vtrum videbitur vtilius decernet Prętor. & ſimilis locua eſt io l. illud. 4. §. vlt. & l. ſed etſi deceſſerit. 5. ff. de bonq. poſſeſſ. cōtra tabul. vnde decretalis bonorum poſſeſſio dictà eſt. Et ſimilis eſt etiam locus in l. ſi infanti. 18. Cod. de iure delibe. Subiicit Papinianus in propoſita ſpecie idem dicendū eſſe in filio emancipato. Filius emancipatus ſiue mulier pleno ventre ſit, ſiue credatur eſſe pleno ventre, quæ tamen vacuo ventre ſit, ſi interim deceſſerit, nihil tranſmittit ad ſuum hæredem: ſed tamen quia iure prætorio ſucceſſurus eſt, io omnem euentum, ſicut ſuus hęres admittetur iure ciuili, ſiue naſcatur, ſuccurrendum eſt etiam ei decreto interpoſito prætoris. & hic eſt præcipuus caſus in quo hæreditas oon adita tranſmittitur ad hæredem.

Cœpimus explicare caſus io quibus hæreditas, quāois non adita ſit, ad hæredem tranſmittiur, quorum primus eſt in l. ventre. 83. ff. hoc titul. Cum mulier ventre pleno eſt, aut eſſe putatur, interim hæres, qui adire hæreditatem non poteſt propter eam incertitudinem, ſecundum diſtinctionem, quæ tradita fuit ſuperiori loco, tranſmittit hæreditatem, quamuis eam non adierit Id ſuadet ratio & æquitas, ne noceat ei illa incertitudo propter quam oon poteſt hæreditas adiri, cum hæres huiuſmodi eſt, vt io omnem euentum ſucceſſurus ſit, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, vt in ſpecie dict. l. ventre. Ventre pleno hæres inſtitutus ſucceſſurus aſt, ſaltem pro parte, ſiue naſcatur poſthumus, ſiue non naſcatur. Atque ideo ſi ponamus hæredem eſſe eum, qui non ſit ſucceſſurus alterutro caſu, quicunque caſus euenerit, aliud dicendum eſſet. Non enim credendum eſt eum, qui non poteſt adire propter incertitudinem: quia mulier prægnana eſt, & incertum eſt an paritura ſit, an abortū factura: aut incertum eſt, an prægnans ſit, credendum eſt hæredem qui non poteſt eam adire, eam ſemper ad hæredem tranſmittere. Nam locus eſt tranſmiſſioni in hac ſpecie. & hoc ſatis expreſſum eſt in l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. de Senatuſcon. Syllan. De qua lege mox videbimus.

Secundus caſus eſt to leg. ſcriptus. 22. ff. de Carbon. edict. Quidam ſcriptus eſt hæres teſtamento, filius teſtamentum nullum eſſe contendit, quia io eo teſtamēto præteritus fuit. Dicitor nō eſſe filius, lis eſt de ſtatu inter eum & ſcriptum hæredem: pendente ea lite hæres non poteſt adire hæreditatem, aut bonorum poſſeſſionem petere propter hanc incertitudinem. Incertum enim eſt, an poſſit adire hæreditatem ex teſtamento. Dubitatio hic eſt de viribus teſtamenti. Is qui incertus eſt de viribua teſtamenti, non poteſt adire hæreditatem. Ergo quandiu pendet illa quæſtio, nec adire poteſt hæreditatem, nec bonorū poſſeſſionem petere. Quid ſi interim moriatur? Si interim moriatur, ait Iuriſcoosultus, ſuccurrendum eſſe eius hæredibus ex æquitate contra iuris ciuilis rigorem. Si rigorem iuris ſequamur, verius eſt nihil eum reliquiſſe hæredibus ſuis, qui mortuus eſt ante aditam hæreditatem, vel petitam boocrum poſſeſſionem. Sed quia impedimento fuit actum alterius ne adiret hæreditatem, ſuadet æquitas. vt ſuccurratur eius hæredibus, vt hæreditatem trāſmiſſam eſſe ad eios hæredes intelligamus. Hic quęritur, an ſit neceſſaria hæredib. reſtitutio in integrum? Ego puto neceſſariam non eſſe. Ait Iuriſconſ. in d. l. ſcriptus. ſuccurrendum eſſe hæredibus: quæ verba poſſunt intelligi de ordioario remedio, non de reſtitutione in integrum, quę extraordinaria eſt. l. in cauſæ. 16. in prin. ff. de minor. Sic eſt iotelligenda d. l. ſcriptus. ff. de Carbo. edicto. Similis ſpecies eſt io l. ſi quis filium. 34. C. de inoffic. teſtam. vbi querela inofficioſi teſtamenti, quamuis non pręparata, ad hęredem tranſmittitur, quia defunctus non potuit eam querelam inſtituere propter factum tertij à quo impeditus fuit. Ait enim Imper. in d. l. ſi quis filium. hanc querelam inofficioſi teſtamenti non pręparatam tranſmitti, ad hęredes

filij

filij exhæredati, ſi deliberãte ſcripto hærede deceſſerit filius: nec potuerit querelã inſtituere. Deliberabat ſcriptus hæres an ex paterno teſtamento hæreditatem aditurus eſſet: interim deceſſit filius exhæredatus: interim non poterat querelam inſtituere. Non enim poteſt querela inofficioſi teſtamenti inſtitui antequam ex teſtamento delata ſit hæreditas. l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. ff. de inoffi. teſtam. Nam exhæredatio non valet niſi adita hæreditate ex teſtamento. Vnde filius tanquã exhæredatus, non poteſt queri de inofficioſo teſtamento, antequam hereditas adita fuerit ab herede ſcripto. Similis ſpecies eſt in l. filius. §. vlt. ff. de bon. liber. Ait ibi Iureconſultus filiam patroni tranſmittere hereditatem liberti ſibi delatam, quamuis adire non potuerit, quia falſum teſtamentum liberti eſſe dicebatur. Lis erat de teſtamento liberti: Dubium erat, an valeret teſtamentum eius. Lite hac pendente, propter incertitudinem non poterat adire ab inteſtato, impedimento eſt, ne adeat lis illa mota ab alio, ideoque ſuccurritur ei vt tranſmittat eam hereditatem ad ſuos, perinde ac ſi eã adiſſet. Ex his omnibus exemplis nos colligimus, quoties accidit vt hæres impediatur facto alterius tertij ne adeat hæreditatem, tunc ſuccurri eius hæredibus, vt hæreditas, quamuis non adita, ad ipſos tranſmittatur. Sed hic exiſtit antinomia. Opponitur huic ſententiæ. l. 1. §. vlt. ff ſi mulier ventr. nomi. Mulier dicit ſe prægnantẽ eſſe: dum incertũ eſt an prægnans ſit, an vero paritura ſit, mittitur, in poſſeſſionem rerum hæreditariarum. Quod ſi poſtea compertũ fuerit eam calumniæ cauſa in poſſeſſionem miſſam eſſe: quia ſciẽs & prudens ſe non eſſe prægnantem, miſſa in bonorum poſſeſſionem propoſita eſt actio edicto Prætoris, quanti intereſt eã in poſſeſſionem miſſam eſſe. Hæc actio datur hæredibus quanti ipſorum intereſt. In hanc actionem venit æſtimatio hereditatis, quæ non potuit tranſmitti: quia incertum erat, propter affirmationem mulieris, an prægnans eſſet. Ideoque tranſmitti non potuit. datur ideo eis aduerſus mulierem propter calumniam ſuam actio, *Relinqueret*. Diximus cum quis facto alicuius tertij impeditus eſt hæres ne adeat hæreditatem, ſuccurri eius hæredib. vt hæreditas ad ipſos trãſmiſſa intelligatur & tamen dicitur ideo heredibus dari actionem aduerſus mulierẽ propter eius calumniã, quia hæres non potuit hæreditatem tranſmittere. Sed hæc repugnantia ſunt, hereditatem tranſmittere in hoc caſu: & ideo competere hæredibus actionem ad id quod intereſt aduerſus mulierem, quia hæreditas non potuit tranſmitti. Reſpondendum eſt huic obiectioni. Quæ hic à nobis dicta ſunt de tranſmittenda hæreditate propter impedimentum, eſſe intelligenda cum ea exceptione, niſi aliter conſuli poſſit hæredi, quomodo in hac ſpecie conſulitur heredi data ei actione ex edicto Prætoris aduerſus mulierem: Diligenter expendendæ ſunt & examinandæ ſpecies, in quibus vel conſtitutum eſt, vel à Iureconſultis reſponſum tranſmiſſioni locum eſſe. Tunc locus eſt tranſmiſſioni contra rigorem iuris ciuilis, cum euidẽs æquitas id exigit. In ſpecie d. l. 1. deficit illa æquitas propter quam dicimus hereditatem tranſmitti ad heredes. Nam in eo caſu actio propoſita eſt aduerſus mulierem ad id, quod intereſt hæredis, hæreditatem ad ſe tranſmiſſam non eſſe, propter calumniam mulieris. Hoc igitur cum ea exceptione intelligendum eſt. qua ratione exiſtimo, & ſi hoc caſu, quo agitur aduerſus mulierem calumniæ cauſa actio inſtituta aduerſus eã, inanis futura ſit: qui. forte ſoluendo non eſt mulier: tũc ſequendũ eſſe quod hic dicimus de tranſmittenda hæreditate. æquitas hic quoq. ſuadet ſuccurrendum eſſe hæredi, cui alioqui ius ſuum ſaluum eſſe non poteſt.

Tertius caſus eſt ſuperiori non valde diſſimilis in leg. 3. §. pen. & l. 4. ff. de Senatuſconſ. Syllan. Eleganter Senatuſ. & edicto Prætoris cautum eſt, vt ſi paterfamilias in domo ſua occiſus fuerit, quæſtio habeatur de familia, de omnibus ſeruis, qui ſub eodem tecto fuerunt, cum occiſus eſt. Cautum eſt eo Senatuſconſulto atque edicto, ne heres inſtitutus in teſtamento occiſi, antea hæreditatem adeat, aut petat bonorum poſſeſſionem, quam quæſtio de familia habita fuerit. Ponamus igitur hæredem eo teſtamento inſtitutum, antequam de familia quæſtio haberetur, deceſſiſſe. hic quæritur, an hæredes eius hæreditatem vindicare poſſint. Hic videmus deceſſiſſe nondum adita hæreditate: ideo ſecundum regulam ſupra traditam non poſſe hæreditatem ad hæredes tranſmittere: ſed ratio quoque hoc caſu ſuadet, vt ratio hæredum habeatur: quia non licuit hæredi inſtituto ex teſtamento eius, qui occiſus eſt, adire hæreditatem, antequam quæſtio habita eſſet de familia eius qui occiſus eſt. hic auctoritate legis adductus eſt ne hæreditatem adiret, maluit legi parere, quàm legem offendere & hæreditatem adire. Sed oportet diligẽter inquirere, nũc ideo diſtulerit adire hæreditatem, quod ſenatuſconſulto edictóve terrebatur: an vero ceſſauerat ob aliam cauſam hæreditatem adire, vt idem dicitur in l. 4. quæ ſequitur.

Quartus caſus eſt in l. Pannonius. 85. ff. hoc titul. Auitus Pannonius, cum procurator eſſet Siciliæ prouinciæ, hæres inſtitutus eſt. quidam amicus eius forte teſtamẽtum Romæ fecit, eumque inſtituit. Is cum ignoraret ſe inſtitutum eſſe eius teſtamento, deceſſit: procurator eius petierat ante bonorum poſſeſſionem. Sed hic ratã eam bonorum poſſeſſionem non habuerat: ignorabat ſe inſtitutum eſſe. Si ratam habuiſſet bonorum poſſeſſionem, perinde haberetur atque ſi ab eo petita eſſet bonorum poſſeſſio. Sed hic proponitur procuratorem petiiſſe tantum bonorum poſſeſſionem, & eum ratam non habuiſſe, atque ideo inanem eſſe eam petitionem. Quæritur de eius hæredibus, an ad hæredes tranſmiſſa ſit ea bonorum poſſeſſio? In ea l. Pannonius. Ibi, *Quia bonorum, &c.* Certum eſt iure ſcripto non poſſe ad hæreditatem peruenire, quia verum eſt hæredem inſtitutum deceſſiſſe ante aditam hæreditatem. Ibi, *Diuum tamen Pium, &c.* Diuus Pius æquitate motus contra conſtituit, vt reſtituãtur in integrum. Ibi, *Sine reſpectu, &c.* Non diſtinguit, an ante tempus illud deceſſerit, an poſtea. In hac igitur ſpecie habita eſt ratio humanitatis, vt reſtituantur hæredes ex perſona defuncti. Iuſta eſt cauſa huius reſtitutionis: quia non potuit hæreditatem adire propter ignorantiam, & huius ignorantionis cauſa eſt iuſta probabiliſque abſentia. Ignorantia hæredis inſtituti, cuius ignorantiæ cauſa eſt abſentia iuſta (Siciliam enim procurabat, vt hic dicitur) facit vt reſtituantur eius hæredes ex perſona defuncti, vt hic dicitur. Sed cur reſtitutio in integrum hic neceſſaria eſt potius, quam in ſuperioribus caſibus? In ſuperiori caſu diximus reſtitutionem non eſſe neceſſariam, ipſo iure ſubuenitur hæredibus. d. leg. ſcriptus. & aliis ſimilibus, Sed hic dicitur reſtitutionem in integrum hoc caſu neceſſariam eſſe. Itaque oſtendit Iureconſultus non poſſe ipſo iure defuncti hæredibus ſubueniri, ſed remedio extraordinario opus eſſe. Si hæc ſpecies diligenter expendatur, diſſimilis eſt ſuperioribus. In hac ſpecie non poteſt cauſari heres teſtamento inſtitutus, ſibi omnino non licuiſſe adire ſicuti in aliis ſpeciebus. ideoq; iuris rigor ei obſtat. Cauſatur tantum ignorantiam. Si ius ſtrictum ſpectemus: non ſatis excuſari videtur. Vir diligentiſſimus potuiſſet de ea hæreditate delata aliqua ratione certior fieri. In ſuperioribus caſibus omnino non licet hæredi inſtituto adire hereditatem, vel propter auctoritatem legis, vel propter litem motam: hic potuit aliqua ratione certior fieri de hæreditate ſibi delata: nec offenſam legis verebatur, vt in caſu l. 3. ff. de Se

naturconſ. Sil. Iure ergo hic deficitur: ſed propter humanitatem, beneficio reſtitutionis in integrum ei ſubuenitur. Hic igitur caſus à cæteris, de quibus ſupra diximus, diſtinguendus eſt: nec locum habet, niſi in quibus caſib. eadem eſt æquitas, veluti in minore 25. ann. hærede inſtituto. In minore 25. ann. idem dici non poteſt. Minor 25. annis hæres teſtamento ſcriptus, non adiit hæreditatem, itaque ſecundum iuris rigorem, eandem hæreditatem non potuit transmittere ad hæredẽ ſuum: ſed tamen propter æquitatem ſubuenitur eius hæredib. beneficio reſtitutionis in integrum ex perſona minoris. In quibus caſibus eadem eſt ratio, nos dicimus idem ius eſſe.

Quintus caſus eſt in l. ſi infanti. C. de iure delib. Cum hæreditas infanti delata eſt qui patrem habet: ſiue infans ſit in poteſtate patris ſui, ſiue ſui iuris, ſi hæreditas adita non fuerit infantis nomine: ea nihilominus acquiritur patri. tranſmittitur enim ad patrem perinde atque ſi adita eſſet pupilli infantis nomine. Hoc conſtitutum eſt à Theodoſio in d.l. ſi infanti quæ lex, quia multa ſingularia continet, eam nunc explicaturi ſumus. Ego obſeruaui hac conſtitutione Theodoſii quinque præcipua ſingularia contineri, quibus derogatum eſt iuri antiquo, nouumque ius inducitur.

Primum eſt, quod pater adit hæreditatem, quæ infanti delata eſt. Si infanti, inquit, id eſt, minori ſeptem annis. Ibi, *Vel bonorum poſſeſſionem petere, &c.* hoc ius nonum eſt: diuerſum ius erat ante Theodoſium, quod pater hæreditatem filio ſuo delatam poſſet adire. hoc receptum tantum erat in bonorum poſſeſſione, non etiam in hæreditate. l. 1. ff. de bonorum poſſ. infanti. fur. In hæreditate hoc non fuerat admiſſum. Sed voluit hoc caſu Theodoſius idẽ recipiẽdũ eſſe, ſcilicet cum hæreditas delata eſt infanti qui patrem ſuum ſuperſtitem habet. Et notandum eſt, quod hic Theodoſius ait, in omni hæreditate hoc locum habere, non tantum ſi à matre ſit delata hæreditas infanti: ſed etiam ſi à quouis alio, etiam ſi quiuis extraneus inſtituerit hæredem in ſuo teſtamento infantem Et notandum eſt patrem hęreditatem adire, non pro ſe, ſed pro infante ad vtilitatem infantis, non ſuam. Nam infans hoc iure hæreditatem ſibi delatam ſibi acquirit, ita vt pater vſum fructum tantum eius hæreditatis habeat. l. vlt. C. de bon. mat. &. l. vlt. C. de bonis quæ liber. quamuis iure Digeſtorum hæreditas delata filiofamilias, & ipſi quæſita transferatur in patrem. l. placet. 78. ff. hoc tit. Pater tamen hoc caſu ſibi non adit, id eſt, ad vtilitatem ſuam: ſed infantis, cui eſt hæreditas delata.

Secundum quod obſeruaui in hac conſtitutione eſt: Si pater non adierit hæreditatem infantis nomine, & deceſſerit infans; eam hæreditatem tamen ad patrem tranſmitti, quaſi iam infanti quæſita eſſet. Hoc etiam nouum eſt. quoniam alias hæreditas non adita non tranſmittitur. Non enim poteſt dici ratione ſuitatis tranſmitti. non loquitur de ſuo hærede, loquitur de eo, cui delata eſt hæreditas, vel à matre, vel ab alio quouis extraneo. Matri non eſt ſuus hæres filius. Eſtque hic obſeruandum etiam negligentiam patris non ei nocere, quominus poſtea eam hęreditatem acquirat: quo minus poſtea hæreditas tranſmittatur ad patrem.

Tertium eſt, quod ſi iam pater infantis deceſſerit, tutor ſolus poteſt adire hæreditatem, quæ infanti delata eſt, vt hic dicitur. *Parente verò, &c.* hoc etiam ſingulare eſt. Nam iure antiquo tutor ſolus non poteſt hæreditatem adire, quæ delata eſt filio. l. potuit. C. de iure deliber. l. ſeruo inuito. 65. §. ſi pupillo. ff. ad Trebell. Sed conſtitutum eſt à Theodoſio, vt ſi infans ſit pupillus, tutor poſſit eius hæreditatem adire: ſed hoc caſu nulla eſt tranſmiſſio, vt hic dicitur. *Et eo modo eidem infanti, &c.* In hoc igitur caſu cùm pupillus infans patrẽ nõ habet. & tutor ei dat' eſt, qui neglexit adire hęreditatẽ, nulla eſt trãſmiſſio hęreditatis. Trãſmiſſio fit tãtum fauore patris, patrio iure, vt hic dicitur. Ergo ſi ponam' patrẽ deceſſiſſe, & filio datũ eſſe tutorẽ, qui neglexerit adire hæreditatẽ, omnes hæreditates perinde habendæ ſunt, ac ſi delatæ non eſſent pupillo. De matre eſt controuerſia, an tranſmittatur ſimiliter ad matrem. Sed periculoſum eſt hanc legem, quæ de patre loquitur, ad matrem extendere: quia pater eſt legitimus adminiſtrator, non etiam mater. Et receptius eſt vt non tranſmittatur hæreditas ad matrem: niſi ob veriſimilem teſtatoris. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.

Quartum eſt, quod obſeruaui ex hac conſtitutione, Omnia hæc locum habere, etiam ſi infans ſit ſui iuris. Quod diximus patrem adire hæreditatem delatam infanti, nomine infantis, & ſi non adierit, & interim deceſſerit infans, eam ad patrem tranſmitti: ait Theodoſius, non tantum id locum habere ſi infans ſit in poteſtate patris: ſed etiam ſi ſui iuris factus ſit. *Ea vero, quæ de infante, &c.* hoc non fit propter patriam poteſtatem: ſed propter ius patrium: quia pater eſt tantũ, vt hic dicitur. Notandum tamen eſt quo caſu filius in poteſtate patris non eſt, ſed ſui iuris, non acquiri vſumfructum patri proprietas plena filij dicitur: quamuis alias hæreditatis aduentitiæ vſusfructus acquiratur patri, & filius ondam proprietatem habeat. Vſusfructus acquiritur patri propter ius patriæ poteſtatis. l. vlt. C. de bon. quæ lib.

Quintum eſt obſeruandum ex hac conſtitutione, quod ſi pupillus, qui infans non eſt, non habeat tutorem, decretum Prætoris ſufficere ad adeundam hęreditatem, vt hic dicitur. Ante Theodoſium id receptum tantum erat in bonorum poſſeſſione. l. bonorum. C. qui admit. ad bon. poſſeſ. Hi ſunt quinque caſus in quibus tranſmittitur hæreditas, quamuis adita non fuerit.

Sextus caſus eſt tranſmiſſionis in conſtitutione eiuſdem Theodoſij de his qui ante apertas tabulas, &c. Cõſtitutio hæc eſt Theodoſij iunioris, ſicut & ea quam interpretati ſumus ſuperiori loco. l. ſi infanti. Sed hæc poſterior eſt, vt facile cognoſcitur ex nominibus Conſulum, qui conſtitutionibus adſcripti ſunt. Nomina Conſulum oſtendunt conſtitutionem l. ſi infanti. editam eſſe anno primo imperij Theodoſij: poſt vero duodecim aut quatuordecim annos hanc promulgatam fuiſſe. Statuit igitur Theodoſius hac conſtitutione, vt liberi inſtituti à parentibus tranſmittant hæreditatem non aditam ad quoſcunque deſcendentes ex ſe. Hæc conſtitutio multum addit iuri antiquo. Nam in primis hic non inſpicimus ius ſui, ſed ius ſanguinis tantum. Liberi trãſmittunt hęreditatem ſibi relictam ab aſcẽdentibus à parentibus ad deſcendentes. Theodoſius de liberis loquitur: non loquitur de iis qui ſui hæredes ſunt. Loquitur etiam de iis qui ſui hæredes non ſunt, hoc ſatis apparet ex eo quod loquitur non tantum de hæreditate paterna, ſed etiam de materna, & conſtat matri filium hæredem non eſſe ſuum: quia mater filiũ non habet in ſua poteſtate. Ibi, *à patre vel matre, &c.* plenior eſt igitur hæc conſtitutio quadantenus, quam ius antiquum, quod de ſuis hęredibus conſtitutum eſt. Ea autem minus continet, quam ius antiquum, quod ſui hæredes tranſmittunt hæreditatem non tantum ad deſcendentes ex ſe, ſed etiam ad extraneos ad quoſcũque ſuos hæredes, ſed liberi tranſmittunt hæreditatem parentum ad deſcendentes tantum, non etiam ad alios ſucceſſores. Præterea ex eo cognoſcitur plenius proſpectum eſſe & conſultum hæredibus hac conſtitutione, quam iure antiquo: quia hic non inſpicimus an licuerit hæredibus, quibus delata eſt hęreditas, adire hęreditatem: an vero impediti fuerint ne adeant. In ple-

riſque

riſqua ſpeciebus iuris antiqui id inſpicitur, vt in d. leg. ſcriptus. ff. de Carbo. edict. & aliis ſimilibus quas adduximus & interpretati ſumus. Sed hic transmiſſioni locus eſt, ſiue impeditus fuerit hæres, cui delata eſt hæreditas, ſiue non fuerit. Nam Theodoſius hic loquitur de his, qui ſiue ignorauerint, ſiue nouerint ſe hæredes ſcriptos, non adierunt. Illud inſpicitur maxime, an repudiauerit is cui delata eſt hæreditas, hæreditatē: quia ſi repudiauerit hæreditatem, ea non poteſt tranſmitti. Et hoc eſt generaliter notandum, quod hæreditas repudiata nunquam tranſmittitur ad hæredē. Tunc quæritur de tranſmiſſione, cū hæreditas nec repudiata eſt, nec adita: cum adita eſt, nihil opus eſt tranſmiſſione: cum eſt repudiata, non poteſt trāſmitti ad hæredē. Tranſmiſſio igitur locum habet, cum hæreditas nec adita nec repudiata eſt. Quæri ſolet, an hæc conſtitutio locum etiam habeat in ſucceſſione ab inteſtato? Nam Theodoſius loquitur de ſucceſſione ex teſtamento. *Per hanc, &c.* Hæc conſtitutio loquitur de ſcriptis hæredibus, de his qui ſunt inſtituti teſtamento patris vel matris. Et quid dicemus ſi hæreditas ſit delata filio ab inteſtato, & eam hæreditatem non adierit? Si deceſſerit ante aditam hæreditatem, eam tranſmittet ad hæredes ſuos. Probabile eſt, & omnibus probatur in ſucceſſione quoque ab inteſtato huic conſtitutioni locū eſſe. Vtilitas hoc ſuadet & ſimilitudo rationis, vt conſtitutionem quæ de ſucceſſione ex teſtamento loquitur, ad ſucceſſionem ab inteſtato interpretatione producamus. Illud etiam quæſitum eſt, quid de ſucceſſione prætoria dicendum ſit? Vbique Theodoſius in hac cōſtitutione loquitur de hæreditate, id eſt, de ſucceſſione iuris ciuilis: de bonorum poſſeſſione quæ ſucceſſio eſt iuris Prætorij non loquitur, ideóque dubitatur, an in ſucceſſione quoque prætoria in bonorum poſſeſſione locum habeat? Controuerſum hoc tamē eſt, ſed verius puto locum habere & in ſucceſſione prætoria, eſtque receptior hęc opinio. Primum mouet me quod eadem eſt ratio, & eadem vtilitas. Ratio hęc eſt, quam adducit Theodoſius verſ. *Siquidem perindignum eſt fortuito, &c.* Eadem autem ratio, eadem vtilitas eſt, & æquitas in ſucceſſione prętoria. Deinde hoc alienum eſt à ſignificatione verborum. Hæc duo conſideranda ſunt in cuiuſque legis interpretatione: Ratio & vtilitas, deinde verborum ſignificatio. Appellatione hęreditatis continetur bonorum poſſeſſio. l. hæreditatis. 138. ff. de verb. ſign. l. in cōditionib. 19. §. ſi patronus. ff. de cond. & demon. vbi etiam in conditionibus hoc verbum de bonorum poſſeſſione accipitur. Et lex de hæreditate loquens producenda eſt ad bonorū poſſeſſionē, niſi ratio diuerſa ſit. l. 2. §. bonorū. ff. ad ſenatuſcōſ. Trebellian. in Senatuſc. Trebelliano de reſtituēda hęreditate ex cauſa fideicōmiſſi fit mētio hæreditatis, & tamē Vlpianus interpretatione ad bonorū poſſeſſionem quoq. ſenatuſconſultum pertinere ait. Cur igitur hanc conſtitutionem quæ loquitur de hæreditate, non extendamus ad bonorum poſſeſſionem, cum id conueniat ſignificationi verborum, eademque ratio ſit, eadem vtilitas & æquitas?

Septimus caſus eſt in conſtitutione Iuſtiniani C. de iure deliber. cum antiquioribus. 19. Hoc in ſumma cōtinetur ea conſtitutione. Si is quis deliberat de adeunda hæreditate interim deceſſerit, eum hęreditatem ad quoſcunque ſucceſſores ſuos tranſmittere, quod ad ius deliberandi attinet, vt idem ius deliberandi habeant, quod defunctus habebat, vt liceat eis intra tempus legitimum deliberare an velint hęreditatem acquirere an repudiare. Hęc eſt poſtrema conſtitutio edita de tranſmiſſione, qua pleniſſimè conſulitur hęredibus. hęc conſtitutio facit vt iure conqueri non poſſint hęredes de rigore iuris antiqui, quo iure impediebatur tranſmiſſio hęreditatis non aditę. Nam hęc conſtitutio locum habet in quouis hęrede etiam extraneo: ius antiquum locum habet vel in ſuis hæredibus, vel ſaltem in liberis, vt conſtitutione illa Theodoſij, de qua diximus, in aliis locum non habet, niſi forte fuerit impeditus hæres ne hęreditatem adeat. Sed hęc conſtitutio ad omnes hęredes pertinet etiam extraneos, *Ideoque ſancimus, &c.* Nihil refert, an is qui hæreditatem tranſmittit, hęres ſuus ſit, an extraneus: nihil refert an fuerit hęres ab inteſtato, an ex teſtamento. Sed hic igitur hoc remedium, quod extraordinarium eſt, anno finiri. hoc explicaui ſuperioribus locis, ſicut & omnia alia, quæ ad huius legis explicationem pertinent, alias pleniorem requireret inquiſitionem. errórque ille confutatus eſt, quod aiunt hęreditatem niſi à ſciente tranſmitti. Fit mentio ſcientiæ in hac conſtitutione Iuſtiniani, vt oſtendat ſcienti tantum tempus illud vnius anni currere non ignoranti. Non vt ignorans non poſſit hæreditatem tranſmittere: imo ſuadet vt ignorāti potius conſulatur, quam ſcienti, vt diximus in interpretatione l. Pannonius. ſupra hoc tit. Hæc de tranſmiſſione à nobis dicta ſufficiant, quamuis pleraque poſſent addi: ſed non magnopere vtilia. id ego ſpecto vt vtiliora aliis dicam: non plura. Pergamus. Docuimus ſupra vtilitatem & effectum aditionis hęreditatis ex eo intelligi, quod ſi ante aditam hęreditatem deceſſerit hęres, non tranſmittit hęreditatem: niſi in caſibus exceptis. Nunc videndum eſt, quem effectum habeat aditio.

De effectu aditionis.

Cap. VI.

POſtquam hęreditas adita eſt, magnus eſt effectus aditionis. Nam aditione ſecuta ſuccedit hæres in vniuerſum ius, quod defunctus habuit: vt conſtat ex definitione hæreditatis à nobis tradita, ex l. nihil aliud. ff. de verbo. ſignif. Sic interpretatur Iureconſultus in l. hæres in omne. 37. ff. hoc tit. Hæres, inquit Pompon. in omne ius mortui, non tantum ſingularum rerum dominium ſuccedit: cum & ea, quæ in nominibus ſunt, ad hæredem tranſeant.

Primum igitur rerum hęreditariarum, ſingularum rerū, quæ in hæreditate ſunt, dominium acquiritur hæredi poſtquam adiit. Succedit, inquit, in dominium ſingularum rerum. Nulla eſt ratio magis probata legibus & iure ciuili acquirendi dominij, quam aditione hæreditatis. *Sex ſunt, quæ legitimum dominium perficiunt*, inquit Varro, Si iuſtam hæreditatem adiit, aditio hęreditatis, mancipatio, ceſſio in iure, vſucapio, &c. Igitur aditione hæreditatis transfertur dominium rerum hæreditariarum: poſſeſſio tamen non transfertur. Quamuis enim acquirat, dominium rerum hæreditariarum hæres adeundo hæreditatem: non tamen acquirit poſſeſſionem ſine apprehenſione. l. cum hęredes. 23. ff. de acq. poſſeſſ. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 2. §. Scęuola. ff. ſi quis teſtam. lib. Ait ibi Iuriſconſultus, ea, quæ iuris ſunt transferri in hæredem: poſſeſſionem autem, quæ facti eſt, niſi apprehenſa fuerit, in hæredem non transferri, quod tamen moribus noſtris receptum non eſt. Nam poſſeſſio ſine apprehenſione transfertur in hæredem. non enim tantum ab inteſtato, ſed etiam ex teſtamento continuatur poſſeſſio, quam habuit defunctus, in ipſius hærede, etiam ſi res hæreditarias non apprehenderit. Hinc conſequens eſt ſine traditione acquiri dominium, quamuis ad dominium acquirendum iure ciuili, opus ſit traditione. l. traditionibus. C. de pact. & §. per traditionem. Inſtit. de rerum diuiſ. Quod autem dicitur acquiri dominium ſingularum rerum, hoc eſt

Digitized by Google

intelligẽdum cum exceptione vulgati. Nam rerum legatarum dominium non transfertur in hæredem: ſed transfertur potius in legatariũ. l. à Titio. 64. ff. de furt. præter dominium ſingularum rerum ſuccedit in vniuerſum ius hęres, quod defunctus habuit, vt dicitur in l. hęres. ff. hoc tit. *Hæres in omne ius, &c.* Ibi, Ea quę in nominibus ſunt, &c. obligationes & actiones transferuntur in hæredem. Pręterea commoda omnia & incommoda. l. 2. & 3. ff. de bon. poſſ. Hęreditas vniuerſitas quædam eſt conſtans ex iuribus, quę defuncto, vel contra defunctum competebant: quodcunque ius habebat defunctus, vel competebat contra eum vel in hęredem. idem dicitur in l. tranſit hęreditas. ff. de pet. hęredita. Ideo hęres dicitur ſuccedere in vniuerſum ius in definitione hęreditatis. Imo etiam hęres pro parte, dicitur ſuccedere in vniuerſum ius. hęres pro parte non petit res ſingulas, ſed petit hęreditatem, vniuerſitatem quãdam. Dicitur petitio hęreditatis de vniuerſitate propoſita eſſe. l. 1. ff. de rei vindic. Petitio hęreditatis ad vniuerſitatem pertinet, ſiue tota hæreditas petatur, ſiue pars. l. quædam. ff. de acquirend. rer. dom. hæreditas dicitur eſſe vniuerſitas. l. 1. ff. quor bono. Interdictum quorum bonorum, de vniuerſitate eſt, & hinc manauit vulgaria diſtinctio ſucceſſoris vniuerſalis & ſingularis. Hæres quiſquis eſt, dicitur ſuccedere in vniuerſum ius, ſiue ſit hęres ex aſſe, ſiue ex parte. Singularem vocant, qui ſuccedit in rem, cuiuſmodi eſt legatarius, donatarius. l. fluminum. §. adiicitur. ff. de damn. infecto. nec hoc quidem exceptione caret. Quædam enim iura ſunt perſonalia, quæ finiuntur morte defuncti, vt vſusfructus inſtit. §. finitur. de vſufructu. Hæc non trãſeunt ad hæredem. Hinc naſcitur quæſtio, an ex tempore mortis hæc iura acquirantur hæredi: an vero ex tempore aditæ hęreditatis? Ex his quę diximus, ſpectãdum videtur eſſe tempus tantum aditę hęreditatis. Diximus hæredem ante aditionem hæreditatis nihil iuris habere, ſed aditione hęreditatis omnia hæc iura in ipſum transferuntur. Sed animaduertendum eſt poſtquam hæreditatem adiuit hæres, aditionem retro trahi ad tempus mortis defuncti, vt intelligatur hæres eſſe à tempore mortis defuncti. l. hęres quandoque. 54. ff. hoc tit. Quandoque ait Iuriſconſ. id eſt, Quandocunq; hæres adierit, etiamſi diu à morte defuncti adierit, intelligitur defuncto ſucceſſiſſe iam à morte defuncti. huc pertinet regula iuris. l. 154. omnia fere iura. ff. de regul. iuris. Omnia fere, inquit Iuriſconſ. iura hęredum perinde habentur, ac ſi continuo ſub tempore mortis hęredes extitiſſent. his verbis concepta eſt ea regula. & ſimilis eſt ea regula. ff. de regul. iuris. la. Omnis. 181. quæ ſic habet: Omnis hæreditas, quamuis poſtea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. Continuatio facit, vt intelligatur hæres fuiſſe, iam inde ex quo mortuus eſt defunctus, à quo illi relicta eſt hęreditas, etiam ſi diu poſt mortem adierit. Hoc autem ex quam fictione oritur, quod eſt notandum. Nam re vera acquiritur hęredi dominium ex tempore aditę hęreditatis: ante aditionem nihil iuris habet in res hęreditarias. Sed quandocunque adierit, fingitur adiiſſe ſimulatque mortuus eſt is, qui ei reliquit hęreditatem, licet re vera non adierit. Et diſſenſio inter iuris auctores reperitur aliquando de hac re, an ſequenda ſit veritas potius, an vero fictio. Et exemplum vnum eſt in l. ſi ea re 28. §. illud quęſitum. ff. de ſtipu. ſeru. Quęritur ibi, an recte hęredi futuro ſeruus hęreditarius ſtipulari poſſit? Si ſtipulatus ſit ſeruus hæreditatis hæredi futuro ante aditionem hæreditatis, quidam exiſtimabant nullam eſſe ſtipulationem, quia heres nullus eſt ante aditam hæreditatem. Alij putant valere: quia cum adiit hereditatem, fingitur ex tempore mortis adiiſſe. Obtinuit, hęc ſententia in ſeruo ſtipulante hęredi futuro iacente hæreditate. Reperitur alia ſpecies, in qua prævaluit veritas magis, quam fictio, in furto rei hæreditariæ ante aditam hęreditatẽ, de qua re etiam fuit diſſenſio inter veteres, quod cognoſcitur ex epiſtola Ciceronis ad Trebatium, lib. 7. Epiſtol. eius initium eſt, Illuſeras heri, quod inter, &c. vbi refert opiniones veterum. Dubitatio ex eo naſcebatur, quod furtum eſt contrectatio rei alienę. Datur mihi actio furti aduerſus eum, qui contrectauit rẽ meam. At ante aditionẽ res hæreditaria non eſt hęredis. Quomodo igitur actio furti poteſt competere hæredi? Sed ideo competit quia fingitur continuo hæres extitiſſe, cum adiit hæreditatem. Non eſt igitur mirum, ſi de ea re controuerſia fuerit inter veteres, cum ratio hinc inde adducatur. Sed veritas obtinuit, actionem non competere ob furtum rei hæreditariæ: ſed datur accuſatio expilatæ hæreditatis. l. hæreditariæ. 68. ff. de furt. eſt & tit. C. de crimi. expil. hęred. Ex iam dictis conſequitur, hæredem obligari creditoribus hæreditariis, etiamſi forte hæreditas ſoluendo non ſit. Quin obligetur creditoribus hæreditariis dubitandum non eſt, adeundo hęreditatem. Nam quaſi cum eis contrahere videtur. l. apud Iulianum. §. vlt. ff. quibus ex cauſ. in poſſeſ. eatur. l. ex maleficiis. §. hæres. ff. de obli. & act. Sed addendum eſſe etiam teneri ſupra vires hæreditatis, etiamſi hæreditas forte non ſufficiat ad ſolutionem æris alieni. l. more. ff. hoc titulo. Et ſimile eſt quod dicitur in l. 33. quæ dotis. ff. ſoluto. matrimon. Nec refert an extraneus hæres ſit, an filius. l ſi ta. 10. Cod. de iure deliber. Filius hæreditatem adiit paternam vel ex teſtamento vel ab inteſtato. conueniunt eum creditores hæreditarij. is ita ſe tuetur aduerſus eos, vt dicat inopem fuiſſe patrem, hæreditatem ſoluẽdo non eſſe, itaque ſe non eſſe cogendum ſoluere æs alienum creditoribus hæreditariis: tamen hîc dicitur cogendum eſſe. Non enim hic caſus liberat debitorem ære alieno, qui obligatus eſt, quique tenetur quaſi ex contractu quodam. l. incendium. C. ſi cert. peta. Hæres enim perinde habetur, ac ſi promiſiſſet creditoribus hæreditariis ſe ſoluturum, ac ſi cum eis vere contraxiſſet. At certum eſt ſi vere contraxiſſet cum eis, nullo caſu poſſe liberari. Hoc eſt accipiendum, niſi inuentarium factum ſit, id eſt, deſcriptio rerum hęreditariarum, ſecũdum formam præſcriptam à Iuſtiniano, tunc enim non tenebitur creditoribus hæreditariis vltra vires hæreditatis: ſed quatenus ad eum peruenit. in l. vlt. C. de iure deliberandi. prolixè & verboſè deſcribitur forma & ratio inuentarij deſcribendi. quæ conſtitutio lectionem tantum deſiderat. ergo in eius interpretatione diutius non immorabor. deinde ſcrupuloſa illa obſeruatio hodie fere exoleuit. Cum quæritur de ratione deſcribendi inuentarij, ſpectanda eſt conſuetudo cuiuſque loci. Ego credo vix quenquam hodie obſeruare formam ibi deſcriptam conficiendi inuentarij. Quæſtio eſt an hæres, qui adiit hæreditatem, eodem modo teneatur legatariis, ſicut creditoribus? Et dicendum eſt breuiter, legatariis non teneri: niſi quatenus ea hæreditate ad eum peruenit. quod expreſſum eſt in l. 1. §. ſi is, qui quadragenta. ff ad Senatuſconſ. Trebellia. *Si is qui quadragenta in bonis habebat, &c.* Hæres, ait ibi Iuriſconſultus, ſoluit legata legatariis non vſque ad modum hæreditatis. non detrahit quartam ex lege Falcidia, Sed cũ ceſſat Falcidia, nõ tenetur legata præſtare legatariis, niſi quatenus ad eũ peruenit. Hoc ius tamẽ mutatum eſt conſtitutione Iuſtiniani de hæred. & Falcid. quæ eſt prima conſtitutio libri Nouellarum. In ea conſtitutione præſcribit formã, quæ ſeruãda eſt in deſcriptione rerum hæreditariarum, conficiendoque inuentario, & pleraque addit conſtitutioni cuius à nobis mẽtio facta eſt, quæ eſt l. vlt. Cod. de iure liber. Atque ſi hęres inuentarium facere neglexerit, is cogetur legata

ſolida

ſolida prǽſtare: ſic hodie propter illam nouam Iuſtiniani conſtitutionem, inter legatarios & creditores hęreditarios nihil intereſt. Si confecerit inuentarium, non magis tenebitur creditoribus hæreditariis, quam legatariis: ſi non confecit, tenetur in ſolidum tam creditoribus hæreditariis, quam legatariis. Hoc viſum eſt vtile Iuſtiniano, quia multa occultari poſſunt fraudandorum legatariorum gratia & creditorum. Imputare ſibi potius debet hęres quod illud inuentarium non fecerit ſecundum formam illius conſtitutionis imperatoriæ, ſi hæreditas ſoluendo non ſit.

Ex eo, quod diximus de effectu aditionis hęreditatis, illud conſequitur hæreditatem, quæ ſemel adita eſt, nō poſſe repudiari: hæres poſt aditam hæreditatem, velit nolit cogitur hæres eſſe. Obligatur enim creditoribus hæreditariis quaſi ex quodam contractu. l. apud Iulianum. §. vlt. ff. quib. ex cau. in poſſ eatur. & l. ex maleficiis §. hæres. ff. de obl. & act. Is qui tenetur ex cōtractu, qui tenetur obligatione perſonali, cuius perſona obligata eſt, is obſtringitur, velit nolit. Obligatio ea, quæ ei⁹ perſona tenetur, iuris eſt vinculū. Sed excipiūtur quidā caſus. Reperiuntur quidam caſus, in quibus hæreditas, quæ adita eſt, nihilominus poteſt repudiari. Primus caſus eſt, cum minor adiit hæreditatem, & aduerſus aditionem reſtituitur in integrum. Edicto enim Prætoris conceditur reſtitutio in integrum, in hoc quoque caſu. Prætor ait in edicto de reſtitutione minorum: Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum erit, vti quæque res erit, animaduertam. l. 1. & l. ait Prætor. 7. ff. de minoribus. Vlpianus interpretans edictum Prętoris in d. §. l. ait Prætor. ait hæc verba, Quod cum minore geſtum erit, late eſſe accipienda, ſiue quis contraxerit cum minore ſiue quaſi contraxerit. atque ideo pertinet ad aditionem hæreditatis, quæ quaſi contractus eſt, vt edictum eſt. idque expreſſum eſt in d. l. ait Prętor. §. non ſolum verſi. *Sed etſi hæreditatem, &c.* & C. ſi minor ab hæred. ſe abſtinuer. Minor abſtinet ſe ab hæreditate, quam adiit, vel cui hæreditati ſe immiſcuit. Reſtituitur autem minor cauſſa cognita, ſi captus ſit, ſiue læſus ſit, ſiue dolo alterius inductus, vel leuitate iuuenili, lubrico ætatis, hæreditatem damnoſam adierit. Nam ſine cauſæ cognitione minor non reſtituitur aduerſus aditionem. l. in cauſæ 13 §. cauſa cognita. ff. de minorib. vbi dicitur, in omni cauſæ cognitione vocandos eſſe eos quorum intereſt: vt cū reſtituitur minor aduerſus aditionem hæreditatis, vocandi ſunt creditores, quorum maxime intereſt. Ratio traditur vocandi à Iuſtiniano in §. ad hæc. in authen. vt ſponſal. largit. quæ authen. incipit: Si omnes. Codice, ſi minor ab hæredit. ſe abſtin. Vocantur hi per præconē, voce præconis, quamuis aliàs id admodum viſitatum non ſit. voce pręconis ſignificatur omnibus, quorum intereſt, vt adſint certa die. Hinc varię quęſtiones naſcuntur. Vna eſt in l. 88. ſi pupillus. ff. hoc titu. Certum eſt creditores hęreditarios non poſſe amplius conuenire pupillum, qui reſtituitur in integrum. perinde eſt enim ac ſi non adiiſſet. Sed quid dicemus de fideiuſſore, qui datus eſt obligationis hæreditariæ nomine, antequam reſtitutus eſſet minor in integrum: an prodeſſet ei reſtitutio in integrum, quam minor poſtea impetrauit? Reſpondet Scæuola in d. l. ſi pupillus. &c prodeſſe. Sic videtis reſtitutionem, quam impetrauit minor beneficio ætatis, non tantum ipſi prodeſſe, ſed etiam ius fideiuſſori. Similis locus eſt in l. 51. ſi minor. ff. de procurator. Idoneus fideiuſſor non eſt, qui datur à minore: quoniam minore reſtituto, aduerſus eum agi non poteſt. reſtitutio. n. conceſſa minori, ipſi quoque prodeſt ne conueniri poſſit. Sed hic reperitur antinomia: videtur enim contraria. l. 1. Codice de fideiuſſor. minor. vbi dicitur fideiuſſores teneri minore reſtituto in integrū & eos mandati actionem habere aduerſus minorem ipſum, niſi minor quoque contra eos reſtitutus ſit. Nā minor reſtitutus poteſt ne teneatur actione mandati fideiuſſoribus. Conciliandi cauſſa, ego diſtinctione vti ſolitus ſum, quæ mihi videtur magnopere neceſſaria ad horum locorum explicationem. In primis diſtinguendum eſt an contractus dolo initus ſit cum minore aduerſus quem reſtituitur: an verò ſine dolo deceptus ſit in re ipſa. Hæc diſtinctio traditur in l. exceptiones. 7. ff. de exceptio. & in l. 2. C. de fideiuſſo. minor. Si minor dolo alterius circumſcriptus ſit ac deceptus, & reſtitutus in integrum propter dolum aduerſarij, reſtitutio non tantum ipſi minori, ſed etiam eius fideiuſſori prodeſt: atq. is, qui dolū admiſit, nullā amplius actionē habet aduerſus minorē reſtitutū nec aduerſus fideiuſſorem qui ab eo datus eſt. Sed ſi in re deceptus ſit, Iureconſultus inquit, in d. l. exceptiones. in fi. nō ſuccurri fideiuſſori Sic. n. eſt ibi legēdū, vt legitur in Flor. Deceptus eſt aūt in re ipſa cū minor reuera deceptus eſt & dāno affectus & quādo reuera dānoſam hæreditatem adiit, quāuis nullius dolo adductus ſit ad adeūdum: nec eſt circumſcriptus fraude aduerſarij ſui. Tametſi autē verum ſit non ſuccurri fideiuſſori, ſi minor deceptus ſit in re, & ſine dolo aduerſarij: tamen hic æquitas maxime ſpectanda eſt, ſicut in omni reſtitutione in integrū Prætoris edictum de reſtitutione minorum, *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum erit, quæque res erit, animaduertam, &c.* ſic propoſuit & concepit vt oſtenderet nihil certi poſſe in vniuerſum definiri, cum quęritur de reſtitutione in integrum: ſed totum hoc reuocandum eſſe ad cognitionem & examinationem eius, vt dicitur in leg. quod ſi minor. 24. §. vltim. ff. de minoribus. Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiſcitur. totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione. Prætor igitur æſtimat quatenus ſubueniendum ſit beneficio reſtitutionis in integrum, & ad quas perſonas, vel ad quas res reſtitutio in integrum porrigi debeat. Nec vlla eſt certior vel maior regula, ad quam hęc omnia examinari debeant, quam ęquitas. Hinc rationi maxime conſentaneum eſt, quod dicitur in l. in cauſæ. in princ. ff. de minor. Diſtinctio ibi traditur, quæ maximè cōgrua eſt æquitati cū quęritur an fideiuſſori ſuccurratur, cū minor eſt reſtitutus in integrū, an reſtitutio in integrum proſit eius fideiuſſori. Videndum eſt quid actum ſit in fideiuſſore dando. Æquum eſt interdum fideiuſſoris rationem haberi. Exempli gratia: Ego contracturus eram cum minore. ſciebam eum minorem eſſe, nec ei fidem habebam. Ideo fideiuſſorem adhibui vt tutior eſſet & ſecurior obligatio mea. Hoc caſu æquum nō eſt fideiuſſori ſuccuri in necem, & perniciem meam. Nam eo conſilio eſt adhibitus fideiuſſor vt reſtituto in integrum minore, ſaltem fideiuſſor teneretur. Alias dicendum eſt, reſtituto in integrum minore eam reſtitutionem quoque eius fideiuſſori prodeſſe. Cum hac diſtinctione accipiendum eſt quod dicitur in d. l. ſi pupillus. ff. hoc titul. & . ſi pupillus. 35. ff. de recep. arb. & d. leg. minor. ff. de procurat. Alia quæſtio eſt ex ſuperioribus pendens, in l. eum. 86. §. vlt. ff. hoc titu. Quæſtio eſt, an reſtituto minore in integrum aduerſus aditionem, confuſæ actiones ipſi reſtituantur? Certum eſt, cum quis adit hæreditatem debitoris ſui, confundi actiones. idem enim alias ſibi obligatus eſſet. Cum mihi debes centum, & adeo tuam hæreditatem, adita hæreditate, confunditur & tollitur illa obligatio. l. 95. Sticum. §. Aditio. ff. de ſolut. Sed reſtituto eo, qui adiit hæreditatem, aduerſus aditionem, quæſtio eſt an confuſa illa actio reſtituatur: quæritur an poſſit agere aduerſus eum, qui extitit hæres, actione, quæ mihi competebat aduerſus defunctum, quæ confuſa eſt aditione? Hic dicitur confuſam actionem

Digitized by Google

reſtitui. Nam ſi quis reſtituatur io integrum, omnia reponuntur in priſtinũ ſtatum. Hoc eſt enim reſtituere, id eſt in priſtinum ſtatum omnia reponere. Reſtituuntur autem vtiles actiones: directæ non poſſunt dari. l. qui res. 98. §. aream. ff. de ſol. Actio enim ſemel extincte non poteſt reuiuiſcere, vt in dict. §. aream. & §. rurſus. Inſtit. de act. & l. 35. in honorariis. ff. de oblig. & act. Huic ſententiæ videtur contrarium eſſe, quod dicitur in l. propter. 21. §. neptis. ff. ad Senatuſconſ. Syllan. Mulier quædam interfecta fuit, ea reliquit hæredem neptem ſuam. Neptis ioterfectam ſciens, non vindicauit mortem eius, ideo ei hæreditas aufertur, tanquam indignæ hæreditate ablata, quæritur an actio quæ ipſi cõpetebat, ente aditionem hæreditatis ad fideicommiſſum petendum, ipſi ſalua ſit? Hæc neptis quæ adierat hæreditatem auiæ ſuæ, habebat actionem ad petendũ fideicomiſſum. Auia ei debebat quoddam fideicommiſſum, an reſtituatur ei actio fideicommiſſi? Hic reſpondet Iureconſultus, *Dolus enim, &c.* Aufertur ab ea hæreditas: non manet hæres: & tamen non reſtituitur ei actio, quæ competebat aduerſus defunctum ante aditionẽ: quę cõfuſa erat aditione: ſed ſpecies ſunt diſſimiles. hic loquitur de reſtitutione minoris. l. propter §. neptis. non agitur de reſtitutione in integrum: agitur tantum de ademptione hæreditatis. quia hæres, qui adit hæreditatem, non eſt vllus morte defuncti, & quæritur an ablata eb eo hæreditate, actio ei ſalua ſit? Et diſtinguit Iuriſconſ. an dolo malo eius factum ſit ne vlciſceretur mortem defuncti, & hoc caſu dolus eius puniẽdus eſt, vt nulla actio ei ſalua maneat. Si vero nullus dolus eius arguatur: ſed aliqua culpa forte, tunc ei ſuccurendum eſt, vt ſaltem ei meneant ſaluæ actiones, quæ ei competebant ante hæreditatem aditam. Alia quæſtio eſt in l. quoties. 44. ff. hoc tit. Minor 25. annis, vel pupillus (nam hæc de vtroque, non aliter intelligẽda ſunt) patri extitit hæres patris. Is ſoluit creditoribus: fundum vendidit tutore auctore: alia plæraque geſſit quæ ſunt veri hęredis. Deinde reſtitutus eſt in integrũ, & ebſtinuit ſe ab hæreditate. quæritur an alienatio & venditio reuocetur propter in integrum reſtitutionẽ: quia reſtitutio in integrum, omnia repouit in priſtinum ſtatum. Hic reſpondet Iuriſconſultus, omnia quęcunque ab eo bona fide geſte ſunt, rata habenda eſſe. Quoties ergo quis reſtituitur in integrum aduerſus aditionem hæreditatis, ex qua cauſe reſtitutio io integrum ei qui adit conceditur, quæ interim geſta ſunt rata haberi debent. Reſtitutio in integrum retrotrahitur. Eſt ſimilis locus in l. in integrum. 22. ff. de minor. & l. molier. 41. eo. tit. Nec id mirum videri debet, quia is à quo geſta ſunt erat verus hæres: interim hæres erat antequam reſtitueretur in integrum. Cum hæres ſit, cur geſta ab eo rata noo erunt? Et hoc generaliter obtinet ad omoem edminiſtrationem, cum quis adminiſtrationem habet rei alicuius, etſi poſtea remoueantur nihilominous rata debent eſſe ea, quæ ab eo geſta ſunt, antequam ei edminiſttatio adimeretur, quod ſatis colligitur ex hoc loco. Hæc de reſtitutione minoris.

Alia exceptio eſt, cum quia hæreditatem adiit metu coactus. Is, qui hæreditatem adit metu coactus, poteſt eam repudiare. l. ſi is metus cauſa. 84. ff. hoc tit. Huic ſimile eſt quod dicitur l. mulier. 21. §. ſi metu. ff. quod met. cauſe. Ideo reſcinditur quod metus cauſa geſtum eſt: quia non proficiſcitur ex voluntate libera. Æquum non eſt ratum haberi id, quod quis velle coactus eſt. quamuis verum ſit eum voluiſſe. Non eſt enim voluntas libera Et hæc quę vi aut metu fiunt, lib. 3. Rhetoric. pro mixtis habet Ariſtoteles. Hoc genus videtur nec omnino voluntarium, nec iouoluntarium eſſe. Principium egendi in nobis eſt, cum quis metu verberum, aut mortis nos cogit aliquid faciendum. Vnde dicitur hæc voluntas certa eſſe Certum eſt noſtram voluntatem cogi. d. l. ſi mulier. §. ſi metu. ff. de eo quod met. cau. Sed quæſtio eſt, an hoc caſu nulla ſit aditio hæreditatis, cum quis metu coactus eſt adire hæreditatẽ. Iuriſconſultus in hac lege, ſi metus. ff. hoc tit. videtur oſtendere valere ipſo iure aditiooem, cum ait, *Si metus cauſa aliquis, &c.* his verbis ſignificat eum hæredẽ exiſtere, ſed dari facultatem abſtinendi è Prætore. Et hoc apertius expreſſum eſt in d. l. ſi mulier. 21. §. ſi metu ff. de eo, quod met. cauſa. Vbi dicitur, hæres eſt: quia coactus voluit hęres eſſe. Coacta igitur volũtas nihilominᵘˢ dicitur volũtas eſſe. Sed quia voluntas ooo eſt libera, ideo quod geſtum eſt reſcinditur à Prætore. Sed difficultas naſcitur ex l. 6. qui io aliena. §. vlt. ff. hoc tit. *Celſus ſcripſit eum, qui metu verberum, &c.* legendum ita puto, non verborum. hic proponitur hæredem, cui delata eſt hæreditas, metu coactum adiiſſe hæreditatem. quæritur an hæres ſit? Ait Celſus, *Hæredem non fieri placet.* His verbis oſteodit eum ipſo iure hæredem oon eſſe, atque ideo reſtitutiooem in integrum neceſſariã non eſſe. Sed diximus hęredem ipſo iure fieri: quia coactus voluit hæres eſſe: ſed tamen reſcindi quod actum eſt, quia voluntas libera non eſt. Vulgaris diſtinctio mihi videtur oon improbanda, ſi commodè intelligatur, & rectè explicetur, qua in re peccatum eſt à compluribus ſcriptoribus, qui hunc locum tractarunt. In hoc §. vlti. oon tantum coacta eſt aditio: ſed etiam ficta & ſimulata, atque ideo dicitur hæredem non fieri ipſo iure hac editione propter ſimulationem editionis. Si coacta tantum aditio eſſet, diceremus ipſo iure hæredem fieri: ſed tamen ei ſuccurrendum eſſe beneficio reſtitotioois in integrum. Sed hic ſimulata fuit aditio, primum coacta, deinde ficta. Id oſtendunt verbe Iuriſconſulti ibi, *Fallens, &c.* id eſt, ſimulans ſe hæredem eſſe velle. Ideo ipſo iure nõ poteſt dici hæres exiſtere. Ad aditionem hæreditatis voluntate opus eſt, vt ſupra diximus. Is, cui infertur metus aut mortis, aut verberũ, teſtatur coram aliquibus teſtibus ſe nolle hæredem eſſe: ſed tamen id ſimulat propter metum verberum, vel propter metum mortis. Certum eſt voluntatem acquirendæ hæreditatis omnino hic abeſſe, cum hæreditas oon acquiritur: niſi voluntate & animo, quomodo hic dici poteſt hęres exiſtere. Rectè igitur Celſus ait hunc hæredem non fieri, propter ſimuletionem. atque ideo reſtitutio in integrũ ei neceſſaria nõ eſt. Alia cauſe eſt eiᵘˢ, cui vis & metus infertur. Is, cui vis, vel metus infertur, coactus vult hęres eſſe. Mauult hæres eſſe, quã verberari. Si quia eũ interroget an velit hęres eſſe: ille reſpõdebit, ſi liberum ei eſſet hæreditatẽ repudiare, vel adire, nũquam aditurum: ſed tamen ſe malle hæredem eſſe, quia oon licet ei aliam viam eligere. hic eſt voluntas quædam: ſed coacta. Atque ideo ſi ſtrictum ius inſpiciamus, hęres manere debet: ſed quia non eſt viſum Prætoribus ratam habere eam voluntatem, quæ libera non eſt, voluerunt id reſcindi quod metus cauſa geſtũ eſt. *Fallens, etc.* Hæc ſimulatio coniectura & argumentis oſtendi poteſt. Cum quæritur an quis fallens & ſimulans adierit hæreditatem, quo modo probandum ſit, vix poteſt io vniuerſum definiri. Eſt quæſtio: & proteſtatio hæredis magni momenti hic eſt. Io his, quæ ex nuda alicuius voluntate proficiſcuntur & pendent, magni momenti eſt proteſtatio, cum quis proteſtatur ſe nolle, cum id quod geritur, ex eius voluntate omnino pendet. l. ſi quis. in princ. ff. de leg. 3. Sed arbitror, etſi quis hac teſtatione vſus ſit, tamen adhuc veritati locũ ſupereſſe, vt in omnibus volũtatis quæſtionibus. Quid enim ſi poſtea mutata ſit voluntas: & is, qui teſtatus eſt coram teſtibus ſe nolle hæredem eſſe: poſtea iis verbis vſus ſit quibus vtuntur, qui hæreditatem acquirere volunt? tamen hæres erit. Idque ex re nata multo facilius

poterit

Digitized by Google

poterit videre iudex bonus & prudẽs, quidque iudicã-dũ ſit, quã poſſit profeſſor iuris in vniuerſũ definire.

Alia exceptio eſt in l. cum in hæreditate. 51. ff. hoc tit. Eſt caſus in quo is, qui adit hęreditatem, poteſt eam repudiare. Pater inſtituit filium ſuum, quem in poteſtate ſua habebat, & alium extraneum Titium. Extraneus adiit hæreditatem pro parte ſua: miſcuit ſe hæreditati quoque filius: ſed deinde abſtinuit ſe: vel ante immixtionem declarauit nolle ſe miſceré hæreditati. Pars filiiſfamilias deficiẽs accreſcit alteri cohęredi. tota hæreditas ei acquiritur propter ius accreſcendi: ſed tamen hic dicitur inuito ei nõ accreſcere in hoc caſu. Eſt hic caſus ſingularis, in quo ius accreſcẽdi locũ non habet inter cohæredes, iis inuitis. Atque ideo in extraneo hærede idẽ dicendũ nõ putarem, vt poſtea plenius dicturi ſumus: filiusfamilias, ſi ius ciuile inſpiciamus, hæres eſt, velit, nolit. Ideóq; dicitur hæres neceſſarius eſſe. Sed beneficiũ abſtinẽdi habet à Prætore. Æquum igitur viſum eſt hic cohæredi ſuccurri, & electionẽ dari, vt aut totam hæreditatem amplectatur, aut à tota hæreditate recedat: vt ſi nolit admittere partem filij ſibi accreſcentem, partem quoque ſuam repudiet. Hoc æquum viſum eſt in hac ſpecie, vt poſtea dicturi ſumus, quãuis alias, adita hæreditate, non poterat ſe abſtinere ab hæreditate: tamen propter filium, qui abſtinuit ſe ab hæreditate, datur ei facultas omittendæ hæreditatis hactenus, quatenus hęreditas repudiari poſſit.

Ex his quæ iam dicta ſunt dę effectu aditionis hęreditatis, conſequens eſt hæreditatem ei, qui adijt, tantum acquiri: non etiam alijs. Nam hæres, qui adit hæreditatem, tenetur ex contractu ſuo. Nam quaſi contraxiſſe videtur, adeundo hæreditatem, cum creditoribus hæreditariis, vt diximus. Dicendum eſt igitur eum ſibi acquirere hæreditatem: non aliis. Excipiuntur hæredes, qui ſunt in aliena poteſtate: veluti ſeruus, & filiusfamilias, de quibus iam diximus d. l. placet. & l. ſi quis mihi bona. l. qui in aliena. & aliis legibus, quæ iam à nobis explicatæ ſunt. Itaque cum filius familias inſtituitur hæres, & ei ſubſtituitur alius ſub hac conditione, *Si hæres non erit*, hanc conditionem ſic interpretamur, *Si patrẽ ſuum hæredem nõ fecerit*: vt dicitur in l. ſi quis filium. 7. ff. hoc titu. qui locus à nobis declaratus eſt ſub tit. de vulgari & pupillari ſubſtit. Sequens quæſtio eſt, an quæ ſuperius dicta ſunt de effectu aditionis hæreditatis, pertineant non tantũ ad extraneos, ſed etiam ad ſuos hæredes, quamuis hæredes extranei multa habeãt cõmunia cũ ſuis hæredibus. Hæredes ſui ipſo iure acquirũt hæreditatem ſine vlla aditione. l. in ſuis. ff. de ſuis & legit. hæred. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. Vnde ſuus hæres tranſmittit hæreditatẽ ad quẽcunque ſuum ſucceſſorẽ, etiã ſi adita non fuerit. Eadem eſt iuris poteſtas in ſuo hærede, quę eſt vis & poteſtas aditionis in extraneo. Sed notandum eſt hanc hęreditatem tranſmitti cum beneficio abſtinẽdi. l. ſi quis filium. 7. §. ſi filius. ff. hoc tit. Quidam habebat filium in ſua poteſtate: ex eo filio habebat nepotem. reliquit hęreditatem filio ſuo: filius priuſquam ſe immiſceret hęreditati: priuſquam ſciret ſibi delatam eſſe patris hęreditatem, deceſſit relicto filio, qui nepos eſt teſtatori: filius ad nepotem tranſmittit aui hęreditatem. Sed quęſtio, an nepos poſſit abſtinere ab aui hęreditate: id permittendum eſſe ait Iuriſconſultus in d. §. ſi filius. *Quia & patri, &c.* His verbis ſignificat Iuriſconſultus idem ius trãſmitti ad nepotem, quod habebat filius. Quidquid iuris habebat filius, id iure tranſmiſſionis defertur nepoti. At ius abſtinẽdi habebat filius: ergo nepos quoque beneficium abſtinendi habiturus eſt. Ex hoc loco pendet declaratio multarum legum de tranſmiſſione, de quibus diximus ſuperius.

Diximus variis ex cauſis tranſmitti hæreditatẽ, quãuis adita non ſit. Sed hoc accipiendum eſt tranſmitti hęreditatem non vt aditam, ſed vt adeundam. hęreditas, quæ adita non eſt, tranſmittitur ad ſucceſſorem: vt ille ſucceſſor ad quem tranſmittitur, poſſit eam adire ſi velit: vt liberum ſit ei hæreditatẽ acquirere vel omittere: vt idem ius ipſi competat quod defunctus habebat. Defunctus ante mortem poterat hęreditatem omittere, vel repudiare: idem ius tribuetur ei ad quem hęreditas tranſmittitur. Simile eſt quod dicitur in leg. 56. ſi is, qui. ff. hoc tit. hoc pendet ex his, quę diximus ſuperius interpretantes l. cũ hęreditate. ff. hoc tit. Si quis datus cohęres filiofamilias adierit hęreditatem pro parte ſua: deinde filius abſtinuerit: hęc aditio defertur hæredi, qui prius adierat, vt aut totam hęreditatem omittat, aut totam amplectatur. Et Vlpianus hic ait eandem conditionem deferendam eſſe hęredi eius. Igitur in propoſita ſpecie, nepos omiſſa aui hęreditate, poteſt paternam hęreditatem agnoſcere. *Permittendum eſt nepoti, &c.* Delata eſt nepoti duplex hęreditas. in primis hęreditas filij, qui pater ipſius eſt, deinde hęreditas aui. Is poterit ſeparare has hęreditates, & alteram omittere, alteram adire. ſi velit paternam hęreditatẽ adire, poterit omittere hęreditatẽ aui. Nec obſtabit quod hęreditas aui quęſita fuit filio ante mortẽ eius. fuit enim ei quæſita iure ciuili, cum beneficio abſtinendi, quod competebat iure Prætorio. Ergo idem ius tribuetur eius hæredi. Sed negocium nobis faceſſit l. qui ſe patris. C. vnde liberi. quę pleriſque videtur contraria iis, quę diximus. Ait, *Qui ſe patris, &c.* Hic proponitur duplicem hæreditatem delatam eſſe nepoti: hęreditatẽ aui, & hæreditatem patris. Inteſtatus pater deceſſerat. Hic negat ſe hęredem eſſe patris, repudiat hęreditatem patris, vult acquirere aui ſui hęreditatem. Quæritur an poſſit? Ait Imp. Conſtantinus non poſſe. Hic videtis non admitti ſeparationem hæreditatum, vt hęreditas patris omittatur, hęreditas autem aui adeatur. Huius nodi expediendi cauſa multę variæque excogitatę ſunt interpretationes, quas ex aliorum ſcriptis licebit cognoſcere.

Mihi autem videtur hic ſenſus eſſe conſtitutionis, quem nunc ego referam. Auus deceſſit inteſtatus, delata eſt eius hęreditas filio: filius non adiit eam hęreditatem, nec repudiauit: nulla enim hic mentio eſt aut repudiationis, aut aditionis: deinde hic filius deceſſit, tranſmittit eam hæreditatem aui ad nepotem, ad filiũ ſuum. Nepos omiſit hęreditatẽ patris, negauit ſe velle hęredem eſſe patris: volebat hęres eſſe aui, dubitabatur an poſſet. Ait Cõſtantinus, *Qui ſe patris, &c. Non poteſt, &c.* Sed cur venire non poteſt ad hæreditatem aui, repudiata hęreditate patris? Non poteſt venire ad hæreditatem aui: quia aui hæreditas acquiſita fuit filio ante ipſius mortem. Iure ciuili acquiritur filio hęreditas aui ſine vlla aditione, ipſo iure. Coniuncta eſt igitur hęreditas aui cum filij patrimonio. Subſtantię vtriuſque & auitę & paternę confuſio quędam facta eſt. Ideoque nepos qui negauit ſe hæredem eſſe patris, & ſic excluſus eſt ab hæreditate patris, non poteſt venire ad hęreditatem aui: quia hęreditas eadem eſt. Et ſi quis vnius hæreditatis velit partem habere, partem repudiare, non eſt audiendus, vt mox dicemus in l. 1. &. ff. hoc tit. Certum eſt igitur iure ciuili non poſſe admitti ad hæreditatem aui, ac ne ad hęreditatem quidem patris. Sed de hęreditate patris nulla eſt hic quęſtio. Neutram hęreditatem amplius poteſt ſibi acquirere, qui negauerit ſe eſſe hęredem patris. Et hoc maxime procedit in filio emãcipato. ibi, *Maxime emancipatus, &c.* Emancipati iure ciuili habentur pro extraneis: iure ciuili non ſuccedunt nec auo nec patri. §. emancipatos. in Inſtitut. de hęred. quę ab inteſt. defer. Sed hęc ſe-

cundum ius ciuile accipienda ſunt: non ſecundum ius Prætorium. Diximus eum qui negauit ſe hæredẽ eſſe patris, nõ poſſe venire ad aui hæreditatem iure ciuili: quia iure ciuili fuit iuncta hæreditas aui cũ hæreditate patris. Iure ciuili ipſo iure acquiritur hæreditas patris filio, ſine vlla aditione, quamuis beneficium abſtinendi habeat, id nõ habet iure ciuili, ſed ex iure Prætorio: & iure ciuili neceſſarius eſt hæres. Lex eum facit hæredẽ velit, nolit. Iure Prætorio in ſpecie propoſita admittitur ad hæreditatẽ aui, atque etiã patris is, qui negat ſe hæredẽ eſſe patris. Et hoc eſt quod Conſtantinus ait, *Niſi per bonorum poſſeſſionẽ ad huiuſmodi beneficium peruenerit.* Nisi non ſit exclusus iure petendi bonorum poſſeſſionem. qui propter ſubtilitatem iuris ciuilis, nõ poteſt adire aui hæreditatem, is poteſt iure Prætorio ad eam hæreditatem admitti per bonorum poſſeſſionem. Sed nonne repudiando hæreditatem, excluſus eſt à bonorum poſſeſſione, & ab hæreditate acquirenda iure Prætorio, cum negauit ſe hæredẽ eſſe? Hic enim notandum eſt eum, cui competit hæreditas ipſo iure & iure ciuili & iure Prætorio, ſi altero iure nolit ſuccedere, altero eum ſuccedere poſſe: ſi nolit hæreditatẽ adire ſecundum ius ciuile, poteſt bonorum poſſeſſionem petere iure Prætorio. l. 13. ſuum hęredem. C. de iure deliber. l. 92. quoties duplici. ff. de reg. iur.

Poteſt omittere bonorum poſſeſſionem, & iure ciuili adire: & contra omittere hæreditatem ex iure ciuili, & bonorum poſſeſſionem petere. At qui negat ſe hæredem eſſe, non videtur omittere bonorum poſſeſſionem: niſi aliud actum eſſe appareat. Ergo in hoc caſu veniet ad ſucceſſionem ex iure Prætorio nepos, petita bonorum poſſeſſione, vnde liberi. Et eſt caſus obſeruatione dignus, in quo bonorum poſſeſſio neceſſaria eſt non tantum emancipatis liberis: ſed etiam ſuis. In hac ſpecie ſuus hæres repudiando hæreditatẽ paternã, nõ eſt excluſus iure ciuili, quãuis nõ repudiauerit, & non admittitur ad hæreditatẽ aui, niſi per bonorum poſſeſſionem, vnde liberi. hæc interpretatio d. leg. qui ſe patris. quæ obſcura eſt, mihi videtur longe cæteris probabilior eſſe. Redeamus ad inſtitutũ, ſic interpretando d. l. qui ſe patris. vt diximus intelligendam eſſe, non aduerſatur l. ſi quis filium. 7. ff. hoc titu. atque ideo dicendum eſt vtriuſque hæreditatis ſeparationem admitti & auitæ & paternæ, vt liberum ſit ei ad quem tranſmiſſa eſt hæreditas alteram amplecti, alteram omittere. Tranſmittitur hæreditas ad hæredem, non vt adita, ſed vt adeunda, vt ei liberum ſit eam adire ſi velit. Sed quæſtio eſt vulgo agitata, an idem dicendum ſit in ea hæreditate, quæ defertur filio infanti, & ad patrẽ eius tranſmittitur, ſecundum conſtitutionem Theodoſij. l. ſi infanti. Cod. de iure deliber. quam interpretati ſumus ſupra. Plerique exiſtimant hæreditatem infantis, vt iam quæſitam & aditam, tranſmitti ad patrem, propter verba cõſtitutionis Theodoſij. Sic enim ait Theodoſius, *Sed ſi hoc parens, &c. Nunc parentem ſuperſtitem omnia, &c. quaſi iam infanti quæſita capere.* Si hoc verum eſt, pater non poterit hæreditatem infantis à tranſmiſſa hæreditate ſeparare. Quidam inſtituit hęredem infantem, qui patrem ſuum habebat: deceſſit infans antequam hæreditas eſſet adita à patre eius nomine. Pater bona infantis capere vult: bona autẽ eius hæreditatis, quæ tranſmiſſa eſt, non vult. Vult eam hęreditatem, quæ ad ſe tranſmiſſa eſt, omittere. Quæritur an liceat? Hæc eſt quæſtio, quam nunc tractamus. Et vulgo dicitur eam hæreditatem ita ad patrem trãſmitti, vt ei iam acquiſita eſſe intelligatur. Sed probabilius mihi videtur, à cõmuni regula hoc recedendũ non eſſe, & hæreditatem in hoc quoque caſu tranſmitti vt adeundam, id eſt, vt liberum ſit patri eam hæreditatẽ, quam ad eum infans tranſmiſit, vel repudiare, vel adire: et ſi ſuitas eſſet, adhuc beneficium abſtinendi locum haberet. Nulla ratio eſt cur pater hæreditatem hanc ad ſe tranſmiſſam repudiare non poſſit. Nec multum mouere nos debet, quod Theodoſius ait, *Quaſi iam infanti quæſita.* Non ait Theodoſius quæſita eſſe ea bona infanti ante mortem: ſed quæſita non minus poteſt ea acquirere pater ſi velit, quam ſi quæſita eſſent filio ante mortem. Hic mihi videtur ſenſus eſſe horũ verborũ. His verbis vſus eſt Theodoſius, vt oſtenderet ius ſingulare eſſe, contra communem regulam. Nam ſi communem regulam ſpectemus, hæreditas quæ non eſt adita, non tranſmittitur, cum is deceſſit, cui delata eſt hæreditas, antequam quæſiſſet hæreditatem.

Verum eſt quod diximus, filiofamilias ſuo hæredi acquiri hęreditatem ipſo iure ſine aditione: ita tamẽ vt beneficiũ abſtinẽdi habeat. Ex iure prętorio hoc beneficiũ abſtinẽdi habet antequã ſe immiſcuerit hęreditati. Quid ergo ſi immiſcuerit ſe hęreditati ſuus hęres? Idẽ de hac immixtione dicendũ eſt, quod diximus de aditione hæreditatis in extraneo hęrede. nõ minus obligantur immixtione ſui hęredes, quàm extranei aditione, vt dicitur in l. neceſſarius. 57. ff. hoc tit. *Neceſſarius, &c.* Gaius ad edictũ prouinciale hęc ſcripſit. Procõſules in prouincia edicta proponebãt: ſicut Prętores Romę. ibi, *Sed impuberibus, &c.* Si impubes ſe immiſcuerit hęreditati, nihil agit, niſi tutore auctore ſe immiſcuerit. Nam ſi ſe tutore auctore immiſcuerit, ipſo iure obligatur, quãuis beneficiũ reſtitutionis habeat à Prętore, vtriſque ſubuenitur edicto Prętoris de reſtitutione minorũ, vt reſtituãtur in integrũ, *ſi damnoſam hæreditatem adierint,* vt hic dicitur. Eodẽ pertinet quod dicitur in l. impuberibus. 11. ff. hoc tit. *Impuberibus, &c.* Hoc breuiſſime dictũ eget interpretatione. Nã diſtinguendus maior à minore, & pubes ab impubere, cum ait Iuriſconſultus, *Impuberibus liberis omnino abſtinendi facultas ſit.* Sic debemus interpretari, vt ſi impubes miſceat ſe hæreditati ſine tutore ſuo, ipſo iure ea immixtio nõ valeat, vt ei non noceat. Nã ſi tutore auctore ſe immiſceat hæreditati, ipſo iure obligatur, quamuis in integrum reſtitui poſſit ex edicto Prætoris. Deinde quod dicitur, *Puberibus autem ita ſi ſe bonis non immiſcuerint.* Sic quoque diſtinguendũ eſt. Nam ſi ponamus adultũ habere curatorẽ, & eũ ſine curatore immiſcuiſſe ſe hęreditati, nihil agit. Non differt adultus curatorẽ habens ab impubere tutorem habente. l. 4. C. de in integr. reſtit. Notanda eſt igitur hæc diſtinctio, cum qua diſtinctione hęc verba accipienda ſunt. Quod autem dicitur beneficium abſtinendi competere, hoc ita eſt intelligendum, vt neceſſe non ſit Prętorem adire: vt ſine vlla Prętoris aditione filius hoc beneficio abſtinendi vtatur: vt illa neceſſitas, quæ venit ex iure ciuili, nihil ei noceat, propter beneficium Prętoris: vt dicitur in l. ſeq. 12. ei, qui ſe. Filiusfamilias conuentus eſt à creditoribus hęreditariis, cum diceret eum hęredem eſſe factum ipſo iure, poteſtate iuris: ille negabat ſe immiſcuiſſe hęreditati, & neceſſariam eſſe immixtionẽ dicebat, vt teneretur creditoribus hæreditariis: reſpondebat etiam ſe habere beneficium abſtentionis: ſed contra obiiciebant non petiiſſe à Prętore facultatem abſtinendi. Atque ideo eum obſtrictum manere iure ciuili, hic dicitur neceſſariam non eſſe Prętoris aditionem. Et hic locus oſtendit quomodo intelligẽdum ſit, quod dicitur aliquem habere beneficium abſtẽtionis. Ex iam dictis illud efficitur, Si quis pro parte hęreditatem adierit, eum pro altera quoque parte hęredẽ fieri, ſi ea pars vacet, ſiue ea deficiat. hoc fit iure accreſcẽdi, de quo plane & accurate diſſeruimus ſub tit. de hęred. inſt. Hu[9] iuris mẽtio eſt in l. ſeru[9] cõmunis ab extero. 66. ff. in ea lege. ibi: *Tacito iure, &c.* Cũ deficit pars vna hęreditatis, pars vnius forte ex hęredibus omiſſa eſt eo

repudiante,

repudiante, vel decedente: alteri cohęredi qui ſupereſt, tacito iure ea pars deficiens accreſcit. Ego ſupra docui, cur tacito iure dicatur accreſcere: quia ex lege eſt ius accreſcendi magis quam ex voluntate teſtatoris, vel tacita vel expreſſa. Si voluntas teſtatoris eſſet cauſa iuris accreſcendi, iam ius accreſcendi dicendum non eſſet: ſed ſubſtitutio. Cum quis duos hæredes instituit, Titiũ & Semproniũ: & hoc animo eſſe eum appareat, vt ſi vnus decedat, alter ei ſuccedat, eſt ſubſtitutio. Sed iam ſupra admonui ex lege eſſe ius accreſcendi magis quam ex voluntate teſtatoris, licet tenuis quædam ſit ſuſpicio voluntatis. Et dicitur hoc ius ſimile eſſe ſubſtitutioni magis, quam ſubſtitutio. l. ſi Titio. 63. §. Iulianus. ff. de legat. 2. Ratio huius iuris accreſcendi duplex tradita eſt à nobis. Diximus duabus de cauſis id ita conſtitutum eſſe iure ciuili. Prima, quia abſurdum eſſet, quem eiuſdem hæreditatis partem acceptare, & partem repudiare. Deinde quia abſurdũ eſt teſtatorẽ pro parte teſtatũ & pro parte inteſtatũ decedere: ſicut in vita non poteſt quis eſſe pro parte, ita nõ poteſt fingi viuere pro parte: ſicuti non poteſt quis liberos habere ad tempus, etiam adoptiuos. Adoptio enim naturam imitatur, vt dicitur in l. quæſitum. 34. ff. de adopt. Hoc autẽ quod dicimus accidit dupliciter, vt pars vna accreſcat, cum quis adiit hæreditatem, accidit dupliciter, vt pars altera ei accreſcat. Interdum accidit cum plures hæredes inſtituti ſunt teſtamento, interdũ etiã id accidit vno pro hærede exiſtente. Si quis inſtitutus ſit ex ſemiſſe nullo alio cohærede dato, is ex aſſe hęres inſtitutus eſſe intelligitur, & adita hæreditate totum aſſem conſequitur. l. 1. ff. de hæred. inſti. Idem ſi fuit inſtitutus ex aſſe: ſed adiit hæreditatem pro parte, id eſt, teſtatus eſt ſe velle hæredem eſſe ex ſemiſſe tantum: adeundo tamen hæreditatem ex ſemiſſe, totum aſſem conſequitur, reliqua pars hæreditatis ipſi accreſcit. Iureconſulti hic quoque accreſcere dicunt. Obſeruaui vnum locum in l. interdũ. 13. §. ſed & ſi alter. ff. de hæred. inſtit. Quãuis propriũ ius accreſcendi ſit, cum plures hæredes ſunt inſtituti, cum pars vnius deficiens accreſcit alteri, tũc proprie dicitur ius accreſcẽdi. de quo diſputauimus ſub tit. de hæred. inſtit. Sed de nominib. contendendum non eſt. Solet diſputari an ius ſit accreſcendi, an non ſit: ſed idem effectus eſt. Nam ſicut cum plures inſtituti ſunt hęredes, portio vnius deficiens accreſcit alteri etiam inuito, tacito iure: ita etiam cum vni delata eſt hæreditas, non poteſt partem vnam hæreditatis omittere, partem alteram acceptare. Sed ſi vnam partem adierit, altera pars ei accreſcit.

Diximus hæreditatem pro parte adiri non poſſe, & pro parte repudiari, ſiue hæreditas vni delata ſit, ſiue pluribus, aut ex teſtamento, aut ab inteſtato. Nam ſi hæreditas delata ſit vni, de hoc enim primum eſt videndum, & is velit eius hæreditatis ſibi ſoli delatæ partem acceptare, & partem repudiare, audiẽdus non eſt. l. 1. ff. hoc tit. *Qui totam hæreditatem acquirere poteſt, &c.* De eo ergo loquimur, cui tota hæreditas delata eſt, is totam hæreditatem acquirere poteſt pro parte, eam ſuccedendo adire non poteſt. Ratio à nobis adducta eſt ſupra; quoniam abſurdum viſum eſt iuris auctoribus, teſtatorem decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum, & pro parte defuncti perſonam repræſentari ab hærede. Eſt enim duplex ratio huius iuris. Alias videbatur dicendum eſſe, ſicut totam hæreditatem acquirimus adeundo in totum: ita etiam partem acquiri adeundo pro parte: vt ſit eadem ratio partis, quæ eſt totius. *Igitur qui totam, &c.* Et quid dicemus, ſi teſtator diuiſit hæreditatem ſuam in partes hoc modo, Titius ex ſemiſſe hæres eſto, ex alio ſemiſſe idem hæres eſto, an hoc caſu ſaltem poterit hæres inſtitutus pro parte adire? an poterit hæres effici ex vno ſemiſſe, & ex alio ſemiſſe hæreditatem omittere? Cauſa dubitandi oritur ex diſtributione partium facta à teſtatore. Sed nihilominus Vlpianus ait in l. 2. huius titu. ff. idem dicendum eſſe. *Sed & ſi, &c.* Eſt enim vtrobique eadem ratio, ne videlicet teſtator pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat: aut ne pro parte repræſentetur perſona defuncti. Quid dicemus, ſi partem quis adierit? Hic dicitur pro parte adiri hęreditatem nõ poſſe. Sed quid ſi hæres ita dixerit, Ego adeo hæreditatem mihi delatam pro ſemiſſe tãtum, & de alio ſemiſſe tacuerit: Quæritur quam vim habeat hæc aditio hæreditatis, an perinde accipiemus, quaſi adierit omnino hæreditatem: an vero quaſi omnino repudiauerit, an vero quaſi nihil egerit, quia hic concurrit repudiatio & aditio? Repudiatio & aditio pugnantes ſunt. Dicẽdum eſt in hoc caſu intelligi hæredem omnino adiiſſe hæreditatem. l. ſi ex aſſe. 10. ff. hoc tit. Si is, ait Iuriſcon qui eſt hæres ex aſſe inſtitutus, deſtinauerit partem habere hæreditatis, videtur in aſſem pro hærede geſſiſſe. Nos interpretamur eum pro hærede geſſiſſe in aſſem: & ſic potentior eſt aditio, quàm repudiatio in ſpecie propoſita. Sed maior dubitatio eſt, cum quis alteram partem nominatim repudiauit. Adiit quis hæreditatem pro ſemiſſe, & pro altero ſemiſſe dixit expreſſim & nominatim ſe nolle hæredem eſſe. Maior dubitatio eſt, quã cum proponitur hæredem nihil dixiſſe de altera parte. Et dicendum eſt, idem dicendum eſſe. & quod dicitur in d. l. Si ex aſſe. generaliter eſſe accipiendum, ſiue tacuerit de altero ſemiſſe hæreditatis, ſiue expreſſim alterũ ſemiſſem repudiauerit. Et ratio vulgo adferri ſolet: quia aditio hæreditatis fauorabilior eſt repudiatione. Sicut dicitur de inſtitutione hæredis, & de exhæredatione, quia inſtitutio hæredis fauorabilior eſt exhæredatione. Plenius interpretamur inſtitutionem: ſtrictius verò exhæredationem. leg. cum quidam. ff. de liba. & poſth. Sic dicendum eſt de aditione & repudiatione. fauorabilior eſt aditio: quia aditione confirmatur teſtamentum. l. 1. de iniuſto rupto. ff. Teſtamentum irritum conſtituitur non adita hæreditate. Hinc naſcitur alia quæſtio, quid dicendũ ſit cum hæres repudians partẽ hæreditatis habet ſubſtitutũ? Quæſtio eſt in leg. ſi ſolus. 79. ff. hoc tit. *Si ſolus, &c.* Teſtator ita inſtituit, *Titius ex ſemiſſe hæres eſto: & ſi hæres nõ erit, Sẽpronius hæres eſto: ex altero ſemiſſe idem Titius hæres eſto.* Titius eſt inſtitutus ex pluribus partibus expreſſim à teſtatore, & ſolus inſtitutus, eſt ei ſubſtitutus Sẽpronius. Is adiit pro parte tantũ, pro altera parte non adiit, in qua parte habet ſubſtitutum Sempronium: quæritur an ei liceat hæreditatem diuidere hoc modo? Et dicit Vlpianus non licere. Rationes tamen à nobis adductæ nõ videntur obſtare cum habet ſubſtitutum in ea parte, quam repudiauit: in qua nullum eſt periculũ, ne teſtator pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedat. Deinde nullum eſt periculũ ne pro parte tãtum repræſentetur perſona defuncti: ab vtroque hærede repræſentabitur perſona defuncti tam ab inſtituto, quàm à ſubſtituto. Sed hoc ideo forte cõſtitutum eſt: quia accidere poteſt vt ſubſtitutus omittat: ſi diceremus repudiationem valere, & locum eſſe ſubſtitutioni, poſſet ſubſtitutus repudiare. Subſtitutus non cogitur adire hæreditatem ex ſubſtitutione ſibi delata: atque ita accidet vt teſtatoris perſona pro vna tantum parte repræſentetur: vel pro parte teſtator teſtatus decedat, & pro parte inteſtatus.

Alia quæſtio eodem pertinens eſt in l. ſi ex parte. 75. §. vlt. Hic Iabolenus reſpondet epiſtolæ, *Non dubito, &c.* Delata eſt mihi hæreditas ex ſubſtitutione pro parte, pro altera parte ex inſtitutione. Ait Iabolenus in meo eſſe arbitrio, quã hæreditatis partẽ velim repudiare, & quã partẽ adire. Sed hoc videtur cõtrariũ eſſe iis, quę à nobis dicta ſũt, & quod dicitur in l. quidã elogio.

C.de iure deliber. Vulgo dici ſulet, cum vtraque pars defertur ea inſtitutione prima, non poſſe hæreditatem ſimul adeundo,pro parte repudiari, & pro parte adiri: ſed poſſe tunc cum defertur vna pars ex inſtitutione, & altera ex ſubſtitutione.Sed negotium nobis exhibet l. ſi ſolus.79.ff.hoc tit. vbi dicitur eendem eſſe ſubſtituti & inſtituti rationem:& nihil referre an ea ſubſtitutione hæreditas deferatur, an ea inſtitutione. Ego vero ſemper exiſtimaui editam conſtitutionem Iuſtiniani ad tollendas ſubtilitates iuris ciuilis, quæ hic reperiuntur.quia non videbantur magnam rationẽ,magnam æquitatẽ habere. Vna eſt ex nouis deciſionibus. id inſcriptio indicat,quæ eſt facta poſt conſulatũ Lampadij & Oreſtis. nec dubium eſt quin ee conſtitutione derogatum ſit iuri antiquo. Sequens quæſtio eſt lõge difficilior, & multum agitera inter omnes iuris interpretes,de legitima portione filij: an filius,cui delata eſt hæreditas patris vel ex teſtamento,vel ab inteſtato, poſſit hæreditatẽ patris repudiare, ſalua legitima portione ſibi debita. Portio eſt debita legib. filio ſecundũ numerum liberorum aut maior, eut minor. Eſt enim triens,aut ſemis ſecũdum diſtinctionem, quæ traditur in nouella cõſtitutione Iuſtiniani de triente & ſemiſſe.Si ſint quatuor liberi habent trientem: & ſupra eum numerum ſemiſſem habent. Hæc portio dicitur legitima,quoniam lege dicitur deberi filio lege falcidia. & propterea dicitur ſalcidia ſæpe à Iuſtiniano:& ea pars ex falcidia detrahitur:ſicut & ea, quæ ab hærede detrahitur,cum legata relicta à teſtatore excedunt dodrantem hæreditatis. Quæritur ergo, an filiusfamilias, cui delata eſt patris hæreditas ex teſtamento, vel ab inteſtato,poſſit repudiare patris hæreditatem, ſalua legitime portione? Videt hæreditatem patris oneratam eſſe ære alieno: vult conſequi eam portionem veluti legibus ſibi debitam,& hæreditatem repudiare. Queritur an id ei liceat: Quæſtio igitur eſt,an valeat hæc repudiatio,& quam vim habeat? Ego repudio hæreditatem patris mei,ſalua mea legitima. Prima facie videtur ſeparatio hæreditatis paternæ & legitimæ portionis admittenda eſſe. Nã hæc portio dicitur legibus eſſe debita.§.t.Nouel.Iuſtiniani de hæred.& ſalcidia. Cautum eſt ea conſtitutione Iuſtiniani,vt ne pater eam portionem,quæ filio debita eſt,legibus ei auſerre poſſit: & ſi permittatur patri hęredẽ inſtituere,quemcunque vult, hoc eſt intelligendũ modo ſalua ſit legitima portio filij. ita enim debita eſt vt pater ei auſerre non poſſit, ſi velit:quod argumẽto eſt hãc portionẽ filium poſſe ſibi quaſi debitã retinere: etſi repudiauerit patris hæreditatẽ.Nam certũ eſt ſi creditor hęres inſtitutus ſit à defuncto, eum poſſe petere debitum ſibi, repudiata hæreditate.hoc expreſſum eſt in l.vt debitum.5.C.de hęred.act.l.3.hæres inſtituta. C. de impub.& aliis ſubſtit. Si is,qui mihi debebat cẽtum,me inſtituerit hæredem ſuum, poſſum repudiare eam hæreditatem, & petere meum debitum. Cum creditor ſit patris filius in hac legitima portione,cur nõ poterit, ea legitime portione retenta, hæreditatem patris repudiare? Præterea dicitur hæc legitima portio, nullum onus,nullum grauamen recipere.l.quoniam in prioribus.32.C.de inoff.teſtam.Hæc legitima portio ita debet relinqui filio à patre,vt nullum onus ei imponatur: & ſi qood onus fuerit ei impoſitum,reiiciendum eſt. At graue onus eſt filio,cogi patris hæreditatem adire, quæ forte oneroſa eſt, & multis incommodis & vexationibus implicata. Exiſtimo tamen verius hic ſequẽdam eſſe communem regulam, vt cogatur filius patris hæreditatem omnino agnoſcere,aut omnino repudiare: vt nõ poſſit hanc legitimã portionẽ à reliqua hæreditate ſeparare. Primũ mouet me,quod hæc legitima portio,hæreditatis portio eſt,& debetur filio iure hæreditario. Si hæreditatis pars ſit, neceſſe eſt vt ſequamur regulam, quæ iam à nobis tradita eſt. ſcilicet hæreditatem pro parte adeũdo ſcindi & diuidi non poſſe:quod hæreditatis pars ſit hæc legitima portio, argumento probatur ex Nouella Iuſtiniani, vt cum de appel. §. *Illud quoque capitul. &c.* Statutum eſt à Iuſtiniano vt pater cogatur inſtituere filium in ea legitima portione,quæ ipſi legibus debita eſt, vt non ſufficiat eam relinquere filio titulo legati, vel donationis: vult eam relinqui titulo Inſtitutionis; vult filium inſtitui hæredẽ. Ergo iure hæreditario debetur.Nec hoc obſcurum eſt,cum pater teſtamentum facit,& cum inſtituit hæredem, ea legitima portio reperitur in hæreditate. Sed idem dicendum eſt & cum hæreditas defertur filio ab inteſtato. Nam Iuſtinianus nunquam conſtituiſſet eam relinquendam eſſe filio iure inſtitutionis hæredis:niſi deberi eam iure hæreditario intelligeret. Idem ergo dicẽdum eſt, etſi delata ſit ea portio ab inteſtato.Hinc iudicium familiæ erciſcũdæ dicitur competere pro ea portione petenda, & petitione hæreditatis: ſaltem vtiliter, ſi non directo: argumento eſt quod dicitur in l.2.§.ſi quarta.ff.famil.erciſcun. In familiæ erciſcundæ iudicium non veniunt, niſi res hæreditariæ. Cum igitur pro his rebus datur iudiciũ familiæ erciſcũdæ, dicendũ eſt has res hæreditarias eſſe. Idem dicẽdum eſt,de petitione hæreditatis. Notandum eſt quod dicit Iuriſconſultus vtile iudiciũ familiæ erciſcundæ competere. Cur nõ directum: Ideo vtile tantum competit, quia huiuſmodi portio, ſicut portio quæ debetur ex conſtitutione D. Pij, naturam hæreditatis habet, præterquam ex certis cauſis. Vnde à quibuſdam non male dicitur. Hanc portionem legitimam, quæ filio debetur, eſſe hæreditatem, ſecundum quid. Nam in ære alieno non retinet hæreditatis naturam, & vulgo dicitur quota bonorum potius, quàm quota hæreditatis. Ea legitima præſtatur filio, deducto ære alieno, vt mox dicturi ſumus. Primum igitur argumentum,quo vtimur ad confirmandam noſtram hanc ſententiam,eſt,quod hæc legitime debetur iure hæreditario. Alterum argumentum eſt, quod ſumitur ex l. ſuus quoque.4.ff.de hæred.inſtitu. Vbi dicitur, Si filius fuerit inſtitutus ſub conditione, quæ ex ipſius poteſtate pendet: niſi conditioni paruerit, excludi à tota hæreditate. Si excluditur à tota hæreditate, ergo etiam à legitima portione:& hæreditas defertur vel ad ſubſtitutum,vel alium,vt ibi dicitur.Pręterea ſimilis eſt hęc portio ei,quæ patrono debetur in bonis liberti. Portio enim, quæ patrono debetur in bonis liberti dicitur debita eſſe lege. l. ſi patronus.ff. de don. & tamen patronus non repudiet eam partem ſibi legibus debitam: non repudiat hæreditatem, retenta hac portione, præterquam in vno caſu, de quo mox dicturi ſumus, leg. ſi libertus patrono.ff.de bon.liber. Noſtram quoque ſententiam iuuat mos receptus in feudis. In moribus feudorum hoc receptum reperitur, filium qui inſtitutus eſt hæres à patre, nõ poſſe feudum, ſi quod ſit, repudiata hæreditate patris, capere, quamuis videatur feudum ex inueſtitura deberi filio. Et hoc certiſſimum eſt in filio, licet alia cauſa ſit agnati. Agnatus poteſt repudiata patris hæreditate defuncti, feudum retinere. Rationẽ docui diuerſitatis, interpretans tractatum de feudis. Supereſt vt obiecta quædam diluamus. Obiiciuntur quædam aduerſus hanc ſententiam. In primis obiicitur quod in ea portione filius habetur quaſi creditor patris. ſi habetur quaſi creditor patris, cur non poterit, repudiata patris hæreditate, petere hanc portionem tanquam ſibi debitam, vt quiuis creditor peteret? Ego breuiter reſpondeo, hãc portionem dici debitam abuſiue, quod pater cum facit teſtamentum cogatur filium inſtituere in ea legitima. Et ne videatur dura eſſe hæc interpretatio, Iuriſconſulti paſſim vbique vocant

quaſi

quaſi debitam. l. 1. §. Largius. ff. de ſucceſſ. edicto. & l. 1. §. 1. ff. de cura. furio. l. in ſuis. 11. ff. de liber. & poſthu. & l. 1. §. ſi impuberi. ff. de collat. bono. Non obſtat etiã ſententiæ noſtræ, quod pater cogitur eam filio relinquere. Id enim nobis obiicitur. Pater non poteſt hac legitima portione fraudare filium. dict. §. aliud quoque capitulo. Lex naturam ſecuta vult filium patri hæredem eſſe, ſaltem in ea parte. Nihil magis naturæ conſentaneum eſt, quàm filium ſuccedere patri defuncto. Igitur magna ratione ſtatuit filium patri hæredẽ eſſe: ſaltem addit hanc exceptionem, vt ſaltem hæres ſit in ea parte in triente, vel ſemiſſe. Sed animaduertendum eſt, cum lex vult eum hæredem eſſe, hanc ſententiam legis eſſe, vt capiat eam partem tanquam partem hæreditatis, iure hæreditario. At natura hæreditatis eſt, vt non poſſit adiri pro parte ab hærede ſuccedendo. Quod aduerſus noſtram ſententiam adducitur, maximè eam iuuat. Dicerit aliquis non videri ſatisfactum legi in hac re, quia hæreditas forte damnoſa eſt. itaque efficit vt filius legitima portione ſibi legibus debita, fraudetur, ſi non poſſit hæreditatem repudiando petere: ſaltem portionem, quæ legibus ei debita eſt. Ego reſpondeo, ſatis expreſſum eſſe à iuris auctoribus, portionem hanc deberi filio, nec poſſe adimi filio à patre: non ideo tamen dicẽdum eſſe, quod ſi creditores ſint, in ea portione non ſunt præferendi filio. Dubium non eſt quin ſint præferendi creditores filio. l. Papinianus. §. quarta. ff. de inoffic. teſtamen. vbi quarta quidem illa portio præſtatur filio, quæ illi debita eſt: ſed deducitur prius æs alienum & funeris impenſa. Quarta erat ſecũdum ius antiquum: ſed aucta eſt poſterioribus conſtitutionibus. Atque ideo quod dicitur nullum onus, nullum grauamen recipere ea l. quoniam in priorib. C. de inoffic. teſta. multo minus mouere nos debet. Id enim de ære alieno non intelligitur, ſi hæreditas non ſit ſoluendo. Nam ante omnia deducendum eſt æs alienum, & quamuis forte cauſetur filius damnoſam eſſe hæreditatem: inanis tamẽ color ille eſt: quia, ſi ære alieno onerata ſit hęreditas, id quod ſupererit deducto ære alieno, dabitur ei pro legitima ſua portione. His argumentis confirmatur noſtra opinio, & contraria diuellitur & confutatur. Sunt tamen quidam caſus, in quibus licet filio patris hæreditatem repudiare, ſalua ea legitima portione, quę ipſi debita eſſe dicitur. Obſeruatur vnus caſus, cum pater aliquid pactus eſt de ea legitima portione, cum filio veluti eam ipſi promiſit pater. Hoc caſo poteſt eam vel retinere, vel petere, etiam ſi patri non extiterit hęres. omnino enim eſt æris alieni loco hoc caſu. l. vlt. C. de collat. dot. Si pater dederit filię ſuę certam pecuniam in dotem, poſt mortem patris poteſt eam retinere, ſi nolit conferre: nec enim conferre cogitur, ſi nolit eſſe patri hęres. Nõ aliter cogitur conferre, quam ſi velit admitti ad hęreditatem cum fratribus ſuis. Idẽmque dicendum eſſe Iuriſconſultus ait, & ſi promiſſa tantum ſit: non etiam data ſit hęc portio. Alius caſus eſt, ſi pater filium inſtituerit hęredem cum alio, & pręlegauerit filio ſuo legitimam portionem, quę ſibi legibus debetur: ſi cohæredem habeat, cuius aditione confirmetur pręlegatum: & ſi is non adierit hęreditatem, conſequetur legitimam portionem. Nec poteſt ei obiici, eum debere hęreditatem adire, vt legitimam portionem ſuam conſequatur. petit enim tanquam pręlegatum. l. filio pater. 87. ff. de leg. 2. Duriſſima ſententia eſt.

Tertius caſus eſt in l. ſi libertus patrono. 41. ff. de bonis liber. Deciſio inſignis eſt in hac lege, de qua aliquid diximus ſub tit. de vulg. & pupil. ſubſti. Libertus patronum ſuum hęredem inſtituit ex aſſe, cum poſſet alium inſtituere heredẽ relicta patrono legitima portione, quæ debita dicitur legibus patrono. Sed inſtituit eum ex aſſe, fideique eius commiſit, vt manumitteret quendam ſeruum. is non vult manumittere ſeruum, forte de ſe male meritum, non vult talis liberti patronus eſſe. Quæritur quid faciet? Is vult retinere portionem ſibi legibus debitam, cui nullum onus imponere poteſt libertus, repudiata alia parte. Quæritur an hoc ei ſit permittendum? Ait Iuriſconſultus ſi ſubſtitutum habeat, hoc ei eſſe permittendũ, vt ſalua legitima portione hæreditatem repudiet: tunc ſubſtitutus poterit redimere illũ ſeruum à patrono. Si autem ſubſtitutũ non habeat, hoc non eſt ei permittendum. hoc ius quod de patrono cõſtitutum eſt, interpretatione producendum quoque eſt ad legitimam filij portionem, licet quidam diſſentiant. Eſt enim eadem ratio, eadem æquitas. Hæc de hæreditate vni delata. Initio diximus, in hac quæſtione conſiderandum eſſe, cum quæritur an hæreditas diuidi poſſit, an vni delata ſit hæreditas, an vero pluribus? Cum vni hæreditas defertur vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, quatenus hęreditas diuidi poſſit, dictum eſt. Idem dicandum eſt de pluribus hæredibus inſtitutis, ſi vnus adierit partem ſuam, alter omiſerit, pars omittentis ei inuito accreſcit. hoc multis locis expreſſum eſt. ff. hoc tit. l. duo. 78. & leg. 53. qui ex duabus. & leg. 31. hæredi. Sed de eo plenius diximus ſub tit. de hære. inſt. Nunc addam exceptiones quaſdam. Vna exceptio eſt in l. ſi minor. vbi cũ minor adiit hæreditatem, & reſtitutus eſt in integrum vt repudiaret. Duo ſunt hæredes inſtituti, quorum vnus erat minor 25. annis, alter maior. Minor adiit hæreditatem, deinde maior: ſed minor, reſtitutione in integrum impetrata, omiſit hæreditatem. Quæritur, an pars repudiata ei inuito accreſcat? Ait Iuriſconſ. non accreſcere inuito. Nã iure ciuili quæſita erat ei portio minori. Similis locus eſt in noua cõſtitutione Iuſtiniani, de hæredib. & falc. Cum vnus adiit hæreditatem defuncti, eique poſtea adempta eſt hæreditas: quia defuncti monitis non paruit. Ait Iuſtinianus eam portionem alijs cohæredibus accreſcere: ſed non inuitis. Iure mero, cum pars hæreditatis ſemel quæſita fuit, quocunque modo deficiat, non poteſt accreſcere. Similis ſpecies eſt in l. hæreditate. 55. ff. hoc tit. Filiusfamilias, qui ſuus hæres eſt ipſo iure, abſtinuit ſe patris hæreditate: datur hoc beneficiũ cohæredi, vt aut totam hæreditatem amplectatur, aut totã repudiet. Sed animaduertendũ eſt partẽ non deficere hoc caſu ipſo iure: ſed iure ſingulari beneficio reſtitutionis contra ius ciuile. Ideoque quod hic dicitur non puto producendum eſſe ad extraneum hæredem. & probabilis eſt eorum opinio, qui exiſtimant hoc tantum de filio, qui eſt ſuus hæres, accipiendum eſſe. datur igitur electio cohæredi, vt vel totam agnoſcat hæreditatem, ſi velit: vel totã repudiet, etiam eam partem, quam adierit. Hactenus de acquirenda hæreditate: nunc de omittenda.

De omittenda hæreditate.

Cap. VII.

INſcribitur hic titulus de acquirenda, vel omittenda hæreditate. & in Digeſt. ſub hoc tit. ſparſim & confuſe diſſeritur de vtraque. In Codice Iuſtiniani titulus eſt ſeparatus de repud. vel abſt. hæred. In qua inſcriptione Iuſtinianus diſtinguit repudiationẽ ab abſtentione. Repudiatio eſt extraneorũ propria: abſtẽtio vero ſuorũ, vt exẽpla ſatis oſtendũt, quæ occurrũt quotidie legendo. Sed verbum, omittere, generale eſt, & vtrunque complectitur. omiſſio pertinet ad repudiationem & abſtentionem hæreditatis. Quod autem dicitur in tit. ipſo & inſcriptione, de acquir. vel omittẽda hæreditat. nos ante admonuimus, ideo ita ſcriptum

quæritur, an valeat repudiatio? Non poteſt ea repudiatio ei nocere, quominus poſtea hæreditatem acquirat exiſtente conditione. Hic dicitur, non valere repudiationem: quia hæreditas nondum ei delata erat. Hæreditas dicitur delata, quam quis adeundo conſequi poteſt. l. delata. 151. ff. de verb. ſign. At hæreditatem non poteſt conſequi hæres adeundo, qui eſt inſtitutus ſub conditione, quandiu conditio pendet. Hic multa obiiciuntur veluti contraria huic ſententię: veluti pactum. leg. 1. C. de pact. l. 69. in plurium. ff. hoc tit. Obiicitur etiam l. 1. ff. de curat. bon. dan. Ego breuiter dicam, in pacto ius diuerſum eſſe. Nos non loquimur de pacto, ſed de ſimplici repudiatione hæreditatis. In aditione autem atque repudiatione hæreditatis multa ſingularia ſunt: & multa retenta ſunt ex ſubtilitate iuris veteris, quæ in pactis locum non habēt, atque ideo mirum non eſt, ſi quis poſſit remittere non tantum ius quod ſibi competit, ſed etiam ſpem, vt ſi fideicōmiſſum relictum ſit ſub conditione, pactum quo remittitur ſpes fideicommiſſi ſeruandum eſt. dicta leg. 1. Cod. de pact. Ad leg. in plurium. & ad leg. 1. de curat. bonis dan. facilis eſt reſponſio iudicio meo. in leg. in plurium. dicitur, Si hæres, cui delata eſt hæreditas, differat aditionem hæreditatis, vel quia non vult, vel quia forte non poteſt, hæres inſtitutus eſt ſub conditione. Quæritur quomodo ſuccurretur creditoribus hæreditarius? Ait Iuriſconſultus interrogandum eſſe hæredem, an velit cōditioni parere, an velit hæres eſſe, & ſi interrogatus dixerit ſe nolle hæredem eſſe, & ſi conditio nondum extiterit: Prætor mittit creditores hæreditarios in poſſeſſionem bonorum. Hic videtis, ante conditionis euentum, nocere hæreditatis repudiationem. Sed hic ſimplex hæreditatis repudiatio non eſt, cum accedat magiſtratus auctoritas, qui hæredem interroget, an velit hæres eſſe, ſi forte extiterit conditio. Et vtilitas euidens exigit, vt repudiatione ſua excludatur ab hæreditate, quatenus ſuccurratur creditoribus hæreditarius, quibus grauiſſimum eſſet expectare quando extiterit conditio.

Aliud exemplum eſt in leg. qui ſuperſtitis. 93. ff. hoc tit. Quidam cum ſperaret alterius hæreditatem ſibi delatam iri, cum adhuc is viuus & ſuperſtes eſſet, repudiauit eius hæreditatem: dixitque ſe nolle eius hæredem eſſe, ſi forte eius hæreditas ipſi delata fuerit poſt mortem eius, vult adire hæreditatem. Obiicitur ei repudiatio, quæ anteceſſit. videtur enim excluſus eſſe ſua repudiatione ab hæreditate. Hic reſpondet Iuriſconſ. non eſſe excluſum: quia inutiliter hominis ſuperſtitis hæreditas repudiatur: quia nondum delata eſt. oportet hæreditatem delatam eſſe vt repudiari poſſit, vt etiam repudiatio valeat & noceat. Dubitauerit forte quiſpiam quomodo poſſint defendi pactiones vſitatæ moribus noſtris, cum collocantur filiæ, data ipſis dote, vt paciſcantur ſe nihil amplius petituras ex paterna hæreditate: cum hic dicamus repudiationem hæreditatis hominis adhuc viui & ſuperſtitis, non nocere. Ecce huiuſmodi pactiones conſiſtunt ſecundum ius Pontificium propter iuſiurandum quod accedere ſolet. c. quāuis. de pact. lib. 6. alias improbatur iure ciuili hoc pactum. l. pactum dotali. 3. C. de collat.

Aliud exemplum eſt in bonorum poſſeſſione decretali. Bonorum poſſeſſio decretalis dicitur repudiari non poſſe. l. 1. §. decretalis. ff. de ſucceſſo. edicto. Decretalis, inquit Vlpianus, bonorum poſſeſſio non poteſt repudiari. & vtitur hoc argumento eius rei demonſtrandæ gratia, quia non eſt delata antequam fuerit decreta. Poſt decretum ſera nimis eſt repudiatio: quia iam acquiſita eſt. & poſtquam acquiſita eſt, repudiari non poteſt. Sed animaduertant, præſertim tyrones & iuniores, bonorum poſſeſſionem quandam eſſe decretalem, quæ decretum & cauſæ cognitionem requirit: aliam eſſe edictalem, quæ ex edicto proficiſcitur, nec vllū decretum, aut cauſæ cognitionem deſiderat. Hæc diſtinctio bonorum poſſeſſionis aperte & diſerte tradita eſt à Iuriſconſultis pleriſque in locis: veluti in leg. 3. §. ſi cauſa. ff. de bon. poſſeſ. l. 2. ff. ſi quis ordo in bon. poſſeſ. ſerue. vbi apertiſſime dicunt bonorū poſſeſſionem quandam eſſe, quæ datur ſine decreto, ſine cauſæ cognitione: aliam eſſe quæ requirit decretum & cauſæ cognitionem, vt cum bonorum poſſeſſio re ipſa in alium transfertur: nam plerunque bonorum poſſeſſio datur verbo tantum, ſine re, vt ait Vlpianus in Inſtitu. de bonorum poſſeſſione. Sed cum agitur de transferenda poſſeſſione rerum hæreditariarum, decretum neceſſarium eſt. ab hoc decreto dicitur bonorum poſſeſſio decretalis. Vbi decretum neceſſarium eſt, cauſæ cognitio adhibetur. leg. nec quicquam. §. vbi decretum. ff. de offi. proconſul. & legati. huiuſmodi eſt bonorum poſſeſſio, quæ datur ex Carb. edicto. huiuſmodi eſt etiam ea, qua mittitur venter in bonorum poſſeſſionem. leg. 1. §. ſi ea quæ. &c. ff. de ventre in poſſeſ. mitten. & leg. 1. ff. ad Senatuſconſult. Tertul. & leg. vltim. ff. de curat. furio. Huiuſmodi eſt etiam ea, quæ datur filio infanti curatorem non habenti. leg. ſi infanti. ad fin. Codic. de iure delibe. Aliæ dicuntur edictales, quæ ex ſolo edicto pendent. & mentio eſt edictalis bonorum poſſeſſionis. in leg. 30. cum quidam. §. 1. hoc titul. l. 1. ſi tabulæ teſta. nullæ extab. Alia exempla colligi poſſunt ex his, quæ diximus de aditione hæreditatis. Hinc quęritur, an ſimul ex teſtamento, & ab inteſtato, quis repudiare poſſit hæreditatem? Quæſtio eſt in l. illud. 76. ff. hoc titu. Hæres inſtitutus eſt teſtamento is, qui alias ab inteſtato ſucceſſurus erat, etiam ſi inſtitutus non fuiſſet. Quęritur quomodo hæreditas repudiari debeat, vt valeat repudiatio? Ecce ſi ſequemur ſubtilitatem iuris, oportet eum repudiare primum ex teſtamento, deinde ab inteſtato. Ex his quæ diximus, id manifeſtiſſimum eſt, quia repudiari non poteſt hęreditas ab inteſtato: niſi delata ſit. At delatā non dicitur quandiu ex teſtamento adiri poteſt. leg. quandiu. inſtitutus. 68. ff. hoc tit. Sed tamen obtinuit vtilitas contra hanc iuris ſubtilitatem, vt poſſit ſimul & eadem opera, vtramque hæreditatem repudiare. Hic non inhæremus ſubtilitati iuris. Oportet igitur delatam eſſe hæreditatem: ſed & hoc non ſufficit: ſcire debet hæres delatam eſſe ſibi hæreditatem. Scientia hæredis hic requiritur, ſicut in acquirenda hæreditate. leg. in repudiande 23. ff. hoc tit. Ego rationem ſuprà adduxi, cum diſſererem de acquirenda hæreditate. ex leg. in totum. 77 ff. de regu. iuris. In totum omnia, quæ animi deſtinatione agēda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia perfici poſſunt. Exempla ſunt in l. is qui hæres. 13. § vlt. & l. ſeq. ad §. ſi quis dubitet, &c. quia dubitat, an ſibi delata ſit hæreditas ex l. is, qui putat. ff. eo. Is qui putat hęredem ſe neceſſarium eſſe, cum ſit voluntarius, hęc opinio ei nocet quominus ſibi hæreditatem acquirat. Nam intelligit ſibi delatam eſſe hæreditatem, ſed cauſam delatæ ſibi hæreditatis ignorat, repudiatio non valet. Credibile eſt eum, ſi exiſtimaret ſe voluntarium eſſe hæredem, vt re vera eſſet, nō repudiaturum. In opinione eſt eum eſſe neceſſarium hæredem, in veritate eſt eum voluntarium eſſe. hæc opinio facit, vt repudiatio ei non noceat. Cogitat enim ſi neceſſarius ſit hæres, tamen nomen hæredis habiturum, etſi beneficium abſtinendi habeat à Prætore.

Tertium eſt quod diximus habilitatem perſonarum neceſſariam eſſe. Oportet eum qui repudiat, idoneum eſſe ad repudiandum, alias repudiatio ei non nocet, & huc pertinet regula in l. is poteſt. 18. ff. hoc tit. Is poteſt repudiare qui acquirere poteſt. Eodem pertinet l. 4. ff.

Digitized by Google

hoc tit. Nolle hæreditatem repudiare, inquit, oon videtur, qui non poteſt adire. hinc dicitur, pupillum ſine tutore non poſſe repudiare: ſicut nec adire. l. obligari. 9.§. tutor. ff. de auct. tut. & §. ſed neque. Inſtit. eo. Notandum tamen eſt, ſi nõ habeat tutorem, ſufficere magiſtratus auctoritatem, vt dicitur in leg. ſi infanti. ad fi. C. de iure deliberandi. Hinc etiam conſequens eſt, filiumfamilias non poſſe hęreditatem ſibi delatam repudiare, ſine iuſſu patris. l. 13, qui hæres. 13. §. vlt. ff. hoc tit. Ex his primum notandum eſt, filiumfamilias ſine iuſſu patris nõ poſſe hæreditatem repudiare. Ratio eſt, quia non poſſet hæreditatem acquirere ſine iuſſu patris ſui. l. 25. ſi quis mihi §. iuſſum. Ergo nec repudiare.

Secundũ eſt, quod pater non repudiat ſine filio. Nã non poſſet acquirere ſine filio. & hoc expreſſum eſt in leg. remittente. 11. Cod. de iure deliberandi. Nam hoc præiudicium adferret filio. Quia filius, ſi factus ſit ſui iuris, poterit eam hæreditatem acquirere. Solet quæri, an idem dicendum ſit de filiofamilias infante: an pater ſolus poſſit eam repudiare? Sunt qui exiſtiment patrem ſolum repudiare poſſe. quia pater filio infanti poteſt acquirere ſolus hæreditatem infanti delatam. leg. ſi infanti. Codic. de iure deliberandi. hoc eſt ſiogulare: ſi poteſt ipſe pater ſolus hæreditatem acquirere: ergo & repudiare poteſt. Sed probabilior mihi videtur cõtraria opinio, vt quod hic dicitur intelligamus generaliter ſiue infans ſit filius, ſiue infantiæ annos exceſſerit. Non obſtat ſeotentiæ noſtræ regula, *Is poteſt repudiare, qui poteſt adire*. l. ſi infanti. C. de iure deliber. Nam hæc regula eſt intelligenda de his qui adeũt pro ſe, non alieno nomine. quod diligenter eſt notandum. Qui poteſt acquirere & pro ſe adire hæreditatem, is poteſt etiam repudiare. Sed de his, qui acquirunt aliis adeundo hæreditatem, id non eſt accipiendum. Exemplum eſt in l. tutor. 8. ff. de bon. poſſeſ. vbi dicitur, tutorem pupillo bonorum poſſeſſionem delatam agnoſcere poſſe: repudiare non poſſe.

Tertium eſt, quod colligitur ex hac lege, vtroſque & patrem & filium poſſe repudiare hæreditatem, quæ filiofamilias delata eſt: neque filius ſine patre repudiãdo: neque patrem ſine filio, nocet alteri. Si autẽ mutuo conſenſu repudiauerint, repudiatio valet. hoc æquitati & rationi maxime conſentaneum eſt, quamuis ſubtilitas iuris refragetur: quia iuſſus debet præcedere. Qui enim non poteſt adire, is non poteſt repudiare. hæreditas non poteſt adiri, quæ filiofamilias delata eſt, niſi præceſſerit iuſſus patris. dicta leg. ſi quis mihi bona. 25. §. iuſſum. ff. hoc tit. Ergo videtur etiam non poſſe repudiari: niſi pręceſſerit iuſſus patris. Sed tamen hic ad vtilitatem magis, quam ad ſubtilitatem reſpexerunt Iureconſulti. Et ſimile eſt quod dicitur de aditione hæreditatis. l. 4. filiofamilias delata, &c. vbi C. de iure delibet. iuſſus patris non præcedit: ſed pater gerit ſe pro hærede filij voluntate: & perinde acquiſitam eſſe patri hæreditatem dicimus, ac ſi omnia ſolenniter acta eſſent. Idem dicendum eſt de repudiatione hæreditatis: vt cum filio delata eſt hæreditas, vterque ſimul repudiare poſſit. Sequens locus eſt, in quo quæritur, quomodo hæreditas omittatur.

Quomodo hæreditas omittatur.

CAP. IX.

IN hac quæſtione idem dicendum eſt, quod ante à nobis dictum fuit de hæreditate acquirenda. Nam ſicut diximus acquiri hæreditatem ſola voluntate, ſola animi deſtinatione: ita dicendum eſt hæreditatem omitti, vel repudiari ſolo animo, ſolo iudicio volũtatis, vt dicitur in Inſtit. tit. de hęred. qualita. §. vlt. in l. recuſati. 95. ff. hoc titul. vbi dicitur, recuſari hæreditatem, ſi verbis quis expreſſerit ſe nolle hęredem eſſe: ſed etiam ſi re & facto tantum oſtenderit ſe hæredem eſſe nolle, dicitur repudiare hæreditatem. & hæc verba oſtendũt idem, quod diximus de acquirenda hæreditate, ſcilicet facti eſſe & animi. l. 20. pro hærede. Animus in primis neceſſarius eſt: ſed oportet animum facto aliquo oſtẽdi, ſi verbis nõ exprimatur. Et hinc notandũ eſt tacitã repudiationẽ hæreditatis nõ minus valere, quã expreſſam: quia ſufficit quocũque iudicio voluntatis oſtendere, ſe nolle eſſe hæredem. Huius rei exempla aliquot reperiuntur. Vnum eſt in l. filium. 60. ff. hoc tit. Quidã eſt inſtitutus teſtamento defunctitia cum altas intelligeret ſe ſuccedere poſſe ab inteſtato, etſi inſtitutus hæres non eſſet in teſtamento: adiit hęreditatem ab inteſtato: hoc caſu videtur hæreditatem repudiare ex teſtamento. Repudiatio enim quædam tacita eſt hęreditatis ex teſtamento delatæ, cũ quis adiit hæreditatẽ ab inteſtato. Nõ enim ante ab inteſtato adiri poteſt, quã repudiata fuerit ex teſtamento, l. quãdiu. 68. ff. eo. Ergo tacite videtur hæreditatem ex teſtamẽto repudiare. Et hoc eſt magni effectus ſi forte ſubſtitutũ habeat: nam tunc locum faciet ſubſtituto, hæreditatem adeundo ab inteſtato, & excluſo inſtituto ſubſtitutus admittetur: quia hæc verba, *Si hæres non erit*. in ſubſtitutione vulgari, intelligimus, ſi hæres non erit ex teſtamento. l. 3. C. de impuber. & aliis ſubſtit. Certum eſt ſubſtitutum excludere legitimum hæredem, qui ab inteſtato ſuccederet, vt dicitur in d. l. 3. C. de impub. & aliis ſubſtit. *Et ſi hæres non erit, &c.* hic eſt inſtitutio, & ſubſtitutio. Eſt inſtitutus filius, & ei ſubſtitutus alius. Sequitur in d. l. filium. 60. ff. hoc tit. *Et ita hæreditatem, &c.* filius cũ crederet à demente factum eſſe teſtamentum: cũ crederet patrem ſuum demẽtem fuiſſe, cum teſtamẽtum fecit, & ſe hæredem inſtituit, petiit bonorum poſſeſſionem ab inteſtato. Quærebatur quid iuris eſſet, an locus eſſet ſubſtituto? Labeo exiſtimauit, ſi probaretur ſana mente patrem teſtamentum feciſſe, filium ex teſtamento patri hæredem eſſe. Iabolenus Labeonis ſententiam non probat. *Hoc*, inquit, *falſum eſſe puto, &c.* & in fi. ibi, *Paulus quoque, &c.* hic ſequitur quædam nota Pauli. Sunt enim verba Pauli, qui notas ſcripſit ad Priſcum Iabolenum.

Aliud exemplum eſt in l. 90. Clodius. ſſ. eo. Claudius Claudianus teſtamentũ iure & vtiliter fecit: in eo hæredem quendam inſtituit. Deinde aliud teſtamentum fecit: ſed inutiliter eundem inſtituit hæredem in eo teſtamento, quem inſtituerat in primo. hæres adiit hæreditatem ex poſteriore teſtamento, quod inutile eſt: tacite videtur repudiare hæreditatem ex priore teſtamento, atque ita excluditur ab hæreditate, & defunctus intelligitur inteſtatus deceſſiſſe. adiit hęreditatem ex poſteriore teſtamento, quod non poteſt: quia poſterius teſtamentum eſt inutile. ex priore teſtamento quod eſt vtile, non adiit: ſed potius repudiat. Eſt igitur repudiationis tacitæ exemplum: tamen hic proponitur ſpecies, de qua non immerito dubitatum fuit. quia proponitur ex poſteriore teſtamento adiiſſe hæreditatem, cum crederet poſterius teſtamentum valere. Variæ adferebantur opiniones, cum res iudicanda eſſet ſecundum opinionem Papiniani, pronunciatum eſt Claudianum inteſtatum deceſſiſſe, quod ex eius teſtamento adita hæreditas non fuerit. Ex poſteriore teſtamento hæreditas non fuit adita, quia inutile fuit teſtamentum. Ex priore teſtamento propter defectum voluntatis non videtur adita eſſe hæreditas. Paulus, cuius hoc caput eſt, diſſentiebat. *Dicebam*, ait in fine, non repudiare eum ex priore teſtamento, qui putabat poſterius valere. Verum eſt, ſi ſciens ſine vllo errore hæres inſtitutus adiit ex poſteriore teſtamento, eum

procul-

proculdubio ex priore videri repudiare. Sed idem dici non debet de eo, qui putabat poſterius teſtamẽtum valere. Non conſennunt, qui errant: hic animus deficit & voluntas. *Dicebam*, inquit Paulus. Hoc ſumptum eſt ex libris Decretorum, in cognitione ita decretum eſt. Decretum eſt Claudianum inteſtatum deceſſiſſe. Quid igitur ſequemur, an hoc decretum, an ſententiam Pauli? Similes quæſtiones alias tractauimus ad leg. Æmilius. ff. de minoribus. vbi Paulus referens decretum quorundam, videtur in alia opinione eſſe. Exiſtimo ſequendam eſſe ſententiam Pauli ex voluntate Iuſtiniani compoſitoris horum librorum; cum hoc ex libris Pauli ſumptum ſit à Iuſtiniano, & in hunc locum tranſlatum. Ex hoc appatet ei placuiſſe ſententiam Pauli, nec dubia eſt ſententia Pauli, cum dicit, *Dicebam, &c.* Alia hic continent veluti hiſtoriam quandam. Sed quid ſentiat exprimit his verbis, cum ait, *Dicebam, &c.* Et quod hic ſcriptum eſt, attribuendum eſt Iuſtiniano, & ſic accipiendum eſt ac ſi Iuſtinianus ipſe loqueretur. *Omnia*, inquit, Iuſtinianus in quadam conſtitutione de vet. iure enucle. *noſtra facimus, & plenum robur addimus.* Pone igitur Iuſtinianum hic dicere, quod Paulus hic dicit, & referre quod ab aliis eſt pronuntiatum, nemo dubitabit, quin auctoritas Iuſtiniani hic ſequenda ſit. Exemplum igitur tacitæ renuntiationis & repudiationis ex hoc loco colligi poterit, cum abſque vllo errore ſciens, & prudens hæres inſtitutus ex poſteriore teſtamẽto adit hæreditatem: quo caſu ex priore teſtamento intelligitur repudiaſſe. Hæreditas igitur voluntate & animi deſtinatione omittitur & repudiatur ſiue tacita, ſiue expreſſa. Hoc eſt intelligendum ſi res integra ſit, id eſt, ſi contraria voluntas hæredis non anteceſſit, ita enim hoc accipiendum eſt, vt antea admonuimus. Non minus acquiritur hæreditas animi deſtinatione, quam omittitur. Itaque ſi hæres voluerit hæres eſſe: deinde negauerit ſe velle hæredem eſſe, hac animi deſtinatione non videtur repudiata eſſe hæreditas. Quia præceſſit voluntas contraria. & hæreditas repudiari non poteſt, niſi re integra: quæſita enim repudiari non poteſt, quæſita dicitur ſola animi deſtinatione. Hinc variæ quæſtiones naſcuntur. Vna eſt in l. 3. C. de repud. hæred. *Suus hæres, &c.* Species huiuſmodi eſt, Teſtamentum factum eſt à quodam patre, in quo filius eius eſt forte exhæredatus. Is dixit teſtamentum patris iniuſtum eſſe, ne hæres inſtitutus in teſtamento ſuccederet patri. dixit non ſolenniter, non iure factum eſſe teſtamentum. Deinde cum lis videretur dubia, & incertus eius litis euentus, tandem res tranſacta eſt: ad tranſactionem & deciſionem litis ventum eſt. Hic filius tranſigendi animo dixit, ſe nihil petiturum ex paterna ſucceſſione. hic quæritur, an hæreditas intelligatur repudiata eſſe, an hoc ſufficiat ad repudiationem? imperator reſcribit ad repudiationem hoc non ſufficere, quod non fuerit animus repudiandæ hæreditatis. Hæreditas repudiatur, & omittitur animo, vt iam diximus: hic autem apparet non fuiſſe animum repudiandæ hæreditatis. Primum, qui dicit inofficioſum eſſe patris teſtamentum, qui dicit iniuſtum patris teſtamentum, videtur hoc animo eſſe, vt hæreditatem acquirat ab inteſtato. leg. cum quidam. 14. ff. de bon. poſſeſ. Cum quidam diceret iniuſtũ patris teſtamentũ, nõ petiit bonorũ poſſeſſionẽ intra tempus: quærebatur an excluſus ſit à petẽda bonorũ poſſeſſione? Dicitur excluſus nõ eſſe. Nã dicendo teſtamentum falſum, videtur animum habere agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis. Secundo, quia pactus eſt animo tranſigendi, non donandi, litis cauſa videtur pactus eſſe. At tranſactio non valet: niſi de re dubia facta ſit: oportet aliquid datũ eſſe tranſactionis nomine. l. trãſactio. C. de tranſac. Si quis dicat aliquid ſaltem conueniſſet ſed videndum eſt ad quem finem: animo autem tranſigendi hoc factum eſt, non donandi. Eſt locus communis de tranſactione. & pars quædam huius reſcripti eſt in l. C. de tranſact. in l. tranſactio nullo dato. Alia quæſt. eſt C. de repud. vel abſt. in leg. 4. ſi quis maior. Is, cui delata eſt hæreditas, dicit ſe velle hæredẽ eſſe: deinde pœnitentia ductus dixit ſe repudiare: an ſit omiſſa hæreditas hac repudiatione, an valeat repudiatio? Ait Imperator omiſſam hæreditatem non eſſe, quæ prius quæſita fuit, & reſpondet obiectioni. Poteſt enim obiici conceſſum in iudicio haberi pro iudicato. l. 1. ff. de confeſſ. At is, qui dicit hæreditatem ſe repudiare, videtur confiteri ſe hæredem non eſſe. Videtur hæc confeſſio ſaltem ei nocere. Sed reſpondet Imperator, Sicut maior, repudiando hæreditatem, quæ ſemel quæſita eſt, nihil agit: hoc nihil ad rem pertinet quod dicitur de confeſſione. Confeſſus habetur pro iudicato: ſed hic confeſſio non eſt. Multum intereſt, an quis dicat ſe hæreditatem repudiare: an vero confiteatur ſe hæredem non eſſe. Et hoc vulgo dicitur obſeruandum eſſe pro puellis nubentibus, quib. dos cõceditur ita, vt repudient hæreditatem paternam. Aliquando accidit vt frater collocando ſororem ſuam det ei dotem: ita vt repudiet hæreditatem paternam. ſi iam immiſcuerit ſe hæreditati paternæ, hæc repudiatio ei non nocet. Non poteſt repudiari hæreditas quæ ſemel adita eſt: ante immixtionem valeret ea repudiatio, poſt immixtionẽ nullius eſt momenti. Atque ideo plenius eſſet accipienda repudiatio, non vt ſimpliciter dicat ſe repudiare hæreditatem: ſed ſe donare fratri, & cedere ius quod ſibi competit ex ſubſtantia paterna. Nam ſi ſimpliciter repudiauerit, ea repudiatio ei nocere non poteſt.

Sequens quæſtio eſt, an tempore hæreditas omittatur? an tempore quis ab hæreditate excludatur? Diſputatum fuit ſuprà de tempore. ego admonui, nihil certi definitum eſſe legibus de tempore, quod conſtituitur ad eundem hæreditatem. Verum eſt inſtantibus creditoribus, vel aliis quorum intereſt, poſſe iudicem aliquod tempus ſtatuere hæredi intra quod cogatur hæreditatem adire vel repudiare: ſed nullum certum tempus reperitur conſtitutum iure ciuili, niſi in bonorum poſſeſſione: ſed aliud eſt. Diximus autẽ, quia omnes actiones perſonales tolluntur ſpatio triginta annorum, ſatis iuri conſentaneum eſſe, vt idem dicamus de aditione hæreditatis: alias temporis ſpatio non tollitur. Et hoc minus dubium eſt in ſuis hæredibus, quia ſui hæredes ſtatim fiunt ipſo iure, quo ſpatio temporis poſſet illud ius tolli. l. licet. C. de iure deliber. & l. 10. ſi filius qui patri. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. Sed vnum notandum eſt, quod ad ſuos attinet, petitioni hæreditaria præſcribi ſpatio triginta annorum: ſicut aliis perſonalibus actionibus præſcribitur. l. ſicut & l. omnes. C. de præſcrip. triginta anno. Excluſo autem eo petitione hæreditatis, non poteſt conſequi hæreditatem. Hactenus de modo & ratione omittendæ hæreditatis. Poſtremus locus de effectu.

De effectu repudiationis vel abſtentionis.

CAP. X.

PRæcipuus effectus repudiationis vel abſtentionis hic eſt, quod repudiatione, vel abſtentione hæreditas omnino amittitur: ita vt nullum ſit poſtea remedium, vt is, qui repudiauit, vel abſtinuit, vnquam poſſit ad eam hæreditatem admitti. leg. ſicut maior. 4. Cod. de repud. hæred. vbi maior vigintiquinque annis delatam repudians ſucceſſionem, poſtea quærere non po-

immixtione confuſa ſunt bona patris cum bonis filij: effectum eſt vnum atque idem patrimonium. Ideoque pupillaris hæreditas, quaſi portio quædam hic eſſe videtur paternæ hæreditatis. Ac igitur accreſcit etiam inuito hæredi.§.his ita.C.de caduc.tollen.& l.qui ex duabus.53.ff.hoc tit. Natura eſt iuris accreſcendi, vt inuito accreſcat. Certum eſt, ei, qui adiit hæreditatem pro parte: alteram quoque partem deficientem etiam inuito accreſcere. Quæſtio eſt, an accreſcat iure accreſcendi, an iure ſubſtitutionis? Ego contendo iure accreſcendi accreſcere, ex l.59. qui patri. ff. hoc tit, vbi aperte dicitur iure accreſcendi acquiri, quamuis aliqui diſſentiant.

Sed qeid intereſt, dixerit aliquis, an iure accreſcendi, an iure ſubſtitutionis ipſi acquiratur? Hoc planum faciam in interpretatione huius legis. Animaduertendum eſt in hac lege, qui patri. quædam ſingularia reperiri. Primum eſt, quod ius accreſcendi locum habet poſt aditam patris hæreditatem à filio. Teſtator inſtituit filium ſuum hæredem cum Titio: filius extitit hæres patri, eſtque ei acquiſita pars hæreditatis adeundo & immiſcendo, & ea nihilominus acquiritur iure accreſcendi poſt mortem pupilli cohæredi, qui ſubſtitutus pupillariter fuit. Sic enim accipere debemus in hac ſpecie: ſicut in leg. quidam elugio. filium impuberem extitiſſe hæredem patri: Id non adeo clare expreſſum eſt in hac leg. qui patri. ſicut in l. quidam elogio ſed ſatis oſtendunt verba Iureconſultorum vnitam fuiſſe & coniunctam pupillarem hæreditatem & paternam hæreditatem, per immixtionem ſcilicet, nam pro parte ſe immiſcuit impubes inſtitutus paternæ hæreditati. Concurrit hic ius accreſcendi & ſubſtitutio pupillaris: defertur ei vtrumque ius, & præualet hic ius accreſcendi. Hoc igitur habet ius accreſcendi ex natura pupillaris ſubſtitutionis cum qua coniungitur, quamuis alias per ſe ius accreſcendi non habeat locum poſt quæſitam hæreditatem. leg penult. Interdum. ff. de vſufr. accreſcen. Sed natura hæc eſt ſubſtitutionis, vt poſt aditam hæreditatem locum habeat. Subſtituitur filio impuberi non ſolum ſi is hæres non erit: ſed etiam ſi hæres eris, & poſt aditam hæreditatem impubes deceſſerit. hic coniunctio quædam repetitur iuris accreſcendi & ſubſtitutionis.

Aliud ſingulare eſt, quod hæreditas vna alteri hic accreſcit. Nos vulgo dicimus eiuſdem hæreditatis partem alteri accreſcere, non autem vnam hæreditatem alteri accreſcere. Sed hic vna hæreditas alteri accreſcit. Sed habetur quaſi vna atque eadem hæreditas propter confuſionem: quia filius immiſcuit ſe hæreditati paternæ. Hac immixtione confuſa ſunt bona pupilli cum bonis patris. Hoc etiam ſubſtitutio ad ſe trahit ex natura iuris accreſcendi, quod ad hæredem transfertur, quamuis alias non tranſeat ad hæredem ſubſtitutio. l. ſi ex pluribus. ff. de ſuis & legit. hæred. In hac autem ſpecie in qua concurrit ius accreſcendi cum ſubſtitutione: ſicut aliquid aſſumit ius accreſcendi ex natura ſubſtitutionis, ita etiam ſubſtitutio aliquid aſſumit ex natura iuris accreſcendi. His, quæ dicimus, obiiciuntur quædam leges vt contrariæ, de quibus infra dicemus.

Cæpta eſt diſputatio de ſeparatione paternę & pupillaris hæreditatis, quæſitum fuit an repudiata paterna hæreditate, poſſit hæreditas pupillaris adiri, aut contrà. Diximus eum, qui adit paternam hæreditatem, cũ inſtitutus eſt à patre impuberis ex dimidia parte, non poſſe eum ſubſtitutionem pupillarem repudiare, hæreditatem quæ ſibi defertur ex ſubſtitutione pupillari. leg. quidam elogio. C. de iure deliber. & l. qui patri. ff. hoc tit. Sed huic ſententiæ magnopere videtur aduerſari l.40. quæſitum. cum ſequen. leg. filius. 41. ff. eodem tit. vbi is, qui repudiauit paternã hæreditatem, nihilominus pupillarem hæreditatem amplectitur. Sic admittitur ſeparatio vtriuſque hæreditatis & paternæ & pupillaris. *Quæſitum eſt*, inquit Vlpian. *an licet quis paterna hæreditatis nihil attingat, &c.* Species eſt, Quidam inſtituit duos filios ſuos ex æquis partibus, cum alius impubes eſſet: & alterum impuberi ſubſtituit in ſecundum caſum, Si impubes deceſſerit. Poſt mortem teſtatoris alter, qui pubes erat hæreditatem paternam attingere noluit, eam omiſit, ac repudiauit. is poſtea mortuo altero impubere, & ſic delata hæreditate impuberis ad eum ex ſubſtitutione pupillari, voluit eam hæreditatem amplecti. quæritur, an teneatur creditoribus patris, quaſi non poſſit amplecti pupillarem hæreditatem, repudiata paterna? In hac ſpecie videbatur Iuliano fraudulenter facere, eum repudiat paternam hæreditatem & amplectitur pupillarem. effectu enim vtriuſque bona conſequitur, & perinde eſt ac ſi quis vna manu aliquid abiiciat, altera capiat, & hoc videtur in fraudem factum: atque ideo exiſtimabat Iulianus eum nihilominus teneri creditoribus hæreditariis. Itaque ſequitur in dicta leg. quæſitum. *Sed Marcellus, &c.* Hic notas ſcripſit in Iulianum: notat ſententiam Iuliani in hac ſpecie. *Et diſtinxit, &c.* Refert an hoc caſu ſubſtitutus fuerit hæres inſtitutus ex aſſe. Si fuerit hæres inſtitutus ex aſſe, & nihil attigerit hæreditatis paternę, non poterit pupillarem hæreditatem amplecti: quia non adita hæreditate ex paterno teſtamento, euaneſcit pupillaris ſubſtitutio. Sed ſi non ſit ex aſſe inſtitutus, poteſt hæreditatẽ impuberis amplecti. Prætermitto præcedentem clauſulam, *Nam qui, &c.* Hoc mouebat Iulianum, quod dicebat eum, qui parentis iudicium oppugnaret, non debere quicquam ex eius hæreditate conſequi. In hac ſpecie hæres inſtitutus à patre, & ſubſtitutus impuberi, iudicium parentis videtur oppugnare. Is qui non adit hæreditatem ex paterno teſtamento, videtur eius teſtamentum oppugnare. leg. filio pater. 84. ff. de leg. I. Cum ergo eius teſtamentum oppugnet, non videtur quicquam conſequi debere ex eius hæreditate. At conſequitur aliquid ex eius hæreditate. Nam ſuccedit pupillo. Sed hæc ſententia non placuit Marcello. Simile eſt in legibus ſequentibus. In l. 41. *Filius qui ſe paterna, &c.* hic quoque videtis admitti ſeparationem hæreditatis paternæ & pupillaris. Filius ſe abſtinuit paterna hæreditate, poteſt nihilominus obtinere hæreditatem ex ſubſtitutione ſibi delatam, quia ſubſtitutus fuit fratri ſuo impuberi. Simile eſt in l. ſequen. 42. Iulianus. & coniungi debet cum l. quæſitum. cum eadem ſit vtriuſque inſcriptio. In ea l. Iulianus, ibi, *Iulianus, &c. Inclinat enim, &c.* Admirabilis fuit hæc Iuliani ſententia, quæ etiam à Marcello notata eſt. Credebat Iulianus ſubſtitutum filio impuberi teneri creditoribus paternis, etiam ſi pupillus paterna hæreditate ſe abſtinuerit. Si proponeremus pupillum ſe immiſcuiſſe paternæ hæreditati, vera eſſet Iuliani ſententia. Non enim poſſent hæreditates ſeparari. Sed filius impubes proponitur abſtinuiſſe paterna hæreditate: ſubſtitutum ei extitiſſe hæredem ex ſubſtitutione pupillari, & nihilominus putabat Iulianus cogi eum reſpondere creditoribus paternis. Hoc mouebat Iulianum, quod tametſi in hoc caſu ſubſtitutus ex hæreditate paterna nihil conſequeretur: tamen ex iudicio & diſpoſitione patris hoc conſequi: & videtur vnum atque idem teſtamentum eſſe patris & pupilli, atque ita reſpondit Iureconſultus Iabolenus in l. paterfam. ff. de priuileg. credit. Sententia hæc reprehenſa eſt à Marcello, quia impugnat vtilitatem pupilli. Intereſt enim pupilli, ſubſtitutum ſibi non teneri in hoc caſu reſpondere creditoribus hæreditariis, vt facilius habeat hæredem ex teſtamento ſibi facto, qui alioqui aditurus non eſt metu onerum: & ſi frater ſit, qui alioqui

ſucceſſurus erat ab inteſtato, poterit omittere hæreditatem ex teſtamento & ſuccedere ab inteſtato metu onerum. Nec edictum Prętoris, Si quis omiſſa cauſ. teſta. hic locum habet. id enim factum videtur non fraudandorum legatariorũ gratia, ſed ne implicetur oneribus hæreditatis paternæ. In his legibus videtis ſeparationem admitti hæreditatis paternæ & pupillaris, ita vt hæres, qui repudiat paternam hæreditatem, nihilominus ſibi acquirat pupillarem hæreditatem ex ſubſtitutione pupillari: Sed hæc videntur iis, quæ ſuprà diximus ex l. quidam elogio. Cod. de iure delib. & l. qui patri. ff. hoc tit. aduerſari, & eſt difficilis antinomia: ſed duo caſus mihi videntur hic conſiderandi eſſe. Primus caſus eſt, cum quis adit hæreditatem paternam, & vult repudiare hęreditatem pupillarem, vt in caſu l. quidam elogio. & leg. qui patri. & hoc caſu cogitur quoque pupillarem amplecti. Idque expreſſum eſt in vtraque lege, præſertim in lege quidam elogio. Cohæres filij impuberis, eidem filio impuberi ſubſtitutus eſt pupillariter: hic cohæres adit paternam hæreditatem pro parte ſua, deinde hæreditas pupillaris ei delata eſt: ea hæreditas pupillaris ei inuito accreſcit, quaſi pars eiuſdẽ hæreditatis ſit propter confuſionem, vt diximus ſuperius.

Secundus caſus eſt, cum quis vult hæreditatem tantum pupillarem, non etiam paternam adire: is abſtinet à paterna hæreditate; ſed pupillarem hæreditatem amplecti vult. & hoc caſu dicendum eſt eum poſſe pupillarem habere ſine paterna, vt dicitur in dicta. l. quæſitum. & legib. ſequentibus. Fauor & vtilitas pupilli hanc varietatem inducit. Non poteſt adire hæreditatem paternam, & repudiare pupillarem: ſed tamen è conuerſo poteſt amplecti pupillarem hæreditatem repudiando paternam. Hic videtis ſpecies eſſe diuerſas. ideo non eſt mirum ſi ius diuerſum reperiatur. Notandum tamen eſt, ſi pupillus. cui alius ſubſtitutus eſt, hæres extiterit patri, nullam habẽdam eſſe diſtinctionem, cum quæritur de ſeparatione vtriuſque hæreditatis. Si ponamus vt in ſpecie l. quidam elogio. pupillum antequam deceſſerit extitiſſe hæredem patri tunc dicẽdum eſt neutram ab altera ſeparari poſſe. iuncta enim hæreditas cœpit eſſe. l. 8. qui liberis. §. filio impuberi. In alia libra eſt l. 9. & incipit, Sed ſi plures. ff. de vulg. & pupillari ſubſtitutione. hæreditatem enim paternam acquiſiuit filius impubes, deinde deceſſit impubes. vnde cum fuerint confuſa bona patris cum bonis pupilli, non poteſt fieri ſeparatio, vt quis adeat bona patris, ſine bonis pupilli: aut contra bona pupilli, ſine bonis patris: iuncta enim hæreditas eſſe cœpit. Eodem pertinet quod dicitur in leg. patrifamilias. ff. de priuileg. cred. In ea l. paterfamil. de priuileg. credit. quęſtio tractatur, de qua Iabolenus ex facto conſultus reſpondit. Quæſtio eſt, an pupillus qui deceſſit impubes, cuius hæreditas ex ſubſtitutione pupillari delata eſt ſubſtituto, teneatur creditoribus paternis: aut iam is qui ei ſubſtitutus eſt, ſi adita non fuerit hæreditas patris, an nihilominus teneatur? Cõſultor de eo dubitabat: quia intellexerat idem eſſe teſtamentum patris & filij atque ideo putabat pro vna atque eadem hæreditate vtranque habendam. Reſpondit tamen Iabolenus neque pupillum teneri creditoribus hæreditariis: qui non adiit: neque ipſum ſubſtitutum. Tametſi enim varia ſit lectio eius legis, nam in quibuſdam libris negatio eſt, in aliis deſideratur negatio: tamen ſi inſpiciatur diligenter totus ille contextus, ſatis apparebit ex ſententia Iaboleni non teneri ſubſtitutum creditoribus paternis, niſi quo caſu filius impubes ante mortem immiſcuerit ſe hæreditati paternæ. In reſponſo illo Iaboleni eſt negatio in Pandect. Florent. *Seruandum non eſt, &c.* Totus ille locus mihi valde eſt ſuſpectus: ſed ſi quis diligenter expendat verba quę ſequuntur, non dubitabit, qui ita ſentiat Iabolenus, neq; pupillum ipſum qui ſe nõ immiſcuit paternæ hæreditati: neque ei ſubſtitutum teneri creditoribus paternis. Ex his intelligi poteſt ſenſus l. 10. ſi filius, qui patri. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. cum ait Iureconſultus ſeparationem hæreditatis paternæ & pupillaris permittendam eſſe, ſi quis nolit hæres eſſe patri: ſed tantum filio impuberi. *Si filius, qui patri, &c.* Si filius hæres extitit, ipſo iure ſine immixtione, non amiſit beneficium abſtinendi, *Recuſet.* quod poteſt ante immixtionem præſertim. Hæc verba ſignificant & in eo qui frater non eſſet, neque ab inteſtato ſucceſſurus eſſet, idem dicendum eſſe. Hic videtis eum qui recuſat hæreditatem paternam, non prohiberi amplecti & adire hæreditatem pupillarem ſibi delatam ex ſubſtitutione pupillari. Subſtitutio igitur pupillaris adiri poteſt ſine paterna hæreditate: & qui recuſat paternam hæreditatem, non ideo excluditur à pupillari hæreditate. Hoc eſt intelligendum cum exceptione, modo aliquis hæres exiſtat, cuius aditione confirmatur pupillaris ſubſtitutio.

Nam non adita hæreditate ex teſtamento paterno, euaneſcit pupillaris ſubſtitutio. d. l. ſed ſi plures. 9. §. ſed ſi ex aſſe. ff. de vulga. ſubſtit. Sed mirum forte videbitur alicui quod in locis iam adductis, in quibus dicitur poſſe adiri hæreditatem pupillarem ſine paterna, nulla mentio fiat hæreditatis paternæ, ſicut in dicta leg. ſi filius, qui patri. ff. de vulgar. ſubſtit. in l. quæſitum. & legib. ſeq. ff. hoc tit. Itaque vulgo dicitur ſuitatem ſufficere ad confirmationem ſubſtitutionis pupillaris. Et quod dicitur non valere ſubſtitutionem pupillarem, niſi teſtamentum fuerit confirmatum aditione, & niſi ex teſtamento paterno adita fuerit hæreditas. l. 2. ff. de vulga. ſubſtit. aiunt ſatis eſſe, ſi exiſtat ſuus hæres. vnde dicunt, exiſtentia ſui hęredis, confirmari tabulas pupillares: & ſic dicunt accipiendum eſſe. Hæc tamen ſententia mihi nunquam probari potuit: nec vſquam reperi expreſſum quod dicunt de vi ſuitatis in hac re. Vnus tantum caſus reperitur de fideicommiſſaria libertate in leg. cum quaſi. 30. §. ſed & ſuus. ff. de fideicom. liber. Sed fauor libertatis exigit vt ſuitate confirmetur libertas per fideicommiſſum relicta, perinde ac ſi adita eſſet. Et notandum eſt quod in dicta l. quæſitum. dicitur, Si fuerit Inſtitutus ſolus hæres ſine cohærede, quomodo repudiare poteſt paternam hęreditatem, & pupillarem amplecti? Quia repudiata hęreditate ex paterno teſtamento euaneſcit pupillaris ſubſtitutio. Et falſum eſt quod dicunt Iureconſultum loqui de extraneo. Nam loquitur de filio. *Nam qui iudicium parentis, &c.* requirit hic aditionem hęreditatis, vt valeat ſubſtitutio pupillaris: & tamen loquitur de filio, qui fratri impuberi ſubſtitutus eſt. Alij quidam ſimiles loci reperiuntur, velut in leg. 1. §. vlt. ff. vt in poſſeſ. legat. ſeru. *Tunc ante aditam, &c.* Legata relicta in teſtamento nõ debentur, cum neceſſarij hæredes abſtenti ſunt, & tantum remanet illa ſuitas poſt abſtentionem. Hoc ius igitur ſuitatis non ſufficit ad confirmationẽ teſtamenti, vt legata debeantur. Hoc quidam non negant: ſed dicunt ſubſtitutionem pupillarem confirmari, quod probari non poteſt iudicio meo. Similis locus eſt in l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. ad Senatuſcon. Trebellia. *Idem Iulianus, &c.* Oportet ſaltem vnum ex hæredibus cogi adire hæreditatem, vt valeat fideicommiſſum. nec ſufficit illud ius hæredis ſui, quod dicitur remanere poſt abſtentionem hæreditatis. Huius ſententiæ auctores ac defenſores, eo argumento adducti ſunt, quod viderent in l. filius qui ſe paterna. 41. ff. hoc tit. & leg. ſi filius qui patri. 10. ff. de vulgar. nullam fieri mentionem aditionis: ſed leue eſt hoc argumentum, iudicio meo, vt oſtendi ſub tit. de vulgari ſubſtit. Nam ideo omiſſa fuit mentio aditionis, quia de vi pupillaris

ſubſti-

ubſtitutionis non erat quæſtio. Quæſtio erat, an quo caſu valet pupillaris ſubſtitutio, poſſit ex pupillari ſubſtitutione hæreditas adiri recuſata paterna hæreditate? Vnde cum talis quæſtio proponitur, an hæreditas patris poſſit recuſari, & hæreditas pupillaris adiri: præſupponendũ eſt, quo caſo valet pupillaris ſubſtitutio, de quo non erat quæſtio in eo loco. ideo nihil neceſſe erat de vi ſubſtitutionis pupillaris dicere. & hoc diuinare eſt: quia vt vulgo dicunt, nihil opus fuit aditionis mentionem fieri, cum tantum quæreretur, quo caſu pupillaris ſubſtitutio valet, an poſſit ſeorſum adiri ſubſtitutio pupillaris. Sic intelligo l. filius qui patri, & legem, filius, qui ſe paterna. & l. Iulianus. & alias leges huius tituli.

IN TIT. III.

QVEMADMODVM TESTAMENTA APERIANTVR, INSPICIANTVR, & deſcribantur.

Cap. I.

HOc eſt ipſius tituli argumẽtum. Quia multis variiſque ex cauſis accidit vt noſtra interſit, poteſtatem nobis fieri inſpiciendi & legendi teſtamenta, vel tabulas, quæ ad teſtamenti cauſam pertinent: ideo propoſitum eſt à Prætore hoc edictum de teſtamentis aperiendis. Ex hoc igitur edicto competit ius petendi inſpectionem teſtamenti. Ius petendi inſpectionem teſtamenti conceditur hoc edicto prætoris, itaque videtis hic nullam actionem dari. Prætor ait ſe coacturum & compulſurum eum ad quem eſt teſtamentum, vel tabulæ ad cauſam teſtamenti pertinentes, exhibere: vt poſſint eas inſpicere, qui petunt exhiberi: & eſt cognitio prætoria. Et ſimile eſt hoc edictũ edicto de arbitris & alijs quibuſdam ſimilibus edictis. *Si quis arbitrium receperit*, ait Prætor, *eum ſententiam dicere cogam*. huiuſmodi eſt etiam edictum de minoribus 25. ann. *Quod cum minore 25. annis geſtum eſſe dicetur*, ait Prætor, *vti quæque res erit, animaduertam*. Hic nullam actionem dat Prætor: ſed totum hoc reſeruat cognitioni ſuæ. Ideoque dicitur in leg. quod ſi minore. 24. §. vlt. ff. de mino. nullam actionem ex eo dicto proficiſci: ſed totum Prætorem ſuæ cognitioni reſeruare. Vnde actio non datur, quia Prætor ipſe cognoſcit extraordinẽ, & dicetur extraordinaria perſecutio. Hic perſequitur extra ordinem, ſine ſolenni ordine iudiciorum: ſicut perſecutio extraordinaria dicitur, qua petuntur fideicommiſſa. l. pecuniæ verbum. 178. §. actionis. ff. de verb. ſigni. Hæc extraordinaria perſecutio in primis quę l ... cui, & aduerſus quem competat. & hic eſt primus locus noſtræ diſputationis.

Cui competat hæc perſecutio extraordinaria.

Cap. II.

HOc cognoſcitur ex leg. 1. ff. hoc tit. vbi dicitur omnibus competere, quicunque deſiderant teſtamenti tabulas inſpicere, vel etiam deſcribere. Vlpianus in l. 3. §. ſolent. ff. de tabul. exhib. ait, ſolere eos petere tabulas ſibi exhiberi, qui quid teſtamento adſcriptum habent: cuiuſmodi ſunt legatarij, fideicommiſſarij, vel ad teſtamentum pertinentes ſibi exhiberi. Sed tamen in hac leg. 1. ff. hoc tit. oſtendit Iuriſconſultus alios etiam quoſcunque petere poſſe, etiam ſi nihil forte eis adſcriptum ſit teſtamento. *Omnibus quicunque, &c.* Omnibus teſtamenti tabulas exhibere. quia forte dubitant aliqui, an teſtamento aliquid ſibi adſcriptum ſit, quibus nihil adſcriptum eſt; atque ideo deſiderant inſpicere. & legere tabulas teſtamenti, vel ad cauſam teſtamenti pertinentes. Sed exigitur iuſiurandum calumniæ cauſa. non ideo tamen repellitur quiſquam, quod contendat hęres eum calumniæ cauſa petere, ſi forte cenſeatur hæres manifeſtum eſſe ei, nihil adſcriptum eſſe, tantum exigitur iuſiurandum calumniæ cauſa ad tollendam ſuſpicionem calumniæ, vt dicitur in leg. 3. C. eo. Hanc inſpectionem fiſcus etiam petere ſolebat propter vectigal viceſimæ, vt oſtendit Paulus lib. 4. Senten. tit. de viceſ. Vectigal erat inſtitutum ab Auguſto. vindicabatur viceſima pars hæreditatis, quæ alicui delata erat. Hinc poteſt cognoſci cur teſtamẽtũ dicatur eſſe inſtrumentum publicum. leg. in princ. 2. ff. hoc tit. ibi, quin potius, &c. Diſputatum eſt apud Accurſium & alios, cur teſtamentum dicatur eſſe inſtrumentum publicum. non poteſt dici publicum, quomodo inſtrumenta noſtri temporis publica dicuntur. Publica inſtrumenta fiunt à publicis perſonis. Sed ego puto publicum dici teſtamentum: quia cuique poſtulanti permittitur inſpectari. Cum viderent Iureconſ. omnibus permiſſam eſſe hoc edicto teſtamenti inſpectionem, dixerunt publicum eſſe. Non tantum hæredis eſt, non tantum eſt legatariorum & fideicommiſſariorum inſpectio: ſed aliorum omnium quodammodo. Sic dicitur publicum iudicium Inſtit. tit. de public. iudic. Intelligitis ergo, cui hæc extraordinaria perſecutio competat. Addendum eſt contra quemcunque competere, apud quem tabulæ teſtamenti eſſe dicuntur. Is qui contendit ſua intereſſe tabulas teſtamenti ſibi exhiberi, & ſe non calumniæ cauſa petere, agit aduerſus eum, apud quẽ tabulæ eſſe dicuntur. hoc colligitur ex d. l. 2. ff. hoc titu. Agitur autem aduerſus eũ apud quem tabulæ teſtamenti eſſe dicuntur non tantum aduerſus hæredẽ, ſed aduerſus quemcunque alium. d. l. 2. in fi. *Omnimodo ad hoc, &c.* Videtis ergo eum qui experitur hoc iudicio, hac extraordinaria perſecutione, hæc cõplecti debere ſuo libello, poſtulatione ſua vnũ, quod ipſius interſit tabulas teſtamenti ſibi exhiberi, ne videatur calumnię cauſa petere, quodque tabulę apud eũ ſunt contra quem experitur. Deinde alterum eſt, concluſio ſcilicet, quod petat hoc iudicio, nempe vt teſtamentum inſpiciendum exhibeatur. Teſtamentum hic accipimus etiam imperfectum in ea l. 2. §. 1. ff. hoc tit. Teſtamentum hic abuſiue accipimus: vt etiam ſi teſtamentum non ſit, quia imperfectũ, nihilominus is cogatur apud quẽ eſt, exhibere. Imo teſtamentũ dicitur & id, quod ad cauſam teſtamenti pertinet. d. l. 2. §. 1. ibi. *Ad cauſam.* Et credibile eſt ita conceptum fuiſſe hoc edictum à Prętore, vt non teſtamenti mentionem faceret Prætor: ſed tabularum, quæ ad cauſam teſtamenti pertinent. Sic enim eſt conceptum edictum de tabulis exhibendis. quod huic eſt affine. l. 1. de tabulis exhib. *Ad cauſam teſtamenti ſui, &c.* ſic enim eſt legendum, vt in Flor. Pande. Haloander enim malè legit, ad cauſam ſtatus ſui, &c. Ita concepit edictum ſuum Prætor, ne videretur de teſtamento tantum loqui, ſed etiã de codicillis, etiam de tabulis pupillaribus. Nam hoc edictũ pertinet etiam ad codicillos & pupillares tabulas. leg. pen. ff. hoc tit. Tabulæ autem pupillares pertinent ad cauſam teſtamenti principalis. Ego dixi ſub tit. de vulgari ſubſtit. aliquãdo accidere vt ſeorſim & ſeparatim ſignentur tabulæ pupillares. hoc poteſt enim ita fieri. l. ſi quis eum. 16. §. 1. & l. 20. patris & filij. ff. de vulg. ſubſt. Poteſt etiam ita pater ſibi & filio teſtamentum facere, vt ſufficiat vna atque eadem ſolennitas vtrique teſtamento. Si ſeorſim ſint ſignatæ tabulę pupillares, poteſt dubitari, an pertineãt ad hoc edictum. Sed certum eſt quæcunque ad cauſam teſtamenti pertinent, ad edictum hoc pertinere, & extraordinariam hanc perſecu-

tionem eo nomine competere. Inſpectionem hic accipere debemus lectionem: vt dicitur in l.2.§. ſi dubitetur, in fi. *Inſpectio teſtamenti, &c.* hoc pertinet ad interpretationem verb. edicti prætorij. Prætor eit edicto ſuo. *Si quis deſideret tabulas teſtamenti inſpicere, ſe poteſtatem facturum vt inſpiciat.* Quid eſt inſpicere? Quid ſi mihi hæres exhibest ita inſpiciendas tabulas, vt non poſſim ess legere, en erit ſatisfsctum meæ petitioni? Non ſufficit ita exhibere, ait Iureconſultus, vt non legantur: ſed oportet ita exhibere, vt legendi facultas ſit.

De fine huius extraordinariæ perſecutionis.

Cap. III.

Finis huius extrsordineriæ perſecutionis, de qua nūc agimus, eſt vt veritas exquiratur. Nam, vt Gsius eit in l.1. ibi, *Neque enim, &c.* vtile eſt admodum teſtamētum poſt mortem teſtatoris aperiri & recitari. Vtilitas igitur & vſus ex eo apparet, quod ſi tranſactio alique facta ſit de his controuerſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, non eliter valet tranſactio, quàm ſi facta ſit inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti. Atque ideo ſumptum eſt ex hac l.t. quod legitur. ff. de tranſact. in l. 16. de his controuerſiis. Inſcriptio vtriuſque capitis oſtendit ex eodem loco ſumpta eſſe hæc omnia lib. 17. Caij ad edictum prouinciale. Sed cur, dixerit aliquis, nō aliter valet tranſsctio quàm inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti? Reſpondendum eſt id exigere fsuorem teſtamentorum, vt facilem exitum habesnt, & nihil contrarium voluntati teſtatoris fiat. Et huic ſimile eſt quod dicitur in l. vult. C. de rebus cred. vbi teuocatur iuſiurandum præſtitum de eo, quod ed teſtamentum pertinet, de legato & fideicommiſſo, ſi non inſpectis verbis teſtamenti iuſiurandum delatum ſit: ſicut hic dicitur de tranſactione. Eſt hic locus communis de trenſactione animaduerſione dignus, qui pertinet ad tit. de tranſsct. Alius eſt finis propter quem petitur apertura teſtsmenti: vt videlicet teſtamentum publicetur, atque inſinuetur. l. x. C. eo. l. publicatis. C. de teſta. Teſtamenti tabulas Iureconſulti vocant modo publicationem, modo inſinuationem. Publicatum teſtementum dicitur in d.l. publicstis. hic dicitur inſinuatum. Quid ſit publicare teſtamentum docet Iureconſ. Paulus lib. 4. Senten. tit. de viceſi. Poſtquam apertum eſt & publicatum teſtamentum, ſigillo publico obſignetur, deinde in publico archiuo reponitur, vt ſi aliquādo exemplum perierit, ad archiuum recurratur. Tunc igitur proprie ec vere publicum dicitur, cum inſinuatur & publico ſigillo obſignstur, & in erchiuo publico reponitur. Huius obſignationis magna eſt vtilitas & effectus, quē docet Paulus in eo loco: quia ſi forte amiſſum fuerit teſtamentum, inſtrumentum poterit peti ex erchiuo publico: ſicut hodie petuntur inſtrumente à tabellionibus. Itaque hæc publicatio hodie non eſt magnopere neceſſaria. Quod dicitur in d.l.2. ff. hoc tit. maxime conſentaneum eſt verbis Pauli, & d.l. publicatis. *Aperiantur, & ab his rurſus obſignentur.* Hæc eutem publicatio ſiue inſinuatio iubetur fieri apud magiſtratū cēſus, nō apud defenſores eccleſiarū, in l. teſtamēta. in l. cōſultiſſima. C. de teſtā. in l. repetita. C. de epiſc. & cleric.

De officio Prætoris in hoc iudicio.

Cap. IV.

Hic quæritur de officio Prætoris: quia prætorie eſt hæc cognitio, vt ante diximus. Prætor iudicem non dat: ſed hoc totum reſeruat cognitioni ſuæ. Hæc coercitio Prætoria eſt, & ideo quæritur de officio Prætoris. Interpretatione aliorum titulorum, in quibus actiones dantur, quæritur quodnam ſit officium iudicis in vnequaque actione. Sed quia hic non datur actio, quæritur de prætoris officio. Prætoris igitur officium eſt cogere eum, apud quem ſunt tabulæ vel teſtamentum, vel aliquid ad cauſam teſtamenti pertinens, ad id exhibendum, ſi non negat apud ſe eſſe, in d. l. 2. §. vlt. hoc tit. *Si quis non neget, &c.* hæc verba valde obſcura viſa ſunt iis, qui non intelligebent morem iudiciorum dsndorum apud veteres vſuatum. ideo non potuerunt perſpicere diſcrimen vtriuſque edicti de tabulis exhibend. & de exhibendo teſtemento quod hic tradit Iureconſultus. Ego aliquid de hac re ſcripſi lib. 2. Diſput. Si dicantur tabulæ teſtamenti apud aliquem eſſe, nec inficiatur is in iure apud Prætorem: nihilque sllegat cur exhibere non debest: eas exhibere compellitur à Prætore hac coercitione extraordinaria, & tunc Prætor officio ſuo fungitur compellendo. Si vero neget apud ſe tabulas eſſe, aut aliquid aliud huiuſmodi alleget, quod cauſæ cognitionem deſideret, tunc Prætor ipſe non cognoſcit, ſed dat iudicem cogniturum de ea re. Dat interdictum Prætor, de tabul. exhibeu. Cum dat interdictum Prætor, ipſe non cognoſcit: ſed remittit ad iudicem pedaneum, vt Theophilus ait in Inſtit. tit. de interdict. Ex hoc igitur loco notanda eſt perſpicua differentia huius edicti quod interpretamus, & edicti de tabul. exhib. quo edicto interdictū proponitur. hic de interdicto non loquitur: ſed de coercitione prætorie, ac nec de actione quidē, vt ego ſuprà admonui. Hic non dat Prætor iudicem: ſed ipſe cognoſcit, ipſe coercet. Hæc coercitio ergo potius eſt imperij quam iuriſdictionis. & exemplum eſt mixti imperij. In hac autem coercitione cauſæ cognitio aliqua hic neceſſaria eſt. De quibuſdam enim cognoſcendum eſt antequam cogatur is, penes quem tabulæ teſtamenti eſſe dicuntur, eas exhibere, veluti d.l.2.§. ſi dubitetur. ff. hoc tit. Dicitur is, qui teſtamentum fecit, mortuus eſſe, petitur ab hærede eius teſtamentum: is penes quem ſunt tabulæ teſtamenti, nihil cauſæ dicit cur eas non exhibeat: temen ait ſe neſcire, an teſtator edhuc viuat, an verò deceſſerit: niſi liqueat eum deceſſiſſe. Prætoris officio non conuenit cogere eum ad exhibendum teſtamentum vt aperiatur: vt hic dicitur. *Et ſigilla.* ſic eſt legendum, vt in Florent. non *ſigilles.* hoc igitur edictum pertinet tantum ad aperturam & publicationem teſtamenti eius hominis, qui iam deceſſit: nō eutem hominis viui. Nec temere debet Prætor iubere teſtamentū aperiri hominis, qui adhuc ſuperſtes ſit: hoc darū eſſet. Dion in Auguſto ſcribit hanc cauſam diſſidij & contentionis inter Cæſarem & Antonium fuiſſe, quòd Cæſar Antonij teſtamentum publicauerit, & palam recitauerit, cum adhuc viueret Antonius. Poſtquam perſpexit deceſſiſſe eum, cuius teſtamentum exhiberi petitur, antequam aperiri iubeat, cogit ſignatores teſtamenti conuenire, & ſigilla ſua recognoſcere, vt dicitur in l.4. Cum ab initio. & legib. ſequentib. hic. ff. Publica vtilitas ſuadet, quæ verſatur in conſeruatione teſtamentorum, vt Prætor hac coercitione aduerſus teſtes & ſignatores vtetur. Conuocat ergo omnes ſignetores, quorum annulis teſtementum eſt obſignatum, vt diximus ſub tit. de teſta. Interrogat eos, an recognoſcant ſigille ſua. ſi fateantur recognoſcere ſigilla ſua, nullam res dubitationem habet, ſtatim aperiēdum eſt teſtamentum. Quid ſi non agnoſcāt: ſi aliqui ex teſtib. dicant ſe non agnoſcere ſigillū ſuū, nō videri ſigillum ſuum eſſe? Quæſtio hæc eſt in l.1.§. vlt. Si quis ex teſtib. nō agnoſcat ſigillū ſuum, ſuſpectæ quidē redduntur tabulæ teſtamēti: ſed interim nihilominus aperiūtur. Nā poterit cognoſci poſtea veritas, & dilui ſuſpicio. quia eperto teſtamēto edhuc remanēt ſigilla: ſic aperitur teſtamentū vt ſigilla nō deleantur, vt ait Iureconſ. in l. 7.

ſed

Digitized by Google

ſed ſi quis ex ſignatoribus. In iſta l. ibi, *Debet Proconſul, &c.* Non eſt Prætor, vt ait Accurſius, idem eſt officium Proconſulis in prouincia, quod eſt Prætoris in vrbe. Hæc ſcripſit Caius ad edictum prouinciale, ſicut Vlpianus ad edictum prætoris. Quæſtio eſt ſi vnus ex ſignatoribus, ex teſtibus deceſſerit, an intercedat teſtamentum? Hoc non videtur ſatis expreſſum capitibus, quæ ſub hoc titu. legũtur. Et ſane difficilis eſt quæſtio, & vulgo dicitur perire fidem teſtamenti, quia priuata eſt ſcriptura: & adducunt conſtitutionem Pontificiam in titul. de fide inſtrum. cap. 2. Si inſtumẽtum aliquod confectum ſit, non à publica perſona, & ſubſcriptionem habeat teſtium: ſi teſtes deceſſerint, vel vnus ex teſtibus, dicitur fides omnino inſtrumenti perire, nec vllius eſſe auctoritatis. idem etiam videtur dicẽdum de teſtamento. Sed hæc ſententia mihi non admodum probatur, quamuis vulgo recepta ſit. videtur enim aliena eſſe à ſententia veterum Iureconſultorum: aliena quoque à ratione iuris. Nam alias parum intereſſet inter teſtamẽtum ſcriptum & nuncupatum. Quid refert, an quis teſtamentum faciat nuncupatum, an in ſcriptis, conuocatis ſeptem teſtibus: niſi acceſſerit teſtium depoſitio, à quibus teſtamentum obſignatum eſt? Præterea nullus eſt locus in iure ciuili, in quo hoc ſcriptũ reperiatur, quod dicunt intercedere fidem teſtamenti vno ex teſtibus, vno ex ſignatoribus mortuo. Aiunt nõ poſſe cognoſci ſigilla. imo poſſunt ſigilla ſignatorum recognoſci ab aliis. Nam ſigilla ſignatorum poſſunt aliis hominibus eſſe nota. Quid vetat igitur quominus fiat fides per aliorum hominum depoſitionem, qui dicunt ſibi nota eſſe ſigilla ſignatorum teſtamenti? Nec mouere nos debet lex, cum ab initio. 4. ff. hoc tit. Vbi dicitur Prætoris officium eſſe, ſignatores conuenire & cogere ſua ſigilla recognoſcere. Prætor non loquitur de his, qui deceſſerunt. Sed obiicitur, inuentam eſſe ad hunc finem teſtamenti publicationem, vt ſi forte teſtes deceſſerint, teſtamentum maneat ratum. in l. publicatis. C. de teſta. hoc verum non eſt. Nam in ea lege dicitur, ſi amiſſum ſit teſtamentum, poſſe peti ex archiuo, in quo repoſitum eſt poſt recitationem. & idem ait Paulus in loco à me adducto. Ait, *Si amiſſum ſit, &c.* non dicit, ſi vnus ex teſtibus deceſſerit. Nec obſtat huic ſententiæ noſtræ conſtitutio pontificia, nam non loquitur de teſtamento: ſed de ſcripturis priuatis, quæ fieri ſolent de quacunque re. Nec eſt credendum pontificiam conſtitutionem generaliter loquentem, quæ nihil expreſſit de teſtamento, ad teſtamentum ſolenne pertinere. Prætoris igitur officium eſt ſignatores conuocare, qui ſua ſigilla recognoſcant, vt hic dicitur. Sed notandum eſt aliquando hanc conuocationem ſignatorum, atque adeo aperturam teſtamenti neceſſariam non eſſe. Interdum accidit vt neceſſaria non ſit, nec conuocatio ſignatorum, nec apertura & recitatio teſtamenti. Vnum exemplum eſt in l. ſi in duobus. 10. §. 1. ff. hoc tit. nempe ſi ſua ſponte tabulæ patefactæ ſunt, vt plerunque accidit, vt ſi ex duobus exemplaribus vnum apertum ſit. vt ibi in princ. ſtatim inſpicietur & deſcribetur teſtamentũ: alia ſolennitate opus nõ erit, nihil neceſſe erit cõuocare ſignatores, vt exhibeatur & deſcribatur. *Si in duobus, &c.* Hoc ſic eſt intelligendũ, vt dicitur in l. vlt. ff. hic. Si authẽticũ ſit id, quod apertũ eſt: ſi quis fecerit authenticum & exemplum, exemplo aperto non videtur apertum eſſe teſtamentum authenticum. dicitur vulgo Originale: vt exemplum dicitur Copia. Poteſt vnum teſtamentum variis exemplis deſcribi: ſi vnum ex his apertũ ſit ſua natura, hoc ſufficit: nec requiritur omnium exemplarium apertura. Præterea, non aperitur illa pars teſtamenti, quam teſtator aperiri noluit, vt dicitur in leg. 3. C. eo. ti. *Eius quod ad cauſam, &c.* Dafunctus voluit aliquid ſecretum eſſe, quod in ſuo teſtamento deſcripſerat, & vetuit illud aperiri ante aliquod tempus: voluntati teſtatoris parendum eſt. Hoc accidit ſæpe in pupillaribus tabulis. Teſtator qui facit teſtamentum nõ tantum ſibi, ſed etiam filio ſuo, id eſt, ſubſtituit ei. *Si impubes deceſſerit*, vetat interdum filio ſuo aperiri teſtamentum: ne forte aperto teſtamento, hæres inſtitutus in eo inſidias ſtruat pupillo, aliquid moliatur in necem ipſius pupilli, cuius ætas periculis magnopere expoſita eſt. §. ſin autem. tit. de pupil. ſubſtit. in Inſtit. Sed etſi teſtator hoc non vetuerit nominatim: tamen non aperiuntur tabulæ pupillares, ſi ſeorſum ſignatæ ſint, quamuis teſtamentum teſtatoris apertum ſit: vt dicitur in l. 8. pupillares. ibi, attamen ſi ſeorſum, &c. ff. hoc tit. Aliquando ſeorſum nõ ſignantur: ſed eiſdem ſigillis, quibus & principales tabulæ. Et hoc caſu non poteſt aperiri teſtamentum, quin etiam aperiantur tabulæ pupillares. Sed cum ſeorſum ſignatæ ſunt, tunc poteſt aperiri teſtamentum paternum, etiam ſi non aperiatur pupillare teſtamentum. Sequitur in hac lege, *Niſi cauſa cognita, &c.* Poteſt eſſe cauſa cognita aperiendi teſtamenti: veluti, ſi mulier ſit in poſſeſſione ventris nomine, vt dicitur in l. ſi mulier. 9. ff. eo. titu. vt ſciatur quem curatorem eſſe voluerit teſtator ſuo filio poſthumo. Præterea non inſpicitur, nec deſcribitur ea pars teſtamenti, quæ ad ignominiam alicuius pertinet, vt dicitur in l. 3. Cod. eod. tit. Si quis itaque velit deſcribendi & inſpiciendi copiam ſibi fieri teſtamenti, non ei dabitur facultas deſcribendæ, aut inſpiciendæ eius partis teſtamenti, quæ ad ignominiam alicuius pertinet: cuiuſmodi ea eſt, qua quis conuicia affecit ordinem iudicum: nõ conſulerẽ iudicibus permittere id teſtamentum aperiri in quo forte vocabat eos latrones & fures. Deinde nõ deſcribitur dies & conſul teſtamenti. l. 2. §. diem autem. ff. eo. titu. Diem vocat Iureconſ. nos datam. data non deſcribitur. Excipiuntur igitur ea, quæ ſecreta voluit eſſe teſtator, ea etiam quæ ad ignominiam alicuius pertinent. Excipitur & ea data, ne quid falſi fiat. Nam inſpectio eius datæ poteſt materiam falſi fabricandi inſtruere. Huic ſimile eſt quod dicitur de editione inſtrumentorum in l. 1. §. editiones. ff. de edend. Vbi dicitur fieri editionem ſine die & conſule, ne quid excogitetur è die & conſule, & prælato die fiat. ſic eſt legendum, vt in Floren. Pãdect. & non perlato. In obligationibus potior eſt cauſa eius, qui prior eſt die & tempore. atq; ideo ne in inſtrumentis fabricetur falſum, editio fit ſine die & conſule. Prælatum diem, nos vocamus antidatam. Repetita die dicunt Iurecõſulti. l. 2. ff. de fide inſtr. Similis locus eſt in l. 28. ſi à debitore. ff. ad leg. Cornel. de falſ. Falſi crimen admittitur ſi prælata die pignoris obligatio à debitore mentiatur. Prior dies in obligationibus eſt potior. in teſtamentis contrà poſterior. Ad hæc officio Prætoris conuenit dare tempus ad exhibendum ei, contra quem intenditur hæc perſecutio, ſi forte non poſſit in præſentia exhibere tabulas teſtamẽti, in dicta l. 2. §. vtrum autem incontinenti. ff. hoc titul. Idem dicitur in l. 1. §. 1. ff. de tabul. exhiben. In ſumma, cum quæritur de officio eius, qui cognoſcit in hac perſecutione, vbi de apertura teſtamenti agitur, dicendum eſt ſeruandam eſſe conſuetudinem cuiuſque loci, & fori, in quo petitur inſinuatio & publicatio teſtamenti, vt dicitur in l. 2. C. eo. Inſinuatio fit ſecundum leges & mores locorum in quibus petitur inſinuatio & publicatio. non enim inſpicitur eius loci conſuetado in quo factum eſt teſtamentum: ſed eius loci in quo petitur publicatio. Ego dixi ſubſtit. de teſtam. cum agitur de conficiendo teſtamento, conficiendum eſſe teſtamentũ ſecũdum conſuetudinẽ eius loci, in quo quis teſtari vult. Nã cũ quæritur, an recte publicatum ſit teſtamentum, ſpectanda eſt conſuetudo eius loci, in quo inſinuatum eſſe dici-

tur. Eſtque locus communis de conſuetudine: & vulgo dicitur in his quæ pertinent ad rationem procedendi & iudicij exercendi, ſpectandam eſſe loci conſuetudinem, in quo iudicium exercetur. l. 3. de teſtam. In his autem quæ pertinent non ad litem exercendam: ſed ad negotij potius deciſionem, non ſpectari conſuetudinem eius loci, in quo agitur, ſed potius eius in quo contractum eſt. l. ſi fundus. 6. ff. de euict.

IN TIT. IIII. SI QVIS OMISSA CAVSA *Teſtamenti ab inteſtato vel alio modo poſſideat hæreditatem.*

CAP. I.

VARIIS modis proſpectum eſt à iuris auctoribus conſeruationi teſtamentorum, exiſtimantibus publice expedire, vt teſtamenta & vltimæ voluntates defunctorum effectum habeant: vt dicitur in l. 5. vel negare. ff. quemad. teſta. aper. Itaque ſub hoc tit. proponitur edictum, quod ad conſeruandam teſtatorum voluntatem maxime pertinet: idque contra ſtrictam iuris ciuilis rationem, ſuadente æquitate & vtilitate. Cautum autem eſt hoc edicto Prætoris, vt ſi is, cui delata eſt hæreditas ex teſtamento, eam adierit ab inteſtato: quia erat aliquis ſucceſſurus defuncto ſi inſtitutus non fuiſſet: ſi, inquam, omiſerit hæreditatem ex teſtamento, & eam adierit ab inteſtato, idque fraudandorum legatariorum cauſa, ne legata ipſius relicta teſtamento, præſtare cogatur: & conueniatur à legatarijs, perinde ac ſi ex teſtamento hæreditas adita eſſet, quamuis alias iure ciuili legatariis non teneatur. Nam cum ex teſtamento hęreditas adita non eſt, irritum fit teſtamẽtum, l. 1. ff. de iniuſto, rupto, &c. l. 142. ſi nemo ſubiit. de reg. iur. & Iure ciuili nemo inuitus cogitur hæreditatẽ adire. l. neque emere. C. de iure delib. Stricta iuris ciuilis ratione deficiẽte, Prętor edictum propoſuit, quo ſubuenire voluit legatariis, vt ſecũdum volũtatem teſtatoris, legata ipſis pręſtẽtur, vt ipſis detur actio ex hoc edicto, quamuis adita nõ ſit hæreditas ex teſtamento, perinde ac ſi adita eſſet. Hæc omnia cõtinentur verbis edicti Prætorij, cuius verba vidẽtur referri in l. 1. ff. hoc tit. Ex quo apparet hãc actionem ex iuriſdictione prætoria eſſe: nõ iuris ciuilis apparet ex his, quæ diximus nõ eſſe iuris ciuilis. Quoniam ratio iuris ciuilis nõ permittit, vt hoc caſu actio detur legatariis aduerſus hæredem. Ideoque dicitur vtilis actio. Plerunque actiones deſcendentes ex iuriſdictione Prætoria, dicũtur vtiles reſpectu iuris ciuilis, quia ex iure directo ſiue iure ciuili non poſſunt competere, ſed vtilitatis cauſa dantur contra ſtrictam iuris ciuilis rationem. & ſæpe reperitur mentio vtilis actionis ſub hoc tit. & ſæpe Iureconſulti dicunt vtilem actionem nomine legati dari: ſicut in l. ſi quis pecuniam. 4. & leg. ſi non ſulus. 10. ff. hoc tit. & l. 1. C. eo. Quamuis enim propoſita ſit expreſſim & nominatim à Prætore: tamen dicitur vtilis reſpectu iuris ciuilis: ſicut Publiciana actio dicitur aliquãdo vtilis modo directa. Hoc eſt velut argumentum totius huius diſputationis. Nunc paulo ſubtilius & accuratius diſſerendum eſt de hac re, idque per locos communes, nos autem hic capita tantum ſumma attingemus propter breuitatem temporis. Non enim patitur breuitas temporis, vt ſingulas ſpecies, quæ hic propoſitę ſunt, excutiamus. Primum caput erit de cauſa huius actionis.

De cauſa huius actionis.

CAP. II.

FVit cauſa huius actionis expreſſa in ipſo Prætoris edicto, cuius verba referri vidẽtur ab Vlpiano noſtro in leg. 1. in princ. ff. hoc titu. Qui omiſſa, &c. his verbis oſtẽdit Vlpianus ex Pręroris edicto, qua ex cauſa agi poſſit hac actione. Verba igitur hæc ſunt interpretanda, vt cauſas intelligamus huius actionis. Ait igitur Prætor, *Si quis omiſſa cauſa teſtamenti*, hæc verba ſic accipimus, Si quis repudiata hæreditate ex teſtamento. Si quis repudiauerit hæreditatem cum hæres inſtitutus eſſet, vel abſtinuerit ab hæreditate. Verbum, Omiſſa, in Prætoris edicto, refertur tam ad repudiationem, quę eſt extraneorum hæredum, quàm ad abſtẽtionem, quę eſt ſuorum. Itaque interpretatur Vlpianus in d. l. 1. extraneus repudiando hæreditatem ex teſtamento, ſuus abſtinendo, quamuis enim ſui iure ciuili neceſſarij ſint hæredes, tamen abſtinendo ex beneficio ſibi indulto à Prætore, incidunt in hoc edictum. Hic quæritur ſi inſtitutus ſit ſeruus, aut filiusfamilias & dominus non iuſſerit ſeruum, aut pater filium, vt adeat hæreditatem, an incidat in hoc edictum? Verba edicti non ſufficiunt. Sed tamen, quia æquitas eadem eſt, dicemus quoque in edictum incidere. Sic ait Vlpianus in l. 1. §. 1. *Prætermittere autem cauſam, &c.* Nihil enim refert, quamuis hoc edicto pręrotis expreſſum non ſit, an quis nõ adeat hæreditatem, an verò non iubeat ſeruo, vel filio ſuo, vt adeat cum poſſit iubere, & ſine eius iuſſu non poſſit adiri hæreditas ex teſtamento. Similis locus eſt in eadem l. 1. §. qui ſub cõditione. de eo qui inſtitutus eſt ſub conditione, & conditioni non paruit. ad hunc quoque caſum producuntur verba edicti. Contra verba edicti quidem nõ facit: ſed cõtra mentem Prætoris, & eſt eadem ratio. Quantum ad hoc edictum attinet, conditio quæ pendet ex mera eius poteſtate, pro pura haberi debet, quãtum ad hoc edictum attinet. nõ quod inſtitutus ſub conditione arbitraria videatur purè inſtitutus: ſed quoniam alias facile fraus fieret edicto. Ait igitur Prętor, Si quis omiſſa cauſa teſtamenti poſſideat ab inteſtato. Oportet igitur eum, qui omiſit hæreditatẽ ex teſtamento, poſſidere ab inteſtato: adeo vt ſi non poſſideat ab inteſtato, non ſit locus huic edicto. leg. ſi quis omiſſa. 17. ff. hoc titul. Deinde ait Prætor, *Dolo malo*, vt enim detur hæc actio, nõ ſufficit omiſſam eſſe hæreditatem ex teſtamento: non ſufficit eam poſſidere ab inteſtato, ſed oportet dolo malo id factum eſſe, vt fraudarentur legatarij legatis ſibi relictis teſtamento. hoc expreſſum fuit edicto Prætoris, vt docet Iureconſultus in leg. 3. ff. hoc tit. & interpretantur idem dicẽdum eſſe, & ſi quis deſierit dolo malo poſſidere leg. 1. §. ſane interueniente. verſ. & ſi non poſſideat. exemplum eſt in leg. 1. §. vlt. Si quis omiſerit hæreditatem ex teſtamẽto, vt ad legitimum hæredem, aut ſubſtitutũ perueniret, huic actioni locus eſt in fi. d. leg. 1. *Si quis per fraudem, &c.* Prætor in edicto ſuo loquitur de eo, qui omiſit hæreditatem, vt ipſe ab inteſtato poſſideret. quoniam erat inſtitutus frater, vel alius, qui ſi inſtitutus teſtamẽto nõ fuiſſet, nihilominus ſucceſſurus erat ab inteſtato. Sed quid ſi ſucceſſurus non erat ab inteſtato? Fuit hæres inſtitutus extraneus, & eam hæreditatem omiſit, vt perueniret vel ad agnatum proximum, vel ad ſubſtitutum, & omiſit eam in fraudem ex inſtitutione, vt fraudaret legatarios, vt perueniret ad ſubſtitutum ex ſubſtitutione, cum legata non eſſent relicta à ſubſtituto, ſed tantùm ab inſtituto. Ex verbis edicti non videtur locus eſſe huic actioni in hoc caſu: ſed tamen ex ſententia edicti datur actio. Hæc verba edicti adhuc producuntur longius, & extenduntur interpretatione iuriſprudentum. Vnum exemplum eſt l. 25. ff. hoc tit. cui ſeruus. & l. ſeq. 26. Iulianus. Si quis omittat ex inſtitutione hæreditatẽ, & adeat ex ſubſtitutione vel ſua vel ſerui ſui. in d. l. cui ſeruus, *Cui ſeruus, &c.* Titius hæres inſtitutus eſt primo gradu: ſeruus ipſius ſubſtitutus eſt ei, *Si Titius hæres non erit, Stichus hæres eſt.* Omiſit hæreditatem Titius

ex

ex inſtitutione ſibi delatam: iuſſit ſeruum adire ex ſubſtitutione, ſperans vt ita perueniret ad ſe hæreditas ex ſubſtitutione ſerui, & legata non præſtarentur: quia nulla legata erãt relicta à ſeruo. Ait Iureconſultus locũ eſſe edicto Prætoris in hoc caſu. Similis locus eſt in d. l. Iulianus. Aliud exemplum eſt etiam huius extenſionis in leg. 4. §. pen. vbi dicitur, etiam aduerſus legatarios hanc actionem competere, ſi dolo legatarij aliquid factum ſit: ſed de eo poſtea dicemus. Hę ſunt cauſæ ex quibus actio edicti propoſita datur: nunc videndum eſt quid veniat in hoc iudicium & actionem.

Quid veniat in hanc actionem.

Cap. III.

COgnoſcitur etiam ex edicto Prætoris, cuius verba Vlpianus refert in l. 1. in princ. ff. hoc titu. petitur ergo hac actione quicquid ex defuncti iudicio deberi potuiſſet, ſi adita hæreditas fuiſſet ex teſtamento. Ideoque petuntur fideicommiſſa, petuntur libertates adita hæreditate ex teſtamento. Hæc omnia debentur. De legatis exempla hic paſſim reperiuntur & occurrunt. Sunt & exempla de libertatibus in l. 2. C. eo. in l. pen. hoc tit. ff. & l. 12. de libertatib. eo. Proſpectum eſt legatis & fideicommiſſis & libertatib. Breuiter in hãc actionem venit, quicquid deberi poteſt ex iudicio defuncti, ſi adita ſit hæreditas ex teſtamento. Vnde dicitur hæc actio rei perſecutionem continere non pœnã. d. l. de libertatib. §. 1. hic. ff. *Hæredem, &c.* Quia legatarius, aut fideicommiſſarius id perſequitur quod ſibi abeſt: quod lucraturus erat, ſi hæreditas adita fuiſſet: quod conſequi potuiſſet iure ciuili actione directa legatarius. Vnde dicitur rei perſecutoria hæc actio, non pœnalis, d. l. de libertatibus. §. 1. Quod autem gratia conditionis implendæ conſequi potuiſſet quis, id non veniet in iudicium: id non conſequetur hac actione. l. ſi quis ſub conditione. 8. ff. hic. *Si quis ſub conditione, &c.* Teſtator inſtituit hæredem ſub conditione, *Si decem dederit Titio,* hæres omiſit hæreditatem, Titius actione in factum ex hoc edicto vult petere decem, quęritur an poſſit? Ait Iureconſultus non poſſe. non enim eſt legatarius, neque fideicommiſſarius, ea decem in conditione tantum ſunt, non etiam in diſpoſitione teſtatoris. Teſtator non iuſſit ei dari hæredem ſub cõditione, ſi ei decem dederit. & ratio manifeſta eſt, cur non detur actio ad petenda decem: quia & ſi hæreditas adita eſſet, non poſſet petere quod in conditione eſt. Eſt locus communis de conditione obſeruatione dignus. Et ſæpe ſolet adduci hic locus cum de vi & effectu conditionis diſſeritur. Ego hunc locum adduxi, cùm ſuperioribus argumentis tractarem quæſtionem difficilem vulgo agitatam, de filiis qui in conditione poſiti ſunt, an ex voluntate teſtatoris vocati videantur. Et hic locus oſtendit non videri vocatos: quia conditio eſt tãtũ. Sequens locus eſt qui pertinet ad perſonas.

De perſonis quibus aut contra quas hæc actio datur.

Cap. IV.

HIc quæritur, cui & contra quem detur hæc actio in factum ex edicto Prætoris? Et certum eſt ex his quæ iam diximus ei competere, cui aliquid iudicio teſtatoris præſtari debet. l. 1. hic. ff. & actio non tantum ei datur, ſed etiam ipſius hæredi. leg. vlt. C. eodem. eſt enim rei perſecutoria. hæres rem perſequitur quæ abeſt defuncto. cur ergo non tranſibit ad hæredem? cur non dabitur legatarij, vel fideicommiſſarij? Hæc actio datur contra eum, qui omiſit ex teſtamento, & poſſidet, vel poſſidere deſiit. leg. 1. §. 1. & §. non quęrimus. ff. hoc tit. & dicendum eſt nihil referre quam partem hęres poſſideat. Imò etiam ſi certam rem hæreditariam poſſideat. l. 14. & ſi non totam. hic. ff. Siue totam hęreditatem poſſideat, ſiue partem eius, & ſi rem certam. hic rectè Iureconſultus diſtinguit rem certam, ab hæreditate. Res certa non propriè dicitur hæreditas, aut pars hæreditatis. Hæreditas eſt nomen iuris: & non accipitur pro re hæreditaria. Quamuis Cicero definierit hæreditatem eſſe pecuniam, &c. hęreditatem nos accipimus pro iure. l. hęreditas. ff. de petit. hęredit. Sed cur, dixerit aliquis, datur actio ex hoc edicto aduerſus eum, qui rem aliquam certam poſſidet ex hęreditate, cum hæreditas non ſit, nec pars hęreditatis? Reſpondet hic Iureconſultus. ff. hoc. tit. in l. 14. & duab. ſeq. legib. 15. & 16. quamuis non propriè pars, &c. Hęreditas & vniuerſitas: ſed ea vniuerſitate res corporales & ſingulę res continentur. atque ideo petitione hęreditatis tenetur is qui rem aliquam certam poſſidet. d. l. 16. *Cum enim, &c.* Atque hinc obiter annotandum eſt hac actione eum conueniri poſſe, qui petitione hęreditatis teneretur: quique petitione hæreditatis conueniri poteſt, idem conueniri poteſt actione in factum ex hoc edicto. Petitione autem hęreditatis tenetur, qui poſſidet aliquam rem hęreditariam, ſiue pro hęrede, ſiue pro poſſeſſore. l. licet. 10. & l. pro hęrede. 11. ff. de petit. hęred. & l. vlt. hic. *Qui omiſſa &c.* Si quis poſſideat rẽ hęreditariam vt ſibi donatam, vel alio quolibet huiuſmodi titulo, non poterit conueniri à legatariis actione ex hoc edicto. Ita demũ cõuenietur ſi poſſideat vel pro hęrede, vel pro poſſeſſore, ſi ita poſſideat, vt dicat ſe hęredem eſſe: vel vt prędo. Hinc naſcitur quęſtio, Si quis alterius gratia omiſerit hæreditatem, puta legitimi hæredis, aut ſubſtituti: idque dolo malo, & in fraudem legatariorum: vter hac actione tenebitur: an is, qui omiſit hæreditatem, an vero is qui poſſidet hęreditatem? Edictum loquitur, cum is, qui omiſit hæreditatem ex teſtamento, idem poſſidet ab inteſtato. Verum aliquando contingit, vt is qui omiſit hęreditatem non eam omittat, vt eam conſequatur ab inteſtato: ſed vt ad legitimum hæredem, vel ſubſtitutum pertineat. Hic deficiunt verba edicti prætorij: tamen ex ſententia diximus locum eſſe huic actioni. Sed vter tenebitur, an is qui omiſit, an vero agnatus qui poſſidet hęreditatem ab inteſtato, vel ſubſtitutus ex ſubſtitutione? Hæc quæſtio tractatur variis in locis, præſertim in l. 2. §. vlti. & l. 4. vbi diſtinctio traditur, dicitúrque, eum qui poſſidet, ſi fraudis ſit particeps, teneri eo nomine, atque ita intelligendum eſt quod dicitur in l. 2. §. vlti. cum ait Iureconſultus: *Si quis in fraudem, &c.* Addenda eſt diſtinctio l. 4. etſi ibi ſpecialiter loquatur Vlpianus. Hæc enim ſeparata ſunt, quæ erant coniũcta in ſcriptis Vlpiani. Inſcriptio. l. 2. eſt, Vlpian. 50. ad edict. eadem eſt inſcriptio l. 4. Sed interpoſuit compoſitor Pandectarum. l. 3. ex aliis ſcriptis. Quę coniuncta erant in ſcriptis Vlpiani, diſtracta ſunt à compoſitoribus Pandectarum. Eſt igitur ex l. 2. ſtatim tranſeundum ad l. 4. Ergo ſiue pecuniam acceperit, ſiue nõ acceperit, ſemper datur actio vtilis aduerſus eũ, qui poſſidet hęreditatẽ. *Sic tamen, &c.* Hęc eſt diſtinctio notãda. Et eſt accipiẽdũ ꝙ diximꝰ legitimũ hęredẽ, vel ſubſtitutũ qui poſſidet hęreditatẽ, teneri, ſi particeps fuerit fraudis. ꝙ eſt apertiꝰ in l. 27. §. vlt. huius tit. ff. l. Mater. §. vlt. huius tit. ff. & l. 2. C. eo. In d. l. 27. §. vlt. ex ſententia, nõ ex verbis edicti prętorij, hęc actio datur aduersꝰ legatariũ quoq;, quãuis edictum Prætoris pertineat ad hęredem l. 4. §. Quamquã. hic. ff. *Quamquam, &c.* Legatũ eſt aliquid Titio. teſtator eius fideicommiſit, vt reſtitueret Sempronio: is fecit dolo malo, ne adiretur hæreditas. Hoc caſu tenebitur, quamuis Prętor loquatur de hærede in edicto ſuo;

tamen edictum Prætoria ad legatariũ producetur interpretatione. *Serpet, &c.* Eſt elegans interpretatio, cũ quod ſcriptum eſt in aliqua lege, propter ſimilitudinẽ rationis & æquitatis, ad id quod ſcriptum nõ eſt, extẽditur & producitur. Leges quæ de re aliquæ ſcriptæ ſũt paulatim interpretatione prudentũ extenduntur, quatenus vtilitas id exigit. l. non poſſunt. & l. neque leges. ff. de legib. imo etiam producuntur ad ea, de quibus nõ eſt cogitatũ à legiſlatorib. Hinc quæritur, ſi dolo malo tutoris omiſſa ſit hæreditas, an detur in pupillum actio: an potius in tutorẽ? Quæſtio eſt in l. ſi dolo tutoris. 24. ff. hoc tit. In pupillum dabitur quatenus ei acquiſita eſt hæreditas. Hæc quæſtio pertinet quoque ad interpretationem verborum edicti. Prætor ait ſe daturum actionem aduerſus eum, qui dolo malo omiſerit ex teſtamento hæreditatem, vt eam poſſideat ab inteſtato. Pupillus eſt qui omiſit hæreditatem, non tamen dolo ſuo, ſed dolo tutoris ſui. Quatenus autem teneatur pupillus ex dolo tutoris ſui, eſt locus communis, de quo in l. neq. interdicto. ff. de reg. iur. & de eo ſup. aliquid dixi in interpretatione tit. de dolo malo. Sequens quæſtio eſt de hærede, an hæc actio detur in hæredem? quæſtio eſt in l. 12. de libertatibus. §. hæredem ff. hoc tit. hæc actio ſicuti datur hæredi: ita etiam datur in hæredem: idq. in ſolidum, niſi ex dolo tãtum defuncti conueniatur: quia rei perſecutoria eſt, nõ pœnalis, itaque dicit Iuriſcon. ibi, *Niſi propter dolum.* Imo nunquam hæc actio datur niſi propter dolum. Dixi cum differerem de cauſa huius actionis, nunquam dari hanc actionem, niſi dolo malo omiſſa ſit hæreditas, vt adeatur ab inteſtato. Quomodo igitur accipiemus quod hic dicitur dari in ſolidum in hæredem, niſi propter dolum defuncti conueniatur hæres? Hoc ita eſt accipiendum, niſi conueniatur propter dolum tantum defuncti aduerſus hæredem: aliquando datur aduerſus eum, qui adiit hæreditatem ab inteſtato. Aliquando aduerſus eum, qui non adiit ab inteſtato: ſed propter dolum ipſius: quia dolo omiſit hæreditatẽ ex teſtamẽto, vt hæreditas vel ad legitimum hæredẽ, vel ad ſubſtitutum perueniat. Ponamus hæredem inſtitutũ repudiaſſe hæreditatem ex teſtamento, & eam adiiſſe ab inteſtato. hoc caſu hæres tenetur hac actione in ſolidum, ſine diſtinctione agitur aduerſus eum: quia defunctus adiit ab inteſtato. Sed ſi ponamus defunctũ omiſiſſe quidẽ ex teſtamẽto hæreditatem: ſed nõ adiiſſe: ideoque tenetur vel hæredi legitimo, vel ſubſtituto. Et hoc caſu tenebitur tantũ eius hæres de eo quod ad eum peruenit, veluti, ſi pecuniam accepit à ſubſtituto, vt omitteret hæreditatem ex inſtitutione & perueniret ex ſubſtitutione ad ſubſtitutum. Ex his quæ diximus, poteſt intelligi quomodo concipiendus ſit libellus in hac actione.

In libello exprimenda eſt cauſa propter quam agitur: quia ſcilicet omiſit hæreditatẽ. Deinde petet, quod ex iudicio defuncti conſecutus fuiſſet, ſi adita fuiſſet hæreditas ab inteſtato. Nam videndum eſt de exceptionibus.

De exceptionibus reo competentibus in hoc iudicio.

Cap. V.

OStendimus quæ ſit cauſa huius actionis, quæ proponitur hoc edicto, cui & contra quẽ detur hæc actio, quid hac actione petatur: nunc de quibuſdam exceptionib. reo cõpetentib. dicẽdũ eſt. Multæ obſeruari poſſunt exceptiones ex his quæ iam diximus: ſed aliæ quædam addendæ ſunt: & eæ, quarum mentionem fecimus, aliquanto apertius explicandæ.

Vna defenſio & exceptio rei in hoc iudicio eſt. Si iuſtã cauſam habuerit omittendæ hæreditatis. idq. ſatis colligitur ex ipſo Prætoris edicto. Nam edicto Prætoris datur actio aduerſus eũ, qui omiſſa cauſa teſtamẽti, adiit hæreditatem ab inteſtato, dolo malo tãtum, & circumueniendi legatarij cauſa, vt dicitur in l. 1. in prin. Itaque in hoc iudicio non poteſt eſſe iuſtior defenſio rei conuenti, quàm ſi dicat ſe non dolo malo, ſed iuſta ratione ductum omiſiſſe ex teſtamento hæreditatem: vt puta, quia teſtatoris voluntate id fecit. quia teſtator permiſit vt ab inteſtato, ſi vellet, adire poſſet. l. quia autem. 6. in prin. & §. nõ ſimpliciter. In tota illa leg. prolixa eſt diſputatio de hac re: & tractantur ibi multæ ſpecies in quib. quæritur, an videatur teſtator id permiſiſſe. Eodem pertinet quod dicitur in leg. 1. §. ſi proponatur idem. Quidã ſibi ipſi ſubſtitutus eſt, quod fieri aliquando poteſt mutata cauſa ſubſtitutionis, vt dicitur in leg. vlt. de vulga. ſubſtit. Nã ſi mutata nõ fuerit cauſa ſubſtitutionis, non recte quis ſubſtituitur ſibi ipſi. Sed ſi quis ita dixerit, *Titius hæres mihi eſto ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit, & ſi hæres non erit, idem Titius hæres eſto.* Cauſa ſubſtitutionis vtilis eſt igitur ſubſtitutio. & ſic eſt intelligendũ quod hic dicitur, vbi inſtitutio eſt conditionalis, ſubſtitutio pura eſt: iuſtã igitur cauſam habet omittendæ hæreditatis ex primo gradu, & adeundi ex ſecundo. quia teſtator ei hanc facultatem dedit.

Alia cauſa eſt in l. excuſatus. 5 ff. hoc tit. Si quis aliter ſcriptus ſit hæres, quàm debuit. Exemplum eſt in patrono, qui hæres inſtitui debet in portione legitima ſine vllo onere. Excuſatus videtur, inquit, ſeruus patroni inſtitutus à liberto ex aſſe: ſi impeditur aliquo caſu, quominus adeat hæreditatem iuſſu domini ſui, iuſta eſt cauſe omittendæ hæreditatis ex teſtamento, & adeundi ab inteſtato. Et huic ſimile quod dicitur de patrono in d. l. quia autem. §. ſi patronus.

Alia cauſa eſt, ſi non poſſit adire hæreditatem ex teſtamẽto: puta, quia teſtamentum ruptum eſt, aut irritum. hoc caſu igitur hæredi, qui omiſſa hæreditate ex teſtamento, hæreditatem adiit ab inteſtato, vt dicitur in l. 2. C. eod.

Alia exceptio eſt rei, propter beneficium legis Falcidiæ, in l. duo hæredes. 18. §. 1. ff. hoc tit. Admonendi ſumus, &c. Omiſſa cauſa teſtamenti, & adita hæreditate ab inteſtato, legatarij ex hoc edicto in factum experiuntur aduerſus hæredem, petúntque legata ſibi relicta: hæres vult deducere quartam partem ex lege Falcidia, quæritur an poſſit? Mouet quæſtionem, quod dicitur legata præſtanda eſſe. Deinde conuenitur hæres ex dolo ſuo. ideo non videtur beneficio legis vti debere. Sed tamen ait iureconſultus beneficium legis Falcidiæ ei concedendum eſſe: vt ſi forte legata relicta excedent dodrantem hæreditatis, poſſit deducere quadrantem. Ratio perſpicua eſt ex verbis edicti prætorij, de quibus iam diximus ſuperius: quia tantũ conſulitur hac actione legatario, quantum conſequeretur actione directa, ſi hæreditas adita eſſet ex teſtamento. Et boni conſulere debet legatarius, ſi tantũ obtineat hac actione vtili, quantum conſequeretur directe actione, ſi adita eſſet hæreditas ex teſtamento. At ſi ex teſtamento adita eſſet hæreditas, non conſequeretur integrum legatum: ſed hæres deduceret quartam partem hæreditatis, & vteretur beneficio legis Falcidiæ. Similis locus eſt in l. vlt. Cod. eo. ibi, Quatenus, &c. Hæc ſunt præcipua capita huius tractatus. cætera vos ipſi legendo poteritis aſſequi.

IN TIT.

IN TIT. V.

DE SENATVSCONS. SILLAniano & Claudiano, quorum teſtamenta ne aperiantur.

HIc tractatus pendet ex ſuperioribus, præſertim ex titu. quemadmo. teſta aper. & cum eo coniungi debet. Nam ſub hoc titu. vnum edictum & ſenatuſconſultũ propoſitum eſt, quo cautum eſt, ne bonorum poſſeſſio petatur, ne hæreditas adeatur, vel aperiatur teſtamentum antequam de familia quæſtio ſit habita, & ſupplicium ſumptum, ſi dominus occiſus fuerit. Hoc dictum & Senatuſconſultum pertinet ad aperturam teſtamenti, cuius mentio eſt in l.3. ſi quis in graui. §. quod ad cauſam. ff. hoc tit. Sed alia quædam capita hic adiecta ſunt, quibus perfidia ſeruorum in dominos punitur, de quo factum fuit Senatuſcon. Sillanianũ dictum ab auctore. Factũ fuit & Claudianum. Seruorum enim fides in dominos veteribus admodum ſuſpecta fuit. Vnde tot edicta, tot leges, tot Senatuſconſulta emanarunt, quæ ſub hoc tit. leguntur. De his ita diſſeremus, vt omnia attribuamus Senatuſconſ. Sillaniano, ſecuti exemplum Iuſtiniani in Senatuſconſ. Trebelliano & Pegaſiano. De reſtitutione fideicommiſſaria varia Senatuſconſulta fuerunt: ſed omnia attributa ſunt Senatuſconſulto Trebelliano. Quo autem tempore fuerit factum hoc Senatuſconſultum, nihil compertum eſt: ſed certum eſt antiquiſſimum eſſe ius de quæſtione habenda de familia. Huius iuris meminit Seneca in epiſtola 88. & Spartian. in Adriano, & Cornel. Tacitus lib. 13. & alij. De hoc intelligenda eſt inſcriptio ipſa.

Primum caput huius Senatuſconſulti eſt, quod colligitur ex verbis Vlpiani in leg. 1. in principio. vt occiſo domino, de ſeruis, qui ſub eodem tecto fuerunt, habeatur quæſtio, & ſumatur ſupplicium: niſi opem domino tulerint, vt culpa eorum argui non poſſit. Cum aliter, inquit Vlpian. *A familia, &c.* Huius capitis ſingula verba diligenter & accurate Vlpianus noſter interpretatur in hac leg. 1. ff. hoc tit. quia ſenatuſconſultũ loquitur de dominis & ſeruis, docet quis dominus dicendus ſit, & variæ ſunt quæſtiones de ea re pertinentes ad Senatuſconſulti interpretationem. Quæritur de eo, qui vſumfructum habet ſine proprietate. De eo, qui bona fide poſſidet. Quæritur de eo, qui dominus eſt pro parte tantum. Quæritur etiam de ſeruis viri & vxoris, quia vna familia eſt, an habenda ſit quæſtio de ſeruis vxoris, ſi vir ſit necatus in domo? Sed lectione tantum opus eſt in hac re. Interpretatur etiam quid ſit occiſum eſſe in §. occiſorum. de qua re extat etiam cõſtitutio Iuſtiniani in le. vlt. Cod. de his quib. vt indig. Quomodo accipiendum ſit quod dicitur de ſeruis qui ſub eodem tecto ſunt. Hoc autem Senatuſconſulto nõ ſimpliciter quæſtionem ſtatim habendam eſſe, aut ſupplicium ſumendum de ſeruis dicitur, ſed cum hac exceptione, niſi opem tulerint domino cum poſſent. Et hæc verba interpretatur Vlpianus in leg. 1. § excuſantur, & §. impubes. Et alij. Excuſantur, inquit, ſerui ſi opem tulerint. Seruus ſi domino ſuo bona fide, non dicis cauſa, vt aiunt, ſine ſimulatione vlla, ſine dolo malo opem tulerit, tunc excuſatur ſeruus. Secus ſi defunctoriè tulerit opem. Dicis cauſa, quid ſit, ego ſcripſi lib. 1. Diſput. Sed quæritur, an abſolutio domini proſit ſeruo? Quæſtio eſt in leg. 2. ff. hoc tit. Si officium ſeruorũ purgauerit dominus moriens, an hæc abſolutio eis proſit? Ait Iureconſultus prodeſſe. Quid ſi moriens purgauit & abſoluit occiſorem ſuũ, ſiue dixerit ab eo ſibi cædẽ illatam non eſſe, ſiue dixerit cædem ei condonare? Et certum eſt hoc ius quod eſt ſingulare, non temere producendum eſſe ad conſequentiam. leg. quod vero. ff. de legib. Hic egitur de negligentia tantum, culpa ſeruorum, non de cæde à ſeruis illata: atque ideo hoc non videtur producendum eſſe interpretatione ad eos qui cædis perpetratores fuerunt. Hic quærebatur, non an ſerui interfeciſſent dominum: ſed an officio functi fuiſſent, an purget eos dominus. Animaduerſio in eum, qui cædem admiſit, ad publicam vindictam pertinet, quæ non poteſt mutari pactionibus priuatorum. leg. iuriſgẽtium. §. ſi paciſcar. ff. de pactis. leg. ius publicum. 38. ff. eo. ti. de pactis. Quare nihilominꝰ ſumetur de eo ſuppliciũ. De accuſatione eius, qui interfectus eſſe dicitur, nulla dubitatio eſt, quin ea accuſatio nõ noceat. l. 1. hoc ti. ff. Quod ſi is, qui interfectus eſſe dicitur ab alio, moriens accuſauit eũ: dixitq. cædẽ ab eo ſibi illatẽ eſſe, aliud dicendũ eſt. Et manifeſta eſt ratio huius diuerſitatis. Eadem ratione fit, vt etiam ignoſcatur impuberibus ſeruis, vt dicitur ff. hoc titu. l. 1. §. impubes. Ætas excuſationem meretur. Nam Senatuſconſultum Sillanianum de quæſtione ſeruorum ad impuberes non pertinet. Quæſtio non habebitur de impuberibus nec ſupplicium ſumetur: & animaduertendum eſt nulla diſtinctione hic vti Iuriſconſultum, quamuis cum quæritur de pœna impuberis, ſoleat diſtingui an doli capax ſit, an non ſit, vt in l. impuberem. ff. de fur. ait, impuberẽ furtum facere, & furti teneri, ſi doli capax ſit. Sed nulla hic adhibetur diſtinctio. hic ſimpliciter ait Iureconſultus puniri non debere, nec ſupplicium ſumi, nec quæſtionem haberi de impubere. hoc ideo, quia de negligentia tantum egitur, non de cæde admiſſa. Vbi quæritur de admiſſo, tunc diſtinguitur vt in leg. impuberem. ff. de furt. an doli capax fuerit impubes, an non fuerit. Facinus admiſſum impuberis qui doli capax non eſt, impunitum eſſe debet. Et ſic accipiendum eſt quod dicitur in leg. 14. excipiuntur. ff. hoc tit. Trebius legatus Cæſaris hic ideo iuſſit ſupplicium ſumi de impubere: quia ei videbatur particeps cædis admiſſæ fuiſſe in dominum, non arguebatur culpæ aut negligentiæ: ſed quod is non multum aberat à pubertate: non longè à domino cubuerat: quæ coniecturæ arguebant impuberem participem fuiſſe cædis domini. Ob eandem rationem excuſetur valetudo, morbus, vitium corporis, cæcitas, furor, & alia huiuſmodi, de quibus in l. 3. ſi quis in graui. ff. hoc titu. Nunc ad alia capita venio.

Caput ſecundum eſt, vt non tantum de ſeruis: ſed etiam de libertis occiſi quæſtio habeatur, ſiue teſtamento manumiſſi fuerint, ſiue viuus adhuc eos manumiſerit. De his qui manumiſſi ſunt teſtamento, mentio eſt in l. 3. §. de his quoque ſeruis. ff. hoc titu. vbi Iurecõſultus ait, de his ſeruis, qui liberi facti ſunt teſtamento perinde eſſe ſupplicium ſumendum, atque de alijs ſeruis. Et de his factum eſt Senatuſconſultum ſub Nerone, cuius meminit Cornelius Tacitus lib. 3. Eo Senatuſconſulto hoc additum eſt veteri iuri, vt de ſeruis habeatur quæſtio, etiamſi manumiſſi ſint teſtamento defuncti. De ſeruis autem, quos viuus manumiſit non in teſtamento, factum fuit aliud Senatuſconſultum ſub Traiano, cuius mẽtio eſt ſub. l. 10. ſi exhæredatus. in fin. Ergo de libertis ſumetur ſupplicium, ſicut de ſeruis, ſiue is qui occiſus eſſe dicitur, eos ante teſtamentum, ſiue poſt teſtamentum manumiſerit. Sed eſt locus vnus in l. 1. §. ſi ſerui. ff. de quæſtionib. qui videtur contrarius eſſe, *Serui*, inquit, *niſi particip.* hæc videntur pugnantia eſſe. Ait in eo, cui fideicommiſſaria libertas pure debetur, non eſſe feſtinandum ad

tormenta.& reſcriptũ videtur contrarium eſſe Senatuſconſulto. Barto.& alij intelligunt torquendum quidẽ eſſe: ſed tamen non eſſe ad hoc feſtinandum. Sic elabuntur. in reſcripto D. Pij dicitur non eſſe feſtinandũ. Hoc non leuiter faciendum eſt: ſed verba ſequẽtia omnino repugnant, *Sed magis eſt, &c.* nihil potuit apertius dici. Sed Bartol. non eſt aſſecutus ſenſum horum verborum, iudicio meo. Nam edictum D. Pij non pertinet ad ſeruum, cui occiſus libertatem dedit teſtamẽto ſuo, ſed ad eum potius cui libertas relicta eſt à domino, hærede inſtituto. Et eſt ſenſus horum verborum. Ecce, is qui occiſus eſſe dicitur, hæres Titio extiterat. Titius, qui eum teſtamento hæredem inſtituerat, eius fidei commiſerat, vt libertatẽ daret Sticho ſeruo. Hic quæritur, an de hoc ſeruo Sticho habenda ſit quæſtio? Secundum hoc reſcriptum D. Pij non eſt habenda quæſtio propter libertatem, quæ ei relicta eſt ex cauſa fideicommiſſi, non ab eo qui interfectus eſt: ſed ab alio teſtatore. Et ſic eſt accipiendum, vt ſcriptus ſit ab alio, qui dicitur occiſus. Verba antecedentia manifeſtiſſime oſtendunt ita hoc reſcriptum eſſe accipiendum. *Seruus*, inquit, *qui ſub conditione.* Loquitur cum hæres inſtitutus eſt, qui occiſus eſt poſtea, & de ſeruis, qui legati ſunt eo teſtamento, quo hæres inſtitutus eſt occiſus, pẽdente conditione, ſerui legati ſunt hæredes. Et eſt locus in quo conditio non retrotrahitur. Eſt locus communis de conditione, quamuis conditio aliquando retrotrahatur. Is cui pure libertas relicta eſt, non dicitur ſtatu liber. ideoque non dicitur in patrimonio eius, qui occiſus eſt, quia is qui eum hæredem inſtituerat, eius fidei commiſerat, vt eum manumitteret.

Tertium caput eſt in l. 8. Senatuſconſulto. ff. hoc tit. Duo annotanda ſunt ex hoc capite. Vnum eſt, quod ſi dominus occiſus ſit: & hæres ſeruum aliquem ex ea hæreditate vendiderit: de ſeruo vendito nihilominus quæſtio habebitur, & ſumetur ſupplicium. Hæc alienatio non poteſt impedire quominus quæſtio habeatur. Nam hoc ad vindictam publicam pertinet. Alterum eſt, quod ſi animauerſum ſit in eum ſeruum, quem hæres vendiderat, cogitur hæres, idemque venditor precium reſtituere emptori, quod æquum eſt, ne alias emptor iniuriam patiatur. Quæ ſtatuuntur publicæ vtilitatis cauſa, ita moderari debent iuris auctores, vt priuatis quam minimum incommodent. Ideoque, cum pręmio libertatem accipiunt, fiſcus precium domino eius perſoluit. l. 3. C. in quib. cauſ. ſer. pro præmio liber accip.

Quartum caput pertinet ad receptatores. l. 3. §. ſi quis. ff. hoc tit. Si quis ſeruum noxium & participem cædis illatæ domino, cum aufugeret, receperit, aut celauerit dolo malo: is tenetur pœna legis Corneliæ de ſicariis. Sic eſt autem legendum, *ſi quis quem, &c.* vt in Florent. Pandect. in editione Norica legitur, *Si quis eorum, &c.* In veteribus legitur, *Si quiſque, &c.* Et animaduertendũ eſt hoc caput ad ſeruum tantum noxium pertinere: non etiam ad alios. Loquitur enim de ſeruis, qui participes cædis fuerunt, quod eſt notandum.

Quintum caput pertinet ad ſeruũ, qui vindicauit, vel arguit necem defuncti: cautum ante eſt enim, vt pro præmio libertatem accipiat is, qui ex ſeruis qui in familia fuerunt, cædem arguerit, aut indicauerit, libertas ei dabitur, pro pręmio, hoc eſt expreſſum in leg. 1. C. in quibus cauſ. ſer. pro præmio. Hoc Senatuſconſultum interpretatur Vlpianus in leg. 3. §. vtrum. vbi indicaſſe, legendum eſt, non vindicaſſe. An Senatuſconſultũ intelligamus de eo, qui vltro proſilit ad indicandũ: an verò de eo, qui cum accuſaretur, detorſit in alium crimen? *Is quoque, &c.* Seruus aliquis diſtractus fuit hac lege ne manumitteretur: is indicauit, vel arguit necem defuncti, an nihilominus poterit ei dari libertas pro præmio? Ait Iureconſultus, poſſe ad libertatem propter indicationem peruenire. Hic ergo latiſſima admittitur interpretatio ſine vlla exceptione propter vtilitatem publicam. Eſt locus communis de interpretatione, Cum vtilitas publica ſuadet, lata interpretatio admittitur, quæ alioqui ſtrictius fieret. Eodem pertinet quod dicitur in l. 12. ſi ſeruus. ff. hoc titu. Quod dicitur de libertate ei danda pro præmio, hoc eſt intelligẽdum etſi à teſtatore legatus ſit. Legatum illud non impedit libertatem. Eodem pertinet quod dicitur in l. 15. Domino. eo tit. vbi oſtenditur habere locum Senatuſconſultum, etiam in ſeruo communi, quamuis ſit communis cum alio ne forte conſentiat dominus, qui communionem habet vt libertatem accipiat, nihilominus liber fiat: ſed tamen vt precium pro ſua parte dominus accipiat.

Cœpimus explicare ſingula capita Senatuſconſulti Sillaniani, peruenimus ad ſextum. Sextum igitur caput eſt in l. 25. lege Cornelia. ff. hoc tit. Lege Cornelia præmium proponitur ei, qui fugitiuos requiſiuit, ac conuicit, ſecundum diſtinctionem, quæ continetur lege Cornelia. Lex Cornelia diſtinguit ſeruos qui manumiſſi, non ſunt, ab his qui ſunt manumiſſi & ait: Si quis conuicerit eos ſeruos qui manumiſſi non ſunt teſtamento, in ſingulos accuſatori quinque aureos dandos eſſe ex bonis occiſi, aut ex publico. Si vero conuicerit eos ſeruos, qui teſtamento manumiſſi ſunt, denos aureos pro præmio accipiet accuſator. Ratio huius diuerſitatis eſt, quia maiori pœna dignus eſt is, cui dominus libertatem reliquit teſtamento, qui oſtendit ſe magis ingratum eſſe aduerſus dominum, à quo liber teſtamento ſcriptus fuerat: quo maior eſt ingratitudo & indignitas, eo etiam viſum eſt legiſlatoribus maius præmium decernere ei qui conuicerit & requiſierit. Huc pertinet quod dicitur in leg. 3. §. de his. eo. tit. *De his, qui ante, &c.* Quo quiſque ſeruorũ pleniorem indulgentiam domini erga ſe eſt expertus, eo grauiorem ſceleris, ſui pœnam meretur: & quanto grauius eſt ſcelus tanto minus præmium decernitur, qui conuicerit. Eſt & alia differentia inter vtrunque caſum. In priore caſu præmium ſumitur ex bonis occiſi, aut ex publico, ſi ea quantitas ex bonis occiſi redigi nõ poſſit. In poſteriore caſu, præmium ſumitur ex bonis damnati. Ratio eſt, quia in priore caſu ſeruus eſt, ex cuius bonis nihil capi poteſt. quia bona non habet, quia loquebatur de ſeruis, qui non ſunt manumiſſi teſtamẽto, qui nulla bona propria habere poſſunt. Ineptum fuiſſet dicere ex bonis damnati ſerui præmium ſumendũ eſſe. In poſteriore caſu, quia loquitur de ſeruis qui liberi teſtamẽto ſcripti ſunt, qui bona habere poſſunt: ait, *Dentur ex bonis defuncti.* Hæc ſunt quæ continentur hoc capite, ex quo obiter notandi ſunt duo loci communes. Primus locus eſt de præmio propoſito. Annotandum eſt præmio propoſito poſſe quem inuitari ad accuſandum. Præmium decernitur ei, qui cõuicerit, qui requiſierit. Huc pertinet quod Vlpianus ait in l. 1. de iuſtit. & iure. *Bonos non ſolum pœnarũ metu: ſed etiam præmiorum quoque exhortatione effici.* Alter locus eſt de fuga. Sola fuga rei non ſufficit ad eũ conuincendum: niſi aliæ probationes accedant, quamuis aliquam præſumptionem inducat fuga. Id annotatur ex eo quod ait lex, *In ſingulos ſeruos, &c.* Non ſatis eſt ergo eos fugiſſe, & ſi fuga præſumptionem aliquam inducat: ea tamen nõ ſufficit ad probationem, ſed hęc extra rem ſunt.

Septimum caput eſt in leg. 3. §. quod ad cauſam. Cautum eſt hoc capite, ne liceat teſtamentum aperire aut hæreditatem adire ex teſtamento, antequam

quæſtio

quæſtio de familia habita ſit, ſuppliciumque de noxiis ſumptum ſit. De aditione hæreditatis loquitur in §. nõ tantum. Et eſt hæc Iuriſconſulti ratio notanda, *Ne heres propter compendium ſuum familiæ facinus occultaret, &c.* Nam credibile eſt eũ, qui intellexerit aperto teſtamento ſe ſcriptum hæredem eſſe, facile occultatorum eſſe facinos familiæ, id eſt, ſeruorum, ne ſi quæſtio habita, aut ſupplicium ſumptum fuerit de ſeruis, magno ex ea re damno afficiatur. Forte patrimonium defuncti ex ſeruis conſtat, vt olim apud veteres Romanos. *Occultaret, &c.* Hæc autem pars ſenatuſconſulti tunc locum habet, cum dominus vi interfectus eſt: non autem veneno clam ſublatus. Si veneno clam ſublatus ſit: durum eſt, imo iniquum, de familiæ quæſtionem haberi: aut ſupplicium ſumi. Atque ideo nihil vetat aperiri tabulas, adire hæreditatem, aut bonorum poſſeſſionem peti. Clandeſtinæ inſidiæ non poſſunt à ſeruis vitari. Hoc ſumptum eſt à nobis ex l. 1. §. occiſorũ. Supplicium ſumitur ex iis à quibus dominus interfectus veneno dicitur. Sed non habetur quæſtio de iis, qui ſub eodem tecto ſunt, qui non potuerunt domino ſuccurrere. Ideoque ante quæſtionem habitam poſſunt aperiri tabulæ, vel hæreditas adiri. Sed huic ſententiæ videtur eſſe contrarium quod dicitur in aliquot legibus huius tituli: veluti in l. hæres. 20. l. propter veneni. 21. ff. hoc titu. Sed ſolutio apparet ex verbis dictæ l. propter. verſic. *Aliud Senatus placuit, &c.* Ecce, cum dicimus ſublato per venenum domino poſſe ſtatim aperiri tabulas, & hæreditatem adiri, bonorum poſſeſſionem peti: hoc eſt intelligendum, niſi à familiæ ipſe dominus necatus ſit. Nam ſi à ſeruis ipſis dominus ſit veneno interemptus, hoc caſu quia habenda eſt quæſtio, & ſumendum ſupplicium de ſeruis ipſis, interim nõ poterit adiri hæreditas, bonorum poſſeſſio peti: interim non poterunt tabulæ teſtamenti aperiri, hoc dicit de libertate: quia ita acciderat. Eſt enim hoc caput ex lib. reſponſ. Papin. Idem dicitur in leg. 3. ſi ea quæſtio. Cod. de his quib. vt indig. quia à familiis dicitur interfectus, hæreditas fiſco vindicatur. Quid ergo, dicet aliquis, ſi antequam quæſtio haberetur, aut ſupplicium ſumeretur de ſeruis, tabulæ apertæ ſint, hæreditas adita ſit, quæ pœna plectetur hæres qui tabulas aperuit? qui hæc omnia fecit, quæ diximus? Atqui aduertendum eſt pœnam eſſe publicationem bonorum. d. l. ſi ea quæſtio. Hæredi hoc caſo adimitur hæreditas vt indigno, quod extra Senatuſconſultum atque edictum Prætoris tabulas aperuit teſtamenti ante quæſtionem habitam: quod hæreditatem adierit: quod bonorum poſſeſſionem petierit: ea re oſtendit ſe indignum hæreditate. hæreditas ipſi aufertur vt indigno & hac ratione hic titulus de Senatuſconſulto Sillaniano in Codice Iuſtiniani coniungitur cum titulo de his quib. in ff. libris ſeparati ſunt tituli. Sed ratio mouit compoſitores Pãdectarum, quod qui contra Senatuſconſultum facit, hæreditatem defuncti amittit, & aufertur tanquam indigno. Sed quæſtio eſt difficilis, & controuerſi iuris, an is qui aperuit tabulas teſtamenti, etſi non adierit hæreditatem, hac pœna puniendus ſit. Primi dicimus hæredem cum apertum eſt teſtamentum, vel bonorum poſſeſſione petita, cum hæreditas adita eſt ante habitam quæſtionem de familia: ante ſupplicium ſumptum de ſeruis. Sed an oporteat aditam hęreditatẽ, an vero ſufficiet teſtamenti tabulas apertas eſſe ante quæſtionem habitam? Nam fieri poteſt vt poſt teſtamentum apertum diſtulerit hęres adire hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem petere. Variæ ſunt opiniones. Sed probabilius mihi videtur eum, qui aperuit teſtamentum, puniri hac pœna. Nam Iureconſulti de apertura teſtamenti fere loquuntur, nulla mentione facta aditionis. l. 13. in cognitione. ff. hoc tit. & locus eſt apertior in l. vlti. eiuſdem tituli. Tres hæredes erant, apertum eſt teſtamentum à quibuſdam aliis inuitis & ignorantibus. Certum eſt iis, qui aperuerunt teſtamentum, portiones ſuas auferri: ſed de aliis quæritur, quibus inuitis & ignorantibus teſtamentum apertum eſt. Ait eos non amittere ſuas portiones ſi culpa careant, quod poteſt intelligi de publicatione bonorum, de qua diximus. Dicit, *Et apertum erit teſtamentum*: non dicit, & adita erit hæreditas. Sed obiicitur ab iis, qui contra ſentiũt, l. neceſſarios. 5. §. 1. vbi dicitur, *Non aliàs adiiſſe hæreditatem, &c.* Sed ego puto hoc exempli cauſa dictum eſſe à Iureconſulto, *adiiſſe hæreditatem*, id eſt, contra Senatuſconſultum & edictum feciſſe. Nã plerique hæredes ſunt, in quos hæc pœna habere locũ non poteſt, cuiuſmodi ſunt hæredes ab inteſtato: quod non poteſt intelligi de his, qui aperiunt teſtamentum, cum teſtamentum nullum factum ſit. Et hoc exemplo vſus eſt iure conſultus, vt oſtenderet tunc bona publicari, cum aduerſus Senatuſconſultum & edictum factum eſt. Vt ergo bona publicentur, duo neceſſaria ſunt. In primis conſtare oportet occiſum eſſe patremfamilias. Non ideo publicantur bona, quod dicatur occiſus eſſe, ſi re vera non eſt occiſus. Oportet probari occiſum eſſe patremfamilias. Is, qui intelligebat occiſum non eſſe, non ideo plectendus eſt, quod adierit hæreditatem, vel aperuerit teſtamenti tabulas. Deinde oportet conſtare aditam eſſe hæreditatem, vel apertum eſſe teſtamẽtum. Hinc naſcitur quæſtio ex eo quod dicitur hæreditatem adiri non poſſe antequam de familia quæſtio habita, & ſupplicium de noxiis ſumptum fuerit. Quid ſi interim decedet hæres cui hæreditas delata eſt vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, nonne iniquum eſt eum nihil ad hæredem ſuum tranſmittere, cum hæreditas non adita, non tranſmittitur ad hæredem? §. in nouiſſimo. Cod. de caducis tollend. Hæc quæſtio tractatur in l. 3. §. eleganter. ff. hoc tit. *Eleganter Scæuola ait, &c.* Ne mora hæc & dilatio noceat hæredi, receptum eſt vt deceſſerit ante aditionem hæreditatis, quia metu & terrore edicti nõ poterat adire hęreditatem, vt tranſmittat vtiles actiones ad hæredem ſuum, quamuis iure ciuili hæreditas non adita nõ tranſmittatur. Similis eſt conſtitutio de legatis, & de libertatibus. in l. vlti. Cod de his quib. vt indig. vbi conſtitutum eſt hanc moram non nocere nec legatis, nec fideicommiſſis, nec libertatibus. Legata in eodem ſtatu ſunt, in quo eſſent, ſi hæreditas adita eſſet. Sed de his nos alibi diximus, præſertim de tranſmittenda hæreditate, ſub tit. de acquirenda hęreditate. Et hũc locum explicui in dicta l. 3. §. eleganter. Alia quæſtio eſt, an hæc accuſatio præſcriptione temporis tolletur? Quæſtio hæc eſt in l. 13. in cognitione. ff. hoc tit. vbi dicitur quinquennij tempus conſtitutum eſſe huic accuſationi. præſcriptione quinquennij ſummouebitur agens perſequẽs bona ob hanc cauſam: quamuis bona dicuntur publicari, ſummouebitur præſcriptione quinquennij. Sed Iureconſultus ait hoc intelligendum eſſe de extraneis hæredibus, ſi aduerſus hæredes extraneos agatur. Alij, qui extranei nõ ſunt, hanc præſcriptionẽ non habent Ibi, *Namque eos, qui parricidij accuſare poſſunt, &c.* Oſtendit qui extranei ſint, & qui non ſint. Extranei non ſunt, qui parricidij poſſunt accuſari, cuiuſmodi ſunt liberi. Non enim ob cædem admiſſam aduerſus extraneum parricidij pœna competit. Ratio diuerſitatis non videtur valde obſcura eſſe. Nam grauius & indignius eſt vindictam cædis illatæ negligi à coniuncto homine, quam extraneo. Ideo mirum non eſt ſi in hac re melior ſit aditio extranei, quàm coniuncti. Obiecerit forte quiſpiam leg. 12. querelæ. Codice. ad leg. Corneliam de falſ. accuſationes criminales præſcriptione viginti annorum tolli & excludi, cur ergo hic dicitur

ſemper accuſari poſſe eos, qui coniuncti ſunt, qui non ſunt extranei? Sed hic non loquimur de criminib. Crimina quidem tolluntur ſpatio viginti annorum. quod dicitur in l. in cognitione. Non eſt intelligendum de crimine homicidij.

Octauum caput. Hoc capite proponitur actio popularis, ob eandem cauſam, de qua diximus ſuperiore capite, ſi hæres ante quæſtionem habitam de familia teſtamentum aperuerit, recitauerit, hęreditatem adierit, bonorum poſſeſſionem petierit. leg. 25. lege Cornelia. §. vltim. ff. hoc titulo. Hæc actio popularis eſt, competit cuiuis ex populo. Popularis actio dicitur, quæ competit cuiuis ex populo leg. 1. 2. & 3. ff. de popul. actio. & datur ad centum aureos. *Palam eſt autem, &c.* Non eſt viſum Prætori ſufficere publicationem hæreditatis. Non videtur magna affici pœna hæres, cui hæreditas adimitur, ſi nihil ex bonis propriis admittat. Hoc eſſet lucrum non facere potius quam damno affici. Vtrum cautum eſt, vt detur actio cuiuis ex populo aduerſus hæredem in centum aureos. Et hæc pœna centum aureorum diuiditur inter fiſcum & eum, qui agit. *Partem in publicum, &c.* Non me latet, agitatam eſſe vulgo quęſtionem hanc de pœna actionum popularium, an ea pœna ſit fiſci, an accuſatoris. & eſt prolixa diſtinctio in ſcriptis aliorum. Sed dicendum eſt, non eſſe eandem pœnam omnium actionum popularium. Videndum eſt quomodo conceptum ſit edictum de vnaquaque actione, quomodo de ea lex lata ſit. ſere diuidi ſolet inter fiſcum & eum, qui agit: vt in hoc edicto videtis. Id erat expreſſum nominatim edicto Prætoris.

Nonum caput eſt de eo hærede, qui vltus non eſt mortem defuncti, & cautū eſt hoc capite vt hæreditas ei, tanquam indigno auferatur. lege cum fratrem. C. de his quib. vt indig. Hic oſtenditur differentia inter hoc caput, & ſuperiora capita, *Cum fratrem,* inquit, *tuum mortem eius, &c.* Forte nulla eſt familia de qua haberi poſſit quæſtio. interim ergo non prohibetur hæres adire hæreditatem. Prohibetur hæres adire, cum familia opem non tulit domino, antequam de familia habita ſit quæſtio. Si nulla eſt familia aut forte omnes ſerui opem tulerunt, poteſt adire hæreditatem. Sed hæreditas ei auferetur tanquam indigno, ſi non fuerit vltus necem defuncti: Et notandum eſt, in hoc caſu hæreditatem reſtitui fiſco, ſimul cum fructibus & vſuris. l. 1. C. eod. Hic enim punitur hęres propter negligentiam, ſi neglexerit vlciſci necem defuncti. Vnde quæritur, an appellare debeat, & perſequi appellationem vt hæreditas ei non auferatur? Duæ ſunt leges de hac re, quę videntur contrariæ: ſed diuerſæ ſunt ſpecies in l. 21. propter. §. vlt. *propter venen, &c.* Duo hic ſunt caſus conſiderandi. Primus caſus eſt, cum hęres inſtituit accuſationem cædis illatæ, & abſolutus eſt reus accuſatus iniuria iudicis. Videt hæres eſſe abſolutum reum, non curauit ab ea ſententia prouocare. Obiicitur ei quod officio functus non eſt, quia poterat prouocare, cum ſententia iudicis iniqua abſolutus eſſet reus. Sed ait Iureconſultus hæreditatem ei non auferri, etſi non prouocauerit. Eſt enim præſumptio pro ſententia: nec temere quis aduerſus rem iudicatam prouocare debet. Alter caſus eſt cum damnatus eſt reus: ſed ipſe prouocauit: eam prouocationem neglexit perſequi hæres: quæritur an hæreditas ei auferenda ſit? Quæſtio eſt in l. In minoribus. Cod. eodem. vbi dicitur ei auferendam eſſe hæreditatem. Ecce, in vno caſu abſolutus eſt reus: & obiicitur hæredi quod non prouocauerit. in altero caſu damnatus eſt reus, qui accuſabatur, & obiicitur hæredi, quod eam appellationem non ſit perſecutus. ſic diuerſas eſſe ſpecies videtis. Ex iam dictis conſequitur hæreditatem alij non acquiri, quam fiſco. Diximus confiſcari & publicari bona hæreditatis, hoc ego dico, ne quis forte dubitet, an negligente vno hærede vlciſci defuncti necem, acquiratur alteri ea portio, qui diligentior fuerit. Quęſtio eſt in l. ſi ſequens. 15. ff. hoc titu. de qua quæſt. dixi ſub titu. de vulg. ſubſtit. Fiſcus ergo bona capit, & hæres, aut hæredis loco, & præſtat legata. l. cum fiſco. 9. ff. hic. forte videbitur mirum quod dicitur, legata eſſe pręſtanda, cum hæreditas adita non ſit. Sed quia loco hæredis eſt, ideo præſtat legata tanquam hæres. Præterea notandum eſt hanc perſecutionem bonorum non extingui morte hæredis. in l. Caius Seius. 22. ff. hoc tit. *Caius Seius, &c.* Hæres neglexit vlciſci necem defuncti. deceſſit, an aduerſus eius hęredem hæc perſecutio admitti debeat? Mouet quod crimina morte extinguuntur. l. ex iudiciorum. ff. de accuſat. Pręterquam in caſibus exceptis. Morte rei extinguuntur accuſationes. Vnde videbatur dicendum morte eius qui vltus non eſt necem defuncti, non poſſe aduerſus eius hęredem competere. Sed tamen ait Iureconſultus cauſam hanc, cum ſit pecuniaria, morte hæredis extinctā nō eſſe. Criminalis quidē accuſatio extinguitur morte rei. l. ex iudiciorum. de accuſat. Sed hic non eſt criminalis accuſatio: veluti hæreditatis petitio datur fiſco. Ideo mirum non eſt ſi dicatur morte ingrati hæredis extinctam non eſſe. Sed mirum eſt quod dicitur poſt decimum annum admitti hāc accuſationē. Poſt decem annos vixit Titia. vnde videtur præſcriptione tēporis accuſatorē ſummouēdū eſſe. Ex his, quę diximus ſupra in l. in cognitione. hoc tit. diximus accuſationem præſcriptione quinquennij ſummoueri, ſed diuerſa hæc ſunt. Diuerſum eſt quod hic dicitur, & quod ſcriptum eſt in l. in cognitione. nam d. l. in cognitione. loquitur de eo, qui accuſatur. ideo quod aperuit teſtamentum antequam mortem defuncti vltus eſſet. Hæc lex loquitur de eo qui neglexit necem defuncti. Diuerſi ſunt caſus, & diuerſa quoque ratio in hoc caſu. Cur accuſatur tantum negligentia hæredis, non eſt æquum vt præſcriptione quinquennij ſummoueatur accuſator. quia cum videt hæredem non vindicare necem defuncti, ſperat fortaſſis eum poſtea diligentiorem fore. Non eſt ei imputandum, quod eum non præcipitauerit ad accuſandum. Sed in eo, qui aperuit teſtamentum, idem dici non poteſt, cum aperuit teſtamentum, vel hæreditatem adiit, antequam quæſtio habita eſſet de familia. nulla cauſa eſt cur quis differat accuſationem quia quod factum eſt, amplius infectum fieri non poteſt. ſed non factum poteſt compenſari diligentia hæredis.

IN. TIT. VI.

SI QVIS ALIQVEM TESTARI PROHIBVERIT VEL COEGERIT.

CAP. I.

SI quis aliquem, &c. Edictum quod proponitur ſub hoc titulo, maxime pertinet ad fiſcum: ſicut & ſuperius edictum de Senatuſconſulto Silla. Itaque propter affinitatē tei coniuncti ſunt hi tituli de Senatuſconſ. Sillan. & ſi quis aliquem. Hoc edictum proponitur aduerſus eos, qui teſtamenti factionem per vim impediunt: vt ſi capient alienam hæreditatem: vel ex teſtamento, vel ab inteſtato. ideoque impediunt per vim & dolum teſtamenti factionem: hoc edicto cautum eſt, vt actio ipſis denegetur ad petēdā hęreditatē: & vt ea hęreditas fiſco vindicetur. Ergo hoc edicto nulla pponitur actio: ſed actio

Digitized by Google

actio potius denegatur, quæ alias competeret, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato: & fiſci gratia boc potiſſimũ conſtitutum eſt, & ad fiſci commodum & vtilitatem maxime pertinet. Vt autem per vim impediatur teſtamẽti factio, dupliciter accidere poteſt, & vtraq. cauſa verbis tituli ipſius & inſcriptionis exprimitur. *Si quis aliquem, &c.* Impeditur teſtamenti factio ſi is, qui vult teſtari, prohibeatur facere teſtamentum, quod alias facturus eſſet. Hoc etiam accidit ſi quis aliquem facere teſtamentum cogat: cũ alias facturus nõ eſſet. De priore cauſa videndum eſt.

Si quis aliquem facere teſtamentum prohibuerit.

Cap. II.

ID declaratur exemplis in l. 1. huius tit. In princ. Ait Vlpian. *Qui dum captat, &c.* legitimus hæres & ſucceſſurus ab inteſtato prohibet ne teſtamentum fiat: intereſt ipſius teſtamẽtum non fieri, & decedere inteſtatũ eum qui teſtamẽtum vult facere: vt ab inteſtato ad ipſum perueniat hęreditas. Is qui probibet ne teſtamẽtum fiat, incidit in pœnam huius edicti. hoc etiam accidere poteſt in ſcripto hærede. Quidam eſt ſcriptus hæres teſtamento alicuius, prohibet ne teſtator mutet teſtamentum ſuum, & alium hæredem inſtituat, quod poteſt. Ambulatoria enim eſt voluntas teſtatoris vſque ad extremũ vitæ ſpiritũ. l. 4. ff. de adimen. legat. Is prohibuit teſtamentum facere, eius intereſt aliud teſtamẽtum ab eo non fieri, in quo forte inſtituet alium hæredem. is quoque incidit in hoc edictum. Verbum, prohibere, quomodo accipiendum ſit, verba l. 1. ſatis demõſtrant, vt ſi quis prohibeat teſtamentarium introire, de quo tamen olim dubitatum fuit. Teſtamẽtarius eſt is, qui adhibetur concipiendo teſtamento. Vſitatum eſt hoc vocabulũ in iure. l. 3. ff. de hæred. inſtit. & l. Diuus. ad l. Cornel. de fal. quia forte non eſt teſtatori cognita ratio concipiendi teſtamenti, vult teſtator adhibere teſtamentariũ: non patitur hæres legitimus, ſucceſſurus ab inteſtato: vel iam ſcriptus. De eo eſt dubitatum olim, quia ſine teſtamentario poteſt cõſcribi teſtamẽtum: ſed tamen cum tanta ſolennitas neceſſaria ſit in teſtamento faciendo ſecundum ius ciuile: vt merito adhiberi debeat teſtamentarius, ne forte ſolennia deſint, is videtur etiam prohibere teſtamentum fieri.

Aliud exẽplum eſt in l. 2. Si quis dolo fecit vt teſtes non venirent. Et in hoc exemplo nõ eſt magna dubitatio. Nam certum eſt, ſine teſtibus idoneis teſtamentum ſcribi non poſſe. Ergo hic dolo fecit, ne teſtes veniant: is videtur prohibere ne teſtamentum fiat. Quid ergo ſi blando ſermone pellexerit eum, qui teſtamentum facere incipiebat, & auocauerit eum à teſtamento faciendo, diſſuaſeritque ei ne teſtamentum faceret: an incidit in hoc edictum? Ait Iureconſultus in l. vlt. hic non incidere.

Si quis coegit teſtamentum facere.

Cap. III.

NON tantum punitur hoc edicto is, qui prohibuit aliquẽ teſtari: ſed etiam is, qui teſtari coegit. Ab eo quoq. qui coegit teſtamentum facere, auferrur hęreditas, in l. 1. C. eod. &c. Quæſtio eſt de hæreditate: an ei auferẽda ſit hæreditas, qui cogit aliquẽ teſtamẽtum facere, & ſe hęredem inſtituere? Et ſine dubio auferendam Imp. ea l. 1. ſtatuit. Non idem dicendum eſt in lege vlt. Cod. eod. qui teſtamentum facere perſuaſit. Hic prohibetur tantum vis aut dolus malus, quamuis alias puniatur ſola perſuaſio, vt in edicto de ſeruo corrupto. l. 1. §. perſuadet. ff. de ſeruo corrupto, quia corrumpit perſuadendo. Obiicitur lex, Captatorias. ff. de hæred. inſtitu. Sed manifeſtum eſt captatoriã inſtitutionem nihil huc pertinere. Captatoria inſtitutio, dicunt, eſt prohibita: hic eſt captatoria. hæc dubitatio profecta eſt ex magna ignoratione: non intelligũt quid ſit captatoria inſtitutio. Captatoria inſtitutio eſt, cum quis aliquem inſtituit captandi cauſa. hic non inſtituitur aliquis ad eum captandum. Intelligitis ex his, quæ dicimus, ex quibus cauſis locus ſit huic edicto. Prętereà notandum eſt ex his cauſis hæreditatem auferri ei, qui contra edictum fecit, & vindicari fiſco. l. 1. ff. hoc tit. & leg. 2. C. eod. Ei, qui ne teſtamentum fieret impedierit, auferrur hæreditas tanquam indignæ perſonę. d. l. 2. C. eod. hoc tamen non ſatis expreſſum eſt à Iureconſulto de eo, qui teſtamẽtum facere alium coegit. Loquuntur Iureconſulti in omnibus caſibus, de eo qui prohibuit aliquem teſtamentum facere: ſed de eo qui teſtamentum facere coegit, & ſe hęredem inſtituere, non loquutur. ſed tamen idem de vtroque receptum eſt propter ſimilitudinem rationis.

Quartum eſt an factum vnius prohibentis, vel cogentis noceat aliis perſonis? Certum eſt ipſi nocere, qui prohibuit, vel coegit: ſed an aliis noceat quæritur, qui nihil peccauerunt, nullum dolum, nullam vim admiſerunt. Et dicendum eſt non nocere aliis niſi in caſibus exceptis. Vnde legatum, quod reſtituendum eſt fideicommiſſario, valet: quia ſi non valeret legatum, id noceret fideicommiſſario, qui nihil admiſit. leg. 1. §. ſed ſi legatum ei relictum ſit. Titius fecit teſtamentum: in eo mihi legauit prædium: rogauit me vt id reſtituerem Sempronio. Cum teſtator vellet mutare teſtamentum, ego prohibui: quæritur an debeatur legatum? Ait Iureconſultus legatum deberi, quia legatum alii reſtituendum eſt. Qui nihil peccauit, non prohibuit teſtamentũ facere. Idem eſt in hærede, qui iuſſus eſt reſtituere hæreditatem ex fideicommiſſo. l. 2. hic. Hæres inſtitutus teſtamento, rogatus eſt vt alteri reſtitueret hæreditatem. Deinde prohibuit teſtatorem, mutare teſtamentum, ius amittit falcidiæ, quod habebat: ſed hæreditas reſtituetur fideicommiſſario. Igitur factum ſiue hæredis ſiue legatarij, qui prohibuit teſtamentum facere, nõ nocet fideicommiſſario. Quibuſdam tamen perſonis nocet dolus eius, qui prohibuit teſtamentum facere. Nocet in primis ſeruo. Seruus meus eſt inſtitutus, qui eſt in poteſtate mea, & mihi acquirit hæreditatem, ſi adeat: ego prohibui teſtatorem mutare teſtamentum, mihi nocet hoc factum meum, ſi ſeruus ſit in poteſtate mea: ſed ſi manumiſſus ſit, factum meum ſeruo nocebit. Præterea nocet etiam factum patris, liberis: etiã ſi liberi non ſint in poteſtate patris. Ratio eſt: quia videtur liberorum gratia hoc facere pater, cum prohibet aliquem teſtari, & inter coniunctas perſonas facilis eſt ſuſpicio fraudis. leg. vlti. de bon. liber. leg. data. Cod. de donat. Ergo factum vnius alteri nõ nocet, præterquam in exceptis perſonis, de quibus diximus. Hinc quæritur, an fratris factum noceat fratri? l. 2. §. fratris. ff. hoc titu. *Fratris autem, &c.* Quamuis factum patris noceat liberis: non idem tamen dicendum eſt de fratre, vt factum fratris fratri noceat. Iniquum eſt factum vnius alteri nocere, ſi in vniuerſum loquamur. Quid eſt enim iniquius, quàm ob factum alterius, aliquem plecti? Etſi autem ratio ſuadeat aliquas perſonas ob factum alterius plecti: ſatis viſum eſt hoc ad liberos produci, propter magnam coniunctionem, quæ eſt inter liberos & patrem: propter quam coniunctionem facilis eſt ſuſpicio fraudis. Viſum itaque eſt vtile, hoc non produccre ad fratrem. *Fratris factum, &c.* Sic accipimus hæc verba, Si frater meus prohibuerit forte mutari teſtamentum, vel fieri, cum ego in teſtamento ſcri-

ptus ſim, hoc mihi minime nocet. Sic ego accipio. Vulgo ſic accipiũt hæc verba, quaſi frater excludat fiſcum, id eſt, quidam captans hæreditatem alienam, prohibuit eum teſtamentum facere. Erat forſitan ei ſucceſſurus ab inteſtato, verebatúrque ne teſtamentum faceret. Quia igitur captans eius hæreditatem, prohibuit eum facere teſtamentum, hæreditas ei aufertur. Sed oritur controuerſia inter fratrem eius & fiſcum. Frater contendit hæreditatem ad ſe pertinere ab inteſtato. Quæritur vter potior eſſe debeat? Aiunt fiſcum excludi. Sic dicunt. Sed non mihi videtur hic ſenſus eſſe. Nã Vlpianus in l.1. oſtendit fiſcum ſemper præferri. Vnde in hoc caſu ſi ponamus fratrem meum, captandæ alienæ hæreditatis cauſa, prohibuiſſe teſtamentum mutari: mihi quidem non nocet in parte mea, qui nihil admiſi: ſed in ea parte fratris mei præferetur fiſcus. Hinc quæſtio naſcitur. Si quis coegerit inſtituere aliũ hæredem: an id noceat inſtituto hæredi? Ego te coegi, Titium hæredem inſtituere. Titius nihi admiſit: an factum meum ei noceat, vt hæreditatem conſequi non poſſit? Hoc controuerſum eſt: ſed puto nocere hæredi inſtituto, quia teſtatoris voluntas hic deficit, ſaltem libera voluntas. Voluntas teſtatoris maxime neceſſaria eſt in faciendo teſtamento. leg. 1. ff. de teſtamen. & quãuis voluntas coacta, dicitur eſſe voluntas, tamen ratum non habet Prætor quod geſtum eſt vi, vel metu. leg. 4. quod metus cauſ. ff. ſaltem reſcindi debet edicto Prætoria. Nec refert à quo vis illata ſit, vt reſcindatur quod geſtum eſt leg. Metum. & §. licet. ff de eo, quod metus cauſa. Hoc tamen caſu mihi videtur probabilius eſſe, fiſco non acquiri hæreditatem: quod etiam controuerſum eſt. Iura ſingularia fiſci non extenduntur interpretatione, etiamſi videatur eadem ratione eſſe. leg. quod vero ff de legib. In his, quæ contra tenorem rationis propter aliquam vtilitatem ſingularem inducta ſunt, non recipitur hoc argumentum: eſt eadem ratio, ergo idem ius eſt. l. quod ratione. ff. de legib. At nihil reperitur expreſſim conſtitutum fiſci cauſa de hac re. Hæc ſunt fere, quæ continentur edicto Prætoris, quod ſub hoc tit. propoſitum eſt: vt ſi quis prohibuerit aliquem teſtari, vel coegerit, denegetur ei actio, & hereditas fiſco vindicetur. Sed notandum, præter hanc ademptionem hæreditatis iudicia quædam prodita eſſe ob eandem cauſam, tam criminalia, quam ciuilia, de quibus breuiter nunc à nobis dicendum eſt.

Ac in primis criminale iudicium conſtitutum eſt propter vim illatam: & ſępe mentio fit criminis, & criminalis perſecutionis, tam in ff. quam in C. l. 1. & l. vlt. ff. eo. mentio criminis fit: quia præter diſceptationem ciuilem de hæreditate auferenda, etiam criminalis actio admittitur propter vim illatam. Et notanda eſt regula in l. hoc iure. ff. de reg. iur. Quocunque modo vis inferatur alicui, criminalis eſt accuſatio, aut de vi publica, aut de vi priuata. De vi priuata, ſi ſine armis vis illata ſit. de vi publica, ſi cum armis. Præterea actio in factum, vel actio de dolo competit ei, qui damnum paſſus eſt ob dolum admiſſum, vel vim factam teſtatori. Exẽpli gratia, Titius me volebat hæredẽ inſtituere: quidam ſtius me impediit: prohibuit ne me hæredem inſtitueret. hic quæritur, an aliqua actio mihi competat aduerſus eum? Dicendum eſt competere. quia dolo ei factum eſt ne teſtator me hæredem inſtitueret. hoc eſt expreſſum in l. Lucius 96. §. Sempronia. ff. de legatis 2. Poſtremo in magiſtratum, qui prohibuit teſtari datur actio in duplum ex Nouella Iuſtiniani. 124. quæ inſcribitur in vulgar. libri vt nul. iudic. &c. in §. prouenit. vult eos puniri extra ordinem Iuſtinianus, & cogi eos damnum hoc reſarcire cum duplo. & huc pertinet quod dicitur in l. 22. curent. ff. de teſtibus. Officium magiſtratus eſt curare, vt teſtari volentibus teſtes & ſignatores præbeantur. Teſtandi verbum generale eſt, & pertinet primum ad teſtamentum, deinde ad quamcunque teſtationem.

IN TIT. VII.

DE IVRE CODICILLORVM.

COdicilli, vt incipiam à definitione in gratiam tyronum, ſunt genus quoddam vltimæ voluntatis, quo legata & fideicõmiſſa relinquuntur. ego non poſſum cõmodius definire. Dico *genus quoddam eſſe, &c.* Et differunt à teſtamento, teſtamentum definitur in l. 1. ff. de teſta. *Voluntatis noſtræ iuſta ſententia, &c.* Ego oſtendi in explicatione definitionis teſtamenti hoc verbo, iuſta, excludi codicillos. Teſtamentum ex legitimo & ciuili iure eſt: codicilli ex legib. non ſunt. Codicilli ex more quodam & iuriſdictione magiſtratuum ortum habent & originem. vt docet Iuſtinianus in Inſtitut. titulo de codicil. Docet enim Auguſtum nullum fuiſſe vſum codicillorum. Qui volebat legata relinquere, opus erat iuſto & ſolenni teſtamẽto. Ideoque teſtamentum dicitur eſſe iuſta ſententia. quia ex iure ciuili eſt. Iuſtum dicitur, quod legitimum eſt: tametſi varia ſit huius verbi ſignificatio, vt in l. 3. ff. pro ſocio. Iuſta hæreditas dicitur, quæ lege defertur. ſic iuſta ſententia, teſtamentum dicitur. In codicillis nihil iuſtum eſt, nihil legitimum. Videtis ergo, quid interſit inter teſtamẽtum & codicillos. Præterea codilli nullã ſolennitatem deſiderant, vt dicitur in §. vlt. de codicil. in Inſti. Sufficit interuenire quinque teſtes. Omnis obſeruatio, omnis ſolennitas remittitur. Alia multa in teſtamẽtis neceſſaria ſunt. Quomodocunque quinque teſtes adhibeantur, valent codicilli. An neceſſe ſit codicillos confirmari teſtamento, an ſine teſtamentum antecedant, vel ſequantur, vt valeãt codicilli, quæſtio eſt difficilis, de qua ego ſcripſi lib. 2. Diſputat. Alia differentia eſt: quia teſtamento hæreditas relinquitur directo: non etiam codicillis hæreditas directo, nec datur nec adimitur codicillis. l. quod per manus. 10. ff. hoc tit. l. ſi idem. C. eod. & §. vltim. in Inſtit. eod. Et hoc diſcrimen maxime notãdum eſt. Nam alias inutiliter diſputaremus de diſcrimine codicillorũ & teſtamenti: & nemo faceret teſtamentum, ſi idem poſſet relinqui codicillis, quod teſtamento. Sed nemo hæres inſtitui poteſt codicillis. opus eſt ſolenni teſtamẽto poſt factum teſtamentum poteſt quis in codicillis, verbis precariis hæredẽ rogare, vt reſtituat. Alia differẽtia eſt inter teſtamẽtũ & codicillos quia ſi quis codicillos fecerit, omnes valẽt: quod nõ põt dici de teſtamẽtis. Nã ſi quis fecerit plura teſtamenta, vnũ tantũ ex his valet: poſterius teſtamentũ ratũ eſt, cætera infirma ſunt: non idem dicitur de codicillis. l. 6. §. codicillos etiam plures ff. hoc titu. & Inſtit. eo. §. vltim. Omnes codicilli valent niſi contrarij ſint: ſi ſint contrarij, idem eſt dicendum, quod de teſtamento. l. 3. C. eod. Nempe vt poſteriores valeant. Sed in teſtamento hoc ſpectamus, vt poſterius tãtum teſtamentũ valeat, etſi contrarium non ſit priori. Hoc ex ſubtilitate tantum veteris iuris ortum habet, quæ eſt neglecta à magiſtratibus, qui ſuam auctoritatem dederunt codicillis. Iuriſdictione magiſtratuum multa ex veteris legis ſubtilitate reducta ſunt ad æquitatem. Sic in teſtamento militis contempta eſt hæc ſubtilitas. l. quæritur. 19. de mili. teſta. Aliæ differentiæ poſſunt ex aliis colligi legendo.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XXX. DIGESTORVM SEV PANDECTARVM,

IN TIT. I. DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

IN initio huius libri multa præfantur alij, quæ mihi videntur partim inepta & ridicula, partim inutilia & ſuperuacanea. Huiuſmodi eſt quæſtio de coniunctione titulorum quam continuationẽ vocant, verboſiſſime ab eiſdem tractata. Cur de locatis in hac parte ſit tractatum, Iuſtinia. ipſe hoc docet. l. 2. §. quintus. Cod. de veter. iur. enucl. Sed de ordine, quem ſecutus eſt Iuſtin. in compoſitione Pandect. minime, vt arbitror, improbando, nunc non eſt differendi locus. Certe non eſt vſquequaque ſecutus ordinem edicti perpetui in ea compoſitione. Edictum de legatis poſitum fuerat poſt bonorum poſſeſſiones, vt inſcriptiones capitum demonſtrant. Nec ad rem pertinet. l. 2. de ſtatu homi. vbi Herm. loquitur de epitome ſua. Huius generis eſt & illa quæſtio, cur in tres libros diuiditur hic tractatus. Hic nõ minus ineptiunt, quam in ſuperiore quæſtione. Sed prolixitas operis cauſa fuit huius diuiſionis. vt in Pandect. Flor. tit. de verb. obliga. in duas partes hac de cauſa diſtributus eſt. Sed miſſas faciamus nugas, & veniamus ad ea, quæ plus vtilitatis habent, nempe quid ſit legare, & quid legatum. Legare verbum tale acceptum fuit in l. 12. tabular. l. verbis legis. 120. ff. de verb. ſign. Nouel. 22. περὶ τῶν δευτέρων. §. diſponat. Specialiter ſignificat res ſingulas relinquere, non ius vniuerſum transferre. Differt igitur ab hæreditate, l. nihil aliud. 24. ff. de verb. ſignifi. Huc pertinet legati diffinitio, aut potius deſcriptio, apud Modeſt. l. legatum. 37. ff. de lega. 2. & §. 1. Inſtit. de legar. eſt donatio teſtamento relicta. Item diffinitio Flor. l. 119. legatum. de legat. 3. delibatio hæreditatis. Vtraque diffinitio conuenire poteſt fideicommiſſo, facit l. 85. Et fideicommiſſum. ff. de lega. 3. Si quis velit ſeparare legatum à fideicommiſſo, addendum erit; quod legis modo, id eſt, imperatiuè teſtamento relinquitur; ex Vlpia. in Inſtit. 24. de lega. Nam fideicommiſſum precatiuè relinquitur, vt ait idem Vlpia. 25. de fideicommiſ. in princ. Inde quæritur in hac ambiguitate verbi, lego, quomodo accipi debeat. Pone teſtatorem legaſſe bona ſua, &c. certe quæſtio facti eſt ac voluntatis.

Voluntas colligitur ex coniecturis; de quibus nihil præcipi in vniuerſum poteſt. Sequenda eſt itaque propria & vſitata verborũ ſignificatio, ſi voluntas contraria non appareat. l. 67. non aliter. de leg. 3. Nam proprietas cognoſcitur ex vſu, quem penes arbitrium eſt, &c. l. 7. Labeo ait. ff. de ſupel. leg. Recedimus ſignificatione propria & vſitata propter voluntatẽ, & improprie atque abuſiue interdum verba interpretamur. dict. l. non aliter. & l. cum de lanionis. 18. §. Optimum ergo. ff. de inſtruct. & inſtru. leg. l. quoniam indignum. C. de teſta. in cap. Raynaldus. de teſta. verbum lego adiectum vniuerſitati bonorum ſignificat hæredis inſtitutionem; quia in alia parte teſtamenti vocantur hæredes, &c. in l. 5. filium. § ſed ſi portio. D. de leg. præſtan. ineſt extenſio propter ſignificationem verborum. in l. mulier. 22. §. vlt. ff. ad Trebell. non exprimitur, an teſtator fuerit vſus verbo lego: ſed dicitur teſtatorem legaſſe portionem hæreditatis: intelligimus his verbis vſum eſſe, vt appareat eum legare tantum voluiſſe, non hæredem inſtituere. Quatuor genera legatorum, quorum meminit Iuſtinia. Inſtit. de leg. explicant Theoph. Vlp. Caius in Inſtit. Pau. in ſenten. Ius nouum de ea re C. commu. de lega. & §. noſtra autem. Inſtit. de lega.

De fideicommiſſis.

INter noſtros interpretes non conuenit quomodo legatum diſcernatur à fideicommiſſo. Vulgaris opinio eſt, legatum eſſe, cuius verba diriguntur ad honoratum, fideicommiſſum, tum ad hæredem. quæ ſententia iam diu exploſa eſt ab eruditioribus. Diſcrimen cognoſcitur ex Vlp. Inſtit. tit. 24. de legs. & tit. 25. de fideicom. ſcripſi lib. 2. Diſput. c. 9. Legatum ciuilibus verbis relinquitur: fideicommiſſum non ciuilibus, ſed precariis: vt fideicommitto, peto, volo rogo d. tit. §. vlt. Inſti. de ſing. reb. per fideicom. relict. In legatis, quæ ex legibus ſunt, verba quædam erant ſolemnia iiſdem legibus præſcripta. Legatum Græcè non relinqui Vlpianus, Inſtit. tit. 25. de fideicom. verſ. item Græce, &c. Ideo dicuntur ciuilia ex verbis ciuilibus do, lego. ſumito, capito, &c. dicuntur legitima eadem ratione. l. vlt. C. de teſta. tutel. l. directis, C. de teſta. manu. directa etiam dicuntur. l. eam, quam. C. de fideicom. l. 2. C. comm. de lega. Porphirion oſtendit lib. 2. ſermo. Horat. ſaty. 1. poſt princip. aduerſum illum, Tranſnanto Tiberim, ſomno quibus eſt opus alto. Vide, inquit, vt directis verbis vtitur, propter Iureconſultum. Verba huiuſmodi imperatiua in legibus vſitata erant: fideicommiſſa non ſunt ex legibus, nec in eis vſurpantur verba legum. Inſtit. de fideicom. hæred. fideicommiſſa Vlpian. ait nõ ex rigore iuris ciuilis proficiſci. d. titul. de fideicommiſ. in princ. Verbis relinquuntur precariis & quibus voluntas declaretur. l. Senatus. ff. de legat. 1. l. cum virum. Cod. de fideicom. De duob. peto, rogo, volo, fideicommitto. §. vlt. Inſt. de ſing. reb. per fideicom. De duob. exemplis dubitatur. Vnum eſt in l. 69. peto. in princ. ff. de legat. 2. Peto, vt contentus ſis centum aureis. Non eſt legatum: quia verba ciuilia non ſunt. Non videtur enim fideicommiſſum, quia teſtator nihil petit ab hærede. Benignius tamen interpretor vt fideicommiſſum ſit, quamquam videatur imperfecte ſcriptura. Satis oſtenditur voluntas his verbis. Alterum exemplum eſt in leg. 3. à vobis. ff. de ann. leg. Peto, vt vxori meæ præſtetis annuos decem aureos. Modeſt. vocat legatum: ſed fideicommiſſum eſt. Contra Alexand. appellatione legati fideicommiſſum continetur. leg. 85. & fideicommiſſum. de leg. 3. Exempla vbique occurrunt in his libris. in l. 39. vxorem. § legauerat. de lega. 3 dicitur legare per fideicommiſſum.

Diximus quid ſit legatum, & quid fideicommiſſum, quibus verbis vtrunque fiat. Ex quo perſpicuum eſt diuerſa eſſe. Id enim innuit diuerſitas nominum. l. ſi idem C. de codicil. item diuerſitas formularum & conceptionum. Diuerſitas titulorum in Codice & Inſtitut. Et conſtat ex iam dictis originem quoque eorum di-

uerſam eſſa. Inſtit. de fideicommiſ. hęred. Reperiuntur & quædam aliæ differentiæ, de quibus nunc dicemus. Eas collegimus ex variis locis, vt Iuſtitutionibus Caij, Iuſtit. Vlp. ſcoten. Pau. Inſtit. Iuſtin. denique ex Digeſtis ipſis, & Codice. Et has differentias fuiſſe tempora Iureconſultorum oſtendemus: puta Vlpian. Pauli, Caij, & aliorum, ne quis putet de iure Digeſtorum non eſſe, quod Accurſ. hic vocat mediam iurisprudentiam. Subtilitas iuris magis obſeruatur in legatis, quam fideicom. Voluntas magis expectatur in fideicommiſſis ſubtilitate neglecta. §. ſed non vſque. Inſti. de lega. Nec id mirum, cum legata ſint legitima. In iis, quæ legib. præſcripta ſunt, leges ipſas ſequi debemus. fideicommiſſa ortum non habent ex legibus: ſed ex moribus quibuſdam. In iis, de quibus nulla eſt certa lex, ſequimur quod nobis æquius videtur, vt Ariſtot. ait in Rheto. τῷ ἀγαθῷ γνώμῃ. Id axēplis demonſtrandum eſt. vnū eſt in § ante hæredis inſtitutionem. Inſtit. de leg. Idem ſcribit Paul. Senten. lib. 3. tit. 8. da lega. Idem ſcribit Vlp. in Inſtit. tit. 24. da lega. in fideicommiſſis nihil refert, vt ſcribit Vlpian. tit. 25. de fideicomiſ. Igitur tempore Iureconſultorum fuit hæc differentia. Nam Vlpian. loquitur de tempore ſuo.

Aliud exemplum in §. poſt mortem. in Inſtit. Iuſti. de lega. Alia cauſa eſt fideicommiſſorum, vt ſcribit Caius lib. 2. tit. de fideicommiſ. Idem ſcribit Vlpia. tit. de leg. & tit. de fideicommiſ. fuit igitur hæc differentia tempore Vlpiani.

Aliud exemplum. A legatario legari non poteſt. §. 1. Inſtit. de ſing. reb. per fideicom. relict. Per fideicommiſſum relinqui poteſt l. 5. ſi fuerit. & l. 8. ſi legatarius. de lega. 3. l. 5. videamus. Si cui plus, quam per l. Falcid. l. ab eo. C. de fideicom. An fuerit hæc differentia tempore Iuriſconſultorum quæritur? Quidam fuiſſe probant argumento ex diffinitione legati. Inſtit. de legat. in princ. ibi, ab hærede præſtanda. ſed hæc non leguntur in antiquis codicibus. Magis fortè ad rem pertinet definitio Florentini. Delibatio hæreditatis, &c. Sed quid opus eſt pluribus? Caius & Vlpia. in Inſtit. hanc differentiam tradunt. Adde ſi lubet, quod da legato relicto à legatario nullum exemplum reperitur in Digeſt. libris. de fideicommiſſario pleraque, quæ iam citauimus.

Aliud exemplum. Legari non poteſt niſi Latino ſermone: at Græcè fideicommiſſum relinquitur. Vlp. tit. de fidaicomm. Verba Græca non ſunt ciuilis, nec legitima. l. vlt. C. de teſta. tutel. Idem dicitur de fideicommiſſo in l. 11. fideicōmiſſa. in princ. de legat. 3. Aliud exemplum. Legari non poteſt niſi teſtamento, aut codicillis teſtamento cōfirmatis: fideicommiſſum relinquitur etiam ab inteſtato. §. præterea. Inſtit. de fideicom. hæred. An ſit de iure Digaſtor. probatur ex definitione legati, qua dicitur donatio teſtamento relicta. d. l. 57. legatum. da lega. 2. Item Caius hanc refert differentiam, qui de tempore ſuo loquitur lib. 2. Inſti. tit. de fideicō. Eandem quoque differentiam tradit Vlp. tit. de lega. & tit. da fideicom. Vnde qui legat, videtur in dubio teſtamentum facere velle, non codicillos. l. illud. §. tractari. ff. de iure codicil. Eſt & locus Modeſtini da hac re l. 43. libertates. ff. de manu. teſta.

Aliud exemplum. Directa libertas ſeruo alieno legari non poteſt: at per fideicommiſſum relinqui poteſt. Caius lib. 2. tit. de fidaicom. qui loquitur de tempore ſuo. Similis locus in l. 105. al. 111. ſi ſeruus legatus. §. ſi ſeruus alienus. ff. hoc tit. leg. ſerui. C. de manu teſta. l. generaliter. de fideicommiſ. liberta. Quidam dicunt hoc exemplum ad legatum non pertinere, nec reperiri apud Iureconſultos legari libertatem. Horum errorē ſatis refellit ibi Caius. Legare libertatem dicit Vlpia. l. 6. §. vlt. de hære. inſtit. Aliud exemplum. Latini Iuniani legatum non capiunt: ſed fideicommiſſum. Vlpia. in eo lib. tit. 1. Hi ciues non ſunt, vnde videtur idem dicēdum eſſe de quibuſcunque aliis peregrinis. Lex Falcidia de legatis loquitur, non de fidaicommiſſis. Quicunque, inquit, ciuis Romanus, cuique ciui Romano, &c. ff. ad leg. Falcid. l. 1. in prin S.C. Pegaſianum poſtea factum eſt de fideicommiſſis. Theoph. oſtendit peregrinis relinqui poſſe per fideicommiſſum. Inſtitut. de fideicom. hæred. in princip. Hæc exempla demonſtrant voluntatem magis ſpectari in fideicommiſſis, ſubtilitate neglecta: contra in legatis. Et hęc eſt prima differentia. Alia differentia. Legata petuntur actiona ex teſtamento nec id cuiquam dubium eſt. Dicitur etiam ſæpe actio legatorum. Exempla vbique occurrunt legentib. Imo etiam petuntur actione in rem, ſi ſit legatum vindicationis. Theoph. Inſtit. de lega. At pro fideicommiſſis competit tantum extraordinaria perſecutio. l. 178. Pecuniæ verbum §. actionis. de verb. ſignifi. Imploratur ſimpliciter officium iudicis, cum nulla competat actio. Ego hanc ſententiam refutaui ad l. 1. de iuriſdict. Extraordinaria perſecutio, vel cognitio dicitur, cum magiſtratus ipſe cognoſcit, nec dat iudicem. l. 1. de extraor. cognit. Quo ſenſu accipi debet in d. l. pecuniæ verbum. Id oſtendit Vlpian. tit. de fideicom. Fideicommiſſa, inquit, non per formulam petuntur, vt legata: ſed cognitio eſt Romæ conſulum, aut prætoris, qui fideicommiſſarius vocatur: in prouinciis vero præſidum prouinciarum. Sed & creatus eſt proprius Prætor, qui de fideicom. cognoſceret & ius diceret. ff. de orig. iur. l. 2. §. poſt deinde Diuus Claudius, &c. & Inſtit. de fideicommiſ. hæred. in princ. idque fauoris cauſa, vt eo Inſtit. loco dicitur conſtitutum eſt. tantum abeſt vt minus iuris habeant in hac parte fidaicommiſſa, quam legata ſic in leg. de extraord. cogn. l. 1. de rei vind. Hæc perſecutio late actio appellatur. l. 64. ſi alienus. & l. 90. Lucius. §. quiſquis. da leg. 2. & l. 4. à patre. & l. 20. ſi res de legat. 3. & l. ſi proluſorio. §. vlt. ff. de appel. Actionis appellatione continetur extraordinaria perſecutio. l. actionis verbo. ff. de oblig. & act. Nulla autem actio in rem prodita eſt pro fideicommiſſo: ſicut pro legato vindicationis, ante conſtitutionem Iuſtitut. vt colligitur ex §. noſtra inſtitut. de lega. Nec vllum exemplum reperitur in Digeſt. libris Paul. 4. Sent. titulo 1. de fideicom. in fi. Ius, inquit, omne fideicommiſſi non in vindicatione, ſed in petitione conſiſtit. Non obſtat l. 24. ex imperfecto. de lega. 3. Vindicare, verbum hoc latius ibi accipitur, quam in rei vindicatione. §. appellamus. Inſtitut. de act. Sicut & alibi plerunque. l. 27. de lega. 1. l. ſi peculium. §. 1. ff. de pecul. lega. l. per diuerſas. C. mandati, in quibus locis hoc verbum ad actionem quoque perſonalem refertur. His affine eſt quod dicitur legatarium ſtatim fieri dominum, adita hęreditate. l. à Titio. de furt. Nec id dubium eſt in legato vindicationis. Theophil. Inſtit. eod. alia eſt cauſa fideicom. Quia fideicommiſſi verba non ſunt apta ad vindicationem: dicemus ad l. 83. ſi tibi homo. §. cum ſeruus. ff. de legat. 1. Hinc colligitur alia differentia de alienatione. l. 2. C. commu. de leg. Alia eſt differentia apud Caium Inſtit. lib. 2. tit. 8. de fideicommiſ. in fin. vbi ait vſuras ex fideicommiſſo deberi, ſi tardius quàm ſcriptum eſt, ſolutum ſit.

Cœpimus explicare differentias ex Iure vetere inter legata & fideicōmiſſa. Dictum eſt de actione quæ oritur tam ex legato, quam fideicommiſſo. Pro legato agitur in rem & in perſonam, non pro fideicommiſſo. His affine eſt quod dicitur legatarium ſtatim fieri dominum adita hæred. l. à Titio, de furt. l. ſi tibi homo. 83. §. cum ſeruus. Nec vero id dubium eſt in legato vindicationis, Theog. Inſtit. da lega. ſi defunctus erat dominus rei, &c. Per vindicationem vero aliæ res non le-

gantur,

gantur, quam teſtatoris. Vlp. in Inſtit. tit. de lega. Adde quod legatum acquiritur ſine traditione, contra regulam l. traditionib. C. de pact. Nam & ignoranti acquiritur legatum. l. 79. cum pater. §. ſurdo. de lega. 2. Alia cauſa eſt fideicōmiſſi. de fideicōmiſſo enim nihil tale ſcriptum reperitur in iure antiquo. Item verba fideicommiſſi non ſunt apta ad vindicationem magis, quam in legato damnationis. De hac re dicemus ad d. l. ſi tibi homo. §. cum ſeruus. Hinc videtur colligi poſſe alia differentia circa alienationem. Res per fideicommiſſum relictæ interdum alienari poſſunt ab hęrede: quia ſunt in eius dominio. Res legatę non poſſunt, niſi legatum ſit vindicationis. Rem enim quæ mea non eſt, alienare non poſſum. leg. nemo plur. ff. de regul. iur. Rem meam poſſum alienare, quamuis debita ſit. leg. quoties. Cod. de rei vindic. ſed præſtatur æſtimatio. De hac alienatione videnda eſt l. vlt. Cod. commun. de lega. & Nouel. Iuſtin. de reſtitutio. Vltima differentia eſt apud Caium de vſuris & fructibus. Ex fideicommiſſo, ait, tardius ſoluto vſuræ & fructus debentur. ex legato dānationis non debentur: ſed legatum duplatur. debētur autem ex legato vindicationis. æquum enim eſt & acceſſiones ei reſtitui, qui ſuum petit. leg. videamus. ff. de vſur. Vberior eſt igitur natura fideicommiſſorum. §. ſed non vſque. Inſtit. de lega. vide tit. de vſur. & fructibus lega. C. hactenus de differentiis: veniamus ad interpretationem primi capitis de leg. 1. in quo mirum eſt quod Vlpia. ait, per omnia exæquata eſſe legata fideicommiſſis, cum tot differentiæ reperiantur, & fere ex Vlpia. ſumptæ, ne quis forte has differentias referat ad ius aliquod antiquius ante tempora Vlp. vt plerique faciunt, & medię iuriſprudentiæ tribuunt. Difficultatē auget, quod Iuſtinian. teſtatur ſe auctorem eſſe huius exæquationis. d. §. ſed non vſque. Inſtit. eod. Inuenimus inquit, antiquitatem legata ſtrictè concludentem. Et paulo poſt, Neceſſarium eſſe duximus omnia legata fideicōmiſſis exæquare. Si media iuriſprudētia idē receptū erat quid neceſſe erat ius illud antiquius corrigere? Cōſtitutio eiuſ, Iuſt. eſt ſecūda ſub tit. Cod. cōmun. de lega. Quidam exiſtimauerūt vt Vigl. Inſti. de teſta. hæc verba Vlpia. non eſſe, ſed à compoſitoribus ſumpta ex conſtit. Iuſtin. Quæ opinio probabilis eſt. dubiū enim non eſt, quin multa ſint immutata à compoſitoribus Pandect. l. 2. Cod. de vete. iure enucl. Deinde oritur coniectura ex verietate exemplarium: in quibuſdam enim nulla inſcriptio eſt, & hoc vlt. ſecutus eſt Haloander. In aliis eſt, Vlpia. in aliis, Imperator. Ego quid ſentiam de hac re ſcripſi lib. 2. Diſput. c. 9. Dixi vel nō eſſe Vlpian. vel Vlpie. verbis aliquid detractum, aut adiectum eſſe. Credibile eſt Vlpian. aliquid dixiſſe de ſimilitudine legatorum & fideicommiſſorum, cum interpretaretur interdictum. Quod legatorum. Nam ſi codices Florentini mendoſi non ſunt, hoc caput ſumptum eſt ex tit. Quod legatorum. vbi leg. 1. eadem eſt ſcriptio, Lib. 67. ad edictum. Interdictum autem de legatis propoſitum, interpretatione producitur ad fideicommiſſa, quia exæquata ſunt, &c. Similis quæſtio ibidem de donat. cauſ. mort. Dixerat forte Vlpia. exęquata ferę eſſe, aut non eſſe per omnia. Similis locus eſt eiuſdem Vlpian. in leg. 8. quæ ſub conditione. hoc edictum. verſ. in fideicommiſſis autem, &c. ibi, Vice legatorum funguntur fideicommiſſa. Qui dicit legatorum vice fungi fideicommiſſa, non male loquitur, quamuis in aliquib. differant. Nec vitioſum eſt dicere, ſimilia eſſe legata fideicommiſſis. Recte dixit Pompo. in omnibus fere cauſis fideicommiſſarias libertates pro directo datis habendas. le. 4c. Iulianus. de manum. teſta. Si quis detrahat Pomponio voculam, fere, reddet orationem falſam: quia vniuerſalis eſt. Si enim in oratione vniuerſali aliquid falſū ſit, tota oratio falſa dicitur. leg. ſi is, qui ducenta. §. vtrum. ff. de reb. dub. Hæc igitur enunciatio, per omnia, &c. redolet magis conſtitutionem Iuſtinia. quàm Vlpian. ſententiam. Hac ratione atque interpretatione duo incommoda vitamus. Nam nulla repugnantia reperitur in ſcriptis Vlpian. & aliorum Iuriſconſ. ex quibus Pandectæ ſunt confectæ. Pugnantia enim non ſunt differre legata & fideicommiſſa: & ea in quibuſdam paria & ſimilia eſſe. Deinde antinomia nos conturbare non debet, quia conſtitutio Iuſtinia. noua eſt, & Cod. inſerta poſt compoſitionem Pandect. Ea conſtitutione ſublatæ ſunt differentiæ iuris antiqui. dict. §. ſed non vſque. Inſtit. eod. Adde quod niſi referamus hæc verba ad conſtitutionem Iuſtiniani, magnam obſcuritatem & ambiguitatem habebunt. Dubitatur à plerisque quomodo accipi debeant. Barto. & Bartolini putant legata exæquata eſſe fideicommiſſis: ſed non contra. atque ideo neceſſariam fuiſſe conſtitutionem Iuſtiniani. Nituntur id demonſtrare ſimilitudine, ex l. princeps. ff. de legibus. ex leg. maximum. C. de lib. præter. Exęquatur enim Auguſta principi, ſed non continuò princeps Auguſtæ. Exæquantur fœminæ maſculis: ſed non ideo maſculi fœminis. Itaque contendunt ſi ſtudioſi exæquati ſint ciuibus, aut plebei nobilibus, idem dicendum eſſe. Puto hanc opinionem parum conuenire ſignificationi verborū. Non poteſt vna res æqualis & par eſſe alteri, quin pares ſint inter ſe. Hoc ſenſu Saluſtius ait, facta dicta exæquanda eſſe, id eſt, æqualia eſſe debere facta & dicta: neque plus, neque minus dicatur, quam factum ſit. Sic Piſo apud Ouid. exæquatur auis ſuis. Nos quoque pacata Piſonem laude nitentem, Exæquauit auis. quaſi dicat Piſonem nec ſuperiorem eſſe, nec inferiorem auis. nec contra. Sic apud Liuium lib. 22. ab vrb. cond. Dictator iuſſu populi exæquatur magiſtro equitum. In eodem loco ait æquatum eſſe ius dictatoris & magiſtri. Itaque ſi lege aliqua æquati ſint ſtudioſi ciuibus, aut plebeij nobilibus, verba ſignificant eos inter ſe æquatos eſſe: niſi aliud actum eſſe appareat. Vix poteſt accidere vt lex vlla ita feratur, quin alia adiiciantur ex quibus poſſit mens apparere. Nihil ad rem pertinent d. l. princeps. & l. maximum, cum in his nullum verbum, nulla litera ſit de exæquatione. debuit vereri pœnam legis Corneliæ, qui falſam legem pertulit. Paria igitur hæc ſunt, legata exæquari fideicommiſſis, & fideicommiſſa exæquari legatis. Rurſum legata & fideicommiſſa exęquari inter ſe. Sed adhuc manet obſcuritas, quæ interpretationem deſiderat. Cum enim repugnet natura legati, naturæ fideicommiſſi, & contra, quomodo fiet exęquatio & communicatio repugnantium & contrariorum? Exemplum, An legatum poſt mortem erit vtile, quia ſimile & fideicommiſſo: an fideicommiſſum erit inutile, quia ſimile eſt legato? Verum alteri cedat? ſicut in antinomia κατὰ ῥητόν. Lex ait, poſt mortem legare nō liceat: alia, poſt mortem fideicommittere liceat: alia, idem ius ſit legati & fideicommiſſi. In exemplo Bartolino, Pone plebeios & nobiles exæquatos eſſe, an plebeij vtentur priuilegiis, quia nobilibus exæquati ſunt: an nobiles amittent priuilegia, quia exæquati ſunt plebeiis? Quia ita loquitur, mihi videtur obſcure & ambigue loqui. Eadem ambiguitas in æquatione dictatoris & magiſtri militum apud Liuium. Dictator poteſt animaduertere, &c. Magiſter non poteſt. Exæquati tamen ſunt. Itaque opus eſt interpretatione voluntatis. ſicut & in his verbis Vlpia. Ambiguitatem tollit conſtitutio Iuſtin. Quod plenius eſt atque humanius ſequi debemus, vt alterum ex alterius natura augeatur & creſcat. Ex hoc pręcipitur in explicandis legibus, quę pugnantes ſunt non ipſo iure, ſed κατὰ διάνοιαν, vt ait Cicero libro 2. de Inuent. dixi ſub titul. de legib. Exempla, quod ante inſtitutionem legari poteſt, & poſt mor

teſtate. ff. de teſta. Sed de fideicommiſſo dubitabatur propter fauorem. In fideicommiſſis ſpectater tantum voluntas defuncti, ſubtilitate ieris neglecta. Dixi ad l. 1. Sed Vlpian. docet tãtum fauorem non eſſe, vt valeat ab his relictum, qui ius teſtandi non habent. De his perſonis plene diſſerui ſub tit. de teſta. Vlp. de his tractauerat ſatis copioſe lib. 1. fideic. vt apparet ex l. 1. 5. 7. de leg. 3. Heic regulæ affinis eſt alia in l. 6. diui. §. codicillos. ff. de iure codic. Codicillos is demũ facere poteſt, qui teſtamentum facere poteſt. Codicillorem vſus cœpit etiam tempore Auguſti: ſicut & fideicõmiſſorum. Iuſt. de codicil. Ex legibus non ſunt, ſed moribus recepti, propter vtilitatem: teſtamenta legitima ſunt. In diffinitione dicitur teſtamenti iuſta ſententia, id eſt, legitima ſolennis, quæ certam formam iure & legibus præſcriptam habeat. Sic enim iuſtum accipitur plerunque apud Iureconſul. l. 1. de iniuſto rupto. l. 3. ff. pro ſocio. & ſimilibus. In codicillis nihil legitimũ eſt, quamuis aliqua ſolennitas adhibeatur. l. vlt. C. de codicil. Tamen quod ad perſonas attinet, idem ſeruatur, quod in teſtamẽto. d. l. Diei. §. codicillos. Codicili vice teſtamenti funguntur quadãtenus. In regula dict. l. Diui, eſt ambiguitas in verbo, poteſt, in hac nulla eſt Vlpian. de iure loquiter aperte ac diſerte. Marcellus in l. Diui. ambiguo verbo vtitur, poteſt. Refertur enim ad ius & factum. Sed Paulus explicat ambiguitatem in l. 8. conficiuntur. §. codicilli. eod tit. Mala igitur eſt ratiocinatio & ſophiſtica: Qui non poteſt teſtari, non poteſt fideicõmittere. At qui ruri eſt, & nõ habet ſatis teſtium, non poteſt teſtari. Ergo non poteſt fideicommittere. Argumentatio eſt ſophiſtica & captioſa. Verbum, poteſt, aliter accipitur in maiore, aliter in minore. Hæc autem regula Vlpian. duo cõtinet, Qui poteſt teſtari, poteſt fideicommittere: qui non poteſt teſtari, non poteſt fideicommittere: vtrũq. ſignificatur his huius legis verbis, *Eos demum, &c.* Vtraq. ſententia oppegnater variis modis, de quib. nunc dicemus, vt commodius intelligatur. In primis opponiter l. ſi arrogator. ff. de adop. Sed vitioſa eſt argumẽtatio ex ea lege ducta. Sic ratiocinatur, Arrogator facit teſtamentem, tamen non poteſt fideicommittere. Captio eſt in his verbis ac cauillatio. Sic eſſet argumentandum, De certis rebus poteſt teſtamentum fieri filio. ergo de iiſdẽ rebus poteſt eum fideicommiſſo onerare: ſed non recte id colligitur propter dieerſitatem rationis. Subſtitutio non eſt oneri filio, ſicut fideicomiſſum. Hic pater filio exhæredato ſubſtituit. l. 2. §. vlt. ff. de vulg. tamẽ nõ poteſt eum fideicõmiſſo grauare. l. peu. C. de fideicõ. Alia obiectio, Mutus non poteſt teſtari. l. diſcretis C. qui teſt. facere poſſ. & tamen fideicõmittere poteſt. l. 21. Nutu. de lega. 3. Reſpondeo Iurecõſ. non loqui. de muto, ſed de eo, qui propter morbum nõ loquitur. Nã qui propter morbũ non loquitur, non cõtinuo mut⁹. iudicandus eſt. Et hæc ſatis oſtendunt verba Iuriſcõſ. in d. l. nutu. Sic etiam eſt accipiendũ quod dicitur in l. & in epiſtola. C. de fideic. Obiicitur etiam Nouell. Iuſtin. 123. de ſanctiſſimis epiſc. Sed loqeitur de dieiſione bonorum inter filios, quæ iure quodam ſingulari permittitur monacho, quamuis alias teſtamentum facere non poſſit. Hoc quod ſingulare eſt, ad conſequẽtiam produci non debet. l. quod vero. ff. de legib. Alia obiectio ex l. tã is. ff. de donat. cauſa mort. Qui nõ poteſt facere teſtamentum, poteſt donare cauſa mortis, ergo & fideicommittere. quia paria ſent. l. 37. illud. in prioc. ff. de donat. cauſa mort. l. vltim. C. eo. titul. Reſpondeo, poſtquam facta eſt donatio, eam habere vim legati, aut fideicommiſſi: ſed in forma & ratione faciendi differt à legato. In legato ſufficit conſenſus duorum. lege cum pater 79. §. ſerdo. ff. de legat. 2. Donatio conſenſu duorum perficitur. l. 38. inter mortis. ff. de donat. cauſa mortis. præſens enim præſenti dat, vel præſens à præſente ſtipulatur. l. Senatus. 35. §. vltimo eodem titulo. Vnde mortis cauſa donatio apud Feſtum Pompo. hodie ſtipulatio non videtur neceſſaria, ſed pactum. l. ſi quis argentum. Cod. de dona. Similior eſt igitur in hac re contractibus, quã vltimis voluntatibus. Ad rationem hanc & formam pertinet conditio perſonarum. Filiusfamil. donat. dict. l. tam is. ſicut & contrahit. l. filiusfamil. de obligat. & act. Non facit autem teſtamentum etiam patre permittente. Ratio eſt quam tradidi ſub titul. de teſtamen. Teſtamenti factio eſt publici ieris. l. de teſta. id non eſt conſtitutum propter patrem: ſed iuris publici gratia. Qood ſeruus non teſtetur, non fit propter dominum, indecorum id viſum eſt, quia ſui iuris non ſunt. Filies eſt quodammodo ſeruilis conditionis. Plinius filios fam. mancipia vocat libro 8. epiſtol. Non recte ergo infertur, non poteſt teſtamentum facere: ergo non poteſt donare. quanquam id ſæpe accidit, vt qui non poteſt teſtari, donare non poſſit. l. 1. ff. de tutel. & ratio. diſtrah. Poſtquam donatio cauſa mortis facta eſt legitimè, effectum habet legati. d. l. vlt. Exempla. Nam dominum tranſit ſine traditione. l. 2. §. vlt. & . l. ſequ. ff. de public. Item ies accreſcendi. C. de caduc. tollend. §. vltim. Scripſi lib. 1. de iure accreſcen. c. 16. Item Falcidia detrahitur. l. 5. ſi mortis. C. ad leg. Falcid. dicta l. cum pater. §. eorum. de l. 2. Iuriſconſulti interpretantes edicta de legatis producunt ad has donationes, l. cum hi. ff. de tranſact. l. ff. de leg. præſtan. l. quæ ſub conditione. ff. de condit. inſtitu. l. 3. ff. de bon. libe. Quæſtio eſt vulg. agitata. Lex eſt municipalis, vt minor vigintiquinque annis non poſſit teſtamentum facere contra ius commune. l. 4. Cod. qui teſtam.. facere poſſ. an poterit fideicõmittere, aut codicillos facere? Cauſa dubitationis, quia lex municipalis non prohibet codicillos. Ergo, &c. l. præcipimus. C. de appell. Exiſtimo non poſſe, ex regula Vlp. facit l. non eſt nouem. cum ſeq. ff. de legibus. Extenditur l. vetus ad perſones, quæ ſimiles erunt in l. nona. facit l. 1. §. lex Falcidia. ff. ad legem Falcid. Lex Falcidia trahitur ad Corneliam, & Cornelia ad Falcidiam. Voa interpretationem capit ex altera. Qui diſſentiunt, leuiſſimis argumẽtis & friuolis pugnant. Statuta ſunt, inquiunt, ſtricti iuris. Hoc falſum eſſe oſtendi ſub tit. de legib. Sumunt pro axiomate certiſſimo, quo nihil poteſt dici à vero alienius. Nec odioſum dici poteſt hoc ſtatutum, quaſi contra tenorem rationis, &c. Citant etiam legem vlti. ff. de reg. Catoniana. Leges veteres non ſemper trahuntur ad nouas. qeid enim ſi contrariæ ſint? d. l. non eſt nouum. facit d. l. 1. §. lex Falcidia. Quædam tamen poſſunt locum habere. Nam nõ ſequitet, hæc lex non pertinet ad leges nouas: ergo nulla lex ad leges nouas trahi debet.

Ad l. 3. Hac verba.

LOcus communis hic tractatur de conditione, quæ adſcribitur legato. Tria hic exempla ſunt in quib. quæritur an legatum ſit conditionale. Nec dubiem eſt quin verba ſint apta ad conditionem faciendam. Dictio *ſi*, conditionem facit. l. 24. ſi Titio. ff. quando dies leg. ced. Dictio *quiſquis*, apta eſt etiam ad conditionem faciendam, dicemes ad l. 6. Stichum. inſt. hoc. tit. de legat. 1. Et eſt hoc expreſſum l. 8. qui liberis. de vulga. cuius legis pars eſt lex noſtra. in d. l. qui liberis. eadẽ eſt inſcriptio, Vlpian. lib. 4. ad Sabinum, & in l. 10. ſed ſi plures. quæ paulo poſt ſequitur in quibuſdam codicibus, ac in iis locis tractatur de vi horum verborum. Ex his apparet hæc verba, *Quiſquis erit, &c.* conditionem ſignificare. Veruntamen Vlpian. noſter ait, legata non effici conditionalia. Nam conditio, quæ tacite ineſt,

non reddit legatum conditionale. l.98.conditiones extrinſecus.ff.de cond. & demonſt. hæc autẽ tacite ineſſe dicitur, quia nõ adita hereditate legata non debentur. l. ſi nemo.de teſta.tute.l.ſi nemo.ff.de reg.iur.l. eã, quã. C.de fideicomm. Conditio quidem non male dicitur hæc adiectio, ſed vim tamen conditionis non habet: figuram habet conditionis, non vim.l.67.Cornelius.de hæred.inſtit.Cõditio dicitur in d.l.conditiones extrinſecus, ſed de nomine nõ eſt contendũ. Cum ad effectũ reſpicimus, non habemus pro conditione: ſed magis pro demonſtratione quadam leg 19. In conditionibus. §.1.de condit. & demonſt. Similis locus eſt in l.muto. §.ſub conditione.ff.de tutel. Sed quis eſt huius rei effectus quæritur? Nam cùm certum ſit non deberi legatum, niſi hæreditas adita ſit, videtur fruſtra quæri, an conditionale ſit.Sed quæſtio magni momenti eſt, cum agitur de tranſmiſſione legatorum ad hæredes. Quod altius paulo repetẽdum eſt ex tit.quand. dies lega.ced. Legatum, cuius dies ceſſit mortuo legatario, tranſit ad eius hæredem, ſi mortuus ſit nondum adita hæreditate ab hærede. Dicitur enim dies cedere etiam ante aditam hæreditatem, quoties certum eſt debitum iri cum adita fuerit hæreditas. Hæc eſt regula Labeonis in l. 24.Si Titio, quando dies lega.ced. Nos ita cedere hic accipimus, quamuis alias aliter.l.213.cedere diem.ff.de verborum ſignification.Declarandum eſt hoc exẽplis. Si purum ſit legatum, cedit dies à morte teſtatoris, & tranſit ad hæredem.l. 5. ſi poſt diem. ff. ſi quando dies lega.ced. quia certum eſt debitum iri, & d. l.ſi Titio. eod.titul. Idem dicitur in §.in nouiſſimo. Cod. de cadu.tollend.vbi Iuſtinia.hoc conſtituit, corrigẽs legem Papiam, qua lege cedebat dies ab apertura tabularum. Cod.eod.de caduc.§.cum igitur. Vnde fit vt plerique exiſtiment compoſitores Pandect. multa mutaſſe ſub titul. quand. dies leg. & accommodaſſe conſtitutioni Iuſtiniani. Sed exiſtimo Iureconſ. potius ſecutos fuiſſe veteres leges, quæ erant ante legem Papiam. Diſplicebat eis lex Papia, quæ lata fuerat fiſci augendi cauſa, vt plura caduca fierent. Cod.de caduc.tollent. in princip. proinde reſponſa & interpretationes referebant ad ius antiquum, ſperantes ita fore vt deſuetudine abrogaretur. Et eſt locus inſignis de hac re apud Vlp.in Inſti.tit. de lega. *Legatorum*, inquit, *quæ pure, vel in diem certum relicta ſunt, dies cedit antiquo quidem iure ex mortis teſtatoris tempore. per legem autem Papiam Pop. ex apertis tab.teſtamenti.* Meminit eo loco Vlpian. iuris antiqui, quod id magis probaret. Et legis Papiæ, quod eius auctoritatẽ abrogare omnino vereretur. Hæc de legato puro. Eadem eſt cauſa legati in diem certum relicti. d.l.ſi poſt diem.quando dies lega.quia certum eſt debitum iri, ex dicta regula Labeonis. d. l.ſi à Titio. Alia cauſa eſt legati conditionalis.dict. l.ſi poſt diem. §.ſio autem.& Codice de caduc.tollend. Ratio ex dicta regula Labeonis eſt, quia non eſt certum debitum iri, ſi adeatur hæreditas. Ex quo perſpicuum eſt non fruſtra quæri, an conditio tacita faciat legatum conditionale. Tacitam autem intelligimus, quæ extrinſecus venit, nõ ex teſtamento.l.6 quod pure.quand. dies lega. Tacita conditio, quæ venit ex teſtamento, ſuſpendit legatum, & impedit ceſſionem diei. Exemplum in d.l.quod pure.& l.10.6.aliquando.de condit.& demonſtr. legatum pure datum eſt: ſed ademptum ſub conditione, intelligitur ſub contraria conditione relictum. Hæc conditio non eſt verbis expreſſa: ſed tamen venit ex teſtamento, non extrinſecus. facit dict. lex 98. conditiones extrinſecus.ff.de condit.& demon. Tacita hic dicitur cum nec expreſſa eſt verbis, nec poteſt colligi ex verbis, vt hæ, Si hæres erit. ſi adierit hæreditatem. Expreſſio igitur huius conditionis nullam vim habet, & dicitur ſuperuacua, dict.leg. ſi Titio. §. quædam. quando dies leg.ced. Hoc eſt accipiendũ, niſi teſtator habuerit animum cõditionis faciendæ.d.l.in conditionib. 19. §. de condit.& demon. Quibus autem verbis declaretur hæc voluntas, quæri ſolet. Sed animaduertendum eſt, quæſtionem facti magis eſſe, quam iuris, de qua nihil certi in vniuerſum diffiniri poteſt. Quod ad ius attinet ſequendum eſt quod Vlpian.ait in l.2.§. vlt. de donat. Si appareat teſtatorem aliter legaturum non fuiſſe. Titio donauit decem, vt inde Stichum emeret. Quid ſi teſtator dixerit ſub conditione, Si Titius hæres meus erit? Plerique exiſtimant voluntatem ſatis declarari his verbis. Et ſane mihi videntur hæc verba teſtatoris magnum pondus habere: niſi aliæ coniecturæ repugnent. Obiicitur lex Meuia. 44.ff.de manu.teſta. Serui mei liberi ſunto ſub hac conditione, vt monumẽto meo lucernam accendant, & ſolennia mortis peragant alternis mẽſibus. Libertas ſeruis relicta, ea conditione ſuſpenſa non eſt. Sed ea ſpecies diſſimilis eſt. Teſtator enim in ea vſus eſt dictione, vt, quæ modum facit.l.40. quibus diebus.§.vltim. Conditio pro modo & lege accipitur.l.ſed Celſus.6.§.vlt.de contrahen.emp.cum ſimilib. Item mens teſtatoris eſt, vt liberi monumento adſint, alias nunquam conſequerentur libertatem: quia tractum habent hæc verba, vt adſint monumento &c. Superſunt explicandę aliquot antinomiæ. Vna eſt ex l.3.§.filius.ff.de liber.& poſtum. Conditio quæ tacitè ineſt expreſſa, vitiat exhæredationem. Idem in l.ſi quis Sempronium.68.ad fin. de hæred.inſtit. Filius debet exhæredari purè. Certo enim iudicio liberi à parentum ſucceſſione remouendi ſunt. ff.de bonor. poſſeſ.contra tabul.l.18.ſub conditione. Nec id dubium eſt in conditione voluntaria: ſed de neceſſaria conditione quæritur, cuiuſmodi hæc eſt, ſi hæres erit. Non enim valet exhæredatio, niſi adita hęreditate.l.20.filiũ §.ſed cum exhæredatio, de bono.poſſ.contr.tabul. Solut. Hęc verba ita interpretamur vt conditionem faciant in odium exhæredationis: vt ſubuertatur exhæredatio, quæ non eſt adiuuanda interpretatione.l. cum quidam ff.de lib.& poſthu. Si ſubtilitatem ſequamur in hac interpretatione, non poteſt valere exhæredatio. Non enim (vt dictum eſt) valet exhæredatio, niſi hæres exiſtat. Conditio eſt, ſi hæres erit: at hæres non poteſt eſſe antequam valeat exhæredatio, quia filius interim pręteritus reperitur. Hęc ſubtilitas admittitur odio exhæredationis.d.l. cum quidam.

Diximus conditionem quæ tacite ineſt, non reddere legatum conditionale, nec impedire tranſmiſſionẽ. Superſunt explicandæ aliquot antinomiæ, quarum explicatio multum confert ad huius legis interpretationem. Vna eſt ex l.3.§.filius.ff.de liber.& poſthum. Conditio, quæ tacite ineſt, expreſſa vitiat exhęredationem. Idem in l.68.ſi quis Sempronium.ad fin.ff.de hæred.inſtit.filius debet exhęredari pure.l.18.ſub conditione.ff. de bon.poſſ.contra tab. Certo iudicio liberi à parentũ ſucceſſione remouendi ſunt. Nec id dubium eſt in cõditione voluntaria: ſed de conditione neceſſaria quæritur. Cuiuſmodi hęc eſt, ſi hęres erit. Non valet exhęredatio, niſi adita hæreditate.l.filium.20.§.ſed cum exhæredatio, ff.de bon.poſſ.contra tabulas. Solut. Hæc verba interpretamur, vt cõditionem faciant, odio exhæredationis.arg.l.19.cum quidam.ff.de liber.& poſthum. vt ſubuertatur exhæredatio, quæ non eſt adiuuãda interpretatione. Si ſubtilitatem ſequamur in hac interpretatione, non poteſt valere exhæredatio. Non valet exhæredatio, niſi hæres exiſtat, vt diximus. alia cauſa eſt legati, in quo nullum odium verſatur. Alia antinomia eſt ex l.65.ſi ita legatum.§.illi, ſi volet.infra, hoc titu.de legat.1. Conditio, ſi volet, expreſſa reddit conditione legatum. Vulgo dici ſolet non ineſſe tacite vt legatarius velit. Nam etiam ignoranti acquiritur. l.

tur. l. 77. cum pater. §. ſurdo. de legat. 2. Verum quia legatarius poteſt repudiare, rectè dicitur ineſſe hæc conditio, vt legatum non acquiri, niſi volenti. Item Iurecõſul. in d. §. illi ſi volet. ſatis oſtendit eam conditionem ex genere earum eſſe, quæ tacitè inſunt. Quare hæc reſponſio nec tuta ſatis, nec firma eſt, quamuis excuſari vtcunque ac defendi poſſit. Sequenda potius videtur ratio Gaij in l. 68. ſi ita expreſſum. ff. de condit. & demon. Rip. ad hanc l. 3. num. 35. quia conditio perſonę iuncta videtur velle factum perſonale eſſe, nec ad hæredem tranſire. l. 4. ff. loca. Alia eſt voluntas hæredis, alia defuncti. Scripſi ad l. 46. cẽtetimus. ff. de verbo. obl. Cum tacite ineſt conditio, nec expreſſa, nihil perſonæ iunctum dici poteſt. Alia antinomia ex l. 88. Actus legitimi. ff. de regul. iuris. Acceptilatio tacitã conditionẽ habet, ſi conditio extiterit ſub qua promiſſum erat: tamen expreſſa nocet. Sed mirum id non eſt in actibus legitimis. Ritus quidam legitim' eſt ac ſolẽnis, ex quo nihil immutari licet in iis, quæ pro ritu ac ceremoniæ forma exacte ſeruari debent. Boet. in Topic. Cic. ex Gaio, vbi de ceſſione loquitur. Dicuntur legis actiones, Nouell. 81. Conſti. quæ dignitatibus. De his ſcripſi ad titul. de acquiren. hęredit. Alia antinomia ex l. 22. ſi Titio. ad finem. quando dies legat. ced. Si diligenter conſideretur illa ſpecies, nihil contrarium, aut repugnans reperietur. Legatum ab omnibus hæredibus ſub conditione, ſi primus hæres erit. Conditio ſuperuacanea eſt, quatenus tacitè ineſt. Omnes legato onerati ſunt non in ſolidum, ſed pro parte: deficiente conditione legatum debeotur ſaltem pro parte. Dixerit aliquis, imo debetur integrum legatum: quia pars hæreditatis accreſcit cum onere. l. 61. ſi Tito. §. Iulianos. de legat. 2. Scripſi de hac re quid ſentiam lib. de iure accreſcen. cap. 2. Opinio Socioi de contrarietate non eſt vſquequaque improbanda. Sed hæc diſputatio eſt alterius loci. Diuerſa eſt ſpecies in l. 29. in cõditionib. §. 1. ff. de cõdi. & demonſt. Legatum eſt relictum à primo tantum, non à cæteris, & conditio ei tantum adſcripta. Conditio ſuperuacanea eſt, quia non poteſt deberi legatum, niſi eo exiſtente hęrede, ne pro parte quidem. Igitur hi tres caſus expendendi ſunt. Videndum in quaque ſpecie an conditio inſit neceſſario. Alia antinomia ex l. 150. Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, de reg. iuris. Breuis definitio hæc eſt, & ſubobſcura, niſi ad locum referatur vnde ſumpta eſt. Sumpta eſt autem ex l. ſi nonnunquam. ff. de conditioni. & demonſt. cuius inſcriptio eſt Modeſt. lib. 7. differen. Voluit enim oſtẽdere differentiam eorum, quæ tacite inſunt, & quæ exprimuntur. Si Capitolium aſcenderit, tacite continet hanc conditionem, ſi voluerit: tamen eius expreſſio nocet. In ſpecie. d. l. nonnunquam. id verum eſt. & in aliis de quibus iam diximus. l. 3. §. filius. l. ſi quis Sempronium. l. actus legitimi. teſtatoris voluntati parens, qui voluit Capitolium aſcendi. facit lex, ſi in diem. 46. §. vlti. de condit. & demonſt. Hæc mihi ſufficere viſa ſunt ad huius tertij capitis declarationem. Alij longius vagantur, & tractant, an generaliter verum ſit, expreſſionem eorum, quæ tacite inſunt, nihil operari. Et an id locum habeat non tantum in conditione, ſed etiam in diſpoſitione. Hæc extra rem ſunt: mihi hic propoſitum eſt vt dicam, non quicquid poteſt dici: ſed quicquid debet.

Ad l. 4. ſi quis in fundi vocabulo.

LOcus hic tractat de ratione & modo legendi. Vtendum eſt autem verbis aptis & idoneis ad rem ſignificandam. Quid ergo ſi erratum ſit in nomine rei legatæ? Dupliciter hoc accidere poteſt. Primum errando in nomine proprio rei. Secundo errando in nomine communi & appellatiuo. ff. de vtroque hic Vlpi. loquitur. Error igitur in nomine proprio non nocet, ſi de voluntate aliter conſtet. Tolerabilis eſt hic error in nominibus, quę arbitrio cuiuſque imponuntur, ac mutantur. Idem dicitur in l. ſi Fornidianum. Cod. de legat. Idem in nomine hæredis, aut legatarij. §. ſi quis in nomine. Inſtit. de le. l. ſi in nomine. C. de teſta. Et adſertur ratio in d. §. ſi quis in nomine. quia nomina imponuntur ad recognoſcẽdos homines. Nihil ergo refert, modo aliter noti eſſe poſſint. Et hæc ratio ad nomina quoque propria rerum pertinet. Imponuntur rebus vt facilius noſcantur ac diſcernantur. De nomine teſtatoris vide l. vlt. Cod. de hæredibus inſtituen. Nam ea diſputatio extra rem eſt. An idem ſit in cõtractibus, dixi ad l. 32. ſi in nomine. ff. de verbo. obligat. Idem dicendum eſt & ſi error ſit in demonſtratione. l. 17. demonſtratio. ff. de condit. & demonſtratio. §. huic proxima. Inſtitutio. de legat. Hæc accipienda ſunt cum apparet teſtatorem errare in nomine tantum, & de alio corpore ſenſiſſe, id debetur de quo teſtator ſenſit. Sed quomodo id poſſit apparere, difficile eſt hoc in vniuerſum diffinire, quia facti eſt quæſtio magis, quam iuris. Sed conſideranda ſunt quæ antecedunt, & quæ ſequuntur. l. ſi ſeruus plurium. 50. §. vlti. infra hoc tit. de legat. 1. Demonſtratio etiam ſpectari debet ſi forte qualitas erat notior teſtatori, quam nomen. l. 29. qui habebat. ff. de reb. dub. Si igitur error ſit non tantum in nomine: ſed & in re ipſa. & corpore, nocet legato. hæc eſt ſententia Vlpian. in hoc loco. Idemque ſenſit de hæredis inſtitutione in l. 9. quoties. ff. de hæred. inſtitu. Quæ duo capita coniungi debent, vt olim coniuncta fuerũt. Inſcriptio eſt Vlpian. libr. 5. ad Sabinum. Separata ſunt à compoſitoribus, quia diuerſis titulis conoeniebant. Hæc coniunctio vtilis eſt, vt conferantur ſcripta de legato & inſtitutione. Magna eſt affinitas legati & inſtitutionis. Sic alias coniunximus l. 89. re coniuncti. de legat. 3. & l. 142. triplici de verborum ſignificatione. Exemplum de legato. Quæritur cum teſtator de vno ſenſit, & alterum legauit, dicitur erratum in corpore. leg. 9. in venditionibus. de contrahen. emptio. Duos fundos habebam Cornel. & Sempron. diſtantes inter ſe, nec confines. Vnum legare volebam Titio, nempe eum qui maiorum nõ fuiſſet, ſed emptus à patre meo. cum ignorarem vter eſſet emptus, perſuaſum mihi eſt Cornelianum emptũ fuiſſe, cũ reuera eſſet Sempronianus, legaui Cornelianum. Hic erratum eſt in re ipſa magis, quam in nomine. Teſtator ſi fuiſſet præſens, dixiſſet, hunc fundum do lego. Neuter ergo fundus debetur propter errorem. arg. l. in ambiguo. de reb. dub. Exemplum de hæredis inſtitutione. Vulgo notum eſt ex ſacra hiſtoria, Iſaac inſtituit Iacob pro Eſau per errorẽ. Geneſ. 27. cap. Erratum fuit in corpore ipſo. Si non nominaſſet, in eodem fuiſſet errore, hũc ego inſtituo. Nam valet inſtitutio. Romano iure neuter inſtitutus eſſe intelligitur. Sed huic ſententiæ opponitur locus communis de voluntate teſtatoris, a Tuberone in l. Labeo. §. vltim. de ſuppell. legat. Quorſum nomina, niſi vt demonſtrent voluntatem dicentis? Sententia eſt Tuberonis diſſentientis à Seruio ſocero ſuo. Cicer. pro Cecin. Nihil opus eſt verbis, cùm res, cuius cauſa verba quæſita ſunt, intelligitur. Si voluntas tacitis nobis intelligi poſſet, verba omnino non vteremur. Hæc ratio quoſdam mouit vt dicerent Eſau rectè inſtitutum videri. Quę ſententia alias à me refutata eſt. Vlpi. in d. l. quoties. refragatur, & oſtendit non ſufficere voluntatem. Error fuit Tuberonis, de quo in dict. leg. Labeo, qui error ab iſtis renouatur ac repetitur. Eſau neque ſcriptus, neque nuncupatus fuit. l. 2. ff. de hæred. inſtit. leg. iubemus. Cod. de teſtam. Non quiſquis vult aliquem ſibi hæredem eſſe, nec eundem inſtituat, dicitu

tur magis inſtituere voluiſſe, quã inſtituiſſe. Aliud eſt aliquid agere velle, aliud agere. l. 1. de eden. l. amplius. ré rat. hab. Id certũ eſt in iis actib. in quib. ſola volũtas nõ ſufficit. not. ad l. 2. Cod. de ſum. Trini. Nõ eſt credandũ ſolam voluntatem ſufficere ad inſtitutionem hæredis. oportet eam aliquo modo expraſſam eſſe. Si ſola volũtas ſpectaretur in teſtamentis, cur tanta ſolennitas adhiberetur? l. hac conſultiſſima. & l. iubemus. Cod. de teſta. & aliis ſimilibus. Vnum exemplum eſt in l. 44. quidam cum filiumfam. ff. de hæred. inſtit. vbi voluntatis nulla habetur ratio in teſtamento, quæ nullo modo expreſſa eſt. Sequitur de errore in nomine cõmuni ſiue appellatio. Exẽplum hic eſt de legaio. Aliud exẽplũ in d. l. quoties Ratio eſt, quam expoſuimus ſupra. facit d. l. in ambiguo. ff. de reb. dubiis. vbi Paulus ait, Quid aliud dicit, quàm vult, neque id dicit quod vox ſignificat, quia non vult: neq. id quod vult: quia id non loquitur. Eſt locus inſignis de hac re in l. Labeo. ff. de ſupel. leg. vbi ſententia Tuberonis refellitur de voluntate. Mirum non eſt hodie pleroſqua hæſitare in hac re, cum veteres inter ſa diſſenſerint. Tubero quidem probabiliter dixit: ſed obtinuit Soeeri ſẽtentia, vt quæ fortioribus rationibus nitatur. Aurea eſt ſententia Seruij: Nemo credendus eſt aliquid dixiſſe, cũ nõ ſuo nomina vſus ſit. Non obſtat l. quoniã 15. C. de teſt. Nihil ſane refert quibus verbis, modo apta ſint ad ſignificãdam voluntatem. d. l. quoniam. facit l. 25. ille aut ille. §. cum in verbis nulla. &c. de leg. 3. Periculoſum eſt cõiecturam voluntatis recipi contra apertam verborum ſignificationem. nihil certi eſſet in teſtamantis: dicetetur teſtator ſolitus bouem vocare aſinum. Hic occurrit antinomia ex l. 50. Librorum. §. quod tamẽ Caſſius. de l. 3. vbi admittitur coniectura voluntatis cõtra verborũ proprietatẽ. Verũ nõ omnino repugnat volũtati ſignificatio verborum. Chartas vocamus libros abuſiuè. Abuſum recipimus plerũque pro ſignificatione propria. l. non aliter. 67. §. t. de leg 3. l. ſi quis vinum. de trit. vino, oleo leg. Recipimus etiam tropos & figuras viitatas, metaphoram, metonymiam, allegoriam, ironiam. Si quis ſeruom, aut equum vocet aſinum ob tarditatem & ſegnitiem: hic non receditur à conſuetudine loquendi. Ambigua igitur vox eſt in dict. l. librorum. ſed ſtudioſus ſtudioſè legat. Item, nihil aliud, quàm libros habebat. Nõ obſtat ꝙ nonnulli obiiciunt ex hoc capite, de veſta & ſupellectile. Supellex nullo modo ſignificat veſtem apud Latinos ſcriptores. Nemo latinus dubitauit vnquam, quin ſupellex & veſtis, res diuerſæ ſint. Sed dubitatur de quibuſdam rebus an ſupellectilis ſint, aut veſtis. l. 5. de ſupel. leg. Ex iam dictis cognoſcitur differẽtia nominis proprij, & cõmunis vel apellatiui. Error in proprio nomine nõ nocat, ſi conſtet da volũtate, & admittitur coniectura voluntatis. Error in nomine rei nocet, nec admittitur probatio voluntatis. Platique tamen hic dicunt admitti probationem, ſed fortiorem requiri. Sed hoc ſatis refutari poteſt ex iis, quæ diximus. Rationẽ diuerſitatis ſubiicit hic Vlp. ad fin. Error in nomine proprio excuſationẽ aliquã habet, hæc nomina arbitrio cuiuſque imponuntur, vel mutantur. Cod. de muta. nom. Communes appellationes quæ quaſi naturali quodam conſenſu hominum inditæ ſunt rebus, non pendent ex cuiuſque voluntate & arbitrio. d. l. Labeo. facit l. 2. de vſufruct. earum rerum. Nec ſenatus eſt, nec principis, cõmunia rerum nomina mutare. Pomponius Marcellus Tiberio dixit, Hominibus barbaris ciuitatem Romanam data potes: nominibus barbaris non potes. Alcia. male hoc adſcribit Phauorino & Adriano.

Ad §. ſi quis hæredes.

Locus eſt de legato, in quo quæritur à quo debeatur legatum. Et certum eſt ab hærede deberi, niſi aliud actum ſit. Dixi ſupra in definitione legati: ſi ſint plures hæredes debetur ab omnibus, & debetur pro rata parte. l. ſi pluribus. 45. de leg. 2. Similis locus in l. ab omnib. 107. hoc titu. da leg. 1. nam hæres non repræſentat defuncti perſonam, niſi pro ea parte qua hæres eſt. l. cum à matre. Cod. de rei vindic. Vnde ſi vnus inſtitutus ſit hæres Gallicanarum rerum, & teſtator ita dixerit, Quiſquis mihi, &c. videtur is ſolus oneratus ad quem res Gallicanæ pertinent ex diuiſione. Sed non ita eſt. Nam ad omnes hæredes pertinent hæres, quãuis obueniant diuiſione hæreditatis, & eas conſequatur ab aliis hæredibus. Quid ſi teſtator eum inſtituit hæredem rerum Gallicanarum? quo caſu legatarij loco eſt, dato cohærede vniuerſali. l. quoties. C. de hęred. inſtit. nõ dato cohęrade vniueſali, intelligitur omnium hæres inſtitutus, detracta rerũ mentione. l. t. §. ſi ex fũdo. ff. de hæred. inſtit. Hæras eſt iuris ſucceſſor. l. quoties. 9. §. hæredes. ff. de hæredib. inſtit. l. ex facto 31. eod. tit. Vbi duo ſunt inſtituti ex certis rebus, nec vllus eſt cohæres vniuerſalis, interpretamur inſtitutos eſſe ſine partibus, ſed iure pręlegati res illas ſingulis attribuendas eſſe. Debet ergo quiſque æs alienum, & legata pro qua parte eſt hæres. Nec habetur ratio rerum prælegatarum. d. l. ex facto. niſi forte voluntas defuncti contraria appareat, ſi appareat aum his verbis vſum, quod vellet aum onus legatorum ſubire, ad quem illæ res peruenirent. Quæ hic tractantur de nominibus diſtributiuis, ad rem non pertinent. De his dicemus alibi.

Ad l. 5 Seruus electione.

Agitur hoc loco de optione, vel electione legata, de quo proprius eſt tit. infra lib. 33. Quidam legauit Titio ſeruũ, quem elegerit: ſemel elegit, an poſſit variare & mutare voluntatẽ. Mouet dubitationẽ quod teſtator non dixit, quem ſemel elegerit. Sed Paul. ait eum variare non poſſa. Ratio colligitur ex l. apud Aufidium. 20. in fin. ff. da optio. leg. In Florent. ibi legitur, quoniam res &c. ex quo apparet rationam reddi. in aliis legitur, quinetiam res &c. Vnde orta eſt magna diſſenſio, ſed tutius videtur Florentinam lectionem ſequi. Sed obiicitur, quod hac ratione hoc non haberat locum in re aliena lagata. Paulus tamen hic loquitur generaliter, nec rem alienam excipit. non enim diſtinguit ſeruum proprium ab alieno. Sed animaduertendum eſt Iuriſconſul. in l. apud Aufidium. loqui de legato vindicationis, in quo legato ſtatim tranſit dominium etiam iure veteri, vt dixi. hoc autam genere res propriæ tantum legantur. Non igitur mirum aſt hanc rationem adductam eſſe, cum de eo genera legati tãtum quæreretur. Sed hoc eſt receptum etiam in aliis generibus legatorum, ſed alia ratione. Quamuis nota ratio nobis non eſſet: tamen certum ius ſequi oportet. l. non omnium. ff. de legib. Ego rationem adduxi in l. ſi quis ſtipulatus. ff. de verb. oblig. quæ mihi videtur probabilis, ne vltimæ voluntates ſuſpendantur, ſed maturius exitum habeant. l. vlt. commun. prædior. Et videmus in pleriſqua aliis exemplis hanc variationem improbari. l. ſi pluribus. 33. l. huiuſmodi. 84 §. Stichum. infra hoc tit. de leg. t. l. ſtatuliberum. 11. ad fine de leg. 2. Hęc intelligẽda ſunt, cũ electio recte facta eſt, ac ſine vitio. Nihil enim probibet quod vitioſe factum eſt repeti & iterari. l. qui per ſalutem. 32. de iureiuran. ca. non præſtat. de reg. iur. In 6. Vnde quæritur quæ obſeruanda ſint in electione vt valeat: ego paucis perſtringam. Nam plena diſputatio magis conuenit tit. de optio. lega. Primum oportet aditam eſſe hæreditatem. l. optione. 6. de optio. leg. l. Iulianus. 10. infra hoc tit. de leg. 1. Nam ante aditionem legatarius

nihil

nihil iuris habet. leg. ſi nemo ſubiit hæreditatem. 142. de regul. iuris. leg. eam, quam. 14. Codic. de fideicom. Secundo ſi filiusfamil. ſit, oportet voluntatem patris accedere. dict. l. Iulianus. Nam filius acquirit patri, &c. Tertio ſi ſit pupillus, debet etiam accedere tutoria auctoritas. argumen. l. pupillus. 9. Digeſt. de acquirenda hæreditate. & l. ſi ſine. alias, minor reſtituitur. l. ait prætor. 7. §. & ſi ſine. aliàs eſt leg. & ſi ſine. 8. de minor. Item quarto loco oportet verbis aptis eum vſum eſſe qui eliget, vt appareat vnam ea rebus habere velle magis, quàm alias. Verbum enim eligere, id ſignificat. Inde quæritur, quid ſi dixerit, illam rem volo eligere? Verbum enim, volo, eſt ſuſpenſiuum. l. ſi quis ſtipulatus. ff. de verborum obligatio. vt volo adire hæreditatem, volo matrimonium contrahere cum illa, volo relinquere prædia. l. Pamphilo. 37. §. propoſitum. de leg. 3. Sed diligenter conſideranda eſt vis verborum, & mens proferentis in quaque ſpecie. hæc enim certis regulis includi, aut certa definitione comprehendi non poſſunt. Quid ſi ita dictum ſit, Volo habere, ſumere, capere, Volo eſſe hæres, volo Titiam habere vxorem, volo dare. l. huiuſmodi. 84. §. Stichú. hoc tit. volo habere. dict. l. apud Aufidium. hoc verbo perficitur electio. Quinto oportet electionem factam eſſe rebus omnibus exhibitis. l. 4. ff. de optio. leg. Electio enim requirit deliberationem. Opponunt l. ſi ia cui. 19. de leg. 2. vbi ob ignorantiam rerum non vitiatur electio. Variæ ſunt opiniones, plerique intelligunt de legato alternatiuo, ſed nulla ſatis firma ratio adducitur huius diuerſitatis. Exiſtimo rem ibi traditam fuiſſe, nec fuiſſe ſimplicem electionem, alias ſimilitudo quæ ſequitur non eſſet apta nec bona. Deinde vindicare, verbum, videtur accipiendum cum effectu. not. in leg. 2. §. ſi tamen. ff. de verborum obligat. In priore parte legatum eſt vindicationis, & electio legatarij: in altera legatum damnationis, & electio hæredis. Sexto videndum eſt ne res aliena eligatur. l. 2. eo. tit. de optio. leg. Hoc vulgo intelligitur, niſi aliæ res non ſint in patrimonio. l. Titia teſtamento. 39. §. Semproniæ. de auro, argent. mund. Sed alius ſenſus eorum verborum. §. Semproniæ. Syntheſis enim ſignificat vniuerſitatem veſtium, quæ ſimul induuntur, quę forte ſunt eiuſdam coloris aut materiæ. Legatarius itaque non poteſt ita eligere, vt illum ordinem peruertat. Si in patrimonio ſint tunicæ ſingulares, id eſt, ſine illa compoſitione, ex iis tantum eligere poterit. Si non ſint aliæ, niſi in ſyntheſi, hæres eliget. Non fit ergo electio ea alienis: intellige, niſi appareat de contraria voluntate.

Cœpimus docere, quæ ſint obſeruanda in optione rei legatæ. Adde ſupradictis res omnes exhibendas eſſe, &c. leg. 4. Digeſtis de optione legat. alias non poſſet deliberare vtram rem malit. Itaque non videtur conſumpta electio ſi quis ignorauerit electionem ſibi datam eſſe. Tantum abeſt vt ipſi exhibeantur res, vt etiam ignoret hanc ſibi facultatem conceſſam eſſe. Sed huic ſententiæ opponitur l. ſi is, cui. 19. ff. de leg. 2. Difficilis eſt antinomia. Plerique exiſtimant accipiendum eſſe de rebus ſub alternatione legatis: non de optione legata. Sed nulla ab iis bona ratio diuerſitatis affertur, ac nec afferri quidem poteſt. Ego verò aſſentior iis, qui putant ibi non fuiſſe ſimplicem electionem. Primum enim iudicium aliquod fuit de ea re, vt apparet ex verbis. Imo fuit executio & traditio rei. Vindicare, verbum, videtur accipiendum cum effectu. Si quis obiiciat, vindicare nihil aliud eſſe, quàm petere, &c. Reſpondatur ambiguitatem aliquam hic reperiri, cui ſimilis eſt in leg. 2. §. ſi tamen. ff. de verborum obligationibus. Accipienda interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. ff. de legibus. Item ambiguitatem explicant verba ſequẽtia. l. ſi ſeruus plurium. §. vltimo. ff de legib. 1. & l. ſeptuageſima quinta. nummis. ff. de legib. 3. Alias nec bona nec apta ſimilitudo eſſet: niſi in vtroque caſu data res eſſet. Et ſane verbum vindicare, late patet, & plerunque aliud ſignificat, quàm petere: vt enim dicimus rem fiſco vindicari. l. bonorum. 8. l. 14. dicitur. l. vigeſimaſeptima. cum mortem. ff. de iure fiſci. portiones. leg. 21. de iis, quibus vt indignis. Hæc ſunt quæ præcipue ſeruari debent in electione: quibus obſeruatis non licet variare, vt ante diximus. Supereſt antinomia ex leg. eam, qui certarum. 8. §. vltimo. de verborum obligationibus. leg. 112. ſi quis ſtipulatus. eodem titulo. In ſtipulatione diſtinguitur quibus verbis: quia electionem non habet, niſi ea verbis: in rem non diſtinguitur quibus verbis: quia electionem habet ex lege, & tacite. Reſpond. differre in hac re vltimas voluntates à contractibus. Loci clari ſunt de contractibus nunc à me citati. de vltimis voluntatibus locus hic eſt ſatis apertus. & dict. leg. apud Aufidium. Nec tantum de electione legatarij: ſed etiam hæredis. dict. leg. huiuſmodi. §. Stichum. hoc titulo. & dict. l. ſtatuliberum. de legib. 2. Non diſtinguitur quibus verbis electio fuerit permiſſa. Quin igitur differant, dubium non eſt, ſed ratio diuerſitatis inquiritur, de qua diximus ſuprà ea leg. apud Aufidium. in fine. Quidam recentiores tamen contendunt rationem non eſſe, propter dictionem, quinetiam, quam vulgares codices habent. Sed fefellit eos Haloander, vt me quoque ipſum alias. In Florentinis enim legitur, quoniam, vt dixi. Deinde ſumitur alia ratio de quã etiam ſupra dixi ex leg. vltim. communium prędiorum. Non ſicut viuentium, ita & defunctorum actus ſuſpendi receptum eſſe, id eſt, non tam facile admitti ſuſpenſionem in actibus defunctorum. & hæc videtur probabilis eſſe ratio, nec improbanda. Rationes enim neceſſariæ, & velut ἀποδείξεις, quæ vim adferunt, non ſunt exigendæ in ſcientia ciuili, vt recte Ariſtoteles ait. Probabilibus enim contenti eſſe debemus, quæ ſpeciem vtilitatis, aut æquitatis habeant.

Ad §. Labeo ait.

SPecies hic tractatur pertinens ad interpretationem verborum, & coniecturam voluntatis, cuiuſmodi pleræque extant in his libris. Quidam ita legauit, Stichum, qui meus erit cum moriar, &c. Tẽpore mortis is Stichus erat communis: quæritur an debeatur, & an totus debeatur? Videtur in primis nihil deberi quaſi deficiente conditione. Res enim non eſt mea, cuius partem tantum habeo. Sed tamen conſtat extitiſſe conditionem, nec de eo controuerſia vlla fuit inter Labeonem & Trebatium. Solemus enim dicere res noſtras eſſe, quarum domini ſumus, vel in totum, vel pro parte. Locutio eſt vſitata & recepta. Sed dubitatum fuit, an tota res debeatur, an pars. Labeo exiſtimauit totam deberi. Videbat Labeo legatum damnationis eſſe, quo res etiam alienæ relinquuntur, vt dixi ad legem primam. Verum inſpiciendum eſt non tam quid potuerit teſtator, quàm quid voluerit. Poteſt vtique rem alienam legare. leg. cum rem alienam. Codic. de legat. non tamen facile creditur rem alienam legare, niſi id diſerte expreſſum ſit verbis nec obſcuris, nec ambiguis. Non creditur in dubio velle onerare hæredem ſuum neceſſitate redimendi. leg. vnum ex familia. 69. §. ſi rem. de legat. 2. Eatenus intelligitur teſtator onerare hæredẽ ſuum, quatenus id cla-

rè & perſpicuè expreſſum eſt l.73.Numis.de leg.3. Sic ergo interpretamur proximam l.6.Stichum,qui meus erit,&c.vbi dicemus ex leg.83.nuper.de leg.3. Obſeruandum igitur hinc eſt rem meam rectè dici,cuius ego pro parte ſum dominus. l. 1. §.domini. ad Sillan.l.2.de condit.inſtit. Quæritur,an proprie ita dicatur,an improprie? Puto non omnino improprie dici,cum tropus hic receptus & vſitatus ſit. Quod & ſenſit Caius in leg.46.illud.de ritu nupt. Videtur eſſe quædam ſynecdoche cum totum pro parte vſurpamus: hæ figuræ adeo receptæ ſunt & vſitatæ, vt ſine his ne ſermo quidem quotidianus conſiſtat: vt mirum non ſit,ſi eas recipiamus in interpretanda voluntate teſtatorum. Magis tameo proprie dicitur res mea,quæ tota mea eſt. Et hac ratione verbum ambiguum eſſe dicitur. l. 139. pupillus.§.vltim.ff.de verborum ſignificat. Sane qui dicit rem ſuam totam eſſe, quæ communis eſt, male loquitur.l.25.recte dicimus. ff.de verborum ſignificatio. l.5. Seruus communis.ff.de ſtipul.ſeruo. Multum refert, an dicam, hæc res eſt mea:an ita, hæc res eſt tota mea. Nam in parte ſocij nihil iuris habeo, nec poſſum eam alienare.d.l.portionem. Cod.de commun.rer.aliena.l. 68.nemo ex ſociis.ff.pro ſocio. Idque exceptis aliquot caſibus,de quibus hic diſputatur ab aliis extra rē. Hinc vulgare illud, Quod commune eſt,meum eſt,quātum ad diſpoſitionem partis meæ. Ex iam dictis conſequitur, ſi quis ſeruos ſuos legauerit,communes deberi. l. 72.ſi quis ſeruos & l.56. Iulianus. §.ſeruos. ff. de leg.3. atque ita extenditur quod hic Paul.ait,de re certa, &c. Multa alia exempla colligi poſſunt, in quibus apparet quod commune eſt, meum rectè dici. Sed ea omitto breuitatis cauſa. Quod autem dicitur,quod commune eſt,&c.accipe quod commune eſt pluribus vt ſingulis. leg. in tantum. §. vniuerſitatis. Digeſt. de rerum diuiſione.leg. ſed ſi hac.§. qui manumittitur. de in ius vocando. Res ciuitatis meæ, non rectè dicitur mea, ne pro parte quidem. Itaque nō deberetur ex legato. Hic occurrit antinomia ex l.43.hoc legatum.de leg.3. vbi ſic, Vxoris cauſa paratum non dicitur quod communis vſus cauſa paratum eſt. Idem in l.36.legatis.de leg. 2.l.27.Quintus. ff.de auro,& arg.leg. Dubitatio naſcitur ex eo quod dictum eſt, quod commune eſt,dicitur meum. Quod ad communem ergo vſum paratum eſt, rectè dicitur ad meum vſum paratum eſſe. Sed in hac ambiguitate ſequimur quod veriſimilius eſt teſtatorē ſenſiſſe. In ſuperiore ſpecie,qui legat ſeruos ſuos,nulla eſt cauſa cur non velit legare cōmunes pro parte ſua. Qui legat quod vxoris cauſa paratum eſt,non creditur legare quod communis vſus cauſa paratū eſt. facilius legat vxori quod ei tantum vſui eſt. Conſiderat teſtator graue eſſe vxori iis rebus carere,quę proprie ipſius vſibus attributæ ſunt. Alias auferretur vſus hæredi, qui non diuiditur. l.vſus pars. ff.de vſu & habitat.

Ad §.cum fundus.

SPecies hic tractatur non omnino diſſimilis ſuperiori. Legatus eſt fundus cōmunis hoc modo, Lego fundum Cornelianum, vel qui meus eſt, an totus debeatur:& cogatur hæres partem redimere? Ait Paulus portionem deberi. Addit hoc conſtare,vt oſtendat certi iuris eſſe,non controuerſi. Nam & verba & mens teſtatoris pro hærede faciunt. *Qui meus.* Recte interpretamur quatenus meus eſt, vt ſupra dixi. Meum id rectè dicitur quod pro parte meum eſt,quamuis totum meum eſſe, non rectè dicatur: vt ſupra docui. Item ſi dubia res eſſet, non facile teſtator crederetur voluiſſe hæredem ſuum onerare neceſſitate redimendi. l. vnū ex familia. 69. §.ſi rem. de leg. 2. Merito igitur dixit Paul.conſtare, cum hæc ſententia non tantum conueniat verbis:ſed etiā humanior ſit, & magis ex volūtate teſtatoris. Hæc autē ſpecies differt à ſuperiore. Nam in ſuperiore inſpicitur tēpus mortis, hic inſpicitur tēpus teſtamenti.l.8.ſi ita.ff. de auro, arg. lega. l. vlt.medico. eo.tit. Vnde quæritur,quid ſi poſtea acquiſita ſit altera pars, an debeatur? Dicā ad l.ſi ex toto. 8.infr.hoc titul. Quid autē his verbis ſignificetur meū, tuum, ſuum, ex aliis locis cognoſcitur.l.cum ſuæ.69.& ſeqq. tribus.de leg.3.l.meorum.91.de verb.ſign.l. talem.51.§.1. de hæred.inſtit.d.l.27.Quintus.§. argento. ff.de auro,& argento.l.ſi legatis.30.§.1.ff.ad Trebel. Hinc obſeruandū eſt,eum,qui legat rē ſuā,videri legare partē quā habet, nō eā quæ aliena eſt. Dixerit aliquis,ſi vtraque pars eſſet aliena, totus fundus deberetur. ergo multo magis cū altera tantum aliena eſt. Nā legatū rei alienæ valet. l.cum rē alienā.C.de leg. Nec falſa demōſtratio nocet legato.l.demonſtratio,de condit. & demonſtr. & hæc verba demonſtrationem faciunt:non conditionem. vt prox.ff.de leg.1.l.Stichum.& l.83.nuper. de leg. 3. Reſpondeo, ſi totus fundus ſit alienus, nulla alia coniectura poteſt capi,quàm voluiſſe totum legare. Nulla coniectura eſt, quæ ſuadeat teſtatorem de parte cogitaſſe. At cùm pars teſtatoris ſuit facilè credimus eū de ea parte cogitaſſe. Intellige ſi ſciat partē tantū ſuā eſſe. Nā errantis nulla volūtas eſt.l.ſi per errorē.ff.de iuriſdict. Similis ſpecies eſt in l.qui concubinam.29.§.qui fundum.de leg.3. Pars vtraque teſtatoris eſt:ſed altera debetur ſocio actione mandati. Notanda eſt diligenter hic coniectura,cuius magnus eſt vſus in interpretatione voluntatis. Tractari ſolet, ſi teſtator non dixerit, meum: ſed ſimpliciter legauerit,quid debeatur,an totum debeatur, an vero ius quod teſtator habet in re? Hic reperitur magna varietas iuris, ac vt videtur, repugnantia. Accurſ.cum paucis aliis quibuſdam,exiſtimabat totum deberi. Dicunt enim appellatione rei totum contineri.l.ſi dictum. §.in ſtipulatione. ff. de euictio.nec facile recedendum eſſe à verbis. l.25.ille aut ille.l.non aliter.67. ff.de leg.3. Quod hic dicitur partem deberi,aiunt dici propter verbum,meum. Citant exempla ex Iuriſconſ.quibus ſententiam ſuam confirment. Vnum eſt in l.Mæuius. 68.§.fundo.ff.de leg.2. vbi debetur legatario omne emolumentum rei, non pars. De pignore expreſſum eſt aliis locis. l. 60.ſi res obligatas.l.prædia.6.Cod. de fideicom. Præterea adducitur pro hac ſententia l.cum filius. 78. §. dominus. de leg.2. Item adducunt pro ſe l. quod ſi quis Stichum. 76.ff.hoc tit.1.de leg. hæc ſunt argumenta quibus fere vtuntur huius opinionis defenſores. Contraria tamen opinio receptior eſt, partem tantum deberi, aut ius quod teſtator habuit. Huius opinionis fundamentum eſt mens teſtatoris. Alij pugnant verbis,à quibus dicunt non eſſe recedendum. Sed reſponſum in promptu eſt, potiorem mentem eſſe. dict. l. non aliter. Ea colligitur ex coniecturis. Eſt autem vna efficaciſſima, quod teſtator noluerit hæredem ſuum ita onerare, vt partem,aut ius alienum redimat. Hac coniectura ſæpe vtuntur Iuriſconſul.cum agitur de interpretatione voluntatis.dict.leg.vnum ex familia.§.ſi rem.de leg. 2.d. l.qui concubinam.§.qui fundum.de leg. 3. & l. 36.Sticho. de vſufruct.leg. Non enim ſolent in ſumma interpretari contra hæredem,quoties coniectura aliqua pro eo eſt,quæ ſit alicuius momenti. Id etiam apparet ex leg.cum alienam rem. Cod. de leg. vbi non intelligitur legatum, ſi teſtator alienam ignorauit, niſi ſit coniuncta perſona. Sic etiam in noſtram ſpeciem coniectura eſt propter partem, aut ius quod habet teſtator: creditur enim facile de illa parte,aut iure ſenſiſſe. Proferunt etiam iſti exempla multa, & plura quàm aduerſarij,præter ea,quæ iam recitaui. Vnum eſt in l. 74.ſi domus.§.vlt.hoc tit.

Aliud

Aliud exemplum in leg. cum ſeruus. 39. §. idem Iulianus. Quiſpiam hic legauit fundum ab alio emptum, hæres præſtat actionem ex empto. Aliud in l. 44. ſeruum filij. in princ. Hic legatur ius quod quis habere ſperat. Aliud exemplum in l. 66. Iulianus. alias Iuoiano. alias eſt l. 68. & incipit, l eſtatorem. de leg. 3. vbi intelligitur legatum in altera parte non propria legantis. Aliud in leg. 24. fundus, qui locatus. de fundo inſtr. leg.

Aliud exemplum in l. ſi quis teſtamento. 76. §. ſi libertus. ff. hoc tit. de leg. 1. Obiectorū diſſolutio. Quod obiicitur de ſignificatione verborum, iam refutatum eſt. Quod de l. Mæuius. 68. §. fundo. ff. de leg. 2. reſponderi poteſt ita accipiendum, cum teſtator totum fundum legauit. Hanc ſolutionem plerique contemnunt, ſed fortaſſis non aſſequuntur quid velit Iureconſultus. Non exponunt quomodo fundus ſit legatus. Hæc verba, fundo legato, non ſunt verba teſtatoris. Imo ne legatum quidem hoc modo valeret. l. ita ſtipulatus. de verbo. oblig. l. cum poſt. 69. §. gener. ff. de iure dot. Duplex igitur eſt quæſtio. Vna, an totus fundus debeatur? Quæ ibi non deciditur: ſed nec tractatur à nobis. Altera, quo caſu apparet totum legatum eſſe, quia id expreſſit, vel ſciuit alienum eſſe: an vſusfructus debeatur? Quia dubitatur an ſit pars rei. l. recte dicimus. 25. ff. de verbo. ſignifi. At enim de toto fundo legato nihil dicitur, nec id exprimere fuit neceſſe: quia de eo non erat quæſtio. Sed dubitatur, quo caſu ſit legatus. Ad l. 78. cum filius. §. Dominus. eodem modo reſponderi poteſt. Item in ea ſpecie vſusfructus, quia hæredis eſt, nō redimitur. facit l. vnum ex familia. 69. § ſi rem. Obiicitur etiam de pignore ex d. l. Mæuius. §. fundo. & d. l. ſi res obligata. Vulgo dici ſolet totam rem poſſe auocari: ſed magis me mouet, quod non eſt credibile velle teſtatorem æs alienum ſolui à legatario. Hæredis eſt æs alienum exoluere non legatarij. l. 1. C. ſi cert. pet. dict. l. 76. quod ſi quis Stichum. ea pro nobis facit. Alias Stichos dari deberet, non actio cedi. Cur autem debeatur vterque, cur alter tātum deberi ex verbis intelligatur? Oppo. etiam l. Iulianus. de leg. & l. qui habebat. 99. alias tot. de leg. 3. Sed iam dixi ius pignoris legatum eſſe, ſi quis intelligat de proprietate, reſpondeo id fieri propter dictionem vniuerſalem.

Quæſitum fuit, an legata re communi ſimpliciter pars tantum debeatur? Diximus receptiorem eſſe opinionem eorum, qui putāt partem deberi, aut ius quod teſtator habet. Multa adduximus ad confirmationem huius opinionis. Quod obiicitur de ſignificatione verborum, ſatis iam refutatum eſt. mens enim potior eſt verbis, cum de ea conſtat ex coniecturis. d. l. non aliter. Non creditur autem velle teſtator hæredem ſuum onerare, vt alienam rem redimat. dict. l. vnum ex familia. §. ſi rem. Nec ſignificatio verborum omnino repugnat, cum fundi appellatione etiam pars contineatur. l. rei appellatione. 23. de verb. ſignif. Si quis dicat proprie totum contineri, &c. reſpon. non eſſe ſcrupuloſe & ſubtiliter nimis ſequēdam proprietatem in teſtamentis. d. l. non aliter. l. cum de lanionis. §. aſinam. Secundo obiicitur l. Mæuius. 68. §. fundo. ff. de leg. 2. Vulgo dici ſolet id accipiendum eſſe, cum teſtator totum fundum legauit. Multum refert, an quis legauerit fundum ſimpliciter, an totum dixerit. not. ad l. Iulianus. ff. de leg. 3. Hanc ſolutionem Alciat. & quidam alij rident, & aiunt diuinationem eſſe. Nam de toto nulla mētio eſt ibi, & dicitur tantum, fundo legato, &c. Sed animaduertēdum eſt pro defenſione huius opinionis hæc non eſſe verba teſtatoris; ſed Iureconſulti. Imo nec legatum quidem hoc modo valeret. l. cum poſt. §. gener. de iure dotium. l. ita ſtipulatus. de verb. obli. Ait Iureconſ. fundum legatum eſſe, nec exprimit quo modo legatus ſit. Duplex igitur quęſtio eſt. Vna eſt, an totus fundus debeatur: quibus verbis totus fundus legatus eſſe intelligatur, ea quæſtio nō deciditur in §. fundo. ſed ea non tractatur à nobis. Altera quæſtio eſt in d. §. fundo, quæ proprie ibi tractatur, quo caſu totus legatus an vſusfructus debeatur, id poteſt apparere, quia teſtator forte expreſſit, quia ſciuit alienum eſſe, vel ex aliis coniecturis. hoc caſu dubitatur an vſusfructus debeatur. Non enim videtur eſſe pars fundi. d. l. recte dicimus. de verb. ſignif. quamuis pro parte nonnūquam habeatur. l. 4. de vſufr. Dixerit aliquis, nihil expreſſum eſt, ex quo intelligi poſſit totum legatum eſſe. Reſpon. ne id quidem exprimere neceſſe fuit: quia de eo non erat quæſtio. Sed quæritur quo caſu totus ſit legatus. non poteſt apte quæri de vſufructu, &c. niſi ponamus totum legatum eſſe, inepte proponitur quæſtio de vſufructu, niſi ponamus totum legatum eſſe. Tertiò obiicitur l. cum filius. 87. §. dominus. ff. de leg. 2. Reſponderi poteſt, vt ad d. l. Mæuius. §. fundo. Quæritur enim cum totus fundus legatus eſt, an debeatur vſusfructus, qui eſt hæredis. Non dubitatur quin totus legatus ſit. Si vſusfructus pars eſſet, dubia non eſſet voluntas teſtatoris. Nam voluntas ex eo colligitur, quod pars hæredis eſt, non alterius: nec cogitur redimere, &c. dict. l. vnum ex familia. §. ſi rem. Præterea alio argumento oppugnatur hæc ſententia ex dict. §. fundo. cum loquatur de pignore. Idem dicitur in leg. ſi res obligata. hoc titul. hæres cogitur luere. ergo non liberatur id præſtando, quod defunctus habuit. Reſpond. coniecturam voluntatis facere. vt res integra, plena & libera debeatur. Non eſt credibile velle teſtatorem æs alienum ſolui à legatario. hæredis namque eſt æs alienum ſoluere, non legatarij. l. 1. Cod. ſi cer. pet. Non enim legatarius ſuccedit in ius vniuerſum, ſicut hæres: ſed in rem, vt iam ſæpe diximus. Alij hanc rationem adferunt, quia tota res poſſet auocari per hypothecam. Sed quod dixi probabilius eſt ac tutius. Idem obiicitur l. quod ſi quis Stichum. 70. Sed illa lex magis iuuat noſtram ſententiam, quàm aduerſariorum. Nam ſi verū non eſſet quod diximus, legatarius poſſet petere Stichum ab hærede, non actionis ceſſionem. At hæres hic liberatur cedendo actionem. Stichus enim non erat defuncti: ſed & debitus erat. Legando igitur Stichum, intelligitur legaſſe ius quod habebat, id eſt, actionem. Sed cur alteri debetur æſtimatio? Nam defuncto alter tantum debebatur, non vterque. Reſpondeo id fieri propter manifeſtiſſima verba teſtatoris, quæ non poſſunt aliter accipi. Teſtator vni Stichum, alteri Pamphilum legauit. Facit l. ille, aut ille. de leg. 3. Rurſus opponitur huic ſententiæ l. 66. Iulianus. de leg. 3. nam hoc telum in nos retorquent aduerſarij. Sed ego iam dixi, ius quod defunctus habuit, legato cōtineri, id eſt, ius pignoris. Alij dicunt proprietatem potius legatam eſſe, quia Vlp. ait, quaſi ad ſe pertinentem. Sed verbum pertinere, de iure pignoris etiam intelligitur. leg. 131. verbum illud, pertinere. ff. de verb. ſignif. pro ſententia noſtra facit l. 99. qui habebat. de leg. 3. Prædia obligata non videntur relicta, niſi redacta ſint in proprium patrimonium. An relictum ſit ius pignoris, ibi non dicitur: ſed decidendum id eſt ex iam dictis. Deinde & ſi perſpicuum eſſet proprietatem legatam eſſe, ne id quidem obſtaret ſententiæ noſtræ. Nam ibi legatum eſt prædium Seianum omne, addita vniuerſali particula, hic autem loquimur cum ſimpliciter quis legauit. Puto me reſpondiſſe omnibus obiectis, niſi forte quis obiiciat ex l. ſtipulatio. §. vlt. de noui oper. nunt. Stipulatio refertur ad totius operis æſtimationē, nō ad partē operis, ergo qui legat fundū, intelligitur totum legare: ſed hoc nimis remotū ac diſſimile eſt. Ineptum autem eſt, hæc, quę tam craſſa ſunt, velle accurate pertractare.

Quæſtio hic tractatur de contractibus. Qui vendit aut donat rem, an intelligatur vẽdere ius quod habet? Sed hæc diſputatio paulò alienior eſt à propoſito noſtro. Videantur l. qui tabernas. 32. ff. de contrah. empt. l. vlt. C. de commu. rer. alienat. l. ſi quis domum. 9. ff. loca. c. paſtoralis. de donat. in antiq. Decretal.

Ad l. 6. Stichum, qui meus, &c.

TRactatur hîc quæſtio, quæ naſcitur ex iam dictis ſuperiore capite, an hoc legatum, Stichus qui meus erit, habeat demonſtrationem tantum, an conditionem? Ait Iulianus auctor huius reſponſi, eam adiectionem magis conditionem, quàm demonſtrationem ſignificare. Notum eſt, vel ex inſtit. ipſis, differre demonſtrationem à conditione. §. huic proxima. Inſtit. de lega. facit tit. ff. de cond. & demonſt. Demonſtratio, facta in rem oſtendit: conditio, futuram. leg. ſi nominatim. 33. de cond. & demonſt. Proprium conditionis eſt pendere ex futuro euentu. leg. cum ad præſens. ff. de rebus cred. §. conditiones. Inſtit. de verb. oblig. Futura ſunt incerta, poſſunt euenire & non euenire. de iis, quæ facta ſunt, idem dici non poteſt. Conditionale eſt igitur hoc legatum, qui meus erit, & deficiente conditione intercidit.

Alterum non eſt conditionale, Qui meus eſt: & falſa demonſtratio non nocet. Quæritur, quid ſi alienatus ſit Stichus pro parte, &c. Ait Iul. hic accipi conditionem, quatenus meus erit, &c. Itaq; conditio hæc diuiditur ex mente teſtatoris: partim impletur, partim nõ impletur. hæc interpretatio admittitur contra ſubtilitatem. Secundum ſubtilitatem aut debetur totus, aut omnino non debetur: aut meus eſt, aut non eſt: aut exiſtit conditio, aut deficit. Sed hæc ſubtilitas negligitur propter mentem. Ex hoc capite quędam pręcipue obſeruanda ſunt. Primum eſt legatum his verbis relictum, Qui meus erit, conditionale eſſe: hæc enim verba pro conditione accipiuntur, non pro demonſtratione. l. nupcr. 63. §. vlt. de leg. 3. Qua de re fuit diſſenſio inter veteres. Labeo putauit demonſtrationem eſſe: hic eſt Labeo, cuius opinio commemoratur in ſuperiori capite. §. Labeo. Ex vno errore alius natus eſt error, probabilis tamen fuit error Labeonis. quia particula, ſi, hic adiecta non eſt, quæ apta eſt conditionibus. Relatiuum verò videtur aptum ad rei demonſtrationem. Sed dicitur nihil referre vtra ex his particulis addatur, propter verba in futurum tempus concepta. Scrupulum nobis iniicit Q. Mutius, in leg. 36. ſcribit. in fin. ff. de auro, arg. legat. Ait enim hæc verba habere in ſe demonſtrationem legati & argumentum. Sed non negamus demonſtrationem aliquam habere hæc verba: verum magis conditionem habent, quàm demonſtrationem, vt hic Iulianus ait. Argumentum pro ſigno & deſignatione rei accipitur, ſicut in leg. 3. in princ. ff. ad exhib. vbi Vlpian. In hac, inquit, actione, actor omnia noſcere debet, & dicere argumenta rei de qua agitur. Boet. Argumentum eſt, quod arguit, id eſt, probat. Alij conditionem interpretantur, nullo exemplo, vt opinor. Hæc igitur verba, Qui meus erit, &c. pro conditione accipiuntur, & legatum reddunt conditionale. Adde l. 5. cum certus de triti. vino lega. in illis verbis, Quod natum erit, &c. Similis eſt ſpecies in leg. ſi debitor. 39. §. veriſimile. de contrah. empt. ibi, decem pondo olei, quod natum erit. Et hæc duo exempla olim coniuncta fuerunt apud Iulianum, alterum de legato, alterum de venditione, quod inſcriptio oſtendit. Iulianus lib. 15 Digeſt. In vtroque exemplo ineſt conditio. Si natum erit, &c. Addunt aliqui idem eſſe & ſi particula, quiſquis, vſus fuerit teſtator, vel quicquid, &c. idque ego ſupr. docui ad l. 3. ſumpſi exemplum ex l. qui liberis. ff. de vulg. Quiſquis mihi hæres erit. Hoc amplius aiunt idem eſſe, ſi quis ita dixerit, lego quod natum eſſet ex dict. leg. cum certus. & dict. leg ſi debitor. item ex d. l. ſcribit. Sed nemo ita loquitur, qui Latinè loqui velit. Homines ignari Latinitatis & grammaticæ, non animaduertunt illa verba teſtatoris non eſſe: ſed Iureconſulti, quod natum eſſet, quod paratum eſſet. Iureconſulti non exprimunt formulam & receptionem legati, quæ ſatis intelligitur ex ipſorum verbis, quod natum erit, quod paratum erit. Simile exemplum in l. qui Romæ. 122. §. Agerius. Nec id diſſimile eſt, de quo diximus ſupra ex l. Mæuius. 68. §. fundo. de lega. 2. Illud quæritur, quid referat an ſit conditio, an ſit demonſtratio? Suprà iam diximus obiter, deficiente conditione legatum non debetur. Falſa demonſtratio non nocet legato. l. demonſtratio. l. falſa. 72. de condit. & demonſt. §. huic proxima. Inſtitut. de lega. Hinc conſequitur, quod ſcribit Quintus Mutius de alienatione rei legatæ. dict. l. ſcribit. 36. de auro, argen. lega. In conditione nulla adhibetur diſtinctio, an ſit alienatio neceſſaria, an voluntaria. Legatum extinguitur, non quod reuocatum ſit, ſed quod defecerit conditio. In demonſtratione non debetur propter tacitam reuocationem. Inde naſcitur quæſtio in leg. filiæ. 28. §. Titia. de condit. & demonſtrat. Hic debetur legatum propter mentem teſtatoris, quæ ex eo colligitur, quod poſteriorem ancillam loco prioris ſubrogaſſe videtur, idem nomen ei imponendo. Quod enim dicitur alienata re, deficere conditionem, intelligi debet, niſi cõtraria ſit voluntas teſtatoris. leg. talem. 49. §. 1. de hæredib. inſtit. Quæri etiam ſolet, an hæc conditio ſit tacita, an expreſſa? Dicitur autem tacita, quæ tacitè ineſt. l. 1. de condit. & demonſtr. Sed id parum refert: quia ex teſtamento venit, non extrinſecus. Dixi ſuprà ad leg. 3. Conditio tacita ſi non venit ex teſtamento, eandem vim habet, quàm expreſſa. l. conditiones extrinſecus. de verb. oblig. hæc venit ex teſtamento, nec intelligeretur neceſſariò, niſi aliquo modo declarata eſſet à teſtatore. Superſunt antinomiæ quædam explicandæ. Vna eſt ex l. 2. de hæred. inſtit. Sol. Conditio intelligitur ineſſe non inſtitutioni, ſed partium diſtributioni. Nam dicit ita, Inſtituo hæredes, quos adſcripſero. Sic interpretamur quaſi teſtator dixiſſet, Titius & Sempronius mihi hæredes ſunto. hæredes mei eas partes habeant, quas adſcripſero. Si non eas adſcripſero, cur non idem ſi dicatur, quas adſcripſi. In priore ſpecie dubitat teſtator, an adſcripturus ſit. Cogitat ſi forte non adſcripſerit ex æquis partibus hęredes fore. in altero caſu non dubitat, videtur ſciens & prudens actum eluſorium facere, ſicut in l. an inutilis. de accepril. Scio quid obiici ſoleat ex leg. ſi ita contra. 75. ff. pro ſocio. Sed nolo vagari longius à propoſito. Alia antinomia ex leg. vt hęredibus. 50. aliàs l. 52. ſi Titius. §. cum ita. de lega. 2. Quantam pecuniam hæres meus à Titio exegerit, tantam Mæuio dato. conditio quidem hic eſt, ſed intelligitur adiecta magis præſtationi legati, quàm legato. Vult enim teſtator, vt legatarius conſequatur quod Titius debet. Sed vt hæres non cogitur dare, niſi quod exegerit, ſic non poteſt hæres conueniri, vt det antequam exegerit. quia ineſt conditio, ſi exegerit, & quatenus exegerit. Conuenietur tamen vt actiones præſtet. quia nulla conditio ineſt legato: ſed rei tantum ſolutioni & exactioni. Alia antinomia ex leg. vltim. C. de poſth. hæredib. inſti. Filius, qui naſcetur poſt mortem meam, hæres eſto. Natus eſt viuo teſtatore. Sol. Non ideo dicitur inſtitutus, quod nulla conditio fuerit: ſed quod non videatur defeciſſe. Nam & idẽ dicitur in ea cõſtitutione, cũ verbis expreſſa eſt cõditio. Interpretamur teſtatorem nõ cogitaſſe de altero caſu, quem

quem non expreſſit. Nec aduerſatur l. 10. commodiſſime. de libe. & poſthu. vt propter alterum caſum omiſſum rumpatur teſtamentum. An autem caſus ſit omiſſus non tantum ex verbis, ſed etiam ex mente iudicatur. l. Titius. 25 §. Lucius. ff. eo. de lib. & poſth. de altero caſu hic non cogitauit. Euidens eſt coniectura voluntatis. In re dubia facile creditur teſtator de altero non cogitaſſe, propter conſeruationem teſtamenti. d. l. vlt.

Cœpimus declarare cap. 6. oſtendimus hæc verba, Qui meus erit, conditionem habere. Obſeruandum eſt ex eodem cap. verba in præſens tempus concepta, qui meus eſt, demonſtrationem facere, non conditionem. l. ſi nominatim. 33. de condit. & demonſt. Non nocet igitur legato, etiam ſi falſa ſit. dicta leg. demonſtratio. & dicta leg. falſa. eodem titul. de conditio. & demonſtratio. Si tamen appareat ex verbis conditionem eſſe, nocebit legato. leg. cum in ſecundo teſtamento. de iniuſto rupto & irrito. Relatiuum, qui, aptum eſt ad faciendam demonſtrationem, ſi addatur verbo præſentis temporis, non futuri. Dictio, ſi, conuenit maxime conditionibus, vt diximus, cuicunque verbo addatur, quamquam magis proprie dicitur conditio ea, quæ in futurum tempus confertur. leg. cum ad præſens. de rebus credit. demonſtratio igitur hæc nocet legato, &c. Accipe niſi appareat contraria voluntas, &c. vt quia forte credebat rem eſſe ſuam: nec legaſſet, niſi crediſſet eſſe ſuam. d. leg. vnum ex familia. §. ſi rem. de lega. 2. leg. cum rem alienam. Codic. de leg. Item excipe ſi incerta res legatur. l. nuper. 83. de leg. 3. tunc legatum non valet, quaſi deficiente conditione. Ratio, Videntur hæc addita, vt ſpeciem quandam conſtituant, non vt certam ſpeciem demonſtrent ac declarent. l. talis ſcriptura. 30. §. pen. hoc tit. Non extante ergo illa ſpecie, nihil debetur. Eadem diſtinctio eſt in l. 11. quintus. de auro, arg. leg. Ac exempla eiuſdem rei varia & multa reperiuntur. Vnum eſt in leg. 78. ſi ſic legatum. hoc titul. Lego quod Titius debet, non apparet quantum fuerit legatum. Secus ſi diceretur, Lego centum, quæ mihi Titius debet. Nam centum aurei tunc intelliguntur legati, etſi debiti non fuerint. leg. legaui. de lib. lega. Obſeruãdus locus de diuiſione cõditionis.

Alius eſt locus in leg. 2. § vltim. de condi. inſtit. quæ ſpecies tamen nonnihil diſſimilis eſt noſtræ: quia ob numerum perſonarum facilius diuiditur conditio, hic autem vna tantum perſona eſt. Perinde igitur accipimus, ac ſi dixiſſet ſeparatim, Lego dimidiam partem Stichi, ſi mea erit. Lego alteram partem ſi mea erit. Perinde ac ſi in ſingulas partes ſeparatim conditionem adieciſſet. Sed hic occurrit antinomia ex leg. cui fundus. 55. ff. de cond. & demonſt. Non ſic interpretamur, quaſi in ſingulas partes fundi aut pecuniæ conditio adſcripta eſſet. Nec quicquam eſt magis tritum in iure, quàm conditionem non diuidi. quæ alias diuidua ſunt, ea fiunt indiuidua propter conditionem. leg. 5. §. ſi ſortem. de ver. oblig. Videndum eſt ergo quæ cauſa mouerit Iureconſ. vt hanc conditionem diuideret. Nulla autem ratio mihi videtur alia eſſe, quàm æquitas & voluntas teſtatoris. Id ergo ſic oſtendo, In primis æquum non eſt totum deberi. Teſtator adiiciendo hanc conditionem oſtendit ſe nolle hæredem ita onerare, vt redimat partem alteram. argum. dictæ leg. vnum ex familia. §. ſi rem. ff. de legat. 2. cum ſimilibus. Deinde, æque iniquum eſt, nihil deberi legatario, & alienum eſſe à voluntate teſtatoris. Credibile eſt teſtatorem velle legatarium habere partem, quæ ſupereſt. Nulla eſt cauſa mutatæ voluntatis in ea parte. facit l. eum, qui. ff. de prob. Reliquum eſt igitur, vt partem deberi dicamus, quia conditio extitit pro parte: cur non ſimiliter diuiditur in ſpecie dict. l. cui fundus? Cur non eodem modo interpretamur voluntatem teſtatoris? Quia conditio in ea ſpecie eſt multum diſſimilis huic conditioni. Conditio dandi eſt adſcripta perſonæ legatarij. debet igitur dare decem ſecundum voluntatem teſtatoris. Nec credibile eſt teſtatorem velle eum hanc dationem diuidere. In diuiſione enim eſt multum incommodi. dicta leg. quinta. §. ſi ſortem. ff. de verborum obligationibus. Nam conditio pendet ex poteſtate legatarij. imputandum igitur eſt ei, qui non paret.

Alia antinomia eſt apud Accurſ. ex leg. 13. is, qui hæres. §. vltim. de acquir. hæred. Sed non eſt credendum pugnantia eſſe, quæ eiuſdem auctoris ſunt & ex eodem libro. Reſpondent aliqui illam de filio loqui non de ſeruo. Fatentur iſti patrem non poſſe repudiare nec hæreditatem, nec legatum: dominum poſſe repudiare vtrunque. Probant hoc argumento, quia non eſt ratio diuerſa hæreditatis & legati. Item de hæreditate adducunt locum ex leg. 1. §. per ſeruum. de ſucceſſ. edict. Per ſeruum delatam bonorum poſſeſſ. dominus repudiare poteſt. Citatur & alius locus ex leg. qui autem. §. ſi ſeruum. quæ in fraud. cred. Seruus alienatus vt iuſſu emptoris adeat, ceſſat edictum: quia licuit ei etiã repudiare hæreditatem. Hæc ſunt fere horum argumenta. Probabilior tamen mihi videtur opinio eorum, qui diſtinguunt hæreditatem à legato. Legatum repudiat pater non minus, quàm dominus. Nulla eſt ratio diuerſitatis. argum. leg. 78. placet. de acq. hæred. Sicut acquirit ſeruus domino, ita filius patri. hoc accipe ſecundum ius antiquum. Nam aliud nouo iure conſtitutum eſt. leg. cum non ſolum. Codic. de bon. quæ liber. Item acquiritur legatum ſine facto ſerui aut filij, etiam ignoranti. leg. cum pater. 77. §. ſurdo. de lega. 2. Ergo & ſine facto ſerui, aut filij repudiabitur. leg. is poteſt. 18. de acquir. hæred. hæc de legato. hæreditatem non repudiabit pater ſine filio. l. is, qui hæres. §. vltim. l. renitente. Codic. de iure deliberandi. Idem in domino & ſeruo, quia ratio non eſt diuerſa. de domino & ſeruo non reperitur ſatis expreſſum, niſi quis id colligat ex leg. ſeruus dotalis. 58. ſolut. matrim. vbi ſeruus dotalis mariti repudiare debet hęreditatem: non maritus ipſe repudiat ſolus: ſed vterque ſimul repudiant. Hæc ſententia confirmatur alio argumento ex dict. leg. is poteſt. 18. de acqu. hęred. vbi ſic, Is poteſt repudiare, qui & acquirere poteſt. at dominus non acquirit hæreditatem ſine ſeruo. leg. qui in aliena 6. §. vltim. de acquirenda hæreditate. non magis, quam pater ſine filio. l. cum proponas. C. de hæred. inſti. l. 65. ſeruo inuito. in princip. ad Trebel. Hæreditas non acquiritur ipſo iure, ſicut legatum. Opus eſt aditione eius, cui delata eſt: at delata eſt ſeruo, non domino. Hoc amplius, hæreditatis aditio eſt actus legitimus. l. actus legitimi. 88. de reg. iur. vbi ſolennia exactè ſeruari debent, dixi ad leg. 3. ſuprà eod. Diſſolutio obiectorum. Opponitur nobis l. 1. §. per ſeruum. ff. de ſucceſſorio edicto. Sunt qui dicant amphibologiam eſſe per ſeruum delatam bonorum poſſeſſionem dominus repudiare poteſt. Contextus orationis exigit, vt delatam bonorum poſſeſſionem per ſeruum intelligamus, non autem per ſeruum repudiandam. Ego illud perfugium non quæro. ſed reſpondeo, non loqui de hæreditate, ſed de bonorum poſſeſſione. Bonorum poſſeſſio eſt ſucceſſio prætoria. Inſtitut. de bonorũ poſſeſſio. in princip. Prætores ſubſecuti ſunt, & ius ciuile cum aliquo temperamẽto æquitatis emendarũt, & multas ſubtilitates iuris ciuilis correxerunt. Vnum exemplũ eſt in l. 1. C. qui admit. ad bon. poſſeſſ. poſſ. vbi non requiritur iuſſus patris. Aliud exemplum in l. bonorum. Codic. eodem titul. non requiritur. Actus pupilli in hæreditate requiritur. leg. potuit. Codic. de iure deliber. Idem videtur dicendum de patre. poteſt repu-

diare bonorum poſſeſſionem ſina filio, in fraudem tamen filij non poteſt leg.2.Codic.de repud. bono.poſſeſ. Hoc eſt ius ſingulare in filio, vt poſſit filius mortuo patre, ſi velit, agnoſcere. Notandum tamen eſt actum ſerui eſſe neceſſarium in bonorum poſſeſſione agnoſcenda.l.65.ſeruo muto.in princip. ad Trebellia. quamuis non ſit neceſſarius in repudianda. de qua diuerſitate dicemus loco magis idoneo. Alud obiectum eſt ex leg.6.quod autem alias, qui autem. §.ſi ſeruum. verſic. quia licuit ei etiam repudiare hæreditatem. §. quæ in fraud.cred. Reſpon.licere quidem domino, ſed non inuito ſeruo. Videndum eſt quorſum id dixerit Iureconſ. Non enim quærebatur, an conſenſus ſerui neceſſarius eſſet. Duplex eſt quæſtio. Vna, an liceat repudiare. Altera, an voluntas ſerui requiratur. hoc ſecundum non exprimitur, quia de ao non erat quæſtio. Hæc mihi viſa ſunt probabiliora in tanta obſcuritate. Si integri eſſent veterum libri, omnia eſſent faciliora & expeditiora. dubium non eſt quin bæc quæ diximus ſimul tractata fuerint. nam inſcriptiooes id oſtendunt. Paulus libro ſecundo ad Sabi. Eædem inſcriptionas ſunt ſub titul. de acquirenda hæreditate. vbi tractatur de hæreditatis repudiatione, dicta leg.is, qui hæres.& ſequent.dict.leg.is, qui poteſt. eodem tit. Si hæc omnia coniuncta eſſent, vt olim fuerunt, facile aſſequeremur. Sic autem diſputata vix poſſunt intelligi. Tractatur queſtio de monacho, de qua aliquid dicemus, vt hoc exemplo demonſtremus quo modo hæ diſputationes noſtræ conuerti debeant ad vſum forenſem. Quæritur ſi legatum ſit monacho, an Abbas poſſit repudiate ſine conſenſu monachi? Vulgo dicitur poſſe, argumento à ſimili. Subiectio illa monachorum ſimilis eſt ſeruituti. Dicuntur enim nec velle, nec nolle.c.ſi religioſis. de elect. in 6.not.ad c. in præſentia.de probatio. Sed magis dubitatur, an requiratur conſenſus collegij, quod Capitulum vocant, ſi forte legata ſit res immobilis, quæ non poteſt alianari, &c. Magna hic reperitur diſſenſio. Qui numerant ſententias magis, quàm ponderant, vix poſſunt iudicare ab vtra parte ſit maior numerus. Sed de numero minus eſt laborandum. Rationes potius & argumenta ponderanda ſunt. Quæſtio pendet ea interpretatione canonum de alienatione rerum Eccleſiaſticarum. c. ſine exceptione.12.quæſt.2.& c.dudum. de reb. eccleſ.non alien. Scripſi libro ſeptimo de benefic. An autem repudiatio legati ſit alienatio, diuerſæ reperiuntur iuris auctorum ſententiæ, ac prope pugnantes & contrariæ. Quod alienatio dicenda ſit videtur ex l.5. Magis puto.§.fundo autem.ff.de reb.eor. Quod exemplum nos ſequimur in hac quæſtione. Obſtant dict. leg. quod autem. ff.quæ in fraud.cred.leg.1. §. vtrum autem. ff. ſi quid in fraud.patr.leg.profectitia.§.1.de iure dot.leg.ſi ſponſus.§.ſi maritus hæres.de dona.inter vir. Sol. Dominium, quod habet legatarius ante apprehẽſionem, non eſt verum & naturale: ſed ea quadam factione, & interpretatione iuris. dict. l.1.§.vtrum. fingitur enim dominus eſſe antequam legatum apprehenderit. Item fingitur dominus nunquam fuiſſe, poſtquam repulit. Iureconſulti igitur modo habent legatarium pro domino, modo non habent, prout ratio & æquitas id exigit. Cum agitur de vindicatione dicitur dominus eſſa propter vtilitatem. item, cum agitor de alienatione prædiorum.dict.leg.magis puto. Ætatis fauor & vtilitas id ſuadet. Dos non dicitur profectitia, vt plenior ſit patris beneficentia. d.l profectitia. Res eſt fauorabilis, iccirco amplianda. Non dicitur donatio in coniugem collata. dict. l.ſi ſponſus. Nam ſit pauperior.l.56.ſi quod mihi.eo.tit. Ad d.l.quod autem. Edictum prætoris non loquitur de alienatione. ſed reuocat geſta in fraudem. Non videtur autem fraudare qui legatum omittit. Durum & inciuile eſſet legatarium cogi acceptare, quod fortaſſis non immerito ſpernit. Sunt enim qui non libenter recipiunt ab alio beneficium vel propter perſonam dantis, vel aliam huiuſmodi cauſam.

Ad l.8.ſi ex toto.

QVæſtio hic tractatur affinis quadantenus ſuperioribus, de quibus ſupr.c.5.& 6. Quidam legauit fundum Cornel.qui ipſius erat, & ita legauit, vt appareat eum totum fundum non partem legaſſe. Deinde partem alienauit. Quæritur quantum legatario debeatur? Videtur totus deberi. Quia totus legatus aſt, & quia res aliena poteſt legari non minus, quàm propria. Nihil ergo refert, an pars fuerit alienata. Sed hic Pompo.ait partem tantum deberi, quæ alienata non eſt. Si ab initio pars fuiſſet aliana, non deberetur totus fundus. dixi ſuprà ad leg. 5.§. fundus. Credibile eſt enim eum, qui fundum legat, de parte ſua ſentire. Poteſt quidem aliena res legari: ſed inſpicimus quod veriſimile aſt. Idem ergo dicendum eſt, & cum pars cœpit aliena eſſe poſt teſtamentum. Deinde hoc demonſtrat Pompo. argumento admodum probabili à contrarijs, ſi teſtator adiecißet. Eſt genus argumenti frequens apud Iuriſconſ.noſtros. Si augmentum prodeſt legatario, diminutio ei nocet. Simile exemplum in leg. 24. quod in rerum natura. §. vltim. infr.hoc titul. Simile in leg.33. Et ſi contra tabulas.ſuprà de vulg. & pupil. Simile axemplum in leg.vltim.§.vltim.de leg.3. Hinc vulgare illud ex Ariſto. Quod operatur propoſitum in propoſito, operatur oppoſitum in oppoſito. Ex hoc c.obſeruandum eſt in primis, alienata re legata reuocari legatum. Non eſt credibile teſtatorem, qui alienat, velle rem alienam factam redimi. leg.67.vnum ex familia.§.ſi rem.de lega.2. Quod accipiendum eſt, ſi ſponte alienauerit, & nulla coactus neceſſitate. l.11.fideicommiſſa.§.ſi rem.de leg.3. & leg. 18.rem legatam. de adim.leg. Perſpicua eſt ratio diuerſitatis. Nam videtur mutata voluntas. Cur hoc non expreſſit Pomponius? Quia hic non quæritur an re alienata reuocetur legatum, an parta alienata reuocatum cenſaatur, hac diſtinctione vtimur: vt aliud dicendum ſit, cum legatum purum eſt, aliud ſi fuerit adiecta conditio, ſi meus erit.leg.5.ſcribit. §. vltim. de aur. & argen. lega. Quacunque ea cauſa alienetur res, dicitur legatum non deberi. Non quod ademptum videatur, ſed quod defecerit conditio. dixi ſuprà ad leg. 6. Stichum, qui meus. Præterea obſeruandum eſt, augmentum rei legatæ accedera legatario. Nec id dubium eſt in legata vniuerſitate.l.22.grege.& l.ſeqnen. infrà hoc titu.l.67. peculium.de leg. 2. vbi idem grea eſt, idem peculium. Sed idem ius eſt in rebus ſingolaribus legatia, cuiuſmodi eſt fundus, de quo hic. Et exempla multa occurrunt legentibus.d.l.quod in rerum.§. vltim. & l.ſi ſtatuam.leg.pediculis.de auro & arg.lega.l. 10. cum fundus.de leg.2. Idémque dicitur de contractu emptionis.l.id quod.de pericu.& commo.rei vend. Quæſtio eſt da area legata, cui domus poſtea impoſita aſt. Dicendum eſt ædificium deberi legatario. lag. ſi areæ. 40.de lega.2. niſi teſtator mutauerit voluntatem.leg. 46.ſeruum filij. §.ſi areæ. infrà hoc titul. Non ergo extinguitur legatum ſicut vſusfructus. leg. 5. rapeti. §. vlt.quib.mod.vſusfruct.amit. hæc enim eſt teſtatoris voluntas. Oppo.huic leg.77.al.79.ſi chorus. §. area.de leg.3.Accurſ.ait ibi mutatam fuiſſe volũtatem. omnes alij Accurſ.damnant, & aiunt diuinationem eſſe. Nullum ibi enim verbum aſt, nulla litera de mutata volũtata.

tate. hoc ergo interpretatur, Peti non poterat, ſcilicet, area, ſed ædificium. vel area non erat teſtatoris, ſed aliena. Iſti nodum quærunt in ſcirpo, iudicio meo, non intelligunt verba Celſi, ac ne Accurſium quidem ſuum. Ego hæc verba, Quanquam, &c. ſic interpretor. Eo etiam caſu quo non poterat tunc peti, forte apparebat ex coniecturis mutatam eſſe voluntatem. in dicta leg. ſeruum filij. §. ſi areæ. legata erat area homini tenuis fortunæ & conditionis, deinde impoſita domus ſumptuoſa & magnifica. Itaque. diuinatio dicenda non eſt interpretatio Accurſ. ſi modo ita ſenſit, vt credibile eſt. Quo autem caſu peti poſſit, aut non poſſit, cum ædificium eſt impoſitum, non exprimit Celſus, quia de eo non erat quæſtio. Quæritur apud Celſum cum area tantum ſupereſt, an debeatur? & dicitur deberi, quamuis forte non potuerit peti medio tempore. Ceſſat enim cauſa propter quam peti non poterat, facit l. 98. qui res. §. aream. de ſolut. Ex iam dictis colligitur exceptio regulæ. §. cum fundus. ſupra, l. 5. vbi dicitur fundo communi legato partem tantum deberi, &c. Addenda eſt exceptio, niſi partem alteram poſtea redemerit. Id colligitur ex his verbis Pomponij: neo refert an dixerit, totum fundum lego, an ſimpliciter, fundum lego. dict. leg. 24. quod in rerum. §. vltim. infr. eod. & dict. leg. 10. Cum fundus. ff. de leg. 2. Nihil etiam refert an meum dixerit teſtator, an ſimpliciter legauerit. Verba Pomponij hic generaliter accipienda ſunt. nihil enim exceptum reperio. Item conuincitur id verum eſſe argumento ſumpto ex Pompon. ipſo. Vult Pomponius eandem eſſe rationem augmenti & diminutionis. At cum lego fundum meum, parte alienata ſine neceſſitate, minuitur legatum. dict. leg. 11. fideicommiſſa. §. ſi rem. de leg. 3. dict. leg. 25. ſcribit. §. vltim. de aur. arg. gen. Inde efficitur parte acquiſita, legatum augeri. Difficultas tamen exiſtit ex leg. 8. ſi ita. & leg. vltim. in princ. eod. tit. de aur. argent. leg. vbi cauetur cum teſtator dicit meum, intelligi tempus teſtamenti. Ergo pars poſt teſtamentum acquiſita non debebitur. Reſpondeo, rem tantum deberi, quæ erat tempore teſtamenti, non aliam: niſi ea accedat alteri: niſi ſit pars, vel acceſſio alterius, vt vna res ſit ex pluribus. hoc non accidit in ſpecie dict. leg. ſi ita. Vbi res ſunt ſeparatæ, nec ita vnitæ, vt vnum corpus faciant. Hæc interpretatio conuenit verbis Pompon. hic, cum loquatur de adiectione & augmento, conuenit etiam verbis eiuſdem in dict. leg. quod in rerum. Et hoc apertius exponitur in dicta leg. cum fundus. Si modo teſtator non ſeparatim poſſedit, ſed vniuerſitati prioris fundi adiunxit. Ex iam dictis naſcitur quæſtio. Legaui fundum communem, quo caſu pars tantum legata intelligitur. Poſtea in diuiſione adiudicata mihi eſt altera pars, vt fieri ſolet. Inſtitut. de offic. iud. §. penultimo & vltimo. an pars illa accedens debeatur legatario? Variæ ſunt opiniones, vt in re obſcura. Sed puto in hoc quoque caſu locum habere ſententiam Pompo. noſtri de acceſſione. Debebitur ergo legatario, quod adiudicatum fuerit teſtatori per iudicem communi diuidundo. Qui legat rem communem, credibile eſt eum legare ius quod habet in communione, quódque conſequi poteſt propter communionem. iuxta not. ſuprà in leg. 5. §. cum fundus. Nam ſi diuiſio facta non eſſet cum teſtatore, legatarius illud ius haberet. Quid ergo refert, an cum teſtatore facta ſit diuiſio, an cum legatario? Id expreſſum eſt de venditione partus. leg. 13. Iulianus. §. idem Celſus. de act. emp. ergo idem in legato. dict. leg. 46. ſeruum filij. §. cum qui chirographum. infrà hoc tit. Eadem autem eſt ratio in legato, ſcilicet voluntas, vt iam dixi. Nec recte hic diſtinguitur cauſa lucratiua à cauſa oneroſa, vt quidam faciunt. Sed in legato ſequenda eſt diſtinctio dict. leg. Iulianus. §. idem Celſus. quæ euidentem æquitatem habet. Obiicitur leg. 31. 15. qui fundum. de vſufruct. leg. vbi Labeo reprehendit Trebatij opinionem idem ſentientis, quod nos hic dicimus. Iudicium enim inter alios, inquit, non potuit mutare ius legatarij. & l. pen. ſæpe. de re iudic. Nec debet alterius colluſione, aut inertia ius alterius corrumpi. l. 9. ſi pariter. de lib. cauſa. ius legatarij conſiſtit in parte indiuiſa, donec aliquid certum ipſi adiudicatum ſit.

Diximus partem accedentem rei legatæ, cedere legatario. idque etiamſi iudicio communi diuidundo adiudicata ſit teſtatori ſecundum diſtinctionem leg. Iulianus. §. idem Celſus. de act. emp. Obiicitur l. 31. 15. qui fundum communem. de vſufru. leg. vbi Labeo reprehendit opinionem Trebatij idem ſentientis quod nos. Reſpondet enim rem inter alios iudicatam non potuiſſe mutare ius legatarij, iuribus vulg. Item non debere ob alterius colluſionem aut inertiam alterius ius corrumpi. Nihil refert an diuiſio facta ſit cum teſtatore, an cum legatario. argum. dicto §. idem Celſus. Æquum eſt eandem conditionem emptoris, quæ futura eſſet, ſi cum ipſo actum eſſet communi diuidundo. Eadem eſt ratio teſtatoris, quæ venditoris ante traditionem. Non eſt eadem ratio venditoris quæ hæredis. Sed poſt mortē teſtatoris debet fieri cū legatario, cui eſt ius quæſitum: debet res integra eſſe. in §. idem Celſus. diuiſio facta fuit cum venditore integra adhuc re, ante traditionem. Venditor iam re tradita, diuidendo non nocuiſſet emptori, non magis, quàm hęres legatario. facit l. ſi conſenſit. §. vltimo. quibus mod. pig. Alio argumento vtuntur aduerſarij. Si diminuta eſſet pars teſtatoris in diuiſione, non ideo legatum minueretur. ergo aucta parte, non augebitur legatum. Valet conſequentia, quia eadem eſt ratio augmenti & diminutionis. Antecedens probatur, quia cauſa adiudicationis eſt neceſſaria. leg. 11. fideicommiſſa. §. ſi rem. de lega. 3. iudicium autem redditur in inuitum. leg. inter ſtipulantem. de verbor. oblig. Solut. vulgaris eſt. Verum in ea diuiſione pars teſtatoris nec augeri videtur, nec minui, vt pleriſque placet. Conſtat ex dicto §. item Celſus. vbi is, cui adiudicatur totus fundus, dat eo nomine pecuniam ſocio: quod autem decedit ex re, id ſupplet pecunia. Sic legatum non poteſt dici augeri vel minui. Legatarius pro augmento rei dat pecuniam, pro decremento accipit. Pars igitur adiudicata debetur legatario, ſed cum onere pecuniæ ſoluendæ. Hæc mihi non ſatisfaciunt omnino, tametſi improbanda non ſint. Nam negare non poſſumus, quin res ipſa minuatur atque augeatur. alioqui fruſtra proponeretur hæc quæſtio. Pars accedit rei, & pars decedit re vera, quamuis intelligatur non augeri, nec minui propter ſupplementum pecuniæ. Item accidere poteſt, vt nulla fiat condemnatio pecuniæ per errorem iudicis. Poteſt etiam contingere, vt pecuniæ quantitas maior ſit, aut minor quàm debeatur. Non ſemper æqualitas ſeruatur in ea adiudicatione & condemnatione. Pone teſtatori adiudicatum eſſe totum fundum ſine vlla condemnatione pecuniæ, aut cū modica pecunia: negare non poſſumus, quin auctum ſit legatum, an cedet lucro legatarij? Nos hic dicimus cedere ex ſentētia Pompo. Quid ergo reſpondebimus argumento ſuperiori? Parte adiudicata ſocio, non minuitur legatum, quia cauſa eſt neceſſaria. ergo parte adiudicata teſtatori non augebitur. Reſpondeo aliter, quàm ceteri ſoleant, minui legatum parte adiudicata ſocio, aut omnino extingui, ſi nulla ſit condemnatio pecuniæ, aut modica. Nec obſtat quod cauſa neceſſaria eſt: ex cauſa neceſſaria alienata re debetur nihilominus legatum, niſi ſit contraria voluntas. dict. leg. fideicommiſſa. §. ſi rem. At hic voluntas contraria apparet, quia legans

videtur cogitare de iure quod habet, quódque obtinere poteſt per iudicem in diuiſione. Ius quod habet, incertum eſt, & pendet ex euentu. Cogitat teſtator poſſe accidere, vt ſequatur diuiſio, & res adiudicetur ſocio. quæſtio tamen eſt facti & voluntatis. Videndum quid teſtator ſenſerit. Poſui in initio teſtatorem cogitare de iure quod habet. Poteſt tamen alia eſſe eius cogitatio. Ex iam dictis colligitur theſis generalis, Idem eſſe de eo, quod accedit rei alicui, quod de re ipſa principalis. Quod verum eſt, vbi non eſt diuerſa ratio. Periculoſum tamen eſt ita definire in vniuerſum, vt ex ſequentibus apparebit. Varia quidem exempla reperiuntur, quæ res mouit noſtros vt regulam facerent. Vnum eſt in l. 18. ſi conuenerit. §. ſi mea. de pigno. act. ſi vſusfructus accreuerit nudæ proprietati. Aliud eſt in l. etiam. C. de iure dot. & in l. inter ſocerum. §. cum inter. de pact. dotal. Pactum de lucro dotis extenditur ad augmentum eiuſdem. Vnde vulgò dicitur, Si ciuitas aut prouincia vnita ſit regno, eam legibus regni vti debere, vt accidit in Britannia, Celtica, & Delphinatu. hęc poterāt ſufficere ad explicationē huius capitis. Tamen vt exerceamur in diſputationibus forenſibus, tractabimus aliquot quæſtiones, quæ ab aliis hic agitatæ ſunt. Prima quęſtio eſt in hac ſpecie: Quidam redemit vectigal ſalis totius huius prouinciæ. Aliquod oppidum acceſſit prouinciæ poſt redemptionem vectigalis: ſic auctum eſt vectigal. An hoc augmentum cedat lucro publicani? Pro publicano adducitur hæc ſententia Pompon. Dicitur enim lucro eius cedere, exemplo legatarij. Ac locus vnus eſt de emptore, quē ſuprà adduxi in l. id quod. de peric. & commo. rei vend. Similis in §. cum autem. Inſtit. de empt. & vend. contra Publicanum adducitur l. 69. Rutilia. de contrah. empt. ſpectatur tempus contractus. Item leg. 77. in lege. eod. tit. Pro diſſolutione animaduertendum eſt quæſtionem hanc, an quod accedit poſt venditionem cedat lucro emptoris, magis facti quàm iuris eſſe: via poteſt in vniuerſum definiri. Spectandum enim eſt, quod veriſimiliter actum ſit. d. l. in lege. de contrah. empt. & leg. 35. ſemper in ſtipulationibus. ff. de reg. iur. Ac plane eadem cauſa eſt quæ legatorum, niſi quod in legatis plenior ſit interpretatio. leg. 12. in teſtamentis. de reg. iur. Id perſpicitur in exemplis iam adductis. In iis exemplis ratio cuiuſque apparet diuerſa. quæ diuerſitas ius varium facit. in dict. l. in lege. rationem affert ac declarat Iureconſ. ipſe. Vtinam in ceteris locis ideo factum fuiſſet. In d. l. Rutilia Polla. euidens eſt coniectura voluntatis contrahentium. Poſſet aqua magnam partem terræ occupare, quam totam amitteret venditor, & præterea circa eam pedes decem. Non magis credibile eſt id actum eſſe, quàm in ſpecie d. l. in lege. In alluuione facilius id recipitur. d. l. id quod. Sic accreſcit ſenſim & paulatim, vt videatur fundus idē eſſe, qui venditus fuit. Item nihil decedit ex patrimonio venditoris ſicut in leg. Rutilia. Huius quoque rei exemplum eſt luculentum in l. 9. item ſi fundi. §. huic vicinus. de vſufruct. quod accreſcit per alluuionem, cedit fructuario. Ratio perſpicua eſt ex iam dictis. Inſula nō cedit fructuario, quia non eſt pars rei, ſed alia res ſeparata. & apparet incrementum & ſeparatio. Et hanc diſtinctionem ſequor in quæſtione de vectigali. Publicani iſti ſimiles ſunt vſufructuariis. Si latent incrementum vectigalis, publicano cedit, quaſi fructuario. Pone ſcholaſticos confluere in hanc vrbem, vt nūc fit, augentur vectigalia vini & alia: ſed latens eſt incrementum. Vnum atque idem vectigal eſſe intelligitur. Si incrementum vectigalis appareat ſeparatim, principis eſt, aut reipub. quaſi proprietarij, vt in propoſita ſpecie, cum aliquod oppidum adiectum eſt.

Supereſt vna quæſtio tractanda. Pone conceſſa eſt alicui immunitas & vacatio publicorum munerum, deinde aucta eſt collatio propter bellum, vt fit. Quæritur an hanc acceſſionem ſubire debeat, quæ non erat tempore vacationis conceſſæ? Variæ ſunt opiniones, in quibus referendis non conteram tempus. Opponam ea breuiter & ſtrictim, quæ in vtramque partem adducuntur. Pro immuni hæc faciunt. Primum, de acceſſione idem ius eſt, quod de re principali, vt iam diximus. Vacatio igitur muneris & ad acceſſionē & ad augmentum quoque pertinet. Secūdo argumentum ducitur ex leg. 23. ſi ſeruitus. de ſeruit. vrban. præd. Ne luminibus officiatur, futurum lumen comprehenditur verbo indefinito & generali. Nec diſſimiliter iudicat Liuius lib. 21. ab vrb. cond. de fœdere Romæ & Carthagi. vt neutri alterius, eorúmve ſociis bellum inferrent. Saguntinis intulēre bellum Carthaginenſes, qui poſtea in ſocietatem pop. Roma. recepti ſunt. Dicebant ſe contra fœdus non feciſſe, quòd non aſſent ſocij tempore fœderis. Satis erat cautum Saguntinis, ſociis vtrorumque exceptis. Nec enim erat additum iis, qui tunc eſſent, nec qui poſtea aſſumerentur. Eſt ergo hæc Liuiana interpretatio ſimilis illi de ſeruitute, & c. d. l. ſi ſeruitus, &c. Tertiò adducitur conſtitutio pontificia c. quia circa. de priuileg. in antiq. Decretal. vbi remiſſio decimarum, ad poſtea quæſita pertinet: hic autem caſus omnino diſſimilis eſt. Quartò beneficia principum latiſſime interpretanda ſunt ex ſententia Vlp. in l. antepen. de conſtit. princip. cuius meminit pontifex in d. c. quia circa. Quinto facit l. 8 in honoribus. §. qui muneris. de vacat. & excuſ. muner. vbi collationes indictas ex improuiſo recte recuſat: eas vero, quæ ex lege fiunt, recuſare non debet. Rationem diuerſitatis adduxi libro ſeptimo de benefi. c. 10. Itaque homines cauti cum impetrant vacationem, curant addi, ab omnibus muneribus ordinariis & extraordinariis. Quod à me obſeruatum eſt ſuperiore anno 1555. cum diploma obtinerē ſub vniuerſitate noſtra. Hæc pro immuni. Contra immunem pugnatur rationibus, exemplis & auctoritate. Dicitur immunitatem generaliter non extendi ad non cogitata. leg. 9. qui cum tutoribus ff. de tranſact. adducitur l. vnica. C. lib. 10. titul. 27. vt nem. lice. in empt. ſpec. & aliæ huiuſmodi, quas non referam breuitatis cauſa. Exiſtimo autem ita diſtinguendum eſſe, vt immunitas pertineat ad collationes etiam nouas: non tamen ad eas, quæ ob vrgentem neceſſitatem, & graue periculum indicuntur. Dubium non eſt, quin verba illa indefinita pertineant etiam ad futurum tempus. dict. leg. ſi ſeruitus. d. c. quia circa. Imò proprium eſt huius vacationis, vt ad futura pertineat. dict. leg. in honoribus. Sed munerum, quæ indicuntur ob vrgentem neceſſitatem, vacationem non habent. dict. leg. ſi ſeruitus. l. antepenultima. ff. de conſt. princ. d. c. quia circa. Hæc enim exceptio nullo priuilegio excludi dabat propter publicam vtilitatem, nec creditur hoc cogitatum fuiſſe à concedente, nec idem dicturus erat, ſi interrogatus tum fuiſſet. Sermo autem generalis & indefinitus non refertur ad ea, de quibus veriſimiliter cogitatum non eſt. dict. leg. qui cum tutoribus. Exempla huius rei extant luculenta in legibus noſtris. Vnum eſt in d. leg. vnica. Cod. vt nem. lice. in empt. vbi cum vrgente neceſſitate imperatur comparatio frumenti, nullus excuſatur prętextu alicuius priuilegij, aut immunitatis, ne domus quidem Principis, vel Auguſtæ. Aliud exemplum eſt in l. iubemus nullam. C. de ſacroſanct. eccleſ. vbi ſi expeditionis tempore nauis ſit neceſſaria, nulla recipitur excuſatio prætextu priuilegij, aut vacationis, propter publicam vtilitatem. Omnia hæc priuilegia tanquam publicæ vtilitati contraria reijci debent. Scripſi de ea conſtit. lib. 7. de benefic. c. 10.

Ad §.

Ad §. ſi ita ſcriptum.

SPecies eſt huiuſmodi: Quidam ita legauit, Lucius Titius hæres meus, aut Mæuius hæres meus decem Seio dato. Quæ ſit vis huius legati quęritur. Videtur inutile eſſe propter incertitudinem. arg. l. duo ſunt Titij. de teſta. tut. Sed Pompon. ait legatarium agere poſſe cum vtro velit. & à ſingulis ſolidum petet, ita vt ſolutione vnius alter liberetur: vt accidit in duobus reis promittendi. Vnde ſi pars ab vno petita eſt aut ſoluta, Pompo. ait reliquum peti poſſe ab alterutro, id eſt, ſiue ab eo qui ſoluit, ſiue ab altero. Obſeruandum primo, duos reos etiam teſtamento conſtitui. l. eandem. in princ. infrà de duob. reis. falluntur qui ſic interpretantur Pompo. quaſi non ſint duo rei, ſed ſimiles duobus reis. Sunt ſane duo rei, ſed ſimiles promittendi reis, qui conſtituuntur per ſtipulationem. Quod de reis promittendi receptum erat, paulatim productum eſt ad alios contractus: atque adeo ad teſtamenta. d. l. eandem. Et conſtituuntur iam rei credendi, quàm rei debendi. l. 16. ſi Titio. de leg. 2. hoc caſu duo hæredes in ſolidum tenentur, & duobus legatariis ſolidum debetur: aliàs hæredes tenentur pro partibus hæreditariis. l. ſiue. infrà de duob. reis. Sed quomodo conſtituũtur duo rei debendi? Exempla de ſtipulatione vulgò nota ſunt vel ex Inſtit. tit. de duob. reis. Cum ſcilicet poſt interrogationem vtrique factam de eadem re, aut ſumma, vterque reſpondet ſeparatim. l. 4. d. ti. de duob. reis. & Inſti. eo. vt, Mæui promittis mihi decem? Gai, promittis mihi eadem decem? ſunt duo rei eiuſdem rei & obligationis. non debent ſinguli decem, aut ſinguli quinque, ſed eadem decem debent ſinguli. Non aliter autem duo rei fiunt, quàm ſi expreſſum ſit, aut actum, vt duo eandem rem debeant. Melius eſt hoc apertè exprimere, vt olim fiebat apud Græcos, vt liceat ab altero, aut vtroque exigere, (deſunt quædã.) Eſt talis incertitudo qualis in exemplis l. cum quidam. Itaque in ſpecie noſtra non quæritur interpretatio voluntatis facit l. 25. ille, aut ille. de leg. 3. vbi Paul. ait nullam admitti voluntatis quæſtionem, cum in verbis nulla eſt ambiguitas. quod ad verba ſuperiora videtur referendum eſſe. Sic in d. l. 16. ſi Titio de leg. 2. Sunt clara & aperta verba illa, vtri hæres vellet. Secus ſi dictum eſſet ſimpliciter, Titio, aut Seio lego, vt in d. l. cum quidam. Dixerit aliquis, cur in exemplo d. l. cum quidam. lagatarij non dicuntur duo rei credendi, ſicut hæredes hic dicuntur duo rei debendi propter diſiunctiuam? nam eſt eadem ratio vtrorumque reorum. Reſpondeo, credibile non eſt teſtatorem nihil curare vtri detur. Hæres dando alteri liberaretur, ſi duo rei eſſent. Teſtator creditur habere delectum perſonarum. arg. §. incertis. tit. de leg. Non dico Inutile eſſe legatum, ſi non curauerit teſtator vtri, &c. Recte enim & vtiliter hoc fit plerunque, ſi quis velit libertatem exercere in aliquem ſtudioſum, aut eruditum, & nominet duos diſiunctim non curans vtri eorum detur: non eſt improbandum hoc conſilium teſtantis. Poteſt quidem hoc fieri, ſed non eſt veriſimile, niſi aperta ſint verba. Verba plana & aperta ſunt in d. l. 16. ſi Titio. de lega. 2. in hæredibus onerandis non requiritur hic delectus perſonarũ, vt in ſpecie noſtra. De lectus requiritur in honorando ſiue hærede, ſiue legatario, non autem in onerando. Sic recepta diſtinctio maiorem habet rationem, quàm Neoterici quidam hic opinentur ludentes in paronomaſiam hanc. In ſumma, in ſpecie noſtra nulla eſt obſcuritas, quæ interpretationem voluntatis deſideret. In exemplis d. l. cum quidam. eſt aliqua obſcuritas & incertitudo. In omnibus illis exemplis Iuſti. ſecutus eſt quod humanius videbatur. Ac in exemplo de legato interpretatus eſt vtrique legatum eſſe coniunctim, quaſi dubitetur in vtrum fuerit propenſior teſtator, aut quaſi teſtator ipſe dubitauerit in vtrum magis inclinaret. In dubio detur vtrique æqualiter, vt ſatisfiat voluntati. Notandum eſt ſingulos reos in ſolidum teneri. l. 2. infrà de duob. reis. Petit creditor ſolidum à ſingulis ſi velit. l. 3. infrà de duob. reis. hoc autem eſt accipiendum ſecundum Iuſtin. Nouel. conſtit. 115. de duob. reis. §. ad hæc. ſi alij ſoluendo non ſunt, vel abſentes ſunt. alias Iuſtin. vult diuidi actionem. Itaque ſolent tabelliones deſcribere clauſulam, qua renunciatur beneficiũ diuiſionis, &c. Quidam exiſtimant Iuſtin. non loqui de duob. reis, ſed de mutuis fideiuſſorib', quos vocat ἀλληλεγγύους ſed ego didici duos reos vocari plerunque à Iureconſultis fideiuſſores: quodammodo enim fideiubent inuicem. l. qui homine. 34. §. 1. de ſolut. not. ad l. vir. vxori. 17. §. vlt. ſup. ad Velleia. Ac Budæus noſter in commentariis Græce interpretatur ἀλληλεγγύους duos reos promittẽdi. Scio differre hos à fideiuſſoribus: ſed de ratione vocabuli hic loquor. Dicuntur mutua vice fideiubere, non inutiliter. l. reos. infrà de duob. reis. Ex quo apparet differre a fideiuſſoribus. Tertiò nota, ſoluente vno, totam obligationem tolli. §. pen. Inſtitut. de duob. reis. Nam obligatio cõmunis eſt. d. l. qui hominem. 34. §. 1. de ſolut. quod vnus ſoluit, alter videtur ſoluere. Oppo. l. ſi pluribus. 45. §. ſi ita. de leg. 2. Solu. Non ſunt duo rei, quia non debent eandem rem, ſed diuerſas. Quæritur, an is qui ſoluit totum, poſſit repetere à correo? Si veri fideiuſſores eſſent, de eo non dubitaremus: ſed iam dixi non eſſe. arg. dict. l. reos. in princip. Quæſtio non eſt huius loci. videte l. 1. C. de duob. reis. & l. 61. In lege. infrà ad l. Falc. Quartò nota, vno ſoluente partem, non mutari naturam obligationis. Poteſt enim ab alterutro reliquum peti, vel ab eo qui ſoluit, vel ab altero. Antinomia videtur ex l. ſi creditores 18. C. de pact. ſed ibi, qui ſoluit, non ſoluit ſimpliciter, ſed pro perſona ſua, & creditor admiſit eum ita ſoluentem. vnde pactum quoddam initum eſt, ne conueniatur in reliquum is, qui ſoluit: alter tamen poterit conueniri, vt exiſtimo cum paucis quibuſdam aliis. Ambigua quidem verba ſunt: ſed accipiendum eſt quod vitio caret. l. in ambigua. ſuprà de legib. Loquitur enim de duobus tantum. Iulio & Æmilio, quorum alter ſoluit, pota Iulius: ait alterum non poſſe conueniri, quod de Iulio accipiendum eſt. Pro Iulio verò non recte dicitur Æmilius conueniri: ſed pro ſeipſo, quia ſoluit Iulius. Sed recte dicetur Iulius conueniri pro Æmilio. Cum ergo quis accipit partem debiti ab vno, vtilis eſt proteſtatio, ſaluo iure ſolidi. l. ſi debitor. §. 1. quib. mod. pign. vel hypo. ſol. Quintò nota, petita parte non diuidi actionem. facit l. reos. 23. C. de fideiuſſo. Oppo. l. 16. liberum. eod. tit. Vulgo dicitur in ea ſpecie ab omnibus petitum eſſe: hic ab vno tantùm. vel loquitur de fideiuſſoribus, non de duob. reis, vt quidam exiſtimant. Sed non perſpicio rationem diuerſitatis, cum fideiuſſores teneantur in ſolidum, ſicut duo rei. l. non recte. C. eo. Puto, ſi ab vno petita ſit pars, reliquã partem ab alterutro peti poſſe ſecundum hanc Pompo. ſententiam. Pars autem, quæ petita eſt, ac in iudicium deducta, non poterit peti ab altero. d. l. liberum. niſi forte is à quo petita eſt, non ſatisfecerit: quia nõ eſt ſoluendo. d. l. reos. C. eo. Hinc intelligitur quatenus admittatur variatio. Nec magnopere ad rem pertinet quod obiicitur ex l. 5. Serui electione. ſuprà.

Ad §. ſi ita legatum.

QVæſtio hic tractatur de pluribus rebus diſiunctim legatis. Species eſt huiuſmodi. Quidam ita

legauit, Lecticarios octo, aut pro his, &c. Lecticarij ſerui ſunt, qui lecticas portãt. l. item legato. 49. in princ. de leg. 3. Non qui lecticas faciũt, vt Accurſ. putat. Mẽtio eſt lecticariorũ in epiſtola quadam Seruij Sulpitij apud Ciceronem. Ac ſolebant octo ſerui in hoc miniſterio adhiberi. Vnde Octophorum dictum Martialis, *Octophoro ſanus portatur, Auite, Philippus.* Legauit autem non ſimpliciter lecticarios, ſed addidit, aut pecuniam, &c. Vnde naſcitur quæſtio. Quæritur enim an poſſit partem, &c. Ait Pompo. nõ poſſe, quia vnum in alterutra cauſa legatum eſt. Vnum legatum non poteſt pro parte acceptari, &c. Non enim tot ſunt legata, quot ſerui, aut ſummæ in ſingulos ſeruos dandæ. Ait Pompo. quemadmodum, &c. Oſtendit ſimilitudine, quodque aliter inde ſequeretur abſurdum, ſi quis legauerit Stichum, aut pro eo decem. Nam diuiſio Stichi ſequeretur. Deinde pro vna re integra non licet habere partes diuerſarum rerum. leg. 85. in executione. §. pro parte de verb. obl. Ait Pomp. Nec intereſt, &c. Idem igitur eſt ac ſi ita dictum eſſet, lecticarios octo, aut pro his centum, non diuiſa ſumma in ſingulos ſeruos. Ex hoc c. obſeruandum eſt in primis, legatum vnum, non plura eſſe, cum res plures legantur generaliter, nec ſpecialiter. facit l. ſcire debemus. 29. de verb. obl. & l. quod dicitur. 86. eo. tit. hoc ergo non fit propter dictionem numeralem, vt plerique exiſtimant. Nam idem erit dicendum etiam ſi quis leget ſeruos lecticarios, nec definiat numerum. d. l. ſcire debemus. §. ſtipulationẽ. Sed cur ait, in alterutra cauſa? Quia ſicut legatum lecticariorum vnum eſt, ita etiam legatum pecuniæ in ſingulos. Diuiſio ſummæ in ſingulos ſeruos non facit quominus vnum ſit. Sed opponitur l. 11. cum in annos. de annuis lega. Statuit etiam differentiam ſtipulationis & legati. l. 16. ſi Stichum. §. Stipulatio. de verb. oblig. Sed hoc facit veriſimilis voluntas teſtatoris, quia pecunia hoc loco ſeruorum legatur, & conſtat legatum ſeruorum vnum eſſe. Plerique ſic interpretantur hæc verba, quaſi Pompo. velit in hac tota alternatione vnum legatum eſſe. Sed hoc non ſenſit Pomponius, vt iam dixi. ait enim vnum legatum eſſe in alterutra cauſa, id eſt, in alterutra parte. de tota alternatione quæſtio eſt alterius loci in qua reperitur varietas. Nam alibi plura dicuntur eſſe legata, vt l. plane. 34. §. ſi ita. & l. ſi quis ſeruum. 8. §. 1. de leg. 2. & l. ſi illud. 27. eo. tit. Alibi dicitur vnum legatum eſſe. vt l. 25 cum illud. infrà quãdo dies lega. ced. Sed iſta varietas nos conturbare non debet. Eſt enim hic aliqua ambiguitas, qua percepta, nihil erit difficultatis. Ecce, qui dicit vnum legatum eſſe, id eſt, legatarium vno contentum eſſe debere, vere loquitur. Qui dicit plura legata eſſe, id eſt, plura adſcripta eſſe disiunctim & plurium electionem legatam eſſe, non male loquitur. Sed aliud ſentit Pompo. nempe vnum legatum in vtraque parte. Hinc conſequens eſt, legatum non poſſe pro parte agnoſci. l. neminem. 4. & ſeq. de leg. 2. Scripſi lib. 1. de iure accreſcen. c. 3. Secundo obſeruandum eſt, pluribus ſub alternatione legatis, electionem diuidi non poſſe, vt partem vnius capiat legatarius, & partem alterius pro re tota, quia vnum legatum eſt. Idem dicendum eſt & ſi electio ſit hæredis. Nam non poterit partem ſeruorum & partem pecuniæ ſoluere. arg. d. l. in executione. § pro parte. ff. de verb. obl. Quid ergo ſi in vtraque plura legata ſint? Pone, Lego Stichum & Pamphilum aut in ſingulos decem: hic plura legata ſunt in alterutra parte. d. l. ſcire debemus. de verb. oblig. An ergo admittetur diuiſio? Receptum eſt admitti, quia ceſſat hic ratio Pompo. nõ enim legatum vnum eſt. Diſſentiunt tamen aliqui propter verba teſtatoris. Cum legatur illud, aut illud. tota res his verbis ſignificatur, non pars, vt illud totum, aut illud totum detur, non pars illius, & pars alterius. Ego receptam ſententiam nihilominus ſequor, quia vnum legatum eſt. Nec me mouet quod obiicitur de ſignificatione verborum. Nam in his verbis eſt aliqua ambiguitas, in qua humanior interpretatio admittenda eſt. Stichum & Pamphilum, aut in ſingulos decem, id eſt, ſi noluerit eos ſeruos habere. hæc verba interpretamur quatenus noluerit. argum. l. Stichum, qui mens. vt diuidatur conditio, hæc interpretatio facile admittitur in hac ſpecie, quia nulla iuris ratio impedit. In altera ſpecie legatum vnum eſt, quod ſcindi non poteſt, d. l. neminem. iam explicanda eſt antinomia ex l. ſi ſterilis. 21. §. vltim. de acti. empt. Hic magnopere ſudatum eſt ab iis, qui non perſpexerunt diſſimilitudinem vtriuſque ſpeciei. hoc accidit iis, qui parum acuti ſunt, aut non ſatis exercitati, aut triti in his rebus tractandis. Ea ſpecies adeo diſſimilis eſt noſtræ, vt nihil prope cõmune habeat. Non quæritur ibi, an partim habitatio, partim pecunia ſoluatur. Emptor ſingulis annis aut habitationem totam, aut pecuniam ſoluit totam. Sed quæritur an poſſit variare, vt altero electo poſtea alterum eligat? Quæſtiones diuerſæ ſunt de diuiſione legati, & variatione. In hac ſpecie non dubitatur de variatione: quia certum eſt non admitti variationẽ. cum enim quis ſemel elegit, ſemel præſtandum eſt quod continetur legato. In ſpecie l. ſi ſterilis. conuenit diuiſionem non admitti. Dubitabatur, quia conuentio illa tractũ habet, & eius effectus ad plures annos pertinet. Et dicitur variationem admitti, nã graue eſſet fortaſſis emptori tanto tempore non poſſe variare. Nam cum dubia ſit contrahentium volũtas, interpretatio fit contra venditorem, qui legem dixit. l. veteribus. de pact. l. Labeo. de contrahen. empt. l. in contrahenda venditione. de reg. iur. Hæc producuntur ad ſimiles caſus. Si nobili debeat ruſticus decem operas, aut pro ſingulis certam pecuniam, non ſoluetur pars operarum, & pars pecuniæ. Item, maritus accepit certas res in dotem æſtimatas, promiſit reddere aut eas res, aut æſtimationem. Hoc iudicari poteſt ex iam dictis. Videndum eſt enim, an ſit vna res vel plures. Hæc ſunt, quæ mihi videntur obſeruanda. Alij alia annotant partim falſa, partim non multum ad rem pertinentia. Huius generis eſt, quod dicunt vindicari poſſe rem legatam ante electionem, contra ſententiam receptam & notam. Non enim tranſit dominium ante electionem. leg 20. apud Aufidium. de opt. leg. l. 3. §. ſciendum. ad exhib. Receptum eſt cum hac exceptione accipi. l. 1. Cod. com. de leg. Quidam ita elabitur, vt dicat legatarium eligere vindicando.

Alius damnat, quia electio pro nulla eſt. l. 2. infra de opt. leg. Zaſius iudicat hunc hebetem eſſe, qui non animaduertat actu nullo declarari voluntatem. Sic iſti digladiantur de re non admodum dubia. Si Pompon. diceret vindicare poſſe, res maiorẽ haberet occaſionem concertationis. Sed ait Pompon. non poſſe, quia non potuit ita eligere, tantum abeſt vt elegerit. Præterea ſi diceret Pompon. vindicare poſſe, adhuc ineptum eſſet eorum argum. Non enim exponit ante electionem, an poſt. Item verbum vindicare, de actione quoque perſonale intelligitur. dixi ad l. 1. Notant etiam pecuniam & nummos idem ſignificare. Dicam infra ad l. 30. talis ſcriptura.

Ad l. 9. ad quod.

LOcus eſt de rebus quæ legantur, latiſſime patens. In hac diſputatione quæritur, ſi quis legauerit quod apud hoſtes eſt, an valeat legatum? Certũ eſt rem alienam legari. l. cum rem alienã. C. eo. Sed dubitatur, an idem ius ſit in re capta ab hoſtibus. Nam capta ab hoſtibus capientiũ fiũt. l. 1. de acq. poſſ. Quæ nõ ſunt in

commer-

commercio noſtro, inutiliter legatur.l.apud Iulianum. 40. §. vlt. hic. Pomponius tamen ait legatum valere propter ius poſtliminij. Quid ſit ius poſtliminij declarat l.poſtliminium.infra de capt. & poſtlim. reuerſ. Duæ ſunt ſpecies poſtliminij.l.cum duæ.eod. tit. vnde ſumptum eſt hoc caput, vt oſtendit inſcriptio, Pompon.lib.3.ad Sabin.Similis locus de legato in l.101. ſeruus.infra eod. Ac multa huiuſmodi exempla reperiuntur in iure ciuili.Vnum eſt in l.illa inſtitutio. 32. §.1.de hæred.inſtitu.Aliud eſt in l.ſeruo.104 §.1.hic.An idem dicendum ſit de libertate, dubitatum fuit.l.24. generaliter.de fideicom.libert. Aliud exemplum in l. vlt.de act.empt.vbi Octaueni ſentẽtia refertur.Aliud exẽplũ in l.23.item Labeo.famil.erciſcun. Reperitur antinomia ex l.liber homo.103.de verb. obl. fundus hoſtiũ in ſtipulationẽ deducitur. Nos fatemur res hoſtium non legari,nec in ſtipulationẽ deduci.niſi propter ius poſtliminij. Res hoſtiũ in noſtro commercio nõ ſunt. Vlpian.Inſtit.de dom.& acqui.rer. Sed obijcitur huic diſtinctioni l.ab omnibus.107.§.etiam. hic refertur opinio Sabini. Hiſtoria igitur tantum eſt, non iuris aliqua conſtitutio: namque ſi contraria eſſet Sabini opinio, nihil nos moueret: ſed puto contrariam non eſſe, quia exceptionem addit. Ceſſat tunc ratio, propter quam dicitur res hoſtium legari non poſſe. Finge permiſſum eſſe alicui eas res emere, ac conceſſum eſſe alicui commercium,vt in aromatibus accidit.Zaſius & alij dicũt, hæc eſſe verba teſtatoris: ſed probabilius eſt quod diximus, ſed verbis nõ conuenit hæc interpretatio.Præterea obijcitur contra hanc diſtinctionem, quod ſeruo hoſtium libertas datur.l. generaliter. §. hoſtium. ff. de fideicomm.liber. Poteſt accipi de re,quæ noſtra fuit, vt iam dixi:etiã aliter accipiatur, tamen nihil obſtabit. Relinquitur enim ſub conditione,non pure: quo caſu noſter eſſe incipiat. arg.l.cetera.41.§.1.hic. Simile exemplum eſt in conſtitut. pontif. de poſſeſ. donatis eccleſiæ,quę erant in poteſtate Saracenorum.Valet enim donatio,quia ſub conditione. cap.abbata. de re iudic. In 6. Vt reuertamur ad ius poſtliminij.legatum valet, & alij actus. Vnde quæritur de epiſcopis,qui dicuntur ſuffraganei. Non videntur interim epiſcopi eſſe,antequam illa loca recuperata ſint,argumen.dictæ leg.illa inſtitutio.vide quæ ſcripſi lib.1.de benefic.c.16.

Quæſtio eſt,an hæres cogatur rem redimere, aut æſtimationem ſoluere? Sane regulariter legatur res aliena.l.non dubium.14. de leg.3. Quidam putant hæredem ſoluere pretiũ ei debere,qui redemerit: quia tunc poſtliminio redit.l.in bello. §. ſi quis ſeruum.infra de capti. Hæc ſententia confirmatur multis argumentis. Vnum eſt ex l.ſi res obligata.57.infra hoc tit. qua hæres cogitur luere rem obligatam. At obligatio quædã pignoris hic eſt.l.ſenatus 45.§.qui ab hoſtibus.hic. Aliud eſt argumentum ex l.vlt.de actio.emp.vbi dicitur valere emptio & ſtipulatio, ergo promiſſor tenetur ad dandũ. Aliud argumentum ex l.in bello.§ vl.de capti.& poſtlimi. vbi legatarius petit ab hærede æſtimationem. Exiſtimo tamen hęredem non cogi redimere, ſed teneri tantum præſtare, ſi in poteſtatem ſuã peruenerit. Moueor, quia teſtator videtur legaſſe ius quod habet.l.ſerui electione.5.§.cum fundus. ſupr. eo. Credibile eſt teſtatorem, qui ſciẽs legauit, de eo iure ſenſiſſe.facit l.vnum ex familia.69.§.ſi rem.infra eodem. Quod verum eſt etiam,ſi illud ius conſiſtat in ſpe tantum.l.ſeruum filij 44.in princ.infra eo. Quodnam eſt illud ius teſtatoris? Si aufugerit ſeruus, & redierit ad dominum,recipitur iure poſtliminij, perinde ac ſi captus nunquam fuiſſet.l.poſtliminium.de capti.Si quis vi bellica eripuerit ab hoſtibus ſine pretio, idem eſt. Non enim in præda id eſt, ſed reſtitui debet veteri domino.l.ab hoſtibus.12.C.de poſtlim.& l.ſi captus.§.expulſiua. ff.de capt & poſtlim. Hæc ſententia verior ac certior eſt,quãuis aliqui diſſentiãt.dixi ad l.1.ff.de acq.poſſ. In alio etiam conſiſtit ius teſtatoris: quia ſi redempta ſit res ab alio,ſoluto pretio eam recipit.d.§.ſi quis ſeruũ.Soluto pretio dicitur poſtliminio rediiſſe. Hoc igitur ius habet legatarius quod habebat teſtator. Ex quo apparet hæredẽ nõ poſſe redimere. Ad l.ſi res obligata.reſpondi in interpretatione d. l.ſerui electione. §.cum fundus.Ratio illius legis eſt: quia non eſt veriſimile teſtatorẽ velle æs alienũ ſolui à legatario. arg.l.1.C.ſi cer.pet.Hæc ratio hic ceſſat. Nullum enim æs alienum hæreditarium hic eſt, nulla obligatio pignoris contracta à defuncto.ad l.vlt.ff.de actio. emp. ibi tantum dicitur valere emptio & ſtipulatio, ſicut hic dicitur de legato: & addit Iureconſ.ſuſtinendam eſſe præſtationem,donec res præſtari poſſit, id eſt, donec eam recuperauerit.Si quis dicat eam præſtari ſoluto pretio redemptori, de hoc non ſenſit Iureconſ. alioqui idem dicendum eſſet,etſi adhuc apud hoſtes eſſet:quia redimi poteſt.Item alia ratio eſt contractuum, quàm vltimarum voluntatum.dixi ad d. §.cum fundus. ad leg.in bello.§ vlt.reſpondeo nihil ad rem pertinere: nõ enim hoc ibi quæritur, an teſtator videatur legaſſe rẽ ipſam totam, non ius quod habet, ſed quo caſu certum eſt eum legaſſe totã, an debeatur propter acquiſitionem ex cauſa lucratiua.l. non quocunque. 79. in princ.hoc titu. Eſt ergo duplex quæſtio, ſicut in l.Mæuius.68.§.fundo,de leg.2. de qua dixi ad d. l.ſerui. 5. §. cum fundus.ſupra eo.

Ad l.20. Iulianum.

Locus eſt de ratione acquirendi legati. Si quis legauerit ſimpliciter rem ſuam, legatum ſtatim acquiritur legatario.l.65.à Titio.de furt.Quid ſi quis alicui legat optionem plurium rerum? Nõ acquiritur legatum,niſi poſtquam optauerit. l.20. apud Aufidium. infra de opt.leg. Vt autem optio recte fiat,quædam neceſſaria ſunt, de quibus dixi ad l.5. ſerui electione.ſupr. Duo autem ex iis hic traduntur à Paulo. Ne fiat à filiofam.ſine iuſſu patris. Item ne fiat ante aditam hæreditatem. De his duobus ſigillatim dicemus. Ait Paul. filiumfam.non poſſe optare ſine iuſſu patris. Sed quæ ratio potuit mouere Iulianum? Nam videmus filium contrahere,& alia pleraque facere ſine patre. l.filiusfamil.38.de obl. & act. l.57. tam ex contractibus. de iud. Nec ſe tantum obligat: ſed etiam patrem, vt puta de peculio.Inſtitu.quod cum eo,qui. Variæ hic rationes excogitantur quibus veriſimile ſit motum eſſe Iulianum. Verum, vt dixi ſæpe,in hac iuris ſcientia exactæ rationes & neceſſariæ quærẽdæ non ſunt,vt in mathematicis. Nam auctore Ariſtotele, oportet nos probabilibus cõtẽtos eſſe. Itaque mihi placet,vt dicamus æquũ viſum nõ eſſe optionẽ filij nocere patri, cui legatũ acquiritur. Poteſt autẽ filius eligere rẽ deteriorem. Idẽ conſtitutũ eſt de aditione hæreditatis. l.6.qui in aliena.in prin.de acq.hæred.infr. Eadẽ ratione, inquiſit, eſt patrem inuitum obligari hæreditati. Item in repudiatione idem conſtitutum eſt.l.is,qui hæres. 11.§.vlt. de acquir.hæred.ſupra.filius non poteſt repudiare ſine patre,ne incommodum afferat patri. Et hæc optio ſimilis eſt quadantenus repudiationi. Qui enim optat vnam ex rebus legatis, ceteras repudiat. Et animaduertendũ eſt hoc caput de optione,& alia capita de adit.& repud. olim coniuncta fuiſſe apud Paulũ d.l.is, qui hæres.& l.legatũ.7.hic. Admonui ſupra in interpretatione d.l.legatũ. 7. ſimilẽ habere inſcriptionem, Paulus lib.2.ad Sabinũ. At credibile eſt Paul.hæc coniũxiſſe,quod ſimilia eſſent,& eandẽ haberent rationẽ. In cõtractib. nõ eſt eadẽ ratio. Fiũt enim ſine cõſenſu

patris,& filius ſe obligat, non patrem, niſi quod iuſſu, de in rem verſo, de peculio, &c. Initit.quod cum eo. Cur autem pater ex iis cauſis obligetur per filium, nõ eſt obſcurum. Quæritur an iuſſus hic neceſſarius ſit,vt præcedat,an vero ſufficiat conſenſus ratihabitio? In aditione hæreditatis iuſſus præcedit, nec ſufficeret ratihabitio.l.11.qui in aliena.in prin.d.l.& ſi quis mihi.25. § iuſſum.de acq.hæred.Idem ergo hic videtur eſſe dicẽdum,cum ſimilia hæc ſint,vt iam diximus. Hæc ſubtilitas ridetur ab imperitis.Quid refert, inquiunt, an antè,an poſt conſentiat? Acutæ ſunt nugæ Iureconſul. vt Seneca ait. Verum hoc non eſt conſtitutum ſine magna & graui ratione,quantũ ego iudicare poſſum.Pertinet maxime ad auctoritatem patris,ne quid filius audeat per ſe in damnum patris, & ſine ipſius iuſſu & imperio. Plurimum tribuebant veteres auctoritati & poteſtati patris,vt docui ſub tit. de iis, qui ſunt ſui. Filius ergo ita reuereri debet patrem, vt expectet iuſſum eius in iis,quæ nocere poſſunt. Qui non expectat iuſſum incertus, an pater conſenſurus ſit, etiam videtur cõtemnere auctoritatem patris. Receſſum tamẽ eſt ab hoc rigore, interdum enim è re patris non eſt ſemper iuſſum eius expectari. Sic interpretati ſunt Iurecõſulti edictum. Quod iuſſu.l.1.eo.tit.vbi quod prætor ait de iuſſu, producit Vlpia. ad cõſenſum & ratihabitionem: nec alienum eſt hoc exemplum ſequi in hac ſpecie, vt dicamus conſenſum patris habendum eſſe pro iuſſu. Non hoc dico,quod verbum iuſſus, id ſignificet: nam iuſſus proprie dicitur, qui præcedit, ſed quia ſcriptum de iuſſu, videtur extendẽdũ interpretatione propter vtilitatem.Dixerit aliquis, Hæc optio ſimilis eſt aditioni, in qua iuſſus requiritur, nec ſufficit conſenſus. Reſpondeo non eſſe ſimiliorem hæreditati, quàm bonorum poſſeſſionem. At in bonorum poſſeſſione ratihabitio habetur pro iuſſu. d. leg. qui in aliena.ſupra de acquir. hæred. & l. 1. C. qui admitti ad bonor.poſſ. His ita declaratis veniendum eſt ad explicationem antinomiarũ,in qua præcipue verſari debet is,qui ius ciuile profitetur. Vna eſt ex l.vlt.in princ.de verbor. oblig.filius ita ſtipulatus eſt rem illam, aut illam, vtram ego velim. Non pater,inquit lex,ſed filius deſtinare de alterutro debet.Idem dicitur in l.ſi ſtipulatus fuerim.76. eod.titu. Electio igitur perſonalis eſt,& perſonæ filij cohæret. Variæ hic opiniones reperiuntur, vt in re ſub obſcura.Quidam putant differre legatum à cõtractu.in legato aiunt requiri cõſenſum patris, non in cõtractu. Nam filium poſſe nocere patri in contractu ſuo. arg. l. 27.ſi vnus.in princ.ſupr.de pact.l.11.quod ſeruus.depoſi. Debitum ex contractu filij recte ſoluitur ipſi filio. Sed hæc ſimilia non ſunt. quia ſoluitur filio ad ipſum quod debetur,quod pater capit, & in rem ſuam vertit, ſi ita videatur. Hic forte ſoluitur deterius propter meram filij optionem.Magis mihi probatur opinio eorũ, qui putãt in quacunque electione,ſeu optione, requiri conſenſum patris,ſiue ex contractu, ſiue ex legato: ſed ita tamen vt filius ipſe eligat. Quia perſona filij nominata eſt, & factum perſonale eſt. Hæc non ſunt repugnantia,filium ipſũ eligere,& patris iuſſu eligere.Nã & in hæredum aditione idem accidit.d.l.qui in aliena pater,qui iubet non poſſet adire.Facta dicuntur perſonalia eſſe. Multum refert à quo aliquid fiat:in danone nõ multum intereſt. l. vlt. de cond.inſtit. Exemplum eſt vulgare in §. ſed cum factum. Inſtit. de ſtipulat. ſeruo. Deinde diuerſitas perſonarum, diuerſa facta reddit.l. 26.ſi non ſortem.§. libertus.de cõd.indeb.Sic aliud eſt velle Titium,aliud Caium. Aliud velle patrem,aliud filium.Præterea oppo.l.10.ſi Pamphilo.de opt. leg.Sed ibi ratio eſt manifeſta cur dominus ipſe optet: quia ſeruus eſt manumiſſus. Cur ad hæredem tranſeat, aut legatarium,ſcripſi ad d.l.ſi ſtipulatus. de verb. oblig.l. 78.ſi ſic legatum.§.vlt.Vltimum eſt de hereditatis aditione Non valet optio ante aditam hereditatem.Idem in l.optione. de opt.leg. Legatũ nõ ante debetur quam adita ſit hæreditas.l.9. ſi nemo. ſupra de teſta. Appendix ad d.l.vlt.de verb.oblig. Quid ſi dicamus in ſtipulatione ſequẽdum eſſe,quod verbis exprimitur? Coheret electio perſonæ filij, quia exprimitur perſona eius. Itaq; patris volũtas nõ ſpectatur. In teſtamẽtis plenior fit interpretatio. l. in teſtamentis. de reg. iur. Quare magis inſpicimus perſonam,cui acquiritur, quàm quæ nominata eſt.

Ad l.11.cum filiofamilias.

HIc tractatur de acquiſitione legati: cum legatum relinquitur filio,aut ſeruo, qui ſunt in poteſtate patris,aut domini. Nam certum eſt id acquiri patri,vel domino. Inſtit. per quas perſo. nob.l. placet.76.de acqui.hæred.l.1.ſi à parente quis manu.Inde exiſtũt multæ quæſtiones,breuiter hic tractatæ à Papinian. Prima quęſtio,an poſſit fideicommitti patri,vel domino?Dubitatio eſt ex l.ab eo.C.fideicomm. Sed Papin.ait poſſe, quia commodum ipſis acquiritur, interpratatione quadam iuris, & relictum patri intelligitur, vt poſtea dicemus. Imo poteſt etiam relinqui fideicommiſſum à patre ipſi filiofam. ſi cogitet teſtator per legẽ acquiri patri,& velit filio potius acquiri.Quod ſane mirum videtur: quia cum patri acquirat omnia filius, quomodo pater poterit ei debere? Sed poteſt filio reſtitui facto ſui iuris, vel aliter,vt poſtea dicemus.

Secunda quæſtio. Ex cuius perſona vires capiat fideicommiſſum, an filij qui nominatus eſt à teſtatore, an patris,cui acquiritur, & qui effectu hæres eſſe videtur?Diſtinguit Papi.an filio relictũ ſit,an alij extero. Si extero,fideicõmiſſum vires capit ex perſona filij.Hic enim vere hæres eſt, ac pater rogatus intelligitur non ſuo nomine,ſed filij.Sic ergo accipimus,ac ſi filius ipſe rogatus eſſet.Hoc enim eſt ex perſona ſua,id eſt,nomine ſuo non teneri, vt alibi Pap.noſter loquitur.l.ſi patroni.15.§.qui fideicommiſſariã.ad Trebel.l.60.peto.§. mater. da leg. 2. Si vero fideicommiſſum relictum filio ipſi,tũc valet ex perſona patris.Patrem enim interpretamur rogatum eſſe nomine ſuo magis,quam filij. Ratio non patitur,vt filium rogatũ intelligamus reſtituere ſibi.Idem non poteſt & debitor & creditor eſſe.

Tertia quæſtio.An locus erit Falcidię in hac reſtitutione fideicommiſſi?Diſtinguit Papin.vt ſupra,ſi extero rogatus ſit reſtituere,Falcidia admittetur:ex S.C.hęres detrahit Falcidiam.At hic nomine hęredis reſtituit, & tanquam hæres non tenetur ex perſona ſua,ſed hęredis. Si rogatus ſit reſtituere filio,totum reſtituet:& ex perſona ſua & nomine ſuo reſtituet. Intelligitur enim rogatus nõ vt hæres,ſed vt pater, qui commodum capit iure patriæ poteſtatis. Filij autem nomine non poteſt pater debere fideicommiſſum ipſi filio, vt iam dixi. Vt autem locus ſit legi Falcidiæ oportet hæredem eſſe eum,qui rogatur.l.1.§.denique ad Trebel.l.lex Falcidia.47.§.nunquam ad leg. Falcid. ratio cur factũ eſt S.C.plana eſt ex §.ſed quia hæredes. Inſtitu. de fideicomm.hæred.Deinde oportet rogatum eſſe vt hæredẽ. Cum igitur pater rogatur reſtituere filio hæredi inſtituto,non detrahet Falcidiam, quia non poteſt dici rogatus,vt hæres.Quarta quæſtio.Filius eſt inſtitutus,pater rogatus eſt ei reſtituere hæreditatem poſt mortem ſuam,ſcilicet patris, filius deceſſit viuo patre. Si extinctum eſt fideicommiſſum:quia nõ tranſit ad hæredem, ad quem pertinebit hoc fideicommiſſum? Ait Papin. patrem retenturum.quia ex perſona patris,&c.& patri ipſi onus iniunctum eſt nomine proprio, non hæredis: ergo retinebit.l.17.ſi quis Titio.de leg. 2. Hoc autem

fideicom-

fideicommiſſum ideo non tranſit ad hæredem, quia conditionale eſt. l. 78. hæres meus. de condit. & demóſtr. & l. 4. quando dies leg. Conditio eſt, ſi hęres morietur viuo adhuc fideicommiſſario. Certum quidem eſt hæredem moriturum: ſed incertum eſt, an ſuperſtes futurus ſit fideicommiſſario. Hæc ſit veluti delineatio quædam & adumbratio rei, quam plenius & accuratius nunc executuri ſumus. In primis obſeruandum à patre fideicommiſſum relinqui poſſe cum filius inſtituitur, &c. Obiic. l. ab eod. Cod. de fideicomm. Reſpondemus ideo valere fideicommiſſum, quia emolumentum hæreditatis ad patrem peruenit. l. 64. ſi alienus. de leg. 2. l. 4. de leg. 3. l. 22. Neſennius. §. ſeruo. ad l. Falcid. Et hoc generaliter pertinet ad eos, qui ex morte defuncti aliud commodum percipiunt. l. 1. §. ſciendum. de leg. 3. dixerit aliquis ne hoc quidem ſufficere, vt quis capiat: niſi ex iudicio defuncti capiat. l. 6. ſed & ſi ſic. in fin. de leg. 3. l. 8. qui fundum. §. qui filios. ad leg. Falcid. At pater capit ex lege magis, quam ex iudicio defuncti. Sed inquirendum eſt an hoc verum ſit, & repetendum paulo altius. Quidam exiſtimant patrem ex iudicio teſtatoris non capere. Pro hac opinione faciunt, quæ ſequuntur. Primo, teſtator nullam patris facit mentionem: ſed filij tantum, per quem acquiritur patri, inuito etiam teſtatore. Dicitur ergo contra voluntatem patris: aut certè præter voluntatem, quam ex voluntate. arg. l. 86. Titia. ad l. Falcid. Secũdo facit l. 8. qui liberis. §. hæc verba. ſupra de vulga. Tertio facit l. 1. §. non ſolum. vt leg. nom. caueat. Satiſdatur hæredibus legatariorum, quamuis non ex iudicio defuncti veniãt. Quarto l. 86. qui fundum. §. qui filios. verſic. quid ergo, &c. ibi aut lege, aut per interpoſitam perſonam. infra ad l. Falcid. Quinto facit l. 3. §. hoc autem verſic. Nec enim quærimus cui acquiratur: ſed cui honos habitus ſit infra de leg. præſtan. Sexto facit l. 21. legatum, de adminiſtrat. leg. Hęc ſunt quę pro hac opinione adduci poſſe videntur. Exiſtimo nihilominus patrem capere non tãtum ex lege, ſed etiam ex aliquo iudicio teſtatoris. Et hæc opinio receptior eſt. Probat Papin. hic iuncta d. l. 6. de leg. 2. Tenuis quidem eſt declaratio volũtatis: ſed tamen aliqua. ſicut dicitur de iure accreſcendi. Vt ſcripſi lib. 1. cap. 1. de iure accreſc. Teſtator qui ſcit, aut ſcire debet acquiri patri videtur id velle. arg. l. 38. ſi duo. ſupra de acquir. hære. Vnde hæc conditio, ſi hæres non erit, ſeruo alieno hærede inſtituto, intelligitur, vel dominum hæredem non fecerit. §. vlt. Inſtitu. de vulgar. l. 40. ſi paterfamil. de hæred. inſti. Ex hac coniectura maxime locum habet cum onus fideicommiſſi imponitur patri, vt in hac ſpecie, arg. l. denique. §. interdum. de pecul. lega. Non obſtat quod inuito teſtatore, &c. Nam poteſt hoc teſtator prohibere, relinquendo filio cum ſui iuris erit. l. 15. ſi ita eſſet. Quando dies lega. & l. 19. vbi pure. ad Trebell. Qui igitur non adimit, videtur relinquere d. l. 1. §. ſciendum de lega. 3. huc pertinet quod dicitur in l. conficiuntur. de iure codicil. ad d. l. qui liberis. Verum eſt patrem inſtitutum nõ eſſe directo: ſed interpretatione quidem dicitur vocari ex iudicio teſtatoris. In ſubſtitutione pupillari ita accipitur verbũ, hæres, propter veriſimilem mentem teſtatoris. Sic etiã reſponderi poteſt ad d. l. 1. §. non ſolum, vt leg. nom. cau. ad d. l. qui fundum. §. qui filios. ad d. l. 3. de leg. præſtand. Prætor ibi loquitur de iis, quibus relictum eſt. ad l. 21. legatum. de adim. leg. Verba non ſunt apta ad adimendum. Oſtendit enim teſtator ſe contemplatione filij, non patris legare.

Repetitio præcedentis quæſtionis.

Quæſitum fuit, an pater habeat hæred. ex iudicio teſtatoris, an lege tantum. Recitauimus opinionem eorum, qui putant ex lege tãtum. Docuimus quibus arg. ea opinio defendi poſſit. Probabilior tamen eſt contraria opinio, quæ & auctores multo plures ac defenſores habet. Pater igitur capit non tantum ex lege, ſed etiam ex aliqua voluntate teſtatoris. Hoc autem confirmatur ſequen. argumen. Primum, Nemo poteſt onerari fideicommiſſo, niſi aliquid capiat ex iudicio teſtatoris. l. 6. infra de lega. At pater hic oneratur fideicommiſſo, vt Papinianus ait. Ergo capit ex iudicio. videtur argum. Teſtator, qui ſcit aut ſcire debet acquiri patri, &c. videtur voluntatem ſuam accommodare legi argumen. d. l. 39. ſi duo. de acquir. hæred. Qui ſcit, aut ſcire potuit, cohærede abſtinente, ſe oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur. Huc pertinet quod dicitur in §. vlt. Inſtitu. de vulga. Seruo alieno inſtituto hæc conditio, ſi hæres non erit, intelligitur, vel dominum hæredem non fecerit. §. vlt. Inſtitut. de vulga. l. ſi paterfamil. ſupra de hæred. inſtitu. Dominus ergo ſuccedit ex præſumpta voluntate teſtatoris. Coniectura autem voluntatis fortior eſt cum oneratur pater, aut dominus, vt in hac ſpecie. Qui onerat patrem, cogitat fore vt ei acquiratur. argumen. ducto ex l. denique. §. interdum. de pecul. lege. vbi dominus, qui iubet ſeruo centum dare hæredi, intelligitur ei peculium legare, quod non adimit. Diſſolutio obiect. Inuito, inquiũt, teſtatore, patri acquiritur, nec teſtator poteſt prohibere. Reſpondeo teſtatorem poſſe impedire ne patri acquiratur, relinquendo filio cum ſui iuris erit. l. 19. ſi ita eſſet. infra quan. dies leg. 19. vbi pure. ad Trebel. Qui igitur hoc non facit, videtur tacite quodammodo relinquere patri. l. 1. §. ſciendum de leg. 3. Huc pertinet l. conficiuntur de iure codicil. ad l. qui liberis. §. hæc verba. de vulg. & pupill. Verum eſt patrem inſtitutum non eſſe directo: ſed habetur pro inſtituto interpretatione quadam iuris propter tacitam voluntatem. Iudicium teſtatoris, verbum ambiguum eſt, modo ſignificat expreſſam voluntatem. d. §. hæc verba. modo tacitam. d. l. 9. de lega. 3. ſimile exemplum in d. l. denique. §. interdũ, ait ibi Iuriſconſul. etſi non ſit legatum peculium, veluti legatum accipimus, &c. Accipitur ergo varie prout æquitas ſuadet: hic accipimus iudicium teſtatoris, etiam tacitum, cum quæritur de onere fideicommiſſi. In §. hæc verba. accipitur pro inſtitutione expreſſa: quia credibile eſt teſtatorem de ſcripto hærede cogitaſſe, id eſt, de filio magis, quem de patre. ad l. 1. §. non ſolum. vt leg. nom. cau. iam reſponſum eſt. Qui nominati nõ ſunt à teſtatore, nõ dicuntur venire ex iudicio, id eſt, ex voluntate expreſſa. Homonymia iam declarata eſt ad l. qui fundum. §. qui filios. ad l. Falcid. Ego eum §. mox explicaturus ſum in alia quæſtione tractanda. Ad l. 3. de leg. præſtan. Vbi non inſpicimus cui acquiritur, ſed cui honos habitus ſit, ſic interpretatur Iuriſconſul. illud edictum propter mentem prætoris, qui ſecutus eſt veriſimilem teſtatoris voluntatem. Ea legata conſeruantur coniunctis perſonis: quia credibile eſt teſtatorem præcipue iis præſtari voluiſſe, & magis quàm ceteris. quam affectionem prætor eſt probabilem ſecutus. Hæc coniectura ceſſat, cum quis legat eorum ſeruis. Poteſt autem ſeruus manumitti, & ſibi acquirere. Nulla eſt igitur coniectura præcipuæ & ſingularis affectionis, niſi appareat contemplatione domini relictum fuiſſe. Ad legem 21. legatum. infra de adimendis legatis. reſpondeo, alicui legatum poteſt dici legatum non eſſe patri, quia pater nominatus non eſt: ſed tantum pro legato accipimus benigne interpretatione. ſicut in d. l. deniq; §. interdum. Cur autem legatum non adimatur, niſi cui nominatim datum eſt, ratio eſt in promptu: quia verba non ſunt apta ad adimendum. Quod filio legaui, id patri neq; do, neque lego. Hæc verba ſignificant cõtẽplationem filij, non patris eum legare. Sic legatum manet

filio datum,& patri acquiritur,ſi die cedente habuerit filium in poteſtate. Satis ergo demonſtratum eſt,patrem hic capere ex iudicio teſtatoris. Itaque nõ eſt mirum,ſi pater fideicommiſſo oneretur. Igitor eſt quaſi in viam ex hoc diuerticulo. Quoties aliquod commodum quis capit ex iudicio teſtatoris, poteſt fideicommiſſo onerari. Hoc accipe ad modum lucri illius & commodi quod conſequitur. Vltra id non poteſt onerari. Honoratus poteſt onerari : ſed quatenus honoratus eſt. l.filiusfamil.114.§.apud Marcellum. hoc tit.l. Imperator.20.§.ſi centum.de leg.2.l.ciuitatibus.122.§. vlti.hoc titu. Ex iam dictis conſequitur legitimos hæredes poſſe onerari quia quodammodo ſuccedunt ex tali iudicio. d. l. 1. §. ſciendum: de leg.3.l.conficiuntur.de iure codicill.l.61.ſi Titio.§.vlt.de leg.2. Nihil refert,an ſucceſſio prætoria ſit, &c.d.l.1.§. ſciendum. Verbum, legitima.in d.l.conficiuntur. late accipi debet.ius prætorium pro lege habetur. Sed animaduertendum eſt eos onerari non poſſe, qui lege ſuccedunt inuito etiam teſtatore. Exemplum eſt.in l.ſi arrogator.ſupra de adopt. quia hoc non iudicio eius ad eum peruenit,ſed principali prouidentia interpretamor non habere ex iudicio, quod velit nolit,cogatur ei relinquere. Aliud exemplũ eſt in l.quoniã in prioribus. Cod.de inoffic.teſtam.de legitima ſiquidem filio debita nihil eſt quod filius teſtatori acceptum referat. Regula igitur noſtra eſt,quoties commodum quis capit,&c. Hic occurrunt aliquot antinomiæ,quarũ explicatio eſt neceſſaria. Vna eſt ex l.planè.64.§.vlt.hoc tit. Qui teſtamento manumittitur,fideicommiſſum non præſtat.Simile in l.aſſignare. infra de aſſig.liber.Aſſignatio liberti fideicommiſſo onerari poteſt. Ratio colligitur ex d.l. planè. quia commodum non eſt pecuniarium. Poteſt taman onus addi per modum conditionis, aut modi.l.3. de ſtatulib.& toto titu.l.libertas.17.§. hæc ſcriptura.l.Mæuia.de manumiſ.teſta. Non eſt hic fideicommiſſum. Huc pertinet quod dicitur in l.3.§.ſi rem.& §.ſequen.de leg.3.l.7. ſi deputati.§.vlt.eo.titu. Videndum igitur eſt,an commodum pecuniarium ſit,an certum ſit,an tale propter quod pecunia honeſtè poſſit exigi.

Diximus onerari eos poſſe, qui commodum capiunt ex iudicio teſtatoris,cuiuſmodi eſt pater, item hæredes legitimi ab inteſtato. Quid dicemus de hærade hæredis aut legatarij? Vlpianus ait fideicommiſſum valere,idque benignom eſſe l.5.§. de leg. 3. habet hic iudicium tacitum teſtatoris,ſicut legitimi hæredes. Poſſet enim teſtator ei adimere &c. rogando hæredem, aut legatarium vt poſt mortem alij reſtituat. Huic ſimile eſt quod Paul. ait in l.6.in priore ſpecie. infr. de leg. 3.vbi poſterior ſpecies difficultatem habet. Sed ratio diuerſitatis obſcura non erit,ſi paulo diligentius ſpecies expendamus. In priore ſpecie hæres oneratur nõ expreſſo certo homine. Lego Titio centum,peto ab eius hærede,vt det Sempronio centum. Cogitat teſtator pecuniam peruenturam ad hæredem. Parcit legatario, vt ea pecunia fruatur quandiu vixerit. hæres legatarij tenetur,quia vocatur ex iudicio teſtatoris. Cogitauit teſtator,vt quiſquis hæres eſſet,&c. Certum eſt fore,aut ſaltem veriſimile eſt,quod teſtator cogitauit. in poſteriore ſpecie exprimitur homo certus. Stichum inſtituo ſeruum Mæuij. Onero Seium ſi Stichus eius effectus, &c. Lectio Florentina melior eſt. Deinde Stichus acquiritur Seio,& ei acquirit,&c. An Seius teneatur? Ait Paul. non teneri. Quia fortuito conſequitur hæreditatem. Simile exemplum, Lego Titio centum. Onero Seium ſi hæres extiterit Titio. Deinde Seius ei hæres exiſtit caſu aliquo. Nam tenetur Seius ad fideicommiſſum, quia non venit ex iudicio teſtatoris, ſed caſu. Non eſt certum fore, quod teſtator cogitauit:ſed pendet ex caſu fortuito. Dixerit aliquis, ne in priore quidem id omnino certum eſſe:ſed pendere etiam ex caſu. Poteſt enim non exiſtere hæres Titio. Reſpondeo ex ſententia Vlp.in d.l.5.ſubtaliter hæc dici : ſed benignius eſſe &c. Hic inſpicimus quod fieri vt plurimum ſolet. At raro accidit, vt quis hæredem non habeat. Pro certo habemus aliquem extiturum hæredem Titio, ſed an ſecus futurum ſit, incertum eſt, & pendet ex caſu fortuito.

Sequitur conciliatio quorundam locorum prima facie repugnantium & contrariorum. Primus locus eſt in l.91.planè.§. vlt. hoc tit. vbi qui teſtamento manumittitur,fideicommiſſum non præſtat. Sed obiectum diluit ibi Iureconſ. Quia nulla pecunia ei relicta nec aliud quicquam ſimile. Relicta autẽ eſt libertas,quę non recipit æſtimationem. Simile exemplum eſt in l.aſſignare.de aſſig.liber.vbi aſſignatio liberti fideicõmiſſo onerari non poteſt. Nõ eſt enim commodũ pecuniarium, cuiuſmodi eſt quod per fideicõmiſſum relinquitur. Poteſt tamẽ onus addi per conditionem,aut modũ. Quia non eſt legatum,nec fideicommiſſum. De conditione exempla ſunt in l.3.& toto titu.de ſtatulib. Stichus liber eſto ſi decem dederit. De modo exemplum eſt in l.17.libertas § hæc ſcriptura.de manu.teſta.l.44. Mæuia. eod.ibi, liberi ſunto ea lege, vt monumento meo lucernam accendant,&c. Ratio diuerſitatis inquiritur, ſed nullus eſt qui adferat ſatis probabilem. In conditione & modo teſtatoris eſt aperta voluntas, vt non aliter libertatem conſequatur, quam ſi id præſtet, quod teſtator præſtari aut fieri voluit. Si dixeris, ea lege & cõditione: verba hæc ſatis demoſtrant voluntatem teſtatoris. In fideicommiſſo ſimplici diuerſa ratio eſt. Stichum liberum eſſe volo,& fidei eius committo, vt det Titio centum. Hic non oſtendit teſtator nolleſe eum aliter libertatem conſequi. In conditione & modo oſtendit ſe non aliter ei libertatẽ relicturum fuiſſe. Quanquam hoc intereſt inter cõditionem & modum, quod conditio ſuſpendit. Alius eſt locus in l.3.§.ſi tẽ.de leg.3. Hic non præſtatur fideicommiſſum, quamuis aliquod commodum perueniat. Ratio non diſſimilis eſt ei,quam attulimus in ſuperiore ſpecie de libertate: hic non eſt commodum pecuniarium,& ſimile ei quod fideicommiſſo continetur. Creditori non legatur pecunia, & oneratur vt det pecuniam. Imo quod legatur huiuſmodi eſt,vt ob id pecunia non poſſit honeſtè exigi. Si quod eſſet commodum pecuniarium, valeret fideicõmiſſum,l.deportati.7.eo.tit. Alius eſt locus in l.121 filiusfamilias §.ſecundum vulgaram. Reſpondeo fideicommiſſum valere,niſi alia cauſa impediat. Non oneratur hæres,aut legatarius vt aliquid det. Onus non eſt ſimile commodo,nec eiuſdem generis. Videtur autem inciuile quemquam cogere ad emãcipandũ. Simile exẽplum eſt in l.vxorem 39.§.hæres.de leg. 3. vbi rogatur quis vt aliquem adoptet. Tamen animaduertendum eſt cogi extra ordinem fideicommiſſarium, licet actio nulla aduerſus eum competat. Non enim debet circumueniri teſtantium voluntas.l. ſi cui legatum.91. de cond.& demonſt. Alius eſt locus non paulo difficilior ceteris in l. cum quidam. C. de legat. vbi ſubſtitutus exhæredato filio nõ pręſtat fideicommiſſum,quamuis ex iudicio teſtatoris aliquid ad eum perueniat. Si legatum forte relictum ſit filio,quo aucta ſit eius hæreditas. Illud auget difficultatem quod exhæredatus ipſe onerari poteſt. l.cohęredi.§.eum filio.ſup.de vulg. Interpretes vulgo dicunt, nullam poſſe bonam rationem afferri. Imperatorem aiunt ita conſtituiſſe de ſuo capite, ſic enim loquuntur. Sed impudens eſt quod non aſſequimur,adſcribere vitio & culpæ auctorum,vt pleriq; faciunt hoc tempore. Certe in veterum Iureconſul.libris idem reperitur. l.129. alias, 123. ab exhæredatis. hic,& l.vlt.in prioc.infra de leg.3.l.miles ita.41.§.ſimiles.de

les.de miſit.teſtam.l.qui fundum.86. §. qui filios. ad l. Falcid.dicamus breuiter quod ſentio,& quod mihi videtur probabilius in tanta obſcuritate. Exhæredatus ipſe oneratur, quia commodum capit ex iudicio teſtatoris certo,& verbis expreſſo.Quare nullus eſt locus relictus interpretationi voluntatis.Subſtitutus non venit ad legatum ex iudicio, niſi per quandam interpretationem benigniorem.l.5.de lega.3. At odium exhæredationis non permittit, vt hanc benignitatem admittamus.arg.l.cum quidam.ſupra de lib.& poſthum. Et cum hac exceptione intelligitur d.l.5.cum ait hæredem legatarij onerari poſſe. Odium autem exhæredationis, huius rei cauſam eſſe, ſatis oſtendunt verba conſtitutionis Iuſtinia. Inde conſequitur aliud dicendum.ſi filius cum mala mente exhæredatus eſt.l.Multi.non notæ.de liber.& poſthum.ſupra. Huic ſententiæ opponitur dic.l.qui ſundum.§. qui filios.ad legem Falcid. Sed differentiam facit Iuriſconſult. inter hæreditatem & legatum.Multum enim intereſt,an hęreditas peruenerit ad ſubſtitutum ex iudicio teſtatoris,an legatum.Hæreditates boneſtiore titulo, pleniore honore tribuuntur.l.filium.§.ſed ſi portio.de legat.præſtan. Vnde fit, vt benignior hic fiat interpretatio. Vt autem hic interpretatio locum habeat,duo neceſſaria ſunt. Primum, quod hęreditas patris delata ſit filio titulo inſtitutionis. Alterum,quod iudicio certo, & verbis expreſſo.d.§. qui filios.verſi. dicet aliquis, quid ergo ſi ſeruus filij hæres ſubſtitutus ſit?&c.

Annotauimus ex Papin.noſtro quoties commodum aliquod peruenit,cuipiam ex teſtamento,onerari eum poſſe, &c. inde effici eum, cui nihil datur teſtamento, non poſſe onerari. Nam hæc regula ex altera conſequitur, de qua etiam plerique loci reperiuntur in iure ciuili. Vnus eſt in l.ab eo.C.de fideicõm. Alter eſt in l.6.de leg.3. Nihil datum intelligimus,cum datum oneri ſimile non eſt,nec eiuſdem generis. Exẽplum in libertate & pecunia ex d.l.9t.planè.§.vlt.infra eod. Ex hac regula colligitur exceptio & declaratio vulgaris dicti. Fideiubens ex cauſa neceſſaria non repetit ſolutum actione mandati. d. l. tribus. ff. de vſufr. ear. rer. vt cum quis iuſſus à teſtatore, fideiubet, non ſponte ſua. quamuis alias fideiuſſor repetere poſſit .l. quod dictum de ſup. Sententia iſta vulgaris,eſt intelligenda cum exceptione,niſi plus ſoluit, quàm accepit à teſtatore. Nam in maiorem quantitatem non intelligitur obligatus à teſtatore.d.l.ab eo. Huic regulæ opponitur, quod tutor oneratur, quamuis ei nihil relictum ſit.l.peto.71.§.mater.de legat.2. Sed ideo hoc fit. quia nomine pupilli rogatus intelligitur d §.mater. ad fi. Ac perinde eſt ac ſi à pupillo ipſo relictum eſſet. l. quamuis. Cod. de fideicomm. Eadem eſt cauſa executoris teſtamentarij not.ad l.alio.infr.de alim.lega.vbi.dicitur relictum ab executore intelligi relictum ab hęrede, & ſolui de bonis hæreditariis ab executore,qui nudum præſtat miniſterium. Opponuntur huic regulæ & quædam alia. Veluti ex l.denique.§.interdum. de pecul.lega.Sed hũc locum iam ſupra declaraui, & nihil ad rem pertinet.Primum,ibi nullum onus eſt,niſi per modum conditionis : libertas relinquitur ſub conditione, ſi decem dederit. Quod in cõditione eſt.neque legatum eſt,neque fideicommiſſum.l. 8. ſi quis ſub conditione. ſupra ſi quis omiſ.cau.teſta. Præterea legatum ibi peculium, ſaltem tacite. Vnde coniectura eſt teſtatorem voluiſſe ipſum ex peculio dare. Itaque mera cauillatio eſt eorum,qui dicunt nihil ei fuiſſe legatum. Aliud obiicitur ex l. Titia Seio. 89 §.Seia libertis.de lega. 2.Sed hic fit verborum interpretatio,quæ ſatis plana & aperta ſunt. Duobus eſt legatariis fideicommiſſum,vt non vendant,ſed vltimus moriens reſtituat Sempronio.Ecce,inquiunt, duobus eſt legatus fundus. Vnus tantum oneratus, cui legata eſt pars. Sed verba Iuriſconſul.oſtendũt ideò onerari vltimũ,quia totus fundus ad eum peruenit ex iudicio teſtatoris. Subſtitutio quædã mutua & reciproca intelligitur inter duos legatarios.

Alia quædam obiiciuntur huius generis. Sed vereor ne de fece,quod aiunt, nimis hauriamus. Illud vnum hic adiicimus,quod de tutela dicitur: Tutorem dari teſtamento, etiam ſi nihil ei relictum ſit, ex toto titulo de teſtam.tutel. Sed alia cauſa eſt tutelæ quàm fideicõmiſſi.quia tutela munus publicum eſt.Inſtit. de execu. tuto.§.1. Vtilitas publica hoc poſtulat, vt pupilli tutorum ope & conſilio regantur. Hæc de prima parte capitis noſtri:venio ad alteram partem. Quæritur in hac parte ex qua perſona fideicõmiſſũ vires capiat? Et notandum eſt capere vires ex perſona filij, niſi pater rogatus ſit reſtituere ipſi filio. Hoc quemadmodum accipiendum ſit,oſtendemus. Sed prius tractanda eſt quæſtio,an valeat fideicommiſſum filioſa.relictum à patre. Non enim videtur valere, quia filius acquirit patri. l. 78.placet.ſupra de acq. hæred. Item ſibi ipſi eſſet obligatus. Nam patrem obligari filio,eſt obligari ſibi ipſi. Si quis dixerit,tunc valiturum fideicommiſſum,cum filius ſui iuris factus fuerit,obſtat regula Catoniana.§. an ſeruo.Inſti.de lega. Variæ hic ſunt opiniones.Quidam exiſtimant Papini. hic nõ loqui de puro fideicommiſſo:ſed conditionali,ſi conferatur in tempus quo ſui iuris filius fuerit. Et certum eſt Catonianam regulam ad conditionalia non pertinere. d. §. an ſeruo. l. pen. de reg.Caton.Hanc ſententiam plerique improbant,quaſi diuinatio quædam ſit. Aiunt Papin. loqui ſimpliciter de fideicommiſſo. & diſtinctiones comminiſcuntur more ſuo.

Nihil attinet omnium opiniones referre. id enim infinitum eſſet. Recitabo tamen breuiter ſomnium Itali cuiuſdam in libro,cui titulus eſt, Nouæ declarationes iuris ciuilis. & ſanè nunc audietis nouam admodum declarationem,nec ante hoc tempus auditam. Defendit fideicommiſſum purum valere. quia Papinia.inquit,generaliter loquitur. Et aut acquiri filio, etiam ſi manſerit in poteſtate, quod eſt magis paradoxum.Ad obiectum ex d.l.placet.reſpondet,tunc filium non acquirere patri,cum obligatio venit à parte. iuxta not.ad l.frater. de condict.indeb. Quid ſentiam de ea re docui in interpretatione d.l.frater.& oſtendi id locũ habere in obligatione naturali. Dicitur ibi naturalẽ obligationem acquiri patri.Item patrẽ obligari filio naturaliter,quæ videntur repugnantia. Idem enim obligari videtur ſibi ipſi. Diximus obligationem naturalem acquiri patri,quæ cum alio contrahitur,quàm cum patre.Quæ directo venit à perſona patris,ea non acquiritur patri.In hac obligatione naturali ſpectatur quod æquum eſt reiecta ſubtilitate. Interpretamur vt valeat potius,quam vt irrita ſit,cum pater ſe obligat filio. Cõtra bonũ & æquum eſſet aliter interpretari. quia pater voluit obligari & debere filio. Cum filius contrahit cum filio,ſuadet æquitas vt dicamus patri acquiri, alias fieret iniuria patri. In ſuperiore caſu nulla fit iniuria, propter voluntatem. Hæc igitur vera ſunt in obligatione naturali, quæ transferuntur ab ipſo nouo declaratore ad ciuilem obligationem, de qua hic loquimur. Error autem huius, & quorundam aliorum ex eo fluxiſſe mihi videtur, quod non animaduertunt non hic quæri, an valeat fideicommiſſum. Duplex enim quæſtio eſt. Vna, an valeat fideicommiſſum. Altera, quo caſu valeat, ex qua perſona vires capiat. Sententia eſt Papin. fideicommiſſum vires capere ex perſona filij, quo caſu valet fideicommiſſum. An igitur valeat,aliunde inquirendum eſt.

Quæſitum fuit an valeat fideicommiſſum relictum à patre filiofamil. ſi pure relictum ſit. Admonui non

Digitized by Google

doceri à Papin. & ex aliis locis id ediſcendū eſſe. Hæc quæſtio non ſimplex eſt, ſed multas quæſtiones complectitur. Et hæ diſtinguendæ ac ſeparandæ ſunt, vt res explicetur abſque confuſione. Duplex eſt quæſtio iuris. Vna eſt, Si teſtator voluerit filio acquiri in poteſtate manenti? Et hæc voluntas rata non eſt legibus. Quia filius in poteſtate nihil poteſt ſibi acquirere. d. l. placet. facit l. nemo poteſt. 55. infra eod. argumen. eſt l. quidam. §. illo. C. de neceſſar. & ſeruis hæred. Si legatū ſit ſeruo hæredis ſine libertate, hæres non cogitur præſtare. Monet tamen legiſlator hæredem, ne tam impius ſit, vt voluntatem hanc contemnat. Oſtendit Iuſtinia. turpe eſſe id non præſtare, quamuis non poſſit cogi. Boni viri parent voluntati teſtatorum, quamuis nulla actione cogi poſſunt. l. 62. fideicõmiſſum. ſupr. de condict. indeb. quod Plinius ſe feciſſe teſtatur in quadam epiſtola. Mihi inquit, voluntas defuncti omni iure antiquior eſt. Huiuſmodi erant fideicommiſſa ante Auguſtum. Inſtitut. de fideicomm. hæred. in princip. Non obſtat noſtræ ſentẽtiæ l. 14. ſi vſusfructus. §. ſi ita quis. quando dies leg. ced. vbi legatum filiofamil. vt ipſi ſoluatur, valet, nec ſoluitur patri, ſed tamen ſolutum filio, patri acquiritur, vt ego quidem exiſtimo. Solutio, quæ facti eſt, confertur in perſonam filij. Facit l. qui hæredi. de condit. & demonſtr. Altera iuris quæſtio eſt, an hoc fideicommiſſum valeat collatum in tempus, quo ſui iuris fuerit? Et certum eſt valere l. 19. vbi pure. infra ad Trebellia. cum ſimil. Nec vllus eſt qui diſſentiat. Alia eſt quæſtio facti magis, quàm iuris, cum teſtator ſimpliciter fideicommiſit, an videatur contuliſſe in tempus, quo ſui iuris fuerit. Quæritur quid teſtator ſenſerit? Exiſtimo cum pleriſque aliis, hoc fideicommiſſum vtile non eſſe. & pendere ex ſola fide, & pudore rogati, niſi appareat ex verbis, aut coniecturis, aliud teſtatorem ſenſiſſe. Tametſi autem non poſſit hoc facile in vniuerſum definiri, quia in facto conſiſtit, tamen exẽpla & ſpecies, quæ tractantur à Iuriſconſ. poterunt nos erudire & docere, quid de hac re iudicandum ſit. Vnū exemplum eſt in l. 19. vbi pure, infra ad Trebellia. ibi, Faciáſque vt ad eum perueniat. . His verbis oſtenditur voluntas teſtatoris. Aliud exemplum in l. 11. fideicommiſſa. §. ſi filio. de leg. 3. vbi non ſimpliciter fideicommitit: ſed alia verba addit, quibus volũtas declaratur. Aliud exemplum eſt in l. 8. ſi legatarius. §. cum ita. de leg. 3. vbi non eſt ſimplex fideicommiſſum. Hæc exempla ſatis oſtendunt non ineſſe conditionem fideicommiſſo, niſi expreſſa fuerit, aut coniecturis appareat. Et hoc concedũt nobis aduerſarij, cũ pater inſtitutus eſt. Aiunt enim multum referre an fideicommiſſum relictum ſit patre inſtituto, an filio. Contendunt ſi pater inſtitutus ſit & rogatus, vt in hac ſpecie Papin. valere fideicommiſſum, ineſſe cõditionem cum fuerit factus ſui iuris. Aiunt maiorem hic eſſe coniecturam voluntatis, propter geminationẽ. quia tam inſtitutio, quàm ſubſtitutio confertur in perſonam filij. citant locos communes & vulgates, de effectu geminationis, ex l. 32. Balliſta, ad Trebel. & leg. cum ſcimus. C. de agric. & cenſ. cum aliis ſimil. Hæc, inquiunt, geminatio oſtẽdit enixam voluntatem teſtatoris. Voluntas teſtatoris eo maioris eſt ponderis, quo vehementior apparet. l. 77. cum pater. §. filius matrem. de leg. 2. Ego tamen puto parum referre vter inſtitutus ſit. Animaduerti hanc diſtinctionem Iurecõſultis non probari. Eſt quidẽ cõiectura voluntatis qualis qualis ex hac geminatione: ſed nõ adeo magni põderis, vt ei⁹ ratio habẽda ſit, quaſi ſufficiat ad demonſtrandam voluntatẽ teſtatoris. Locos aliquot præcipuos Iurecõſultorū hic recẽſebimus, ex quibus poterit apparere quid ſecuti ſunt Iureconſ. in interpretatione volũtatis. Vnus eſt in l. 17. filiā. inſ. de auro & arg. ibi filia hærede inſtituta à patre, fideicõmiſſum relictū dicitur valere, propter verbū, referuentur, ergo ſimpliciter relictum non valet. Alius locus eſt in l. 25. quidam ita. §. ſi ſeruo. infra ad Trebel. vbi ita demum valet fideicommiſſum, ſi collatum fuerit in tempus libertatis. Alius eſt locus in l. quamuis. C. de fideicom. vbi coniectura ducitur ex eo, quod teſtator voluit filiū emãcipari. Simile exẽplum eſt in l. 91. ſi cui legatū. ad fin. de condi. & demonſt. In his exemplis filius inſtituitur aut ſeruus, & tamẽ fideicõmiſſum vtile nõ eſt niſi accedat alia cõiectura. Diſtinctio igitur Bart. & aliorum eius ſectatorum omnino explodenda eſt. Sed iam ſatis reſponſum eſt argumento, quod ſumunt ex hoc loco Papinia. Obiicitur alius locus ex l. 16. cogi. §. ſi pater. ad Trebel. Reſpondeo, ibi non quæri an fideicommiſſum valeat: ſed quo caſu valet, an poſſit cogi pater. Valet autẽ fideicõmiſſum cum confertur in tempus, quo filius fuerit ſui iuris. Sed an interim poſſit cogi pater adire, quæritur. Et ait Iuriſconſ. cogi poſſe. Nec id mirum. Nam & is qui rogatur ſub conditione, interim cogitur adire. l. 13. Ille à quo. in princ. eo. tit. Periculum eſt ne ante aditionem & reſtitutionẽ pater decedat. Huc pertinet l. 50. Imperator. eod. tit. non obſtat l. lis nulla. ſupra de iudic. quia hoc remediū extraordinarium eſt, ſicut in l. cum filiusfamil. de reb. cred. Similis obiectio eſt ex l. 1. §. ſi filio. ad Trebel. ſed ibi non quæritur quomodo relinquendum ſit fideicõmiſſum vt valeat, ſed quo caſu vtiliter relictum eſt, an transferantur actiones. præterea opponitur nobis l. 75. epiſtolam § vlt. ad Trebellia. ſed ea ſpecies adeo diſſimilis eſt, vt nihil prope commune habeat cum noſtra. Hic ponimus filium inſtitutum eſſe, & patrem oneratum fideicommiſſo. Ibi non dicitur filius inſtitutus, ſed forte extraneus. Item fuit rogata mater, quæ non habet filios in poteſtate. Quare dubium non eſt, quin fideicommiſſum valeat. Sed quæritur quando præſtandum ſit? Et dicitur differendum vſque ad tempus mortis. Non rogat ſimpliciter vt reſtituat, ſed his verbis vtitur, facias peruenire quod ad te peruenerit, &c. hæc verba tractum aliquem habent.

Diximus cum fideicommiſſum relinquitur filio à patre ſimpliciter, id inutile eſſe, nec intelligi collatum in tempus, quo ſui iuris erit, niſi appareat teſtatorem aliud ſenſiſſe. nec referre vter ſit inſtitutus. Confirmauimus hanc ſentẽtiam multis rationibus & argumentis. Reſpondimus etiam obiectis aliquot aduerſariorum. Quod attinet ad arg. ex l. 7. epiſtolam. §. vlt. ad Trebell. vt diximus, illa ſpecies adeo diſſimilis eſt, vt nihil prope habeat cõmune cū noſtra. Hic ponimus filiū inſtitutū eſſe, & patrẽ oneratū fideicõmiſſo. Ibi non dicitur inſtitutus eſſe, nec vllum verbum eſt ex quo id colligi poſſit. Si ponamus inſtitutū eſſe extraneum, ſpecies conuenit verbis. Item alia eſt diſſimilitudo. Quia fuit rogata mater, quæ non habet filios in poteſtate. Quare dubiū nõ eſt in ea ſpecie, quin fideicommiſſum valeat. Sed ibi quæritur quando præſtandum ſit? Et dicitur differendum vſque ad tempus mortis. Nõ enim rogatū ſimpliciter erat hoc modo: Rogo vt reſtituas: ſed ita, Rogo vt facias peruenire, quæ verba tractum habẽt. De ſignificatione huius verbi, rogo vt facias peruenire, ſimile exẽplum eſt in l. 39. Pãphilo. in princ. de leg. 3. Iam tractandæ ſunt quæſtiones aliquot quæ pendent ex iam dictis. in primis quæritur, an hodie hoc locum habeat in hæreditate aduentitia? Dubium non eſt, quin ſententia Papin. locum habeat in hæreditate aduentitia, ſi reſpiciamus ad tẽpora Papin. Aduentitia dicitur, cum hæreditas delata eſt filio contemplatione ipſius filij, non patris. nam ſi contemplatione patris, profectitia eſt. l. 5. profectitia. ſup. de iure dot. At hæc ſentẽtia Pap. magis cõuenit aduentitiæ, quā profectitię. Sed dubitatur, an poſt nouas cõſtitutiones

nes idem dicẽdum ſit. Aduentitiorũ proprietas acquiritur filio ſ vſusfructus patri.l.vlt. C.de bon.quæ lib. Quæritur ergo,an hoc nouo iure veleet hoc fideicommiſſum relictum filio à patre? Et certum eſt proprietatem inutiliter relinqui,quæ acquiritur filio.Res mea mihi eiuiliter legatur. l.41. cetera.§.1. hoc titul. proprias.C.de legat.Quidem putaut valere fideicommiſſum,ſi forte filius repudiet hęreditatem,quia tunc pleno iure acquiritur patri. d.l. vlt.§.ſimilique modo. de bon.quæ lib.C.Sed verius eſt eum,qui repudiauit hæreditatem,non admitti ad fideicommiſſum, queſi per fideicommiſſum. Nec eduerſatur noſtræ ſententiæ l. 87.filio.infra eod. Nam alie cauſa eſt hæreditetis per fideicommiſſum relictæ,quàm legati. Idem enim cõtinetur fideicommiſſo,quod inſtitutione, ſcilicet hæreditas. Voluntas teſtatoris hæc eſt, vt hæreditas ad filium perueniat,ſi non recto iure,ſaltem per fideicommiſſum. Repudiatio igitur ei nocet,vt nullo modo hæres eſſe poſſit. Alia ratio eſt pręlegati, ſi hæredi res alique prælegata ſit, quæ multum differt ab hæreditate, quie ſit interdum vt hæres abſtineat hæreditate contẽtus legato,ne implicetur oneribus hæreditariis. Hoc nõ accidit in fideicommiſſo vniuerſali. quie fidicommiſſarius effectu hæres eſt,& tenetur ſicut hæres.Non poteſt ergo hoc fideicommiſſum intelligi de proprietate.Reliquum eſt igitur,vt aut intelligatur de vſufructu,eut inutile ſit. Et probabilius eſt, vt de vſufructu intelligatur. Dixerit aliquis,ſed quomodo poterit intelligi de vſufructu? Nam poſt mortem vſusfructus eſt filij ipſo iure,& conſolidatur cum proprietate. d.l.vlt. C.de bon.quę lib.Non eſt igitur neceſſaria,imo ſuperuacanea eſt reſtitutio poſt mortem. Aute mortem vero reſtitutio eſt inutilis,quia filius in poteſtate eſt. Inutile eſt euté è patre aliquid transferri in filium, quod ſtatim & eodem momento rurſus transferatur in patrem.l.55.qui ſic,infr.de ſolut. Reſpondeo nihil impedire quominus acquiratur vſusfructus filio in poteſtate manenti.quie capax eſt aduentitiorum.d.l.vltim. nec l.79.placet.ſupra de acqui.hæred,hodie locum habet in aduentitiis.Si quis dicat, filium capacẽ eſſe proprietatis,ſed non vſusfructus: Reſpondeo eum capacẽ eſſe vſusfructus quoque, propter volũtatem teſtatoris, ſi reliquerit fillo ea lege,vt non acquiratur patri vſusfructus:authent.vt liceat matri & auię.in princ.eſt Nouel.conſtit. 117. hic eutem videtur teſtator eam legem dicere,cum iubet reſtitui filio à patre. Quid enim refert en ita dicat, Nolo vſumfructum acquiri patri:an ita,volo vt pater reſtituat vſumfructum filio? Nihil refert quib.verbis declareta ſit voluntas teſtetoris.l.2.C. comm.de leg. Præterea ratio nõ patitur ſic accipi fideicommiſſum,vt non valeat & inutile ſit.l. 19. Quando. infra hoc tit.l.quoties.infr.de reb.dub. At inutile eſſet, niſi ita acciperemus,vt conſtat ex iã dictis.quie nõ poteſt intelligi legata proprietas. argum.l.24.fundus, qui locatus.de inſtrum.l. Nec dubitendum eſt quin ſtatim reſtitui debeat,ob eandem rationem,licet eliqui diſſẽtiantNem fruſtra reſtitueretur poſt mortem, cũ accedat proprietati ſine reſtitutione. Præterea fideicõmiſſũ quod purum eſt,differri non debet.leg.32.omnie de legat.2.nec vlle eſt cauſa,eur differetur præſtatio ac reſtitutio.In iie enim quorum filiusfamil.capax nõ eſt, neceſſe eſt differri præſtatioecm.Sed filiusfam. capax eſt aduentitiorum,vt iam diximus.Sed an pater ſaltem retinebit commoditatem fructuum? Hęc enim diſtinguitut ab vſufruct.l.66.ſi vſusfruct⁹.de iur.do.& l.4.ſi cõuenerit.ſupr.de pact.dot.Pleriq;hoc putant, ſed nullo iure.Nõ eſt cõſẽtaneũ volũt.teſtatoris,qui de fructib. creditur ſẽſiſſe.Verbũ,reſtituas,pleoã ſignificationẽ habet.l.videamus.§.in Fauiana.ſupr.de vſur.l.124.in cõdẽnatione.§.1.de reg.iur.Itẽ in quib.caſib.patri nõ acquiritur vſusfructus propter volũtatẽ teſtatoris,ne adminiſtrationẽ quidẽ habet.de euth. vt liceat deturque curator illis bonis,ſi filius imperfectę ætatis ſit.

Quæſitũ fuit. fideicommiſſum relictũ filio à patre, quam vim habeat.Docuimus quomodo accipienda ſit Papin.ſententia de ea re. Nunc quæritur an hoc locum habeat in hæreditate profectitia. Profectitie eſt,quæ proficiſcitur à patre.l.profectitia. de iure dotium.vt in hac ſpecie, Quidã inſtituere volens patrẽ,ſuaſu patris inſtituit filiũ.l.46.quidã cũ filiũ.de hæred.inſtit.Dicitur hic inſtitutus beneficio patris.perinde igitur eſt, ac ſi à patre obueniſſet.l.9.ſed ſi plures.§.in arrogato.ſupra de vulg.ſubſtit. Quęritur ergo de vi fideicommiſſi, cum hæreditas eſt profectitia. Quibusdã videtur fideicommiſſum ſtatim valere,& ſi collatũ non ſit in tẽpus quo filius ſui iuris fuerit,quaſi aduentitium ſit. Nã aduentitiorũ capax eſt filius, vt eute diximus,l. vlt. C.de bon.quæ lib. Contendunt iſti fideicommiſſũ aduentitium eſſe,quamuie hæreditas ſit profectitia. erg.l.profectitia.§.ſi quie certam de iur.dot. Quãuis pater fideicommiſſũ reſtituet filio:tamẽ reſtituit ab alio rogatus, vnde eccepit.ſicut in ſpecie d.§.ſi quis certem. Alij putant cum hæreditas eſt profectitie, fideicommiſſum quoque profectitium eſſe. Dicunt credibile eſſe cum filius inſtituitur contemplatione patris,relinqui etiam fideicommiſſum contemplatione eiuſdem. In §. ſi quis certam. dicunt nullem eſſe talem coniecturam. Ego eutem animaduerto quæſtionem hanc facti eſſe megis quam iuris, quæ vix poſſit in vniuerſum definiri. Totum hoc pendet ex coniecturis voluntatis, quod fuerit conſilium eius,qui reliquit filiofamil. Ex eo iudicatur fideicommiſſum vel profectitium eſſe vel aduentitium. leg. cum aliquis. Cod. de iure deliber. leg. 42. filiofamil. de condit.& demonſtrat.leg.23.ſi filiofamil. de donat. cauſa mortis. Quæ capita coniungende ſunt vt olim fuerunt coniuncta,idque inſcriptio indicat, Afric.libr.2. quæſtio. Et notandum eſt quod dicitur in dict. leg. filiofam. patrem vti plerunque miniſterio filij,vt per eum donatum ecquirat. Si igitur ex coniecturie appareat,contemplatione patris relictum, id profectitium eſt. Et non valet fideicommiſſum, niſi collatum ſit in tempus quo ſui iuris erit filius. Quia filiusfamil. nullo iure capax eſt profectitiorum. Si vero appareat relictum contemplatione filij, aduentitium eſt,& ſtatim ipſi acquiritur,vt ante diximus. Quia eduentitia ecquirere ſibi poteſt filius nouo iure.dict.l. vltim.C.de bon.quæ lib. Alia quæſtio de actione,quæ competit filio eduerſus patrem. Hanc quæſtionem attigimus ſupra. Dixi,ſi pater inſtitutus,eum poſſe cogi adire.l.cogi.§.ſi pater.infr. ad Trebel. Non obſtat d.l. lis nulla. ſupr. de iudic. quia eſt remedium extraordinarium,ſicut in dict.leg.cum filiusfam.de reb. cred. Simile exemplum in l. 50. Imperator. ad Trebellie. Si vero filius ipſe inſtitutus ſit, & nolit iubere pater vt adeat, quid iuris? Certũ eſt nouo iure poſſe filium adire ſine iuſſu.l.vltim.§.1.C.de bo.quæ lib. De veteri iure & tempore Papi.dubitatur. Puto poſſe cogi iubere, quãuis id certo iure expreſſum non ſit. Si enim cogatur adire cum eſt inſtitutus, vt acquiratur fideicommiſſum fillo, quod alias acquiri non poteſt: cur non cogetur iubere, inſtituto filio? Iure veteri abſque iuſſu patris hæreditas non poteſt adiri. l. 25. ſi quis mihi bona. §. iuſſum.ſupr.de acq. hær. atque ita ſine iuſſu patris non poteſt acquiri fideicommiſſum filio. Nec vero nouum eſt patrem cogi conſentire filio agenti,ne alias iudiciũ non procedat dict.l.vlt.C.de bon.quæ liber.

Alie quæſtio eſt,an tranſeant vtiles actiones in filiũ? Dicemus poſtea in quæſtione illa, Vter ſit hęres,&cęt.

Alia quæſtio, de quibus filiis hæc intelligatur? Dicendum eſt non tantum de naturalib. intelligi, ſed etiam de legitimis, cuiuſmodi ſũt arrogati. Papin. hic loquitur de filiofamil. At hic filiusſam. eſt. leg. 1. de adop. Ius nouum de acquiſitione bonorum, locum babet in arrogato. Inſtit. de acquiſ. per arrog. l. cum oportet. C. de bonis quæ lib. In naturali tantum hæc locum non habent. Non eſt enim filiusfam. nec in poteſtate. leg. 3. ſupra, de iis qui ſunt ſui vel alie. iur. Hoc accipe niſi confirmatus ſit eorum ſtatus, vel reſcripto principis, vel alio modo. Vulgo id legitimare dicitur. Verbum nullũ reperitur proprium apud veteres, quia res ipſa erat incognita veteribus. Tempore Cic. dicebatur comfirmari ſtatus. leg. qui in prouincia. de ritu nup. Sed parum refert quo nomine vtamur, modo res intelligatur. In eo igitur, legitimus factus eſt, hæc locum habent: quia eſt filiusfam. Iuſtinia. ait eos eſſe in patris poteſtate, & nihil differre ab eis, qui ex iuſtis nuptiis ſunt ſuſcepti. authen. quib. mod. nat. effic. legit. §. ſit igitur. & auth. quibus mod. nat. effi. ſui §. illud & ſequ.

His ita expoſitis, redeũdũ eſt ad quęſtionem propoſitã initio. Ex cuius perſona fideicõmiſſũ vires capiat?

Diſtinguit Papinian. an pater rogatus ſit reſtituere filio, an extraneo. Si extero ex perſona filij intelligitur pater rogatus non ſub nomine: ac ſi filius ipſe rogatus eſſet. Sic accipimus verbum, ex perſona, de quo eſt magna diſſenſio Ex perſona ſua teneri, eſt teneri nomine ſuo, ex perſona alterius teneri nomine alieno. citaui locum ex l. ſi patroni. 55 §. qui ſideicommiſſariam. infra de Treb Sic dicimus ex perſona auctoris competere doli exceptionem. l. apud Celſum. §. de auctoria. de doli excep. Opponit emptor exceptionem ex forma venditoris nomine in cuius locum ſucceſſit, dicitur vti exceptione ex perſona auctoris. l. 13. Pomponius. inſr. de acq. poſſ. Alia huiuſmodi exempla legendo occurrunt l. 33. ex perſona. de fideiuſſorib. l. 192. ex qua perſona. de reg. iur. Tenetur ergo pater nomine filij, cuius locum tenere quodammodo dicitur in hæreditate, cum rogatur filio reſtituere. Hæc interpretatio, vt aiunt, non poteſt admitti, quia hic verba illa, ex perſona ſua. & cæt. oſtendunt obligationes quaſi radicem eſſe in perſona filij. Alij quidam aliter interpretantur hæc verba, ex perſona ſua. Sed neceſſe eſt ita accipi vt diximus, alias hæc ratio, quia ex perſona ſua &c. nec bona, nec congrua eſſet. Filius non poteſt ſibi obligari ad inſtituendum. l. 18. & quidam. infra hoc tit. At nihil refert an filius obligetur ſibi, an alius filij nomine. argu. l. 71. peto. §. mater. de legat. 2.

Diximus patrem teneri ex perſona filij, id eſt, filij nomine, quaſi obligatio ortum habeat ex perſona filij, qui hæres eſt. Oppo. huic ſententiæ l. 6a. ſi alienus. de lega. a. vbi ſi ſeruus adeat arbitrio ſuo, non datur in eũ niſi vtilis actio. Ergo fideicommiſſum vires non capit ex eius perſona. Non enim videtur obligatio fundata in perſona filij. Reſpondeo, quod ad verba attinet, nõ videri obligatum filium ſi ſubtilitatem verborũ ſequamur, quia non eſt rogatus: ſed pater. Imo neuter ita obligatus dici poteſt, non ſeruus, quia rogatus non eſt, non dominus, quia non eſt inſtitutus hæres, nec venit ex iudicio teſtatoris expreſſo. Sed receptum eſt propter vtilitatem, vt vterque obligetur, ſi commodum ad eum perueniat.

Si ponamus filium ipſum inſtitutum eſſe, & eum arbitrio ſuo adire, tenebitur mero iure. hic autem non eſt rogatus. Intelligitur tamen rogatus interpretatione quadam iuris. quaſi quod agitur cum patre, videatur nomine filij agi. Ideo teneri dicitur pater nomine filij. Hæc interpretatio nõ eo producitur vt reſtituat filius, niſi cõmodũ ad ipſũ peruenerit. Interpretamur enim filium obligatum eſſe, quatenus vtilitas & æquitas patitur. Sicut in hoc c. ceſſat interpretatio, cum f[illegible] eſt itaendum filiu. Igitur ex d. l. ſi alienus. colligitur interpretatio luculẽta huius c. tantum abeſt vt aduerſetur. Obiic. etiam l. 22. Neſennius. §. ſeruo. ad leg. Falcid. vbi fideicomiſſum relictum à domino, non intelligitur relictum à ſeruo, alioqui fieret cõtributio legatorum. Reſpondeo in ea ſpecie dominum teneri ex perſona ſerui. Obligatio enim ortum habet ex perſona ſerui. Duo autem ſigna & argumenta ſunt huius rei. vnum, quia ſalcidiam exercet dominus, quaſi hæredis nomine reſtituat. arg. l. 22. mulier. §. vltim. ad Treb. Alterum arg. eſt, ſeruus manumiſſus & adiens arbitrio ſuo tenetur ad fideicommiſſa. dict. l. ſi alienus. Quod non fieret, niſi intelligeretur rogatus, & niſi aliqua obligatio reſideret in eius perſona. N relictum ab vno, non debetur ab altero. l. 1. §. vlt. de lega. 3. Sed inter ea quæ nominatim relicta ſunt, & ſeruo, & aliqua differentia. Prius ſolui debent legata, nec fit contributio. Ratio, ideo dominus tenetur quod ad eum peruenerit. Dicendum eſt igitur dominum teneri ex perſona ſerui, perinde ac ſi ſerus ipſe rogatus eſſet. Hoc accipe niſi ratio aliqua repugnet. Niſi in hoc quidem cap talis interpretatio admittitur, cum filio reſtituendum eſt. In ſpecie vero l. Neſennius tenetur dominus ex perſona ſerui, quatenus id ratio patitur. quia ideo tenetur, quod ad eum peruenerit. Sequens quæſtio eſt, an hæc diſtinctio locum babeat in hæreditate profectitia. Nam videtur indiſtinctè fideicommiſſum vires capere ex perſona patris: perinde ac ſi pater ipſe eſſet inſtitutus. l. 23. ſi filiofam. de don. cau. mort. Si hoc verum eſt, pater reſtituendo deducet Falcidiam. Dicam quod ſentio poſt quęſtionem illam vter ſit hæres. Venio ad tertiam partem huius capit. vbi quæritur de falcidia: An pater poſſit detrahere falcidiam? Falcidiam hic vocat, quæ deducitur ex Trebelliano. Noa Trebellianum vulgo dicimus. Inductum boc eſt exemplo legis Falcidiæ, & quaſi per interpretationem legis Falcidiæ §. ſed quia hæredes. de fideicom. hæred. Et ſæpe dicitur Falcidia à iuris auctoribus. Diſtinguit ergo Papin. hoc modo, Is demum Falcidiam detrahit, qui rogatur vt hæres. leg. 47. lex Falcidia. §. nunquam ad leg. Falcid. leg. mulier. §. vltim. ad Trebel. Ratio eſt in dict. §. ſed quia hæredes. Inſtit. de fideicom. hæred. qui non adita hęreditate extinguuntur fideicommiſſa. Nemo autem adire vult ſine lucro. Hinc quæritur vter ſit hæres in hac ſpecie an pater, an filius. Magna eſt opinionum varietas. Recitabo breuiter quæ præcipue adducuntur in vtranque partem: deinde, dicam quod ſentio. Pro patre. Primũ, Iuriſconſul. loquentes de patre ſolent vocare hęredem, leg. 8. qui liberis. §. hęc verba ſupr. de vulg. ſubſtit. Deinde, filius quod acquirit, acquiritur patri. leg. 1. ſi à paren. quis fuer. manu. Tertio videtur filij miniſterio vti, vt organo quodam in acquirendo. Nam actio filij videtur actio patris eſſe §. ei vero. Inſtit. de inuti. ſtipul. Quarto filius adeundo non dicitur fieri hæres: ſed patrem facere hæredem. l. qui in aliena. §. interdum. de acq. hære. Quinto dicitur ſtatim patri acquiri hæreditas, nec momẽto vllo ſubſiſtere in perſona filij. leg. 78. placet. de acquir. hęred. Vbi nõ ſatis habuit dicere Iuriſcõſ. acquiri: ſed addidit. neq; momento, &c. Sextum arg. ducitur ex l. 10. acquiruntur. §. 1. de acqu. rer. don. vbi hęreditas dicitur nobis per filiũ acquiri. nec ſatis habuit Iuriſc. dicere acquiri nobis, ſed addidit, perinde atq; ſi nos ipſi hęredes inſtituti eſſem', vt nobis hũc ſcruplũ adimeret, & oſtenderet patrẽ verũ & germanũ hæredem eſſe. Aliud argumentum eſt ex l. 1. §. ſi filio. infr. ad Trebel. vbi pater eſt reſtituens filio, transfert actiones vtiles. Ergo filius non habet directas, alias ſufficeret filio directa, nec eſſet opus hac translatione. leg. 70. ſi hæres inſtitutus. eo. titul. Et ſane

conuenit

conuenit inter omnes, cum filius ſtipulatur, directam acquiri patri. l. 38. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verborum obligat. cum ſimil. Pro filio in primis ſolent Iurecõſul. vocare filium hæredem, d. §. hæc verba. Nec id mirum quia ſcriptus eſt teſtamento, & intelligitur ſubſtitutus his verbis quiſquis mihi hæres, &cęt. quod non obſeruatur in patre, quamuis etiam hæres dicatur. Item qui ſemel eſt hæres, non deſinit hæres eſſe. l. 88. ei, qui ſoluendo. de hæred. inſtit. leg. 7. ait Prætor. § ſed quod Papio.. ſupr. de minorib. Eſt tertium arg. ex leg. 3. de leg. præſtan. Non inſpici cui acquiratur: ſed cui honos habitus ſit. Quartũ arg. ex Papin. noſtro hic, vbi pater detrahit Falcidiam nomine filij. ergo filius eſt hæres. d. l. 22. mulier. §. vlti. infr. ad Trebell. Quintum eſt ex l. hæredi. de cond. & demonſt. Sextum ducitur ex l. qui hominem. §. quidam filium. de ſolut. vbi fideiuſſor liberatur ſi reus promittendi hæres exiſtat rei ſtipulandi, pro eodem apud eundem, fideiuſſ. item debere non oportet. Vnde quæritur ibi vter hæres ſit, an filius, an pater. Si pater hæres inſtitutus eſſet, is actionem haberet contra fideiuſſorem, ſed non habet. Quęſitum fuit, vter ſit hæres in hac ſpecie, an pater, an filius. Oſtendi quanta ſit diſſenſio interpretum in hac quęſtione, quæ ſane difficilis eſt per ſe, ſed multum obſcurata ab iis, qui eam illuſtrare debuerunt. Nam in hac diſputatione plurimum ſophiſtices deprehendi admiſtum eſſe ab vtraque parte. Ego quã ſimpliciſſimè potero conabor rem totam declarare. Dico igitur vtrunque hæredem eſſe. Vterque enim dicitur hæres in dicta leg. qui liberis. 8. §. hæc verba ſupra de vulga. Diuerſa autem ratione vterque dicitur hæres non ſimpliciter, ſed ſecundum quid, vt vulgo Dialectici loquũtur. Filius quidem propter iudicium teſtatoris & inſtitutionem. Pater quaſi ex lege ſuccedens in locum filij propter patriam poteſtatem, & quaſi perſonam filij repræſentãs, quod ita receptum eſt propter vtilitatem. Secundum ſubtilitatem neuter videtur hæres rectè dici, non filius. quia acquirit patri. Proprium autem hæredis eſt ſibi quærere. §. vltim. Inſtit. de hæred. qualit. Non pater quia non eſt inſtitutus, non eſt ei delata hæreditas, ſed vtilitas ſuadet vt hac ſubtilitate reiecta, vtrumque hæredem dicamus, arg. l. ſi alienus. 62. de lega. 2. qua ratione hoc ita receptum ſit, nunc planum faciam. Hæreditas relinquitur filio non patri, & relinquitur contemplatione filij, niſi aliud actum eſſe appareat. l. aditio. 45. ſupra de acquir. hæred. Deinde non poteſt eam pater conſequi ſine facto filij, arg. leg. cum proponas. Codic. de hęred. inſtit. Eam ergo conſequitur beneficio filij, & acceptum fert filio. Filius primum ſibi acquirit, & acquiſitam transfert in patrem. l. 1. infr. ſi à paren. quis manu. l. qui hominem. 34. §. quidam filiumfa. infra, de ſolut. Origo igitur obligationis eſt in perſona filij, nec habetur filius vt nudus miniſter in hac acquiſitione. Nudus miniſter non acquirit ſibi. leg. qui autem. 14. §. vltim. & leg. ſeq. de conſtit. pecu. hic nudus miniſter nõ eſt, ſed hæres efficitur, d. l. qui hominem. §. quidam filiumfa. de ſolut. Vnde filius dicitur facere patrem hæredem. l. qui in aliena. 6. §. interdum. ſupra de acqui. hæred. & § vlti. Inſtit. de vulg ſubſtit. quia acquiritur patri beneficio filij, & habet pater à filio & nomine filij. Dixerit aliquis, poſſúntne duo eſſe hæredes in ſolidum? Duo non poſſunt eſſe domini in ſolidum. leg. ſi vt certo. §. ſi duobus. ſupra commo. ergo nec duo hæredes. §. vltim. Inſtit. de hære. qualit. facit. l. de hæreditate. §. pater. de caſtren. pecul. Sed nihil prohibet duos hęredes eſſe in ſolidum diuerſa ratione, quod & in duobus dominis accidit. Exempla huius rei ſunt in leg. 1. ſupra ſi ager vectig. leg. 1. §. quia autem. de ſuperficie. Item in l. in ſuis. de lib. & poſthum. Sic in reſtitutione Trebel. vterque dicitur hæres diuerſa ratione. Nam fideicommiſſarius effectu hęres eſt. l. 5. ſupra quod cum eo. l. poſtulante. 44. ad Treb. Sic in quæſtione noſtra vterque dicitur hæres diuerſa ratione: alter enim primarius, alter ſecundarius: alter eſt ex teſtamento. alter ex lege. dict. l. qui liberis. §. hæc verba. ſupra de vulg. difficile non erit hoc aſſequi ſi conſideremus conſilium teſtatoris. Vterque vocatur à teſtatore quodammodo filius principaliter, pater ſecundario. Votum teſtatoris hoc eſt, vt filius hæres ſit, ſi poſſit ei acquiri: aut ſaltem is, quem filius hæredem fecerit. id eſt, pater. Hoc colligitur ex §. vltim. de vulga. l. ſi paterfam. 40. ſupra de hæred. inſtit. Cogitat teſtator filium quadantenus ſibi hęredem fore, cum alium hęredem fecerit, & quaſi in locum ſuum ſuffecerit. Et hoc planum certúmque eſt vſque ad aditionem. Certum eſt patrem nihil iuris habere ante aditionem. leg. cum proponas. C. de hęredib. inſtit. Poſt aditionem dubitari poteſt, an vterque ſit hæres iuris hęreditarij: quia patri acquiritur &c. Sed dicendum eſt tranſire omnia iura in patrem quaſi filij vicarium quodammodo, & locum eius tenentem. arg. eſt, ait hic Papinian. patrem deducere falcid. ex perſona filij. quaſi locum teneat filij hæredis. Oſtendam id ſimilitudine ab eo qui cedit actionem, & cęt. Hęc quęſtio fieri intelligitur quaſi tacita quadam ceſſione filij. Filius adeundo videtur quaſi ius ſuum cedere patri, & eum facere procuratorem in rem ſuam. non enim adiret niſi vellet. Non poſſum aliqua ſimilitudine magis apta hoc demonſtrare. Procurator in rem ſuam dominus eſt reuera. leg. qui ſtipendia. Codic. de procurat. hic tamen procurator experitur nomine cedentis. leg plane. ſupra famil. erciſc. Nec ei datur actio nomine ſuo, niſi vtilis interdum ex æquitate. not. ad leg. 1. C de actio. & obliga. huic ſimilis eſt pater in hac ſpecie, in qua hæres quidem eſt. ſed vice filij. Quod enim geritur cum eo, videtur quaſi cum vicario quodam filij geri nomine filij ex perſona filij: interdum etiã nomine ipſius proprio. cum id ratio exigit: ſicut & hic pater intelligitur rogatus nomine proprio. puta cum eſt rogatus reſtituere ipſi filio. Ex his intelligitur, quomodo vterque ſit hæres. Videamus an hæc conſentanea ſint iis, quæ adducuntur pro vtraque parte. Non aduerſatur primum regula leg. ei qui ſoluendo. quia ita facit hæredem patrem, vt non deſinat hæres eſſe. Nam vterque particeps eſt iuris hæreditarij: non eſt etiam contrarium quod dicitur, quod acquirit filius &c. leg. 1. ſi à paren. Fatemur filium hic acquirere patri, ſed ratio acquirendi ea eſt, quam expoſuimus. Idem rectè dicimus de procuratore, qui cedendo acquirit actionẽ domino leg. poſſeſſio quoque. 49. §. vltim. de acquir. poſſ. Hęc actio ita acquiritur, vt nomine cedentis agatur ex perſona cedentis. Nec nos mouet l. acquiritur. 10. infr. de acq. poſſ. ibi, perinde ac ſi, &c. Quæ enim ſimilia ſunt, non ſunt eadem, id eſt, per omnia non ſunt ſimilia. Non repugnat etiam lex, placet. 78. de acquir. hæred. duo dicuntur in ea lege: vnum, quod hæreditas acquiritur patri, & hoc planum eſt, vt iam expoſuimus. Nam pater ſuccedit in locum filij hæredis, eiuſque perſonam repręſentat. Alterum eſt quod ſtatim acquiritur &c. quibus verbis ſignificatur nullam reſtitutionem, aut ceſſionem hic requiri. In fideicommiſſaria hæreditate opus eſt reſtitutione. leg. reſtituta, 37. leg. facta. 63. infra ad Trebell. In acquiſitione quę fit per procuratorem, requiritur ceſſio. dict. leg. poſſeſſio quoque. Hic acquiſitio fit ſtatim ex ipſo iure. Sophiſtæ hic cõminiſcũtur argutias, dicũt acquiſitionis momẽta nec nullã haberi rationẽ. leg. qui. ſic. 51. de ſolution. le. vltim. §. vltim. C. de bõ. quę lib. Sed diſſimilitudo perſpicua eſt: hic acquiſitio vtilitatẽ adfert. Simile quiddã annotauim⁹ de locatione quę fit vno nũmo. ad l. ſi quis ante. 11. de acq. poſſ. Nec obſtat etiã ꝙ dicitur filiũ, velut

miniſtrum quendam eſſe §. ei vero. Inſtit. de inutil. ſtipul. Nudus autem miniſter nihil facit ex perſona ſua dict. leg. qui autem. ſupra de conſtit. pecu. Sed voluntas teſtatoris non patitur vt hic filius nudus miniſter habeatur. Teſtator vult loco filij patrem hæredẽ eſſe, vt iam diximus. Differentia eſt in hac re contractuum & vltimarum voluntatum. Scripſi ad l. ſi filiusfam. 78. de verb. obligat. Actiones directæ tranſeunt in patrẽ vt poſtea dicemus. Non ſequitur, expoſitus hęres non eſt. Transferuntur enim in patrem, vt eas exerceat quaſi hæredis nomine, id eſt, filij. Sic procurator in rem ſuam agit directa actione: ſed nomine domini, & qui ſemper dominus manet, quamuis axercere non poſſit, &c.

Tractatum fuit an pater, an filius ſit hæres in hac ſpecie Papin. diximus vtrunque hæredem eſſe, ſed diuerſa ratione, idque ſatis declarauimus. Nunc quæritur cum ſit mentio hæredis in lege vel teſtamonto, da vtro intelligere debeamus? Nihil poſſum reſpondere in vniuerſum, nihil ſpectanda eſſe in quaque lege, aut ſpecie, ea ex quibus mens legis, aut teſtatoris cognoſcitur. leg. in ambigua. de legib leg. 98. quoties idem ſermo de regu. iur. infr. Sed hoc melius demonſtrabitur exemplis tam de filio, quàm de patre. Primum de filio. Vnum exemplum eſt in leg. qui liberis. 8. §. hæc verba. ſupra de vulg. ſubſtit. Vbi appellatione hæredis intelligimus filium, propter præſumptam voluntatem teſtatoris. In dubio enim creditur maior eſſe affectio erga ſcriptum, nihil aliud appareat. alioqui non potius eum inſtitueret, quàm patrem. Ac fieri poteſt vt filius ſui iuris factus acquirat ſibi hæreditatem pupilli. facit l. 3. eo. tit.

Aliud exemplum ſimile eſt in l. 3 §. 1. infr. de l. præſtan. de quo diximus ſupra in quæſtione illa, an pater hæres ſit ex iudicio teſtatoris. Inſpicimus enim non cui acquiratur, ſed cui bonos habitus ſit, & vtri legatũ intelligimus. Diximus autem hoc fieri propter præſũptam voluntatem teſtatoris. Ea lege conſeruantur coniunctis perſonis relicta. quia credibile eſt teſtatorem maiore effectu erga eas eſſe, quam affectionem prętor vt probabilẽ ſequitur. Hæc coniectura ceſſat cum quis legat coniunctorum ſeruis. Poteſt enim ſeruus manumitti & ſibi acquirere, poteſt quoq; eſſe effectio cõiũctorum: niſi appareat eorum contemplatione relictum eſſe.

Aliud exemplum ſimile in leg. 44. qui hæredi. de cõdit. & demon. vbi coniectura voluntatis hoc facit, ſicut in d. §. hæc verba. Creditur enim maior eſſe affectio erga eum, quem teſtator ſcribit. Alioqui eum ſcripturus non erat, ſed dominum. Cogitat teſtator futurum fortaſſis vt ſui iuris fiat & ſibi acquirat: aut vt ſaltem acquirens domino ſuo, maiorẽ ab eo gratiam ineat, ſi dominus beneficio ſerui hoc acquiſierit. Itaque quãuis ſeruus maneat in poteſtate: tamen ei dandum, id eſt, tradendum. Nam non ſeruo, ſed domino acquiritur dominium. Sed factum ipſum implandum eſt in perſona ſerui, quia parendum eſt voluntati teſtatoris, quatenus id patitur ſerui conditio. Non minus autem tradi poteſt ſeruo, quàm libero. §. ſed cum factum. Inſtit. de ſtipul. ſer. leg. ſtipulatio iſta §. hi qui. de verb. oblig. Huc pertinet lex, Mutius. 54. infr. de cond. & demon. & l. ſi vſusfructus. 9. §. ſi ita quis. infr. quando dias leg. ced. Soluitur etiã filio ipſi propter volũtatem pręſumptã, licet ſolutum acquiratur patri. Aliud exemplũ in l. qui hominem. 34. §. quidam filiumfa. infra de ſolut. Cũ dicimus fideiuſſorem liberari, ſi reus extiterit hæres creditori. Hæredem intelligimus primarium illum, id aſt, filium magis, quàm patrem. Ratio eſt, quia pater nihil iuris habet ante aditionem. argum. l. cum proponas. C. de hæred. inſtit. At ipſa ſola aditione extinguitur obligatio, l. Stichum. 95 §. aditio. infra de ſolut. Quicquid igitur iuris habet filius, ſi ſuo arbitrio adeat, id patri acquirit. Pater enim hæres eſt ex perſona filij, & quaſi locum filij tenet, vt iam diximus.

Exempla da patra. Vnum eſt in Trebellia. ſiue Pegaſiano Senatuſconſ. vbi hæres retinet quartam partem &c. §. ſed quia hæredes. Inſtit. de fideicom. hæredis. Mentio enim hæredis ibi intalligitur etiam de ſecundario, hærede, id eſt, patri, ſi forte principalis hæres nõ acquirit ſibi, quia non eſt ſui iuris. Eſt autem ratio cur hæredi conceſſum quartam detrahere, vt adire velit hæreditatem, ne irritum fiat teſtamentum non adita hæreditate. dict. § ſed quia hæredes. quæ ratio eadem eſt in patre. Sicut enim hæres non facile adit ſine ſpe lucri: ita non facile iubet pater filio vt adeat. Non poteſt autem adire filius ſine iuſſu patris. l. ſi quis mihi. § iuſſu. Hæc ratio ceſſat in legatario ac fideicommiſſario. l. lex Falcidia. 47 §. Nunquam. infr. ad l. Falcid. l. a mulier. §. vlt. ad Treb. Nec ad rẽ pertinet quod fideicommiſſarius pro hærede habetur. Effectu hæres eſt, inquiunt, ſicut pater. l. ſi filius. ſupr. quod cum eo. & l. poſtulante. 44. infr. ad Treb. Ergo videtur quartam retinere poſſe. Nam non aſt eadem ratio fideicommiſſarij quæ hæredis. Nam poſtquam hæres ſemel adiit, non poteſt facere fideicommiſſarius vt irritum ſit teſtamẽtum. Ad hæredam igitur tantum reſpicimus, ſine quo teſtamentũ poſſet irritũ fieri, cuiuſmodi hic pater eſt.

Aliud exemplum de patre. Cum dicimus actiones competere hæredi lege 12. tab. intelligimus hunc hæredem ſecundarium, cum primarius hæres, id eſt, filius non acquirit ſibi. Nam hęc acquiſitio pręcipue fit propter emolumentum. Et ſæpe Iureconſulti dicũt amolumẽtum acquiri patri. l. t. ſi à paren. quis manu. l. 6. ſi ſtatulibero. §. ſi filius, de ſtatulib. l. pater. 93. §. motus. infr. da acquir. hære. leg. 1. Cod. qui admit. ad bon. poſſ. leg. quamuis. C. de fideicom. cum ſimilib. Actiones etiam dabũtur cõtra patrem. l. 10. ſecũdũ naturã. de reg. iur. directa eſt actio, quæ acquiritur patri, venit ax iure directo. id eſt, ex leg. Hæc acquiſitio eſt ex lege. l. 1. de rei vind. Eaque antiquiſſima, cuius meminit Dionyſ. libro 3. & lib. 8. Vtiles actiones veniunt ex interpretatione prudentum, iuriſdictione prætoria, aut Senatuſc. Itaque pater reſtituendo filio hæredi, transfert in eum actiones. l. 1. §. ſi filio. ad Treb. Nec obſtat lex. 70. ſi hæres inſtitutus, ad Trebel. Nam in fideicommiſſarium directæ non fuerunt translatæ. Oppo. Cum pater reſtituit filio, non raſtituit vt hæres, ſed vt patar, vt hic dicitur. At non eſt locus Trebel. niſi quis reſtituat vt hæres. l. mulier. 22. §. vlt. eod. tit. Ergo non tranſeunt vtiles in filium ex Treb. Sol. vt tranſeant actiones, id nõ requiritur. leg. 1. §. de illo. ſed cur retineatur quarta, iam ratio adducta eſt. Hæc intelligenda ſunt ſecundum ius antiquum in Pandectis relatum. Huic iuri non nihil derogatum eſt in aduentitia hæreditate. Solus enim filius hæres eſt, quamuis pater vſumfructum habeat. l. vltim. C. de bon. quæ. lib. Vſusfructus autam non aſt quarta pars hæreditatis: ſad aerta res hæreditaria. arg. l. 25. rectè dicimus. de verb. ſig. Vſufructuarius præterea non repræſentat parſonã defuncti, ſed ſuccedit in rẽ, & eſt ſingularis ſucceſſor magis quã vniuerſalis. Ex iã dictis naſcuntur variæ quęſtionas. Vna eſt de iurib. ſepulcrhorũ, quę remanẽt penes hęredẽ. l. 24. quia pertinde. §. 1. ad Trebel. vter hęres erit habẽd⁹ an filius an pater? Varię sũt opiniones. Puto ea acquiri patri ſicut actiones directæ, de quib. diximus. Quicquid anim haberet filius ſi ſui iuris factus adiret, id acquiritur patri. Nec ſimilis eſt fideicommiſſario. quia hæc acquiſitio legitima aſt, illa nõ item: vnde actiones directæ acquiruntur patri, nõ fideicomiſſario. Oppo. leg. familiaris. cũ leg. ſeq. ſupr. de relig. & sũpt. fune. Vbi ſi fili⁹, qui ſe abſtinat,

abſtinet, retinet iura ſepulchrorũ multo magis, qui acquirit patri forte inuitus & coactus à patre. Reſpõdeo Iuriſconſul. ibi loqui de liberis teſtatoris, qui ſunt ea familia. Nos hic loquimur non de teſtatoris filio: ſed alterius, qui eſt extrane' teſtatori. Liberi teſtatoris nihil refert an immiſcuerint ſe. Imo exhæredati hoc ius habent.

Quæſitum fuit: cum verbum hæredis ambiguũ ſit & conueniat tam patri, quam filio, de vtro accipiẽdũ. Tractanimus quæſtionem de iuribus ſepulchrorum. Sequitur alia eodem pertinens quæſtio. Si lege municipali paciſcendũ ſit cũ hærede hominis occiſi, pœnæ vitandæ, aut minuẽdę cauſa. quia lex eſt, vt occiſor certa pœna puniatur, niſi pactus ſit cum hæredib. eius qui occiſus fuerit: cuiuſmodi erat lex illa antiqua de iniuriis, cuius meminit Cecilius Iureconſul. apud Gel. lib. 20. cap. 1. Vel pone eſſe dandam pecuniam hæredibus occiſi, an cum patre paciſcendum erit, an cum filio? Vtri danda erit pecunia? Vter hæres babendus erit? Et in primis ſi duentitia ſit hæreditas, conſtat cum filio paciſcendum, aut filio dandum eſſe. Quia nullus eſt alius bæres. l. vltim. C. de bo. quæ liber. De profectitia dubitatur, & differunt interpretes. Ego in primis conſiderãdam legis ratiunem puto, ex qua mens teſtatoris colligitur. arg. l. 77. cum pater. §. dulciſſimis. de leg. 2. Itẽ ea, quæ antecedunt & ſequuntur. leg. ſi ſeruus plurium. 50. §. vltim. hic. l. 75. nummis. de leg. 3. l. inciuile. ſup. de legib. Cætera item expendenda ſunt ex quibus mens legis cognoſcitur, de quib. diai ſub tit. de legibus. Ea his poterit ambiguitas eaplicari, ſi non apparear verbum hæredis, de patre accipiendum eſſe potius, quam de filio. Mouet me, quod ius paciſcendi eorum eſt quibus competit vindicta & accuſatio. At competit bæc vindicta ei ad quem hæreditas peruenit, bonáque hæreditaria. l. 3. C. de his, quib. vt indig. Idémq. maaime conſẽtaneum eſt rationi. l. 10 ſecundũ naturam. de reg. iur. Credibile igitur eſt legis legatorẽ ſẽſiſſe de patre. Nec aduerſatur noſtræ opinioni l qui hæredi. 44. de cond. & demon. Nam ibi coniectura voluntatis facit vt dicamus dandũ eſſe ſeruo, vt ante mooni: in hac ſpecie cõtraria coniectura eſt. Credibile eſt autem legis latorem ſẽſiſſe de eo, cui competit vindicta. Eodem modo reſpon. eſt ad l. quæ liberis. 8. §. hæc verba. ſupra, de vulg. illud ſatis acutè dicitur, verba teſtatoris intelligi de eo, quem ipſe ſcripſit hæredem, ideſt, de filio. verba legis de eo, quem ipſa lex facit hæredem, ideſt, de patre. Sed ſimplicius eſt quod diaimos, ac planius, non eſſe veriſimile legislatorem ſẽſiſſe de alio, quàm cui competit vindicta filij: igitur in bac re nulla habetur ratio de filio occiſi. Hic non loquimur, cui competit accuſatio, quamuis hæres non ſit. l. quæſitum. de ſepulchr. viol. l. pro hæred. 20. §. vlt. de acquirẽd. hæred. hic loquimur de filio extranei, quem teſtator hæredem inſtituit. An & cum filio occiſi paa habẽda ſit dubitari poreſt. Verbum, hæredis, aliquando intelligitur de filio. l. ea facto 17. §. vlt. ad Trebell. Sed hæc quæſtio paulo alienior eſt à propoſito. Abſoluta eſt quęſtio de patre & filio, vter eorum ſit hæres. Hac diſputatione reddita eſt clarior diſtinctio Papi. ea cuius perſona fideicommiſſum vires capiat. Et an pater falcidiam exerceat? Dicitur autem falcidiam deducere, cum reſtituit eatraneo non filio. An idem dicemus de domino & ſeruo? Pone dominum rogatum eſſe reſtituere ſeruo hęredi inſtituto. Hoc fideicommiſſum valet, ſi appareat collatum in tẽpus quo liber eſſet. leg. quidam ita. 25. §. ſi ſeruo. ad Trebellianum. An poterit dominus quartam deducere? Videtur quibuſdam detrahere poſſe, quia dominus ipſe eſt hæres, non ſeruus. Et hoc intereſſe aiunt inter patrem & dominũ. Cenſent enim dominum hæredẽ eſſe ex ſua perſona, perinde ac ſi inſtitutus eſſet. Hanc opinionem ſuam tuentur argumentis, quæ ſequuntur. Primum eſt ex hoc cap. Papin. Nam Papin. in hac parte de filio tantum loquitur, non de ſeruo. Accurſ. ait eum cautè facere, qui ſileat de ſeruo. Præterea ſeruus non poteſt eſſe bæres. hæreditas enim & ius hæreditarium ex iure ciuili eſt, not. ad leg. 7. verbis ciuilib. ſupr. de vulg. Ar ſeruus capax non eſt eorum, quę iuris ciuilis ſunt. leg 33. quod attinet. de reg. iur. l. qui teſtamento. 20. §. ſeruus. ſupr. de teſta. Hinc ſeruus dicitur non poſſe vſucapere pro hærede. le. 4. ſequitur. §. ſeruus. de vſucapion. Nec vero nouum eſt, ius varium in filio & ſeruo eſſe. Nam filij ſunt liberę conditionis, quamuis ſui iuris nõ ſint. ſupra de his, qui ſunt ſui, vel alie. iur. Filiusfamilias obligatur. l. filiusfam. de obli. & act. Seruus non obligatur iure ciuili. l. 23. in perſonam. de reg. iur. filiusfa. munerib. publicis fungitur. l. 14. nã quod ad Treb. ſeruus nullo modo. l. Barbarius. de off. prætor. & ſic de ſimilibus. Verius tamen puto diſtinctioni locũ non eſſe bic in ſeruo. Satis enim viſum fuit Papin. in initio facere mentionem ſerui. Quæ poſtea ſubiiciuntur de filiofamil. eadem ſunt intelligenda de ſeruo, quatenus id conuenire poteſt conditioni ſeruili, vt in ea diuiſione Papin. Dico igitur ſeruum non minus hæredem eſſe, quàm filium & dominum hæredem eſſe ex perſona ſerui, & non poſſe ab eo falcid. deducere. Iuriſconſulti non diſtinguũt ſeruum à filio in hac re. Eaempla ſunt in dict. leg. qui liberis. §. hæc verba. & dict. leg. qui hæredi. & aliis ſimilibus locis. Præterea, fideicommiſſum vires capere ex perſona ſerui, argu. eſt. l. legatum 219. §. alienus. hnc tit. Cur non valet legatum, quaſi legatus ſit ſeruus hęredis, §. non ſolum. Inſtitut. de leg. non poteſt ratio reddi, niſi quia vires capit ex perſona ſerui quaſi hæredis. Si caperet vires ex perſona domini, proculdubio valeret. Huc pertinet l. debitor. 82. ſeruo. de le. 2. vbi res domini legatur ſeruo alieno. Sed cur non interpretamur dominum potius hæredem eſſe, ne pereat legatum? Reſpondendum eſt, vt diai ad l. 34. qui hominem. de ſolu. Dominus eo iure eſt, quo eſſet ſeruus, ſi arbitrio ſuo adiret. Diſſolutio obiectorum. Seruus dicitur non eſſe capaa hæreditatis: quia iuris eſt ciuilis. Reſpondeo ne filium quidẽ capacem eſſe quandiu eſt in poteſtate. Scio differre filiũ à ſeruo in pleriſque cauſis. Sed in hac acquiſitione par eſt vtriuſque cauſa. Qui eſt in poteſtate, nihil ſuũ habere poteſt. §. item vobis. Inſtit. per quas perſo. Idq; accipiendum tam de filio, quàm de ſeruo, vt docet Dionyſ. libr. 8. Olim erat ſimilis prope conditio filij & ſerui in acquiſitione: nihilqae mutatum reperitur iure Digeſt. niſi in caſtrenſi pecul. Non magis igitur capax eſt hæreditatis filius, quàm ſeruus. Et hoc ſecundum ſubtilitatem eſt accipiendum. Nam vtilitas ſuadet vt vtrunque habeamus pro hærede ſecundum quid, vt ſupra diaimus. vt ſatiſfiat voluntati teſtatoris. Diai ſecũdum quid, non ſimpliciter. Nam iura hæreditaria trãsferuntur in patrem & dominum l. 78. placet. de acqu. hæred. Dominium non habet ſeruus rerum hæreditariarum, ac ne poſſeſſionem quidem, ſaltem ciuilem, quę ad vſucapiendum valeat. dict. leg. 4. ſequitur. §. ſeruus. de vſucap. Non poteſt igitur ſeruus rem poſſidere quaſi hæreditariam. Ac ne filius quidem vſucapere poteſt pro hærede. Lea de vſucapione pro hærede intelligenda eſt de patre & domino. Vbi ergo de acquiſitione agitur, interpretamur bæredem eſſe patrem aut dominum magis, quam filium aut ſeruum, vt ſupra oſtendimus.

Dixi tam ſeruum, quàm filium hęredem eſſe, nec diſtingui filium à ſeruo apud Papinia. Hinc eaſtit quæſtio de interpretatione horum verborum, Si hæres nõ erit, cum ſubſtituitur aliquis ſeruo, aut filiofam. vt in leg. 40. ſi paterfam. de hęred. inſtit. & in §. vltim. Inſtit.

de vulg. ſubſt. Hæc verba late interpretamur, quod verbum, hæredis, latam habeat ſignificationem, vt ante diximus. In ſeruo autem vel filiofa. ſic accipiuntur, aut alium hæredem non fecerit puta patrem, aut dominum. Nec diſtinguitur ſeruus à filiofa. d. § vltim. Ratio manifeſta eſt ex iam dictis. Nam cum ſeruus aut filius acquirit domino, vel patri, intelligitur adhuc quodammodo hæres eſſe. Pater hæreditatem obtinet ex perſona filij, dominus ex perſona ſerui. Filius autem, vel ſeruus manet hæres ſecundum quid, vt ſupra dixi. Citaui leg. qui liberis. 8. §. hæc verba. ſupra de vulg. adde l. 1. infra de his, quæ pœnæ nomin. relin. vbi dicitur tam ſeruum quam filium eſſe hæredes. quamuis patri, aut domino commodum acquiratur. Credibile eſt igitur teſtatorem ita cogitare. Cum autem ſubſtitutio fit ei, qui iuris eſt, ſic interpretamur, aut ſi mutata conditione alium hæredem nõ fecerit. dict. leg. ſi paterfa. § vltim. Eadem eſt coniectura voluntatis, de qua diximus ſupra. Vult enim teſtator vt ſibi acquirat, aut ſaltem alij quem hæredem facere voluerit, adeundo eius iuſſu, ſi forte contingat eum alienæ poteſtati ſubtici. Inde quæritur, ſi quis inſtituerit ſeruũ alienũ, quem putabat liberum? Ait Iulianus in dict. leg. ſi pater fam. diuidi hæreditatem æqualiter inter dominum ſerui & ſubſtitutum. Sed qua ratione? Nam non debet admitti concurſus inſtituti & ſubſtituti. l. 3. de acquir. hæred. Sed hęc diuiſio fit propterea quod res dubia & obſcura eſt. Ratiooes ex vtraq. parte eiuſmodi ſunt, vt neuter vincere debeat, vt dicitur in leg. ſi duo. infr. vti poſſid. Quaſi paria ſint rationum momenta ex vtraq. parte. Pro ſubſtituto. Hęc verba, Si mutata conditione, ſic debent accipi. Quia teſtator putat eum liberum eſſe. At mutata conditio non eſt. Ergo euenit conditio ſubſtitutionis. Contra ſubſtitutum. Teſtator voluit acquiri domino poſt mutatam conditionem ſerui, & excludi ſubſtitutum. Idem ergo creditur ſenſurus fuiſſe, & ſi fuiſſet ſeruus tempore inſtitutionis. hæc perplexitas facit, vt diuidatur hæreditas. Secuti ſunt exemplum Tiberij Imperat. qui ita decreuerat in cauſa quadam ſua. Diuiditur ergo hæreditas æqualiter, vt dicitur in §. vlt. Inſtit. de vulg. ſubſtit. vbi Theoph. rem explicat. Cur autem dicitur ſeruia diuidi in dict. leg. ſi paterfam. docui in tractatu de ſubſtitutionib. Nunc quæritur, an ideo dicendum ſit de filiofam. quod de ſeruo? Pone inſtitutum eſſe filiumfam. qui putatur eſſe ſui iuris. Quidam putant in ſeruo tantum id locum habere, non in filio. Seruus, inquiunt, nullo modo hæres. ideo non eſt mirum ſi admittatur ſubſtitutus. Filius hæres eſt, ideo ſubſtitutus excluditur. Ego iam oſtendi quã id à vero alienum ſit. Interpretatione quadam iuris vterque dicitur hæres tam filius, quam ſeruus. dict. leg. qui hæred. d. l. qui liberis. l. 1. de his quæ pœnæ nom. relinq. Si hæc interpretatio iuris locum non haberet, omnino admitteretur ſubſtitutus, qui tamen admittitur ſolum in partem. Sane in aduentitia hæreditate excludetur hodie ſubſtitutus. Quia filius hæres ſolus eſt leg. vltim. C. de bonis quæ lib. non enim acquiritur patri niſi vſusfructus. An autem admittatur concurſus in vſufructu quæſtio eſt alterius loci. Sequens quæſtio eſt, an diſtinctio Papinian. locum habeat in hæreditate profectitia? Bart. negat cum pleriſque aliis. Quia tũc pater videtur inſtitutus miniſterio filij. Duo efficiuntur ex hac opinione. Primum quod pater inſtituit extraneo tanquam hæres ex perſona ſua, non ex perſona filij. Quare ſi quo tempore detrahenda eſt falcidia, filius ſui iuris ſit, pater ipſe retinebit falcidia, non filius. Secundo, pater exercet falcidiam aduerſus filium ipſũ, quia ceſſat ratio Papiniani. Hęc opinio nititur ratione nõ leui nec improbabili. Nã filius videtur nudus miniſter eſſe. Pater aũt ſol' hęres inſtitut. Quod dixi vtrũq. participem eſſe iuris hæreditarij, locum non habet in hæreditate profectitia, ſi vera eſt opinio. Citant leg. 46. quidam cum filium. ſup. de hæred. inſtit. vbi quidam inſtituitur quaſi dicis cauſa, & contẽplatione alterius. Citant leg. io fideicõmiſſi §. cum Pollidius. de vſur. vbi mater inſtituit quendam propinquum filij, quòd non confidat tutoribus. In his omnibus exemplis nihil minus vult teſtator, quam hunc ſibi hæredem eſſe, quem nominat. Sic in propoſita ſpecie videtur non filius hæres eſſe. ſed pater. Huc pertinet lex, ſi filiofam. 19. ff. de donat. cauſ. mort. vbi filius nudum præſtat miniſteriũ. Sumitur etiam arg. ex leg. 79. cum pater. §. donationis. de legat. 2. vbi Iuriſconſul. ait nihil referre cũ quo quis loquatur: ſed in quẽ voluntatis intentio dirigatur. Hæc ſunt argumenta huius partis ſatis probabilia in ſpeciẽ. Aſſentior tamen iis qui putant idem in profectitia. Nã in primis non facile debet admitti interpretatio qua Papinia. verba ita reſtringãtur. Ait Papin. ſimpliciter hæreditatem filio datam eſſe. Ergo generaliter accipere debemus vulg. leg. de pretio. de publi. in rem act. Cum præſertim nulla ratio ſit, cur profectitia excipiatur. Nã cuiuſcunq. cõtẽplatione inſtitutus ſit filius, ſemper hæres eſt. In d. l. quidam cum filium. hæres, dicitur is, qui inſtitutus eſt, quamuis contemplatione alterius. Idem ergo hic dicendum in filiofa. Adde, quod patri non acquirer niſi velit, argu. leg. cũ proponas. C. de hæred. inſtit. Igitur perſona filij hic etiam ſpectari debet. Nõ inficior perſonam inſtituti maxime ſpectari in aduentitia: ſed in profectitia quoque idem dicendum eſt. Obiicitur nobis voluntas defuncti, quaſi vero ſola voluntas ſufficiat. Certum eſt autem ſola voluntate defuncti non fieri hæredem. dixi ad leg. 4. ſupr. hoc tit. Exemplum eſt in dict. leg. quidam cum filium. Pater non eſt ſcriptus, neque nuncupatus. Ergo non poteſt dici hæres, niſi ea perſona filij, vt ante diximus. Deinde, voluntas non repugnat, ſi recte expendatur. Vult teſtator, vt filius acquirat patri, non ſibi: ſed interim cogitat poſſe accidere, vt filius nolit acquirere patri, vel non poſſit. Cogitat in omnem euentum alterũ fore hæredem. Id autem præſumitur cogitare, aut velle, quod iuri conſentaneum eſt. leg. ſi duo. de acquir. hæred. Ex his cõſtat etſi hæreditas profectitia ſit, filiũ eſſe primarium hæredem. Itaque locum habet ratio Papin. cum quæritur de falcidia. quia nemo ex perſona ſua ſibi obligari poteſt.

Alia quæſtio eſt, an hæc diſtinctio locum habeat in hæreditate aduentitia ſecundum ius nouũ, quo hæreditas acquiritur filio. Pone patrem rogatum reſtituere extraneo: vult detrahere quartam. Reſpondeo, non poſſe ſibi detrahere: ſed filio. Intelligitur enim rogatus vt adminiſtrator, exemplo tutoris, leg peto. 71. §. mater. de legat. 2. l. etiam. C. de fideicom. Pater nullo modo eſt hæres, ne ſecundarius quidem. aut vicarius. Cum dicimus nomine filij patrem rogari, dupliciter intelligitur. Primo, cum hæreditatem acquirit re vera: ſed eã habet beneficio filij, & quaſi locum filij tenet in ea hæreditate. Id accidit in aduentitia, & in profectitia ſecundum ius antiquum. Huic ſimilis eſt procurator in rem ſuam. Hic enim rem ſuam gerit, quamuis nomine alterius. l. qui ſtipendia. C. de procu. Sic pater in profectitia rem ſuam gerit: ſed filij nomine. Secundo nomine filij rogatus dicitur pater cũ tanquam gerens rem filij rogatur, quamuis nihil iuris habeat, vt accidit in aduentitia. Similis hac in re vero procuratori, qui non tantum gerit nomine alterius: ſed etiam gerit rem alienam.

Exemplum eſt de tutore in d. l. peto. §. mater. de leg. 2. dixerit aliquis, Imo vero tenetur pater etiam

nomine

nomine ſuo aliqua ex parte, quia habet vſumfructum. Quæſtio videtur pēdere ex eo, an pater teneatur ad legata. Sequenda eſt diſtinctio Iuſtin. in l. vltim. §. ſin autem legata. C. de bonis quæ lib. Si fideicommiſſū ſolui poſſit ex reditibus, pater tenetur nomine ſuo, & intelligitur rogatus nomine ſuo. Si non poſſit ſolui, tenebitur nomine filij, non vt pater: ſed vt adminiſtrator.

Reſtant explicandæ aliquot antinomiæ. Vna eſt ex l. 1. §. inde Neratius. ad Trebel. vbi fideicommiſſarius primus non detrahit à ſecundo, contra priorem partē diſtinctionis. Ergo nec pater detrahere debet, quia fideicommiſſarius hęres eſt effectu, ſicut hic pater. l. ſi filiusfa. ſup. Quod cum eo, qui in al. Sed ratio diuerſitatis ſupra demonſtrata eſt. Detrahitur falcid. ne irritū fiat teſtamentum. §. ſed quia hæredes. Inſtit. de fideicō. hæred. Eadem eſt ratio patris, qui non iuberet adire ſine ſpe commodi. Alia etiam ratio non improbabilis poteſt afferri. Quia pater intelligitur rogatus ex perſona filij & tanquam hæres & vicarius filij. Relictum à patre intelligitur relictum à filio. Nō mirum igitur ſi falcidiam exercet. l. 22. m alier. § vlt. ad Trebel.

Alia cauſa eſt fideicommiſſarij, qui non reprǫſentat perſonam hæredis, nec relictum à fideicommiſſario, intelligitur relictum ab hærede. Itaq. hoc caſu cū fideicommiſſarius ex perſona hæredis reſtituit, deducit falcidiam. l. ſi patroni. 55. § qui fideicommiſſariam, infr. ad Trebel. Duo ergo caſus obiter notandi ſunt in quibus fideicommiſſarius detrahit. Vnus eſt cum ex perſona hæredis reſtituit, quia legata relicta ſunt ab hærede. Alter eſt in dict. §. inde Neratius, cum hæres non detrahit vt gratificetur fideicommiſſario. Quo caſu etiam nomine hæredis & ex eius perſona intelligitur deducere. Sed cur bonorū poſſeſſor detrahit potius, quā fideicōmiſſarius? l. 1. § bonorū. eo. tit. ad Trebell. Quia eſt hæres prætorius. §. quos autem. Inſtit. de bonor. poſſ. l. 2. de bon. poſſeſſ. leg. in conditionib. 19. §. ſi patronus de cond. & demōſt. Item eadem eſt ratio quæ in legitimo hærede, quia ex aditione, vel agnitione pendet teſtamentum. Non eſt eadem ratio fideicōmiſſarij. Nullum enim factum fideicommiſſarij neceſſarium eſt ad confirmationem teſtamenti, d. l. ſi patroni. §. qui fideicommiſſariam. ad Trebellian.

Altera antinomia eſt ex l. iubemus. §. 1. C. ad Trebellian. contra ſecundam partem diſtinctionis de filio. vbi pater falcidiam exercet aduerſus filium. Sed diſſimilis eſt ſpecies: ibi enim pater ipſe hęres inſtitutus eſt, & hæres eſt ex perſona ſua, non filij. Nulla itaque ratio prohibet eum vti falcidia. d. l. mulier. §. vltim. infra ad Trebellian. In hac ſpecie inſtitutus eſt filius, nō pater. Intelligitur autem pater hęres eſſe interpretatione quadam iuris, niſi cum rogatur filio reſtituere, quia ex perſona ſua. & cęt. Venio ad quartam partem ex qua annotandum eſt, fideicommiſſum conditionale non tranſire ad hæredem. Conditio eſt, ſi pater moritur viuo filio. l. hæres inſtitutus. 32. ſup. de acq. hær. l. 4. quando dies lega. ced. Hoc eſt certiſſimum axioma. Sed difficultas eſt in ratione, quę ſubiicitur. Nam etſi relictum ſit extraneo, non tranſmittitur. Hinc exortæ ſunt variæ interpretationes, & ſane res eſt admodum obſcura. Interpretatio Pauli mihi videtur habere nimis ſalebrarum. Eam ſequi ſolitus ſum, & ſupra aliquid attigi. Sed nunc paulo copioſius id explicandum eſt. Duplex igitur quæſtio comprehenditur his breuiſſimis verbis Papiniani. Vna eſt, an fideicommiſſum cōditionale tranſmittatur? Et certum eſt non trāſmitti, ſiue extraneo relictum ſit, ſiue filio.

Altera quęſtio eſt, quis retinere debeat hoc fideicōmiſſum, quod caducum effectum eſt? Et hæc eſt præcipua quæſtio. Papian. ait patrem retenturum: quia ex perſona ipſius vires accepit, id eſt, quia à patre ipſo relictum intelligitur. Oſtendit autem his verbis, ſi ex perſona filij, & cæt. aliud dicendum eſſe. filius. n. retinere poſſet factus ſui iuris. Cum fideicommiſſum deficit, is retinet, à quo relictum fuit. § ſin autem aliquid ſub conditione. C. de cad. tollend. l. 17. ſi quis Titio. de legat. 2. Æquum eſt, vt is qui ſuſtinet onus, capiat etiā commodum. l. Secundum naturam. de reg. iur. Sed cur ait omnimodo? Quia pater hoc commodum capit ſiue filius ſui iuris fiat, ſiue maneat in poteſtate. Si enim fideicommiſſum vires ex perſona filij, pater non retineret omni modo. Pater. n. modo retinet, modo nō retinet. Retinet, cū fili⁹ manet in poteſtate: nō retinet, cū fili⁹ fit ſui iuris. Plan⁹ eſt hic ſēs⁹. Planum eſt etiā quod à cōtario colligitur. Sed obiecta diluēda aūt recētiorū, pręcipue vero Alciati, qui hanc interpretationē oppugnat. Primū, ait nō cōuenire verbis, quia nulla mentio eſt, an filius fuerit factus ſui iuris. Sed ego iam oſtendi, ni fallor, nihil eſſe quod verbis repugnet. Secūdo, pater, inquit oneratur fideicommiſſo cum extraneo reſtituit, ergo retinere debet. leg. 64. ſi alienus. infra de leg. 2. & l. 4. à patre. de legat. 3. Sed negare non poſſumus, quin oneratus ſit filij nomine. Item filius, ſi eſſet interim factus ſui iuris, oneraretur fideicōmiſſo. Tertio ait omnia patri quæſita ſunt. Ergo cōmodū hoc nō debet ab eo auferri. Reſpondeo, remanſiſſe filium hęredem, vt ſupra dictum eſt. Quarto loco, Nullum ius, inquit, habet in falcidia. Reſpondeo falcidiam filij cōmodo cedere, ſi ſui iuris ſit tempore deductionis. Sic videtis filium non habere nudum nomen hæredis, ſine effectu. Quinto loco, nomen hæredis aiunt intelligi de patre, cū de commodo agitur, vt dixi ſupra. Reſpondeo id verum eſſe cum filius eſt in poteſtate: ſecus ſi ſit ſui iuris factus. Exemplum in hac retētione. Item in falcidia. Item in ſubſtitutione pupillari. leg. qui liberis. 8. §. hæc verba ſupra de vulg.

Interpretatus ſum poſtrema verba Papinia. Secutus ſum Pauli interpretationem, qui dicit non hic quæri principaliter an fideicommiſſum tranſmittatur: ſed an pater id retineat. Sententia igitur noſtra eſt: filium ſuo retinere fideicommiſſum, cum ex ipſius perſona vires capit, id eſt, cum relictum eſt extraneo: ſed ita demum ſi ſui iuris factus ſit. quia alias ſibi quærere nihil poteſt. Obiecta quædam diluimus. Primum eſt, quod hæc interpretatio non conuenit verbis. Dicimus hoc non habere locum, niſi cum filius eſt factus ſui iuris. Papin. de filiofa. loquitur: nec vlla mentio eſt an fuerit factus ſui iuris. Conueniret quidem verbis, ſi diceremus acquiri filio cum eſt in poteſtate. ſed alia ratio hanc interpretationem reiicit. Secundum, Is retinere debet, qui oneratur fideicommiſſo. §. ſin autem aliquid ſub conditione. Codic. de cad. tol. leg. ſi quis Titio. de legat. 2. An pater hic oneratur fideicommiſſo, quia per filium hæres factus eſt? l. ſi alienus. 46. legat. 2. leg. 4. à patre. de legat. 3. Tertium, adita hæreditate per filium omnia patri quæſita ſunt. leg. 1. ſi à paren. quis manu. & leg. placet. de acquir. hær. Quomodo igitur poterit hoc fideicommiſſum filio acquiri, quod eſt iam quæſitum patri? Quomodo poterit ab eo auferri? Quartum ducitur ex verbis ſuperiorib⁹ Papin. iuxta leg. ſi ſeruus plurium. 50. §. vltim. in hoc titul. l. in ciuile. ſupr. de legibus. In hac ſpecie pater ipſe deducit falcidiam, nec in ea quicquam iuris habere dicitur filius. Papin. non diſtinguit an ſit ſui iuris, ait patrem deducere falcidiam. idē ergo dicendum in hoc fideicommiſſo. Nempe vt omnimodo acquiratur patri, etiam ſi filius ſui iuris ſit. Huc accedit, quod maior eſt ratio in fideicommiſſo, quam in falcidia. Nam falcidiam non deducit pater,

niſi tanquam hæres ex perſona filij.dict.leg.mulier.§.vltim.fideicommiſſum retinere poteſt is etiam qui nõ eſt hæres pura legatarius.dict.l.ſi quis Titio.de lega.2. Quintum eſt ex leg. ſi filiusfam. de verb. oblig. filius ſtipulatus eſt ſub conditione cum eſſet in poteſtate: tẽpore exiſtẽtia erat cõditionis ſui iuris.Nihilominus ac quiritur patri,quia in initio & tẽpore cõtractus fuit in poteſtate.Sed in ſpecie noſtra filius erat in poteſtate aditionis tempore.Nihil ergo refert an poſtea ſui iuris factus fuerit. Sextum argumentum eſt ex leg.ſi poſt.5. §.vltim.infra quando dies leg.ced. Legati dies ceſſit quo tempore ſeruus erat in poteſtate.Deinde liber factus eſt. ait ibi Iuriſconſ.non acquiri ſeruo,ſed domino.Ac forte dominus nondum agnouerat legatum cũ ſeruus eſt manumiſſus & repudiari legatum poterat. Hæc ſpecies videtur diſſimilis noſtræ. Ibi dominium rei legatæ eſt acquiſitum domino,quamuis reuocabile, quia poteſt repudiari. hic etiam res eſt acquiſita patri, quæ tamen poteſt auocari ſub conditione. Sicut ergo ibi perpetuo remanet penes dominum, ita etiam hic manere debet penes patrem. Septimum argumentum eſt,ex leg.ſi ſolus.80.§.vltim.ſupr. de acq.hæred.Sed ibi acquiritur ſeruo manumiſſo: quia opus eſt noua aditione. Quæ ratio hic ceſſat. Nullum hic factum filij requiritur.ergo non acquiretur filio ſui iuris facto,ſed patri.Octauum argumentum eſt,deficiente conditione fideicommiſſum perinde habendum eſt, ac ſi nunquam relictum fuiſſet.leg.pecuniam.36. ſupra de reb. & leg.8.neceſſario. infra de peric. & commo. rei vendit.At hoc caſu proculdubio acquiritur patri. Nonum argumentum eſt. Abſurdũ,inquiũt,ſequitur ex noſtra interpretatione.Si fideicommiſſum non ſufficeret,pater id retineret vſque ad mortem. quia rogatus eſt tantum reſtituere poſt mortem ſuam. Ergo & cum deficit fideicommiſſum. Abſurdum enim eſt patrem plus iuris habere cum fideicommiſſum valet, quam cum deficit.Hæc fere ſunt aduerſariorum argumenta, quæ ſubtilitates ſunt,imo calumniæ, quibus ſubuerti poſſe videtur non Paulus tantum,ſed ipſe etiam Papinian.Iã admonui totam hanc Papiniani ſententiam defendi propter vtilitatem magis,quam ſubtilitatem ac rigorẽ iuris ciuilis.Si quis intellexerit ea, quæ iam poſuimus quaſi pro principiis quibuſdam,non adeo erit difficile hæc obiecta diluere.Atque ad ſingula rurſum reſpon. Ad primum.Non conuenire verbis noſtram interpretationem, magnum ſane eſt vitium interpretationis: verba .n.ſenſũ auctoris demonſtrant, leg.Labeo,infra de ſupel.legat. Nec licet interpreti prætextu rationis alicuius,à verbis recedere.l. proſpexit. 12. inf. qui & à quibus manu.Conſideremus ergo verba Papin. Caſus qui exprimitur clarus eſt,niſi fallor.Alter, quem colligimus argumentando à contrario, non poteſt dici à verbis alienus eſſe. Omnimodo ſignificatur in caſu contrario,patrem non vſquequaque retenturum.Nec exponit quomodo id accidere poſſit. Ergo debemus hoc interpretari ſecundum rationem iuris,quę aliunde petenda eſt.Vt ita demum acquiratur patri,ſi filius ſui iuris factus acquirere ſibi nõ potuerit. Nam ratio iuris non patitur vt filius in poteſtate ſibi acquirat.Ad ſecũdum. Pater,inquiunt, oneratur cum filius adiit iuſſu patris.dict.leg.ſi alienus.64.infra de leg a Reſpondeo negari non poſſe,quin ſit oneratus filij nomine.Papin. hoc exprimit diſerte in hoc capite.Vnde filius ipſe oneratus intelligitur,quamuis pater interim onus ſuſtineat,donec filius ſui iuris factus fuerit. Ac probabile quibuſdam videtur,ſi filius reperiatur ſui iuris tempore reſtitutionis,eum teneri ad fideicommiſſum.Sic interpretantur dict.leg.ſi alienus.etiam ſi filius factus ſit ſui iuris poſt hæreditatem iam quæſitam patri.Verum dict.lex,ſi alienus.loquitur,cum filio acquiſita eſt hæreditas. Nec ratio patitur vt filius,qui nõ habet commodum,ſubeat onus. Nulla ſane iniuria hic afficitur pater,quia nihil amittit de ſuo, qui in ſemper in lucro verſatur. Ac in dubio fauendum eſt acquiſitioni filij, cuius beneficio acquiritur patri,quicquid acquirit. Ad tertium,omnia inquiunt,patri quæruntur.Reſpondeo omnia quęri patri:ſed certo modo & ratione quærũtur filij nomine,ita vt filius maneat primarius hæres. Effectus eſt,vt quandiu filius manet in poteſtate, tandiu pater locum eius habeat. Effectus ſui iuris acquirit ea, quæ tum obtingunt. Huc pertinet lex,qui liberis.8.§. hæc verba.ſupra de vulg.Filius acquiſita iam patri hæreditate ſuccedit impuberi.Et acquirit ſibi, ſi reperiatur ſui iuris: quo tempore locus eſt ſubſtitutioni pupillari.Ad quartum reſpon. falcidiam cedere lucro filij,ſi tum ſui iuris ſit.Quia tunc hęres eſt & capax.dict. leg.mulier.§.vltim. Pater detrahit ex perſona filij & locum tenet filij quãdiu filius ſibi non poteſt acquirere.Ad quintũ,ex dict.l.ſi filius fam.infr. de verb. oblig. Reſpondeo, differentiam eſſe contractuum & vltimarum voluntatum.Scripſi de ea re ad d. l. filiusfam. Ad ſextum argu. ex leg. 5. ſi poſt.§. vltim. quando dies legat.ced.Species diſſimilis eſt.Duo conſideranda ſunt in ea ſpecie.Vnum eſt quod dominium rei legatæ eſt acquiſitum domino die legati cedente.Alterum, quod non poteſt ab eo auocari ſine ſua voluntate, nempe ſi repudiet. In ſpecie noſtra dominiũ quidem eſt patris,fateor: ſed non poteſt facere quin auocetur: Id enim pendet ex caſu.Ad ſeptimum ex leg.79. ſi ſolus.ſupra de acquir.hæredit.ratio non eſt,quia noua aditio neceſſaria eſt: quamuis dicatur neceſſaria eſſe. Sed quia res non reperiuntur in eodem ſtatu tempore exiſtentis conditionis. Seruus enim interim fit ſui iuris,vt domino per eum non acquiratur.Ille ergo locus magis confirmat ſententiam noſtram.Addo decimum argumentum. Hic dicimus acquiri filio,quia hęres eſt, & pater non tenetur, niſi ex eius perſona: imo potius pater hæres haberi debet. Verbum namque hęredis, intelligitur de patre, quoties de commodo agitur,vt dixi ſup.Sed reſpondeo id verum eſſe,cum filius eſt in poteſtate.Sec' ſi iam ſui iuris factus. Exemplum eſt in hac retentione.Item in falcidia.Item in ſubſtitutione pupillari.d.§.hæc verba.

Diximus ex ſentẽtia Papin.ſi fideicommiſſũ relictũ ſit extraneo,id acquiri filio ſui iuris facto,magis quam patri. Iam ſæpius argumenta aduerſariorum reſpondimus.Ad quartum rurſus reſpondeo, falcidiam cedere lucro filij,ſi tum ſui iuris ſit filius. tunc enim hæres eſt & capax.Cur ergo non detraheret dict.le.mulier.§. vltim.ad Trebel.Nõ obſtat, quod pater dicitur detrahere,non filius,nec diſtinguitur,an ſit ſui iuris.Sed Papinia.ait patrem detrahere ex perſona filij. Quibus verbis ſignificat locum tenere filij, quandiu filius non poteſt ſibi acquirere. Nihil igitur eſt alienum à ſignificatione verborum in hac interpretatione. Ad quintum ex leg.ſi filiusfamil. 77. de verborum obligat.dixi differentiam eſſe contractuum & vltimarum voluntatum. leg.18.quæ legata.infra de regul.iur. In contractibus ſpectatur tempus contractus, in legatis & fideicommiſſis tempus exiſtentis conditionis. Ratio diuerſitatis à me tradita eſt ad leg. ſi filiusfamil. Ad ſextum argum.ex leg 5.§. vltim. quando dies lega. ced.reſpondi ſpeciem eſſe diſſimilem. Nam in ea ſpecie dominium rei legatæ eſt acquiſitum domino die legati cedente.leg.cum pater.77.§. ſurdo. infra de legat.a.Deinde non poteſt ab eo auocari ſine ſua volũtate,nempe ſi repudiet. In hac ſpecie dominium quidem eſt patris,fateor,ſed non poteſt facere pater quin auocetur à conditione exiſtente: quod non pendet ex voluntate patris onerati:ſed ex caſu.Ad leg.ſi ſolus.80.

de acquir. hæredit. ſupra. Reſpondeo non ideo partem illam acquiri ſeruo manumiſſo, quod noua aditio ſit neceſſarie, quamuis neceſſarie verè dicatur. Rationem exprimere ipſum iureconſult. quia res non reperiuntur in eodem ſtatu tempore exiſtentis conditionis. Nã ſeruus interim fit ſui iuris, vt domino per eum acquiri non poſſit. Itaque locum illum magis confirmare ſententiam noſtram diximus. Nam in ſpecie noſtra non manent etiam omnia paria in tempus quo filius ſui iuris efficitur. Ad octauum argumentum. Si fideicommiſſum relictum non eſſet, id remaneret penes patrẽ: ergo &c. Quis perinde eſt ac ſi relictum non eſſet, cũ defecerit conditio. Reſpondeo, nihil referre &c. niſi diuerſa aliqua ratio appareat. hic autem ratio longè diuerſa eſt. Nem cum fideicommiſſum non relinquitur à patre, omnia acquiruntur patri, eſtque certa ea acquiſitio, nec temeritati fortunæ ſubiecta. filius ergo nihil cauſari poteſt, cur ea res debeatur. Cum autem eſt relicta ſub conditione incerta quæ deficit, filius cauſam habet petendi tanquam ex noua quadam acquiſitione. Nam quæ poſtea obtingunt quam filius eſt factus ſui iuris, ea acquiruntur filio. At dicerit aliquis, nulla hic eſt noua ecquiſitio, quia res ſemper mãſit patris, quamuis ſub conditione relicta ſit. Fateor interim fuiſſe patris. leg. 1. §. ſerui ſupra de Senatuſc. Sillan. & leg. generaliter. 29. §. ſub conditione. infr. qui & à quibus manu. lic. nec vero vllam eſſe nouam acquiſitionẽ certum eſt. Sed quia incertum erat ius patris in re per fideicommiſſum relicta, & pendebat ex euentu: ideo dicitur quodammodo noua acquiſitio eſſe, poſtquam defecit conditio. Adde quod res non dicitur verè & perfectè mea quæ poteſt mihi auferri. leg. cum quis. 38. §. qui homine. infr. de ſolu. dicitur ius dominij quodammodo pendere, ſi ad euentum qui incertus eſt, reſpiciamus. Dixi de hac re ad leg. Proinde. de rebus cred. ſup. Ad id, quod aiunt abſurdum conſequi ea opinione noſtra, plus ſcilicet iuris habere patrem ſi debeatur fideicommiſſum, quam ſi non debeatur. Quid abſurdius quam ſi dicamus eũ qui ſe obligat, plus iuris habere, ſi effectum habeat obligatio, quàm ſi non habeat? Quidam hoc argumento victi & fracti dant manus. Illi quoque ipſi, qui argumentum febrefecerunt, fatentur hoc caducum tunc demum acquiri filio, cum pater mortuus fuerit. Sæpe iſtis interpretibus accidit vt nodos nectant, quos non poſſint diſſoluere. Sed facilis diſſolutio eſt ex iis quæ iam diximus. Abſurditas magna eſſet, fateor, ſi duæ tantum perſonæ eſſent in hac hypotheſi, ſcilicet perſona honorati & fideicommiſſaria. Sed filij perſona ſpectari debet. & facit vt plus iuris habeat pater cũ valet fideicommiſſum, quàm cum deficit. Diuerſa ratio locum facit huic paradoxo, quod oſtendo. Antequam defecerit conditio, nullum ius poteſt prætendere in re, de qua agitur. Vt autem filio acquiratur, duo ſunt neceſſaria. primum, quod ſit factus ſui iuris. §. item vobis ecquiritur. Inſtit. per quas perſo. Secundum eſt, vt aliquid poſtea obtingat, quod acquiri poſſit. Nam quod ante quæſitum fueret, id patri non auferetur, vt iam dixi. Quod entem deficiente conditione noua quędam ſit acquiſitio, iam demonſtratum eſt. Dixi ſimplicitatẽ hic ſpectandam eſſe magis, quàm ſubtilitatem. Alioqui ne Papin. quidem noſter conſiſteret. Hæc ſunt argumenta præcipua quibus oppugnatur noſtra ſententia. Ego decimũ addo, vt intelligatis me ne mihi quidẽ parcere velle in hoc certamine. Hic dicimus acquiri filio, quia hęres eſt. Patrẽ aũt non teneri, niſi ex eius perſona, &c. Imo pater potius hæres haberi debet. Nam verbum hęredis, intelligitur de patre, cum de commodo egitur, vt dixi ſupra. Itaque videndum eſt mihi ne meo me gladio iugulem ab aduerſariis. Sed reſpondeo id verum eſſe cum filius eſt in poteſtate, ſecus ſi iam ſui iuris ſit factus. Exemplum eſt in hac retentione fideicommiſſi. Retinet pater quandiu filius eſt in poteſtate, &c. Aliud exemplum in Falcidia de qua diximus ſupra in ſubſtitutione pupillari. d. l. qui liberis. 8 §. hæc verba. ſupra de vulg. Hæres eſt impuberi filius: ſed ea hæreditas ita demum acquiritur patri ſi filius maneat in poteſtete. Sic igitur ſatis confirmate eſt ſententia noſtra, & confutatæ rationes aduerſariorum.

Diximus quomodo eccipiende ſint verba Papin. de retentione fideicommiſſi. Confirmata eſt interpretatio noſtra multis argumentis, & confutatæ rationes aduerſariorum. Nec vero difficile admodum erit hic intellectis quid vitij ſit in aliorum interpretationibus, idque demõſtrabo recitatis aliquot opinionibus eliorum, quanquam mei moris non eſt referre quid quiſque de quaque re ſenſerit. Vna eſt Accurſij, qui ſic accepit, &c. quaſi ſubaudiendum ſit maxime. Vulgo reiicitur ea interpreterio, quaſi non conueniat verbis. Sed quidam ex Neotericis colorem inuenit, quo ea defendatur & probebilis reddatur. quanquam is videri vult nouam interpretationem & ſingularem ettuliſſe. Cenſet iſte nihil referre, an fideicommiſſum relinquatur filio, an extraneo. patrem enim in vtroque caſu retinere. Infirmum autem eſſe argumentum à ceſſante ratione. Quia duplex eſt retio cur pater retineat. Vna eſt generalis, quia pater rogatus eſt. leg. 17. ſi quis Titio. de leg. 2. Hæc ratio conuenit vtrique caſui, id eſt, ſiue relictum ſit filio, ſiue extraneo. Altera eſt ſpecialis, & conueniens tantùm alteri caſui, cum ſcilicet relinquitur filio. Quia ex perſona patris, &c. Nam in hoc caſu non tantum eſt rogatus pater: ſed eſt rogatus ex perſona ſua. Ideo igitur retinet pater, quia rogatus eſt: ſed maxime quia rogatus eſt ex perſona ſua. Exemplum ſimile eſt in §. affinitatis. Inſtit. de nupt. Nurum meam vxorem ducere non poſſum, quia duobus nupta eſſe nõ poteſt. Si hæc vna tantum ratio eſſet ſoluto matrimonio, eam poſſem ducere. Sed alia ratio prohibet, quia eſt mihi filiæ loco, quæ aliquando nupta fuit filio meo. Sic in ſpecie noſtra duplex eſt retio, &c. Hæc ſatis bella eſt Accurſianę enarrationis enarratio; & ſpeciem aliquam veritatis habet. Sed quam vera ſit intelligi poteſt ex iam dictis. Primum hic ait patrem in vtroque caſu rogatum eſſe. Nos ſupra oſtendimus in altero caſu rogatum eſſe ex perſona filij. Quod perinde accipiendum eſt, ac ſi filius ipſe rogatus eſſet. Deinde diximus: cum filius eſt factus ſui iuris debere ei reſtitui. Aliter fieri non poteſt ſine iniuria filij, poſtquam eſt factus ſui iuris & ſibi ecquirere poteſt. Alia eſt opinio Bart. Putat idem eſſe in filio & extraneo. His verbis Papin. *Quoniam fideicommiſſum ex perſona patris, &c.* ait remoueri dubitationẽ quãdam ne videatur nudus miniſter eſſe. Cum quis iubetur vt nudus miniſter aliquid dare poſt tẽpus, &c. mortuo hoc executore, viuo fideicommiſſario fideicommiſſum tranſit ad hęredes. l. Firmio. infra quando dies leg. ced. leg. filia. 62. §. alumno. ad Treb. Item cum deficit tale fideicõmiſſum, ille executor nõ retinet. d. l. ſi quis Titio. de leg. Videbatur idẽ dicẽdum hic eſſe, quaſi pater nudus miniſter ſit. Sed ait Papin. nudum miniſtrum non eſſe, quia fideicommiſſum vires capit ex eius perſona. Si extraneus inſtitutus eſſet, & hic rogatus ei reſtituere poſt mortem, nudus miniſter eſſet, nec poſſet dici valere ex eius perſona, &c. Ex hic Barto. ait colligi arg à contrario, ſi extraneus inſtitutus eſſet. Sed peccat maxime Bart. in eo quod mutat ſpeciem. Oportet eandem ſpeciẽ eſſe, niſi quod in vna reſtituitur filio, in altera extraneo. Bart. ponit in altera inſtitutum eſſe extreneum. Refutatur & hęc opinio aliis argumentis, quæ nihil attinet referre. Infinitum eſſet & parum fructuoſum alias opiniones perſe-

qui. Sunt quindecim diuerſæ interpretationes in aliorum commentatiis: ſed cognitis perceptiſque melioribus & probatioribus, non difficile eſt falſas opiniones refellere. Notandum hinc eſt fideicommiſſum conditionale non tranſmitti ad hæredem §. ſin autem ſub conditione. C. de caduc. tol. Non cedit dies niſi exiſtente conditione. l. 5. ſi poſt. Infra quando dies leg. ced. Sed quomodo fideicommiſſum conditionale eſt? Nam conditio quæ omnino extitura eſt, non reddit actum conditionalem. l. ſi pupillus. 9. §. 1. Infra de nouat. Hoc pendet ex interpretatione l. 78. hæres meus. infra de condit. & demon. l. 4. quan. dies leg. & quarundam aliarum. Cum hæres meus morietur, fideicommiſſum conditionale eſt. l. 1. tit. eo. idem in l. 12. ſi pecunia. §. 1. infra de leg. 2. Ratio: quia dies incertus conditionem facit. 74. dies incertus. & l. 1. tit eo. de condit. & demõ. Dixerit aliquis, certum eſſe hæredem moriturum. Reſpondeo, diem nihilominus incertum eſſe. Incertum eſt enim quando moriturus ſit. Hæc incertitudo facit vt impediatur trãſmiſſio. Ruſ' obiecerit aliquis, purũ eſſe cum ita legatur, cum morietur legatarius: cum tamen eadem ſit incertitudo. Sed ratio diuerſitatis traditur in d. l. hæres meus. Quia in priore ſpecie non cedit dies viuo legatario, ſi moriatur ante hæredem. In poſteriore cedit dies eo adhuc viuo, ſcilicet cum incipit mori. Cur ergo ſolutum non repetitur? l. 17. Nam & ſi cum moriar. infra de cond. iod. Nam promiſſum ſub conditione repeti poteſt, &c. Reſpondeo, loqui Iureconſ. de ſtipulatione, non de fideicommiſſo. Stipulatio conditionalis tranſit ad hæredem. §. ex conditionali. Inſtit. de verb. oblig. Itaque conſtat debitum iri in omnem euentum, ſiue ſtipulator decedat ante conditionem, ſiue poſt. id eſt ſiue ante mortem promiſſoris, ſiue poſt. Non ſic in legato: legatum ſolutum repeti poſſe: quia incertum non eſt debitum iri. Poteſt non deberi, ſi legatarius moriatur viuo adhuc hæred. dict. l. hæres meus. fideicommiſſum igitur conditionale non tranſmittitur ad hæredem. Hoc autem eſt accipiendũ etiam de conditione tacita ſi ea teſtamento proficiſcatur. l. 6. quod pure. infra quando dies lega. ced. Adde l. 98. conditiones extrinſecus. infra de cond. & demon. de qua dixi ad leg. 5. ſupra hoc tit. Sumpta eſt autem ex l. 25. cum illud. quando dies leg. ced. Inſcriptio indicat, Papin. lib 18. Ex quo apparet ad tranſmiſſionem id pertinere. Quæri ſolet, an idem dicendum ſit cum fideicommiſſum relictum eſt ipſi hæredi? Dicendum eſt non tranſmitti ad hæredem hæredis. Expreſſum id eſt l. 26. in cauſæ. §. Pomponius. ſupra de minorib. vbi is qui cauit, hæredi hæredis condicere poteſt: quia non debet. Nam hæres hic conſideratur vt fideicommiſſarius. l. 29. ſi à me. infra ad leg. Falcid. Excipiuntur quidam caſus in. 5. ſi poſt. infra. quan. dies lega. Veluti cõditio impoſſibilis, turpis, &c. item cum per legatarium non ſtat: ſed per hæredem. Adde l. 24. iure ciuili. infra de condit. & demonſt. vbi in Florent. deſideratur negatio: ſed in l. 122. in iure ciuili. infra de reg. iur. legitur cum negatione, Nihil tamen refert vtram nos lectionem ſequamur. Intereſſe noſtra dicitur quod ad commodum vel incommodum noſtrum pertinet. Quæſtio agitata, an fideicommiſſum vniuerſale, quod purum eſt, tranſmittatur? Videtur non tranſmitti ante reſtitutionem, exemplo hæreditatis. Nam hic ſimilis eſt hæredi. l. 44. poſtulante. infra ad Trebel. Sed receptior eſt contraria opinio, ſcilicet tranſmitti. Pro hac facit l. 3. C. de fideicom. & l. 16 §. idem Mecianus. infra ad Trebel. Diſſimile eſt hæreditati. hæres enim ante aditionem nihil iuris habet. Fideicommiſſario etiam ex aditione ius acquiritur. Hæres adeũdo quaſi contrahit cũ legatariis & fideicommiſſariis. l. 3. quib. ex cauſ. in poſſeſ. Vnde naſcitur obligatio, quæ ad hæredem tranſit. Hoc amplius, ſi adita non ſit hæreditas. Nam lex ait ſimpliciter diẽ fideicommiſſorum cedere à morte teſtatoris. §. in nouiſſimo. C. de cadu. tollen. Plura hic dicenda erant: ſed ſtatui hic finem facere, vt tandem deſinant de me conqueri tyrones & alij, neſcio qui, quibus falſo perſuaſum eſt grammaticam verborum explicationem ſufficere ad ediſcendum ius ciuile. Nam aliis ſcio probari induſtriam meam, qui nondum hoc errore imbuti ſunt, quibus ego aliquando ſatisfacturus ſum. Occurret forte locus vbi hæc accuratius tractabuntur.

Ad l. 12. Si mihi & tibi.

PAuca præfari nos oportet de iure accreſcendi, & coniunctione legatariorum. Cum duobus eadem res legata eſt teſtamento, ſi deficiat pars vnius ea, alteri accreſcit. §. ſi eadem. Inſtit. de leg. §. vbi autem. C. de caduc. tollend. Nam reuera vtrique legatum eſt, ſed ſi ambo petant diuiditur. d. §. ſi eadem. Hoc ius accreſcẽdi locum habet propter coniunctionẽ legatariorũ quæ fit triplici modo. l. 87. re cõiuncti. infra de le. 3. l. triplici. infra. de verb. ſig. Animaduertẽdũ igitur eſt cõiũctos eſſe eos, quib. eadẽ res legatur d. §. ſi eadẽ. Nã ſi res diuerſæ legentur, nulla eſt coniunctio, quibuſcunque verbis teſtator vſus ſit. l. 84. huiuſmodi. §. quibus. Quidam ſunt re tantum coniuncti, quibus legatur eadem re ſeparatim, vt Titio lego, &c. Sempronio lego. Re & verbis ſunt coniuncti, quibus eadem res legatur eiſdẽ verbis, eadem oratione: vt Titio & Sempronio lego. Verbis tantum coniuncti ſunt cum res diuiditur in partes, vt Titio Sempronio æquis partibus. dict. leg. re coniuncti. Diſiuncti plerunque dicuntur, quos vocamus re coniunctos, §. his ita. C. de cadu. tollen. dict. §. ſi eadem. Quia minus videntur coniuncti, quam cæteri. Nihil autem habent quod commune omnibus aliis non ſit. Ego fuſius ſcripſi de hac re lib. 2. de iure accreſcen. Inter hos coniunctos eſt ius accreſcendi quæcunque ſit coniunctio. dict. §. ſi eadem. dicto §. his ita. Etiam ſi re tantũ coniuncti ſunt, id eſt, diſiuncti. Sed an res eadem legata ſit, id iudicandum eſt ex mente teſtatoris. Plerunque accidit vt teſtator velit vni rem ipſam præſtari, alteri æſtimationem. l. 33. ſi pluribus. hoc tit. De iure non decreſcendi etiam aliquid eſt prætermittendum. Hæc ratio loquendi nata eſt ex conſtit. Iuſtiniani. C. de caduc. tollend. Non ſolent ita loqui Iureconſulti. Hoc ius qui ab aliis differat iuris accreſcendi ſpeciebus videndũ eſt. Ius non accreſcendi locũ habet inter eos, qui re tantum coniuncti ſunt. Sermo enim teſtatoris omnibus prima facie ſolidum aſſignare videtur: vt ſtatim apparet ex verbis ipſius: ſed ea voluntate diuiſio fit in partes, propter concurſum. In cõiunctione verbali prima facie partes aſſignantur ſingulis: ſed ſolidum ex mente teſtatoris, ſi alterius portio deficiat. Scripſi lib. 1. de iur. accreſc. His ita expoſitis in gratiam tyronum, venio ad ſpeciem. In ſecunda parte negatio eſt in vulgatis codicibus, nec eam lectionem improbo. De lectione Floren. dicam poſtea. Primum obſeruandum eſt partem quę accreſcit, videri legatam, & quaſi legatam deberi. quod certius eſt in coniunctis re, vt iam dixi. De aliis eſt maior dubitatio. Nam videntur eam partem habere magis ex lege, quã ex iudicio teſtatoris. leg. 5. ſi in teſtamento. ſupra de vul. ſubſt. Hanc quæſtionem tractaui lib. 1. de iur. accreſ. c. 1. Dixi maxima per legem acquiri, ſed eſſe aliquam etiam voluntatis ſignificationem, licet tenuem. Si enim ex certo iudicio teſtatoris deberetur, ea pura eſſet ſubſtitutio, quamuis ſpeciem aliquam & ſimilitudinem, ſuſtitutionis habeat l. 61. ſi Titio. §. Iulianus.

de leg. 2

de leg. 2. Similis quæſtio à me tractata ad leg. cum filioſã. ſupr. eo. An pater capiat ea iudicio teſtatoria. Ea his conſequens eſt poſſe dici eam partem quæ accreſcit legatam eſſe. Hinc traditum eſt à pleriſque, eum qui prohibitus eſt alienare partem ſuam, non poſſe eam alienare quæ accreuit. Quod confert ad interpretationem l. 38. pater filium. §. quindecim. infr. de l. 3. Oppo. huic ſententiæ l. 3 §. ſed et ſi coniunctim. de l. præſtan. Reſponde vt ſcripſi lib. 2 de iur. accreſ. cap. 20. Secundo obſeruandum, liberum eſſe hæredi ea qua cauſa velit habere legatum. Dubium non eſt, quin poſſint duę obligationes concurrere de eadem re in eiuſdem perſona. l. 9. Non eſt nouum. ſupra de act. empt. Suſtinet autem hic perſonam duorum. quia ius quod vtriuſque erat, in vnius perſona reſidet. Exẽplum ſimile eſt in l. tutorem. infra de iis, quibus vt indig. Diſcreta ſunt tamẽ ibi iura, quamuis plura in vnam perſonam deuenerint, ius legatarij & ius tutoris. Sic in noſtra ſpecie idem facit hic hæres, quod ipſe poterat facere, & quod poterat defunctus. Poterat is petere, vel repudiare. Eo petente, diuiſum fuiſſet legante. Eo repudiante, totum acquiſitum fuiſſet alteri. Idem poterat alter, id eſt, petere, vel repudiare: vtrunque ius deuenit ad perſonam vnius. Ergo poterit hoc, vel illud facere arbitrio ſuo. Sed quæ eſt vtilitas huius electionis? Vtilitas poteſt oſtẽdi duobus exemplis. Vnum eſt in coniunctis re, ſi forte vni tantum ſit onus iniunctum. Multum enim refert an ex propria cauſa, an hæreditaria legatum habeat. §. ſin autem ad deficientis. C. de caducis tollen. Alterum exemplum eſt in ratione legis Falcidiæ. Si repudio legatũ ex perſona mea, & agnoſco ex hæreditaria, eo hæreditas erit amplior & vberior, cõtra ſi ex hęreditaria repodio. Idẽ dici poteſt in hæreditate, quæ adita eſt confecto inuentario. iuxta l. vltim. C. de iure delib. Ex quo conſequitur hæredem repudiando legatum, poſſe nocere legatariis & creditoribus. Huc pertinet l. 83. ſi fundum. §. ſi Titius. infra, hoc tit. vbi planum eſt hæredem poſſe legatum repudiare, licet aliqui diſſentiant. Oppo. l. 26. liberto. infra de bon. lib Libertus 80. habebat, fundus eſt legatus 50. An hæres poſſit repudiare? Nam repudiando nocet patrono, qui non ſuccedit ſi libertus ſit minor centenario. §. ſed noſtra. Inſtit. de ſucceſſ. libert. Ait Iureconſ. repudiationem patrono non nocere. Sed expendẽda eſt ratio quam affert Africanus. quia defunctus mortis tempore ampliorem ſem habuit cẽtum. Non negat igitur poſſe repudiare. ſed ait non nocere patrono. quia ſpectatur in legitima portione patroni, tempus mortis. l. ſi patronum, eod. tit. Sicut in l. Falcidia. l. 30. In ratione. infra ad leg. Falcid. Nam & Africanus in d. l. Liberto. in fi. affert ſimilitudinem de lege Falcidia. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, An poſſum petere partem iure proprio, partem iure hæreditario? Non video cur non poſſim. Exemplo eius qui duos reos habet. l. reos. in princip. infra de duob. reis. Et hoc conuenit verbis Iurecon. in hoc capite, vt tota mea ſit, &c. Alia quæſtio, an poſſim petere partem quaſi iure meo: & alteram repudiare, ſi forte ſim contentus vna parte? Diſtinguendum hic eſt. Nam ſi totus fundus fuit mihi legatus, vt in coniunctione reali, non poſſum partem repudiare. l. 4. neminem. de legat. 2. quia vna res legata eſt. Si coniunctio verbalis fuit, poſſum eius alteram partem petere, altera repudiara, quia duo legata ſunt. Nam in legatis portio deficiens non accreſcit inuito. §. vbi autem. C. de caduc. toll. Rationem declaraui lib. 1. de iure accreſc. c. 3. Huc pertinet lex. 57. Titio. infra de l. 2. Pars deficit, quæ tamen mihi accreſcit ſi voluero, vt iam dixi. Notandum tertio loco, ea vtraque cauſa peti non poſſe rem totam. Ratio, hic repræſentat perſonam duorum, vt iam dixi: at ſi ambo legatarij concurrerent, non poſſent ſinguli totum petere. Melior eſt ratio, quam de cauſis lucratiuis apud Accurſ. Et hoc ſecundum lectionem vulgarem & receptam, à qua non temere videtur recedendum eſſe. in Florent. Pandect. & Noricis nulla eſt negatio. Sed poteſt ea lectio defendi, ſi ponamus vtriq; in ſolidum rem, legatũ fuiſſe vt vnus habeat rem, alter æſtimationem. l. 33. ſi pluribus infra hoc titu. Quo caſu nulla eſt coniunctio vt iam dixi. De pluribus cauſis lucratiuis dicam alibi opportunius.

Ad §. Si quis ſeruos.

SPecies, Gades inſula eſt Oceani circa columnas Herculis. Remotiſſimus eſt igitur locus ab vrbe Rom. Hinc remotas Gades vocat Horat. lib. 2. Car. Od. 2. Cauſa dubitationis eſt, quia impoſſibilium nulla eſt obligatio. l. impoſſibilium. de regu. iur. Sed tamen ait Pompon. valere legatum, & anguſtias temporis non nocere. Nam legatum valet ſub conditione impoſſibili. leg. 3. de cond. & demõſt. Huic ſententiæ oppo. quod præceptũ teſtatoris impoſſibile dicitur nõ valere. Cod. de iis, quæ pœnæ nomi. relinq. §. Inſtit. de lega. Dicam primum quod vulgo receptũ probatumque video, idq. exponam paulo clarius, quam fieri ſoleat. Deinde dicã quid de hac re ſentiam. Reſpondeo igitur, hoc præceptum teſtatoris non eſſe vſque quaque impoſſibile: ſed partim poſſibile, partim impoſſibile. Poſſibile quidem eſt ſeruos dare: ſed tam breui ſpatio temporis dare eſt impoſſibile. Sic ergo interpretamur, vt quod vitioſum eſt, reiiciamus, reliquum ratum maneat. Si reuera duo eſſent pręcepta expreſſa verbis, ac diſtincta, alterum poſſibile, alterum impoſſibile, vnum alteri non noceret. Vulgare eſt illud, vtile per inutile non vitiari. leg. 1. §. vltim. de verb. oblig. Idem & hic dicimus interpretantes benignius verba teſtatoris, nec ſine exemplis. Vnum eſt in l. Celſus. §. 1. ſupra, de arbitr. Si arbiter iuſſerit intra calendas dari, duo præcepta ſunt. Vnde natum videtur id quod dicitur in conſtitutione Pontificia. c. cum dilecti. de dolo & contum. Si iuſſus ſit quis adeſſe ad iudicium die feriata etiam hic duo præcepta eſſe. Aliud exemplum ſimilius in leg. 26. hæc ſcriptura. infra de condit. & demonſt. Aliud leg. 27. in teſtamento. titul. eod. Cum vnum & ſimplex præceptum eſt impoſſibile, id nullius eſt momenti. d. §. vltim. Inſtit. de legat. Si teſtator iuſſerit cælũ digito tangere, nulla põt recipi interpretatio, qua hoc præceptum valeat. Nam ſummoto eo quod impoſſibile eſt, nihil eſt reliquum futurum. At in ſpecie noſtra impoſſibilitas verſatur circa locum & tempus, non circa rem legatam. Eo igitur remoto, remanet res relicta, quæ dari poteſt alio tempore. Huic diſtinctioni oppo. §. loca. Inſtit. de verb. oblig. 2. §. ſi quis. ſupra de eo quod certo loco. Si quis promiſerit dare hodie Carthagini, ſtipulatio nullius eſt momenti: cum tamẽ impoſſibilitas verſetur circa locum & tempus adiectum ſtipulationi, non circa rem, quæ dari poteſt. Reſponderi ſolet pleniorem ac benigniorem fieri interpretationem in vltimis voluntatibus. l e. 12. in teſtamentis. de reg. iur. Hinc videmus conditionem impoſſibilem adiectam legato pro ſcripta haberi. l. 3. de cond. & demon. nocere tamen eandem ſtipulationi. l. 7. impoſſibilis de verb. oblig. Nec obſcura eſt ea differentia ſtipulationis & legati, quam Vlpian. eo. in loco tradidit. Vterque locus eſt ex Vlpian. lib. 6. ad Sabinum. Simile eſt autem hoc legatum, de quo loquimur, legato ſub conditione impoſſibili. Sicuti conditio ſeparari poteſt legato, ita loci aut temporis adiectio. Itaque vulgo dicitur anguſtias temporis non nocere bonæ fidei cõtractibus. quia dicuntur habere eandem naturam vltimæ voluntates, & bonæ fidei contractus. l. in minorũ. C. in quib. cauſ. integ. reſtit. non eſt neceſſ. Exemplum adducitur ex l. inſulam. §. 1. ſupra, loca. & cond. Eatenus

obligatio contrahitur, quatenus vir bonus de ſpatio temporis æſtimauerit. Sed adhuc tamanet ſcrupulus, quia conditio impoſſibilis nocet contractibus bonæ fidei. le. non ſolum. de oblig. & act. Non debent igitur hic contractus bonæ fidei, à ſtricti iudicij contractibus diſtingui. Itaque cogimur aliam ſolutionem quærere. Et ſane d. l. inſulam videtur alio ſenſu accipiendam eſſe. Diſſimilis eſt enim ſpecies ei, quæ eſt in §. loca vbi euidens eſt impoſſibilitas ex illa ipſa conceptione, hodie Carthagini dabis? Idem videretur dicendum io locatione ipſa, ſi cõuenerit, vt intra vnum aut alterum diem domus ædificetur. Hæc vidatur eſſe horum cogitatio, vt nihil agi exiſtiment. argu. d. l. non ſolum. quæ loquitur etiam de bonæ fidei. iudiciis. In ſpecie l. inſulam. intelligimos tempus adiectum aſſe intra quod veriſimiliter putaretur op⁹ perfici poſſe. Redemptor ait ſe adhibita ſumma diligentia non potuiſſe. Sequimur quod bonum & æquũ eſt § In bonæ fidei. Inſtit. de act. Hæc interpretatio videtur probabilior, ex qua colligitur ne contractus quidem bonæ fidei omnino ſimilas eſſe vltimis voluntatibus. Alia eſt antinomia ex leg. cũ heres. §. 1. de ſtatulib ſi libertas in tam longum tempua collocata ſit, vt eo tempore viuere non poſſit, ait Iureconſ. non eſſe ſtatuliberum. dictio enim temporis non reiicitur, na fauore quidem libertatis. Ergo &c. Reſpondeo ſpeciem diſſimilem eſſe. Hic tempus coarctatur fauore legatarij. ibi producitur ita vt appareat animum dandæ libertatis non eſſe. Stichus centeſimo anno liber eſto. Qui ita loquitur, videtur ſeruum irridere. Sicut Areopagitæ com iuſſerunt adeſſe raum canteſimo anno, oſtenderũt ſe nollaeum adeſſe vnquam io iudicio. Idem ſi teſtator iubeat Stichum dari poſt centum annos. Ratio loquendi quæ vſitata eſt ac recepta, oſtendit quid animi habuerit teſtator.

Dixi anguſtias temporis legato nõ nocere. Sicque aſſe accipienda verba teſtatoris, quaſi duo præcepta ſiot. Hanc etiam interpretationem receptam non eſſe in ſtipulatione, quę ſtricti iudicij aſt. § loca. Inſtit. de verb. oblig. Addimus quædam alia, quæ probabiliter quidẽ dicuntur & magna ex parte vera ſunt: ſed vereor oe ſpeciei, quam nunc tractamus, parum conueniant. Si ponamus iuſſum eſſe hæredem dare intra triduum nõ facta loci mentiona. In hac ſpecie videtur nihil opus aſſe tali diſtinctione, cum in ea nihil impoſſibile cõtineatur, quod poſſit nocere legato. Imo ne ſtipulationi quidem. Si quis enim promiſerit dare Stichum intra triduum. non ideo minus obligatur, quod ille ſeruus Gadibus ſit. l. continuus. 137. §. illud. de verb. oblig. Ait ibi Iureconſ. confeſtim dari debere Stichum, nec quęrendum eſſe vbi ſit. alioquin promiſſor pecunię excuſaretur ob inopiam: quia dare non poteſt. Promiſſor Stichi excuſaretur ſi dominus eum vendere nolit: quia dari non poteſt. Difficultas bic non eſt in re: ſed in perſona. Res dari poteſt, quamuis promiſſor, aut hæres dare non poſſit propter incõmoditatem loci, tẽporis vel ſimil. Nihil ergo aduerſatur conſtitutio Iuſtin. de his, quæ pœnæ nom. relinq. de præcepto impoſſibili. Nam illa impoſſibilitas hic eſt, nec ita impoſſibile accipiunt Iureconſulti. Non eſt igitur opus illa diſtinctione & interpretatione de qua diximus, quod duplex præceptum ſit, &c. quamuis ea diſtinctio improbanda non ſit. Si quis opponat dict. §. loca. reſpondeo non magis aduerſari huic noſtræ legi, quam d. leg. cõtinuus. quæ loquitur de ſtipulatione. Species di. l. cõtinuus. §. illud. eſt ſimilis noſtræ. Sed illi duo loci de ſtipulatione debent conciliari, vt ſcripſi ad dict. §. illud in ſpecie §. loca. euidens eſt impoſſibilitas ex ipſa conceptione verborum. Itaque non valet ſtipulatio. Creditur eſſe eorũ cogitatio vt nihil agi axiſtimẽt. leg. oõ ſolũ. de oblig. & actionib⁹. Ac in dubio ſit interpretatio cõtra ſtipulatorẽ. l. ſtipulatio iſta 38. §. in ſtipulationibus. de verb. oblig. Idem dicendum in contractibus bonæ fidei, vt dixi. ſi conuenerit, vt hodie inſula ædificetur, arg. dict. leg. noo ſolum. quæ loquitur de contractibus etiam bonæ fidei. Nec obſtat dict. lex, Inſulam. ſupra de loc. & cond. In qua eſt ſpecies longè diſſimilis, vt diximus. Hoc amplius in legato id quoq; locum habet. Puta, Volo hæredem meum dare Carthagini, vel Gadibus, quo dia moriar: vel triduo quo mortus fuero. Contendo legatum hic oon valere, propter euidentem impoſſibilitatem, quæ verbis exprimitur. quod nõ accidit in ſpecie Pomponij, quam tractamua. Teſtator iuſſit dari ſaruoa iotra triduum, &c, nec quicquam aliud adiecit de loco, hi forte erant Gadibus. In altera ſpecie locus exprimitur, Volo hæredem meum Carthagioi dare, quo die moriar. Quara dico legatum non valere. arg. leg. 6. ſi quis ita inſtiturus. ſupra de cond. Inſtitut. Vbi conditio euaneſcit propter tempus expreſſum verbis teſtatoris, intra quod ooo poteſt fieri quod factum eſſe cauit. Nec ibi temporis adiectio habetur pro noo ſcripta, vt hæres cogatur monumentum facere intra tempus moderatum. Non eſt etiam cõtrarium quod dicitur in leg. 3. de con. & demon. Id enim obtinuit io conditione impoſſibili, vt ibi dicitur. Nihil huiuſmodi reperitur de adiectione temporis, imo refragatur dict. leg. de cõditionib. inſtit. quæ vt vere dicam, magis me traxit io hanc ſententiam, quàm vlla alia ratio. Neminem enim reperio ex tot ſcriptoribus, qui mihi huoc nodum expediat. Nam ferenda non eſt interpretatio Pauli euaneſcere conditionem, id eſt, tẽpus io conditione appoſitum. Noo ſum tamen adeo hebes, vt animaduertam contrariam opioionem aliquid humanitatis præ ſe ferre. Sed loogè certius eſt, quod aſſerimus, & magis conſentaneum veterum ſententiæ. Hęc ſufficere viſa ſunt ad interpretationem huius loci. Nam quod Accurſ. obiicis ex leg. itẽ illa de cõſtit. pecun. ad rẽ non pertinet. Alij annotant morientẽ facere poſſe teſtamentum. Dixi quid ſantiam ad leg. quoniam iodignum. Cod. de teſtamen. Alij quæſtionem tractant, cum teſtator iubet aliquid dari triduo, quo mortuus fuerit, an currat tempus à morte, an ab adita hæreditate? Sed hæ quæſtiones extra rem ſunt.

Ad §. Regula.

POmponius bic regulam tradit pertinentem ad locum de perſonis, quibus legatur. Nihil tam vulgare ac protritum quàm ſeruis legari. Quid tamẽ mirum videtur, quia ſeruus legati capax non eſt. l. quod attinet. infra de reg. iur. Ac legari eis tantum poteſt quibuſcum taſtamenti factio eſt. §. legari. Inſtit. de leg. Cum ſeruis non videtur eſſe teſtamenti factio, quæque poblici iuris eſt. l. 3. ſupra de teſta. Sed receptum eſt vrilitatia cauſa, vt valeat legatum propter perſonam domini, cui acquiritur. Spectatur ergo perſona domini, vt dicitur in l. 84. debitor. §. ſeruo. de leg. 2. Idem dicitur in l. non minus. 31. ſupra de hęred. inſtit. & l. neque. C. eo. tit. Obiicitur ex l. 3. infr. de l. præſtan. non inſpici cui acquiratur legatum: ſed cui honos habitus ſit. Dixi ſupra eo. ad l. cum filio famil. illam ſententiaoi non eſſe accipiẽdam pro regula, more aorum qui omnia dicta Iuriſconſ. ſolent in theſes & regulas redigere, quæ vocant brocardia iuris. Opponitur huic regulæ, quod aliquid poteſt legari ſeruo, quod non poteſt domino, puta res ipſius domini. d. l. debitor. de lega. 2. Et contra aliquid poteſt legari domino, quod nõ poteſt ſeruo. l. etſi maxime. infra de ſeruit. legat. vbi ad fundum domini via ſeruo fruſtra legatur. Reſpondeo ad vtrumque. In l. debitor. non ideo legatum relictum domino inutile eſt,

quòd

cum domino nō ſit factio teſtamenti. Eſt.n.liber & ciuis: ſed quia res mea mihi acquiri non poteſt. Ex perſona igitur ſerui poteſt conſiſtere legatum, quod non conſiſtit ex perſona domini, modo ſit cum domino teſtamenti factio. Cum quæritur, an cum legatario ſit teſtamēti factio, inſpicitur perſona domini. Cum quęritur, an res talia ſit vt poſſit legatarius eam capere & acquirere, ſpectatur perſona ſerui. Ad leg. etſi maximè. dico conſiſtere legatum ex perſona ſerui. ac videndū an liber factus capere poſſit. Quod non accidit in ea ſpecie. Certum eſt inſpici perſonam vtriuſque, ſecundum diſtinctionem dict. leg. debitor. Sed adhuc videtur obſtare regula noſtra. Quibus legare poſſumus eorum quoque ſeruis, &c. At ſeruitus legari poteſt domino. Ergo & ſeruo. Sed captio eſt in hac argumētatione Maior enim ad qualitatem perſonarum pertinet, quæ eſt regula noſtra, cætera ad qualitatem rerum. Sic eſſet argumentandum, Quæcunque res poſſit legari domino, eadem & ſeruo, &c. Sed hoc falſum eſt, aliquid poſſe legari ſeruo, quod non domino, & contra. Vt igitur hæc clarius doceantur, & ſine confuſione, quęſtiones ſeparandæ ſunt. Cum dubitatur de viribus legati ſeruo relicti, duo inquirenda ſunt. Primum quæritur, an ſit factio teſtamenti cum legatario, id eſt, an ſit ciuis, &c. Et certum eſt inſpici perſonam domini ſecundum regulam noſtram. Deinde quæritur, an res huiuſmodi ſit, vt legatario acquiri poſſit. Et hæc quæſtio nihil ad regulam noſtram pertinet. Inſpicitur perſona ſerui, an factus liber capere poſſit. Superſunt difficiles antinomiæ, de quibus proxime diſſeremus.

Dixi, legatum ſeruo ita valere, ſi ſit cum domino teſtamenti factio. Idque ſatis plene & copioſe à me declaratum eſt. Occurrit antinomia difficilis ex l. 81. ſi ſeruus eius. de acquir. hæred. vbi valet hæredis inſtitutio, quamuis dominus inſtitui non poterit. Difficultatem auget lex, ſi alienum. 67. §. in extraneis. de hæred. inſtit. vbi tria tempora inſpici debent. Idem dicitur in §. in extraneis. Inſtit. de hæred. qualitat. & differ. Ergo non ſufficit tempore aditionis capacem eſſe. Reſpondeo loqui Terentianum de domino, qui capere non poteſt: non de eo, cum quo non eſt teſtamenti factio. Dicitur cum eo teſtamenti factio non eſſe, qui non poteſt hæres inſtitui, aut cui non poteſt legari. l. filiusfamil. ſupra de teſtam. cuiuſmodi eſt peregrinus. Non capere dicitur etiam is cum quo eſt teſtamenti factio plerumque. l. ex facto. §. Iulianus. ſupra de vulg. ſubſtit. Cum hæreditas aufertur alicui vt indigno, is nihilominus hęres eſt, & adit hæreditatem. Capere intelligitur cum effectu. leg. 79. aliud infra de verb. ſign. leg. 52. nō videtur quiſquam de regu. iur. Sumpta eſt lex, aliud. ex leg. 1. ſi cui plus quam per legem Falci. lib. 79. ad edict. Exemplum autem ſumi poteſt ex lege Iulia & Papia, quam interpretatur Terentianus. Nam & inſcriptio eius capitis eſt, Terent. ad l. Iuliam & Papiam. Cęlebs poteſt inſtitui, & eſt cum eo teſtamenti factio: ſed non poteſt capere, niſi intra centum dies legi paruerit, id eſt, niſi duxerit vxorem, parens legi Iul. & Pap. Vlpian. in Inſtit. tit. de cad. & aliis pleriſque in locis. Tunc hęreditas caduca, vel legatum caducum efficitur, & acquiritur fiſco. Nec refert, inquit Terent. an ſolidum capere poſſit, an partem. Exemplum huius poſterioris partis etiam ſumi poteſt ex eadē lege Iul. ſi vir liberos non habens vxorem hæredem inſtituerit. Nam alter ex alterius teſtamento decimam tantum capit iure antiquo. Vlpian. in Inſtit. tit. 15. de decimis. Scripſi lib. 1. diſput. cap. 79. huc pertinet tit. 16. apud Vlpian. de ſolidi capacitate inter vir. & vxor. Ergo recte hæres inſtituitur ſeru' in hac ſpecie. Neq; obſtat regula quę loquitur de domino, cū quo nō eſt teſtamenti factio, Idque Vlpia. ipſe aperte oſtendit in Inſtit. tit. 22. qui hæred. inſtitui poſſ. Alienos ſeruos hæredes inſtituere poſſumus, eos tamen quorum cum dominis teſtamenti factionem habemus.

Alia eſt antinomia difficilior ex leg. ſi deportati. 7. infra de leg. 3. Nec dici poteſt deportatum habere teſtamenti factionem, vt plerique exiſtimauerunt. Eſt enim hoc controuerſum, & multæ variæque opiniones reperiuntur. Sed ego facile probabo, cum eo non eſſe factionem teſtamenti. Primum, quia peregrinus eſt, nec capax eſt eorum, quæ ſunt iuris ciuilis. leg. 17. quidam. de pœn. At teſtamenti factio eſt iuris ciuilis & publici. l. 3. ſupra de teſtam. Et hoc ſatis expreſſum eſt l. 1. Cod. de hæred. inſtit. vbi perinde eſt ac ſi hæredes ſcripti nō eſſent. Quod adiecit Imp. Anton. in d. l. 1. tollendæ ambiguitatis cauſa, ne quis verbum, capere, ita interpretetur, vt ſupra dixi. Et locus eſt ſimilis apud Vlpian. Inſti. tit. qui hæred. inſtit. poſſ. Dedititius hæres inſtitui non poteſt, quia peregrinus eſt, nec cū eo eſt teſtamēti factio. Præterea id perſpicuum eſt ex ipſa lege Falcidia, ib', Qui ciuis Romanus ciui Rom. &c. Non poteſt ergo legari peregrino. Peregrinus opponitur ciui. leg. ſed ſi hac. ſupra de in ius voc. Satis ergo demonſtratum eſt deportatum non modo capere non poſſe: ſed etiam cum eo teſtamenti factionem non eſſe. Non poſſe inſtitui, non poſſe ei legari. Quod cum ita ſit non videtur ſeruo deportati legari poſſe. Variæ opiniones hic ſunt, & inuenio vſque ad nouem, quas non curo hic referre, cum nulla mihi probetur. Addo igitur decimam, vt numerus plenior ſit. Arbitror fideicommiſſum poſſe relinqui deportato, quamuis ei legari non poſſit. Paul. ibi loquitur de fideicommiſſo. In fideicommiſſis autem non ſeruantur ſubtilitates iuris ciuilis, ſicut in legatis, vt oſtendi in interpretatione tituli. Differentiæ multæ ſunt iuris veteris quæ etiam ad perſonas ſpectant. Ecce, Vlp. in Inſtit. tit. 25. da fideicom. Latini Iuniani ait, per fideicommiſſum capere legatum non poſſunt.

Aliud exemplum ex eod. Vlpian. Reſpublica non poteſt hæres inſtitui, & tamen ei hæreditas per fideicommiſſum relinqui. titul. qui hæred. inſtit. poſſ. Huc pertinet locus Theophil. Inſtit. de fideicom. hæred. vbi oſtendit ſolitos fuiſſe veteres peregrinis relinquere per fideicommiſſum, quos non poterant directo inſtituere. Deportato igitur (quamuis peregrinus ſit) fideicommiſſum vtiliter relinquitur. Non obſtat lex Falcidia quę de legatis loquitur. Tēpore legis Falcidię fideicommiſſa nondum erant in vſu, vt ſupra oſtendi. Sed hoc fideicommiſſum relinquitur fiſco, niſi &c. Triplex quæſtio hic eſt. Vna, an valeat fideicommiſſum. Et dicitur valere. Altera eſt, an fideicommiſſarius capiat, an fiſcus. Et diſtinguendum eſt, vt hic dicitur. Non obſtat regula Catoniana. §. an ſeruo. Inſtit. de leg. Quia legatū vtile eſſet, ſi tempore teſtamenti teſtator deceſſiſſet. Non ideo minus legatum valet, quod fiſcus aufert, &c. Imo ſi non valeret, & pro non ſcripto eſſet, fiſcus nihil caperet. l. ſi in metallum de iis quæ pro non ſcript. habent. Nec aduerſatur illa lex iis quę iam diximus. Quia deportatus non admittit libertatem, ſicut damnatus in metallum. l. Quidam. de pœn. & Inſtit. de capit. deminut.

Ad §. In legatis.

LOcus hic pertinet ad effectum legati. Voluntas teſtatoris lege ſeruanda eſt. leg. verbis. legis. infra de verb. ſignifi. Nouel. conſtit. de nupt. §. diſponat. Sed quid ſi diuerſa aut contraria in teſtamento reperiātur? Ait Iuriſc. hic nouiſſimam ſcripturam ſeruandam eſſe. Videtur enim pœnituiſſe & mutaſſe teſtator ſententiam. Interdum tamē ſpectatur prior ſcriptura, ſi prio-

ſoluiſſe volente legatario. Nec dubium eſt quin volẽte creditore aliud pro alio recte ſoluatur. dict. §. mutui datio. Vnde igitur colligimus quid debeatur, quid ſit in obligatione? imo bonus aliquis ſophiſta poterit cõtrarium hinc colligere. Nam ſi ideo liberatur hæres, quia ſoluit volente legatario, conſequens eſt eum alias non liberari: nec Stichum eſſe in obligatione. Animaduertendum eſt igitur in hac diſputatione duas quæſtiones eſſe, quæ ſeparari debent, nam vna dependet ex altera. Prior eſt, an debitor hominis, ſoluens creditori Stichum, liberetur? Et hæc quæſtio non hic principaliter tractatur: ſed ponitur tanquam certum & indubitatum debitorem liberari, vt dicitur in leg. & per iuſiurandum. §. ſi ita, qui hominem. infra de accept. Altera quæſtio eſt, quæ pendet ex ſuperiore. Quid ſi debitor hominis non ſoluerit creditori, ſed eius ſeruo? Et hæc eſt præcipua quæſtio huius capitis. Ait igitur Pompon. debitorem ita demum liberari, ſi conſẽtiente domino ſoluerit. Non debet igitur ſolui ſeruo, niſi voluntate domini. l. quod ſeruos. 35. inſ. de ſolut. Sicut aliud pro alio ſolui non debet, ita nec alij perſonæ. Ex iam dictis apparet, legato homine Stichum eſſe in obligatione, alias ſolutione eius debitor non liberaretur. Sed quomodo poteſt dici in obligatione eſſe, cum non poſſit peti? §. huic autem. Inſtitut. de act. Imo potius homo incert⁹ dicitur eſſe in obligatione. Cauſa enim actionis eſt obligatio. Ecce magna iuris varietas hic reperitur. Nam plerunque dicitur incertum hominem eſſe in obligatione. d. §. huic autem. Alibi dicitur in ſingulos homines eſſe in obligatione. leg. Mæuia. 66. §. duorum. de leg. 2. notum eſt enim hominis legato orationis compendio ſingulos homines contineri. Alibi dicitur ſingulos quodammodo ſub conditione legatos videri. leg. 3. inſ. qui & à quib. lib. manu. Hæc tamen quæ tam varia ſunt, pugnantia aut contraria non ſunt ſi recte intelligantur. Ecce cum legatur homo, debetur homo incertus, quem debitor ſoluere maluerit. Itaque recte dicitur hominem incertum peti. d. §. huic autem. quia certum non eſt creditori, quem hominem ſoluere maluerit debitor. Debet tamen aut Stichũ, aut Pamphilum, aut Damam, aut alium. Singulos enim debet quodammodo ſub conditione, niſi alium ſoluere maluerit. dict. leg. Mæuius dict. leg. 3. hæc eſt natura huius obligationis. Non eſt tamen vera & propria conditio, vnde ait Iureconſ. in d. leg. 3. quodã modo, &c. nec eſſe, ſed videri. Si eſſet vera conditio, nõ poſſet agi. leg. cedere diem. Item tranſmittitur ad hæredem. leg. 25. ſi hæredes. §. ſi incerto. ſupra fam. ercis. Cũ ergo quæritur in ſpecie noſtra, an Stichus fuerit in obligatione qui ſolutus eſt. Reſpondeo eſſe in obligatione non ſimpliciter: ſed ita niſi dominus alium ſoluere maluerit. Quare mirum non eſt, ſi ſolutione eius debitor liberetur. Liberatur, inquit, perinde ac ſi Stichus ſpecialiter legatus eſſet. An autem verum ſit quod dicimus electionem hæredis eſſe, diſputabimus ad l. legato. generaliter. 37. infra.

Ad l. 14. Si ita ſit adſcriptum.

TRactatur hic ſpecies perquam affinis & ſimilia ſpeciei l. ſi mihi. §. in legatis. de qua proxime diximus. Cum legantur duo fundi, vterque debetur, niſi teſtator declarauerit ſe velle alterum deberi. Cum legatur bis eadem ſumma ſiue quantitas, plerumque intelligimus multiplicatũ eſſe legatum. leg. plane. 34. infra eod. Vbi dicemus. Nam quæſtio facti eſt, quæ pendet ex coniectura voluntatis. Sed declaratio teſtatoris omnem obſcuritatem ac dubitationẽ tollit. Exempli gratia, Teſtator adſcripſit vt ſemel debeatur, &c. nec refert an ante legatũ, an poſt. Non inſpicitur nouiſſima ſcriptura, ꝓpter volũtatẽ teſtatoris, vt dicitur in dict. §. in legatis. Nõ videtur datum eſſe, quod ademptum eſt ante conſummationem teſtamenti. Sed quod magis ẽrit ademptum quæritur. Teſtator legauerat decem vna parte teſtamenti, altera parte centum, alia parte declarauit ſe velle tantũ vnã ſummã deberi. Sed vtra debebitur vtra adempta erit? Ait exiguius præſtandũ, vt in re obſcura. Nam ei, qui agit, incũbit probatio, quę nulla eſt niſi ſit certa. l. matrem. C. de probat. Petens ergo maiorem ſummam probatione deficitur. Ne hæres quidem oſtendere poteſt exiguum legatum eſſe. ſed nihil refert, quia non incumbit ei probatio. Hinc obſeruandum eſt quod adimitur nondum perfecto teſtamento, non videri legatum. Dicitur non deberi nõ tam quod ademptum ſit, quàm quod nunquam legatũ ſit. Quod mutatur ante conſummationem teſtamenti pro non ſcripto habetur, ſicut in contractibus dicimus l. 9. contractus. C. de fide inſtr. Licet enim ibi contrahentib. arbitrio ſuo mutare ſententiam antequam cõtractus fuerit abſolutus. Et eſt notãdum quod ait ipſo iure non deberi, non hoc inducitur interpretatione aliqua propter æquitatem. Nam & ſi ſubtilitatem iuris ſpectemus, non debetur, quia non eſt ſcriptum teſtamento. Sic in l. 1. ſup. de iis, quę in teſta. delen. Si quid deletum ſit conſulto ante conſummationem, pro non ſcripto eſt: nec ipſo iure debetur: Si quid deletum ſit poſt conſummationem, petens exceptione repellitur. d. l. 1. §. ſed conſulto. Oppon. huic ſententiæ l. 87. non ad ea. inſ. de condit. demonſt. Vbi legatum valet ipſo iure: ſed petens ſummouetur exceptione, quamuis conditio edicta ſit ante conſummationem teſtamenti.

Reſpondeo non eſſe ibi certam reuocationem, & ademptionem legati. Ex eo quod poſterius legatum eſt conditionale, interpretamur reuocatam eſſe prius. Quod ſecundum ſubtilitatem iuris non videtur defẽdi poſſe. Ideo datur exceptio doli.

Sed quid dicemus de legato codicillis adempto? Quęſtio eſt hic vulgo agitata, de qua variæ ſunt opiniones. Quidam putant ipſo iure adimi legatum. citant §. 1. Inſtit. de adempt. legat. Ademptio legatorum firma eſt, ſiue eodem teſtamento, ſiue codicillis fiat. Alij negant quod ademptio fiat poſt conſummationem teſtamenti, vt hic dicitur, quam ſententiam ego ſequor. Si quis intelligat quid ſit ipſum ius, & quæ ſit origo codicillorum, non erit difficile explicare. Ipſum ius intelligitur de legibus pop. Rom. non de iure prætorio, interpretatione pruden. Senatuſconſ. conſtitutionibus, &c. Oſtendi in commentario de in litem iurando. Codicilli autem ex legibus non ſunt. Inſtit. de codicil. vt nec fideicommiſſa. Cur teſtamentum dicatur iuſta sẽtentia, dixi ſub tit. de teſtam. vt differat à codicillis. Sic interpretati ſumus ſupra ad l. 7. legatum. quomodo ſit accipienda l. 35. Titia. §. Lucia. de leg. 2. infra. non obſtat §. 1. Inſtit. de ademp. leg. Non dicit valere ademptionẽ ipſo iure: ſed ait firmam eſſe, &c. Nec improbabiliter dicetur competere exceptionem doli, ſicuti in l. ex parte. de adim. lega. infra. Item in l. militis codicillis. §. veteranus. de milit. teſtam. niſi codicilli ſint teſtamento confirmati. l. 30. talia. & l. ſeq. infra eod.

Ex hoc cap. 14. cœpimus annotare, quæ viſa ſunt obſeruatione digna. Diximus quod adimitur ante perfectionem teſtamenti, non videri legatum: vt cum teſtator declarat ſe velle ſemel dari, quod bis legauit. hæc declaratio facit, vt intelligamus datum non eſſe.

Secũdo obſeruãdũ eſt, nihil referre in qua parte teſtamẽti hęc declaratio adſcribatur. Vnde colligi ſolet theſis & reg. Citãtur multę leges, l. quidã de pec. lega. l. vlt. de re. dub. l. 3. §. fili⁹. de lib & poſth. l. 1. C. de lib prę. & alię ſimiles. Verũ prudẽter admonuerũt quidã non poſſe hoc certa regula diffiniri. Omnis definitio eſt

Digitized by Google

periculoſa in Iure.l.omnis definitio.de reg.iur.Sed maxime in iis,quæ facti ſunt.l.mora.ſupra de vſur. Nam hoc verſatur in coniectura voluntatis.Propoſita igitur quaque ſpecie expendenda erunt diligenter ea, ex quibus voluntatis coniectura fieri ſolet.

Tertio obſeruandum eſt, in dubio quod minus eſſe præſtandum. Rationem ego adduxi & declaraui ſup. Cui addendum eſt in dubio accipiendam eſſe eam interpretationem, qua exoneratur hæres. l. vnum ex familia.67.§.ſi rem. de legat.2. l. 38. Sticho. de vſuf. leg. hoc autem locum habet non tantum in teſtamentis, ſed etiam generaliter in contractibus, & aliis actibus. l.9.ſemper in obſcuris.de reg.iur. Quomodo autem hoc accipiendum ſit, alia regula edocemur. l. ſemper in ſtipulationibus.de reg.iur.infra. Videndum eſt ante omnia num in coniecturis poſſit apparere voluntas. Exempla ſunt vulgaria. Vnum in l.cum ſeruus,alias,apud Iulianum.§.ſcio.infra eo.tit. Vnde colligitur ratio,de qua dixi ſupra.quia legatario incũbit probatio.

Aliud exemplum in l.qui concubinam.29.§.1. de legat.3. Vxor tantam partem habeat,quantam vnus hæres. Aliud in l.nummis.73.de leg.3.Ex qua lege colligitur idem quod ex d.l.ſemper in ſtipulationibus. nempe inquirendam prius eſſe vnlontatem ea coniecturis. De ſtipulatione exemplum vulgare eſt in l.ſi ita ſtipulatus. 109. infr. de verb. oblig. decem aut quindecem dabis,fit interpretatio contra ſtipulatorem. l. ſtipulatio iſta.§.in ſtipulationibus.eod.tit. Aliæ autem occurrunt ſpecies,in quibus videntur Iureconſ. hanc regulã ſecuti non eſſe. Verum ſi diligenter conſiderentur, apparebit magna diſſimilitudo. Quædam igitur recitandæ ſunt,huius rei demonſtrandæ gratia. Vna ſpecies eſt in l.ſi ita fuerit.de rebus dub.vbi dicitur ademptionem in vtrumque valere, quaſi vtrique ademptum ſit. Florentinus codex habet ademptionem. Non inſpicimus vtrum horum legatorum ſit maius, aut minus. Reſpondeo huic regulæ locum eſſe, cum ambiguitas verſatur circa res,quarum altera maior eſt, altera minor & exiguior. In ea ſpecie ambiguitas eſt circa perſonas. Non quæritur quid legatum ſit:ſed cui. In ſpecie noſtra certum eſt cui legatum ſit. Et certum eſt alterũ ex duobus ci legatum eſſe:ſed vtrum,dubitatur. Itaque dicitur xiguum.&c. Quod autem dicitur in d.l.ſi ita fuerit, difficultatem habet propter antinomiam ax l.3. §.ſi quis duobus.de l.præſtan. Sed longius euagari nolumus à propoſito.

Alia ſpecies eſt in leg.33.qui lancem.de auro & argẽ. legat.vbi non minima lanx debetur,ſed media. Diſſimilis eſt etiam hæc ſpecies, qoia proponitur habuiſſe tres lances. Vſus Latini ſermonis exigit vt minorem intelligamus, quæ media aſt. Diximus ſupra regulam hanc ſolum habere, niſi ex coniecturis alia voluntas appareat. Alia ſpecies eſt in l.38. Titia.§.Seia.de auro & arg. l. vbi debetur argenteum ſignum non æreum Plerique exiſtimant ſic ibi reſponſum à Scæuola fauore religionis. Quæ opinio conuenit lectioni Florentinæ,vbi ærea legitur,non aurea. Si aurea legamus, dicendum erit Sæuolam reſpondiſſe ſecundum regulam noſtram. Sed periculoſum eſt à Floren.lectione recedere. Alia ſpecies in l.ſi is,qui ducẽta.in princ. de reb. dub. vbi ex verbis teſtatoris ſatis apparet voluntas. Ambiguitas quidẽ eſt aliqua:ſed non tanta,vt non appareat voluntas. Nam particula,cum,oſtendit expreſſe eſſe duas ſummas à teſtatore. Quæ duæ ſummæ iunctę efficiunt quinquaginta. Alia ſpecies eſt in l. quod traditum,ſed ibi eſt fauor libertatis. Aliæ ſpecies parum habent difficultatis. Quod obiicitur de legato generaliter relicto,alibi tractabitur,leg.qui duos.& l. legato generaliter.infra. Nam ibi non eſt incerta voluntas teſtatoris,vt dicemus cum eò venerimus.

Ad l.Qui quartam.15.

QVæſtio hic eſt ſcripti & voluntatis, Si quis legare volens quartam partem,legauit dimidiam, aut contra. Pendet ex his,quæ diximus ſup.ad l.4. Diximus ibi,errorem in nomine proprio non nocere:in nomine communi nocere. Duplex igitur quęſtio hic eſt. Vna,cum quis quartam legare volẽs,dimidiam ſcripſit, vtra debeatur? Et ait Proculus, quartam legatam: de qua teſtator ſenſit. Nec vero id alienum eſt à ſignificatione verborum. Quandoquidem is qui legat,dimidiã legat quartam. l. in eo quod plus. m. infra de reg. iur. Altera quæſtio,ſi dimidiam legare volẽs,legauit quartam, quæ debeatur? Idem ait valere legatum,nec aliud adiicit. An debeatur dimidia,non ſatis exprimit. Sed exiſtimo his verbis ſignificari, deberi quod plus eſt. Quaſi voluntas hic ſpectari debeat, magis quam ſcriptura. Nam particula,ſed & ſi,hoc demonſtrat. Id autẽ apertius traditur in l.quoties.9.§.1.de hæred.inſtit. Cũ plus eſt cogitatum,& minus ſcriptum, valet quod actum eſt.

Non eſt contrarium quod dicitur non ſufficere volũtatem,ſi erratũ ſit in nomine communi. Id enim nõ intelligitur, cum erratum eſt in nominib. quantitatis. facilis eſt lapſus & error in his nominibus,& excuſationem meretur. Deinde hic non dicitur aliud ſcriptũ aliud cogitatum:ſed plus,aut minus cogitatum,quam ſcriptum. Voluntatis contrariæ probatio hic requiritur. Nam in dubio ſequimur verba. l.non aliter.de legat.3. De hac autem probatione nihil in vniuerſũ præcipi poteſt. Ex antecedentibus & conſequentibus poterit fortaſſis apparere. l. qui fillabus. 17. infra hoc tit. l.ſi ſeruus plurium.§.vl.l.nummis.de lega.3. Ac facilior quidem eſt præſumptio erroris,cum dicitur plus ſcriptum & minus cogitatum. quia verba nõ repugnant, vt iã dixi. In eo quod plus eſt,minus continetur. leg.cũ furti.ſupr.de in lit.iurand.l.1.§.ſi ſtipulãti.de verb.oblig. Cum dicitur plus cogitatum, æquum eſt requiri fortiorem probationem,quia verba deficiũt. Sed quomodo illud plus,poteſt deberi, cum nullo modo expreſſum ſit? argu. l. quidã cũ filiũ.de hæred.inſtit. ſup.

Ad §.Siquis vnam.

SPecies hic tractatur pertinens ad ius accreſcendi, ſicut & aliæ ſequentes,vſque ad l.qui filiabus. Species:an poſthuma contineatur his verbis,quæſtio facti eſt,de qua in l.qui filiabus. infra eod. Iuriſconſul. hic ait ſuperſtiti ſolidum deberi. Ratio eſt,quia coniuncti ſunt legatarij.§. ſi eadem. Inſtitu. de lega. Ideo ius accreſcendi locum hic habet. Notandum eſt igitur eum, qui filiabus legat decem,coniunctim legare. Quanquã de eo poterat dubitari,quia pecunia legata eſt. Difficilis quæſtio eſt, cum duobus legatur eadem ſumma, puta decem,an ſint coniuncti. de hac tractaui lib. 1. de iur.accreſc.c.7. Dixi non videri coniunctos quaſi non ad aandem rem vocentur. l.84.huiuſmodi.quib.eo. Enumeratione enim perſonarũ videtur diuiſa ſumma. argu.l.cui fundus.55.infr. de cond.& demonſtr. Numero diuiditur obligatio in pecunia, & aliis huiuſmodi rebus. l.cum Stichus.29.infra,de ſolut. Fundus non diuiditur numero,ideo partes dicuntur eiuſdem rei. In hac autem ſpecie non eſt expreſſa enumeratio perſonarum,vt dici poſſit diuiſa ſumma eſſe. Præterea huic coniunctioni reali accedit coniunctio verborum & orationis. Hæc nomina collectiua apta ſunt ad coniunctionem faciendam.13.interdum. ſupra de hæred. inſtit: Sunt igitur hi coniuncti re & verbis:quia nulla eſt diuiſio partium. Alij putant coniunctos eſſe verbis tantum,quod falſũ eſſe oſtendi lib.1.de iure accreſ.cap. 9.

ad l.16

Ad l.16. Si duobus.

SPecies eſt de iure accreſcendi, vt ſuperior. Cauſa dubitationis eſt. quia pars deficiens accreſcit coniuncto. §. ſi eadem. Inſtit. de lega. Sed veteres intellexerunt partem deficientem accreſcere cum ea conſiſtit, ab initio in perſona legatarij. Nā quod ab initio nō cōſiſtit, habetur ꝑ nō ſcripto. ideo remanere penes hæredem debet. Exempla reperiuntur in hoc tractatu, veluti in l. plane. 34. §. ſi coniunctim. Aliud in l. huiuſmodi. 84. §. ſi Titio infr. eod. Aliud in l. ſi Titio. 7. de lega. 2. Sed aduerſari videtur l. quo loco 20. ſupra de hæred. inſtit. vbi pars, quæ pro non ſcripta eſt, accreſcit cohęredi. Sed facilius admittitur ius accreſcendi in hæreditate, nā quis decedat pro parte teſtatus, &c. § hæreditas Inſtitu. de hæred. inſtit. l. ius noſtrum. 7. inf. de reg. iur. Difficilior antinomia eſt ex conſtit. Iuſtin. de cadu. tollen. § & cum triplici. & §. in primo. Quidam cenſent loqui Iuſtinia. da coniunctis re tantum. Ratio exigit vt ſolidum debeatur alteri. Quia ſermo teſtatoris ſolidū ei attribuit, magis dicitur non minui, quam augeri legatum. Verum Iuſtin. dicto §. in primo. loquitur de quocunque coniuncto. Verba enim non magis re cōiunctum ſignificant, quàm verbis coniunctum. Alij alia comminiſcuntur. Ego quid ſentiam ſcripſi libro 1. de iure accreſ. cap. 18. Dixi Iuſtinia. derogare iuri antiquo, quod in Pandect. relatum eſt. Leges enim poſteriores derogant priorib. l. vltim. ſupra de conſt. prin. Nam Iuſtinian. cum ait nihil contrarium reperiri, de iis conſtitutionibus non intelligit. Edita eſt ea conſtitutio poſt compoſitione Pandecta. Iuſtini. & Theodoro Paulo Coſſ. Catalogus conſulum editus ab Haloandro hoc ſatis demonſtrat. Huc accedit quod Iuſtini. in ea conſtitutione mentionem facit Pandectarum. §. ne autem. vocat compoſitionem noui iuris. Quocunq. igitur modo defecerit legatum, accreſcit legatario, vt dicitur in § ſi eadem. Inſtitut. de legat.

Ad §. Hæres.

NOn diſſimilis eſt hæc ſpecies ſuperiori. Titium & Sempronium damno dare decem Mæuio. Titius non fuit hæres inſtitutus, vel non erat in rerum natura, an totum legatum debeat Sempronius? Quæſtionem facit quia onus iniunctum vni, ad alterum nō videtur pertinere. Sed hic fuerunt coniunctim onerati. Itaque videtur ſenſiſſe teſtator, vt ſi alter deficiat, alter ſubeat totum onus. Alias onus inutiliter impoſitū eſſe diceretur pro ea parte. l. ab eo C. de fideicom. ibi, quē nō honoro, &c. Idem dicitur in l. quidam. ad fin. ſuprà de codicil. Additur altera ſpecies ſimilis, in qua vterque eſt hæres: ſed alter repudiat. Ratio, quia æquum viſum eſt partem accreſcere cum onere. Huc pertinet l. ciuitatibus 125. § 1. infr. eodem. Simile eſt in l. ſi Titio 63. infra de lega. 2. Antinomia veluti ex l. Celſus. 29. §. vlt. de lega. 2. Reſpōderi ſolet, ibi relictum fuiſſa nominatim ab vno. Hic autem fuit legatum duobus ſimul & coniunctim. Cum vnum legatum relinquitur à duobus, vno deficiente, alter totum debet. Ego quid ſentiam de hac re ſcripſi lib. 2. de iure accreſ. cap. 2.

Ad §. ſi Titio.

HÆc ſpecies etiam pertinet ad ea quę ſuperius dicta ſunt. Cauſa dubitationis ex hac ipſa l. ſi duobus, in prin. vbi locum non habet ius accreſcendi, cum alter non eſt in rerum natura. Verùm alia cauſa eſt eius, qui eſt in vtero, & ſperatur naſciturus. In ſuperiore caſu habetur pro non ſcripto, nec conſiſtit in perſona legatarij. Hic aūt conſiſtit propter ſpem. Peccatū igitur eſt grauiter à Bart. & aliis, vt Zaſius admonuit, qui intelligunt hanc legem cū non eſt in rerum natura, nec eſſe ſperatur: contrariā verò legem accipiunt, cū non eſt, ſed eſſe ſperatur. Nihil potuit dici alienius à mente & ſententia Iureconſulti. Conſultum eſt dicere non ſperari natiuitatem poſthumi, ſi non aliqua ratio hoc ſuadeat. Obſerua, ius accreſcēdi locum habere inter coniunctos quocunque modo cōiuncti ſint, etiam ſi verbis tantùm. Scripſi lib. 1. de iure accreſcen. cap. 10. Quidam ſunt in ea hæraſi vt dicant non eſſe ius accreſcendi, quoniam, inquiunt, non vocantur ad eandem rem. Partes habent ex verbis taſtatoris. Sed diuiſio non facit quominus eadem res ſit.

Ad l. qui filiabus 17.

QVęſtio hic tractatur facti magia quam iuris. Pertinet ad interpretationē voluntatis, ſicut & multæ aliæ in hoc tractatu. Species: Quidam legauit filiabus ſimpliciter, nec addidit, quæ natæ eſſent, aut naſcituræ. Quæritur, an legatum poſthumis debeatur? Cauſa dubitationis eſt, quia nō videtur de iis cogitaſſe, quę nondum natæ erant. Vlpian. ait videri legatum etiam poſthumis. Hoc enim caſu non poteſt dici de eis non cogitaſſe.

Hactenus omnia ſunt plana & perſpicua: ſed difficultas naſcitur ex antinomia. Nam cōtrarium videtur quod idem Vlpianus ait in l. ſi quis filiabus. de teſtam. tutel. vbi tutoris datio valet. Nec requiritur alia coniectura voluntatis. Nec diuerſa eſt ratio legati, & tutelæ dationis. ergo, &c. l. à Titio 108. de verborum oblig. Similis locus eſt in §. vlt. Inſtit. qui teſta. tut. dari poſſ. tranſlatis penè totidem verbis ex d. l. ſi quis filiabus. Eodem pertinet quod dicitur in leg. nomen filiarum. infr. de verborum ſignifi.

Nomen filiarum etiam in poſthumam cadere quæſtionis non eſt. Cur ergo non dicemus ſimpliciter hoc legatum ad poſthumos pertinere? Sol. Vulgo diſtinguitur datio tutelæ à legato. Legatum, inquiunt, datur ratione affectionis, tutela ratione filiationis. At maior eſt affectio erga iam natum filium, quam erga poſthumum, qui nondum natus eſt. Hæc ratio diuerſitatis improbatur ac refutatur ab aliis quibuſdam. Horū rationes & argumenta, quæ multa ſunt, non curo hic referra. Vna me ratio præcipuè mouet, de qua breuiter dicam. Nam Vlpia. in d. l. ſi quis filiabus, hanc tātùm rationem affert, quia filiæ appellatione poſthuma continetur. Ineptum eſt igitur alias rationes comminiſci, quaſi ea non ſit idonea, aut firma At ea ratio conuenit etiā legato. in legatis ſequimur proprietatē verborum niſi euidens ſit voluntas cōtraria. l. non aliter. 69. de lega. 3. Quid igitur dicemus? Animaduerti ex inſcriptione capitum, hæc eodem in loco ſcripta fuiſſe ab Vlp. vt abſurdum ſit dicere eum pugnantia ſcripſiſſa. Eadē eſt inſcriptio huius legis, & leg ſi quis filiabus. & leg. nomen filiarum. Vlp. lib. 15. ad Sab. Quomodo potuerint hæc ita ſcribi ab Vlpian. vt cohęrent, facilè demōſtrabo, niſi fallor. Quærebatur, ſi quis legauerit, aut tutorem dederit filiabus, vtrum poſthumis proſpectum quoque eſſet? In hac quæſtione Vlpian. in primis ait dubiam eſſe voluntatem. nam & appellatione filiarum continentur etiam poſthumę: tamen poteſt videri pater oblitus eſſe earum, quæ nondum natæ eſſent, vt ſæpe accidit: quo caſu reſtringenda eſſet interpretatio verborum, propter volūtatem præſumptam. Ait igitur videndum eſſe, quid actum ſit. idque æſtimandum ex coniecturis. Pone mentionem feciſſe poſthumæ in aliqua parte ſui teſtamenti. Tunc euidēs eſt eum de poſthumis cogitaſſe. Pone enim feciſſe mentionem vxoris ſuæ quaſi ſterilis. hoc caſu iudicabimus eū nō cogitaſſe de poſthumis. Si ex cōiecturis nō appareat quid ſenſerit, ſequemur proprietatē verborū: dicem⁹ legatū deberi etiam poſthumis. arg. d. l. ſi quis filiab. vt idem ius ſit

Digitized by Google

in legato & tutoris datione. Hæc omnia bellè cohærent, ne vlla deprehenditur repugnantia. Et credibile eſt Vlpian. ita hæc coniunxiſſe. Vt autem id demonſtremus apertius, adferam ſimilitudinem ex l. 23. ſi ſeruitus. ſupr. de ſeruit. vrb. præd. Si ita dictum ſit in lege venditionis, Ne luminibus officiatur: quæritur an de futuris luminibus, an de iis quæ nunc ſunt, dictũ intelligi debeat? Ait Iureconſ. ambiguam ſcripturam eſſe. Itaque videndum eſt quid actum ſit. In dubio verbum generale accipiemus generaliter. nulla eſt enim ratio cur hoc verbum interpretatione reſtringamus. Sic in ſpecie noſtra quæritur, an de filiis, qui nunc ſunt, an de futuris intelligamus? Certè ſi non appareat quid actũ, generaliter intelligemus quia verbum generale eſt d. l. nomen filiarum. Eodẽ pertinet quod dicitur in l. 5. infra de oper. libert. Si quis operas ſtipulatus ſit ſibi, liberiſque ſuis, etiam ad poſthumos pertinet ſtipulatio. Et eſt eadem quoque inſcriptio eius capitis, quod magis confert ad confirmationem ſententiæ noſtræ. etiã in ſtipulatione ſequimur hanc proprietatem verborũ. Poſſunt pleraque exempla de hac re obſeruari legẽdo, veluti in l. 7. Neratius. de manu. teſta. Vbi ſic data libertate, Si filius mihi nullus erit cũ moriar, Stichus liber eſto, libertas impeditur nato poſthumo. Aliud ſimile in l. iubemus. C. ad Trebell. vbi fideicommiſſo oneratus, ſi ſine liberis deceſſerit, deficit conditio, ſi poſthumo relicto deceſſerit. Adde ſupradictis l. qui in vtero. ſupr. de ſtatu homi. nam hic de commodo eius agitur. Hoc aũt eſt intelligendum, niſi teſtator putauerit vxorem ſuam ſterilem eſſe, vt iam dixi, arg. l. ſi quis ita. de teſta. tut. hic loquimur in dubio, cum incertum eſt, an cogitauerit teſtator de poſthumis. Hic occurrit difficultas ex eo quod teſtamentum non valet prætérito poſthumo, ſupra de liberis & poſthu. hęred. inſtit. Reſpond. Tempore Vlpia. non rumpebatur teſtamentum præteritione filiæ. Caius Inſtit. lib. 2. tit. de exhæred. libetor. l. maximum vitium. C. de lib. præt & §. 1. Inſtit. de exhęred. liber. Atque hinc etiam poteſt intelligi cur de filiabus tantùm hic quæratur, nõ de filiis. Magis. n. dubitatur de filiabus, quia non eſt earum tantus fauor. nec videbatur tam benigna interpretatio admitti l. in multis, de ſtatu homi. Sed dubitandum non eſt quin idem dicendum ſit de filiis. d. l. ſi quis filiabus. d. § vlt. Inſtit. qui teſta. tut. dari poſſ. Nota locum communem de interpretatione voluntatis. ſic in l. 50. ſi ſeruus plurium. § vlt. infra eo. & l. 75. c. quia circa. de priui. l. nummis. infra de legat. 3. l. 23. vtrum. ſupra de pet. hæred. l. quemadmodum 29. § hæc verba. ſupra ad legẽ Aquil. Quæſtio eſt, an qui legat filiis intelligatur filiabus? Videndum an in aliqua parte fecerit mentionem, ex qua appareat voluiſſe maſculos honorare propter conſeruationem domus. Sunt enim maſculi columina familiarum, ex ſententia Euripidis. Alias appellatione filij continetur filia. d. l. ſi quis ita. ſupr. de teſta. tut. l. quiſquis. de verbor. ſignif.

Ad §. ſi quis ita.

QVæſtio hęc non diſſimilis eſt ſuperiori de interpretatione voluntatis. Cauſa dubitationis duplex eſt. vna, quia incertũ eſt cui legauerit: altera, quia quod exiguius eſt, præſtandum videtur. l. 14. ſi ita ſcriptum. ſupra. Vlpian. tamen ait deberi ſingulis, & ſolidum deberi. Vt autem ratio melius intelligatur, quæ obſcura eſt, diuidenda eſt hæc quæſtio in duas. Nam re vera ex hac hypotheſi naſcitur duplex quæſtio. Vna eſt, an debeatur vni tantum, an pluribus? Et dicendum eſt, pluribus deberi. Quod ſcriptum eſt de vno locum habere in plurib. interpretatio eſt, quam rhetores vocant ſyllogiſmum, ſiue ratiocinationem. vt apud Fab. lib. 7. c. 9. qui duos vno tempore Tyrannos occidit, duo præmia petit. Numerus igitur vnitatis pro numero multitudinis accipitur. Et hoc accidit modo propter vſum loquendi, modo per interpretationem, & ratiocinationem, vt iam dixi. Nam vſus interdum hanc interpretationem comprobat l. 158. in vſu. infr. de verb. ſignifi. vbi illę formulæ, hominem veniſſe Romã. Piſcẽ vilem eſſe Romę: ſi res ſecundum me hęredẽm ve meũ iudicata erit, mihi hæredique meo dabis. in l. ſi plures 98. infr. de leg. 3. hæres meus dato. In his exemplis vſus exigit vt hanc interpretationem admittamus. Nec id dubitationem habet cum certus eſt vſus communis, quia nomina ex vſu communi exaudienda ſunt. l. Labeo. de ſupel. leg. Sed deficiente vſu etiam hæc interpretatio recipitur propter æquitatem aliquando, aut vtilitatem. Ratiocinatio eſt, de qua iam dixi. Quod ſcriptum eſt extenditur ad id quod miſſum eſt, quaſi ratiocinando: vt quod de vno dictum eſt, id in pluribus locum habeat. Simile exẽplum in l. vtrum. & l. ſeq. infr. de reb. dub. Inſtituto hærede poſthumo, plures nati ſunt. Sed hæc locutio non videtur omnino abhorrere à cõmuni vſu, Poſthumus mihi hæres eſto. Aliud exemplum in l. ſi quis ita. de teſta. tutel. hic non poteſt defẽdi communi vſu interpretatio, vt non immerito Pompon. dubitet. Sed Vlp. humanitatẽ amplectitur magis, quam ſubtilitatem verborum. Quaſi minus ſcriptũ ſit à teſtatore, & plus cogitatum. Simile exemplum in l. cũ inter. C. de fideicom. libert. qui naſcentur ex ancilla, liberi eſto. Hinc poteſt intelligi, cur hęc interpretatio nõ recipiatur in exhæredatione. l. 2. ſupr. de lib & poſthu. Nam tota hæc interpretatio humanitate & benignitate nititur, vt iam dixi quod genus interpretationis locũ nullum habet in exhęredatione. l. cum quidam ſup. de lib. & poſth. Exhęredationes non adiuuantur interpretatione, ſequimur in eis nudam ſignificationẽ verborum, quia odioſa eſt exhęredatio. Hic accurrit antinomia ex l. duo ſunt Titij ſupr. de teſta. tut. & l. ſi fuerit. infr. de reb. dub. vbi legatum, aut tutoris datio vitiatur ob incertitudinem. In hac ſpecie non vitiatur, nec in aliis, veluti in d. l. ſi quis ita. & ſimil. Quid refert, an dicã, ſi quis mihi genitus fuerit, an ita, ſi quis mihi monumentum fecerit? Quid refert, an legem filio cum duo ſunt filij, an Titio cum duo ſunt Titij? Reſp. vitiari legatum propter incertitudinem cũ omnino coniectura deficit. d. l. duo ſunt Titij. In hac autem ſpecie coniectura eſt nõ leuis ex perſona teſtatoris & legatarij. Alter. n. pater eſt, alter filius, qui maximè charus eſt patri. Charitas perſonę magnam vim habet in cõiectura voluntatis. l. ſi ſeruus 50 §. vlt. infr. hoc tit. Sic in ſpecie d. leg. ſi quis ita vbi pater tutorem dat filio. Vbi hæc cõiectura deficit aut alia huiuſmodi non valet legatum, nec tutoris datio. d. l. duo. d. l ſi fuerit. Sed an valeat ademptio legati quæritur? Ait Vlpian. valere, in d. l. ſi fuerit. Nam ibi ademptionem, legendum eſt, vt in Florẽt. Nõ vitiatur ademptio propter incertitudinem perſonæ cui adimitur, quamuis datio vitietur. In re dubia magis fauetur hęredi, quàm legatario, quaſi teſtator magis videatur eum dilexiſſe. l. 69. vnum ex familia. §. ſi rem. de legat. 2. leg Sticho. de vſufruct. leg. Et quia in hac cauſa reus eſt, argu. leg. Arrianus. infra de oblig. & actio. ſed opponitur huic ſententiæ l 3 §. ſi duobus, de adimen. leg. Eſt difficilis antinomia, an vtrique legatum deberi. In quibuſdam codicibus legitur, neutri legatum deberi. Quæ lectio plana eſt & conſentanea iis quę diximus ex l. ſi fuerit. infra de reb. dub. Conuenit etiam ſimilitudo, quę ibi ſequitur, quẽadmodum & in dando, &c. Sicut legatum non valet cum incertum eſt, cui ademptum ſit. Si quis velit lectionem receptã quæ in Florentina eſt, ſequi: poterunt hæc vtcunque cõciliari. Nam in ſpecie §. ſi duobus. dicitur ſeparatim legatum fuiſſe duobus. Cum igitur coniunctũ legatũ eſt,

adem-

ademptio valet in vtrunque. Coniuncti enim quaſi in vnum corpus redacti ſunt. Cod. de caducis tollen. §. his ita. Non mirum igitur ſi vni adimendo, videatur alteri ademptum. Congruet etiam ſimilitudo, quaſi argumentum ſit à contrariis hoc modo. Sicut legatum in neutrum valet, cum eſt incertum cui datum eſt: ita non valet ademptio, cum incertum eſt cui ademptum ſit. Quod ergo dicitur in dicta leg. ſi fuerit. accipiemus cum hac exceptione. §. ſi duobus. facit l. in toto. de reg. iuris. Sed ſuſpicor aliam lectionē veriorem eſſe. Altera quæſtio eſt, quantum debeatur. Et dicitur ſingulis ſolidum deberi. Opponitur l. 17. ſi quis Titio. §. ſi hæres. de leg. 2. l. legata inutiliter. § vlt. infra eod. Itē quod exiguius aſt præſtandum. l. ſi ita ſcriptum. ſupra eo. l. 9. ſamper in obſcuris. inf. de reg. iur. Quæ ſumpta eſt ex eodem cap. eadem enim eſt inſcriptio. Vulgo dicitur hoc fieri propter nomen diſtributiuum. Sed hic nullū eſt diſtributiuum: infinitum eſt pronomen, ſi dixiſſet centena, διαιρετικὸν eſſet. Reſpondeo igitur vt ſupra, hanc interpretationem fieri propter charitatem, niſi alia voluntas euidens ſit. Voluntas autem æſtimari poteſt ex modo patrimonij l. 43. ſi filiæ. infra de legat. 3. Dicitur etiam euidens ex coniecturis. l. 74. licet Imperator. infra hoc tit.

Ad §. Si vni ex hæredibus.

LOcus eſt de legato præceptionis, da quo dixi ſupra, ad titulum ipſum. Hoc legatum datur vni ex hæredibus, vt Caius ait, lib. 2. inſtit. Theophil. Inſtit. de leg. Vult teſtator vt hæres certam rem præcipuam habeat. Dicitur præceptio. l. miles. 75. infra de leg. 2. l. 34. nomen. de leg. 3. l. 25. hæredes. §. vlt. ſupra fam. erciſc. Dicitur prælegatum, dicitur præcipuum: de natura huius legati hic diſputatur. Et primum animaduertendum eſt tunc valere, cum duo, aut plures ſunt hæredes inſtituti. Itaque Vlpianus ait, Si vni ex hæredibus. Si enim quis ſolus hæres inſtituatur, non valet legatum, quia non poteſt ſibi ipſi debere. Huc pertinet l. 116. Legatum. § 1. infra hoc tit. Si quis pro parte hæres inſtituatur, partem capit vt hæreditariam & iure hæreditario, partem iure legati. facit l. 18. In fideicommiſſariam. §. ſi legatum. infra ad Trebel. l. 91. in quartam. infra, ad legem Falcid. Hic quæritur, qua actione petetur hæc præceptio, ſiue prælegatum? Et ait Vlpianus præſtari officio iudicis familiæ erciſcunde, cum per iudicē diuiditur hæreditas inter cohęredes. Quod eſt accipiēdum ſi adierit hæreditatem, officium iudicis eſſe, deducere quod teſtator voluit præcipuum eſſe. In iudiciis bonæ fidei officium iudicis latiſſimè patet. §. in bonæ fidei. Inſtit. de actio. Idem dicitur in l. 42. ſi ita legatum ſuprà, fami. erciſc. l. 7. ſi qua. C. eo. tit. Vbi loquitur de Prætore fideicommiſſario, qui de fideicommiſſis cognoſcebat. Inſtit. de fideicomm. hæred. in princ. Alias Prætores non cognoſcebant ipſi, niſi extra ordinē: ſed iudices dabāt, vt alias fusè declaraui. Deinde quæritur, quid ſi repudiauit hæreditatem? Nam tunc non poteſt locus non eſſe familiæ erciſcundæ. Ait Vlpian. poſſe petere legatum. Quod eſt accipiendū de actione ex teſtamento, de qua diximus ſupra. Sed an totum petet? In ſuperiore caſu totum conſequitur, quia partem retinet ac deducit, vt hæres iudicio famil. erciſcundę, partem iure legati.

Ad l. 18. Et quidem.

HIc dubitatur quomodo totum conſequi poſſit, quia pars inutiliter ei legata fuit, quatenus ſcilicet hæres inſtitutus fuit. Nec poteſt eam conſequi iure hæreditario, quia non adiit hæreditatem. Sed tamē hic Iulianus ait totū petere poſſe, quamuis à ſemetipſo ei legatum ſit. Magis. n. ſpectatur voluntas teſtatoris, quā ſubtilitas. Cum. n. repudiauerit hæreditatem, ſic interpretamur, quaſi nunquam hæres inſtitutus ſit. Accurſius ait portionem repudiatam accreſcere cohæredi cū onere legati. Sed ne hoc quidem defendi poteſt ſecundum ſubtilitatem. Cum legatum inutile ſit, non poteſt eo hæreditas onerata dici. Sequendum eſt igitur quod dixi: benigna interpretatione hoc admitti propter voluntatem. Similis interpretatio eſt in ſpecie leg. eum qui. §. pro parte, infra de iis, quibus vt indign. vbi fiſcus videtur partem fūdi legati vindicare debere. quia pars hæreditaria eſt, & poſſeſſa ab hærede tanquam hęreditaria. Nam fiſco vindicatur hæreditas, & quæcunque res capiuntur iure hæreditario. Sed Papinian. ex facto conſultus reſpondit prædium integrum deberi legatario, propter voluntatem teſtatoris neglecta ſubtilitate. Nec enim ratio iuris, ſubtilitas iuris, varietas poſſeſſionis, inducit diuiſionem voluntatis. Annotādum aſt igitur hoc capite hæredem poſſe pręlegatum petere repudiata hæreditate. Similis locus eſt in l. 87. filio pater. infr. eo. quę loquitur de ſuo hęrede. Accurſius ergo non rectè diſtinguit ſuum ab extraneo. Similis locus in l. apud Celſum. §. ſi quis ex vncia. de doli except. Deinde in d. l. ſi pater. vltimis verbis, ne moleſtiis hæreditariis implicaretur, oſtendit Iureconſ. qua ex cauſa poſſit hoc honeſtè fieri. facit l. item ſi res. de alien. iud. mutand. Seruanda tamen in hac re defuncti voluntas, vt dicitur in d. l. filio. & l. ſeq. Exemplum inſigne eſt in l. 77. quid ergo. quę cohæret d. l. filio. vbi pręlegata ſuccedunt in locum portionum hæreditariarum. Diuiſio enim quædam eſt rerum hæreditariarum quæ fit verbis legati.

Aliud exemplum eſt in l. vlt. § vlt. de doli except. vbi filia petere videtur legatum contra voluntatem matris defunctę. Nam inſtituta eſt ſub conditione, ſi cum cohæredibus tuis parem rationem feceris. Deinde legatum eſt hoc modo, Hoc amplius volo te percipere cētum ex hæreditate. Hæc conditio intelligitur repetita in prælegato, quamuis expreſſum id non ſit. Ideo ſummouetur filia exceptione doli propter æquitatem magis, quam propter ſubtilitatem verborum. Hæc igitur ſit prima exceptio regulæ: nempe cum repugnat voluntas teſtatoris.

Alia exceptio eſt in dict. § ſi ex vncia. ſi hæres accepit pretium à ſubſtituto, ne adiret hæreditatem, legatum petens ſummouetur exceptione doli. Benigna illa interpretatio, de qua diximus, non admittitur pro eo, qui pretio adductus omiſit. Fauetur magis ei, qui litium odio omittit. Alia exceptio in l. 55. ſi patroni §. qui fideicommiſſariam. infra ad Trebell. Ratio huius exceptionis eſt, quàm affert ibi Papinianus, quia deſtituit ſupremas defuncti preces. Abſque aditione ſiquidē non poteſt valere fideicommiſſum, cum ſit ſolus hæres. Hæc ratio locum non habet in ſpecie noſtra, & lex, filio pater. vbi nullum eſt fideicommiſſum, & alius eſt cohæres, qui poteſt adire.

Dixi, cùm hæres omiſit hęreditatem, poſſe eū petere totum prælegatum. Benigna interpretatione intelligitur nunquam inſtitutus eſſe, qui omiſit. Oppo. huic ſententiæ l. 75. miles. § pro parte. de l. 2. vbi hęreditas adita non eſt: tamē prælegatum non valet, niſi pro parte. Hinc natæ ſunt varię diſtinctiones apud Accurſ. & cæteros. Quidam dicunt legem noſtram locum habere in ſuo hærede. l. miles. in extraneo. Mouentur eo quod dicitur hic abſtinuiſſe. Sed certi iuris eſt extraneum quoque qui omiſit, poſſe totum legatum petere l. 89. Nam nec emancipatus. infra eo. quę lex eſt Iuliani lib. 36. Digeſtor. Et ſuſpicor huius quoque capitis eandem inſcriptionem eſſe debere.

Alia eſt ſolutio vulgo probata & recepta, quod conditionale ſit hoc legatum ex mente teſtatoris.

Conditio eſt, ſi repudiauerit hæreditatem, quia aliter non poteſt conſiſtere. Hæc autem conditio in ſpecie noſtra exiſtit viuo legatario. In altera ſpecie non exiſtit, niſi eo mortuo. ideóque non tranſmittitur. Legata conditionalia non tranſmittuntur. §. ſin autem. C. de caduc. toll. Exiſtimo ſomnium hoc eſſe. Nam hoc legatum eſt purum, nec vllam habet conditionem, niſi fortè iuris, quæ non impedit tranſmiſſioné dixi ad l. 3. ſ. p. Mouet me quod dicitur legatum non cõſiſtere pro parte. l. eum, qui §. pro parte. de iis, quib. vt indig. Inutile autem eſſe legatum non diceretur, ſi conditionale eſſet. Cuius enim vis & effectus pendet ex euentu conditionis, non dicitur inutile eſſe, aut nõ conſiſtere. Hic non eſt mos loquendi Iureconſultorum. Denique aliis argumentis poſſet impugnari hæc ſentẽtia quæ in aliorum ſcriptis legere eſt. Nos ea omittimus breuitatis cauſa. Ego alias interpretationem attuli ad d. l. miles, quam breuiter recitabo. Videbitis num vobis probari poterit. Dicebam in ea ſpecie fundum legatũ cohæredi, totum trãſire ad hæredem: Papin. loqui de portionibus. quia certorum fundorum portiones fuerant ei legatæ: aliæ verò portiones aliis cohæredibus. Non eſt igitur mirum quod ait, portiones tantùm tranſire. quia portiones tantùm legatæ ſunt. Conſentaneũ igitur hoc eſt legi noſtræ, in qua dicitur, quod legatũ eſt, totum deberi. Simile in l. ſi paterfamil. ſupra de hæredib. inſtit. & §. vlt. Inſtit. de vulg. Pro cõfirmatione huius interpretationis animaduertendum eſt illud caput ſumptum ex lib. 6 reſponſo. Papin. Ex quo apparet eũ de ſpecie certa quæ inciderat, conſultum fuiſſe. Quęnã fuerit ea ſpecies non ſatis exprimitur. Sed boni interpretis eſt aliquam fingere, quæ verbis conueniat, nec à ratione iuris aliena ſit. facit l. in ambigua. ſup. de legib. l. 98. quoties idem. infr. de reg. iur. Probabilis eſt igitur hæc interpretatio: ſed vereor vt verbis conueniat: quæ pro parte cohæredum conſtituerunt. Verum puto etiã defendi poſſe totum fundũ prælegatum fuiſſe vni, & partem tantum tranſire. Nec ideo contraria hæc erunt. Nam in primis ſpecie diuerſæ ſunt. Hic repudiauit hæreditatem: ibi deceſſit ea non adita. Ratio quoque diuerſa eſt, quod neceſſe eſt. l. 108. à Titio. infra de verborum oblig. it. Id oſtendo. Dixi ne legatarium quidé ipſum poſſe petere totum inſpecto rigore iuris ciuilis. Vlpianus ait inutiliter legari pro parte. dicta l. legatũ. Papin. ait non conſiſtere pro parte. dicta leg. eum, qui. § pro parte. hic rigor iuris temperatur æquitate interpretationis, propter veriſimilem teſtatoris voluntaté. Durum viſum eſt deſtitui voluntatem defuncti, propter ſubtilitatem, neſcio quam, verborum. Interpretatio autem longius producenda non eſt, quàm vt à duritia illa recedatur. Quod accidit cum permittitur legatario totum petere, ſiue adeat, ſiue repudiet. Tũc abundè videtur ſatisfactum voluntati. Nam de ſe quæri debet, non de legis aſperitate, qui voluntatem ſuã non declarauit, & hæredibus ſuis non conſuluit. Papinian. de facto conſultus reſpondit, vt iam dixi. Nullam animaduertit æquitatem, propter quam contra rationem iuris reſponderet, præſertim in præiudicium cohęredũ inſtitutorum. Permittitur nobis, qui ius profitemur, illa benignior interpretatio contra ſubtilitaté. Hæc ſunt quæ mihi videntur probabiliter dici poſſe de hac re. Pro coronide obſeruandus eſt caſus in quo hæres, qui omittit, nihil poteſt petere ex bonis defuncti, nulla ex cauſa. in l. 4. hæredes. Cod. lib. 11. de omni agro deſert. Si quis hæres extiterit ei, qui tributorum nomine fiſco obnoxius eſt, poteſt quidem repudiare hæreditatem, ſed ea repudiata, nec legatum retinet nec donatum. Ius ſingulare hoc eſt, quod ad conſequentiam produci non debet. leg. quod verò, ſupra de legibus.

Ad l. 19. Legata inutiliter.

QVæſtio eſt facti ac voluntatis, quæ naſcitur ex ambiguo, cuiuſmodi plerę que ſunt in hoc tractatu. Tres hic ſpecies ſunt, quas ſigillatim & diſtinctè declaraturus ſum. Prima eſt, Quidã legauit teſtamento fundum Titio. id legatum eſt inutile, vel quia teſtamentum eſt imperfectum, vel ob aliam cauſam. Deinde fecit codicillos, & legauit centum hoc modo, Hoc amplius hæres meus Titio centum dato. Quæritur an fundus Titio debeatur ex codicillis? Dubium non eſt quin legatum inutiliter relictum teſtamento, poſſit repeti & confirmari codicillis, ſed quęſtio facti hic eſt, an id teſtator voluerit. Naſcitur quæſtio ex ambiguitate horum verborum. Papinianus ait repetitum videri & confirmatum. Sic ergo interpretamur, amplius eo quod legaui, præter id quod legaui.

Qui decem legat præter fundum quem prius legauit, is fundum denuo legare intelligitur, vt particula demonſtratiua referatur ad rem prius legatam. Confirmatur hęc interpretatio aliis locis. Vnus eſt in leg. 3. qui ita, infra, de dote prælega. vbi cùm eſſet ita legatum, Titiæ amplius quam dotem hæres meus det centum, dos quoque legata intelligitur. Si dixiſſet hic teſtator, Titio amplius quam fundum hæres meus decẽ dato, procul dubio deberetur fundus. Eſſet enim ſimilis ſpecies ſpeciei dictæ l. qui ita. Idem eſt cum particula demonſtratiua vtitur, hoc leg. certum. ſupra, de reb. cred. Alius locus eſt in l. 52. ſi tibi pure. infra de legat. 3. vbi Iuriſconſul. Pompon. exemplis docet claris & perſpicuis, vſum huius ſermonis. Nam ſignificatio verborum æſtimanda eſt ex vſu. l. Labeo. infra de ſupel. leg. Eſt autem in d. l. ſi pure. verſic. *Secus dicemus, &c.* Legandum viſcerationem, epulum ſcilicet quod populo Roman. præbebatur, in his exemplis legatum relinquitur vni & eidem perſonæ. Alia exempla ſunt, in quibus poſterius legatum alij relinquitur. veluti in l. 13. ſi ſic locutus. de legatis 3. Vbi etiam hæc locutio vim repetitionis habet. Hæres meus Titium fundum dato, Seio hoc an plius decem. Quo caſu fundus vtrique legatus intelligitur. Oppon. huic ſententiæ lex, 105. Si ſeruus legatus §. ſi ita ſcriptum. hoc titu. vbi ſimilis eſt ſpecies ſpeciei l. ſi ſic locutus. In vna repeti dicitur, in altera non repeti. Et quod magis mireris, vterque Iureconſultus ait dubitandum non eſſe. Difficilis eſt antinomia. Cumanus fatetur diſſentiſſe Iureconſultos in hac re. Nec alienum videri debet eos non ſemper conſentire in quæſtionibus facti, quæ verſantur in ſtatu coniecturali. Hæ quæſtiones propriæ non ſunt Iureconſultorum. ſed magis pertinent ad Grammaticos, Dialecticos, & Rhetores. Plerique veterum has quæſtiones reiecerunt tanquam alienas à profeſſione ſua. Iureconſulti eſt docere quando ſeruanda ſit voluntas, ſi de ea conſtet. Nam hoc ad ius pertinet. Sed voluntatem colligere ex coniecturis non eſt proprium munus Iureconſulti. Fuſius oſtendi in Scęuola. Si igitur diſſentiunt vt Cumanus ait, diſſenſio hæc in iure non eſt. Vni fortè vſnatum videtur, quod alij non videtur. Conuenit inter eos ſequẽdam eſſe voluntatem, ſi verbis idoneis declarata ſit. Ego verò exiſtimo nullam hic repugnantiam eſſe, ſi commodè & abſque cauillatione verba eorum accipiamus. Species diuerſæ ac diſſimiles ſunt. In ſpecie §. ſi ita ſcriptũ non eſt adiecta particula demonſtratiua, hoc. Nam difficultas non oritur ex verbo amplius, vt plerique putant: ſed ex particula demonſtratiua. Ambiguum eſt ac dubium quid demõſtret, an rem legatam, an totum actum qui anteceſſit. Multum intereſt vero modo accipiatur. Si totum actum, ſenſus erit, Legaui Titio fundum: ſed plus facere volo, quàm feci. nam volo decem dari Sempronio. Et hoc ſenſu non debe-

debebitur fundus Sempronio: ſed ſoli Titio. Si rem legatam demonſtret, alius erit ſenſus. Hoc amplius lego decem Sempronio, amplius quam fundum, id eſt, pręter fundum, vel vltra fundum, quem legaui Titio. In hac ambiguitate Iureconſulti ferè ſic interpretantur, quaſi demonſtretur res legata. Qui videbant hoc eſſe magis vſitatum tempore ſuo, atque ita accipienda eſt ſpecies l. ſi ſic locutus. in §. ſi ita ſcriptum. ſpecies nõ eſt vſquequaque ſimilis. Nam deeſt particula epidictica, vbi verba non ſunt apta ad demonſtrandam rẽ legatã. Verba magis referuntur ad totum actum, qui anteceſſit, quaſi teſtator ita dixerit, Legaui iam Titio fundũ: ſed aliquid amplius volo facere, quàm feci. Nam volo dari decem Seio. Non ſolum volo dari fundum Titio: ſed etiam decem Seio.

Quid autem in d. §. ſi ita ſcriptum. ſubiicitur de legato ita relicto, hoc amplius, &c. nos mouere non debet. Id enim obiter dictum eſt. nec dicitur quid iuris ſit. In ſpecie §. ſi ſic locutus. facilius apparet fundum demonſtrari. Titio fundum, Seio hoc amplius decem, id eſt, hoc fundo amplius. In ſpecie l. qui ita. infra de dote prælegat. nulla eſt dubitatio. Eſt enim longè diſſimilis ſpecies §. ſi ita ſcriptum. vbi vtraque res legata exprimitur, vt ne ambigua quidem oratio dici debeat. Notandum eſt igitur ex iam dictis, his verbis hoc amplius, repetitionem quandam induci. Multiplex ſiquidem eſt effectus huius repetitionis. Primum confirmatur legatum inutile, vt hic dicitur. Secundò, legatũ vni relinquitur alteri. d. leg. ſi ſic loquutus. Tertiò, conditio aut dies repetita intelligitur poſteriori legato, quæ erat adſcripta priori. l. 76 auta. infra, de condit. & demonſt. l. 107. liberis omnibus. eod. tit l. 54. ſi tibi l. 63. in repetendis. infra, de legat. 3. hæc de prima ſpecie huius cap. Altera eſt ſpecies ibi, Quas pecunias, &c. vbi clauſula adſcribi ſolita ſubleuandi hæredis gratia, vtilibus legatis dies prorogatur, inutilia non confirmantur. Nullum eſt enim verbum ex quo appareat eum demum legare voluiſſe, quod inutiliter relictũ fuit. Deinde quod minuendi cauſa ſcriptum eſt, non debemus ſic interpretari vt valeat ad augendum. Exempla ſunt vulgatia in leg. legata inutiliter. infra, de adimen. legat. l. 72. cũm tale §. vlt. de condit. & demonſtr. leg. Titia. §. de manu teſtam. Sic viceuerſa, quod fit gratia augẽdi, non ſic interpretamur, vt minuat. l. 19. ſi mãcipia. infra de inſtruct. legat. Niſi manifeſtè appareat contraria voluntas ex verbis. leg. 29. Aurelius. §. teſtator. de liber. legat. In hac igitur ſpecie teſtator voluit minuere legatũ magis, quàm augere. Minus enim ſoluit, qui tardius ſoluit. §. plus autem. Inſti. de action. Non ergo ſic interpretabimur, vt magis valeat legatum, vt confirmetur inutile. Inutilis aſt igitur prorogatio dici. Tertia ſpecies. Ab impubere legatus eſt fundus Titio Inutiliter: à ſubſtituto legata ſunt cẽtũ eidem Titio his verbis, hoc amplius. Similis eſt hæc ſpecies primæ, non ſecundæ. Varia hic eſt lectio. nihil video cur à Floren. recedamus, vbi ſic legitur, nec ille, patri hæres extiterit & deceſſerit. Id eſt, ſi filius deceſſerit nõ adita hæreditate. Idem dicendum eſt, & ſi deceſſerit impubes. Nihil refert, an ſuccedat ex vulgari, an ex pupillari, facit l. iam hoc iure. de vulg. & pupil. ſubſtit. ſupra. Cur ergo hic caſus expreſſus non eſt? Talis ſpecies fortè inciderat, quam tractabat Papi. in quæſtionibus ſuis. Qui hoc non animaduerterunt, voluerunt emendare hunc locum: ſed minus audacter. Cauendum eſt ab ingenioſis iſtis corruptoribus librorum. Cætera dicemus ad l. ſi ita relictum. inf. de lega. 2.

Ad §. in legato.

LOcus eſt de effectu legati. Debetur legatario quod legatum eſt. Vnde ſæpe quæritur, quid, aut quantum legatũ ſit. Vt in illa ſpecie, Titio & Sẽpronio fundum lego, vterque petit. quãtum cuique debeatur. Hęque partes debentur. Id enim magis ęquum eſt, & magis conſentaneum voluntati: niſi aliud appareat. Æquitas dicitur ab æqualitate. Volũtas contraria poteſt colligi ex coniecturis, de quibus locus eſt in l. 23. quoties. ad Treb. Simile exemplum eſt de hæredum inſtitutione. in l. 9. quoties. §. hæredes. de hæredib. inſtit. Aliud ſimile eſt in ſocietate. l. ſi non fuerint. ſup. pro ſoc. An aũt in hac ſpecie legatarij ſint coniuncti verbis tãtùm, quæri ſolet. Ego alias docui, re & verbis cõiunctos eſſe. quia res eadem vtrique legatur ſine diſtributione partium. Verborum cõiunctio fit hoc modo, Fundum illum ęquis partib. do, lego. l. 89. re coniuncti. de legat. 3. Verum illi ſumunt argu. ex hoc loco Vlp. Verbis cõiuncti ſunt, cùm eadem res legatur duobus æquis partibus. d. l. re coniuncti. At in hac ſpecie debentur ęquę partes. ergo ſunt verbis coniuncti. Vnde illud efficitur nullos eſſe coniunctos re & verbis. Sed certum eſt Iureconſultos tria genera facere coniunctorum. leg. triplici. infra de verb. ſignif. Non igitur repudianda eſt miſta coniunctio. Ego hanc opinionem refutaui libr. 1. de iure accreſ. c. 9. vbi dixi, verbis tantùm coniunctos eſſe cum partium diſtributio expreſſa eſt à teſtatore. In hac coniunctione verborũ maximè ſpectantur verba. Verbis coniungi debent legatarij. Ineptũ eſt quod adducitur ex l. cum quid. de rebus cred. eandem eſſe vim taciti & expreſſi. Huiuſmodi theſes perquam fallaces ſunt, nec vllum inde firmum argumentum certumque duci poteſt l. 20. qui duos. Interpretabor cum l. 36. legata generaliter, infra eod.

Ad l. 21 Grege legato.

SImilis locus ſuperiori, In quo quæritur quid & quantũ debeatur legatario. Quid. legauit grege ouium, qui conſtabat decem ouib. vt in l. oues. de abigeis. Auctus eſt grex viuo fortè teſtatore. Quæritur an omnia capita debeantur? Vlpian. ait, quæ accedunt etiã deberi. Nam idem grex eſt, licet augeatur, vt dicitur in §. ſi grex. Inſtit de legatis. Grex vnum veluti corpus eſt, ex diſtantibus capitibus. leg. 30. rerum mixtura. de vſucap. Sicut idem ædificium eſt quamuis lapides aliqui aut ligna adiecta ſint. Si quid adiiciatur ędibus poſt factum teſtamentum, id totum debetur legatario. Id plerunque obſeruatur in ſingularibus rebus legatis. leg. ſi ex toto. ſupra eo. Sed in legata vniuerſitate multo magis. Cuiuſmodi eſt grex, item peculium, familia. l. 67. peculium. de legat. 2. Peculium corpus vnum eſt, conſtans ex diuerſis rebus, ſicut grex. Ideóque vniuerſitas plerunque dicitur. Ex iam dictis apparet fœtus ouium editos ante mortem teſtatoris, deberi legatario, quia accedunt gregi, & ipſum augent. Nec contrarium eſt quod fructus non debentur legatario, niſi à tempore moræ. leg 23. ſi quis bonorum. infra eod. vbi dicemus. l. quæſitum. §. vlt. hoc etiam titu. & tit. C. de vſur. & fructib. legatis. Nam reſpondeo id locum non habere in grege legato, aut alia huiuſmodi vniuerſitate. Hãc differentiam ponit Modeſtinus in l. 39. equia. de vſur. lib. 9. Differentiar. Voluit enim oſtendere Modeſt. multa differre, quæ videntur ſimilia eſſe. Imperiti nõ poſſunt hæc diſcernere. Si quis legauerit equos ſuos, non debẽtur fœtus, niſi poſt moram hæredis. Inſpicitur enim tempus teſtamẽti. l. 7. ſi ita. infra de auro & arg. Si quis legauerit equitium, debentur quandocunque editi etiam ante moram. quia equitium debetur, quod habuit teſtator. At idem eſt equitium, licet alij ſint equi. facit l. grege. de pigno. ſupr. vbi quæ poſtea nata ſunt, pignori tenentur. l. 21. ſi cum teſtamento. §. ſi petiero. de excep. rei iud.

Ad l. 22. Si grege.

QVæſtio, de qua hic, pẽdet ex ſuperiori, & ei affinis & ſimilis eſt. Pecora mortua ſunt & alia ſubſtituta, vt fit. Idem grex eſt, etſi fortè totus renouatus ſit. dict. l. grege. de pignor. Hinc ſimile eſt quod dicitur de iudicio in l. proponebatur. ſupra de iud. Diſputat Seneca lib. 8. epiſt. 59. Certum eſt gregem vindicari l. 1. §. vlt. & l. 3. de rei vindic. facit l. vindicatio. eod. tit. Non eſt recepta peculij vindicatio, ſicut gregis. Ideo fortè quia peculium conſtat plerunque ex iuribus, quæ corporalia non ſunt, nec vindicari poſſunt. Nam ſi corpora tantum ſint in peculio, nulla videtur cauſa cur nõ vindicetur, ſicut grex. Atque ita poteſt accipi lex, ſi peculium. infra de pecul. legat. quæ videtur contraria. Vindicatur autem & ſi vnũ caput ſuperſit ex grege, quamuis grex eſſe deſierit. Sed quomodo cum extinctum ſit legatum? Et perempta re legata liberatur hæres. l. 86. huiuſmodi § ſi cui. infra eod. Difficultatem auget l. vlt. quib. mod. vſusfruct. amit. vbi ſi legatus ſit vſusfructus gregis, extinguitur cum deſinit eſſe grex: cum ſcilicet euſque peruenit numerus gregis vt grex non eſſe intelligatur. Reſpondeo id benigna interpretatione admitti, vt petatur quod ſupereſt ex re legata. Quod in vſufructu receptum non eſt. Certum eſt vſumfructum facilius admitti, quã proprietatem §. finitur. Inſtit. de vſufruct. & ſimil. Oppon. l. ſicut §. vlt. ſupra quod cuiuſque vniuerſi. vbi ſi vniuerſitas ad vnũ redit magis admittitur poſſe eum conuenire & conueniri, cum ius omnium in vnum reciderit, & ſtet nomen vniuerſitatis. Idem ergo de grege videtur dicendum eſſe. Duæ ſolutiones ſunt apud Accurſium non magni ponderis. Puto vtilitatis cauſa hoc receptum eſſe in vniuerſitate, quę ex hominibus conſtat, ne corpus vtile reip. pereat. Societates illæ ad publicã vtilitatem pertinent, nec vllæ aliæ permittũtur. Parum autem refert, an multa pecora pro corpore & vniuerſitate accipiamus, an pro ſingulis capitibus. Et animaduertendum eſt quod in d. l. ſicut. in fi. Iuriſconſ. ait, magis admitti, &c. Subtilitas enim non videbatur hoc permittere. Plures cõſtituũt collegium, ſicut gregem. l. Neratius. de verb. ſignif. Notanda ſunt verba illa noſtrę legis, Quemadmodum inſula, &c. Quod igitur reliquum eſt, ex re legata poteſt peti. Sed opponuntur huic ſententiæ. Oppon. l. ſi ita legatum 68 §. vlt. infra eod. vbi ſi domus deſtructa ſit & alia ædificata, perit legatum. Item 50. mortuo, de legat. 2. Item l. peculium 67. §. quadrigæ. de legat. 2. Itẽ l. lana. 86. infra de legat. 3. vbi naue diſſoluta, neque nauis, neque materia debetur.

Quæſitum fuit, an quod ſupereſt ex re legata, debeatur legatario. Pompon. noſter oſtendit deberi. Quod planum eſſet niſi repugnarent alij loci quos adduxi. Nam in pleriſque ſimilibus ſpeciebus dicitur nihil deberi. Sed ſpecies illæ non omnino ſimiles ſunt: ac diligenter inſpiciẽtibus apparebit aliqua diſſimilitudo & differentia. Maximè ſi expenderimus diſtinctionem illam corporum, quæ eſt in leg. rerum mixtura 30. infra de vſucap. Quam diſtinctionem etiam tradit Seneca lib. 17. epiſt. 103. Vnum eſt quod continetur vno ſpiritu, vt homo, lapis, lignum. Seneca vocat continuum. Aliud eſt compoſitum magis, quam continuum, vt nauis, domus, [illegible] voitum. Diuerſæ partes iunctura in vnum ſunt coactæ. Tertium eſt ex diſtãtibus, vt populus, grex, exercitus. Pompon. noſter hic præcipuè loquitur de tertio illo genere, ſed ſubiicit ſimilitudinem de ſecundo. Videamus ergo primum de eo, quod ex diſtantibus componitur. Ait Pomponi. deberi quod ſupereſt ex grege, vt vnum bouem. Hoc recipitur benigna interpretatione. Benignè interpretamur teſtatorem ita ſenſiſſe. Quamuis ſubtiliter dici poſſit non deberi, quaſi extincta re legata. Hæc interpretatio facilè admittitur in hoc genere corporum, quod ex diſtantibus eſt. Quia hoc corpus conſtat ex diſtantibus, perinde habetur propemodum ac ſi vna res legata eſſet: ſed plures diſtinctę & ſeparatę. Cùm quis legat plures res, vnà extincta, nihilominus aliæ debentur. At hic plures ſunt, æquè ſeparatæ & diſtantes, quamuis vnum corpus dicantur conſtituere. Interpretatio accommodari debet voluntati teſtatoris, quoties aliqua occaſio benignius interpretandi ſeſe offert. nam capienda occaſio eſt, quæ præbet benignius reſponſum. l. capienda. 128. infra de reg. iur. In hac ſpecie occaſio bona eſt, quia corpus hoc cõſtat ex diſtantibus. In alio exẽplo, quod eſt ex l. 65 peculium §. quadrigæ. de legat. 2. refert Papin. opinionem quorundam, nec apertè docet quid ſentiat. Videbat ſimilem eſſe quadrigam gregi, ideóq; deberi legatario quod ſupereſt. Sed tamen non potuit negligere iſtorum opinionem: quod videret aliquam diſſimilitudinem eſſe harum ſpecierum. In ſpecie de grege, capita omnia paria ſunt, nullum altero principalius eſt. In quadriga, vnus eſt equus cęteris principalior, qui demonſtrat quadrigam. Videamus de ſecũdo genere, quod compoſitum vocat Seneca. Huius generis exemplum hic eſt de domu. Nam Pomponius ait aream poſſe vindicari. quia area præcipua pars eſt domus l. qui res 98 §. aream. infra de ſolut. Area, inquit, pars eſt inſulæ, & quidem maxima. Argumento eſt, quod ſuperficies cedit ſolo, cohæret ſolo, ſequitur ſolum. leg. obligationum fere. § placet. infra de oblig. & actio. Proinde ſi contingeret aream perire, puta chaſmate aliquo fortè, aliud dicendum eſſet. Sicut ergo in ſpecie de quadriga perit legatum, perempto eo, quod eſt principalius, ita valet legatum cum id quod eſt principalius, manet. Atque hinc intelligere licet, cur apud Pomponium ſimilia habeantur grex & domus, quamuis diuerſa genera corporum ſint. Hic occurrit difficilis antinomia ex leg. ſi ita legatum 65. §. ſi domus. infra hoc tit. Vbi perit legatum domus, ſi deſtructa ſit, & alia ędificata. Accurſius ait diuerſum caſum eſſe, nec aliud quicquam addit. Vidit fortè quod & quidam alij, in ea ſpecie extructam eſſe aliam domum in area. Sed debuit rationem aliquam huius diuerſitatis afferre. Non ſatis eſt ſpecies diuerſas eſſe, niſi ratio quoque diuerſa ſit. leg. à Titio. de verborum obligat. Et reuera non puto rationem bonam diuerſitatis afferri poſſe. Deinde idem alibi dicitur de domo, quæ poſtea ædificata eſt, in l. 44. ſeruũ filij §. ſi areæ. Hic ego animaduerto diſſimilitudinem aliquam in his ſpeciebus eſſe. Pomponius hic loquitur de domo combuſta. Celſus in leg. ſi ita legatum. loquitur de domo, quam teſtator deſtruxit vt aliam ædificaret. Quo caſu non debetur ne area quidẽ. quia creditur mutata voluntas teſtatoris. Facilè creditur mutaſſe volũtatem is, qui domum legatam deſtruxit. Hæc coniectura locum non habet in domo combuſta. Combuſta enim eſt fortuito caſu, ſine voluntate & conſilio teſtatoris. Præterea oppon. l. lana 8. de legat. 3. vbi naue diſſoluta, ne materia quidem debetur. dicam infra eod. ad leg. 24 quod in rerum §. vltim. Veniamus ad aliud genus corporum quod cõtinuum dicitur. Exemplum eſt in leg. mortuo 49. de legat. 2. vbi mortuo boue neque corium, neque caro debetur. Nulla eſt occaſio benignioris interpretationis in hac ſpecie. Non conſtat hoc corpus ex diſtantibus corporibus, ſicut de grege dictum eſt: vt poſſimus interpretari plura quodammodo legata eſſe. Nec etiam manſit quod principalius eſt, ſicut in domo combuſta. Imò periit quod eſt principalius, ſcilicet anima & ſpiritus bouis. Itaque nos interpretamur totam rem periiſſe, vt nihil debeatur legatario. Oppon. huic ſententiæ lex 49 ſolum. §. prim. ſupra de rei vindic. vbi dicitur meum

eſſe

eſſe quod ex re mea ſupereſt, cuius vindicandi ius habeo. Reſpondeo leg. mortuo. intelligendã eſſe, niſi bos iam factus ſit legatarij. Quod accidit cũ mortuo iam teſtatore, & adita hæreditate periit. leg. à Titio. 65. de furt. leg. ſi tibi homo. 85. §. cum ſeruus, infra hoc tit. Tunc ergo legatum non debetur cum bos perit viuo teſtatore, vel ante aditam hæreditatem. Si quis dixerit nihil excipi verbis, l. mortuo. Reſpondeo ex leg. non eſt nouum. de legibus, niſi contrariæ ſint. non ſunt cõtrariæ ipſo iure. Ex iam dictis poteſt intelligi cur condictione furtiua petatur quod ſupereſt. leg. 14. ſi ſeruus §. Boue, de cond fur. Cõdictione furtiua petimus quod noſtrum eſt. l. 1. de condict. furt. & hoc receptum eſt odio furum, quod alias non admitteretur. §. ſic itaque diſcretis, Inſtit. de actionibus.

Ad l. 23. Si quis bonorum

Hanc interpretabimur cum l. non amplius. §. vlt.

Ad l. 24. Quod in rerum.

LOcus eſt de iis, quæ legari poſſunt. Dubitatur de eo quod non eſt in rerum natura. Sed valet eius legatum, propter ſpem. l. etiam. 17. de legat. 3. §. ea quoque. Inſtit. eo. Quæritur, an hoc legatum conditionale ſit? Reſpondeo tacitam habere conditionem. leg. 1. de cond. & demonſt. l. interdum. 73. de verb. oblig. ſi naſcatur, nec enim aliter peti poteſt legatum. Nec cedit dies quantum ad actionem. leg. cedere. de verb. ſignif. Cedere tamen quantum ad tranſmiſſionem, docui ad l. 3. ſupra eod. hoc expreſſum eſt in leg. cum illud. §. vlt. infr. quando dies leg. Vnde ſumpta eſt lex, conditiones extrinſecus. 98. de condit. & demonſt. vt inſcriptio oſtendit. Ex quo apparet eam leg. de tranſmiſſione accipiendam eſſe. Hæc autem conditio non venit ex teſtamento: ſed extrinſecus ineſt, & ſi neque verbis expreſſè eſſet, neque ex verbis colligeretur. Eſt neceſſaria conditio iuris. Nam plerunque accidit vt tacita conditio impediat tranſmiſſionem, cum videlicet ex teſtamento venit. l. quod pure. infra quand. dies legat. quæ tacitè colligitur ex verbis, non ineſſet, niſi appareret teſtatorem de ea ſenſiſſe. Tacitã autem hic vocamus, quæ nullo modo ex teſtamento venit, id eſt, neque ex verbis, neque ex tacita voluntate, ſed ex lege. Quinimo ſi de ea teſtator ſenſerit, aut fortè eam expreſſerit, non ideo legatum erit conditionale. l. 3. ſupra. Exempli gratia, Lego fructus, ſi naſcentur.

Ad §. ſi vſumfructum.

QVæſtio facti ac voluntatis eſt. Quidam habebat vſumfructum fundi, &c. Legauit cum vſumfr. Ex hac ſpecie oritur duplex quæſtio. Vna an ſit vtile legatum, altera an conualeſcat acquiſita poſtea proprietate. Ad priorem quæſtionem, an valeat? Ait Pompo. inutile eſſe. quia vſusfructus finitur morte. Legatum confertur in tempus, quo ius illud finitur. Facit lex 51. ſi Titio cum morietur. ſupra de vſufructu. Ex hoc ita verſum eſt Pompo. ſed tamen nõ caret dubitatione. Nam ſi coniecturis locus ſit, videtur legatũ valere, nec multum ad rem pertinet quod vſusfructus morte finiatur. Nam res aliena poteſt legari nõ minus, quam propria. leg. cum rem alienam. C. eod. §. non ſolum. Inſtit. eod. Cur ergo non interpretamur legatum eſſe vſumfruct. vt redimat hæres, vel præſtet æſtimationem? Nam in dubio non videtur ea interpretatio ſequenda eſſe, qua id, de quo agitur, pereat. l. 12. quoties. de reb. dub. leg. ſi quando 109. infra hoc tit. l. diuus. ſupra de vſu & habit. Reſpondeo hanc coniecturam alij fortiori & efficaciori cedere. Nam non facile creditur teſtator onerare ſuum hæredem neceſſitate redimendi l. vnum ex familia §. ſi rem. de legat. 2. Quoties aliqua occaſio eſt benignioris interpretationis, pro hærede: dixi ſupr. ad leg. ſerui electione § cum fundus. In hac ſpecie magis credibile eſt teſtatorem ideo legaſſe, quod non cogitaret id ius morte finiri. Facilius enim præſumimus teſtatorem erraſſe, quàm oneraſſe hæredem neceſſitate redimendi l. 36. Sticho de vſufru. legat. Ceſſante igitur hac coniectura, non video cur legatum non valeat. Pone hominem fuiſſe verſatum in iure & foro, quem nõ ſit veriſimile hoc ignorare. hinc colligitur interpretatio. Non enim creditur legiſſe rem alienam, cur ſimpliciter vſumfructum legauit. l. vxor. 20 C. eo. Sed aliter poteſt intelligi ille locus, quod non potuerit legare in præiudicium domini. nam ſi dicamus ſimpliciter non poſſe legare, falſum hoc erit. In his reſcriptis difficultas plerunque reperitur. propterea quod ſpeciem non habemus, de qua reſcribit Imperator. Si quis obliciat videri legare ius quod habet, vt dixi ſupra ad l. ſerui electione §. fundus. At habet vſumfructum, ergo vſusfr. debetur. Reſpõdeo id verum eſſe, cum illud ius non finitur ipſius morte, vt l. ſi domus 70. §. vlt. infra eod. Illud ius tranſmittitur ad hæredem.

Altera quæſtio eſt, an proprietate poſtea acquiſita conualeſcat? Ait Pompon. cõualeſcere. Benignè interpretamur teſtatorem ita legaſſe, ſi vel tunc ei liceat, vel poſtea licuerit. Quia fortè cogitabat fore, vt tibi acquireretur poſtea plena proprietas. Dixerit aliquis, imo acquiſita proprietate extinguitur vſusfructus quia res ſua nemini ſeruit l. vti frui. ſupr. ſi vſusfr. peta. Ergo non rectè dicitur conualeſcere legatum vſusfructus. Reſpondeo teſtatorem acquiſita proprietate adhuc habere vſumfructum, id eſt, commoditatem, quæ conſiſtit in perceptione fructuũ. Vſusfructus dupliciter accipitur, vt ſcripſi ad l. ſi ita ſtipulatus 126. infr. de verb. oblig. Et vulgo dicitur quendam eſſe vſusfructus formalis, alius cauſalis. Qui igitur habet vſumfructum coniunctum cum proprietate, qui ſeruitus non eſt, rectè tráſfert vſumfructum alterum, qui ſeruitus eſt l. quod noſtrum 63. ſupra de vſufruct. Oppo. regula Catoniana, l. 1. de reg. Caton. §. an ſeruo. Inſtit. de legat. Hec regula locum non habet in legato cuius dies cedit ab adita hæreditate l. 3. de reg. Cato, leg. cum legato, infrà quando dies legat. or. cedit. Qua non poteſt dici inutile eſſe legatum, cuius dies nondum ceſſit, cuiuſmodi eſt legatum vſusfructus. l. 1. infra quando dies legat. C. de caduc. tollen. §. libertatibus.

Ad § ſi quis poſt.

LOcus hic iam à nobis tractatus eſt ſupr. ad l. ſi ex toto: & ad l grege. Oſtendit Pompon. ſi quid acceſſerit legato, id cedere lucro legatarij, contrà ſi quid deceſſerit. Duæ ſunt partes huius capitis. Prior pertinet ad augmentum, altera ad diminutionẽ. Priori parti ſimilis locus eſt in leg. cum fundus. 10. infra de leg. 1. Nec cõtrariũ eſt quod dicitur, l. ſi ita 7. infra de auro & argen. vbi ſpectatur tempus teſtamenti. Reſpondeo. n. non deberi aliam rem, quàm quæ erat tempore teſtamenti. Sed hic eadem res eſt. Vna res hic accedit alteri, ita vt vna res fiat ex pluribus: ſicut diximus de grege. Hoc ſatis colligitur ex dict. leg. cum fundus. vbi Iuriſconſ. vocat vniuerſitatem, ſicut gregem. Si res ſeparatæ ſint, nec ita vnitæ vt vnũ corpus faciant, aliud dicendũ eſt. d. l. ſi ita. Altera pars ad diminutionem legati pertinet. Deſtinatio, de qua agitur, ademptionem quandam continet. Sicut alienatio rei, in leg. ſi ex toto. ſupra eo. Creditur teſtator mutaſſe voluntatem. Sed de his plura non dicemus, quia hæc ſatis tractata ſunt ad d. leg. ſi ex toto. ſupra. Notãdus eſt obiter locus communis de appellatione rerum. Appellationes enim & nomina fundorum, arbitrio cuiuſque domini imponuntur

ter deſignata. Naues ſolent habere nomina ſua, vt fundi & ædes. In Florent. legitur meam, ſed parum refert. Meam, demonſtratio certa eſt, ſi forte vnum tantum habeat. Additur aliquid hoc loco eius quod detractum eſt. Dubitatur, quia videtur alia res eſſe, quàm legata eſt. Sed dicitur eadem nauis eſſe, cum eadem carina manet. Carina eſt inferior pars nauis, & quaſi ſolum ac fundamentum. Sicut in domo area, quæ dicitur eſſe præcipua pars domus. l. qui res. 89. §. Area. infra de ſolutio. Dixi ad leg. ſi grege. ſupra. In hac igitur ſpecie nauis dicitur ſimilis domui deſtructæ, cum remanet area. Quid ergo ſi non maneat carina? Diſtinguendum vt in dict. leg. qui res. §. aream. de ſolut. ſi ea ſit mente nauis diſſoluta, vt tabulæ in alium vſum conuertantur, an vt ex eiſdem tabulis eam compingat. Similis diſtinctio eſt in leg. inter ſtipulantem. 83. §. ſacram. de verbor. obli. Non eſt contrarium quod dicitur in l. Iulianam. 86. inf. de leg. 3. Loquitur enim de naue tantum diſſoluta, refectionis nulla eſt mentio. Sed cur non debetur quod ſupereſt ex re legata vt dixi ad leg. ſi grege. cum corpus eſt conſtans ex pluribus non diſtantibus, ſed vnitis? diſtinguendum eſt, an maneat quod principalius eſt, &c. veluti area in domo. in ſpecie l. Iulian. non manet ne carina quidem. Opponitur ſuperiori diſtinctioni lex, qui tamen. §. in nauis. ſupra quib. modis vſusfruct. amit. Dicitur ibi naue diſſoluta, & ex eiſdem tabulis refecta vſumfructum extinguí, nec diſtinguitur quo animo diſſoluta ſit. Sed iam dixi facilius amitti vſumfructum, quàm proprietatem. Exemplum in leg. vltim. eiuſdem titul. de grege, qui ad vnum bouem recidit. Extinguitur vſusfructus. Quid ſi quis nauem incertam legauerit? Dicemus ad l. ſi domus. infra.

Ad l. 25. A filio.

Locus de perſonis à quo, & cui legari poſſit. Species: filiusfam. hæres inſtitutus eſt, & patri legatum relictum. Dubitatio eſt, quia non poteſt cuiquam à ſeipſo legari. leg. & quidem. ſupra. l. legatum eſt. 116. §. infra eod. Abſurdum eſt quenquam ſibi ipſi debere, atque eundem & creditorem & debitorem eſſe. Quod accidit in hac ſpecie: quia filius acquirit patri. l. 1. ſi à parente quis manumiſ. fuer. & Inſtit. per quas perſonas nobis acquir. Paulus tamen hic ait legari poſſe patri etiam pure. Nam facilius id admitteretur in legato conditionali, vt mox dicam. Addit etiam, ſi die legati cedente in patris poteſtate ſit, ne hoc quidem caſu inutile eſſe legatum. Dies legati cedit à morte teſtatoris. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollend. Quia fieri poteſt vt non adeatur hæreditas iuſſu patris, vt ſi emancipatus adeat. l. cum legato. 17. quando dies legat. ced. Adde leg. quæſitum. 91. in princ. infra eo. Coniungenda eſt cum le. cum legato. eod. tit. nam eadem eſt inſcriptio, Iulianus lib. 36. Digeſt. Oppon. huic ſententiæ regula Catoniana. §. an ſeruo. Inſtit. de legat. Reſpondeo legatum non eſſe inutile, ſi ſtatim facto teſtamento moriatur teſtator. Pendet ex euentu incerto. Incertum eſt vter ſit hæres futurus, an pater, an filius. Si filius adeat iuſſu patris, inutile eſt legatum, alias valet. Cur non idem dicemus cum à patre hærede legatur filio? nam hoc legatum dicitur inutile eſſe propter regulam Catonianam. d. §. an ſeruo. Sed diuerſa ratio eſt vtriuſque ſpeciei.

Cum pater hæres inſtituitur, die legati cedente, non eſt dubium quin hæres futurus ſit. Certum eſt parentem hæredem fore ſi adeat. Non poteſt alij legatum acquiri, quam patri. Quia cum quæritur de acquiſitione legati, ſpectatur tempus, quo dies cedit, id eſt, mortis. l. quæ legata. de regul. iuris. Nec refert, an poſtea fuerit factus ſui iuris. At ratio iuris nõ patitur vt patri acquiratur. Ergo inutile eſt tũ neque filio, neque patri acquiratur. In noſtra ſpecie, tempore mortis incertum eſt vter futurus ſit hæres, an pater, an filius: ex eáque pendet vis legati. Cum quæritur de hæreditate acquirenda, ſpectatur tempus aditionis, non mortis. l. 2. §. vlt. de bon. poſſeſ. ſecuo. tab. Hinc hæreditas non adita, non tranſmittitur: legatum tranſmittitur. Hæc eſt differentia horum caſuum, quæ à Paulo quoque tradita fuit. Vt opinor, diſtinxerat hos caſus Paulus, vt Iuſtin. facit in §. an ſeruo. argum. eſt l. 19. vbi pure. infr. ad l. Falcid. Inſcriptio eſt eadem, Paulus lib. 3. ad Sabinum. Addit. Paul. ſi iuſſu patris, &c. His verbis oſtendit legatum inutile eſſe. Ideoque patrem retinere rem legatam iuſſu hæreditario. Quæ capiuntur iure hæreditario, ea imputantur in Falcidiam. Cætera quæ veniunt ex iudicio teſtatoris, non imputantur in Falcid. ſed in Trebellianam. l. in quartam. inf. ad l. Falcid. Hæc imputatio vtilis eſt legatariis: ſed nocet hæredi, qui præcipuum id non habet. Legatum quod inutile eſt, capitur iure hæreditario. l. 50. non eſt dubium. & l. ex aſſe. 52. §. vlt. infra ad l. Falcid. Sed quid eſt quod Paulus ait, Igitur & ſi iuſſu, &c? Nam quod dicitur de falcidia, licet verum ſit: tamen non videtur recte colligi ex antecedentibus verbis. Reſpondeo non tam ex verbis id colligi, quam ex ſententia Pauli. Ac fortaſſis Paulus hæc plenius deſcripſerat: ſicut Iulian. l. cum legato. Inſtit. in d. §. an ſeruo. Vtcunque ſe res habeat, non dubium eſt, quin Paulus ſenſerit inutile hoc legatum eſſe, ſi iuſſu patris adeat filius hæreditatem. Nec aliter poſſumus interpretari verba Pauli. Vnde efficitur rem legatam imputari in Falcidiam.

Ad l. 26. Non amplius.

Locus de effectu legati. Ad legatarium pertinet id quod legatum eſſe apparet. Hinc quæritur de hac ſpecie. Legatus eſt Titio fundus dignus 20. ſub conditione, ſi 10. hæredi dederit, quantum dicemus legatum eſſe? Secundùm ſubtilitatem verborum videmur legato contineri 20. quia verum eſt teſtatorem legaſſe 20. Sed inſpicimus quantum peruenerit ad legatarium ex iudicio teſtatoris. Magis ad effectum reſpicimus, quam ad verba. Hoc vtile eſt ſcire, propter onus fideicommiſſi, quod plerunque imponitur legatariis. Non enim poteſt onerari vltra modum legati. l. ab eo. C. de fideicom. Exemplum huius rei eſt in l. 25. ciuitatibus. §. vltim. 1. ſi. huc tit. Huc pertinet l. ſi cui fundus. 56. de legat. 2. Locus communis de eo quod intereſt. Oppon. l. 40. ad veterani. infra ad l. Falcid. Sed ratio exigit vt habeatur legatarius in toto, in computatione legis Falcidiæ. Cum quæritur in leg. Falcidia, quantum legatum ſit, dicuntur eſſe legata 20. Nec deducitur quod datum eſt cauſa conditionis implendæ hæredi. Quod hæres capit gratia conditionis, non minuit Falcidiam. l. in quartam. 90. in fin. ad leg. Falcid. Sic modo legatarius habetur, modo non habetur, prout ratio & vtilitas in quaque re id exigere videtur. Sed hæc diſputatio propria eſt legis Falcidiæ.

Ad §. Si certum.

Locus de effectu legati. Hæres tenetur ſoluere quod legatum eſt. Quid ſi non extet, debitor certæ rei liberatur, ſi ſine culpa eius perierit. Vulgo diſtinguitur ſpecies à quantitate. Ego rationem loquendi veterum ſecutus, diſtinguo rem certam ab incerta. Ait Pompon. Si certum corpus. incertæ rei debitor nullo caſu liberatur. l. in ratione. 30. §. incertæ. ad leg. Falcid. Non poteſt dici res, quæ debebatur, periiſſe. Nec refert an pecunia, an res alia debeatur, modo ſit incerta. Si certa res debeatur, etiam quantitas, pecunia, liberatur debitor. l. ſi certos. 27. de verb. oblig. Locus eſt communis. quem tractabimus ad l. ſi ex legati cauſa. de verb. oblig. & ad l. quod te. de reb. cred. Vnum hic addendum eſt, quod extat in quadam conſtitutio-

ne ſolut. interitu ſpecie non liberari quem ab onere conditionis implendæ.l.vltim.C.de cond.inſtitut. ſed debetur æſtimatio. Sed alia cauſa eſt legati, quàm conditionis.l. ſi quis ſub conditione. 8. ſupr. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. Non obligatur ad dandum: ſed ei legatur ſi dederit. Teſtator ſatis oſtendit ſe nolle eum aliter legatum conſequi, quàm ſi paruerit conditioni, cum poſſit ei parere. Dando ſcilicet æſtimationem, legatum ſolui debet vbi eſt, ſi certa res legata ſit.l.quod legatur 38. ſupra de re iudic. Non ſpectatur domicilium nec teſtatoris, nec hæredis, nec legatarij. An damnum patiatur legatarius, an lucrum amittat, quæſtio tractatur apud Accurſ. & alios. Pendet ex quæſtione à nobis tractata alibi, an repudiatio legati ſit alienatio. dixi ad l.7. ſupra eod.

Ad §.Cum bonorum.

Locus alius de effectu legati. Quid debeatur legatario. Pone legatam eſſe tertiam, aut quartam partem bonorum. Sic fingenda hypotheſis, cum de parte bonorum loquuntur Iureconſulti. Sicut in leg.ſi quis bonorum. ſupra. Hi omnes loci intelliguntur de certa parte. Certa pars exprimitur.in leg.qui quartam. ſupra eod. Quæ coniuncta eſt cum leg. ſi quis bonorum vt apparet ex inſcriptione. Quæſtio igitur eſt, an debeantur rerum partes, an æſtimatio. Diverſæ fuerunt veterum opiniones. Hi fuerunt auctores ſectarum ac diſſentiment in ſcientia iuris ciuilis. l.2. de orig. iuris. Sabinus æſtimationem, Proculus rerum partes, ſequebatur Proculus ſtrictam rationem. Quia aliud pro alio non debet ſolui, vt pecunia pro re.l.2.§.mutui datio ſupra de reb.cred. Sabinus conſiderabat non multum intereſſe, quia pecunia res omnes æſtimantur. leg. ſi ita fideiuſſorem.de fideiuſſo.l.1.de contrah. empt. Sed hoc eſt receptum, niſi certis ex cauſis, veluti in obligationibus faciendi. l. 15. ſi quis ab alio.de re iudic. l. 72. Stipulationes non diuiduntur. de verb. oblig. Itaque Pompo. temperat hanc Sabini ſententiam: ait enim electionem eſſe hæredis ſi res commodè diuidi poſſint. Item poteſt res aliqua in ſolutum dari volente legatario, vel æſtimante iudice. Exiſtimauit Pompon. hoc vtilius eſſe, propter difficultatem & incommoditatem, quæ naſcitur ex communione. Nam diſcordias excitat communio.leg.76.cum pater. §.dulciſſimis. de legat.2. Et quod commune eſt negligi ſolet.l.2 C.quando & quib.quar.pars debe. Vnde dicitur neminem cogi manere in communione.l.26.ſi non ſortem.§.ſi centum. de condic. indebit. In re igitur dubia non eſt fauendum communioni: ſed ea potius fugienda eſt quatenus id commode fieri poteſt. Nunc ſingula hæc paulo exactius examinanda ſunt. Ac in primis eſt videndum, an res ſingulæ ſint in obligatione, an potius æſtimatio. Nam id Pompon.non videtur definire. Non eſt nouum aliquid in ſolutione eſſe quod non ſit in obligatione.leg.57.ſi quis ſtipulatus decem in melle infra de ſolut. vbi decem tantum ſunt in obligatione: ſed mel eſt in ſolutione vſque ad litem conteſtatam. Sic Pompon. nihil hic definit, niſi de ſoluendi facultate. Reſtat adhuc illa quæſtio decidenda, quid in obligatione ſit? Et verius eſt res deberi legatario ſecundum Proculi opinionem. Argumentu eſt, quod fructus præſtantur, non vſuræ, ex huiuſmodi legato.l.ſi quis bonorum.23.ſupra eod. Hoc intereſt inter fructus & vſuras l.121.vſura.infra,de verb.ſignif. arg.ex titul. C. de vſur.& fruct.legat. Deinde quæritur quid ſolui debeat? Hoc tractat Pompon. Nota quod ait, ſed oportet hæredi ſuccurri. Oſtendit his verbis ſecundum rigorem præſtari debere partes rerum ſingularum: ſed æquum eſt an vtile ſuccurri hæredi, aliquid indulgeri hæredi vt ſoluere poſſit, vel res, vel æſtimationem, &c. Sed quomodo poteſt aliud pro alio ſolui, contra regulam leg.eum à quo. Cod. de ſolutio. Quod dicitur de communione, locum haberet etiam in ſingularibus rebus legatis. Petrus ille Aurelianenſis, qui cognomen Subtilis meruit inter iuris interpretes, ait ſe neſcire, an hoc caput intelligat. Videbat quicquid hic dicitur, facile ſubtilitatibus impugnari poſſe: ſed vtilitas magis amplectenda eſt in re dubia. Cum teſtator legat res ſingulas, nulla eſt ambiguitas. cum legat partem bonorum, aut rerum generaliter, aliqua ambiguitas eſt: nam vſus loquendi aliquid varietatis habet, nec male dicitur tertiam partem bonorum habere eum, qui æſtimationem habet. Occaſio bona eſt recedendi à ſubtilitate & rigore propter vtilitatem. Capienda denique eſt occaſio, quæ præbet benignius reſponſum.l.capienda.de reg.iur. Similis eſt deciſio Scæuolæ in leg 32 generali.§. vſumfructum. infra de vſufr.legat.

Dixi cum legatur pars bonorum, res ipſas in obligatione eſſe, ſed ex humanitate & æquitate ſuccurri hæredi, atque ita recte dicitur, aliud eſſe in ſolutione, aliud in obligatione. Idē accidit & in pleriſque aliis caſibus, de quibus dixi ad leg.2. ſupra de reb.cred. Sed cur electio eſt hæredis potius, quam legatarij? Hoc videtur magis conuenire voluntati teſtatoris. In dubio enim non eſt interpretatio ſequenda, qua hæres oneretur. leg. vnum ex familia.§. ſi rem.de legat.2. leg.ſi Sticho.de vſufruct.legat. Item fauorabilior eſt cauſa debitoris in electione. leg.19.plerunque. ad fin.ſupra de iure dot. Sed ad quod vſque tempus competit hæc electio hæredi? Quidam dicunt etiam poſt ſententiam, donec iudicati conueniatur. argum leg. item veniunt. 20 §.idem recte.de petit.hæred. Sed verius mihi videtur vſque ad litem conteſtatam permitti. Fauendum enim eſt hæredi, ſed ita vt ne quid nimis, néve longius, quam par ſit. recedamus à ratione iuris prætextu æquitatis, atque humanitatis. Dixi ad leg.qui filiabus. § vltim.ſupra præterea arg.ducitur ex leg.1.de penu legat. Aliud l.ſi quis ſtipulatus.57.de ſolut. Non eſt contrarium quod dicitur in dict.§. idem recte: ſed diuerſum. In noxali actione ſubleuatur ea re dominus, qui ſatis onerari videtur, quia conuenitur ex alieno delicto. Quæritur an hoc caſu tranſeant onera hæreditaria in legatarium? videntur tranſire ſicut in fideicommiſſo vniuerſali.§.ſi quis vna. Inſtit.de fideicom.hæredi. Nam & vniuerſitas quædam continetur hoc legato, nō res ſingulares. leg bonorum appellatio.208.infra de verb.ſignific. Deinde bona dicuntur deducto ære alieno.leg.ſubſignatum.39 §.bona.de verbor. ſignif.l.mulier bona.72.ſupra de iure dot. Hæc differentia bonorum & hæreditatis traditur in l. ſi quis ſeruus.8 §. vlti. de legat.2. Hæc ſunt accipienda, niſi appareat teſtatorem aliud ſenſiſſe. Nam plerunque bona accipiuntur pro hæreditate, vt cum teſtator fidei hæredis ſui commiſit, vt reſtituat bona ſua.leg.nam quod. 14 §. vltim. & l.ſeq.infra ad Trebel. Nam & in bonorum poſſeſſione ita accipitur. d.l. bonorum appellatio.208.de verb.ſignif.l.1.2.3.infra de bonor.poſſ.

Ad l.Poteſt.27.

Nota rem vnam poſſe dari in ſolutum legatario, vtilitatis cauſa. Inde tractatur quæſtio, an falcidia poſſit ex vna re deduci. Certum ea omnibus rebus legatis deduci. Res ſingulæ communicantur ipſo iure inter hæredem & legatarios.leg.49. Plautius.infra ad leg.Falcid.leg.in quantitate 74 §.vlt.l. Lineam Margaritarū.26.eod.l.2.Co.ad leg.Falcid.l.1.§. ſi quis.infra quot.legato. Excipiuntur legata, quæ diuiſionem non recipiunt.l.ſi is,qui.80.§. quædam.inf.ad legem Falcid. Sed hæc diſputatio non eſt huius loci. Hoc eſt accipiendum, niſi teſtator reliquerit certam rem hæredi pro Falcidia.dict.§.ſi quis vna. Inſtit. de fideicom. hæredit.

hæredit. Voluntas enim teſtatoris ſeruanda eſt, vt lex. §. diſponat. in Authen. de nupt. Dicendum tamen eſt, poſſe ex vna re deduci, ſi vtilitas id exigat. Id poteſt fieri vel conſenſu hæredis & legatarij, vel interueniente iudice. Nam ſententia Pauli noſtri ad alios quoque caſus producitur, in quibus eſt eadem vtilitas, leg. non poſſunt. l. neque leges. ſupra de legib. Idem puto dicendum & in legitima parte, quæ debetur filio ex eadem lege Falcidia, quæ eſt triens, vel ſemiſſis, ſecundum numerum liberorum. auth. de trien. & ſemiſ. Vulgo receptum eſt hanc Falcidiam deduci ex ſingulis rebus hæreditariis. Idque colligi ſolet ex leg. ſcimus. §. ſancimus. C. de inoffic. teſtam. verſ. repletionem autem fieri ex ipſa ſubſtantia patris. vbi tamen Imperator non ſatis declarat, an ex ſingulis rebus, an ex certis tantum. Sed melius eſt generaliter accipere de omnibus, cum præſertim in Falcidia id conſtitutum ſit. dict. leg. Plautius. Vbi non poteſt quis eligere vnam rem pro legitima parte ſua, neque hæres ſcriptus ei dare poteſt. Ex hoc ſecundum rigorem ac ſubtilitatem. Nam ſi res exigat, recurrendum erit ad æquitatem quam docet Paul. noſter, vt res aliqua aſſignetur interuentu iudicis. Nam & in diuiſione rerum hæreditariarum id vitatum eſt l. 3. ſupra famil. erciſc. §. vlt. Inſtitut. de offic. iud. Ex his intelligitis quis ſit vſus & quæ vtilitas huius Paulinæ ſententiæ. Nota deinde dominium bonorum legatorum acquiri legatario, alias non poſſent vindicari. §. Appellamus. inſtit. de actiion. Regula igitur de dominij translatione locum habet in legato vniuerſali bonorum. l. ſi tibi homo. 86. §. cum ſeruus. infra hoc tit. Sic coita ſocietate omnium bonorum, res continuo communicantur. l. 1. ſupra pro ſocio. Plerique tamen diſſentiunt, qui mouentur his argumentis. Primum eſt à conſequentibus. Si acquiſitum eſſet ſtatim dominium, deberentur fructus ſtatim. l. Herennius. de vſur. vbi fructus debentur poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominium. At non debentur niſi poſt moram hæredis. l. 23. ſi quis bonorum. ſupra eod. Item ſi eſſet dominus, non competeret hæredi electio. l. id, quod noſtrum. de reg. iur. Huc pertinet l. apud Aufidium. de opt. leg. Dominium rei legatæ non acquiritur, niſi poſt electionem, etiam ſi competat electio legatario. Reſpondeo, argumento ducto ex verbis Pauli: Quia verbum vindicare, latius plerunque accipitur: l. ſi peculium. §. 1. infra de pecul. legat. l. per diuerſas. C. manda. Exiſtimo ſtricta ratione iuris defendi poſſe legatario dominium acquiri ſingularum rerum, quæ ſcilicet fuerint defuncti. In bonis noſtris ea quoque numerantur, quæ noſtra non ſunt. l. 49. bonorum appellatio. infra de verb. ſignif. Mouet me quod dicitur de ſocietate omnium bonorum. d. l. 1. ſupra pro ſocio. Sed propter æquitatem non habetur pro domino, & datur hic electio hæredi. Receditur hic à regula iuris, Id quod noſtrum. Item dixi aliquid ambiguitatis eſſe, propter varium vſum loquẽdi. Verbum, bonorum, poteſt referri ad æſtimationem, At æſtimationis dominium non transfertur. Si pecunia legata ſit. dixi ad l. 1. ſupra eod. Legatarius ergo vindicans rerum ſingularum partes, ſummouebitur, quaſi exceptione doli. Sed cur non veniunt fructus poſt aditam hæreditatem? d. l. 23. ſi quis bonorum. Hoc vt puto, conſtitutum eſt, cum iam receptum eſſet, vt electio hæredis eſſet, nec id cum iniuria ſit legatarij: quia non eſt omnino certa voluntas teſtatoris, vt iam dixi.

Ad l. Si creditori 28. & l. Sin autem. 29.

LOcus de iis, quæ legari poſſunt. Oportet aliquid commodi eſſe in legato. Legatum enim eſt donatio. Si quis mihi legauerit rem meam, inutile legatum eſt. §. ſed ſi rem. Inſtit. de legat. Quod ſi quis mihi legauerit quod mihi debet. Imp. Iuſtin. Inſtit. de lega. §. ſi quis debitori. ait ita legatum vtile eſſe ſi plus ſit in legato, quàm in debito. Idem in leg. 68. Mæuius. §. 1. infra de lega. 2. Et hæc eſt Vlpiani noſtri ſententia in hoc cap. quam probat exemplis. Ea exempla nos ordine & ſigillatim declarabimus. Primum eſt ſi debitor tutus exceptione leget. Exceptione puta pacti conuenti. §. præterea. Inſtit. de except. Prætor dat iudicium cum exceptione, non purum & ſimplex, docui ad leg. Iuriſgentium. ſupra de pact. an valeat legatum? Vlpian. ait valere, quia plus eſt in legato, quam in debito. Nam debitum non poterat obtineri propter exceptionem. l. nihil intereſt. de reg. iur. l. creditores. de verborum ſignific. leg. debitor. eod. titul. Nunc poterit peti ex teſtamento, nec agens vlla ſummouebitur exceptione. Intelligitur enim remiſſa exceptio. Dixerit aliquis videri hoc legatũ non valere alia ratione: quia deficiat voluntas teſtatoris. Nã qui legat quod debet, videtur legare quantum debet, & quatenus à ſe exigi poteſt. argum. l. eſt lex. 32. ſi prior. ſupr. ſolut. matrimo. Huc pertinet lex, ſi ſic legatum. 78. §. 1. infra, eod. vbi ſi lego quod debeo, ſi nihil debeam, non valet legatum. facit l. ſi is, cui. 94. §. Flauius. de ſolut. vbi ſic interpretamur quaſi quodammodo conditio ſit, ſi quid debeo, & quatenus debeo. Variæ ſunt opiniones. ſed animaduertendum eſt, quæſtionem hic eſſe iuris magis, quam facti. Sic diſſerimus de iure quaſi certa ſit voluntas, quaſi appareat ex aliqua parte teſtamenti voluiſſe exceptionem remittere. Expreſſa eſt forte quantitas debita & cauſa obligationis. Dubium igitur nõ eſt, quin teſtator remiſiſſe videatur exceptionem. Sed quæſtio eſt, an hæc voluntas faciat vtile legatum. Dicitur vtile eſſe, quia aliquid commodum habet. Sic eſt accipiendum quod dicitur in leg. ſi depoſitum. §. ſi quis creditori. de legat. 3. & leg. ſi creditor. 11. infra de liberatione legat.

Aliud exemplum eſt, cum debitor tenetur actione honoraria, id eſt, prætoria, vel ædilitiæ. §. prætorum. Inſtit. de iure nat. gent. l. 5. de verb. oblig. & Inſtit. de diuiſ. ſtipul. Nam & hæc à iuriſdictione prætorum veniunt. At certum eſt plus commodi eſſe in actione ciuili, quàm honoraria. Actiones honorariæ fere ſunt temporariæ Inſt. de perpet. action. Exemplum in actione redhibitoria quæ finitur ſex menſibus, quanto minoris, anno vtili. l. ſciendum. §. vltim. de ædil. edict. Commodius eſt igitur ex teſtamento actionem habere, quæ ciuilis eſt & perpetua: ſicut cæteræ ciuiles. Inſtitut. de perpet. & temp. act. Dubium autem non quin ſit ciuilis. l. lege obuenire, infra, de verborum ſignif. Verbum enim iuſta, in definitione teſtamenti, arguit iuris ciuilis eſſe teſtamẽtum, & quidam publici. leg. 4. ſupr. de teſtamen. Sunt qui putent nullam habendam eſſe rationem huius commodi, quod ex tempore actionis proficiſcitur. Citant leg. pater, qui caſtrenſe. §. vltim. infra de caſtrenſ. pecu. quæ ad rem nõ pertinet. vbi omittens hæreditatem nihil dolo facere videtur, quamuis temporis incurrat compendium. Illa ſpecies adeo diſſimilis eſt, vt ſtulti ſit ac ſtupidi diſſimilitudinem non perſpicere. Sed error manat ex theſi, quam inde colligunt. Nota, inquiunt, temporis compendium non ſpectari. Nihil eſt fallacius, nec ineptius hac regularum collectione, vt iam ſæpe dixi. Non dicit generaliter, non haberi rationem: ſed non ideo videri dolo facere. Nulla igitur ratio vetat hoc commodum ſpectari in legato. arg. eſt quod dicitur in leg. quoties. 9. §. item ſi tẽporali. ſupra de admin. tuto. vbi vtile eſt actionem qua tenetur tutor, deuolui in actionẽ tutelæ. quia forte actio temporalia eſt. Huc pertinet l. ſi debitor. 12. inf. de lib. legat. vbi intereſt creditoris ex teſta-

mento potius agere, quàm ex priſtina obligatione. Loquitur generaliter quocunque modo interſit. Obiicitur nobis alia regula eiuſdem notæ aut deterioris. Surrogatum retinet naturam, eius in cuius locum ſubrogatum eſt, &c. l. ſi eum. §. qui iniuriarum. ſupra ſi quis cautionibus. Ergo actio ex teſtamento naturam honorariæ retinet. Reſpondeo nullam eſſe talem regulam in iure ciuili. Conficta eſt à barbaris & ſophiſtis, qui rationem iuris interpretandi non nouerant. In ſpecie §. qui iniuriarum. ſtipulatio iudicio ſiſti, finitur tempore: ſicut actio iniuriarum, quia propter eam actionem interponitur. Quid hic ſimile eſt? Si ſtipulatio idem contineret quod actio iniuriarum, aliud dicendum eſſet.

Aliud exemplum ex Marcello, ſi debitor quis ſit in diem, aut ſub conditione, vel modo, &c. Valet legatū, propter commodum repræſentationis. idem dicitur in §. ſi quis debitori. Inſti. de legat. idē in l. 1. de dote prælegat. cuius eſt eadem inſcriptio, Vlpian. lib. 19 ad Sabinum. Quid ſi quis debebat ex ſtipulatu, & legauit purè? Marcellus ait legatū vtile eſſe. Quod poteſt defendi ſi res ſit legata, cuius dominium tranſeat in legatarium. l. 3. §. ſi quis rem. infra de legat. 3 ſi vero ſit legata quantitas, nullum eſt commodum huius legati, atque ideo inutile eſt. l. Aurelius. 28. §. vltim. de lib. legat. Sed quid eſt quod Marcell. ait legata falcid. non minui? Nam ſi vtile eſt, Falcidia ex eo deduci debet, ſicut ex cæteris legatis. Item contraria videtur l. 1. §. ſi quis creditori ad legem Falcid. Fuit tempus cum ita legerem, vt æque Falcidia hoc minuat, ratio expeditiſſima nodi cuiuſque diſſoluendi. Sed tutum non eſt his coniecturis indulgere, quæ mihi adhuc iuueni magis arriſerunt, quàm hoc tempore. Tunc mihi videbar ingenioſus, cum quid tale comminiſci poteram. Nunc longo vſu edoctus ſentio quam periculoſa res ſit. Non eſt hoc nodos diſſoluere: ſed gladio ſecare. Marcelli ſententia hic refertur ab Vlpiano, qui nec eā probat, nec improbat. Et poteſt vera eſſe in ſpecie l. 3. §. ſi rem. de legat. 3 vt iam dixi propter dominij acquiſitionem. Sed hactenus habetur ratio huius commodi, vt valeat legatum. Non enim idem poteſt fideicommiſſo onerari. dict. §. ſi rem. dixi ad l. cum filiofamil. Eadem ratione nec minuetur Falcidia. Species § Si quis creditori, diſſimilis eſt. Loquitur enim de eo, quod debetur in diem, atque ita de commodo repræſentationis. Lex igitur Falcidia in eo commodo locum habebit, non in toto legato.

Ad l. Talis ſcriptura. 30. & l. Sed etiam. 31.

VLpianus hic interpretatur clauſulam vulgarem, quæ apponi ſolebat in teſtamento, quas pecunias, &c. Mentio eſt huius clauſulæ in l. legata inutiliter. ſupra eo. Nec dubium quin fuerit vulgaris & vſitata, cum eam interpretarentur ita accuratè iureconſulti. Maxime autem obſeruandi ſunt hi loci, in quibus tam diligens & accurata interpretatio ſcripturæ alicuius reperitur. Ars enim, quam profitemur, fere verſatur in interpretatione ſcripti. Docet nos ſic interpretari quod ſcriptum eſt lege, edicto, aut alia huiuſmodi ſcriptura, vt ne à bono & æquo vnquam deflectamus, hac de re fuſius alibi diſſerui. Primum quæritur, quomodo accipiendum ſit verbum, pecuniæ. Pone corpora legata eſſe, item nummos, vinum, frumentum, &c. Corpus nonnunquam diſtinguitur à quantitate. leg. qui hæredis. ſupra de cond. indeb. leg. 95. qui ſ. quis. de leg. 3. Quamuis res corporalis alias latius accipiatur. leg. prim. ſupra de rer. diuiſ. & Inſtit. de rebus corp. & incorpor. Quæritur ergo, an hoc verbum, pecunias, ad corpora legata pertineat? Dubitatio naſcitur ex eo quod appellatio pecuniæ generalis eſt. leg. 178. Pecuniæ verbum. de verbor. ſignif. leg 2. & C. de conſtit. pecu. Sed Vlpian. ait ad corpora legata non pertinere. Mancipia igitur legata ſtatim ſoluentur. Pertinet autem, ait, ad res quæ pondere, numero, menſura continentur. Veluti ſi nummi fuerint legati, aut vinum, frumentum, aut ſimil. Nam etſi late pateat appellatio pecuniæ, tamen ſpecialius accipitur pro nummis, aut pro rebus aliis huiuſmodi, quæ functionem recipiunt. Hæ res quæ functionem in genere ſuo recipiunt, ſimiles ſunt quadantenus nummis. l. 2. §. mutui datio. ſupra de rebus cred. Sed de hac re plenius ac ſubtilius mox diſſeremus. Deinde quæritur quomodo accipiatur dies. Pure legatum hac adiectione, quas pecunias, &c. prorogari ait Vlpian. Hinc naſcuntur variæ quæſtiones, quia variè dies apponi ſolet legatis. Aliquando gratia differendæ ſolutionis, gratia demonſtrationis cuiuſdam, gratia multiplicandæ obligationis. Itē dies aliquando certa eſt, ac ſine cōditione, aliquādo eſt incerta & conditionem habet. De his omnibus eſt videndum. Quid ergo ſi quis ita legauerit: Lego Titio centū præſentia? Hæc adiectio videtur ſuperuacanea. quia pure legatum, præſenti die debetur. Perinde eſt, ac ſi teſtator iuſſerit ſtatim & ſine mora dare. l. 118. liber homo. § decem. de verbor. oblig. Vnde videtur clauſula ad hoc legatum pertinere, perinde ac ſi omnino diei facta mentio non eſſet. Tamen Vlpian. ſequitur verba teſtatoris. Nulla enim videtur ratio, cur à verbis recedatur. l. 69. Non aliter. inf. de leg. 3. Nam credibile eſt teſtatorem non ad effectum, ſed ad verba reſpexiſſe, quibus dies appoſitus non eſt. Nam verum eſt diem appoſitum eſſe huic legato cuiuſcunque effectus ſit. Sic interpretamur quaſi teſtator ideo adiecerit diem, vt hoc legatum eximeret à generali prorogatione legatorum. Quid ſi in ſingulos annos prorogatum ſit? Dies hic non eſt præſtitura ſolutioni. Apponitur dies non vt differatur ſolutio, ſed vt multiplicetur obligatio, & plura ſint legata. Videtur autem teſtator de die ſentire, quæ præſtitura eſt ſolutioni, quia clauſula pertinet ad prorogationem ſolutionis. Sed Vlpian. ait, clauſulam ad hoc legatum non pertinere. habet enim diem & quidem certum. Non eſt incertum, neque infinitum tempus, quot ſunt anni, tot ſunt legata l. cum in annos. de annu. lega. Nulla igitur cauſa eſt, cur à verbis recedatur. Quid ſi conditio appoſita ſit, ſi Titius conſul factus fuerit? dies à conditione differt. l. 1. de cond. & demonſt. Sed. tamen. Vlpian. idem ait de conditione dicendum eſſe? quia dies incertus, eſt conditio. Cum Titius conſul factus fuerit. l. ſi Titio. infr. quando dies leg. ced. Omnis conditio de futuro eſt, ideo neceſſe eſt vt diem futurum contineat. leg. cū ad præſens. ſupra de rebus cred. Hic paulum receditur à verbis, quia licet dies inſit: non tamen appoſitus eſt, nec verbis expreſſus. Alia eſt quæſtio de interpretatione verbi pecuniæ, de qua iam diximus. Si legetur pecunia, quæ in arca eſt, ceſſat clauſula: quia ſpecies eſt, nec enim refert, an legetur Stichus, an certum tempus pecuniæ. Ratio ex leg. 51. Sed & ſi certos. infra eo. Alia quæſtio de verbo, legaui. Dubitatur enim cum verbum præteriti temporis ſit. Sed ſecutus eſt Vlp. vſum & cōſuetudinem loquendi. Nam Legatum id iam eſſe recte dicitur, quod poſtea adſcribitur eodem teſtamento ante conſummationem teſtamenti. Sic Cic. ſæpe loqui ſolet in epiſt. Quinto Nonas has ad te dedi literas. lib. 14. ad Atticum in initio epiſtolæ his verbis vtitur, quaſi totam epiſtolam ſcripſerit. Vſus hoc exigit, quem maxime ſequi debemus in interpretatione voluntatis. l. Labeo. de ſupel. leg. Adde quod hæc clauſula pertinet ad codicillos. Quod relinquitur codicillis, intelligitur teſtamento relictum interpretatione quadā iuris. Reliqua verba, annua, bima, trima die, hic non interpretatur:

tatur: ſed interpretatio petenda eſt ex leg. 3. de annuis legatis. infra. Hæc eſt ſimplex & nuda interpretatio verborum huius capitis. Nunc paulo ſubtilius hæc diſcutienda ſunt & examinanda. Inprimis obſeruanda eſt pecuniæ ſignificatio pro rebus, quæ conſtant pondere, numero, menſura, ſic accipitur in leg. ſecund. §. creditum. ſupra de rebus cred. Mutuum enim non poteſt eſſe, niſi pecunia proficiſcatur. Aliquando tamen ſpecialius accipitur pro nummis. atque ita vulgo accipi ſolet. Exemplum eſt in Senatuſconſul. Macedo. leg. item ſi filiusfamil §. mutui dationem. Nummi olim nota pecudum ſignabantur. Plin. lib. 33. cap 3. Alia eſt latior ſignificatio pro omnibus rebus quę ſunt in ſubſtantia noſtra, etiā ſi corpora ſint. leg 178. pecuniæ verbum. infra de verborum ſignificatione. leg. 222. pecuniæ nomine. eod tit. Idem dicitur in leg 2. C. de conſtitut. pecun. vbi ratio hæc adſertur, quia res omnes in pecuniam conuerti, & pecunia æſtimari ſolent. Simile eſt l. 88. propemodum. infra de verborum ſignificatione. vbi tantum pecuniæ quiſquis relinquit, quantū ex bonis eius refici poteſt. & dicitur is centum aureos habere, qui prædia eius æſtimationis habeat. Eodem ſenſu accipitur in leg. 79. ſi chorus. infr. de legat. 3. vbi dicitur pecunia ſine peculio fragilis. Quæritur quomodo accipi debeat hoc verbum, cuius eſt tam varia ſignificatio? Aliis admonui non poſſe in vniuerſum diffiniri. Spectanda eſt voluntas eius, qui ſcripſit, quæ colligitur ex variis coniecturis. Inanis eſt labor Barto. & aliorum, qui conantur hoc certis regulis diffinire. Si quis cognitionem huius rei aſſequi velit, conſideret ſpecies in quibus hoc verbum interpretati ſunt Iureconſulti: expendat rationem, quæ mouit eos in quaq; ſpecie. Hoc exemplum nobis ſufficiet, nec erit opus regulis & diſtinctionibus, quas plerique hic confinxerunt. In Senatuſcōſ. Macedonia. lex, item ſi filiusfam. §. mutui dationem, accipitur pro nummis tantum. In edicto de calumniatoribus, accipitur generaliter. lex, §. vltim. ſupr. de calumn. Cur hoc tam variè? Ratio diuerſa hoc facit. Filiusfamil. facilius abutitur pecunia numerata, quàm aliis rebus. Calumniator non minus corrumpenit alia re. Durum viſum eſt, ac odioſum denegari actionem, niſi quatenus id neceſſarium videtur ad reprimendum luxum, &c. ſi fraus fiat. Idem dicendum eſt in edicto de conſtituta pecunia, vbi accipitur generaliter dict. leg. 2. nulla enim ratio eſt, cur specialiter accipiatur. imo ſi verbum pecuniæ, id non ſignificaret, extenſio fieret, propter ſimilitudinem rationis. Sic in edicto de receptis arbitr. l. litigatores. §. quod ait Prætor, pecunia compromiſſa. Alia exempla ſunt in quibus mediam ſignificationem ſequimur. Ratio perſpicua eſt in leg 2. §. creditum. vbi ſubiecta materia hoc poſtulat. Aliud exemplum eſt in hoc noſtro capite, cuius ratio videtur paulo obſcurior: ſed ratio pendet ex differentia rerum, quæ conſtant pondere, numero, menſura, & aliarum rerum. Differentia eſt in ratione decidendi, quæ colligitur ex leg. 29. cum Stichus. infra de ſolut. nam non eſt credibile teſtatorem voluiſſe ſolui corpora per partes, ſcilicet incertas, & pro indiuiſo. Si vnum ſit corpus, induceretur communio: ſi plura, non erit par ſolutio ſingulorum annorum. argumen. l. 54. in ſtipulationibus. de verborum obligat. Vide Rapha.

Docui quid appellatione pecuniæ continuatur. Dixi in ſpecie noſtra de corporibus non accipi. Antinomia ex leg. 93. quiſquis. de legat. 3. vbi verba hęc, quantas ſumnias legauero, referuntur ad res corporales. Reſpondeo in ea ſpecie euidentem eſſe voluntatem, nec eam à ſignificatione verborum abhorrere. Summa de corporibus etiam dicitur. Plau. in Mil. Quanta iſthæc hominum ſumma eſt? ſeptem millia. Quamuis & de quantitate plerunque accipiatur. l. 34 plane, infra hoc titul. Deinde ſi verba id non ſignificarent: tamen coniectura voluntatis eſt non obſcura, vt docet ibi Mecianus. Sed proculdubio idem dicendum eſſet, etſi teſtator dixiſſet, Quantas pecunias, vel quas pecunias. l. 97. cum ſtipulamur. de verborum ſignifica. Expendenda eſt igitur diſſimilitudo vtriuſque ſpeciei. Ego iam dixi ſup. ſolutionem harum rerum minore cum incommodo diuidi, quàm ſpecierum, ſiue corporum. Non eſt ergo mirum ſi in ſpecie noſtra reſtringatur ſignificatio. vbi de diuiſione ſolutionis agitur. In ſpecie leg. quiſquis, non agitur de diuiſione: ſed de ſolutione integra legatorum. Ergo aliud dicēdum eſſet in ſpecie noſtra, ſi poneremus ita dictum, annua die dato. Verbū igitur pecuniæ, varie accipitur, prout ſubiecta materia poſtulat. Adde ſupradictis, & vulgarem vſum loquendi plerunque ſpectandum eſſe. Vulgus ſolet pecuniam pro nummis tantum accipere: aliæ ſignificationes vulgo notę non ſunt ferè. Nec dubium, quin interpretari debeamus vulgi ſermonem ſecundum vulgarem vſum, aut etiam abuſum. l. 52 librorum. §. quod tamen Caſſius, de leg. 3. l. 69. nō aliter. §. 1. eod. titu. l. 18. cum de laniionis. §. Aſinam. infra de inſtruct. vel inſtrum. Multum ergo refert à quo teſtamentum factum ſit. Si enim fecerit homo idiota & illiteratus, non ſic interpretabimur eius verba, vt hominis literati & eruditi. Et obſeruandum eſt purum legatum hac adiectione prorogari, non etiam legatum in diem. Oportet diem expreſſum eſſe, nec ſufficeret tacite ineſſe. Antinomia difficilis eſt ex l. 4. cum vulgari modo. infr. de dot. prælég. Variæ ſolutiones afferuntur ab Accur ſio & cæteris. Hæc mihi videtur probabilior omnibus, quod ſic accipiamus hoc legatum dotis, quaſi die habeat. Idque benigniore interpretatione contra ſubtilitatem iuris. Vt non magis referatur clauſula ad hoc legatum, quam ſi dies expreſſa eſſet, quamuis expreſſa non ſit. Primum fauor dotis benignam admittit interpretationē. l. in ambiguis. de reg. iur. Deinde hac relatione legatum redderetur inutile. Nulla enim vtilitas eſt huius legati, niſi in repræſentatione. l. 1. de dote prælég. inf. Ad hoc ſolum relinquitur, vt præſens debeatur. Vitioſa eſt interpretatio rei dubiæ, qua actus inutilis redditur. l. ſi quis à filio. infr. vbi explicabimus. Tertio notandum expreſſionem diei, qui tacite ineſt, hic ſufficere, vt dies appoſitus dicatur, licet alias dicatur expreſſionem eorum, quæ tacite inſunt, nullum effectum habere. dixi ad l. 3. ſupr. eo. Oppon. l. 74. Titio centum. infra, de leg. 2. Alfeni ſententia improbatur, qui idem ſenſit quod Vlpian. hic. Et mouebatur eadem ratione, qua Vlpian. Res eſt perobſcura & per difficilis: & ſatis apparet veteres Iureconſ. diſſenſiſſe. Hic citantur Seruius & Labeo, quaſi non idem omnes ſenſerint. Refertur etiam opinio Alſeni in d. l. Titio. Cumanus nititur oſtendere diuerſas ſpecies eſſe. In ſpecie noſtra clauſula refertur ad legata pura, quibus dies appoſitus non eſt. in d. l. Titio. clauſula refertur ad legata diem habentia. ibi non exprimitur formula prorogationis. Sed in re ambigua debemus id accipere quod vitio caret. l. in ambigua. ſupra de legib. Imo ne ambigua quidē oratio eſſe videtur. Deinde in d. l. Titio. ait Papin. protulit diem legatorum. Diem ergo habebant legata: ſed ille dies prolatus & prorogatus eſt. Et quæritur an præſenti die debeatur hoc legatum. Papin. ait non deberi præſenti die, quia prorogata ſunt legata, quæ diem propriū habent. Hoc autem diem proprium habet. Conuenit inter Vlp. & Papin. hoc legatum diem proprium habere. Sed diuerſas ſpecies tractant, & diuerſas magis reſpondent, quam contraria. Hæc opinio videtur ſatis mihi probabilis id tanta obſcuritate. Nec aliquid nunc ſuccurrit probabilius. Animaduertendum tamen eſt, diem pro-

Digitized by Google

ferri legatorum non male dici,cum legatis dies appoſitus non eſt. vt in dic.l.cum vulgari.diem proferre legati,id eſt,diem adſcribere lgato, quæ longior ſit die legitima, quæ ineſt tacitè,vt in omnibus puris legatis accidit. Sed, vt dixi,in re dubia accipienda eſt interpretatio,quę vitio caret Oppo.l 118 liber homo.§.decem.de verbo.obliga.vbi ex hac ſtipulatione, Decem hodie dare ſpondes? eodem die peti poteſt.Pura enim & præſens intelligitur eſſe ſtipulatio: diéſque adiecta vt præſens eſſe oſtendatur, ſine mora. Itaque videtur hoc legatum perinde accipiendum eſſe, ac ſi dies omnino adiecta non eſſet.Reſpõdet Vlpi.hi,& obiectum diluit.Quamuis igitur.&c. Et credibile eſt hæc diſtincta etiam fuiſſe à Papinian.debent autem l. Titio centum.& l.liber homo.coniungi.nam eſt eadem vtriuſque inſcriptio, Papinia. lib.27.Quæſt.Quarto notandus eſt locus de legato relicto in ſingulos annos. Scripſi de hac re ad.l.16.Stichum.§.ſtipulatio.de verb.obliga.Quinto,notandus eſt locus, de conditione,quæ diẽ incertum habet. Pertinet ad l.1.& l.74.dies incertus.infr. de condit. & demonſtrat. Sexto notandus eſt locus de quantitate, quæ legatur vt ſpecies.Perinde habetur ac ſi corpus quoduis legatum ſit. l. plane.§. ſi eadem.infra.l.54.al.51. ſed ſi certos.infr.eo.Perempta ea pecunia hæres liberatur. l.27. ſi certos.de verb.obliga.alias debitor pecuniæ non liberatur. l.incendium.Co. ſi cert. pet. Item dominium recta via tranſit in legatarium,iuxta leg.66.à Titio. infra de furt.quamuis alias non tranſeat. not. ad l.1.ſupr.eo. Item hæres hac pecunia non poteſt vti, quia non vteretur ſpecie.Inde poteſt colligi ratio huius legis.Nam cur differretur ſolutio pecuniæ, quam habet in promptu,& qua vti ei nõ licet? Alia igitur pecunia non poteſt ſolui,iuxta leg.2. §.mutui datio.De hoc tamen eſt magna controuerſia. Sed id diſerte expreſſum eſt d. l.ſed ſi certos.infr.eod. ibi, permutationem non recipiunt.Opponunt aliqui, quod non intereſt legatarij. quæ pecunia detur, quia functionem recipit in ſuo genere. Sed poteſt accidere ſpecies,in qua non ſpectemus an interſit. vt dato tenrum, quæ apud nummularium ſunt. Si non dederit fundum,non ſpectatur an interſit.l.38. ſtipulatio iſta §.alteri. Si non ſit appoſita pœna,non video cur non abſoluatur ſoluendo aliam pecuniam, ſi ea conſumpta ſit.Nam & in ſpecie legata idem accideret.Specie perempta ſoluitur æſtimatio. l.91.ſi ſeruum.§.ſequitur.& ſequen.de verb.oblig.Quid aliud faceret iudex? in ſpecie poteſt fortaſſe peti quod intereſt vltra verũ pretiũ: ſed aliud eſt in pecunia. Hic non poteſt dici intereſſe, niſi forte extra rem.l nummis. de in lit.iur. Videndum ſane eſt,an fuerit legata ſpecies. ſed eſt quæſtio facti. Poteſt apponi locus vt demonſtretur, vnde commode ſumi poſſit.l.96. quidam teſtamento. in princ.hoc tit. Hinc ſententiam Vlpiani intellige, niſi conſtet teſtatorem aliud ſenſiſſe,nec quæras quid mouerit teſtatorem vt magis illam pecuniam dari voluerit quã aliam. Sufficit voluntatem certam eſſe quæ legibus non repugnet. Cœpimus explicare locos præcipuos huius cap.de vulgari clauſula prorogationis. Addendus eſt ſupradictis ſeptimus locus de verbo præteriti temporis quod ad futurum porrigitur. Id enim obſeruari ſolet ex fine huius cap. Opponitur l. 33.vxori.§.vxori.de leg.3. Variæ ſolutiones extant apud Accurſium & Accurſianos. Vna eſt,quæ vulgo probari ſolet,quod hæc interpretatio non admittitur in donatione inter virũ & vxorem,quæ contra ius ſit. Nam ibi agitur de confirmatione talis donationis.Confirmatur ea donatio ſi voluntas teſtatoris manifeſta ſit. Sed in ea ſpecie ambigua eſt voluntas,&c. Quæ iuri communi repugnant non ſunt interpretatione adiuuanda. l. quod vero.ſupra de legib. Ex his quæ ſupra dixi apparet quam fruſtra hi ſe torqueant. Species §. vxori.valde diſſimilis eſt. Nec in eo verſatur diſſimilitudo, quod donatio contra ius ſit, de cuius confirmatione agitur. Sed quia donatio antecedens clauſulam & donatio ſequens, nõ ſunt eiſdem tabulis præſcriptæ. In ſpecie noſtra legata omnia tam præcedentia, quam ſequentia, ſiunt in eodem teſtamento. Ideo clauſula quæ concepta eſt in verba præteriti temporis, ad omnia pertinet,propter vſum & conſuetudinem loquendi, de quo iam dixi. Vſu receptum eſt, vt dicamus nos feciſſe quod facturi ſumus, antequam actus conſummationem accipiat: vt cum ſcribitur in initio epiſt. Has literas ad te ſcripſi. Teſtamentum non eſt, antequam omnino perfectum & abſolutum ſit.l.ſi is qui.de teſta.ſupra. Species §.vxori. ſimilis eſſet: ſi poneremus maritum in eius tabulis vtranque donationem feciſſe, hoc ordine.hoc caſu confirmaretur vtraque. Vſum loquendi & proprietatem ſequimur in quacunque interpretatione,niſi contraria voluntas manifeſta oſtendatur. l. Labeo.de ſupel.leg. At in ea ſpecie donatio vtraq; proponitur nec eodem tempore, nec eiſdem tabulis, in quibus eſt adſcripta clauſula confirmationis. Nec contrariũ eſt noſtræ ſententiæ quod dicitur de codicillis. Nam codicilli intelliguntur pars teſtamenti eſſe. l.quidam referunt.ſupra de iur.codicil.His ita declaratis,poteſt facile dilui obiectum ex l.8.ſi ita.inſ.de aur.& arg.leg.ex l. 49.ſi ita ſcripſiſſet.de leg.2. Illæ ſpecies nihil ſimile habent. Hic verbum præteriti aut præſentis temporis refertur ad actum ipſum,qui geritur à ſcribente.Legaui hoc teſtamento,&c. His verbis quicquid ſcribitur in teſtamento ſignificari intelligimus, propter vſum & conſuetudinem loquendi. Ibi verbum præſentis temporis refertur ad rem ipſam,quę legatur,quæ mea eſt,quæ mihi debetur,quam dare oportet. Qua de re ſcripſi ad l.76.ſi ſtipulatus fuerim.§. cum ſtipulamur. de ver.obli. Non male igitur Bart.hic ita ſcripſit,verbum legaui, præteriti temporis, porrigi etiam ad futura. Cæteri vero imprudenter regulã generalem confinxerunt hoc modo, Verbum præteriti temporis ad futura pertinere. Eiuſdem nuræ eſt illa regula brocardica: Clauſulam in medio poſitam ad omnia referri tam antecedentia, quam ſequentia. Quæ regula falſiſſima eſt, vt cæterę huiuſmodi, quas iſti brocardici ſabrefecerunt. Inaniter ſe cruciant, qui conantur hæc in vniuerſum diffinire. Conſiderandæ ſunt ſpecies ſingulæ quæ reperiuntur de hac re.Ex hac ratione cuiuſque æſtimandum quatenus id, quod ſcriptum eſt, producere ad conſequentiam debeamus. Id demonſtrabo aliquot exemplis. In hac ſpecie clauſula refertur ad omnia. Ratio iam expoſita eſt. Idem dicendum & in aliis omnibus caſibus,in quibus eadem erit ratio. quod non difficile erit homini prudenti & paulo magis exercitato iudicare. Sunt alij loci vulgares, In quibus clauſula generalis non refertur ad omnia capita. Vnus eſt in l.1.§.deinde adiecit prætor. ff. de poſtul. Qui ex omnibus his, qui ſupraſcripti ſunt,in integrum reſtitutus non erit. Ait Vlpi.referri hanc clauſulam ad eos, qui tertio edicto continentur, non ad ſuperiores.nam crimine capitali damnati nõ facile reſtituuntur. Aliud exemplum in l. ſed etſi per prætorem. §. deinde. ſupra ex quib.cauſ.maio.vbi verba hæc prætoris,Neque defenderetur. Vlp.ait ad omnes ſupraſcriptos pertinere, præterquam ad eũ qui abſens quid vſucepit. quoniam plene ſupra de eo cautum eſt. Clauſula autem generalis non refertur ad ea de quibus ſpecialiter cautum eſt.leg.119.doli clauſula.de verbo.oblig.cum ſimil.

Ad l.32. Si quis à filio.

LOcus eſt de legato cõditionali,in quo duplex eſt quæſtio. Vna iuris, altera facti ſpecies eſt huiuſmodi,Filius eſt inſtitutus,& ab eo legatum ſub condi-

tione

tione, cùm in tutelam ſuam venerit,id eſt,cum pubes factus fuerit. Sic enim interpretantur Iuriſcōſ. ipſi veteres l.50.al.48.cum filio.de leg.3. Huic filio ſubſtitutus eſt Titius pupillariter, & ſub eadem conditione. Deceſſit filius ante pubertatem, quæſtio eſt,an legatū debeatur? Ait Vlpia.non deberi,quia deficit conditio, ſi filius in tutelam ſuam venerit. Eſt ergo hoc legatum conditionale,Cùm filius in tutelam ſuam venerit.nec tantum habet diem, ſed etiam conditionem. facit l. 5r.al.41.ſi cui legetur.§.hoc autem.infra.eod. Plerique putant tantum conditionale eſſe, cum perſonæ honoratæ hoc adſcribitur, vt in ſpecie§.hoc autem legatum. Sed. Vlp. hic oſtendit idem eſſe, etſi perſonæ hæredis grauati adſcriptum ſit. Nam Vlp.hic ait legatum non deberi. nec ferenda eſt hæc interpretatio, non deberi ſtatim:ſed eo tempore quo debuiſſet pupillus,ſi vixiſſet. Sed de eo dicemus ad dictam l. ſi cui legetur.Hic exiſtit difficultas, quod hoc legatum ideo videtur valere: quia conditio eſt impoſſibilis,quæ pro non ſcripta debet haberi.l.3.de cond.& demonſt. Quod poteſt venire in ſuam tutelam filius,qui deceſſit impubes,alioqui ſubſtitutus non admitteretur. l. 14. in pupillari. ſup. de vulg. ſubſtit. Reſpondeo conditionem hanc impoſſibilem non eſſe,filium ſcilicet in tutelam ſuam venire non eſt impoſſibile. Atqui nō poteſt pubes fieri, qui impubes deceſſit. Reſpondeo non eſſe adſcriptam hanc conditionem, ſi pubes factus fuerit poſt mortem:ſed ſimpliciter. Repugnantia tamen hic quædam reperitur, ita vt nullo caſu poſſit deberi legatum. Repugnant enim conditio ſubſtitutionis, & conditio legati. Conditio ſubſtitutionis eſt,ſi impubes deceſſerit. Cōditio legati,ſi pubes factus fuerit.Si fiat pubes, excluditur ſubſtitutus, nec debetur legatum. Item ſi fiat impubes. quia deficit conditio legati. Vere ergo dixit Accur. nugationem quandam hic eſſe, ſi ita ſentit. Nam ſcriptura nugatoria eſt,ac inepta hoc accidit ex vitio & imprudentia teſtatoris. Altera quæſtio eſt facti, de qua proxime tractabimus. Dixi in hoc e.duplicem eſſe quæſtionem.Priorē ego tractaui,quæ iuris eſt. Dixi legatum non deberi deficiente conditione, quia filius in ſuam tutelam non venit. Altera quæſtio eſt facti, in qua quæritur de voluntate. Teſtator ita repetiit legata,quæ à filio meo, &c. An videatur tacite repetita conditio? Hæc quæſtio differt à ſuperiore, quia hic quæritur de facto,ibi de iure. Dubitatio naſcitur ex iis,quæ ſupr.diximus de repetita cōditione.ſup. eo. ad l. legata inutiliter. l.76.Titia. l.107.libertis.de cond. & demonſt. Vlpia. tamen ait in dubio videri legata repetita eſſe pure,non ſub conditione. Ratio eſt, quia in dubio nō debet intelligi repetita cōditio, quæ legatum inutile reddat. Hæc ratio ſumitur ex l.113 ſeruo alieno.§.ſi ab impubere. infr.eod. Non videtur enim repetita conditio,inutile legatū faciens. Si poneremus repetitam eſſe cōditionem, legatum eſſet inutile, vt in ſuperiore ſpecie. Cōditio eſt, ſi filius pubes factus fuerit,quæ non non poteſt iam exiſtere.quia filius deceſſit impubes.Notāda eſt igitur hæc regula admodum vtilis in quæſtionibus facti & voluntatis. Orationem dubiam ſic interpretari debemus, vt actus valeat magis,quam inutilis ſit.l.quoties l.vbi.inf.de reb. dub. Itaque non facile interpretamur repetitam conditionem,quæ actum inutilem reddat. Idem dicitur de ſtipulatione in l.134.Titia.§.1.de verb.oblig. Aliquid ſcripſi de hac re ad l.80.quoties.de verb. oblig. Sed animaduertendum eſt, quæ hactenus dicta ſunt,locum habere in ſubſtitutione tantū pupillari.Ponimus ſubſtitutionem ſimpliciter pupillarem fuiſſe, non vulgarem,nec mixtam. Nā licet verbis omnino expreſſum non ſit genus ſubſtitutionis: tamen id ſatis colligitur ex verbis.Ait enim Iuriſc.initio,filio pupillo heredem ſubſtitutum eſſe. Item ait impubere filio mortuo,ſecundum hæredē admiſſum eſſe. Si vero eſſet vulgaris, aut duplex,ſiue mixta,quam Theophil. Inſtitu.de pupil.ſubſt.in princ. vocat [illegible]:hac repetitione non redderetur legatū inutile. His verbis autē, Hæres meus dato Titio cētum,ſi filius meus pubes factus fuerit.Cōditio legati,& cōditio ſubſtitutionis, nō ſunt repugnātes:ſicut in ſuperiore ſpecie,cōditio ſubſtitutionis,ſi hæres non erit, & cōditio legati,ſi pubes factus fuerit. Poteſt hoc caſu legatum deberi à ſubſtituto.ſi filius poſt 14.annum moriatur non adita hæreditate.Tūc enim admittitur ſubſtitutus: quia filius nō adeſt. Et debet legatum,quia extitit conditio,ſi pubes factus fuerit.Neceſſe eſt ergo intelligamus in hac ſpecie ſubſtitutionem mere pupillarem fuiſſe. Dixerit aliquis repugnare verba Vlp. Hæres meus dato, &c.quia ſi pupillaris eſſet ſubſtitutio, non eſſet hæres teſtatori: ſed filio.l.10.ſed ſi plures alias l.qui liberis.§.ad ſubſtitutos.& Inſtit.de pupil.§.1. Reſpondeo his verbis fieri ſolere pupillarem,cū filius inſtituitur hæres patri. Nā ſubſtitutus ſit hæres etiam teſtatori quodammodo per mediam filij perſonam. Hæres enim hæredis mei,eſt hæres meus. l. vlt.C.de hæred.inſtit. Huius formulæ exemplum eſt luculentum in l. ſi ita ſcriptum.§.qui filio impuberi.infra de bon.poſſ.ſecun.tab. Quod ſi dictum ſit, Si filius meus moriatur,priuſquam in tutelā ſuam veniat, tunc Titius mihi hæres eſto: hæreditatem vendicat perindeac ſi verbum mihi, adiectum nō eſſet. Plura dicemus ad l.48.ſi cui legetur.& ad l.52.ſi cui ſerui.§.1.infra hoc tit.

Ad §. Si parti.

LOcus de perſonis quibus legari poteſt:an ciuitati, ut parti ciuitatis legari poſſit.Sed de ciuitate ipſa prius eſt videndum. Dubium non eſt quin ciuitas hodie poſſit hæres inſtitui. & poſſit ei legari. l.hæreditatis.C. de hæredib.inſtit. An tēpore Vlp.idem ius fuerit,dubitatur. Plerique putant potuiſſe legari.Citant pleroſque locos,in quib. legati ciuitati, aut reipub.fit mētio.Cuiuſmodi eſt hic locus,& alij ſimiles. Plinius tamen oſtendit diuerſum ius fuiſſe tempore ſuo. Epiſtolarum lib.5.epiſt.ad Caluiſium. Nec hæredem inſtitui,nec præcipere poſſe remp.conſtat. Cui conſentaneum eſt, quod ſcribit Vlp.in Inſtit.tit.22 qui hære. inſtit.poſſ.Nec municipia,nec municipes hæredes inſtitui poſſunt:quia incertum corpus eſt.Excipit hæreditatem libertorum. Item fideicommiſſam hæreditatem. At tametſi loquatur Plinius de præceptione:tamē idem dicendum eſt in quocunque alio genere legati. Quia non eſt diuerſa ratio. Fecit autem mentionem præceptionis,quia ita acciderat ex facto. Pleræq; ſubtilitates erant in legatis. Dixi in initio huius tractatus demōſtrans differētias legatorum & fideicommiſſorum Puto igitur Plinium vere & recte dixiſſe.Nec vllus eſt locus in Pandect. ei contrarius. in l.125. ciuitatibus.infra eod.verbum legare,ambiguum eſt,& de fideicommiſſo accipitur, Itaque argumentum ex eo loco infirmum eſt aduerſus Pliniū. Iam dixi per fideicōmiſſum relinqui olim potuiſſe. Vlp.in Inſtit.excipit fideicommiſſa. Et eſt locus de fideicommiſſo in l.26. omnibus.infra ad Trebel. Subtilitates iuris non æque ſeruabantur in fideicōmiſſis,atq; in legatis. Nō obſtat l.2.de reb.dub. Nā poteſt intelligi de fideicommiſſo. Item poteſt intelligi quo caſo ciuitati legari poteſt, vt cū libertus legat. Cætera obiecta facile erit diluere his intellectis. Quæritur cū poſſit legari ciuitati,an poſſit legari parti ciuitatis? Vlpia.ait deberi ſine dubio. Eſt enim eadē ratio partis, quæ totius. leg.76.quæ de tota.ſup.de rei vindic.Huic non diſſimile eſt quod dicitur de collegio.l.collegium. C. de hæred.inſtit.Simile etiā exemplum eſt de vico,ſiue pago,in l.ſi heres.73.§. vicis. Hic dubitatur de ciuitate ibi. an idem de vico, quod de ciuitate. Apparet ex l.ſi vſusfruct⁹. 8.de vſufr.

lega. vbi eadem eſt inſcriptio, Gains lib. 3. de leg. ad edict. prætor. Quid ſi in ciuitate ſint partes, factiones, vt in Italia Guelforum & Gebellinorum, an poſſit vni patri legari? Vulgo dicitur non poſſe. Nõ ſunt alendæ ciuiles illæ diſſenſiones, quibus Reſpub. læditur. l. ſi quis ingenuam. §. in ciuilibus. infra de captiu. & poſtli. reuerſ. Nulla corpora, nullæ ſocietates probari debent, niſi quæ ſpecialiter iure probantur & recipiuntur. leg. 1. ſupra quod cuiuſque vniuerſ. l. s. de colleg. Spectanda ſane eſt conſuetudo cuiuſque loci. Bar. ſcribit Peruſij factionem Guelforum receptam fuiſſe, & moribus probatam, vt liceret, eis creare capitaneum. Dubium tamen non eſt, quin poſſit ſingulis legari, qui ex ea factione ſunt, ſi alia ratio non prohibeat. l. 20. cum Senatus. infra de reb. dub. Quæritur an pars vna expulſa poſſit creare ſyndicum? Puto nõ poſſe, niſi ſit minor pars ciuitatis. arg. l. s. quod cuiuſque vniuerſ. Nec obſtat l. Teſtatrix. ſupra ſi ſer. vindic. quia loquitur de ſingulis, non de vniuerſis. Si tamen aliqua magna vtilitas hoc ſuadeat, puto hoc ei concedẽdum, vt pacis faciendæ cauſa. Benignius interpretabimur à ciuitate fieri, quod à parte fit. arg. l. quæ de tota.

Ad l. Si pluribus. 33.

LOcus eſt de effectu legati. Res legata debetur legatario, eaque tota. Quid ſi duobus eadem res legata ſit? Diſtinguit Paul. an eadem res ſit legata cõiunctim, an diſiunctim. Si coniunctim, diuidetur inter legatarios. puta Titio & Sempro. fundum lego: vel, fundum lego æquis partibus. Nihil referri puto, an ſit cõiunctio verbalis an miſta, licet aliqui diſſentiant. Non interpretabimur quod datum eſt vni, ademptum eſſe alteri propter coniunctionem. Hæc verba cõiunctionis apta materia ſunt ademptioni. Nec interpretamur vtrique ſolidum dãdum eſſe, id eſt, vni rem, alteri æſtimationem, ſed vtrique virilem partem deberi. Hæc interpretatio humanior eſt. Conſulitur enim ex æquo vtrique legatario, & hæres ſubleuatur ne bis eãdẽ rẽ præſtet. Nec refert an vterque ex teſtamento agat, an vero vnus vindicet. Quo tamẽ caſu videbatur probabilis eſſe dubitatio. Nã vindicatur res ipſa actione ex teſtamento, petitur æſtimatio non rei vindicatione. Itaque videbatur hic facilius admitti, vt vni præſtetur res, alteri æſtimatio. Sed hæc ratio non mouet Paul. Benignius enim eſt quod diximus partem ſingulis deberi, etiam magis congruit voluntati teſtatoris.

Alter caſus eſt cum eadem res legata eſt ſeparatim, id eſt, non eadem oratione, nec eiſdem verbis. Titio fundum lego, Sempronio fundum lego. Dicuntur quidem hi coniuncti re, quia res eadem eis legatur. l. re coniuncti. 89. infra de leg. 3. Sed comparati cum cæteris, dicuntur diſiuncti. Cæteri magis coniuncti ſunt, quia non ſolum eadem res eis legatur: ſed etiã eadem oratione. §. ſi eadem. Inſtitut. de legat. Quæritur ergo quid debeatur his legatariis? Ambiguitas maior hic eſt quã in ſuperiore ſpecie. Itaq; videndũ eſt quid teſtator ſenſerit, an voluerit adimere primo. Nã hęc verba ſatis apta ſunt ad ademptionẽ faciendã. Sed humanius eſt pro virili portione omnes ad legatum venire, in dubio æqualiter cõſuletur vtrique, niſi euidẽtiſſime appareat contraria voluntas. Videndum eſt etiam nũ teſtator voluerit vtrique ſolidũ dari, quod nõ creditur voluiſſe. & durior eſſet hæc interpretatio contra hæredem, quem nimis onerari non oportet. leg. vnum ex familia. 67. §. ſi rem. de leg. 2. leg. ſi Sticho. 36. de vſufru. leg. Quid igitur ſi appareat teſtatorem ita ſenſiſſe: quomodo poterit ſolida res vtrique dari? Nam repugnat l. ſi vt certo. §. ſi duobus. ff. commod. & leg. 3. §. ex contrario. inſ. de acquir. poſſ. Reſp. Paul. vni pretium, alij ipſa res adſignatur. Nõ poteſt ratio cõmodior excogitari qua ſatisfiat vtrique ſecundum voluntatem teſtatoris: & credibile eſt teſtatorem hoc cogitaſſe. Nam pecunia fungitur vice rerum omnium. l. ſi ita fideiuſſorem. 42. infra de fideiuſ. Pretium dicitur ſuccedere loco rei, vt qui pretium habet, rem habere intelligatur. l. quia. 39. ſup. de vſufru. Sed quid ſi vterq; velit rem ipſam habere ac neuter ſit cõtentus pretio? inuenta eſt etiam ratio huius nodi expediendi, vt occupantis melior ſit cõditio. Quid autẽ ſi vnus occupauit, ac præuenit alterum litem conteſtando, deinde pœnitet eum conſilij ſui, & petit nunc pretium: vel cõtra? Ait Paul. variationem hic non admitti. Satis ei cõſulitur ſemel data electione. Quid ſi appareat teſtatorem voluiſſe transferre in nouiſſimum? Prior nihil debebitur, etiã ſi legatum non cõſiſtat in perſona nouiſſimi. Pars vnius deficiens accreſcit alteri inter coniunctos, ſed nulla hic cõiunctio eſt. quia primo nihil eſt legatum. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, quid ſi coniuncti & diſiuncti mixti ſint? Cum omnes ſunt coniuncti, vel omnes diſiuncti, res diuidetur æquis partibus. Sed ſi mixti ſint, dubitatur. vt puta, Titio & Sempronio fundum lego: Caio fundũ eundem lego. ait Vlpian. ſeq. l. plane. coniunctos fungi vice vnius perſonæ, & pro vna perſona haberi. Dimidiam ergo habebit Caius, & altera dimidia diuidetur inter Titium & Sempronium. Nam tantum conſequeretur Caius, ſi pro Titio & Sempronio vnus eorum à teſtatore nominatus eſſet. Hæc paulo rudius ac ſimplicius declaraui pro tyronibus. Nunc accuratius & ſubtilius de ſingulis eſt dicendũ. Notandus eſt primum locus de actione, qua petitur legatũ, de qua dixi ad leg. 1. ſupra eo. Petitur nõ ſolum actione ex teſtamento, ſed etiam rei vindicatione. leg. 1. C. commun. de leg. Dominiũ recta via tranſit in legatarium. leg. à Titio. 65. de furt. l. 83. ſi tibi homo. 86. §. cum ſeruus. inſ. eod. Vna tamen actione electa, altera tollitur. l. cum filius. 78. §. variis. inf. de leg. 2. At ſi duo ſint legatarij, vnus poteſt vindicare, alter ex teſtamẽto petere, vt hic Paul. oſtendit. Similis locus eſt in l. duobus. 85. inf. eod. Oppo. huic ſententiæ l. huiuſmodi. 84. §. vlt. Sed diuerſæ ſpecies ſunt. H. ſunt duo legatarij, ibi duo hæredes vnius legatarij. Hi habentur pro vno, quia repræſentant perſonam vnius. Sicut legatarius vnus non poterat partim ex teſtamento agere, partim vindicare. dict. §. variis, ita nõ poſſunt eius hæredes. Ex perſona hęredum natura obligationis & actionis non mutatur. leg. 2. §. ex his. de verbo. oblig. An vterque ſit dominus quæſtio ſubtilis eſt, quam autẽ ſubtilis, mox tractabimus. Eſt etiam obſeruandum, rem plurib. legatam cõiunctim, diuidi in partes. Nec id dubiũ eſt in coniunctione verbali: quia partes habent ex verbis teſtatoris. d. l. re coniuncti. Dicuntur re coniuncti nõ eſſe, propter diſtributionem partium, tametſi ad rẽ eandem vocentur. Idem mihi videtur & in coniunctione mixta, vt legatarij partes quoque habeant: tametſi non tam aperte & clare expreſſa ſit diuiſio partiũ. ita ſcripſi lib. 1. de iure accreſcen. c. 3. Confirmaui arg. ex d. l. plane. § ſi coniunctim. de quo dicemus ibi. Obſeruandum eſt rurſum, cum duobus legatur eadem res ſeparatim, eam quoque inter eos diuidi. Tametſi autem teſtator partes non diſtribuerit, ſolidum prima facie teſtator ſingulis attribuere videtur. §. vbi autem. Cod. de caduc. tollen. propter concurſum tamen vtriuſq; fiunt partes. Hęc eſt enim benigna interpretatio voluntatis, vt iam dixi. Nihil ergo refert an coniunctim quis legauerit, an ſeparatim, cum legatarij concurrunt. Cum vnus vero deficit, multum intereſt in iure accreſcẽdi. Quia onus iniunctum deficiẽti, in alterum non transfertur. d. §. vbi autem. C. de caduc. tollen. Cum igitur quis legat ſeparatim, &c. nihil adimitur.

Dixi, cùm duobus legatur eadem res ſeparatim, partes fieri concurſu: nihil enim adimitur primo, niſi euidenter

denter

denter appareat. Oppon.l.ſicut.5.de adimen. lega.vbi quod Titio legaui. ſi idem alteri lego ſeparatim, ademptio eſt. Reſpondeo multum referre quibus verbis legetur. Verba quædam vſitata ſunt in coniunctione legatariorum, de qua hic agitur, apta ad coniunctionem illam faciendam. vt, Titio ſundum lego, Sempronio ſundum lego.§.ſi eadem.Inſtit.de leg. Si teſtator his verbis vſus ſit, nihil ademptum intelligitur, niſi aliud euidenter appareat: quia verba vſitata ſunt in coniunctione reali. Sic accipiendum eſt quod Paulus hic ait. Alia verba ſunt vſitata in ademptione, vt, Quod Titio legaui, id Seio do lego. Cum enim Iureconſulti de ademptione differunt, hoc exemplo vtuntur. dicta leg.ſicut.& Inſtitut.de adempt.lega. Et ſane hęc verba magis conueniunt ademptioni & reuocationi. Vſus hoc oſtēdit, qui maxime ſpectandus hic eſt.l.Labeo.ff. de ſupel.leg. Poſterius autē legatū relinquitur ſub cōmemoratione primi, ideo tacitā adēptionē continet propter vſum, vt dixi. Non eſt alia confirmatio requirenda, vbi quæritur de vi & ſignificatione verborum. Vſus vero cognoſcitur ex iis quæ iam dixi. Verum exoritur alius ſcrupulus ex l.Iulianus. 15. ſupra de hæredib.inſtit. vbi ſi teſtator dixerit: qua ex parte Titium inſtitui, ex eadem Mæuium inſtituo, verba poſterioris inſtitutionis referuntur ad priorem, ſicut in d. l. ſicut. tamen dicuntur eſſe vocati ad eandem partem ſine vlla ademptione. Reſpondeo diſſimiles ſpecies eſſe. nam in dict.leg. ſicut. verba referūtur ad rem ipſam legatam, quæ ſecundum vſum loquendi magis ſignificant ademptionem. In l.Iulianus. verba referuntur ad hæreditatem, ſiue ius hæreditarium: ſed ad partem duo facit teſtator in tali inſtitutione. Vnum, vult illum & illum hæredes eſſe. Alterum, partes aſſignat eis. refert autem multum, an hæc verba ad primum, an ad ſecundum referantur. Cum ait, ex qua parte, verba referuntur ad ſecundum, id eſt ad partis aſſignationem, cum ita loquitur, quam hæreditatē reliqui Titio, &c. oſtendit ſe velle vtrunque hæredem eſſe, ſed eos concurrere in eandem partem. Similis eſſet ſpecies in l.ſicut. ſi poneremus ita legatum eſſe, Titio dimidiam lego, quam partem Titio legaui. Hoc caſu probabilius mihi videtur eos concurrere. Oſtendit enim ſe velle vtrique legare, ſed ita vt in vnam partem concurrant. Eſt præterea obſeruandum, ſolidum dari omnibus legatariis ob voluntatem teſtatoris. Interpretamur enim benignius voluntatem teſtatoris, quaſi hoc ſenſerit, vt vni detur res, alteri æſtimatio. Nam res ipſa in ſolidum duobus dari non poteſt, vt dixi. Vterque ergo poteſt ſolidum petere, & electio eius eſt, qui prior litem cōteſtatus eſt. Quæſtio ſubtilis eſt vulgo hic agitata, an vterque ſit dominus interim rei legatæ. iuxta regulam dictæ l.à Titio.de fur. Si dixeris vtrumque dominum eſſe, opponam tibi regulam l.3.§.ex contrario. inſt.de acquir.poſſeſſ. Nec ad rem pertinet quod dicunt aliqui regulam non intelligi de domino ciuili & legitimo, quod acquiritur ſine naturali apprehēſione. Nam aduerſatur hæc opinio regulæ iuris, Vni pro ſolido duos hæredes eſſe non poſſe.l.quod contra. 184. §.vni. de reg.iur. Si dixeris neutrum dominum eſſe interim, ſed hæredem potius: primum opponam regulam d.l.à Titio.de furt. Deinde, quod hic Paulus ait, vtrumque vindicare poſſe: nam quo modo poſſet vterque vindicare, ſi dominus non eſſet? Reſpondeo, ſecundum ſubtilitatem iuris, neutrum dominū dici poſſe: ſed interpretatione quadā benigniore, intelligitur is dominus eſſe qui occupat. Si cui hoc mirum videatur, is velim conſideret Iureconſultos hic ſubtilitatem negligere, alioquin ſolidum non poſſet præſtara ſingulis. Hæ igitur ſubtilitatis nō multū nos mouere debēt in hac diſputatione. Sequamur quod propter vtilitatē receptū eſſe videm⁹, vt detur electio ei, qui prior occupauerit.

Nunc quędam obiecta diluenda ſunt. In primis obiicitur quod ſupra eo. dixi ad legem, ſi ex toto. de duobus reis. Hi legatarij videntur eſſe duo rei credendi. Nec enim dubium eſt, quin duo rei conſtituantur teſtamento. d.l.ſi ex toto.§.ſi ita ſcriptum.l.eandem.inf. de duobus reis. Si quis legauerit à Titio & Męuio, duo ſunt rei debendi, ſi quis ergo legauerit Titio & Mæuio, duo ſunt rei credendi. Proprium autem eſt eorum, vt ab vno poſſit ſolidum exigi, & vni ſolidum ſolui.§. ex huiuſmodi.Inſt.de duob.reis. Quare in hac ſpecie videtur hæres liberari vni dando, ne neceſſe habeat vtrique dare. Reſpond. hoc fieri propter voluntatem, vt Paulus hic oſtēdit. Cum teſtator vult vtrique ſolidum dari, non ita conſtituuntur duo rei, ſed cum teſtator duobus legat, nonne iudicare debemus duos reos conſtitui in dubio? Paulus hic ſatis oſtendit in dubio non eſſe habēdos legatarios pro duobus reis. Sed ratio obſcura eſt, nec vlla ſatis probabilis hic adduci ſolet. Exiſtimo rationem eam eſſe, quam adduxi ad l.ſi ex toto. cum interpretarer l.cum quidam. Codic. de verborum ſignific. Credibile non eſt teſtatorem nihil curare vtri detur, nec eſt veriſimile non habere delectum perſonarum, niſi verba clara & aperta ſint. arg. §. incertis. Inſtit.de lega. Alia obiectio eſt ex l.quoties. 38. de vſufruct. vbi duobus legatus vſusfructus, vt alternis annis vtantur, potior eſt is qui prior nominatus eſt. Quidam dicunt ibi coniunctim fuiſſe legatum, hic ſeparatim, ſed nulla eſt ratio huius differentiæ. Alij fatentur ſe nihil habere quod reſpōdeant: animaduerti magnam diſſimilitudinem vtriuſque ſpeciei eſſe. In hac ſpecie quæritur de re legata cui debeatur: nam incertū eſt, cui teſtator dari voluerit rē ipſam: quia id nō expreſſit. In d.l.quoties. nō quęritur de re legata principaliter. Certū eſt, quod habere voluerit vtrūque, ſcilicet vſumfructū pro dimidia parte: ſed quia dixit, alternis annis, apparet eū voluiſſe aliquē ordinē ſeruari. Cū ergo quæſtio tantū ſit de ordine, nō eſt alienū ſeruari ordinem ſcripturæ. Poſtremo notandus eſt obiter locus communis de occupatione per litis conteſtationem, quod nō eſt accipiendum pro generali diffinitione, vt vulgo fit. Res eſt perplexa, cum diffinire in vniuerſum prudentis ac eruditi hominis non eſt. De variatione in ea electione, dixi ad l.ſerui electione. ſupra eod.

Ad l.34. Plane.

DEclaraui aliquot præcipuos locos huius capitis, iam de aliis videndū eſt. Hic ſeptimus locus eſt de tranſlatione legati inutili. Hac tranſlatione reuocatur prius datum, quamuis ea ſit inutilis. Similis locus in l.& ſi transferam.20.infra de adimen.legat. Oppon. lex, ſi id quod. ſupra de reſcin. vendit. vbi valet prior emptio quæ pura eſt, cum ſecunda non habeat effectum: id ſane contrarium eſt non tam legi noſtræ, quā regulæ brocardicæ, quæ ex hac lege colligi ſolet, actu inutili reuocari vtilem. Nam ex l.ſi id quod. colligitur alia regula contraria, actu inutili reuocari vtilem. Cōfligunt hæ regulæ fictitiæ, & magnā pariūt perplexitatē in diſputationib. noſtris. Sed hæc nimis generaliter definiūtur. l.omnis definitio. infra de reg.iur. vnde nō eſt magnopere fidendum his regulis fictitiis. Conſideranda eſt ſimilitudo ac diſſimilitudo cuiuſque ſpeciei, In iis enim quæ ſimilia ſunt, idem ius eſſe debet. In iis quæ diſſimilia ſunt, non eſt mirum ſi varium ius reperiatur. Expendamus igitur ſpeciem noſtram de tranſlatione legati. In tranſlatione legati duo conſideranda ſunt, vt ſi teſtator dicat, quod Titio legaui, id Seio do lego. Primum eſt ademptio legati, adimitur enim à primo, ſecundū quod id legatū datur ſecūdo. Hæc au-

tem edemptio & datio,res ſeperatæ ſunt: nõ ideo igitur conualeſcit legatum ademptum primo, quod non conſiſtet in perſona ſecundi: niſi appareat eum nõ adempturum fuiſſe,niſi vt ſecundus id haberet,ſed id nõ præſumetur, niſi ex coniecturis aliquibus appareat. Quid enim habet commune ademptio hæc cum legato poſteriore? Confirmatur hæc ſententia argum.ex l. 1.§.ſed ſi mihi Pamphilum. de verborum obligatione. vbi ſtipulatio vtilis non vitiatur per inutilem: quia res diuerſæ ac ſeparatæ ſunt. Expendamus nunc ſpeciem l.ſi id quod. in ea ſpecie duplex eſt venditio, vna pura, altera conditionalis: ſed verba poſterioris emptionis non referũtur ad priorem,ſicut in legato. Itaque nulla reuocatio prioris eſſe intelligitur. Manet ergo vtraq;, ſed quia poſterior nullius eſt vtilitatis & effectus,perinde habetur,ac ſi facta non eſſet. Aliud dicendum eſſet, ſi poneremus bis verbis factam eſſe ſecundam, vt appareat receſſum eſſe à priore. Pone ita,vt quod emptum eſt, pure nunc emptum ſit ſub illa conditione. Hoc caſu puto non valere priorem, ſed valere potius ſecundam, arg.leg. quoties. infra de nouatio.§.præterea. Inſtit.quib. mod.tollitur oblig. Similes eſſent ſpecies,ſi poneremus Titio legatum eſſe pure, deinde ſub conditione. Et eſt ſpecies l. non ad ea. infra de condit.& demonſtr.cuius tractatio non eſt huius loci. Octauus locus eſt de commixtione coniunctorum & diſiũctorum. Coniuncti habentur loco vnius, tantum enim capiunt omnes coniuncti, quantum vnus ex aliis. Per coniunctionem enim videntur in vnum corpus redacti eſſe.C.de caduc.tollen.§ hæc ita, Pone quatuor eſſe legatarios, Titium & Sempronium coniunctos, Mæuium & Seium ſeparatos. Legatum diuidetur in tres partes. tertiam habebunt duo coniuncti. Male igitur hic cenſuit Accurſ.eos habituros dimidiam. Nam Vlpian.ait eos loco vnius eſſe. Atqui ſi poneremus vnum eſſe,non ita legatum diuideretur. Similis eſt ſpecies, in qua hoc modo fit diuiſio,in l.ſi quis Titio. ſup.de vſufruct. accreſc. vbi ſi legaui Titio & Mæuio cum hæredibus meis,tres partes fient.Simile exemplum eſt in l.interdum. 13.in princ.ſupra de hæred. inſtit. Simile in l. qui liberia,alias,Si pater.de vulg.ſubſt. Quomodo ſit accipienda l.vlt.C.de impub.quę videtur contraria, dixi ſub tit.de vulgat.

Ad §.ſi eadem res.

Locus de effectu legati.Si idem legatum ſit ſæpius, an ſemel tantum debeatur? Quæſtio eſt facti & ſtatus coniecturalis. Pendet enim ex coniectura voluntatis. Sed ad hanc coniecturam multum refert quid legatum ſit an res,an quantitas. Verbum rei,ſpecialem hic ſignificationem habet: ſicut in rerum permutatione. Alias appellatione rei continetur etiam pecunia.l. rei appellatio.de verb.ſignificat. Hic res accipitur pro ſpecie,quæ non continetur pondere,numero,&c. Diſtinguitur ergo hic ſpecies à quãtitate. Explicatio horum verborum non difficilis. Primum obſeruandum eſt, ſpeciem ſæpius legatam, ſemel tãtum deberi. Vnũ enim legatum eſt effectu, quamuis teſtator ſæpius legauerit. Quo reſpiciens Papinia.ait nõ ſæpius legare: ſed loqui ſæpius. l. Mæuius. 68. §. eum,qui.de legat.2. Huc pertinet l.cum quæſtio.§.vlt.C.de leg. Inter coniunctos diuiditur legatum æqualiter, licet vni ſæpius ſit legatum.Eodem pertinet l.Lucius.90. §.impuberẽ, de leg.2.vbi ſi dictum ſit: quæ legaui in duplũ dari volo,corpora legata non duplicantur. Quod producitur ad legis municipalis interpretationem.Si quid noctu admiſſum fuerit, vt pœna dupletur, intelligimus de pœna quæ cõſiſtat in quãtitate, niſi contraria appareat volũtas.Nec refert an eodẽ teſtamẽto, an codicillis.d. l.Mæuius.§.eum, qui. Idem ſi quis legauerit ſemel ab inſtituto,deinde à ſubſtituto. l. ſi ab inſtituto. ſupra ſi quis omiſ.cauſ.teſt.Eſt enim in omnibus ſpeciebus eadem ratio.Simile eſt quod dicitur de ſtipulatione.l.qui bis idem.inſ. de verb.obligat.Quid ſi conſtet de voluntate contraria teſtatoris. Magna hic eſt diſſenſio. Quidam putant voluntatem hic ſeruandam eſſe ſi certa ſit. Proferunt locum communem de voluntate.l.3.C.de liber.præter.cum ſimilib. Aliud argumentum ducunt ex l.ſi pluribus.ſup.eod.& ex l. 56.alias 53. Quid ergo.§.ſi quis duos.inf. eod. Alij diſſentiunt. quoniam alias non eſſet differentia ſpeciei & quantitatis.Nec voluntas teſtatoria ſemper potior eſt, vti dixi ad l. 4. ſup. Dicam breuiter quod ſentio. Vlp.in l.legata, ait eam ſemel deberi. Nec diſtinguit an teſtator voluerit bis præſtari. Nec enim facile reperitur teſtator adeo ſtultus, vt id iubeat.deinde bis prędtari nõ poteſt.Quãtitas vero poteſt ſępius pręſtari.Si tamẽ appareat ſẽſiſſe de æſtimatione, puto voluntatem ſeruandam eſſe. arg. d.l.ſi plurib. & d.l.quid ergo.Dubium enim eſt quin recte legetur res, & rei æſtimatio.l.ſi alij.§.rerum.de vſufr.& l.fundum. de nouatio.

Dixi rem ſæpius legatam ſemel tantum pręſtari.Sed cur ait Vlp. vel æſtimationem? Nonnulli putant in hac ſpecie vel rem peti,vel æſtimationem, prout legatarius elegerit. Quaſi huius repetitionis ea ſit vis vt poſſit peti,vel ſolui pecunia pro re,cõtra reg.l.2.§. mutui datio. Iſti nodũ quærunt in ſcirpo,nihil habet ſingulare,aut ſpeciale ſententia Vlpian.Hæc verba addidit Vlpiã. quia ſæpe accidit vt ſoluatur æſtimatio cõſenſu debitoris & creditoris. Itẽ ſoluitur æſtimatio cum res dari non poteſt.l.non dubiũ.14.§. vlt.de leg. 3. Obſeruandũ eſt rem legatã duorũ teſtamentis, bis peti poſſe. idem dicitur in l.Mæuius.68.in princip.de lega. 2. Cõſtitutio principis,qua placuit,eidem ſæpe legatum corpus non onerare hæredem, ad vnum teſtamentum pertinet.Ratio diuerſitatis obſcura admodum nõ eſt.Cum idem teſtamentum eſt, creditur teſtator loqui ſæpius magis,quam ſæpius legare.d.l. Mæuius.§. eum, qui. Solent enim teſtatores idem repetere ſæpius, fortaſſis obliti,ſe iam ſcripſiſſe. Vel vt magis pateſaciant deſiderium,quo afficiuntur dandi rem illam legatario. Sicut videmus in literis ſcribẽdis ad amicos. Cum obnixe aliquid petimus,ſolemus plerunq; eandem petitionem iterare,non vt ſæpius illud fiat:ſed maturius, diligentius,fidelius. Hæc coniectura locum non habet in re legata duorum teſtamentis. Quare dicimus rem ſæpius peti, & præſtari.Quod eſt accipiendum ſecundum deſtinationem vulgarem de concurſu cauſarum lucratiuarum §.ſi res aliena.Inſtitu.de legat. Cui ſoluta eſt æſtimatio,poteſt rem petere,non contra.Sed de cauſis lucratiuis dicemus alibi. Oppo.his quæ diximus l.huiuſmodi.86.§.1. Vbi res eadem legata eſt duorũ teſtamẽtis,& ſemel tantum petitur.Reſpondeo in ea hypotheſi aliam eſſe cõiecturam voluntatis. Proponitur enim hæres ipſe à quo legatum fuerat, legaſſe eandẽ rẽ, &c. Creditur ideo legare illam rem vt ſoluendo liberetur,vt hæredem admoneat officij ſui. Debitor ergo legat creditori, quod debet. quod legatum vtilitatem non habet,niſi ex commodo repræſentationis.Dixi ad leg.ſi creditori.ſupra. Reperitur tamen ſpecies quæ videtur huic ſimilis, in qua debetur ex vtroq; teſtamẽto. leg.Mæuius.66.in princip.de leg.2.Vbi debitor rei legatę,eũ legat creditori,id eſt,legatario.Sed in ea ſpecie diſſimilitudo eſt.Prior teſtator legauit dimidiã partem fundi, alter legauit ſimiliter dimidiam partem fundi. Sed ambiguitas aliqua hic eſt: quia duæ ſunt partes, &c. incertum eſt de vtra ſenſerit, an de ea quæ legata fuerit priori teſtamẽto,an de altera.Sed in re dubia interpretamur eum ſenſiſſe de altera, vt legatum potius valeat.

valeat.leg.quoties. infra de reb.dubiis. Ergo debebitur legatario totus fundus: vna pars ea priori teſtamẽto, altera ex poſteriori In ſpecie leg. huiuſmodi.ea cõiectura non poteſt capi, nulla eſt ibi talis ambiguitas. Res enim tota leg ita eſt, non pars. Rurſum obſeruandum eſt quantitatem ſæpius legatam, ſæpius præſtandam eſſe ſi teſtator hoc voluerit, & onus probandi incumbit legatario, vt hic Vlpian. oſtendit. Sed occurrit difficilis antinomia ex leg. quinquaginta. de proba. vbi legata ſunt teſtamento, deinde codicillis: ſed Celſus ait hæredem probare. Reſpondeo ſpecies diſſimiles eſſe. In hac ſpecie legata eſt vtraque quantitas eodem teſtamento: ibi, vna in teſtamento, altera in codicillis. Ratio diuerſitatis non poteſt adferri, niſi probabilis ac veriſimilis. Demonſtrationes quidem neceſſariæ exiguntur à mathematicis, non ab iis qui in ſcientia ciuili verſantur, vt Ariſtot. monet. Argumentum igitur ducimus probabile ab eo quod in more hominum eſt poſitum. Qui vult legare 20. eodem teſtamento, non ſolet bis decem legare. quanquam hoc fieri poteſt vt priori ſummæ parem adiiciat. Sed cum teſtamentum fiat vno contextu & breui tempore, non creditur mutata voluntas, quaſi teſtator ampliare legatum voluerit: creditur ideo repetiiſſe, vt eandem voluntatem denuo oſtenderet. quare legatarij eſt probare teſtatorem ita ſenſiſſe. In altera ſpecie facilior eſt coniectura multiplicationis. quantitas enim relicta eſt teſtamento & repetita codicillis. Vnde facile credimus eum interim mutaſſe voluntatem & legatum ampliare voluiſſe. Et hanc rationem adfert Celſus ipſe, cum legatarius profert duas ſcripturas, & hæres alteram inanem dicit: vt mirum ſit hanc diſtinctionem quibuſdam eruditis diſplicuiſſe. Nam Zaſius hanc ſententiam impugnat aliquot argumentis, quibus nunc reſpondendum eſt. Primum eſt, quia codicilli ſunt pars teſtamenti, & nihil refert an teſtamento, an codicillis relinquatur. l.2. l. quidam referunt. ſupra de iure codicill. Reſpondeo, nihil referre, niſi ratio diuerſa appareat, ſed in coniectura voluntatis ratio eſt diuerſa. Cum quæritur de mutata voluntate, multum refert an eodem tempore & eodem actu ſit aliquid factum, an diuerſis. Tẽporis interuallũ inducit mutationẽ voluntatis. Interpretatio iuris, qua fit vt codicilli pars ſint teſtamẽti, nõ poteſt veritatẽ tollere: non poteſt facere, quin ſeparati ſint à teſtamento, nec quin temporis interuallum ſit inter teſtamentum & codicillos. Inſpicimus an ſit eadem ſcriptura, nec dubium eſt, quin ſint diuerſæ ſcripturæ. Alterum Zaſij argumentum eſt ex dict. leg. 66. Mæuius. §. cum, qui. de leg. 2. vbi legatum fuit teſtamento & codicillis. Sed loquitur de re, ſiue ſpecie legata: ſed non de quantitate. Non creditur autem multiplicata ſpecies, ſicut quantitas, vt iam dixi. Rurſus obiicitur noſtræ diſtinctioni lex, libertis. infra de alimen. leg. vbi quantitas repetita eſt in codicillis. Non tamen debetur niſi ſemel. Reſpon. euidentẽ eſſe voluntatis coniecturam ex cauſa legandi expreſſa à teſtatore: quia legauit pro alimentis, ne vltra modum alimentorum quicquam habeant. Hinc vulgo dicitur, legatum alimentorum non iterari, nec multiplicari. l. alimenta. § Baſilica. Hæc igitur omnia pendent ex cõiecturis, ex quibus iudex æſtimare debet quid teſtator ſenſerit, vt exempla ſuperiora demonſtrant. Quibus alia poſſunt addi, vt cùm à diuerſis hęredibus quantitas relinquitur, præſumitur facile multiplicatio. l. ſi pluribus. 45. §. ſi ita legatum. de leg. 2. l. 115. alias 110. vt ſi legauit ſeruo alieno. l. Si quis à primo. infra eod. Item ſi ſit diſpar ſumma: centum, deinde quinquaginta: aut contra. citatur lex, cum centum. de alimen. leg. & lex, ſi is, qui ducenta. 24. in princip. infra de rebus dubiis. Ex his enim nihil certi colligi poteſt. Sed quod dicimus, communi ſenſu iudicari poteſt. Quia hic mos eſt hominum, qui aliquid legant teſtamento.

Ad §. Quod ſi rem.

Hic tractatur quæſtio pertinens ad locum ſuperiorem de re ſæpius legata. Legatus eſt mihi fundus, deinde eum emi. Quæritur an eundem poſſim petere ex teſtamento? Dubitatio eſt, quia bis præſtari mihi non poteſt. Sed Vlpia. ait me poſſe petere pretium quod mihi abeſt. Poteſt illud pretiũ ſolui, quãuis res præſtari nõ poſſit, & ſuperior ſpecies longe diuerſa eſt, in qua res eadẽ bis legata eſt eidẽ, vt ex iã dictis cõſtat. Nec obſtat regula de cauſis lucratiuis § ſi res aliena. Inſtit. eod. quia peto pretium quod dedi tantũ, quodque mihi abeſt: at nullum eſt in hac re lucrum. Si pretium nõ dediſſem, & illud cõſequens ab hęrede, concurrerẽt duæ cauſæ lucratiuę contra regu. Sed hic vna tãtum eſt.

Alia quæſtio, Titius mihi legauit fundum & me rogauit vt reſtituerẽ, &c. Sempronius mihi eundẽ fundum legauit ſine onere. petij ex teſtamento Titij, & obtinui. Quæritur an poſſim petere ex teſtamento Sẽpronij? Dubitatio naſcitur ex d. §. ſi res aliena. Quis rẽ conſecutus eſt ex vna cauſa lucratiua, non poteſt eam ex alia cauſa lucratiua petere. Sed Vlpia. ait hic me poſſe petere, quatenus ego alij dedi eo nomine. Nam hactenus mihi res abeſſe videtur. Legatum enim intelligimus cũ effectu. l. 2. §. peruenisse. ſup. de hæred. vẽd. Et hæc eſt elegans declaratio regulæ illius de cauſis lucratiuis. d. §. ſi res aliena. Obſerua in primis eum, qui emit rem ſibi legatam poſſe ex teſtamento eandem petere. Dixerit aliquis, res mea mihi non poteſt legari. l. proprias. C. de legat. Nec legatum conualeſcit, ſi poſtea deſinat eſſe mea. l. cætera. 41. §. 1. infra eod. Idem ergo videtur dicendum & res efficitur mea poſt factum teſtamentum. Sed hæc diuerſa ſunt. Non recte colligitur, Legatum ab initio inutile, non conualeſcit ex poſt facto. Ergo quod ab initio vtile eſt, ex poſt facto infirmatur. Nemo non videt, quàm hæc diſſimilia ſint. Obiicit. alia regula, qua dicitur, cum res peruenit ad eum caſum, à quo incipere nõ potuit, tum vitiari actum. l. 140. pluribus. §. & ſi placeat. inſ. de verb. oblig. Sed idem reſpondeo, quod Paul. ipſe in d. §. & ſi placeat. id non omnibus verum eſſe. Oſtendit Paul. ſe non habere pro certo iure theſin illam receptam tempore ſuo. Non diſtinguit tam ſubtiliter, quam noſtri faciunt. ſed ſatis habet dicere, id non in omnibus verum eſſe. Significat enim quàm periculoſum ſit in vniuerſum ita definire, & rarũ eſſe, vt talis definitio omnia cõplectatur. l. omnis definitio ff. de reg. iur. Ex iã dictis naſcitur quęſtio: Quo modo potuit legatarius emere rẽ ſibi legatã? Nam ſuę rei nulla emptio eſt. l. ſuæ rei. 16. ſup de contrah. empt. At legatarius eſt dominus rei ſibi legatæ. l. à Titio. de furt. Reſpondeo emptionem eo caſu valere, quo dominus non eſt legatarius. Verba Vlpi. accipere debemus, quo caſu valet emptio, quæ nõ poteſt aliter valere. Non autem neceſſe fuit Vlpiano eos caſus exprimere: quia de eo non erat quæſtio, an emptio valeret: ſed quo caſu valet, an poſſit pretium peti. Id autem poteſt demõſtrari exemplis. Pone legatam eſſe rem alienam, cuius dominium nõ tranſit, vt dixi ſup. ad l. 1. l. traditio. de acquir. rer. domin. l. nemo plus iuris. de regul. iur.

Aliud exemplum. Cum res empta eſt viuo adhuc teſtatore, vel eo mortuo ante aditionem, legatarius non fit dominus, niſi poſt aditionem. l. ſi tibi homo. 86. §. cũ ſeruus. inſr. eod. Sic accipiẽda ſunt verba Vlpia. Barbari doctores aiunt diuinationem eſſe, quia nihil tale hic dicitur ab Vlpiano. Sed ego iam dixi, non debuiſſe hoc exprimi ab Vlpiano. quia non erat quæſtio, an vẽditio rectè cõtracta eſſet. Non ſolent Iurecõſulti exprimere,

niſi quæ ad præſentem quæſtionem pertinent. Quod autem illi dicunt, ſuæ rei emptionem conſiſtere, cum dominium non eſt acquiſitum naturali apprehenſione, ſed lege tantum: ego id non auſim defendere. Nam regula eſt, dominium rei ex pluribus cauſis acquiri nõ poſſe. l.3.§ ex pluribus. inf. de acqui. poſſ. Nec nos multum mouet argumentum ex l.12. in bello. §. ſi quis ſeruum. infra de capt. vbi rei ſuæ vſucapio eſt, &c. Dominium eſt quoddam temporarium & reuocabile. hoc autem eſt perpetuum. Sed de eo dicemus plenius ad l. 45. Senatus. inf. hoc tit. Secundo obſeruandum, legatarium petere non rem legatam, ſed pretium. Qua de re magna hic eſt diſſenſio. Nonnulli ſic interpretantur quaſi petat rem legatam: ſed ita vt cõſequatur pretiũ, quod ſibi abeſt, quaſi res adhuc ſit in obligatione: ſed pretium in ſolutione. Ego receptam opinionẽ ſequor exiſtimãtium poſſe peti vel rem vel æſtimationem arbitrio legatarij. Hæc enim ſententia vtilior eſt ea, quæ inanes ſubtilitates amplectitur. Deinde conſentanea eſt veterum Iureconſ. ſententiæ, vt exempla demonſtrant, quæ paſſim occurrunt legentibus. Vnum eſt in l. ſed ſi res. 40. infr. eod. vbi dicitur æſtimatio deberi, quaſi nõ tãtũ ſit in ſolutione. Alterũ eſt in l. ſi res mihi. 20. inf. de leg. 3. actionẽ de pretio integrã eum habere.

Aliud exemplum in leg. 19. ſi filiofamil. infr. de dona. cau. mor. vbi ſi donatarius vendiderit rem ſibi donatam, donator condicit pretium. Poteſt etiam condicere rẽ ipſam, & electio eius eſt. l. illud. 37. §. Iulianus. infr. eod. tit. Non eſt contrarium quod dicitur in leg. debitor. 82. infra de leg. 2. nam nec pecunia peti poteſt, quæ non eſt legata. Non loquitur de pretio & æſtimatione rei legatæ: ſed de vſuris, quæ omnino legatæ non ſunt. Non aduerſatur etiam lex, ſi ſeruum. 91. § vltim. de verb. oblig. cum ait, pecuniam non deberi. Nõ debetur ſi verba ſtipulationis & ſubtilitatẽ ſpectemus: ſed verba ſequentia oſtendunt nouationẽ fieri, quaſi pecunia debeatur, & in obligatione ſit. Nihil ergo refert an petatur homo, an æſtimatio. Idque propter vtilitatem. Pretium ergo recte petitur. Sed quid ſi magno pretio emit rem legatarius, an totum conſequetur? Id verba Vlpiani videntur ſignificare: ſed æquitate interpretationis hoc temperandum eſt, vt de iuſto pretio intelligamus. Intelligendum ergo niſi iuſtum pretium excedat. argu. eſt l. non dubium. 14. infra de legat. 3. l. qui concubinam. 29. §. vlt. eod. tit. vbi hęres nõ cogitur immodico pretio rem redimere. Quid dicemus è cõtrario, ſi legatarius minore pretio emit. Res valebat 20. emit 10. Subtiliter defendi poſſet teneri hæredem nihilominus ad iuſtum pretium. Vt ſicut hæredem non oneret emptio facta immodico pretio: ita etiam non proſit ei facta viliore pretio. Sed ſequimur quod Vlpian. ait petendum eſſe pretiũ illud tantum, quod verè abeſt: alias duæ lucratiuæ cauſæ concurrerent, contra reg. §. ſi res aliena. Inſt. eo. Quatenus ab hærede amplius acciperet, quàm dedit. Tertio obſeruandum eſt id legatum intelligi, quod deducto onere ſupereſt. leg. non amplius. ſupra eod. vbi id declarauimus. Docuimus ibi quomodo accipienda ſit lex, àd veterani. 40. ad l. Falcid. inf. Quarto obſeruãdum, actionem mihi competere, non tantum pro eo, quod mihi abeſt: ſed etiam quod abfuturum eſt, vt in l. ſi quis mandato. 28. ſup. de negot. geſt. ibi procurator meus agit negotiorum geſtorum aduerſus geſtorem, antequam mihi ſoluerit, quod mea intereſt. hic fideiuſſor plerunque agit antequam ſoluerit. l. ſi pro ea. C. mandati. De legatario, qui emit rem legatam ab hærede, dicemus ad leg. ſi à ſubſtituto. & ad l. huiuſmodi. §. qui ſeruum. inf. hoc tit.

Ad §. ſi coniunctim.

LOcus de re eadem plurib. legata tam coniunctim, quàm ſeparatim. de quo dixi ad l. ſi plurib. ſuprà. Oſtendi ſcindi inter eos legatum, vt dicitur in §. ſi eadem. Inſtitut. de lega. Sed quæritur quomodo hæc diuiſio fiat? Diſtinguendum hic eſt an ſit legatum coniunctim, an ſeparatim. id eſt, an ſint coniuncti verbis, an re tantum. Nam proprie coniuncti dicuntur, qui verbis coniuncti ſunt. Si coniunctim legetur, partes fiunt ab initio à teſtatore ipſo. Teſtator ipſe partes aſſignat ſingulis hoc modo, Titio & Sempronio fundũ lego æquis partibus. Nec dubium eſt, quin partes hoc modo fiant, ſi vterque petat partem ſuam, & eam capere poſſit. Sed quid ſi legatum non conſiſtat in perſona vnius, vt quia proprio ſeruo, &c. Videretur accreſcere alteri. vt ſæpe diximus. Nam portio vnius accreſcit alteri quocunque modo deficit. §. ſi eadem. Inſtitut. de legat. Vlpian. tamen hic ait, non accreſcere. Is, in cuius perſona legatum non conſiſtit, nihilominus partem facit, id eſt, impedit ne partem illam capiat, perinde ac ſi ipſe cum eo concurreret. Hoc ſignificat partem facere alteri. genus eſt loquẽdi vſitatum apud veteres Iureconſul. Cur autem in hoc pars deficiens non accreſcat, mox declaraturus ſum. Nunc videndum de iis, quib. ſeparatim legatum eſt, qui non ſunt coniuncti, niſi re. Proponitur ſpecies de eo, qui teſtamento ſuo legauit ab impubere inſtituto fundum Titio, & eundem fundum legauit Mæuio à ſubſtituto ſecũdis tabulis. Hi ſunt cõiuncti re, quia eadem res vtrique legata eſt. Nõ eſt tamẽ legata coniunctim: quia diuerſæ orationes & conceptiones ſunt. In hac ſpecie diuiditur etiam legatum, vt dixi ad leg. ſi pluribus. ſupra eod. Sed partes non fiunt ab initio, vt in ſuperiore caſu. Teſtatoris enim ſermone non ſunt partes attributæ. Imo ſolidum eſt legatum ſingulis: quia tamen concurrunt, id eſt, quia vterque petit ſolidum, neceſſe eſt partes fieri. Et hoc intereſt inter hanc ſpeciem & ſuperiorem, quia in ſuperiore ſermo teſtatoris partes attribuit ſingulis, hic ſolidum. In priore partes fiunt ab initio, hic per concurſum. Pone igitur mortuum eſſe teſtatorem, qui legauit Titio fundum teſtamento ſuo: & impuberem ei ſucceſſiſſe, qui adhuc viuat. Itaque pendet legatum poſterius ex conditionis euentu. Quid interim habebit Titius prior legatarius? An ei interim partem faciet Mæuius, id eſt, impediet ne partem ſuam capiat? Et ait Vlpian. interim Titium illam quoque partem habiturum. Quia totus fundus ei legatus eſt, nec diuiditur antequam alter concurrat. Alij ſic interpretantur, vt partem tantum ſuam habeant, vt in ſuperiore caſu. Varietas lectionis hanc diuerſitatem peperit. In codice Bartoli legebatur, Sed & ſi, vt in Norico. Quæ lectio mouit eum, vt idem ius eſſe diceret in vtroque caſu. Particula enim, ſed & ſi, oſtendit ius idem eſſe in ſpecie diuerſa. Particula vero, ſed ſi, oſtendit & ſpeciem diuerſam, & ius diuerſum eſſe. Sed in omnibus codicibus quos vnquam vidi, legitur, ſed ſi, excepto Norico. Itaque non auſim ab ea lectione recedere. Nam & ſenſus ſatis planus eſt, vt iam oſtendi, vt partem intelligamus illam, de qua quærimus. facit lex, quoties idem. infra de reg. iur. Perinde eſt igitur ac ſi Vlp. dixiſſet, totum. quia qui conſequitur illam quoque partem, conſequitur totum. de altera non erat quæſtio, nec dubitatio. Non ideo tamen legendum eſt totum. Fugienda eſt hæc licentia, qua nihil eſt pernicioſius in interpretatione iuris ciuilis. Primum obſerua coniunctos habere partes ab initio. nec id magnam dubitationem in iis, qui verbis tantum coniuncti ſunt, vt ſi adiectum ſit, æquis partibus, &c. Idem enim dicitur in leg. 87. re coniuncti. Semper, inquit Paulus, ibi partes habent legatarij. Cõiuncti re tantum habent ſolidum ab initio: ſed partes faciunt concurſu. Idq; expreſſum eſt aperte ac diſertè C. de caduc. tol. §. ſin vero nõ omnes. Et hæc diſtinctio recipitur habita ratione verborũ. Sed coniuncti ex mẽte

teſtatoris

teſtatoris ſolidum habent, & diſiuncti ex mente habẽt partem. Scripſi lib. 1. de iure accreſ. c. 11. Sed recepta eſt diſtinctio ſupradicta. quia maior eſt vis expreſſæ voluntatis, quàm tacitæ. Magna contentio hic eſt de coniunctione mixta, cum duo ſunt coniuncti re & verbis. Sed ego Vlpian. verba in hoc loco generaliter accipio. Coniunctim teſtatorem legare dicunt Iureconſul. ſiue verbis tantum coniunctim, ſiue re & verbis leget. §. ſi eadẽ. Inſt. de leg. l. re coniũcti. l. triplici. C. de reg. iur. Deinde ſimiliores hi ſũt verbis cõiũctis, quãuis partiũ diſtributio non adeo aperte expreſſa ſit. facit l. legata inutiliter. §. vltim. ſupra. Argumentum huius ſimilitudinis ſit, quod nonnulli ex iis, qui acutiores habentur, contenderunt, his verbis tantum coniũctos eſſe. quam tamen opinionem ego refutaui ſupra ad leg. legata inutiliter. Quia partium diſtributio verbis omnino expreſſa non eſt. In coniunctione verborum maxime verba ſpectamus. Præterea confirmatur noſtræ opinio conſtitutione Iuſtin. de caduc. tollend. §. vbi autem. & ſeq. vbi loquitur de iis, qui ſolidum habent. manifeſte oſtendit ſe de iis loqui, qui re tantum coniuncti ſunt. Oppon. nobis lex 78. coniunctim. de leg. 3. Quidam putant ibi Celſum loqui de legato vindicationis, Vlpianum de legato damnationis, propter differentiam horum legatorum, quæ eſt apud Vlpia. & Celſum. Hoc non eſt nodum diſſoluere. Ex mente Iuſtin. interpretatio facienda eſt, qui certe non ſenſit de eo legato, cũ nulla de vindicatione litera ſit. Ego igitur verius puto, coniunctos ſolidum habere. Nec hos tantum, ſed eos etiam qui verbis tantum coniuncti ſunt. Homonymia quædam eſt qua percepta, res nõ admodum difficilis erit. Partes habent, & ſolidum habent. Partes ex ſermone teſtatoris, ſolidum ex mente eiuſdem. Nullũ eſt genus coniunctionis, in quo legatarij ſolidum non habeant. atque ita loquuntur Iureconſul. l. idem Neratius. de vſufruct. accreſcend. l. vtrum. de reb. dub. alias quomodo poſſet vnus totum conſequi, altero deficiẽte? Nam ius accreſcendi oritur non tantum ex lege: ſed ex aliquo iudicio teſtatoris. Scripſi lib. 1. cap. 1. Is igitur, cui accreſcit pars deficiens, recta dicit ſe totum habere ex iudicio teſtatoris, id eſt, totum ſibi legatum eſſe. Proinde totum petit actione ex teſtamento. Scripſi lib. 2. cap. 4. Sic videntur accipienda verba Celſi in d. l. coniunctim.

Dixi quomodo partes fiãt inter legatarios ſiue coniuncti ſint, ſiue nõ ſint. Secũdo nota eum facere partẽ, qui non admittitur ad partẽ: facere partẽ dicitur, id eſt, perinde haberi ac ſi partem caperet, quo minus alteri acquiratur. Sic in l. vtrum. de reb. dub. l. huiuſmodi. 84. §. ſi Titio. infra eod. cum ſimil. Dixerit aliquis, nonne pars deficiens accreſcit coniuncto? §. ſi eadem. Inſtit. de leg. Reſpon. iure Digeſtor. non eſſe locum iuri accreſcendi: cum ab initio legatum non conſiſtit, pro non ſcripto habetur: perinde eſt, ac ſi ſcriptum non eſſet, ideo videtur remanere debere penes hæredem. Simile exemplum eſt in l. ſi duobus. 16. in princ. ſupra.

Aliud exemplum in l. huiuſmodi. 86. §. ſi Titio. infra eod. Aliud in l. 7. de leg. 2. Sed hoc ius emendatum eſt conſtitutione Iuſtin. de cad. tol. §. in primo, Renouauit enim Iuſtin. antiquum ius quod fuerat ante legem Papiam, vt exiſtimo. Differentiam illius iuris antiqui & legis Papiæ oſtendit locus Vlpian. cuius memini lib. 1. c. 10. Sed de his plenius ad leg. huiuſmodi. §. ſi Titio. Tertio obſeruãdum eſt obiter, ſeruo proprio inutiliter legari ſine libertate §. an ſeruo. Inſtit. de leg. Non eſt perſona, cui acquiri poſſit hoc legatum. Non enim acquiretur ſeruo. Non domino eius, id eſt, hæredi. Hæredi autẽ à ſe inutiliter legatur. Sed cur nõ intelligitur ei libertas relicta, cum ſciat teſtator nõ poſſe eũ capere legatũ ſine libertate? Qui mihi aliquid reliquit id quoq; videtur relinquere ſine quo illud capere non poſſum. Nam & hac ratione interpretamur hæredem inſtitutum cum libertate. leg. pen. C. de neceſ. ſer. Cur non idem in legato? Reſpon. olim ſolitos fuiſſe dominos relinquere legata ſeruis ſine libertate, quamuis ſcirent eos petere non poſſe. Committebant hoc fidei & honeſtati hæredis, ſperantes fore, vt ſponte daret, dict. leg. pen. §. illo. Itaque in dubio creditur hæc eſſe mens teſtatoris. Arguitur voluntas ex eo quod ſolitum eſt fieri, vt ſæpe dixi. Huic tamen coniecturæ locus non eſt in hæreditate. Non poteſt nomen & ius hæredis obtinere, niſi ſit liber. Quomodo ageret? quomodo cõueniretur? Poteſt tamen capi pecunia legata. l. qui hæredi. 44. infra de cond. & demon. Quarto obſeruãdum eſt, ius coniunctionis eſſe in teſtamento patris & filij. Cum vni legat pater teſtamento ſuo, & alij leget eandẽ rem teſtamento pupillari: non interpretamur ademptum primo quod datur ſecundo: nec ſolidum datum eſſe ſingulis. ſed legatum eſſe communicandi animo, quod proprium eſt coniunctionis, vt dixi ad leg. ſi pluribus. Oppon. nobis quod vulgo dicitur, ex diuerſis teſtamentis ius coniunctionis non contingere. l. ſi ſub conditione. quib. modis vſusfr. amit. Item cum à diuerſis hæredibus legatur, non eſt coniunctio. l. quid ergo. 56. §. ſi quis duos. infra eod. Sed debetur res & æſtimatio, vt in leg. ſi pluribus. ſupra eod. Reſpondeo hoc receptum eſſe in teſtamento patris & filij: quia pro vno teſtamento habentur. l. 20. patris & filij. de vulg. ſupra. Quæ ratione fit, vt concurrant legatarij. l. cohæredi. 41. §. cohæres. ſupra de vulg. Tabulæ pupillares ſunt, veluti acceſſio quædam teſtamenti paterni. Pater non poteſt ſubſtituere, filio impuberi, niſi ſibi teſtamẽtum faciat. l. 1. & 2. de vulg. ſubſtit. Quod ex iuris veteris ſubtilitate ortum habet. Ius enim publicum non videtur permittere, vt quis teſtamentum faciat alij. l. verbis legis. de verbor. ſig. infr. Sed moribus receptum eſt in pupillorum gratiam, vt pater teſtamentum ſibi faciẽs, hanc veluti appendicem adiiciat. Sic temperatus eſt rigor iuris ciuilis, vt eius auctoritas nihilominus ſalua maneat, nec poterit teſtamentum impugnari quaſi alteri factum, quia dicetur teſtamentum patris. dict. leg. patris. Hinc apparet cur dicatur ſubſtitutio pupillaris, reuera inſtitutio eſt magis, quam ſubſtitutio, præſertim ſi fiat exhæredato. Quod obiicitur de diuerſis hæredibus, locum hic non habet: quia vnus hæres ſuccedit alteri, ideoque pro vno & eodem hærede habẽtur. Obſeruandum quinto conditione legati, collegatarium, cui pure legatum eſt, interim totum habere, donec exiſtente conditione alter concurrat. Nihil enim ſibi vindicat, quod ſibi legatum non ſit. Solidum eſt legatum ſingulis, ita vt concurſu tantum diuidatur. Hoc igitur locum habet in iis, qui cõiuncti ſunt re tantum, vt differat hic caſus à ſuperiore. Item locum habet, cum vni legatum eſt pure, alteri ſub conditione. Si vtrique pure non dicemus alterum habere totum, donec alter petat: quia dominium eſt alteri quæſitum pro parte etiam non petenti: imo ignoranti. l. cum pater. 77. §. ſurdo. de leg. 2. Non eſt locus præuentioni, niſi cum teſtator voluit ſolidum dari. l. ſi pluribus. ſupr. eo. Nos igitur hic ſequimur opinionem eorum, qui putant partẽ hic accipiendam eſſe pro parte collegatarij, cui ſub cõditione legatum debetur. Nã de ea parte quæſtio erat, ac dubitatio. Quæritur enim an ita partem faciat collegatarius, vt eam partẽ alter non poſſit interim habere. Deinde mouet me ratio nõ cõtemnenda: quia interim quod ſuũ eſt, ac ſibi legatũ petit. Præterea reperio exẽpla quædam nõ diſſimilia apud Iurecõſultos noſtros. Vnum eſt in l. ſub cõditione. §. ſi vni. infra de aſſig. lib. vbi pẽdẽte cõditione alter ſolum patroni ius habet, Si quis forte dixerit in ea ſpecie quæri de iure patronatus,

quod eſt indiuiduum: igitur neceſſe eſſe, vt alter totum habeat. Contendo idem eſſe, etſi de re diuidua agatur, modo ſolida ſingulis debeatur, propter rationē quam ego iam attuli, idque confirmatur exemplis ſequentibus.

Aliud igitur exemplum eſt in l. idem 6. §. ſi mihi ſupra de vſufruct. accreſc. Si mihi vſusfr. pure & tibi ſub conditione legatus eſt, totus fundi vſusfructus interim ad me pertinet. vſusfructus tum recipit diuiſionem. l. 5. ſupra de vſufr. leg. 1. §. ſi vſusfructus. ad l. Falcid. Aliud exemplum in l. 1. §. ſed quoties. ad Trebel. vbi interim vniuerſa hæreditas reſtituitur, ei cui pure rogatus erat hæres reſtituere. Oppo. nobis l. 102. al. 99. ſi domino Stichus infra eod. vbi domino Stichus legatus eſt, & ſeruo eius optio ſeruorum. interim dum optauerit ſeruus, dominus totum non habebit, ſed partem: quia poteſt Stichum optare. Reſpondeo ſpeciem huic noſtrę diſſimilem eſſe. In ea ſpecie quęritur, an Stichus ad dominum pertineat, quasi ſeruus non poſſit optare Stichum. Et dicitur non pertinere: quia ſeruus nō minus poteſt Stichum, quàm alium ſeruum. Si idem quęreretur in ſpecie noſtra, idem dicendum eſſet. Recte enim diceretur pars collegatarij ad alterum non pertinere: quia poteſt concurrere, ſi exiſtat conditio. Sic in ſpecie dict. leg. ſi domino Stichus. ſi quęratur, an dominus poſſit totum petere interim? Reſpondeo poſſe. In vtraque ſpecie verum eſt totum ad alterum non pertinere. Verum eſt etiam alterum poſſe interim totum petere, donec conditio exiſtat. nec hęc ſunt repugnantia. Cum dicimus totum interim peti poſſe, non ſignificamus totum ad eum pertinere. Scio variam eſſe ſignificationem verbi pertinere. leg. verbum illud. de verborum ſignificatione. Sed ſequēda eſt ea interpretatio, quę vitio caret. l. in ambigua. ſup. de legibus. Celebris quæſtio eſt, an idem dicendum ſit de hæreditate: quæſtio, ſi vnus inſtitutus ſit pure, alter ſub conditione? Variæ ſunt opiniones. Verum magis aſſentior iis, qui putant interim hæredem pure inſtitutum partem ſuam tantum habiturum eſſe, vt not. ad leg. 2. ſupra, ſi pars hæred. peta. Non eadem eſt ratio hæreditatis, quæ legati. Ratio iuris non patitur, vt qui ſemel hæres ſit, poſtea deſinat hæres eſſe. leg. 88. ei, qui ſoluendo. ſupr. de hæred. inſtit. l. 7. ait prætor. §. ſed quod Papin. ſupra de minoribus. Non igitur eum dicemus interim hęredem eſſe, & exiſtente conditione deſinere. In legato nulla id ratio iuris prohibet. Nihil enim prohibet legatum minui poſtea, ne illud quidē admittendū eſt, vt interim adminiſtret res hæreditarias. l. 23. ſi quis inſtituatur. ſupr. de hæred. inſti. Hæc ſententia confirmatur arg. l. 52. cum hæres. §. qui ex parte. ſup. de acqui. hær. Nec refert, an duo inſtituti ſint cum partium diſtributione, an non. Hæreditas enim non defertur pluribus in ſolidum, ſicut legatum. l. 9. quoties. §. hęredes. de hære. inſt. vt Cuman. ait, obligatio perſonalis poteſt conſiſtere de eadem re in diuerſis perſonis, ſed non hæreditas.

Ad §. ſi duobus.

QVæſtio pendens ex iis, quę ſuperius dicta ſunt de commixtione legatariorum. Duobus eſt legata eadem res Titio & Sempronio, Titius erat inſtitutus: vnde inutile eſt legatum pro parte Titij. Quæritur an totum ad collegatarium pertineat? Videtur non pertinere ex iis, quæ ſuperius dicta ſunt. Nam partem facit is, in cuius perſona legatum non conſiſtit. §. ſi coniunctim. ſupra, hac lege. Vlp. tamen hic ait totum ad collegat. pertinere. Nec vero contraria hæc ſunt. Nam hic ponere debemus rem eandem duobus legatam eſſe ſeparatim, vt Titio fundum do lego, Sempronio fundum do lego. Vlp. in d. §. ſi coniunctim. loquitur de iis, quibus coniunctim legatum eſt, & ait partem facere eum, qui ad partem non admittitur. Scio diſplicere hāc interpretationem pleriſque. quaſi nec Vlp. verbis, nec rationi iuris congruat. Verum reſpondeo videri hæc verba in dubio referenda ad proximiorem ſpeciem de coniunctione reali. Nec enim dubium eſt, quin pendeat hæc ſententia ex ſuperioribus. nam verbum, res, non legitur in Florent. vt neceſſario repetendum ſit ex ſuperiore ſpecie. Præterea moueor quod nulla hic eſt mentio coniūctionis, ſicut in ſpecie illa de eo, qui partem facit. Nec debemus intelligere coniunctim legatum eſſe, cum nullum ſit verbum, de coniunctione. At in re dubia, ſi non dubia eſt, ſequenda ea interpretatio, quæ minus vitij & incommodi habet. l. in ambigua. ſupra, de legibus. l. quoties idem ſermo. de reg. iur. Deinde non eſt eadem ratio coniunctorum re quæ eſt verbis coniunctorum. Qui re tātum coniunctus eſt, totum habet iure proprio, vt ante dixi. § ſi vero non omnes. C. de caduc. tol. Et magis fauēdum eſt ei, qui damnum vitare, quam qui lucrum facere vult. l. vltim. C. de codicil. quod accidit quodammodo in hac ſpecie. Hęc eſt differentia vtriuſque coniunctionis. Coniunctus re damno afficitur quodammodo cum aliquid minuitur. Coniunctus verbis verius dicetur lucrum non facere, quam affici damno. Sic videtis interpretationem noſtram nec à verbis alienam eſſe, nec à ratione. Sed Iuſtinian. noſter hanc differentiam ſuſtulit. hodie pars deficiens accreſcit coniuncto quocunque modo defecerit, & quodcunque genus ſit coniunctionis. C. de caduc. tollen. Obſeruandum hinc eſt, hæredi à ſe inutiliter legari. l. 18. & quidem. ſupra eod. leg. 116. legatum. infra eod. Abſurdum eſt enim quēquam ſibi ipſi debere. Cohæredi à cohærede legari poteſt. l. 17. qui filiabus. §. vltim. ſupra. Occurrit antinomia ex leg. ſi quis. Titio. ſupra de vſufruct. accreſcen. vbi ſi lego Titio & hæredibus meis vſumfructum fundi: dimidiū Titius, dimidiam hæredes habituri ſunt. Sic legatur hæredi à ſeipſo, & legatū valet, alioqui nulla fieret diuiſio. Difficilis habetur hæc antinomia, de qua variæ ſunt interpretum opiniones. Animaduerto in ea ſpecie nō exprimi à quo legatum ſit: ſed cat. Poteſt ab alio legari, non ab hæredibus. Et forte legatus fuit vſusfructus à legatario aliquo, cui fuerat legatus fundus. Nam à legatario poteſt legari, ſaltē per fideicōmiſſum. verbū enim legare intelligitur etiam de fideicōmiſſo, vt dixi ad leg. prim. ſupra. Nec vlla ratio prohibet hæredi aliquid legari ab alio, ſiue cohęrede, ſiue legatario. Fortaſſe dixerit quis, nullam ibi mentionem legatarij eſſe. Reſpondeo non opus fuiſſe vllam mentionem fieri eius, à quo legatum eſt. Non eſt ibi quæſtio, an valeat legatum: ſed quæritur, quomodo diuidi debeat inter legatarios, an pro partibus virilibus, an alio modo. Quæſtio intelligenda eſt, quo caſu valet legatum. Quare ſi poſſit fingi ſpecies, in qua legatum relictum hæredibus, id ſufficere debet ad interpretationem & explicationem antinomiæ, vt in hac ſpecie, Lego fundum Sempronio. Rogo te Semproni, vt des Titio & hæredibus meis vſumfructum. Poſſunt excogitari aliæ ſpecies. Sed ſufficit in vna aliqua ſpecie id verum reperiri. Ad derſic. *Inde dicitur.* Variæ ſunt interpretationes huius loci, ob varietatem lectionis. Nos ſequimur Florentin. codices, & Noricos, in quibus legitur, vnciarium hæredem. Vnciarius hæres dicitur, qui eſt inſtitutus ex vncia, ſicut dicitur vnciaria vſura. l. 47. Titium & Mæuium. §. præfectus. ſupra de adminiſt. tut. Sic etiam dicitur ſemiſſarius hæres, qui ex ſemiſſe inſtitutus eſt. l. 116. legatum. §. 1. infra. eo. Species ſecundum hanc lectionem ſic fingi poteſt. Duo hæredes inſtituti ſunt, vnus ex vncia, alter ex vndecim. Legatus eſt eis fundus. Primo fūdum do lego, Secundo fundum do lego. An valeat hoc

legatum

legatum, & quatenus valeat? Quæſtio naſcitur ex eo, quod dictum eſt ſupra, hæredi à ſemetipſo inutiliter legari, quamuis à cohærede legari poſſit. Vlp. ait vnciarium hæredem habiturum vndecim partes, alterum vnam. Ratio: nam pro qua parte quiſque eorum hæres non eſt, pro ea parte legatum valet. Hæres in parte cohæredis habetur, vt quiuis extraneus. l. cum à matre. de rei vind. l. ſi ab eo. C. de neg. geſt. Legatum relictum vnciario valet pro vndecim partibus, pro duodecima non valet: quia valet quatenus relinquitur à cohærede. Legatum relictum denunciario valet pro duodecima parte ex qua non eſt hæres, non valet pro vndecim partibus, ex quibus eſt hæres. Alij legunt vnciarum, cuius lectionis ſenſus longè diuerſus eſt. Videtis quid momenti habeat literæ vnius aut puncti adiectio, aut detractio. Qui non intelligebant quis eſſet vnciarius hæres ſuſtulerunt vocalem, i, temere. imo flagitioſe in re tanti momenti. Adiectio vel detractio in aliis pleriſq; auctoribus non magnopere refert in hac ſcientia iuris ciuilis flagitium eſt, ſacrilegium eſt quicquam mutare, niſi grauiſſima ratio vrgeat. Hoc ergo obſeruandum eſt, cum fundus legatur hęredibus ſimpliciter, valere legatum. Intelligitur enim alteri legatum eſſe ab altero non à ſeipſo, vt legatum valeat potius, quam vt inutile ſit. l. quoties. infra de rebus dub. Quid ergo ſi teſtator expreſſerit nominatim, vt vnuſquiſque à ſe capiat? Species hęc eſt tractata à Modeſtino in l. 34. Titius cum teſtamento. §. Lucius, de leg. 2. vbi reſpondet more veterū quorūdam in facti quæſtione. Sic Gallus ad Ciceronem cōſultores mittebat. Sed quomodo poſſumus interpretari vt inutile nō ſit? Nam verba videntur clara eſſe. facit l. 25. Ille, aut ille. de leg. 3. Sed adhuc aliqua eſt ambiguitas. Nā verba teſtatoris poſſunt referri nō tam ad obligationem ipſam, quæ eſt iuris, quam ad executionē & apprehēſionē, quę eſt facti, nempe vt alter alteri debeat: ſed tamen vt poſſit vterque capere, nec neceſſe habeat ab altero petere. Sicut in l. 3. C. de pignor. Secundum hanc interpretationem legatum vtile erit. l. quoties. de reb. dub.

Ad verſic. planè ſi alter.

DIctum eſt hæredi à ſe inutiliter legari. Inde quæſtio naſcitur. Vnus ex legatariis hæres extitit hæredi, &c. an valeat legatum quæritur. Cauſa dubitationis, quia perſonā repræſentat defuncti. authen. de iureiur. à morien. præſt. Deinde res rediit ad eum caſum à quo non potuit incipere. l. 140. pluribus. §. & ſi placet. Vlpia. tamen ait legatum valere: Nam hic alia eſt ratio quam in ſuperiore ſpecie. hic legatum ab initio conſiſtit in perſona legatarij: ibi legatum fuit ab initio. Hæc ſententia æquior eſt, & magis conueniens voluntati. licet ſubtilitas repugnare videatur. Capienda eſt occaſio, quæ præbet benigniorem interpretationem, l. capienda. de reg. iur. Nos ſic interpretamur quaſi ius retentionis habeat legatarius, quamuis obligatio ſublata ſit confuſione. l. 71. Vranius. de fideiuſſo. Deinde ſucceſſio habet vim ſolutionis. l. ſi ei. ſupra de euict. l. 50. ſi debitori. de fideiuſſo. Itaque ſic interpretamur, quaſi hęreditas ſoluerit quodammodo legatum: vt tanto minorē hęreditatē ab hęrede defuncto accepiſſe videatur. Vnde legatarius ſuccedens hæredi cōſequitur rē legatam nō iure hæreditario: ſed legati. l. 4. infra ad l. Falc.

Ad §. Si ita Titio.

QVæſtio de effectu legati, quid debeatur legatario. Dubitatio ex l. plerunq; de iure dot. ſup. vbi electionē eſſe legatarij Vlp. ait. Verba ſunt huiuſmodi, vt electio concedi videatur magis legatario, quā hęredi. Legatū eſt vindicationis. Capito, ſumito, habeto. Vlpian. in Inſtit. de leg. Nec dubium eſt, quin veteres exiſtimauerint differre hæc verba, cum quæritur de electione. Vnum exemplum eſt in l. 19. ſi is cui. de leg. In ſtipulatione quoque ratio verborum habita eſt. l. 93. ſi ſic ſtipulatus. de verb. oblig. vbi ex ſtipulatione illa (per te non fieri quominus hominem ex his, quos habes, ſumam) electio eſt ſtipulatoris. Sed de hac electione loci ſunt alij in tractatu. l. 43. ſi ita relictum. & l. 23. de l. 2. Dicemus forte ad l. 17. legato generaliter. infra eo. nam res pleniorem diſputationem exigit, quàm huic loco conueniat. Sequens quæſtio eſt de vtilitate huius lectionis. Nam videtur hæc facultas eligendi inutilis, atque ideo inepta eſſe. Nemo enim tam ſtultus eſt, quin ſit electurus fundum, id eſt, plenam proprietatem potius, quàm vſumfruct. Vt cū quis legat 10. aut 15. dict. leg. ſi ita relictum. §. vlt. de leg. 2. l. 100. ſi ita ſtipulatus. de verb. obl. quæ ſumpta ſunt ex eodem loco, vt apparet ex inſcriptione, Pomp. lib. 4. ad Q. Mutium. quamuis in quibuſdam codicibus citatum ſit. Cū autem quis fundum legat, non videtur nudam proprietatem legare: ſed plenam. l. 19. ſi alij. de vſufr. leg. Multa hic comminiſcūtur valde inepta & nugatoria. Huiuſmodi eſt illud quod Zaſius ait, pleroſque homines malle fructus percipere, quandiu viuunt, ſine cura vlla agri colendi: ſicut Labeo, inquit, cōtentus fuit quęſtura cum poſſet ad conſulatum peruenire. Ego vix puto tales philoſophos reperiri, qui contemnant agrū, ne cogantur illum colere, quaſi non poſſit locari colono alicui colendus, vt ſæpe fit. Certe mihi videtur valde alienum eſſe à mente Vlpian. Hæc ſcripta ſunt tanquam moribus hominum conuenientia, qui bonorum contemptores fere non ſunt. Credendum non eſt hæc ſcripta ab Vlpiā. quaſi legatarius Diogenes aliquis eſſe debeat. Hæ diſputationes referri ſolent ad id, quod vt plurimum accidit. l. nam ad ea. ſup. de legibus. l. antiqui. ſupra ſi pars hæredit. Hæc eſt Zaſij ſententia, de qua quid iudicandum ſit videtis. Cæteri nihilo probabiliora afferunt. Exiſtimo autem fundi appellationem hic accipi de proprietate nuda, id eſt, ſine vſufructu. Intelligenda eſt lex, ſi alij. de vſufru. l. infra. niſi appareat voluntas contraria ex cōiecturis. Mouet me illud pręcipue quod dicitur in ſeq. ſpecie, appellatione fundi contineri partem, propter voluntatem præſumptam: quamuis alias de toto fundo accipiatur. Qui aliter intelligunt, non poſſunt animaduertere, quomodo hæc poſtrema verba cohæreant cum ſuperioribus. Diſputant de hac particula, ſed etſi, quam vim habeat. Vulgo dici ſolet ea particula ſignificari non diuerſitatem facti, ſed identitatē iuris. At male habet eos, quod hic non videtur ius idem eſſe in vtraque ſpecie: nec poſſunt ſeſe expedire, Zaſius ait, aut expungendam eſſe particulam, & aut regulam falſam eſſe. Ego nihil cenſeo mutandum eſſe, nec falſam eſſe regulam: ſed falſam eſſe horum opinionem & interpretationē. Eſt enim ſenſus huius loci, quē nos iā retulimus. Vlpia. vult perinde accipiēdū eſſe hoc legatū, ac ſi teſtator legaſſet proprietatem fundi, aut vſumfructum. Ac, ne cui nouum id videatur, addit in alia ſpecie idem dicendū eſſe. In vtraque ſpecie intelligitur fundus de parte in priore, proprietas habetur pro parte fundi, quaſi totus fundus conſtet ex proprietate & vſufructu. leg. 4. ſupra de vſufruct. Itaque particula, ſed etſi, oſtendit ius idem eſſe in ſpecie diuerſa ſed quæ quadantenus ſimilis eſt. Igitur ex iam dictis efficitur fundi appellationem de proprietate accipi, ſi ex coniecturis appareat. Dixerit aliquis hic nullam apparere coniecturā. Reſpondeo non fuiſſe de eo quęſtionem an fuerit legata proprietas: quæſtio tantum eſt cui competat electio propter alternationem. Quæſtio autem debet intelligi, quo caſu electio aliquam

vtilitatem afferre poteſt, quod accidit cum de proprietate ſenſit teſtator, idque ex aliqua parte teſtaměti apparet. Aliàs fundi appellatione continetur plena proprietas, dict. leg. ſi alij. Similis locus in leg. 23. Lucio, de legat. 2. An ſit vnum legatum, an plura, dixi ſupra ad l. ſi ex toto, §. vltim. Reuera duo adſcripta ſunt, ſed vno contentus eſſe debet. l. 8. ſi quis ſeruum. de leg. 2. Nota appellatione rei partem contineri. l. 72. appellatione rei. de verb. ſignif. Sumptum eſt hoc caput ex tractatu de prętor. ſtipulat. vt apparet ex inſcriptione, Paul. lib. 76 ad edict. Vbi Paul. interpretatur verba ſtipulationis prætoriæ huic rei dolum malum abeſſe, & hãc rem recte reſtitui. l. 69. hæc verba. & l. 73. hęc verba. eod. tit. Sic interpretatur Vlp. edictum prætoris de iureiurãdo. l. 7 ait prætor. Sed de qua parte hoc legatum accipiemus? Reſpondeo, de qua ſenſerit teſtator. l. 50. ſi ſeruus plurium. §. vltim. Quærebatur hic, an pro parte, non ex qua parte. Alij de dimidia intelligunt. argum. l. nomen filiarum. §. partitionis. de verb. ſignif. Vlp. videtur interpretari illam formulam partitionis vſitatam in legatis, hæres meus cum Titio hæreditatem meam partito. de qua Vlp. in inſtit. tit. de leg. Mentio eſt etiam in Inſtit. tit. de fidei. hære. Ibi euidenter apparet mens teſtatoris de dimidia. Non poteſt aliter diffiniri in vniuerſum. De appellatione fundi dixi ſupra ad l. quod in rerum. Nota modum adiectum legato, reſtringere legatum. Similis ſpecies in l. 78. Lucius. §. quę habebat. ad Trebellia. infra. Sed quæſtio facti eſt, quæ pendebat ex voluntate. Fruſtra hic conantur pleri que hoc diffinire.

Ad § vlt.

Dixi, ſi quis legauerit Titio fundum, vt partem habeat, deberi partem, non totum. Hinc colligi ſolet, modum adiectum legato, reſtringere legatum: nam legatum fundi generale eſt, ſed reſtringitur hac taxatione adiecta. Idem eſt ac ſi dixiſſet, lego partem fundi. Huic non diſſimilis eſt ſpecies in l. 78. Lucius. §. quæ habebat. ad Treb. Quicquid ex hæreditate mea peruenerit, reſtituat Caio filio noſtro, ita tamen vt decẽ vncias Caius habeat, duas vncias Seius nepos. quaſi dicat, vt reſtituat Caio decem vncias, nepoti duas. Scripſi lib. 2. de iure accreſc. 5. Huic regulæ multa opponuntur, nec id mirum, quia hoc non poteſt diffiniri in vniuerſum. Sed videndum eſt in quaque ſpecie, quæ ſit diſſimilitudo, aut diſſimilitudo. an ſit eadem ratio, an diuerſa, vt in l. quæſitum. §. vlt. de inſtru. lega. l. legata ſupellectil. de ſupel. legat. & ſimilibus. de quibus hic eſt prolixa & verboſa aliorum diſputatio.

Ad l. 35 ſi alienum.

Qvæſtio eſt de effectu legati. Occurrit ſæpe hæc quæſtio quid debeatur. Debetur autem res legata. Quid ſi perierit? Tractatum fuit ſupra ad l. non amplius, § 1. periculo perit legatarij. l. 23. ſi ex legati. inf. de verb. oblig. l. quod te. ſupr. de reb. credi. Similis quęſtio hic eſt, legatus eſt ſeruus alienus quem dominus manumiſit poſtea. Ait Paul. nihil deberi. Non magis enim præſtari poteſt, quàm ſi interiiſſet. nam deſiit eſſe in commercio. l. 83. inter ſtipulantem. §. ſacram. de verb. obl. Itaque nihil ad rem pertinet. l. non dubium. 14. de leg. 3. vbi debetur æſtimatio, cum res præſtari non poteſt. Nã reſpondeo tũc deberi æſtimationẽ etiam cum dominus rẽ vẽdere nõ vult: res tamẽ eſt in rerũ natura, & in commercio quoque hominum. Recte igitur ait nihil deberi, id eſt, ne æſtimationem quidem ſerui. Quid ſi alienus ſeruus nõ fuerit, ſed proprius hæredis? Reſpondeo aliam eſſe cauſam ſerui proprij, vt dicitur in §. ſi res legata. Inſt. de leg. & l. 28. hæres ſeruum. qui & à quib. ma. In ſpecie noſtra deſinit eſſe in cõmercio ſine facto hæredis. In illa factum hæredis interuenit.

Ad l. 36. Titia.

Locus ſimilis ſuperiori, in quo quæritur quid debeatur, & quantum. Species: Teſtator habebat varia genera ſeruorum, vt mos veterum fuit: patrimoniũ enim eorum fere conſtabat ex ſeruis, vt de Craſſo ſcribit Plutarchus. hic igitur habebat quoſdam vernas, id eſt, domi ex ancillis natos. habebat & textores, horum autem alij erant vernæ tantum, non textores: alij textores tantum non vernæ: alij vernæ ſimul & textores. Teſtator hic ita legauit, Titiæ textores meos omnes, &c. Plotiæ vernas meos omnes, &c. In hac ſpecie certum eſt eos, qui tantum textores ſunt, deberi Titiæ: eos vero, qui tãtum vernæ ſunt, deberi Plotiæ. Sed dubitatur de iis, qui ſunt & vernæ & textores ſimul. Nam vtraque ſibi hos ſeruos vindicat. Vtraque contendit ſibi, non alij legatos eſſe. Qua in re magna difficultas ac perplexitas reperitur, ſiue dixerimus Titiæ legatos eſſe, ſiue Plotiæ, id ſubtiliter diſputando falſum reperietur. Et quæſtio hinc pendet, an ſint excepti his verbis, *Præterquam, &c.* Si dixerimus exceptos à legato Titię, neceſſe eſt eos legatos eſſe Plotiæ. Nõ poſſunt dici Plotiæ legati, niſi quia ſint vernæ: quia teſtator ei vernas legauit. Sed ſi ideo dicantur legati Plotiæ: quia ſunt vernæ, eadem ratione dicentur legati Titię: quia ſunt textores. Nec eſt maior ratio pro Plotia, quàm Titia. Eadem ratione demonſtrantur legati eſſe Titiæ, & excepti à legato eiuſdem. Eadem perplexitas reperietur, ſi quis dixerit exceptos eſſe à legato Plotiæ. Si enim ſunt excepti legato Plotiæ, oportet legatos eſſe Titiæ. Nec id poteſt dici, niſi quia textores ſint. At eadem ratione Plotia contendit ſibi legatos eſſe: quia vernæ ſunt. Sic eadem ratione conuincitur legatos eſſe Plotiæ, & exceptos à legato Plotiæ, id eſt, legatos nõ eſſe. Sed Pompon. in hac perplexitate ſecutus eſt, quod videbatur æquius eſſe, & magis conuenire voluntati, vt perinde accipiantur verba teſtatoris, ac ſi teſtator ſine exceptione legaſſet hoc modo: Titiæ textores, Plotiæ vernas, vt exceptio reiiciatur, & pro non ſcripta habeatur, ex qua hæc naſcatur perplexitas. Vtrique ergo debebuntur hi ſerui mixti. In poſtrema ſpecie neutri debetur legatũ. vbi. n. verba clara ſunt, nõ admittitur volũtatis quæſtio. l. ille aut ille. de legat. 3. Ex ipſis verbis ſtatim apparet neutri deberi. Legati ſunt Titiæ textores, qui vernæ non ſunt. Plotiæ legati ſunt vernæ, qui textores non ſunt. In ſuperiore ſpecie vtraque oſtendit ſibi legatos eſſe nec exceptos, vt dubia teſtatoris voluntas appareat. Eſtque genus argumenti ei non diſſimile, quod Græci ἀντιστρέφοντα vocant, vt in cauſa Euathli & Protagoræ apud Gellium libro quinto, cap. 10. Et eſt ſimile exemplum in leg. 87. qui 400. infra ad legem Falcid. Quæſtio an legatum fundi valeat? Vtrumlibet dixeris, falſum reperietur. Valet, ergo locus non eſt legi Falcid. Imo ſi valet, neceſſe eſt locum eſſe legi Falcidiæ, quia nihil remanet in hęreditate, ex quo cõſequitur, nõ valere: quia deficit cõditio. Si dicas nõ valere, ergo quia locus eſt legi Falc. Imo ſi non valet, Falcid. locus nõ eſt, quia quadrãs remanet in hęreditate. Et hinc efficitur legatũ valere: quia extitit cõditio. Hęc quęſtio, ſi ad ſubtilitatẽ verborum reſpiciamus, eſt inexplicabilis. Sed magis eſt ſpectanda mens teſtatoris, ne alia legata hoc legato minuantur. Ignorabat forte modum patrimonij. Hæc perplexitas tunc nocet, cum non poteſt apparere voluntas, vt in leg. ſi Titius. ſupra de condit. inſtitutio. Quoties aliqua interpretatione poteſt adiuuari voluntas teſtatoris, perplexitas non nocet, vt in hac ſpecie, & ſpecie dict. l. qui 400. In ſpecie noſtra facile vitatur perplexitas reiecta exceptione, &c. Reiecta exceptione, quod reliquum eſt ratũ manet, vt in l. ſeptuageſima ſecũda, ſi quis

quis legauerit.hoc tit.Occurrit antinomia ex l.97.ſeruis vrbanis §.vltim.de lega.3.Diſſimilia eſt ea ſpecies. Ibi ſerui omnas vernæ ſunt, ex iis quidam ſunt curſores. Legauit vni vernas, alteri curſores. Species derogat generi.l.41.vxorem.§.fœliciſſimo.eod.titu.In ſpecie noſtra non ſunt omnes vernæ nec omnes textores. Non poteſt dici generi per ſpeciem,&c. Atque ita accipenda eſt l.ſeruo manumiſſo, de pecul.leg.cuius meminit Accurſ.Alia autinomia.ex l. 63.legatis ſeruis. §. ſi vnna.de lega.3.Legati ſunt vni coci,alij textores. Vnus reperitur cocus,& textor. Quod dicimus communicari, ſic accipiendum,niſi appareat voluntas contraria ex coniecturis. Coniectura eſt non leuis, ſi in vno artificio magis verſatur. Pone ſeruum verſari ſolitum in textrina teſtatoris,quamuis interdum & coqui officio fungeretur,debebitur ei,cui textores legati ſunt.Si æquè verſetur in vtroque communicabitur. Aliæ antinomiæ parum habent difficultatis. Dixi,ſi quis legauerit vni textores, alteri vernas, eos qui ſunt textoras ſimul & vernæ communas eſſe. Hinc annotari ſolet ſub ſimplicibus mixtum cõtineri.Huius regulæ(ſi modo regula dici debeat) vſus latiſſime patet. In primis in ratione docendi vtilis eſt huius rei cognitio,nempe diuiſionibus,quæ fiunt docendi cauſa.Exemplum vnũ eſt de ſtipulationib.quarũ quædã ſunt in dando,quædã in faciendo: ſed eſt etiam tertium genus,nempe mixtum.l.veteris.C.de contrah.& commit.ſtipul. Et intellectis ſimplicibus facile cognoſcitur mixtum, ſicut Galenns ait lib.2.de ſanit tuenda.de molli & dura frictione,facile intelligitur media ſiue mediocris.Simile exemplum, actio in rem & in perſonam, ex quibus quędam dicuntur etiam mixtę,Inſtit.de act.§.quędam. Aliud exemplum eſt de interdictis, quorum licet tria ſint genera exhibitoria,prohibitoria,reſtitutoria:quædam tamen ſunt mixta, id eſt, prohibitoria & exhibitoria. Alia vtilitas huius regulę perſpicitur in interpretatione ſiue legis,ſiue teſtamenti,ſiue cuiuſuis ſcripturæ. Vbi de re ipſa agitur non de ratione tractandi ſiue differendi. Quod enim ſcriptum eſt de ſimplicibus, id pertinere ad mixtum intelligitur, vt in ſpecie noſtra de textoribus & vernis.Simile exemplum in l. 13. ſi ita ſcriptum. ſupra de lib. & poſthum.& l.47. ſi ita ſcriptum.da hæred.inſt.l.81. Clemens.eod.tit.Simile exemplum in l.2.§.vlt.de excuſat. tut.vbi onus triũ tutelarum excuſat.& onus trium curarum axcuſat. quid ſi duas tutelas & vnam curam habeat? Aliud exemplũ in l.quid ergo.§.1.de his,qui not.inf.Binas nuptias habẽs notatur, bina ſpõſalia habẽs notatur. Quidã habet vnas nuptias & vna ſponſalia, veluti mulier vni ſponſa, eſt alteri nupta eodem tempore. Aliud axemplum in leg.14.ſi ita facta ſit.ſupra de iniuſt.rupt.teſtam.vbi de axhæredatione.An autem hæc interpretatio fiat ſecundum proprietatem verbi,an vero ſit extenſio quædã dubitatur. Videtur hoc fieri per ratiocinationẽ,quã Rhetores vocant.Idque colligitur ex dict.leg quid ergo.§.1. vbi ait Vlp.ſi alterius ſponſa alteri nupta ſit, ex ſententia edicti puniri,quaſi verba deficiant.Huc pertinet dict.lex, ſi ita ſcriptum.de libe.& poſthum.vbi receditur à ſubtilitate iuris. Sed repugnare videtur dict.lex,ſi ita facta.de iniuſt.rupt. teſt. quæ loquitur de exhęredatione. nam in exhęredatione, quę odioſa eſt, non admittitur extenſio. l.19. cum quidam. ſupra de lib.& poſthum. Sed in ea ſpecie voluntas videtur magis expreſſa verbis,quam in aliis. Caſus ſimplices ibi non ſeparantur omnino à teſtatore,ſed propemodum coniunguntur. Eoque compendio verborum teſtator videtur tres caſus complecti,duos ſimplices, & tertiũ qui mixtus eſt. Nihil ergo refert, an odioſa ſit res, an fauorabilis: quia non videtur hic recedi à ſignificatione verborum facit. l. 26. cum l. ſupra de teſtamen.

Conſiderandæ ſunt [illegible] ſpecies, quæ [illegible] nec Iureconſulti eſt hoc aliter diffinire. Vt autem [illegible] magis eluceſcat, adferam ſpecies aliquot vulgares, quæ vulgo adduci ſolent, & à vulgaribus interpretibus tractãtur. Pater legauit filio libros iuris, ſi iuris doctor eſſet.Libros Theologiæ, ſi doctor Theologiæ eſſet:factus eſt doctor iuris & Theologiæ. Aliud exemplum. vni iudici attributa aſt cognitio actionum perſonalium,alij actionum realium. Vterq; de mixtis cognoſcet,vt in ſpecie noſtra.

Aliud exemplum quod ſæpe incidit inter ſacerdotes, genus hominum à quæſtu & auaritia perquam alienum. Conſuetudo eſt in aliqua eccleſia, vt oblationes certo modo diuidantur inter parochum & decanum, vt ſcilicet diei dominici oblationes paſtor habeat, decanus aliorum feſtorum dierum.Dies natalis Domini incurrit in diem dominicum. Dicendum eſt cõmunes eſſe debere. argum. ſumpto ax hac lege, & aliis ſupeſius adductis. Ex iam dictis naſcitur quæſtio vulgo agitata. Diplomate pontificio conceſſa eſt facultas liberos nothos natalibus reſtituendi ac ſtatum eorum confirmandi: ſed diuerſis capitibus. Vnum caput de iis,qui ex adulterio nati ſunt. Alterum de iis qui ex inceſtu. Natus eſt aliquis ex adulterio & inceſtu ſimul. Diſſentiunt hic Doctores iuris ciuilis à iuris pontificij doctoribus. Alij putant ſtatus confirmationem valere. Quia ſub ſimplicibus, &c. Item dicunt fauorabilem eſſe hanc confirmationem. Fauore ſiquidẽ & miſericordia digni ſunt, qui alieno laborãt vitio. l.legem.C.de nat.lib. Item beneficium principis, &c.l.pẽ.de cõſtit.princ.ſupra. In fauorabilibus facile admittitur extenſio.dict.leg.cum quidam. Alij negant confirmationem valere.Quia natus ex adulterio & inceſtu ſimul, grauiore vitio laborat. Sicut dicitur C. de rapt. virg.Si quis mulierem nuptam rapuerit,tenetur duplici crimine,adulterij ſcilicet & rapinæ.

Aliud argumentum ducitur ex leg. vim paſſam.§. præſcriptione.ad leg.Iuliam de adult. Præſcriptione quinque annorum crimen inceſti iunctum adulterio non excluditur. Exiſtimo ita conciliari poſſe has opiniones, vt dicamus ſi ex iuſta cauſa fiat hæc legitimatio,valere.vt in leg. qui in prouincia. de ritu nupt. ſup. ignorantia, longum tempus, numerus liberorum. Si abſque cauſæ cognitione id fiat, vt plerunque accidit, non puto locum eſſe huic interpretationi. Res enim odioſa eſt, quæ interpretatione adiuuari non debet. dict.leg.cum quidam. Leges latæ da ſuperiorum cõditione, cauſam maxime fauorabilem continent. Pertinent ad continendos homines in caſtitate, pudicitia, cõtinẽtia.ſcripſi lib.3.de benef.cap.5. Hæc igitur reſtitutio ac cõfirmatio ſtatus,quæ ſine iuſta cauſa fit,odioſa eſt ac reſtringenda.leg.pen. de cõſtit. princ. non eſt accipienda de talibus beneficiis. Sed cum princeps largitur aliquid, atque indulget, quod neque publice, neque priuatim nocet. Superſunt aliquot antinomiæ. Vna eſt ex illa regula vulgari,ſpectandum eſſa quod minimum eſt.l.ſi ita ſcriptum.ſupra eod.& leg.ſemper in obſcuris l.ſemper in ſtipulationibus.de regul.iuris.Sed illud reg.reſpondeo locum eſſe cum quęſtio eſt ex ambiguo,vt in d.l.ſi ita ſcriptũ.l.nummis.75. de leg. 3. l.apud Iulianum.§. ſcio. infra eod. Duæ res ſignificantur, vna maior,altera minor. Quæſtio hic naſcitur ex ratiocinatione,ſiue ſyllogiſmo,quatenus id,quod ſcriptum eſt,producendum ſit. Alia antinomia ex lege,hoc legatum. 43. de leg. 3. & l. 36. legatis vxori. de leg. 2. dixi ad l.ſerui electione. ſupra eod. Quæſtio de interdicto vti poſſidetis,cum vterque probat,neuter vincitur. l.ſi duo.infr.vti poſſid.Quod erit officium iudicis? Scis l.14.ſed cũ. ſupra de iudiciis.dicet, vt ait forte quiſpiã, ite ad diabolum,non poſſum cauſam veſtram iudicare

endacium veſtrum, inquit alius, debet ..., ite in nomine Domini, vnus veſtrûm mendax eſt: ſed neſcio vter ſit. Melius & prudentius alij cēſent, ad iudicandam eſſe vtrique poſſeſſionem pro parte indiuiſa, ſicut in ſpecie noſtra.

Ad §. nihil differt.

Locus de legato coniunctim duobus relicto, de quo alias ſæpe dixi. Sæpe quæritur an legatarij ſint coniuncti? Effectus enim eſt, quia vnius loco habeatur. l. plane. ſup. Item ius accreſ. in coniūctis locum habet. Exemplum huius coniunctionis vulgare eſt in §. ſi eadem. Inſtit. de leg. Titio & Sempronio Stichum lego. Nam particula, &, vim habet cōiungendi. l. ſi ita. 66. ſupra de hæred. inſt. niſi appareat contraria voluntas. Nam plerunque teſtatores celeritatis & compendij cauſa, ita loquūtur. dict. l. ſi ita ſcripſi lib. 2. de iure accreſcen. cap. 9. Quæritur hic de particula, cum. Si quis dixerit, Titio cum Mæuio do, lego, Pomp. ait coniunctionem eſſe. Hoc etiam exemplo vtitur Paulus in leg. triplici. de verbor. ſignificat. Similis locus eſt in l. ſi illi cū illo. 40. infra de vſufruct. legat. Alius in leg. ſi quis inquilinos. 112. infra hoc tit. Alius in l. ſi quis Titio. de vſufr. accreſc. Hæc eſt vis huius particulæ. Sed quid mirum cum idem dicatur plerunque de particula disiunctiua? l. ſæpe de verborum ſignif. l. cum quidam. C. eod. tit. Titio aut Mæuio, &c. Oppo. leg. ſi ita fundum. infra de inſtr. leg. Reſpondeo ſpecies multum diuerſas & diſſimiles eſſe. Hic loquimur de perſonis & earum coniunctione. Pompon. non ſimpliciter ait has particulas nihil differre: ſed in perſonarum cōiunctione eandem vim habere. Cum res plures coniunctim legantur, interdum eſt aliqua differentia. Nam cum res huiuſmodi ſint, vt vna accedat alteri, multum refert quomodo teſtator leget. Exempli gratia, fundū & inſtrumētū fundi, vel fūdū cū inſtrumēto d. l. ſi cui fūdū. adde l. 1. eo. ti. & §. ſi quis ancillas. Inſtit. eod. In vna ſpecie coniūgit acceſſoriè, in altera principaliter. vſus aūt hoc facit. l. Labeo. de ſupel. l. Exemplum ſimile eſt de peculio. leg. 1. infra de pecul. lega. dict. §. ſi quis ancillas. Cur non idem dicimus ſi quis ancillam legauerit cum ſuis natis? Nam ſemper duo ſunt legata ſeparata. l. 3. de pecul. leg. d. §. ſi quis ancillas. Reſpondeo, homines non accedere aliis rebus. Hoc enim receptū non eſt in hominibus, propter dignitatem hominum. l. iuſtiſſimè. de ædil. edict. l. in pecudum. ſupra de vſur. Ac certum eſt cum duæ res legantur, quarum vna non accedit alteri, nihil referre quomodo legentur, vt in exemplo dict. le. 112. ſi quis inquilinos. Hæc ad dict. leg. ſi cui fundum. in qua reperitur alia difficultas. Dicitur ibi aliud eſſe fundum inſtructū legare, aliud fundum cum inſtrumento. Tamen in d. §. ſi quis ancillas. dicitur nihil referre. Nā fundo alienato, inſtrumēti legatū extinguitur. Demōſtraui quid ſentiā ad tit. de verb. ſig. l. 6. C. Paulus in d. l. ſi cui. non ſimpliciter dicit legatū inſtrumēti valere: ſed poſſe valere, ſi appareat non eſſe factam mentionem inſtrumenti tanquam acceſſionis: nam hæc verba, cum inſtrumento, magis apta ſunt ad ſignificandam acceſſionem idque ex vſu iudicatur, nec vlla eſt certior regula cum quæritur de vi verborum d. l. Labeo. Declaro id apertius ſi poſſum. Cum quis legat fundum & inſtrumentum, certum eſt duo legata eſſe ſeparata: ſi fundum cum inſtrumento, vnum legatum eſt: ſi fundum inſtructum, dubitatur. Verba hæc media quodammodo ſunt. poteſt dici legatum deberi, poteſt dici non deberi. Facti quæſtio eſt, quæ pendet ex coniectura voluntatis.

Ad §. Si alteri.

Quæſtio eſt pertinens ad l. ſi pluribus. ſupra eo. Cū teſtator legat duobus in ſolidū, & vult ſolidum ſingulos habere. Cauſa dubitationis eſt l. in ratione. 30. §. incertæ. infra ad l. Falcid. Nam reuera hic Stichus erat in obligatione, ſi verba teſtatoris ſpectemus. ſed æſtimatio loco rei legatæ ſoluitur humanitatis cuiuſdam cauſa. Certum eſt autem perempta ſpecie hæredem liberari. l. non amplius. §. 1. ſupra eo. Oppo. l. ſi res. 20. inf. de l. 3. vbi æſtimatio petitur. Reſpondeo ex quadā humanitate hoc indulgeri legatario: ex rigore iuris ciuilis non poſſe peti aliud, quàm quod legatum eſt. Deinde cōſiderandum eſt, liberum eſſe hæredi ſoluere ſpeciem, ſi velit. Itaque non ſine magna ratione conſtitutum eſt, vt hæres interitu ſpeciei legatæ liberetur. Huc pertinet l. 115. filiusfa. §. vlt. infra hoc tit. Colligunt hinc regulam illam, Cum quantitas debetur reſpectu ſpeciei, debitor interitu ſpeciei liberatur. ſed hæc regula magis rem obſcurat, quàm declarat, vt dixi ad l. quod te. de reb. cred. ſupra. Qui ita loquuntur recedunt à more loquendi veterum, & occaſionem præbent calumniandi ſophiſtis. Ego id alias demonſtraui viuo exemplo ex l. 5. de reſcind. vend. vbi mortuo homine venditio, nihilominus emptor debet pretium, id æquum & certum eſt. Sed ſophiſtæ offundunt tenebras rei clariſſimæ, obiecta regula ſua factitia. Emptor, inquiunt, pecuniam debet reſpectu ſpeciei, id eſt, reſpectu rei venditę. Ergo emptor liberatur interitu eius ſpeciei. Hoc non malè opponitur eorum regulæ. ſed doctrinæ noſtræ nihil aduerſatur. Non eſt enim illa ſpecies ſimilis noſtræ. Diſſimilitudo eſt nota ex iam dictis. Valeant igitur opifices iſti regularum, cum regulis ſuis: nos puriſſimam veterum Iurecōſultorum doctrinam amplectamur, & finem faciamus.

Ad l. 37. Legato generaliter.

Tractatur hic locus de effectu legati. Debetur legatario quod apparet legatum eſſe. ſi ſpecialiter res expreſſa ſit, nulla eſt dubitatio: ſi generaliter, dubitari poteſt, veluti ſi lego Titio hominem. Sed vt commodius explicetur hæc quæſtio, res tota paulo altius eſt repetenda. In primis videndum eſt, an valeat legatum generaliter relictum. Vlpian. noſter oſtendit vtile eſſe legatum, ſi quis legauerit hominem. Idem in l. cum incertus. ſupra. idem in §. ſi generaliter. Inſtit. eod. & aliis ſimilibus. Alibi tamen dicitur legatum fundi non valere, propter incertitudinem. l. cum poſt. § gener. ſupra, de iure dot. Sicut nec ſtipulatio fundi valet. l. ita ſtipulatus. 115. infr. de verbor. obligat. idem dicitur de domo in l. ſi domus. 74. infra hoc tit. alias 71. vbi Iureconſul. ait deriſorium eſſe legatum. Ratio diuerſitatis: in fundo legato nimia eſt incertitudo, & maior quàm in legato hominis. Fundi certitudinem non habent, niſi ex voluntate ac deſtinatione hominum. l. quod in rerum. 24. §. 1. ſupra eod. Vnde hæres palmum terræ dando, liberaretur, quod eſſet ridiculum. In domo etiā legata magna verſatur diſſimilitudo, ſi generaliter domum dando liberetur hæres, deriſorium erit legatum, vt dicitur in dict. leg. ſi domus. Domus enim conſtruuntur, & ædificantur arbitrio & voluntate cuiuſque: ſicut fundi conſtituuntur, domunculæ fiunt, quales vidimus Lutetię non diſſimiles dolio Diogenis Cynici. Creditur itaque teſtator ludibrio legatarium habuiſſe. Nec facile erit mediocritatem hic ſeruare: vt puta, in re tam incerta, & quæ ex voluntate hominum omnino pendeat. Videndum tamen eſt hic num voluntas teſtatoris poſſit apparere ex coniecturis. Quid enim ſi plures fundos, aut domos diſtinctas habeat? Facile interpretabimur eum ſenſiſſe de vno ex illis fundis, quos habet in patrimonio ſuo. dict. leg. ſi domus. facit l. Triticum. 94. infra de verb. obli. l. quidam. de trit. leg. Sed de eo mox plura dicturi ſumus. Altera

quæſtio

Digitized by Google

queſtio eſt quid ſit in obligatione, de qua dixi ſup. ad l. cũ incertus. Tertio quęritur cuius ſit electio an hęredis, an legatarij. Certe cũ teſtator legat generaliter hominẽ, oſtẽdit ſibi curę nõ eſſe, quẽ hominẽ habeat legatariꝰ, modo habeat hominẽ. Sed oritur cõtrouerſia inter hæredem & legatarium. Et hæc quæſtio hic non definitur ab Vlp. ſed ex aliis locis decideda eſt, in quibus tamẽ magna varietas reperitur, atq. etiã obſcuritas. Veteres diſtinguebãt legatũ vindicationis, à legato dãnationis. Vlp in Inſtit. tit. de l. ait in legato vindicationis electionem eſſe legatarij, in legato per damnationem hæredis. Differẽtia hęc colligitur quodammodo ex verbis capito, ſumito, habeto, quib. videtur permitti electio legatario magis, quàm hęredi: ſed his Damnas eſto dare, magis hæredi, quam legatario, tametſi voluntas hic nõ ſatis aperte exprimatur. Nã ita dicedũ eſſet, quẽ hæres volet, aut quẽ legatariũ volet. &c. Huius veteris differẽtię quędã veſtigia adhuc reperiũtur in Pãd. vt dixi ſup. ad l. plane. 34. §. vl. Locus vnus eſt in l. ſi is, cui. 19. inf. de l. 2. quẽ adduxi ſupra: qui loquitur de alternatione: ſed eadẽ eſt ratio legari generaliter relicti. Hæc ſubtilitas iuris veteris ſublata eſt conſtitut. l. 2. C. Cõm. de l. Proinde hodie inter hæc genera legatorum nulla eſt differentia. dict. leg. 1. & inſtit. eod. § noſtra autem. Vnde nihil refert quibus verbis legetur. Ex his igitur verbis non poterit iudicari vtrius ſit electio. At ſi quis dicat hãc differentiam ſublatam non eſſe: quia inducitur ex voluntate teſtatoris. Reſpondeo, his verbis non ſatis exprimi voluntatem. Subobſcura enim eſt ſignificatio voluntatis magis, quam aperta declaratio. Itaque Vlpian. d. tit. de legat. ait tacite optionem dari his verbis. Sed quæritur, ſublata ea differentia verborum, vtrius electio iudicanda ſit. Id enim adhuc dubium relinquitur. Hæres contendit ſibi competere electionem: quia cum per damnationem relinquitur, iure veteri competit ipſi electio. At nihil refert, an per damnationẽ vel aliis verbis. Eodem argumento vtitur legatarius. Videturque id genus argumenti eorum eſſe, quæ Græci ἀντιστρέφοντα vocant. Sed Iuſtinian. ipſe demonſtrat quomodo hæc controuerſia dirimenda ſit. Satis enim oſtendit factam eſſe conſtitutionem fauore legatariorum. dict. leg. 1. commun. de lega. dict. §. noſtra autem. vt poſſint agere non tantum in perſonam: ſed etiam in rem. Quod vero fauore legatariorum inductum eſt, non debet in eorum damnum conuerti. l. quod fauore. C. de legib. Hinc ergo efficitur, electionem legatarij eſſe, quibuſcunque verbis legatum ſit, ſiue dãnationis, ſiue vindicationis: niſi aperte teſtator dixerit. §. ſi generaliter. Inſtit. de l. Dubiũ non eſt, quin voluntas ſit ſeruanda, quę verbis diſerte expreſſa eſt. l. ille aut ille. 25. de legat. 3. Huic autem iuri nouo conſentanea ſunt fere, quæ in Pande. extant ſcripta de hac re. Ac credibile eſt compoſitores Pandect. aliquid immutaſſe propter conſtitutionem, vt ſupr. dixi ad l. 1. Loci autem plerique citantur, qui non multum ad rem pertinent, veluti l. cum incertus. 13. ſupra eod. ibi enim nõ quęritur vtrius ſit electio, vt ſatis oſtẽdi. Similis locus in leg. qui concubinam. 29. §. ſi hæres. de legat. 3. vbi alia eſt. Alij ſunt loci apertiores, qui ſequuntur. Vnus eſt in leg. hæredes §. ſi incerto. fam. erciſc. ſupra. Alius eſt longè apertior in l. ſi ſeruus legatus. 108. §. cum infra eod. Ratio illa videtur addita à compoſitoribus propter cõſtitutionem. Alius eſt locus in l. 2. de optio. leg. infra. Alij aũt reperiuntur loci prima facie cõtrarij. Vnꝰ eſt in l. ſi domus. 74. infra. vbi varia eſt lectio. Nam in quibuſdã libris legitur, cogetur hęres quã domum volet, &c. vbi ambiguitas eſt, quã debemus interpretari pro legatario. l. in ambigua. In Noricis libris legitur, hęredes quã domũ volẽt, his verbis datur electio hęredi. Sequenda eſt autem lectio Florent. quæ nihil ambiguitatis, aut obſcuritatis habet. Cogentur hęredes quã volet domum ſcilicet legatarius. Præterea oppo. l. ſi is, cui. 19. infra de l. 2. ſed quæſtio nõ eſt vtrius ſit electio: ſed an is cui cõpetit electio, poſſit voluntatem mutare. intellige enim quo caſu apparet ex verbis &c. Nã compoſitores non mutarunt, quia videbãt poſſe ita accipi, vt diximus.

Dixi electionem eſſe legatarij ex conſtitutione Iuſtinia. Oſtendi nihil reperiri in Digeſt. libris quod repugnet. Reſpondi ad quædam obiecta, veluti l. qui cõcubinam. 29. §. ſi hæres. de lega. 3. ibi non quæri, an hæredis ſit electio: ſed an euicto Sticho teneatur hæres. quo caſu licuit ei Stichum dare. Sic ad leg. cum res. 47. §. ſed ſi Stichus. infra. eo. non quæri ibi vtrius ſit electio: ſed quo caſu electio eſt hæredis, vno abſente alter poſſit petere. Sic etiam reſpondẽdũ ad leg. huiuſmodi. 86. § ſi cui homo infra eo. nã ibi legatarius Stichum oblatum accipere noluit: Stichus mortuus eſt, quẽ legatarius deinde petit. Quæſtio intelligenda eſt, quo caſu liceat hæredi Stichum ſoluere? quod interdũ licet. Maius negotium nobis exhibet l. 4. de trit. vino, oleóque leg. vbi electio datur hęredi. Sed reſpondeo in quãtitate locũ non habere quod diximus. Nã ceſſat ratio propter quam diximus electionem competere legatario: quia poteſtas ei eſt, qua actione vti velit. l. ſi ſeruus legatus. 108. §. cũ homo infra, eo. in hac autem ſpecie nõ agitur actione in rem. Si quis enim legauerit certum pondus olei, nec aliud adiecerit, non competit vindicatio, vt dixi ſupra ad l. 1. nec tranſit dominium rei legatæ.

Natura vindicationis hoc non patitur, hanc rem meam eſſe aio. Nullo vnquam tempore potuit agi in rem in hac ſpecie: ſed tãtum in perſonam. Nec ius antiquum immutatum eſt in his rebus, quæ continentur pondere. &c. Sequimur ergo hic ius antiquum. Scio apud Vlpian. in Inſtit. tit. de leg. legari per vindicationem eas res, quæ conſtant põdere. &c. Sed hoc accipiendum eſt cum res huiuſmodi legatur vt ſpecies. l. ſed ſi certos. 51. infra eod. & l. 1. §. ſi decem. vt lega. nomi. caueat. Deinde in hac ſpecie proponitur, teſtatorem habuiſſe oleum in patrimonio ſuo. Imo potius contrarium apparet ex verbis illis, cuius generis oleo vti ſolitus, &c. Ad has coniecturas recurritur cum nullum oleum teſtator reliquit. Ac certum eſt legatarij non eſſe electionem cum res eas non reliquit teſtator, quę legato generali nõ continentur. Id enim colligitur ex l. 3. in princip. eo titu. de tritic. Idem enim colligitur ex leg. ſi domus. 71. infra eod. aliiſque locis ſimilibus. Legatarius enim non habet electionem actionum in rebus alienis. Vnde dicitur inutilis electio eſſe, cum quis elegerit rem alienam. l. 2. de opt. leg. dixi ſupr. ad l. 5. ſerui electione. Cum igitur quis hominem generaliter legat, intelligitur legare optionem ſeruorum, quos habet: non alienorum, niſi aliud actum ſit. Sic interpretamur, quia durum videtur cogi hæredem ad redimendam rem, quam optauerit legatarius. argum. l. vnum ex familis. 97. §. ſi rem. de leg. 2. l. Sticho. de vſufruct. legat. Satis igitur probatum arbitror electionem eſſe legatarij. Nec enim mouere nos debet quod alibi dicitur reo competere electionem. §. huic autem. Inſtit. de actio. l. plerunque. 18. ſupra de iure dot. Idem enim in ſtipulationibus & aliis contractibus locum habet, non in legato. Interpretatio fit contra ſtipulatorem, qui potuit apertius exprimere. l. ſtipulatio iſta. 38. §. in ſtipulationib. l. quicquid aſtringendæ. 99. de verb. oblig. At magis fauetur legatario, in cuius poteſtate non fuit, vt aliter teſtator loqueretur.

Huic ſimile eſt quod dicitur de conditione impoſſibili. l. impoſſibilis. 7. de verb. oblig. l. 3. de condit. &

Digitized by Google

demon. Denique ne cui durius hoc videatur, ait Vlp. ex ſententia Caſſij, ita electionem competere legatario, vt optimum eligere non poſſit. Poteſt enim quem libet optare etiam ſi vnus alio ſit melior, aut deterior. Nam alias optionis nulla eſſet vtilitas. Sed ſi vnus ſit, puta ſingularis alicuius & excellentis ingenij, doctrinæ, artificij ſeruus, hic non poterit eligi. quia non eſt credibile teſtatorem de eo ſenſiſſe. argum. l. 6. obligatione generali. de pign. ſupr. Exemplum eſt in ſeruo actore, de quo in l. vlti. de offic. præſid. is eſt, qui familiæ totius curam gerit. Similiter cum electio eſt hæredis, poterit dare deteriorem. Sed ſi quis ſit peſſimus ac deterrimus, eum dando non liberabitur, eſt forte ſeruus inſignis cuiuſdam nequitię & improbitatis, vt magis non habere talem ſeruum expediat, quàm habere. Huc pertinet l. ſi hæres. 73. infr. eo. Hæc interpretatio nititur æquitate, ac veriſimili teſtatoris voluntate. Exemplum eſt ſimile in l. ſi cui. 9 . ſupra de ſeruit. vbi per quamlibet partem ire agere licebit, ciuili tamen modo: nam quædam in ſermone tacite excipiuntur.

Venio ad alteram partem legis. Ponitur caſus in quo electio eſt hæredis, cum de certo ſenſit teſtator vt in exemplo l. 39. cum ſeruos. alias apud Iulianum. §. ſcio. Hic caſus differt à ſuperiore. In ſuperiore non ſenſit teſtator de certo : ſed legauit generaliter non curans quē ſeruū ſumat legatarius. Hic sēſit de certo: ſed nō apparet de quo. Ait igitur hæredis eſſe electionem. Species de lance, eodem modo accipienda eſt, cum teſtator ſenſit de certa lance. Sed cur potius in hoc caſu electio eſt hæredis? Reſpondeo, hic ambiguum eſſe & obſcurum legatum. Parum abeſt quin omnino nullum ſit. argu. l. duo ſunt. 20. de teſta. tute. l. ſi fuerit. infr. de reb. dub. Conſiſtit autem hoc legatum ex quadam humanitate & voluntate, &c. Magis nocet incertitudo, quæ verſatur circa perſonas. argu. §. incertis. Inſtitu. de leg. vt alibi diximus. Boni ergo conſulere debet legatarius etſi electionem non habeat.

In ſuperiore exemplo non eſt obſcuritas niſi forte in facultate eligendi. Similis locus eſt. l. ſi quis à filio. 32. l. ſi quis plures. ſupr. eo. non obſtat d. §. ſcio. Parum enim refert an dicamus minimum deberi, an electionem competere hæredi, qui minimum electurus eſt. l. 44. ſi ita relictum. §. vl. de legat. 2. Oppo. l. 20. qui duos. ſupr. eo. Reſpondeo ibi non conſtare teſtatorem de certo ſenſiſſe. Ita legauit forte , Vnum ex ſeruis meis Titio do lego. Legatum eſt generale, ſicut in ſuperiore ſpecie. Plura dicemus ad dictum §. ſcio. Differentia horum caſuum ſic declarata, poteſt facile intelligi ratio l. 14. ſi ita ſcriptum. ſupra eo. Videtur enim iis aduerſari quæ dicta ſunt de legato general. Nam ibi dicitur exiguum eſſe præſtandum. Reſpondeo diſſimilem ſpeciem eſſe. ibi legatum eſt obſcurum & ambiguum, non generale. Et eſt illa ſpecies ſimilior ſecūdæ ſpeciei legis noſtræ, quàm priori. nos autem vtriuſque differentiam oſtendimus.

Ad l. 38. Legatarius.

Locus de effectu legati. Legatum dicitur acquiri legatario & quidem ipſo iure. l. à Titio. 65. de furt. Dicitur acquiri etiam ignoranti. l. cum pater. 77. §. ſurdo de leg. 2. hoc eſt accipiēdū niſi velit repudiare. l. legatū. 7. ſupra eo. Inde quęritur an poſſit repudiare pro parte? Videtur poſſe, vt ſit eadē ratio partis quæ totius. l. quæ de tota. 76. ſup. de rei vind. vt ſicut acquirit totū, cū totū agnoſcit: ita acquirat pro parte cū partem tantū vult. Sed Pomp. ait non poſſe. Ratio hæc adferri ſolet. Quia abſurdum videtur partim comprobare iudicium defuncti, partim euertere. l. nam abſurdū. 7. de bō. liber. Hęc ratio videtur obſcurior eo quod quæritur. Ego aliam adduxi lib. 1. de iure accreſ. c. Quia videtur cōtemnere ac faſtidire liberalitatem teſtatoris, & eum quidem iniuria afficere, cum illa liberalitas ipſi non noceat. Citaui locum Senecæ lib. 2. de benefic. vt oſtenderem ingrati hominis eſſe & inſolēsis. Viſū eſt igitur iuris auctoribus hoc moroſū faſtidium ferendū non eſſe, præſertim in iis, quæ teſtamēto relinquūtur. Nam magis fauetur ſupremæ morientium voluntati. l. 1. C. de ſacroſanct. eccleſ. Dixerit aliquis hac ratione fieri, vt legatarius non poſſit omnino repudiare. Quod verum eſſet, niſi alia maior ratio prohiberet. Eſt enim inciuile quemquam cogi acceptare quod donatur. l. hoc iure. 19. §. non poteſt. de donat. ff. Hactenus ergo coercetur inſolens faſtidium legatarij, ne liceat ei partem aliquam, quaſi dicis cauſa, acceptare, & reliquum repudiare. hæc ratio probabilis eſt, cuiuſmodi fere ſunt in hac ſcientia ciuili. Itaq. Paul. ait in l. 4. de leg. 2. verius eſſe neminem, &c. quia videbatur ſubtiliter diſſerendo, poſſe defendi contrarium. Inde conſequitur, vt totum acquiratur ei, qui partem agnoſcit. l. ſi cui tes. 58. de legat. 2. Altera pars accreſcit etiam inuito, ne legatum diuidatur. Hoc autem locum non habet, ſi duob. res eadem legata ſit. Nam pars ab vno repudiata, alteri nō accreſcit inuito. §. vbi autem. Cod. de caduc. tollend. Ceſſat enim hic ratio ſupradicta. Non poteſt factum eius reprehendi, quaſi voluntatem teſtatoris ſpreuerit. Itaque in dict. l. 4. de legat. 2. dicitur, Neminem eiuſdem rei legatæ ſibi partem velle, & partem nolle, verius eſſe. Cum igitur duo ſunt legatarij, vnus non cogitur partem alterius acceptare. Sed adhuc in eo caſu locum poteſt habere regula noſtra. Quia partem ſuam cogitur aut totam cognoſcere, aut totam repudiare. Eadem eſt enim ratio partis, quæ totius. dicta leg. quæ de tota. ſupra de rei vindic. Item locum non habet regula, cum plura legata ſunt vni relicta. leg. 5. de legat. 2. Videtur enim hoc non abhorrere à voluntate teſtatoris , qui res ſeparatas reliquit. Nos enim hic reſpicimus maxime ad voluntatem teſtatoris, vt iam dixi. Pręterea, locus nō eſt regulę, ſi legatarius deceſſerit duobus hærdibus relictis. Nullus enim poteſt argui contemptus legatarij in hoc caſu cū diuiditur inter eos obligatio pro partibus hæreditariis. l. 1. Cod. ſi certum petat. Vnuſquiſque agnoſcit quod ſibi competit. Nec nouum eſt id licere hæredi, quod non licuit defuncto. leg. vltim. de euiction. cum ſimilib. Oppon. l. 2. § ex his de verbo. obligat. ex perſona hæredum non mutari conditionem obligationis. Itē oppo. l. cui fundus. 55. infra de cond. & demonſtra. hæredes plures pro ſingulari perſona habendos eſſe. Reſpondeo ad vtrunque obiectum, videndum eſſe an eadem ſit ratio in hæredibus, quę fuit in defuncto. Cū enim ratio eſt eadem , omnes hæredes habentur loco vnius, vt in d. l. cui fundus. Hic autem diuerſa ratio eſt. Is, qui acceptat partem tantum ſuam, non poteſt dici contemnere liberalitatem teſtatoris. alter vero qui repudiat partem ſuam , fortaſſe contemnit. Sed non poteſt eius factum reprehendi. quia totum quod ſibi legatum eſt repudiat, non partem.

Ad § Si legatum.

Quæſtio adfinis eſt ſuperiori de acquiſitione legati, & effectu eiuſdem ſpecies. Prædium ſeruiēs fuit legatum, quod legatarius recuſat, an ſit cōfuſa ſeruitus ? Amittitur ſeruitus cum idem vtriuſque prædij dominus eſſe cœperit. l. 1. ff. quemadm. ſeruit. amit. Nemo enim poteſt ſibi debere ſeruitutem, l. 10. quicquid. com. præd. l. 5. vti frui. ſupra ſi vſusfru. pet. at legatarius hic dominus eſſe incipit prædij ſeruientis. nam acquiritur dominium etiam ignoranti. l. cum pater. 77. §. ſurdo. de leg 2 Pompon. tamen ait confuſam

ſeruitutē

ſeruitutem non eſſe. Quia intelligitur legatum nunquam fuiſſe quod repudiatum eſt. Quod dicitur de ſeruitute, &c. id accipiendum eſt, cum quis verum & naturale dominium conſequitur per apprehenſionem, &c. §. Per traditionem. Inſtit. de rer. diuiſ. l. 1. de acq. poſ. l. traditionibus. C. de pact. hoc dominium legatarij eſt ex quadam fictione & iuris interpretatione. l. 1. §. vtrum. infra ſi quis in fraud. patron. Si agnouerit legatum, fingitur antè dominus fuiſſe, etiam ſine apprehenſione. ſi repudiauerit, fingitur nunquam dominus fuiſſe. Idem dicitur in l. ſi tibi homo. 88. §. cum ſeruus. inf. eo. Species de furto, de qua hic, difficilis non eſt. vide l. à Titio. 65. de furt.

Ad l. 39. Cum ſeruus.

Locus de eo, quod conſequitur legatarius ex teſtamento. Dubium non eſt quin debeatur quod legatum eſt. Sed inde multæ oriuntur quæſtiones, cuiuſmodi eſt illa de interitu, quam tractauimus ſup. in l. non amplius. Quæſtio non diſſimilis: Si in fuga ſit aut abſens, &c. Cauſa dubitationis, quia id teſtator non dixit. Sed tamen hoc pertinet ad officium iudicis, quaſi à voluntate teſtatoris id alienum non ſit. Poteſt etiam exigi cautio de perſequendo, &c. ſeruo legato. 69. §. vlt. hic. Eſt ſtipulatio iudicialis, de qua in l. 5. de verb. oblig. Oppon. l. cum res. 49. in eo. vbi dicitur rē pręſtandam eſſe vbi relicta eſt. Idem dicitur in l. quod legatur. 38. ſupr. de ind. Ergo non cogetur hæres operam ac ſūptum præſtare. Exiſtimo quod hic dicitur de opera & ſumptu, intelligendum ſi res abeſſe cœperit poſt mortem teſtatoris. l. ſeruus legatus. 108. in prin. inf. eo. Inſpicitur ergo tempus mortis. Alij aliter cōciliant, præſtandam eſſe rem vbi relicta eſt, niſi ſit in loco valde remoto, & longinquo. Præſtari enim debet vbi veriſimile eſt teſtatorem voluiſſe. d. l. cum res. 49. inf. eo. alias legatum inutile legatario eſſet quod alienum eſt à voluntate. arg. l. ſi rea obligata. 57. inf. hoc tit. Diſtinctio noſtra magis conuenit ſententiæ Iuriſconſ. fateor tamen non ſemper eſſe rem præſtandam vbi relicta eſt, ſi contraria appareat voluntas ex coniecturis. Sed quæ coniecturæ ſufficiant, non poteſt in vniuerſum diffiniri. Id enim pendet ex arbitrio iudicis. l. voluntatis. Cod. de fideicommiſſ.

Ad §. Fructus.

Dixi quod ſit iudicis officium, cum ſeruus legatus in fuga eſt, vel longinquo abſens, vt is requiratur & præſtetur. Oſtendi ſumptum eſſe præſtandum ab hærede, quamuis de ſumptu nihil dictum ſit, &c. Multa enim veniunt in hoc iudiciū, de quibus nihil cautū eſt propter voluntatem ac veriſimilem voluntatem teſtatoris. Huiuſmodi ſunt fructus, vſuræ, & aliæ huiuſmodi acceſſiones, de quibus hic Vlp. nos ſigillatim de his dicemus. Fructus ergo debentur legatario. & extat tit. de hac re. C. de vſur. & fructibus legat. Nec enim obſeruatur differentia legatorum & fideicommiſſorū: item damnationis & vindicationis, de qua apud Caiū lib. 2. Inſtit. hæ differentiæ ſublatæ ſunt. vt iam ſæpe dixi. Fructum id proprie vocamus, quod ex re ipſa naſcitur. l. 121. vſur. de ver. ſig. & l. ſi nauis. 62. ſupra de rei vind. Sed latius pro quocunque commodo, quod ex re percipitur, accipitur l. item ſi fundi. 9 ſup. de vſufruct. l. venationem. 26. de vſu. ſupr. Quæritur ex quo tempore debeantur hi fructus? Videntur ex tempore tantum litis conteſtatæ, quia ſtrictum eſt iudicium. l. videamus. 38. de vſur. & hoc videtur ſatis expreſſum l. quæſitum. 91. §. vlti. infr. eo. ſimiles loci ſunt in l. 1. 2. 4. C. de vſur. & fructibus legat. Sed verius eſt ex tempore moræ deberi. l. cum res. 49. infr. eod. & l. 3. l. Paulus. de vſur. ſupra. Nam ſimile eſt hoc iudicium quadantenus iudicijs bonæ fidei. l. in minorum. Cod. in quibus cauſ. in integr. reſt. Mora autem fit etiam ſine conteſtatione. l. mora. leg. ſciendum. de vſur. l. 23. ſi ex legati cauſa, de verbor. oblig.

Nec contrarium eſt quod alibi legitur de lite conteſtata. Nam verum eſt, poſt litem conteſtatam deberi fructus: ſed non inde efficitur ante litem conteſtam non deberi, ſi forte mora antè facta ſit. Et animaduerti reſcripta fere, aut reſponſa eſſe in quibus litis conteſtatæ fit mentio. C. de vſur. & fructibus. & d. l. 91. quæſitū. §. vltim. infra eod. Ideo ita reſponſum eſt, quia non proponebatur factam eſſe moram ante litem conteſtatam. Ac ne cui forte videatur inſolens eſſe hæc interpretatio noſtra, ſic interpretatur Papinian. reſcriptum quoddam M. Antonini. l. 3. de vſur. Vt fructus capiat fideicommiſſarius poſt ſententiam. vbi addit Papin. niſi mora ante ſententiam facta ſit.

Notandum tamen eſt, ſi in rem agatur, fructus reſtituendos eſſe, etiam ſi mora facta non ſit. l. 42. Herennius de vſur. vbi fructus, qui poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominium. Similis locus in l. 88. ſi tibi homo §. cum ſeruus. infr. eod. Tenetur autem hæres nō tantum ad fructus, quos percepit: ſed etiam ad eos, qui percipi potuerunt. Nullum enim habet titulum quo excuſari poſſit ab horum fructuum præſtatione. Quāuis alias vulgo receptum ſit eum, qui titulum habet non teneri ad fructus percipiendos. leg. ſi fundum. 17. Cod. de rei vind. Titulus pro hærede, non pertinet ad rem legatā, cuius dominium acquiritur ſtatim legatario. Legatarius quodam modo quaſi hæres eſt in re legata. id tempus. in fin. 14. infra de vſucap. Huc pertinet l. 80. legatum. de leg. 2. fructus autem intelligit Vlpiā. quos percipere potuit legatarius, non hæres. dubitari enim de eo poterat quia forte induſtria vnius eſt vt plus colligere poſſit fructuum, quàm alter. Et ſane difficilis eſt quæſtio cum quæritur generaliter, & vulgo agitata. Difficultas proprie naſcitur ex l. 5. domum. C. de rei vindi. ibi, cum penſionibus, quas percipit, aut percipere poterat. idem dicitur in l. 1. C. de petit. hæred. Reſpondeo vtrunque vere dici, quos percipere potuit petitor, & quos percipere potuit poſſeſſor. Non ſunt hæc repugnantia: ſed diuerſa. Et ſæpius accidit, vt non magnopere referat vtrum dicamus, quia petitoris forte non eſt maior induſtria, quàm poſſeſſoris. Et credibile eſt id accidiſſe in ſpecie d. l. domum. C. de rei vind. Nō fuit autem propoſitum à petitore quod maioris induſtriæ eſſet, quam poſſeſſor. Recte reſpondit ſecundum quæſtionem propoſitam. Duæ igitur quæſtiones hic ſeparandæ, ac diſtinguendæ. Vna ſi poſſeſſor plus potuit percipere, quàm petitor. & dicitur teneri. d. l. domum. Altera eſt, quæ ex priore naſcitur, ſi plus potuit percipi à petitore, quam à poſſeſſore.

Et hic dicitur rationem petitoris habendam eſſe. idem dicitur in d. l. ſi nauis. de rei vindic. An petitor frui potuerit ſi ei poſſidere licuiſſet? id quę videtur æquiſſimum eſſe, ne alias damnum patiatur petitor ob culpam alterius. Sed quid è contrario, ſi plus percipere potuerit poſſeſſor, quam petitor: quia poſſeſſor forte erat magis induſtrius? Exiſtimo non poſſe hos fructus peti. ex mora alterius non debet petitor lucrū facere. ſatis eſt ſi dāno non afficiatur, huc pertinet lex 31. cæterum. de rei vindicat. Improbe deſiderabit petitor fructus æſtimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium ſumptibus poſſeſſoris didicit. Quod dictum eſt de fructibus, id extenditur ad omnem commoditatem, quę propter rem percipitur. Hæc omnia dicuntur eſſe loco fructuum. leg. merces. 29. ſupra de petit. hæredi. non enim ea corpore ipſo naſcūtur. l. ita.

vſura.de verbo.ſign.infra.Dicuntur hęc vulgo fructus ciuiles non inepte.quia ciuili quadam ratione pro fructibus habentur,Sicut dicitur ciuilis poſſeſſio. Eadem eſt ratio vſurarum,ſi forte pecunia legata ſit. C. de vſur.& fruct. Nota in vſuris ſpectari conſuetudinem.l. tutor,qui repertorium.6 ſupra de adminiſt.tuto.modo ſupra legitimam quantitatem non exigantur.l. eos. C.de vſur.idem de æſtimatione rei.Poſt interitum debetur æſtimatio,quamuis modo fuerit legata:ſicut fructus.In fructibus hæc ſimilia non ſunt. Nam & in ſtipulatione quoq; idem receptum eſt, quamuis ſtrictior ſit interpretatio.leg.ſi ſeruum.91.§.ſequitur.de verbo. obligat. dicemus ad l. cum res.§. vlt. Venit etiam in hoc iudicium onus, vtilitas, omne quod intereſt,d.l. cum res.in princ.& leg.ſi tibi homo.88.§. cum ſeruus. & quod abeſt , quodque lucrari potuit legatarius.l.ſi commiſſa. rem ratam haberi.

Ad § Si Titius.

LOcus de effectu legati.Si emptor venditori legauerit rem venditam,quæ ſit vis huius legati?Nam videtur prima facie non valere legatum. nam rei propriæ non valere legatum nō valet.l.proprias.C.de leg. l.cætera. 41. infra eod. Et animaduertendum eſt rem debitam eſſe teſtatori, quamuis adhuc venditoris mānſerit ante traditionem. Quod dicitur rem meam mihi inutiliter legari,intellige ſi res ita ſit mea vt non poſſit mihi auferri.leg.non quocunq; 82.§.ſi ex bonis.hic. quæritur ergo quæ ſit vis huius legati ? Vlpia.diſtinguit,quia varij caſus ſunt.Primus caſus, cum venditor tradit rem emptori accepto pretio. Dicitur in primis venditorem actione ex empto liberatum eſſe. Venditor liberatur traditione rei venditæ.leg. ex ampto.de actio.empt.

Deinde dicitur eum poſſe petere ram quam tradidit, vt ſibi legatam. Si ab initio fuiſſet teſtatoris poſſet vindicasta eam. Ergo noua illa acquiſitio dominij non impedier quominus vindicet. Tradēs igitur rem amptori non intelligitur renuntiare legato, ideo enim tradere videtur rem, vt debitam ex cauſa venditionis:quia intelligit actionem ſibi ſaluam manere ad patendum ex teſtamento.Adde quod liberum non eſt ei non ſoluere ſi emptor petat : quia poteſt mutare voluntatem.l. 4.de adimen.legat.Dixerit aliquis, nonne teſtator exigens ab eo videtur reuocare legatum, ſicut cum teſtator alienat rem legatam nulla neceſſitate coactus?l.fideicommiſſa. 11..§. ſi rem.de leg.3. Imo videtur locus apertus eſſe de hoc genere legati in l. non ſolum.7.§. liberatio. de liber.legat. vbi legatum liberationis euaneſcit, ſi teſtator viuus exegerit.Reſpondeo ſpecies diſſimiles eſſe.Hic legata non aſt liberatio, ſed res ipſa,quæ debebatur ſpecialiter & expreſſim. Quāuis igitur teſtator viuus exegerit : tamen rea adhuc ſupereſt,in qua conſiſtit legatum. Cum legat liberationem,ſublata obligatione, nihil amplius reliquum eſt.

Secundus caſus cum emptor poſt teſtamentum tradidit rem:ſed pratio non ſoluto. Ait Vlp. eum conſequi pretium actione ex empto, & rem actione ex teſtamento.Itaque conſequitur rem & pretium.quia diuerſa cauſa eſt vtriuſque petendi.

Tertius caſus, cum venditori pretium ſolutum eſt, ſed rem non tradidit emptori. hoc caſu intelligitur etiam legata liberatio , & agit ex teſtamento vt liberetur. Quæritur ergo,quid contineatur hoc legato ? Id certe pendet ea euentu.nam re tradita, continetur ipſa rea:re non tradita,liberatio.Poſtremus caſus eſt , cum teſtator legat mihi rem ſibi venditam non à me, ſed ab alio,tunc intelligitur mihi legare ius, quod habet, vt dixi ad leg.ſeruu.§.aū fūdus.ſupra.Nomē igitur nudū cōtinetur hoc legato,id eſt,actio ex empto Liberatur hęres actionē præſtādo. facit l.ſeruū filij.44 §.qui chirographum.intra eod. Quæſtio eſt,an hoc caſu hæres debeat pretium ſoluere,an legatarius?Quęſtio facti eſt. Videndum enim quid actum ſit ex coniecturis. Si id non appareat,receptum eſt hæredem ſoluere debere, ne alias legatum inutile ſit legatario.argu.l.qui concubinam.29.§.qui hortos.de leg.3.& l.his verbis.102.§. vlt.eo.ti.Item alio argumento hæc opinio defenditur. Cum nomen alicui debetur, præſtari debet actio efficax,quæ nulla exceptione elidi poſſit.l. ſi nomen. & l. ſeq.de hęre.vend.At in hoc caſu legatarius agens ſum mouetur exceptione pretij non ſoluti.l.Iulianus.13.§. offerri.de action.emp.

Ad §. Si quis alicui.

QVæſtio de effectu legati. Res legata acquiritur legatario & eius hæredibus.§.in nouiſſimo.C. de cad.tol.Species Titio lapidem cædere liceto ex illo fundo,ea illa lapicidina:an Titio tātum id liceat, quia perſona demonſtrata eſt:an vero etiam hæredi ? Dubitatio eſt. quia legata tranſeunt ad hæredem, vt iam dixi.Item ſeruitus quædam hic eſſa videtur, quæ rem ſequitur.l.36.cum fundo.de ſeruit.ruſt.prædior. ſupra. ſed Vlp.inquit ad hęredem non tranſire.Nam ſeruitus perſonali legata non tranſit ad hæredem.l. 2.3. quando dies legat.ced.infra. Sicut ſtipulatio vti frui licere ad hęredem nō pertinet.l.38.ſtipulatio iſta §.ſi quis ita. infra de verbor.oblig. Sed quare iudicatur perſonalis eſſe?dubitatio naſcitur ea d.l.cum fundo. Nam in ea ſpecie per te non fieri quo minus mihi aquam ducere liceat,res ſatis clara eſt:quia proponitur acquiſitam eſſe ſeruitutem fundo : deinde adiectam eſſe vulgarem clauſulam,per te non fieri,&c.Illa tamen clauſula, quę acceſſoria eſt,non facit vt ſeruitus cōceſſa prædio perſonalis ſit. In hac autem ſpecie teſtator his verbis tātum vſus eſt,vt liceat Titio lapidem cædere:nec aliud quicquam eſt in teſtamento,ex quo appareat conceſſā eſſe ſeruitutem prędio alicui.In dubio igitur non dicemus ſeruitutem realem eſſe.Huc pertinet locus ille inſignis,qui rem hanc magnopere illuſtrat, in l.pen.pater filiæ.de ſer.leg.Simile exemplum in l.pen. Lucius. de ſeruit.ruſt.præd.Conceſſum erat ius æquæ ducendę his verbis : Permitto tibi aquam ducere ea fonte meo in donium tuam:aut ad quemcunque locum volueris, ait Iuriſcon.vſum aquæ perſonalē ad hęredē Seij,quaſi vſuarij,tranſmitti non oportere. Ea verbis apparet non eſſe conceſſam ſeruitutem ad vtilitatem prædij alicuius:ſed ad perſonæ ipſius commodum.Seruitus nō intelligitur prædij, niſi prædium aliquod vicinum ſit, cuius gratia concedatur.l.ergo. 5. de ſeruit. ruſt. præd. hæc igitur aqua non dabetur iure ſeruitutis:quia quocunque duci poteſt arbitrio eius, cui conceſſa eſt. facie l.1.§.Præterea Labeo.de aqua quotid.vbi, etſi quidam ductus aquarum non ſit fundi , quia quocunque duci poſſunt:tamen ad id interdictum pertinet. An vero poſſit legatarius cędere quandiu vixerit,an ſemel,quęſtio facti eſt,& iudicatur ex coniecturis.Si quidem hęredis mentio facta ſit,duplex erit legatum.l.38.ſtipulatio iſta.§.ſe quis ita.

Ad §.heres.

LOcus de acquiſitione legati , an acquirat legatarius ſine onere,quod rei legatæ imponitur:an vero id onus ſubire debeat?Vlpian.ait hæredem ſoluera pro præterito tempore vectigal,vel tributum, vel ſolariū,vel cloacariū.Solariū dicitur quod pro ſolo penditur.l.2.§.ſi quis nemine.Infr.Ne quid in loc.pob.Romę multi erāt aquę duct⁹ cloacę,adeo vt dicatur penſilis & ſubter nauigata vrbs à Plin.In his tuēdia & inſtaurandis

Digitized by Google

randis ingenti ſumptu opus erat. Ait ergo Vlpi. hæredē ſoluere vectigal pręteritum, &c. Oppo. l. Imperatores, de publica. vbi ipſa prædia, non perſonas cōueniri debere dicitur, vt emptor teneatur non venditor. Sol. dubium non eſt quin fiſcus poſſit conuenire poſſeſſorē. d. l. Imperatores. Sed quæſtio eſt, an eo nomine teneatur hæres legatario? Et dicitur teneri. arg. l. ſi res obligata. 57. infr. eo. Facit l. cum poſſeſſor. de cenſib. infra. Quid de futuro tempore? His verbis indicat Vlp. ad legatarium pertinere. Et hoc aliis locis clarius expreſſū eſt. l. quæro. infr. de vſufr. lega. l. hactenus. de vſufr. l. ſi pendentea. eo. tit. Eſt enim onus rei. l. vlt. C. ſine cenſ. vel rel. Æquum eſt igitur eum teneri, qui rem poſſidet eáque fruitur.

Opponitur l. qui concubinam. 29. §. qui hortos. de leg. 3. Reſpondeo in ea ſpecie onus pertinere ad hæredem, ob veriſimilem teſtatoris voluntatem. Teſtator ibi voluit ei fructus donare: at legatarius emeret fructus illos ſi mercedes penderet. In vectigali, de quo loquimur, non eadem ratio eſt. Vectigal quod inducitur publicè fundo, ſolet modicū eſſe. Merces fundi locati, eſt veluti pretium fructuum, & exæquari ſolet fructibus. non aliter ac in emptione, & venditione. Oppo. l. his verbis. 102. §. vltim. de leg. 3. ſed ſpecies ea diſſimilis eſt noſtræ. Legatarius non poteſt conſequi militiam, niſi hæc omnia ſoluantur. Hæ res igitur cui incumbit onus dandæ rei, ea præſtare debet ſine quibus dari non poteſt. ac credibile eſt ita ſenſiſſe teſtatorem.

Ad §. Scio.

QVæſtio eſt de ambiguitate, quæ verſatur circa rē legatam, iam ſæpe à nobis tractata, præſertim ad l. legato generaliter. Species minor debetur. l. 9. ſēper in obſcuris. de reg. iur. l. ſi ita ſcriptum. 14. ſup. eo. & l. Numia. 25. infr. de lega. 3. Hinc dicitur electio eſſe hæredis, quia veriſimile eſt, eū, quod minus eſt, electurum eſſe. l. ſi ita relictum. 43. infr. de l. 2. atque ita intelligenda eſt l. 106. qui ex plurib. de ver. oblig. vbi dicitur electionem promiſſoria eſſe. Reperiuntur hic quædam antinomiæ, de quib. dixi ad dict. l. ſi ita ſcriptum. ſupr. eod.

Ad §. Conſtat.

LOcus eſt de rebus, quæ legari poſſunt, vel non. Oſtendit quid intelligendum ſit cum dicitur rem alienam legari poſſe. l. cum rem alienam. C. eod. § non ſolum. Inſti. eod. Et certum eſt res alienas legari poſſe, quia poteſt hæres eas redimere, aut ſaltem iuſtum pretium dare. leg. 14. non dubium. de leg. 3. Nec refert an facilis earum paratio ſit. Nam difficultas non nocet legato, ſicut nec ſtipulationi. l. continuus. 137. §. illud de verb. obli. Itaque ſi res non ſit in commercio hominū, non valet legatum. d. §. Non ſolum. qui ſumptus videtur hoc loco. Non interpretabimur teſtatorem cogitaſſe redemptione, cum redimi nequeat. Itaque legatū vt nugatorium reiicitur. Et ait Vlp. Furioſi eſſe, quod hic actua magis conueniat furióſo homin, quàm ſanæ mentis: non quod iudicandus furioſus ob hæc verba, vt plerique exiſtimant. Hinc enim obſeruant ex ſermonibus iudicari hominem furioſum & dementem eſſe. ſicut & ea leg. 27. quidam in ſuo. ſupra de condit. inſtit. Vbi tamen non ideo iudicatur furioſus, quamuis aliqua ſuſpicio mentis parum ſanæ ſubeſſet. Huic non diſſimile eſt, quod dicitur in leg 2. de inoffit. teſtam. ibi, quaſi non ſanæ mentis fuerit pater, &c. Exempla autem reperiuntur non vnius generis. Nam quædam exempla ſunt de rebus ſacris & publicis. Certum eſt has res in commercio non eſſe l. inter ſtipulantem. 83. §. ſacram. de verb. oblig. Si publicis vſibus ſint relictæ, ſi in pecunia & patrimonio populi ſunt, poſſunt alienari. l. ſed Celſus. 6. ſupra de contra. empt. leg. pacta conuenta. 72. §. vlt. eod. titu. Alia ſunt exempla de prædiis principis, quales ſunt Saluſtiani horti, & ſimil. Hodie ſi quis legaret palatium Regium, aut Luparani artem Lutetiæ, nemo ſanus diceret legatum vtile eſſe: credibileq. eſt, teſtatorem ludere legatarium voluiſſe. Nulla enim eſt ſpecies redēptionis, non quod diſtrahi non poſſint: ſed quod non ſoleant, vt hic Vlp. ait. Piaculum eſt enim dicere principem non poſſe. l. 2. Cod. de crim. ſacrileg. Sed quæ nō ſolet princeps facere. ea perinde habemus, ac ſi fieri omnino non poſſent. Quæ igitur diſtrahi ſolent, vt hoc tēpore, quo princeps res huiuſmodi alienat, earū valeret legatū, vt puto. Eſt autem hic locus vulgaris de his, quę ſolent impetrari à principe. De quo extant pleraque exempla. l. 1 §. permittitur. infra de aqua quotid. l. 14. qui cum maior. de bon. lib. l. quidam relegatus. §. t. de reb. dub. Et notandum eſt, ne æſtimationem quidē harum rerum deberi. Oppon. l. cætera. 41. §. ſi duob. infr. eo. l. ſi quis inquilinos. 112. de ſenſu. dict. §. ſi duobus. diceemus alias. Dicta vero lex, ſi quis inquilinos. oſtendit ſequendam eſſe voluntatem, ſi de ea conſtet. quod & hic verum eſſe fatemur. Notandum eſt, non æſtimationem deberi rei, cuius commercium non habet legatarius, ſi non ſit in commercio hominum, vt ſi fundus eſt Italicus, cuius commercium peregrinus non habet. Simile in l. 114. filiusfam. miles. §. ſi quid alicui licite fuerit relictum. Licite, id eſt. lege non prohibente. Simile. l. 11. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. de leg. 3. vbi additur exceptio. Oppo. l. 49. mortuo. §. Labeo. infr. de leg. 2. Reſpondeo aliam cauſam eſſe fideicommiſſi, in quo benignior interpretatio admittitur. Sicut dixi alias de ſeruo deportati ex l. ſi deportati. 7. de leg. 3. leg. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo loquitur aperte de fideicomiſſo. Similiter l. filiusfamil. vt apparet ea verbis antecedentibus: modo enim legatum vocatur, modo fideicommiſſum, tam hic, quàm in dict. l. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. quia appellatione legati fideicommiſſum continetur. l. 87. & fideicōmiſſum. de legat. 3. Sic ergo in l. ſeq. legendum eſt, ei cui ius poſſidendi, quę verba adduntur ad declarationem præcedentium. Si non obſtat quod dicitur de legato, &c. Multo minus quod dicitur de ſtipulatione. l. 34. Multum intereſt. infr. de verb. oblig. ſed hodie exæquata ſunt legata fideicommiſſis. l. 1. ſupra eo.

Ad l. 40. Sed ſi res aliena.

DIxi cum res legatur, quæ non eſt in commercio, inutile legatum eſſe, nec deberi æſtimationem. Quid ſi legatarius eius rei commercium non habeat? fieri enim poteſt, vt ſi in communi hominum commercio, eius tamen non habebat commercium aliquis Exempli gratia. Prædia Italica nō mancipantur peregrinis, niſi quibus commercium datum eſt. Vlp. in Inſtit. tit. de dominiis & acquiſit. rer. Peregrini igitur nō habent eorum prædiorum commercium, quamuis alias ſint in commercio hominum. an peregrinus æſtimationem cōſequetur, cum prędium habere nequeat? Vlp. ait æſtimationem deberi. & oſtendit hoc intereſſe inter hunc & ſuperiorem caſum.

Simile quiddā legitur in l. 114. filiusfamilias. §. ſi quid alicui. infr. eod. vbi dicitur, licite, quod ſic interpretatus ſum, id eſt, lege non prohibente. Nam ſi lex prohibeat alicui legare, omnino inutile erit legatum. l. ita. Si quis inquilinos. §. vltim. infra eod. Etenim accidere poteſt vt ſi quis capere non poſſit, vt commercium habeat: & tamen nulla lege prohibeatur, vt peregrinus in ſpecie noſtra. nam nulla lege prohibitum eſt ei legare. ſed ideo nō valet legatū, quia nulla lex reperitur

qua id confirmetur. Quæ iure ciuili fiunt non valent, niſi inter omnes, inquit Boetius ad Topi. Cicer. Aliud non diſſimile exemplum in l.9. fideicommiſſa.§.ſi ſeruo.de leg.3. vbi vt dixi, additur exceptio. Oppon. l.34. multum intereſt. de verbo. obligat. vbi nõ valet omnino ſtipulatio, nec ea quicquam debetur. Ac ſi quis dicat non eãdem eſſe cauſam ſtipulationis & legati. Attuli ſimile exemplum de legato in leg. 49. mortuo.§. Labeo. de leg.2. vbi dicitur legatũ inutile eſſe reiecta opinione Trebatij. & tũc deberi æſtimationem, cum legatarius commercium habet, quamuis hæres non habeat. Hæc difficilis antinomia, de qua variæ ſunt opiniones, quæ mihi parum probantur. Poſſem ita elabi, vt dicam Vlpian. à Paulo diſſenſiſſe. hoc enim hodie tranſlatitium eſt. Sed vereor, ſi hoc fecero, ne me deſipere videar. idque merito. Poſſum etiam ſi velim demere negationem, ſed metuo pœnam legis Cornel. de falſi. Ego præterea non didici aientia pro negantibus: aut negantia pro aientibus ponere. Studeo ius ciuile quantum in me eſt interpretari, non corrumpere. Dicam igitur breuiter quod mihi probabilius & verius videtur. Vlpian. hic loquitur de fideicommiſſo, non de legato. Paul. in l. mortuo. loquitur de legato. Nec dubium eſt, quin benignior interpretatio admittatur in fideicommiſſis. Dixi ad titul. ipſum. & leg. 1. oſtendi quibuſdam perſonis per fideicommiſſum relinqui poſſe, quibus legari non poteſt, quales erant Latini Iuniani apud Vlpian. titul. de fideicom. Reipub. vero per fideicommiſſum relinquitur apud eundem, titul. qui hęred. inſtit. poſſ. Idem de peregrino ſcribit Theophil. Inſtit. de fideicomm. hæred. Lex Falcidia loquitur de legatis, non de fideicommiſſis, quæ tunc non erant in vſu. Sic interpretatus ſum alias l.7. ſi deportati. infra de leg.3. Dixi ad l.12. ſi mihi.§. regula. ſupra eod. Non ſunt ergo hæc repugnantia æſtimationem rei legatæ non deberi ei, qui commercium non habet: & æſtimationẽ rei per fideicommiſſum relictæ deberi. Vlpian. ergo noſter hic loquitur de re, quæ legata eſt per fideicommiſſum. Et verba ſatis plana ſunt, nec mihi quicquam videtur immutandũ. Hæc verba, *Et cum &c.* referuntur ad legatarium ſiue fideicommiſſarium. quod idem eſt vt mox oſtendam. His verbis declarantur præcedentia de commercio, &c. Cæteri loci, quos adduxi, haud dubie conſentiunt. l. fideicommiſſa.§. ſi ſeruo aperte loquitur de fideicõmiſſo. Et modo vocat legatum, modo fideicõmiſſum. Appellatione legati fideicomiſſum cõtinetur. l. 87. & fideicommiſſum. de leg.3. dixi ad tit. ſup. Sic in lege noſtra legatarius is dicitur, cui per fideicommiſſum legatur. Nec diſtinguendus eſt legatarius à fideicommiſſario, quaſi à legatario relictũ ſit alteri per fideicommiſſum. Similiter l. filiusfam. loquitur de fideicommiſſo: ait enim relictum eſſe, quod verbum eſt ambiguum: ſed verbum ambiguum debet ita accipi vt interpretatio vitio careat. l. in ambigua. ſupra de legib. Deinde ad ambiguitatem explicandam conferunt verba antecedẽtis & cõſequẽtia. l.50. ſi ſeruus plurium.§. vlt. inf. l.75. Nummis. de l.3. Si quis velit legere verba antecedentia vſque ad §. Si quis. facile animaduertet Martianum loqui de fideicommiſſo. ſic nõ obſtat legi noſtræ, quod dicitur de legato in l. mortuo. quia differentia eſt legati & fideicommiſſi. Multo minus obſtat quod dicitur de ſtipulatione. d. l. multum intereſt. Sed noua conſtitutione exæquata ſunt legata fideicommiſſis, vt dixi ad l.1. Quare videtur hodie æſtimatio deberi, ſiue ſit legatum, ſiue fideicommiſſum.

Ad l.41. Cætera.

COniungi debet hoc caput cum §. conſtat. l.39. ſup. eod. vbi cœpta eſt diſputatio de rebus quæ legari poſſunt. Ait non ſolum corporalia: ſed etiam incorporalia legari poſſe. Quę ſint corporalia & incorporalia habetis in l.1. ſupr. de rer. diuiſ. & Inſtit. de reb. corp. & incor. Idẽ dicitur in §. tam autẽ. Inſti. de leg. de ſeruitutibus. tit. ſunt infr. de ſeruit. legat. de vſufru. leg. Actio etiã, quæ ius eſt, legatur. d.§. iam autẽ. Quod ait, omnia, ſic accipe, niſi quæ ſpecialiter prohibita ſunt. Eadem eſt enim ratio rerum, quæ perſonarum. Omnibus autẽ legari poteſt. §. legari. Inſtit. eod. Itaque in iudicio debet probare is qui contendit rem legari non potuiſſe. l. ab ea parte. de probation. Sed ea, inquit, quæ ædibus iuncta ſunt legari non poſſunt, quia hæc legari nõ poſſe Senatus cenſuit, &c. Huius S. C. ratio eſt, ne ruinis vrbs deformetur. l. vlt. infr. ne quid in loc. pub. & l.20. Prætor.§. hoc interdictũ. inf. de noui oper. nunc. l. 2. C. de ædific. priuat. Eadẽ fuit etiam ratio legis veteris de tigno iuncto. l.1. infr. de tign. iunct. Tignũ iunctũ alienis ædibus vindicato, nec ſoluito, ne ædificia diruãtur. Huius S. C. mentio eſt in l.52. Senatus de contrahen. emptio. vbi Paul. Senatus, inquit, cenſuit ne quis domũ villámve dirueret, quo plus ſibi acquireretur: neve quia negotiandi cauſa eorum quid emeret vẽderétve, pœna dupli conſtituta in emptorem, in venditorem, vt irrita ſit venditio. Excipiuntur ea, quę ſine domus iniuria auferri poſſunt. l.21. nutu.§. vlt. de leg.3. Huc pertinet l.45. Marcellus. de don. inter vir. & vxor vbi maritus dicitur detrahere poſſe ſine mulieris damno, & citra metum Senatuſconſulti, quod detrahẽtibus negociationis cauſa occurrit. Alia eſt exceptio, ſi quid illicite. ædificatum ſit l.11. fideicommiſſa.§. ſi quis illicite. de leg.3. Cæteræ, exceptiones colligentur ex Senatuſc. interpretatione quæ ſequitur.

Ad §. Tractari.

DIctum eſt Senatuſconſul. cautum eſſe, ne ea, quæ ædibus iuncta ſunt legari poſſint. Hoc enim fuit vnũ cap. S. C. vt apparet ex hoc loco. Aliud cap. erat de eo, qui diruit negotiationis, & promercij cauſa, vt ſupr. diximus. Vlpia. noſter hoc S. C. interpretatur, & eius cauſa varias quæſtiones tractat pertinentes. Vna eſt, an legatum conualeſcat, ſi contingat iniunctas res ſeparatas eſſe? Et dicitur non conualeſcere propter regulam Catonianam. l.1. infr. de reg. Caton. §. an ſeruo inſtitu. de leg. nec tantum ſpectatur tempus mortis: ſed etiam facti teſtamenti. l.46. ſi alienum.§ in extraneis. ſupr. de hæredi. inſtitu. Excipitur legatum conditionale, in quo ſpectatur tempus exiſtentis conditionis. Ratio hęc eſt, quia regula intelligi debet de iis, quorum dies cedit à morte teſtatoris. Quo tẽpore iudicatur an vtile ſit, an non ſit: niſi ſuſpenſum ſit in euentum conditionis. Nec recte dicitur inutile legatum eſſe, cuius dies nondum ceſſit. Expectatur conditionis euẽtus, ex quo iudicatur an debeatur legatum. Difficultas nulla fere hic eſt: niſi in explicatione antinomiæ cuiuſdam. Hic dicitur legatum non conualeſcere. idem dicitur in §. ſed ſi rem. Inſtit. eo. vbi ſi res mea mihi ſit legata, quæ poſtea alienata fuerit. Locus eſt contrarius in l.1. de reg Cato. Variæ ſunt opiniones, ſed aſſentior veteribus qui cenſent legatũ eſſe conditionale. Lego tibi fundum illũ, ſi eũ, viuo me, alienaueris. Oſtẽdit Celſus in eo cap. regulam ad cõditionalia nõ pertinere, idque duobus exẽplis. Legatũ tibi debetur ſcilicet exiſtẽte cõditione, quod non deberetur. Rectè diceretur non deberi, quaſi nõ legatũ. quia deficit conditio ſtatim mortuo teſtatore. Sicut in ſuperiori ſpecie dicitur non datũ eſſe verius, quã inutiliter datũ. Hęc eſt veterũ opinio, quę cur reijci debeat, nõ video, eũ & verbis Celſi & rationi cõgruat. Alij neſcio qui, ſeſe ita expediũt, vt dicãt Celſũ ab Vlp. diſſenſiſſe. Hęc nimirũ eſt facilis & expedita iuris docendi ratio: ſedque grãmaticũ triuialẽ decet magis, quã iurecõ.

Ad §.

Ad §. Item quæri poteſt.

ALia quæſtio ad interpretationem Senatuſconſul. Dubitatio naſcitur ex eo, quòd licet marmora transferre ex vna domo in aliam, ſi quis ſit vtriuſq; domus dominus. leg 2. Cod. de ædific. priuat. niſi publicus deformetur aſpectus, integris ædificiis depoſitis, & fieri poteſt vt ædificium non omnino deſtruatur, marmore aliquo ſublato, aut columna, &c. Nec id prohibet fieri Senatus, niſi negotiationis & promercij cauſa fiat. dict. l. 2. Parum refert in vtra domo ſint columnæ. l. ſi quis poſt hanc. C. de ædiſ. priuat. vtrobique decus publicum eſt. Sed diſſimilitudo eſt in ſpecie propoſita de legato. Non enim vtraque domus eiuſdem futura eſt. Vna enim eſt hæredis, altera legatarij. Idem dicendum ſi duobus legatæ ſint duæ domus diuerſæ, & vni eorum marmor ex altera domo. Quia conſtitutio loquitur cum vnus eſt dominus vtriuſque. Idem dicendum eſt, & ſi quis ſit ſolus dominus vnius domus, alterius vero pro parte tantum. Non licet enim ex domo communi in propriam transferre, aut contra. Nam non eſt eadem ratio in parte, quæ in toto. Si quis forte obiiciat eum, qui dominus eſt pro parte, recte dominum dici. l. 5. ſerui. §. ſup. eo. Poteſt enim videri hoc caſu aliquid negotiationis eſſe, & promercij inter ſocios. Notandum æſtimationem deberi, quamuis res inutiliter legata ſit. Oppon. l. 34. cum ſeruus. §. conſtat. ſup. eo. vbi non debetur ne æſtimatio quidem cum res legata nõ eſt in commercio. Sed hoc videtur exceptum eſſe Senatuſconſulto non ſine ratione. Hoc S. C. videtur paulo alienius à naturali ratione, vt non liceat mihi rem meam diſtrahere, aut cum libuerit concedere. l. in re mandata. Cod. mand. Itaque viſum eſt ampliſſimo ordini, hunc rigorem temperare, exceptione addita, vt æſtimatio debeatur. Hac ratione conſulitur & legatario, & reip. Simile quidam eſt in actione de tigno iuncto. l. 1. de tign. iuncto. hoc autem colligi videtur ex l. 21. nutu. §. vlt. de leg. 3. oſtendit ibi Paul. in eo caſu rem ipſam præſtari ex S. C. quia in nulla parte nulla eſt facta mentio æſtimationis: ſicut in reliquis capitibus. Cũ enim per legẽ licet poſſidere rẽ legatã, præſtanda eſt ipſa res, nõ æſtimatio. Et hoc cõfert ad confirmationẽ noſtræ ſententiæ circa l. 40. ſed ſi res aliena. ſup. eod. in qua diximus nihil mutandum eſſe. Nam ſi poſſidenti ius eſſet legatario, non quæreretur de æſtimatione, quia res ipſa præſtanda eſſet. Scio nonnullos eſſe, qui dicant his tantum duobus caſibus æſtimationem deberi. Sed quod dixi probabilius eſt, & plures quoque defenſores habet. Plura dicam ad l. 43. Senatus. inf. eo.

Ad §. Sed & ſi quis.

VLpianus interpretatur Senatuſconſul. de iis, quæ iuncta ſunt ædibus. ait Senatus, quæ iuncta ſunt ædibus legari non poſſe. Excipitur legatum ad opus reipub. faciendum. Idem dicitur in l. vltim. infra de damn. infect. hoc autem non fuit expreſſum Senatuſcon. & Vlpian. ita loquitur, quaſi certi iuris non ſit. puto, inquit, valere, &c. Verum vtilitas publica exigit vt S. C. cum exceptione intelligatur. Vnde colligitur illud vulgare, legem produci, vel reſtringi interpretatione, propter publicam vtilitatem. l. 3. ſi quis graui. §. vtrum. de Senat. Sylla. ſup. l. 63. hoc modo. infr. de cõd. & demonſt. Illud quoque eſt obſeruatione dignum, quod cum ex vtraque verſatur parte fauor publicus, maior præponderat minori. Ad decus publicum pertinet, vt ex ędibus non auferantur marmora: ſed operis publici ædificatio magis ad rempublicam pertinet. cedit ergo minor vtilitas maiori. Sicut Cicer. ait lib. 2. de Inuent. videndum eſſe in antinomia, vtra lex ad maiores res pertineat, vtra publicæ vtilior ſit. Quod confert ad rationem legum interpretandarum. Dicimus igitur interpretationem referri debere ad vtilitatem. Qua in re quęritur nõ tãtũ quid ſit vtile, ſed quid vtilius. Cic. lib. 3. Offic. Sicut ex duob. æquis vtrum ſit æquius. l. bona fides. depoſ. Deinde Vlp. confirmat interpretationẽ, atq; ducto ex reſcripto Seueri, à promiſſione facta reip. ad legatũ. Reſcriptum eſt. n. ab eo poſſe eos, qui ad opus reipu. promiſerant, detrahere quid ex ędibus vrbanis ac ruſticis, eóque vti ad id opus. Permittitur itaq; detrahi propter publicã vtilitatem. Eſt & alia ratio, quam attulit Papio. quia hi promiſſores, nec promercij cauſa id haberẽt. Si quis detraxerit marmora nõ vt promercalia ſint, nõ incidit in pœnã S. C. d. l. 52. Senatus. inf. eo. l. vlt. in. de damn. infect. Sed hæc ratio nõ cõuenit legato, quia ſimpliciter prohibitum eſt legare teſtamento. Papin. interpretans reſcriptum de promiſſore detrahente, hanc rationem adiecerat. Fruſtra ergo & inepte hic quæritur, an legatũ ſit promercium, vel negotiatio: cum certiſſimum ſit nõ eſſe.

Ad §. Sed videamus.

CIuitati alienæ permiſſũ non eſt ita legare, vt ante dictũ eſt. Probatur. n. in quaq; ciuitate cõſilium, eius, qui aliquid in eã ipſã cõfert: cuius ciuis eſt, nõ qui in aliam. Ad verſi. *Quanquam conſtitutum.* Licet ex vna domo in aliã transferre, etiã ſi in eadem ciuitate non ſit. de ciuitate in villam trãsferre nõ licet. l. ſi quis poſt hãc. Minuitur decus publicũ cũ ex ciuitate in villam transfertur: cum ex ciuitate in ciuitatẽ, par decus eſt. Et hoc permittitur cùm quis in vtraque ædes habet.

Ad §. Hoc ſenatuſconſultum non tantum ad vrbem.

SIgnificat Vlp. quod dictum eſt de vrbe, pertinere non tantum ad vrbem Romã: ſed etiã ad alias ciuitates. Vrbẽ intelligimus Romam. l. cui pacto de ſer. export. Aliæ ciuitates loco priuatorum habentur. l. 16. eum, qui. inf. de verb. ſignif. Sed Vlpian. exiſtimauit eandem eſſe vtilitatẽ in aliis ciuitatibus. Hic autem locus oſtendere videtur S. C. intelligi de ædib. tãtũ, quæ ſunt in vrbe, aut ciuitate aliqua. Et naſcitur hæc difficultas ex eo, quòd poſita hic eſt interpretatio S. C. abſq; ipſo S. C. Fuit factũ hoc S. C. tempore Adriani, Acilio Auilio & Cornelio Pãſa coſſ. & ſcribit Spartianus in Adriano eũ de hac re quiddam cõſtituiſſe: ſed integra cõſtitutionis verba nõ deſcribit. Ego autẽ diligenter omnibus locis expenſis, in quib. huius rei ſit mentio, animaduerti generalẽ fuiſſe prohibitionem, ſiue in vrbe, ſiue in agro. Vnus eſt locus in lege noſtra, in prin. ibi. Quæ ædibus iuncta ſunt, &c. vbi nullũ eſt verbum de vrbe, aut ciuitate. Similis locus ſup. ea. §. ſed & ſi quis. ibi, ex ædibus ſuis vrbanis atque ruſticis. Fruſtra permittebat Imperator detrahere ex ruſticis operis, cũ id prohibitũ non erat. Similis locus in l. 2. C. de ædifi. priua. vbi ſic initio. Negotiãdi cauſa ædificia demoliri & marmora detrahere edicto diui Veſpaſiani & Senatuſco. vetitũ eſt. Videtur referre verba S. C. nec vllã facit mentionẽ vrbis. Similis locus in l. vlt. de dam. infect. Si quis ad demoliendũ negotiandi cauſa vẽdidiſſe domum partémve domus fuerit cõuictus, vt emptor & vẽditor ſinguli pretium, quo domus diſtracta eſt, pręſtẽt, cõſtitutum eſt. Similis itẽ locus eſt in l. 114. filiusfa. §. ædes. inf. eod. vbi ædes deſtruẽdæ neque legari, neq; per fideicõmiſſũ relinqui poſſũt. idq; Senatũ cẽſuiſſe. Alius locus lõge apertior ſuperiorib. in l. 52. Senatus. ſup. de cõtrah. empt. vbi ſic Paulus: Senatus cẽſuit, ne quis domũ villámve dirueret, &c. Apparet tamẽ ex hoc loco factã fuiſſe mẽtionẽ vrbis in aliqua parte Senatuſc. Et ſuſpicor caput fuiſſe, vt ex domo in domum liceret trãsferre, modo ex vrbe in villã nõ trãsferatur: nam id permiſſũ nõ eſſe cõſtat ex d. l. ſi quis poſt hãc. Cod. de ædifi. priua. ad verſ. *Sed & diuorum fratrum, &c.* Alia eſt quæſtio ex Senatuſc. an ob debitũ publicum, &c. Dubitatio nata eſt ex eo quod dictum eſt

de opere publico. Videtur par vtilitas eſſe: ac interdum maior in ſolutione debiti publici. Sed contra reſcriptum eſt. Animaduerterunt forte magnam ſecuturam deformationem, cum ob debita publica homines frequentiſſime conueniantur. Rarius autem accidit, vt quis donet reip. iura autem adaptantur ad ea, quæ frequentius accidunt. l. nam ad ea. ſup. de legib. Ex iam dictis apparet, non licere apparitoribus in executione rei iudicatæ, ea quæ iuncta ſunt ædibus auferre, puta valuas, feneſtras, & ſimil. Multo minus lapides, ligna, &c. quanquam Romæ id vſitatum eſſe doctores Itali ſcribunt. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ l. 20. ſi ita cum quo. ſup. commu. diui. de qua ſcripſi lib. 1. Diſpu. c. 4. Quid igitur ſi non reperiantur alia bona pro executione? Vendatur domus ipſa. l. 52. Creditor ſupr. de actio. empti. dicemus ad l. à diuo. inf. de re iud.

Ad §. Hoc Senatuſconſultum non tantum ad ædes.

SEnatuſconſultum de ædibus extenditur ad balineum, porticum, &c. non quod id verbo ſignificetur: ſed quia ratio eſt eadem, deformatio ſcilicet publici aſpectus. Eadem ratione dicitur alibi appellatione ædium omnem ſpeciem ædificij contineri. l. qui ædes. in fi. inf. de incend. ruin. nauf. vbi eſt extentio, vt in l. 52. patroni. infra de verb. ſign. ratiocinationem vocant Rhetores, aut ſyllogiſmum, cum id quod ſcriptum eſt, ad id quod ſcriptum non eſt ratiocinando producitur. Hoc genus interpretationis receptum eſt in quacunque lege, etiamſi pœnam ac duriciem aliquam contineat. Hoc Senatuſc. pœnale eſt. l. 52. Senatus. item paulo alienius à libertate naturali. &c. l. in re mandata. C. mand. Ego de hac re dixi ad. l. ſi quis id quod ſupra de iuriſdi. in ſumma concludendum eſt ea quæ affixa non ſunt, legari, niſi poſita ſint, vt perpetuo ibi maneant, quaſi portio ædium.

Ad §. Sed ſi parauit. & l. 44. ſine.

ALiæ quæſtiones ex S C. parauit quædā quaſi tranſlaturus in aliam domum. deinde mutauit conſilium, & legauit. Valet legatum, quia non fuerunt adfixa, & detraxit ex cauſa licita & permiſſa. non tam ſpectamus quid ſecutum ſit, quàm quod cogitarit ab initio cum detraxit. Non detraxit ea animo vt alij daret. An deſtinatio habeatur pro facto? Quæſtio eſt brocardica, quam ocioſis diſcutere relinquo. Ad verſ. Sed ſi ea quæ legauit, &c. Legatum extinguitur, quia res non permanſit in ſua ſpecie, l. Senatus. de aur. & arg. leg. l. qui vniuerſas. de acq. poſſ. Itaque non quæritur ex qua cauſa teſtator id fecerit, vt in l. fideicommiſſa. §. ſi rem. de l. tunc ea diſtinctione vtimur, cum ſpecies ipſa manet, &c. Quid ſi hæres ea iunxit, quæ ſeparata erant? debetur legatum. abſurdum eſt facto hæredis poſſe legatum extingui, etiam ſi iunxerit ignorans: ignorantia eius non debet nocere legatario contra voluntatem defuncti. Nota hic præſtari æſtimationem pro re. Fauor publicus hoc facit ne diruatur ædificium, quod forte ignorans hæres fecit, Simile in l. 1. inf. de tigno iniuncto.

Ad l. 45. Senatus.

DIxi ſi quid legatum eſt, quod iniunctum ſit ædibus, id non deberi, ſed tantum æſtimationem. Inde quæritur quid ſi hæres ſponte velit ſoluere? Ait Vlp. non poſſe, & pœnis locum fore. Nec obſtat quod pœnæ ſtatutæ ſint in eum, qui detrahit vt vendat. l. Senatus. de contrab. empt. & l. vlt. de dam. infect. Nam datio in ſolutum ſimilis eſt venditioni. l. vlt. inf. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. ſi prædium. C. de euict.

Ad §. Marcellus.

QVæſtio hęc pertinet ad interpretationem Senatuſconſulti. Maritus fecit diætam, &c. locum eſt comparatum ad edendum amœnitatis cauſa. Vſurpatur à Plinio in epiſtolis. Et mentio reperitur in aliis locis auctorum noſtrorum. in leg. cuius. §. ſed neque ſupr. de vſufr. l. ſi cui. quib. mod. vſuſfr. amit. l. 55. ligni. §. lignis. de leg. 3. an maritus poſſit materiam legare, ex qua hæc diæta facta eſt? Ait Marcellus poſſe legare: quia poteſt detrahere ſi velit, &c. Maritus ita reddit dotem, vt ſumptuum à ſe factorum habeatur ratio. Vtiles ac neceſſariæ deducentur. Quæ voluptatis cauſa facta ſunt, ea poteſt auferre maritus ſine damno mulieris. leg. & pro voluptariis. ſupr. de impen. in reb. dotal. fact. dicemus ad l. 58. domos. infr. eod. Dixerit aliquis, nonne quod ædificatur in alieno ſolo, id ei cedit? l. adeo. §. cum in ſuo. de acq. rer. dom. Reſpondeo id locum non habere in re dotali. Maritus videtur ædificare in fundo dotali, vt eo ædificio vtatur quandiu durauerit matrimonium: ſoluto verò matrimonio deducat, vel auferat. Poteſt ergo maritus detrahere ſine metu S. C. nō enim detrahit negotiationis cauſa: ſed quia ſeruare vult quod impendit. S. C. negotiationis cauſa detrahentibus occurrit. l. 45. Marcellus, de don. int. virum & vxo. Præterea Senatuſconſultum non prohibet ea detrahi, quæ ſine iniuria domus auferri poſſunt l. at. nutu. de leg 3. At non videtur magna deformitas ſecutura, ſi cœnatio huiuſmodi, ſiue diæta auferatur, quæ in hortis facta eſt. Quare etſi mulieris ea eſſet, poſſet eius permiſſu auferri. nec ideo diceretur donatio eſſe. l. prohibita. d. l. Marcellus. Hic eſt finis S. C. & interpretationis eiuſdem. Sed ex aliis locis poſſunt aliæ interpretationes addi, de quib. iā dixi. Vnus eſt locus, qui videtur mihi prætermittendus non eſſe. in leg 18. ſi gemma. inf. aur. & argum. leg. an quod dicitur de his, quæ iuncta ſunt ædibus, ad res alias pertineat? Ait Vlp. non pertinere, quia non eſt eadem ratio, quæ in ædibus. l. 2. Cod. de ædif. priuat. Quæſtionem tamen hoc in loco tractauit Vl. vt apparet ex inſcriptione vtriuſque capitis, Vlp. lib. 21. ad Sabinum.

Ad §. Legatum.

LOquuta de ratione & modo legandi, an teſtator poſſit conferre in alicuius voluntatem? Ait Vlpian, in hæredis voluntatem conferre non poſſe: quia nulla eſt obligatio. l. ſub hac cōditione. inf. de oblig. & act. Definitio obligationis Inſtit. de obligat. facit l. 17. ſtipulatio non valet. inf. de verbor. obligat. Poteſt conferri in arbitrium hæredis. l. 75. ſi ſic. infra eo. & l. 11. fideicommiſſa. §. quanquam. de. l. 3. Adde l. verum. §. cum quidam. de rebus dub. An in alterius voluntatem conferri legatum poſſit quæritur? De voluntate legatarij non eſt dubitatio. l. 65. ſi ita legatum. §. illa ſi volet. infra eo. l. 68. ſi ita expreſſum. infra de cond. & demonſtra. Cur hoc legatum conditionale ſit, dixi ad leg. 3. ſupra eod. quia conditio perſonæ iuncta videtur. dict. leg. ſi ita expreſſum. An conferri poſſit in voluntatem tertij quæritur. Et dubium non eſt, quin poſſit, cum conferatur etiam in arbitrium hæredis ipſius, vt dixi. In meram tamen voluntatem tertij conferri non poteſt. l. 51. nonnunquam. infra de condit. & demonſtrat. Certum debet eſſe conſilium teſtantis. Vlpian. in Inſtitut. titu. qui hæred. inſtit. poſ. Inde ſumpta eſt l. expreſſa, de reg. iur. vt apparet ex inſcriptione. Itē in hæredis inſtitutione. l. 32. illa inſtitutio. ſupra de hæred. inſt. Ex his poteſt percipi ſenſus l. 1. de legat. 2. ibi, Quid enim intereſt ſi Titius in Capitolium aſcēderit, mihi legetur, an ſi voluerit? Genus eſt enim pro ſpecie, id eſt, arbitratus fuerit. Nam volūtas genus eſt,

cuius veluti quædam ſpecies ſunt arbitrium, & mera voluntas.l.75.ſi ſic legatum.hoc tit.non eſprimit Vlp. quibus verbis legatum concipi debeat: ſed oſtendit in alienam voluntatem conferri poſſe. Nos igitur hæc verba potius de arbitrio, quàm de mera voluntate accipiemus, præſertim cum ex antecedentibus hic ſenſus ſatis colligitur. Facit l.in ambigua.ſupr.de legibus. Nec aduerſatur ſupradictis.l.64. Captatoriæ.infr.eod. Captatorium enim dicitur quod alterius capiendi cauſa fit, non quod confertur in voluntatem.l.70. Captatorias. & l.ſeq.ſup.de hære. inſtit. Harmenop. lib.5. capite 8.

Ad §. Qui ab hoſtibus.

LOcus de perſonis & de reb.ſimul. Qui redimit captiuum ab hoſtibus, retinebit eum loco pignoris, donec ſibi pretium exoluetur. Id enim licet redemptori.l.qui teſtamento.§.poteſtatis.ſup.de teſtamen. Species quædam eſt ſeruitutis, quamuis omnino ſeruitus non ſit. leg.2.C.de poſtl.reuerſ. Coguntur hi autē pretium exoluere, aut per quinquennium ſeruire.l. vlt.C. de poſtlim.reuerſ. Vt igitur ad ſpeciem noſtram reuertamur, redemptor legauit ſibi ipſi, an valeat legatum? Videtur non valere: quia ſeparata res legata eſſe debet à legatario. Vlpian.ait valere, quaſi legata ſit liberatio pignoris. Et hoc ſenſu diſtinguitur res legata à perſona legatarij. Legatur enim homini redempto, & legatur liberatio vinculi, quo tenetur. hócque ex mente teſtatoris: quamuis ſubtilitas verborum refragari videatur. Ac ne hoc alicui nimis nouum, & inſolens videatur, ſeruus alibi dicitur facere furtum ſui.leg. prim. C. de ſer.fugit.l.ancilla.inf.de furt. qui more ſubtiliter diſputando, videatur diſtingui debere perſona iuris à re, quę furto ſubtrahitur. Huc pertinet conſtitutio Iuſtin. C de commun.ſer.manu.l.2.vbi cum vnus ex dominis legat partem ſuam ſeruo communi, valet legatum, & intelligitur ei legare libertatem, humaniore interpretatione: & vulgare illud eſt, eum quis rem aliquam legat, videri legare ius quod habet in re.l.ſi domus.§.vlt. infra eo.l.qui tabernas.infr.de contrah empt.

Ad l 46. Seruum filij.

LOcus de rebus quæ legari poſſunt. An pater poſſit legare ſeruum caſtrenſis peculij? Dubitatio. Peculium caſtrenſe dicitur eſſe filij.l.2.ſupr.ad Macedon. Nam quæ ſunt parta labore militiæ, placuit non eſſe in corpore cenſus, Omne tenet cuius regimen pater. Iuuenal.Saty.vltim. Vlp.ait conſiſtere legatum, ſi viuo patre mortuus ſit filius, ſic oſtendit alias non valere. Sed mirum hoc eſt, eum legatum valeat, etiam de re prorſus aliena.l.cum rem alienam.C eo. §.non ſolum. Inſtit.eo. Vulgo dici ſolet aliam eſſe voluntatem teſtatoris in hac ſpecie. Veriſimile eſt enim eum legaſſe ius quod habet in re. Dixi ad leg.5. ſerui.§. vltim.ſupr. eo. Fundo communi legato tantum debetur portio. quia portio teſtatoris eſt: ſi totus fundus eſſet alienus, deberetur. Sic in propoſita ſpecie dicunt teſtatorē videri legare ius quod habet.ius autem huc fatentur nōnulli conſiſtere in mera ſpe, ſi moriatur inteſtatus ante patrem. Quidam diſſentiunt, hac potiſſimum ratione: quia mera ſpes non videtur conſideranda eſſe in hac ſpecie, cum præſertim de hæreditate viuentis quęſtio ſit.leg.2.§.interdum.de vulg.ſubſtitut.ſupr. Improbum enim eſt ſollicitum eſſe de viui hæreditate. Idque maximè alienum eſt à naturali parentum voto.leg.ſcripto infr.vnde lib.l.nā & ſi parentibus. ſup.de inoff.teſtam. vt Penelope illa apud Ouid. Dî precor hoc iubeant, vt euntibus ordine fatis, Ille meos oculos comprimat, ille tuos. Itaque aliter reſpondeo, quā cæteri. Dico quæſtionem hāc Vlp. intelligēdam eſſe, cum apparet legatum non valere de re aliena: quia fortè legatū eſt vindicationis. Vlp. Inſtit.tit. de leg Dicemus ad l.ſi ita legatū infr. at enim de vindicatione nihil hic dicitur, ne id quidem fuit neceſſarium: quia de eo non erat quæſtio, an valeret legatum rei alienæ per vindicationem: ſed quo caſu non valet legatum rei alienæ, an conualeſcat, &c. Hæ quæſtiones ſeparandæ ſunt, & vidēdum eſt qua de re agatur principaliter. Bart.& alij quædam alia comminiſcuntur: ſed ignorantia antiquitatis lapſi ſunt, iudicio meo. Oppon.reg.Caton.l.1.de reg.Caton. §.an ſeruo.Inſti.de leg Reſpondeo regulam hic locum habere, quia retro creditur pater, &c. Hęc eſt natura peculij caſtrenſis, qua intellecta, non erit difficile ſenſum aſſequi horum verborum. Colligitur ex leg.proponebatur.infra de caſtrenſ.pecul.vbi, cum nihil de peculio dixerit filius, non nunc obueniſſe patri: ſed non eſſe ab eo profectum creditur. Seruus enim fingitur ſemper fuiſſe patris à tempore acquiſitionis. Similis locus in leg.hæreditate.§.pater.eod.tit. Vbi dicitur cōtinuationem quandam eſſe dominij, quaſi vterque quodam modo dominus ſit eiuſdem rei. Sic eſt filij, vt nihilominus in eo remaneat veſtigium aliquod iuris paterni: Filiusfam.miles non liberatur patris poteſtate.l.3.C.de caſtr.pecul.§.filiusfam.Inſtit.quibus mod. ius patr. Sed quod ad bona caſtrenſia attinet, habetur pro patrefam. ſaluo tamen iure paterno, de quo iam dixi. Huius rei argumentum eſt quod dicitur in leg.3. C.de bon. proſcript.deportato filio peculium caſtrenſe non publicari. Ad regulam igitur, cum obicitur non valere legatū rei alienæ etiam ſi poſtea fuerit effecta mea: Reſpondeo rem intelligi fuiſſe patris, non filij tempore teſtamenti, propter fictionem iuris. Seruus de quo nihil diſpoſuit filius, creditur fuiſſe patris, iam inde ex quo acquiſitus eſt filio. Fictio iuris pro veritate accipitur, not. ad leg.ſi is, qui pro emptore.infra de vſucap.

Ad §. Si quis rem.

EAdem eſt difficultas in hac ſpecie, quæ eſt in ſupēriori. Et eſt ſimilis ſpecies, niſi fallor, in qua ſimilis quoque error deprehenditur. Proponitur quæſtio de re aliena legata, & ita proponitur, quaſi certum ſit legatū non valere de re aliena, & ita ego quidem exiſtimo: Nam alij mirabiliter hic torquentur. Species, Quidam legauit rem, quam ignorabat ſibi legatam eſſe, & legauit per vindicationem, ita vt legatum non videatur valere: quia nondum erat ipſius tempore facti teſtamenti, quæritur quæ vis huius legati ſit. Vlpian. oſtendit vim huius legati pendere ex euentu, ex acceptatione, vel repudiatione. Nec obſtat reg. Caton propter fictionem iuris, ſi non repudiauerit, retro creditur res fuiſſe legatarij, eiuſdémq; teſtatoris l.ſi tibi homo. 88 §.cum ſeruus.infra eod. Inſpecta igitur hac fictione potuit legari quaſi propria teſtatoris etiam per vindicationem. Si repudiauerit, retro creditur fuiſſe hæredis non legatarij.l.1.§.vtrum.infra, ſi quid in frand.patro. Hæc eſt plana & ſimplex declaratio, qua multę magnęque ambages tolluntur, quas licet in aliorum ſcriptis videre. Et hinc etiam apparet, merito coniunctam fuiſſe hanc ſpeciem cum ſuperiore propter vtriuſque ſimilitudinem.

Ad § Si pocula.

LOcus eſt de interpretatione voluntatis. Legatum eſt poculum argenteum, &c. Dubitatio eſt, quia aliud petitur, quam quod legatum eſt, arg.l.Seia.de auro & argen.leg.l.ſi conuenerit. §. ſi quis.de pignor. actio. Aliud eſt enim nauis, aliud materia: tamē dicitur propter volūtatem deberi. Nec verò magna dubitatio

eſt in maſſa, quia facilè ad priorem ſtatum reuertitur. l. quæſitum. 76 §. illud de leg 3. Alias extinguitur legatum, cum res in ſua ſpecie non manſit. d. l. Sen. infr. de auro & argen. legat. De lana eſt maior dubitatio, propter quam augetur antinomia. ex leg. lana 86. de leg. 3. Res eſt ſubobſcura & in magnam deducta controuerſiam. Aſſentior veteribus, qui dicunt legatum non deberi: niſi appareat teſtatorem voluiſſe. Paulus in d. leg. lana. verè & rectè ait veſtem nõ deberi: nec ab eo diſſentit Vlp. in hoc loco. Sed ait poſſe defendi Iulianum ſi teſtator perſeuerauerit in eadem voluntate. quo quid verius dici poteſt? Fecit fortè veſtem, vt magis conſuleret legatario, qui in ea re ſumptum facturus erat. Si id appareat ex coniecturis, dicendum eſt legatum deberi. Hic eſt ſenſus horum verborum, ſi modo nõ mutauerit teſtator voluntatem. Facit l. in ambigua. ſupra de legib. Et hoc eſt quod poſtea ait, durante ſcilicet voluntate. Nec refert an ſæpius mutata ſit res, vt hic dicitur ad fin. Semper enim voluntas ſpectatur.

Ad §. Si area.

SPecies adfinis ſuperiori. Dubitatio eſt, quia alia res eſſe videtur. d. l. ſi conuenerit. §. ſi quis. de pignor. actio. Sed ſuperficies ſolo cedit. l. Paulus. §. domus. de pignor. Area manet, quæ potiſſima pars eſt domus. l. qui res. §. areæ. infra de ſolutio. Idem clarius exponitur. l. 40. ſi areæ. de legat. 2. Non obſtat l. repeti. §. vlt. quib. mod. vſusfruct. amit. quia alia cauſa eſt vſusfructus, vt alibi dixi. Multa ſunt ſingularia in vſufructu, de quib. dixi alibi. Oppon. l. 77. ſi chorus. infra de lega 3. dixi ad l. 8. ſi ex toto. ſupra eod. ibi, quanquam tunc peti non poterat, &c. id eſt, etiam caſu quo peti nõ poterat: quia mutata erat voluntas, vt hic dicitur. Ceſſat autem cauſa, propter quam peti non poterat.

Ad §. Eum qui chirographum.

LOcus de interpretatione verborũ teſtatoris. Quidam legauit chirographum quoddam ſuũ, id eſt, cautionem, nos vulgo ſchedulam dicimus. Cautio dicitur ſæpenumero à iureconſultis. l. cum de indebito. ſupr. de proba. c. ſi cautio. de fide inſtrum. in Decret. Hæres offert legatario tabulas, quibus debitum perſcriptum eſt, fortè inanes debito iam ſoluto, contenditq; hoc ſignificari verbo chirographi. Legatarius contra aſſerit debitum ipſum ſibi legatum eſſe, & hoc ſignificari eo verbo. Recepta eſt ergo hæc metonymia, vt chirographum dicamus obligationem, quæ chirographo & tabulis perſcripta eſt. Et eſt tropus frequens in iure ciuili, vt domus pro familia. l. 1. de Senatuſcõſul. Sillan. taberna, pro mercibus quæ in ea ſunt. l. cum tabernam. de pign. teſſera pro iure accipiendi frumentum. Hæc igitur quæſtio naſcitur ex ambiguo, ſicut illa quæſtio de donatione Alexandri, apud Quintilia. lib. 5. c. 10. Com Thebas euertiſſet, inuenit tabulas, quibus continebatur Thebanos centum talenta mutuo Theſſalis dediſſe. De vi huius donationis quærebatur & an pecuniam donaſſe videatur: ea controuerſia dirimi poteſt hac diſputatione noſtra. In hac igitur diſputatione Vlpianus ait, debitum legatum eſſe. Oſtendit enim vſitatum eſſe, vt qui chirographum vendit, non tabulas vendat: ſed nomen & actionem. Idem dicitur in leg. qui chirographum. 59. infra de legat. 3. Argumentum eſt à vẽditione ad legatum propter ſimilitudinem. Non enim apparet vlla diſſimilitudo. nullum autem argumentum frequentius eſt, ac magis vſitatum in iure ciuili, quam quod à ſimili ducitur. Nec enim aliter ius ciuile conſiſtare poteſt, quam ſi quod ſcriptum eſt producamus ad ſimile. l. neque leges. l. non poſſunt. ſupra tit. de legibus. Argumentum ſiquidem quod vulgo ducitur à contractibus ad vltimas voluntates, nullo alio fundamento nititur. Nam vbi oſtenditur diſſimilitudo, labat argumentum. Itaque malè collocarunt operã ſuam, qui in Topicis legalibus conati ſunt diffinire, quando hoc genus argumenti procedat. Hoc enim nõ poteſt in vniuerſum diffiniri, nec id etiam neceſſe eſt. Sufficit quod iam diximus de ſimilitudine, cui ſi accedat exemplorum aliquot collectio, rei declarandę gratia, nihil aliud requirendum mihi videtur. Quod dixi de chirographo legato, ſecuti ſunt Iureconſulti in aliis locis. Vnus eſt obſeruatione dignus in l. huiuſmodi. 84. §. ſi ita legatum. infra eod. Si tabulas chirographi mei hæredi meo reddiderit, id eſt, ſi hæredem meũ debito liberauerit. Similis locus eſt de calendario legato leg. qui filium. 64. alias 62. ff. de legat. 3. qui continentur enim nomina debitorum, & pecunia charta. Similis de menſulario, qui legat menſam. l. cum pater. 77. §. menſæ. de legat. 2. quæſtum & commodum legata intelligitur. Eadem ratione qui obligat inſtrumentum emptionis agrorum, agros ipſos intelligitur obligare. l. 2 C. quæ res pign. oblig. Item ſi quis inſtrumenta donet. l. 1. C. de donat. adde l. Labeo. ff. de pactis. l. 3. ff. de liber. legat. Hæc ſunt ita accipienda, niſi appareat contraria voluntas: nam ſemper videndum eſt quid actum ſit, vt in ſpecie l. Gaius. 88. ff. de leg. 2. Illa ſpecies de qua fuit conſultus Pau. ex facto, diſſimilis eſt noſtræ. Primum non legatur chirographum ſpecialiter, vt hic. Deinde verba teſtatoris referuntur ad certum locum, cum omnibus quæ ibi ſunt: vt appareat teſtatorem cogitaſſe de iis, quæ ad domum inſtruendam pertinent. ſic de eo, qui legat domum & mobilia, quæ ibi ſunt: alias neminem iudicaturum eſſe, vt pecunia numerata debeatur legatario. Quamuis alias appellatione mobilium contineatur pecunia: tamen creditur mobilia intellexiſſe, quibus inſtruitur domus. Ex his colligi poteſt interpretatio legis municipalis, qua cautum eſt, vt vectigali non ſoluto, irritum ſit inſtrumentum. Nam in pleriſque locis contractus cuiuſque & inſtrumenti nomine penditur vectigal aliquod fiſco. Quæritur inſtrumenti verbo quid contineatur, an tabulæ ipſæ tantum: an obligatio, ſiue contractus? Variæ ſunt opiniones. Quidam exiſtimant ipſum contractum irritum eſſe, & nullum argum. ducto ex hoc loco & dict. l. huiuſmodi §. ſi ita legatum. infra eo. Alij putãt tabulas ipſas irritas eſſe: non obligationem. Quæ ſententia mihi videtur humanior, eámque ſequor: niſi contraria voluntas appareat. In pœnis benigna interpretatio accipiẽda eſt. l. interpretatione. ff. de pœn. Durum autem eſſet ita interpretari vt nullus ſit cõtractus, cum alia ſit mitior interpretatio, vt inſtrumentum ipſum ſit nullum. Satis punitur is, qui non poteſt vti fide tabularum & inſtrumenti, cum facilior ſit ea probatio. l. contrahitur ff. de pignor. Sola igitur probatio per teſtes ei reliqua eſt. Sicut obſeruantur cum amiſſum eſt inſtrumentum. l. ſicut iniquum. C. de fide inſtrum. l. teſtium. C. de teſtib. cap. cum olim. de priuileg. in Decret. Non eſt eadem ratio teſtamenti: quia ſi aliter interpretaremur, inutile eſſet legatum. Non debet ea capi interpretatio, qua actus inutilis ſit. l. ſi quando. 106. ff. hoc titul. de legat. & l. quoties. ff. de reb. dub. Deinde teſtamentum plenius & fauorabilius interpretamur. l. in teſtamentis. ff. de regul. iuris. cap. cum dilecti. de donat. Pœnam legis reſtringimus interpretatione magis, quam adiuuamus. dict. l. interpretatione. l. cum quidam. ſupra de liber. & poſthu.

Ad §. Sed & ſi nomen.

SI quis legauerit nomen, eadem eſt quæſtio, quæ de chirographo. Nomen ſignificat tabulas ipſas

& ſyn-

& ſyngraphas. Inſtit. de liter.oblig. Vnde nomina facere apud Cicero. lib.3. Offic. Significat etiam debita ipſa μετονομαζῶν. In dubio accipitur benignior interpretatio, ne legatum inutile ſit. Huius autem legati, ſicut & ſuperioris hæc vis eſt, vt actiones cedantur, &c. vt in d.l.cum ſeruus.§ idem Iulianus.ſupra. Non tenetur ergo hæres ad ſumptus litis: vt hęc verba oſtendũt. Nec cogitur experiri: niſi in caſu l ſi ſic legatum.78.§.vlt.hoc titul. Sine ceſſione poterit agere actione vtili. l.ex legato.C.eod. Itaque hæc ceſſio nõ magnopere neceſſaria eſt, quia exoleuit fere ſubtilis differentia actionis directæ & vtilis.l.actio.47.ff.de neg.geſt.

Ad §. Si idem ſeruus.

LOcus de effectu legati. Stichus eodem teſtamento legatus eſt & liber eſſe iuſſus eſt. In hac repugnantia virius ſit potior cauſa quæritur an legati, an libertatis? Et dicitur alibi fauorem libertatis prævalere. l.ſi idem ſeruus.14.ff.de l.2.hoc eſt intelligendum ſi libertas vtiliter data ſit.leg.qui teſtamento 38.ff.de lega. 3 Exemplis id demonſtratur hic. Primum eſt, ſi in fraudem, &c. libertatis datio nulla eſt. Inſtit. quibus ex cauſis manu.nõ licet. Deinde ſi ſeruus in perpetuam ſeruitutem væniit.l.ea quidem.C.ſi mãcip.ita ſuer.alien. vt manu. Oppon.l.3.§.vlt.ff.de inſtr.leg. vbi datio libertatis quamuis inutilis, nocet legato. Reſpondeo, ſpeciem diſſimilem eſſe. Ibi primum legatus eſt ſeruus teſtamento: deinde inter viuos manumiſſus. Duo ſunt actus ſeparati, quorum alter prior eſt, alter poſterior. Priori derogatur per poſteriorem, quamuis inutilis ſit: quia ſufficit ad reuocandum id, quod prius factum eſt, ſola voluntas. Nec dubium eſt quin ex eo actu colligatur voluntas: quamuis eum affectum non habuerit, quem cogitabat manumiſſor. facit l.plane. ff. eod. hoc tit. & l.ſi transferam.20.ff.de adim.leg. In hac ſpecie ſimul & eod. teſtamento vtrumque relictum eſt. facit l.non ad ea.88.ff.de cond.& demonſt. Tertium exemplum de ſeruo pignori dato. libertas ei datur inutiliter, ſi ſit ſpecialiter obligatus.l. ob eo. C. de ſeruo pignor.dato. Dixerit aliquis, Imo valet libertatis datio. Sicut legatum valeret cuiuſcunque rei obligatæ.l. ſi res obligata 57.ff.eod.hoc titul. Multo magis valere debet datio libertatis propter fauorem, vt hæres cogatur ſeruum luere. Huic obiectioni reſpondet Vlpian. in l.generaliter, §.ſi quis ſeruo.ff.de fideicom. liber. ait libertatis dationem non valere ipſo iure, ſi directo relicta ſit. Sed poſſe relinqui per fideicommiſſum. Addit & verba directa vim fideicommiſſi habere, benigniore interpretatione. Poteſt ergo petere ſe manumitti ab hærede, qui hoc facere nõ poteſt: niſi prius luat. Si fortè non eo fuit animo teſtator, vt hæres luat: nec ſeruus habet vnde ſe redimere poſſit. Hoc caſu datio libertatis inutilis eſt. Quia ipſo iure non fit liber. Neceſſe eſt ergo prius creditoribus ſatisfacere.l.pignori. 50.ff.de hæred. inſtit.

Ad §. Si ſtatuliberum.

LOcus de effectu legati. Quidam habebat ſtatuliberum, cui ſub conditione fuerat libertas relicta, & nondum extiterat conditio.l.1.ff.de ſtatulib. nõdum eſt liber. imo interim ſeruus hæredis.l.ſtatuliberum.9. & l.ſtatuliberi à cæteris.ff.eo. Hic hæres legauit pendente conditione hunc ſtatuliberum: deinde deceſſit. Petit legatarius ſtatuliberum hunc pendente conditione ab hærede hæredis: is paratus eſt ſoluere, ſed de ratione ſoluendi dubitat. nam poteſt ſolui non tantum res ipſa, ſed etiam æſtimatio ſi velit legatarius: imo etſi non velit: quia hærede non ſoluente venitur tandem ad æſtimationem. ſcripſi ad leg. vbi autem 75. §. vltim. ff. de verbor. obliga. & ad l.vinum ff. de rebus cred. Æſtimetur autem hic ſtatuliber quanti poſſet vendi, ſuſpecto dubio euentu.l.ſi ſeruus. 14. ff. de condict. furt. l. mortis, de donat. cauſ. mor. l. 1.§ ſi hæres.ff ad Trebell. Accidit tamen interdum vt res æſtimetur perinde ac ſi nulla conditio adſcripta eſſet: ſed hoc fit propter contumaciam, &c. l. locum.§.cõdemnatio.ff.de tab exhib. Dubitatur ergo, vtrum magis expediat hæredi, &c. Et ait Vlpian &c. Si ſeruum ſoluat, deinde exiſtat conditio, & ſeruus fiat liber: nullo alio damno afficitur hæres, niſi quod ſeruo caret. Si ſoluat æſtimationem, deinde exiſtat conditio, non ſolum caret ſeruo, qui fit liber, ſed æſtimatione quam ſoluit. Nam ſolutam æſtimationem nõ reperit. Cum venitur ad æſtimationem, videtur tanti æſtimatus eſſe, cum ſciret ſtatuliberũ, &c. l.eius rei.ff.de rei vindic. Itaque videndum hic eſt, quid actum ſit. Quid ſi hæres ignorans conditionem ſerui legati ſoluerit æſtimationem? Plerique putant eum agere poſſe aduerſus legatarium, quaſi cuicta re: perinde ac ſi vendita eſſet. Quæ ſententia habet rationem.l. litis æſtimatio.ff.pro emptore. Hoc autem producitur ad rem omnem, quæ poteſt euinci, ſi debitor euicta rẽ non teneatur. Ne quis putet quæ de ſtatulibero hic dicuntur, nullius hodie vſus eſſe: ſalubre eſt hoc conſilium Vlpiani, & obſeruatione digniſſimum.

Ad §. Si duos fundos.

LOcus de effectu legati. Species. Quia de aditu nihil dictum eſt, nec videtur deberi ſeruitus. l. in vendendo.ff.de contrah.empt. Quædam ita demum debentur ſi dicta ſunt: veluti via, iter, actus, aquæ duct. Vlpian. tamen ait præſtandum eſſe aditum: eoque nomine agitur aduerſus hæredem: non aduerſus legatarium. Nam aliter frui non licet fundo legato. Hanc rationem affert Vlpian.ff. in l.1.ſi vſusfruct.peta. Huc pertinet quod dicitur in l.domnas.ff de vſufr. legat. Similis locus eſt aliquanto planior & apertior in leg. binas.9. ff. de ſeruit. vrban. prædio. debetur legatario ſeruitus altius non tollendi hactenus vt ei habitare liceat. Nec refert an vnas ædes habeat hæres, alteras legatarius: an verò duo ſint legatarij &c. Id ſignificat Iuriſconſ. ibidem his verbis, Idem dicendum eſt ſi alteri ædes, &c. Vt quod dictum eſt de hærede, locum habeat in legatario: ſicut in ſuperiore ſpecie, hæres obſcurare poteſt ædes legatas, modo liceat habitare. Sic in ſecunda ſpecie legatarius. Hic ſenſus verus & planus verborũ Pauli, in quibus nihil immutari poteſt ſine flagitio. Nec enim ad rem pertinet, quod alibi dicitur dominum proprietatis non poſſe inuito fructuario altius tollere ædes. l. 7. §. hac ratione. ff. de vſufr. l. ſi cuius. §. item Nerua. eod. tit. Quæſo quid hoc habet ſimile cum ſpecie dict. l. binas? In ſuperioribus ſpeciebus de vſufructu nihil aliud dicitur in ſumma, niſi ſtatum rei non poſſe mutari à domino proprietatis, inuito fructuario, nec contra. in leg. binas. nihil omnino ſimile. Non quæritur de ædibus fructuariis, an liceat in eis aliquid facere, quod certum eſt non licere, ſed in aliis ædibus vicinis quid permiſſum ſit. Idque docet Paulus in dict. leg. binas. Hoc etiam non aſſequuntur, alij neſcio qui manus afferunt Paulo temere & impudenter. Debetur ergo hæc ſeruitus legatario, ſi modo ſeruitus dicenda ſit. l. 2. §. rectè. ff. ſi ſeruit. vindi. Ratio patendi eſt, vt aduerſus hæredem agat, non aduerſus legatarium. Legatarius nulla actione ei tenetur, nihil eſt contractũ, nec quaſi contractum cum eo, non competit ei rem confeſſoria: quia nondum eſt conſtituta ſeruitus. l. vti frui. ff ſi vſusfruct. pet. Nec teſtator his verbis vſus eſt, vt poſſit vindicatio competere legatario hoc iure. Ad l. ſi

fundum,mox reſpo[illegible]ebo,alias tranſit dominium ſeruitutis ſicut rei corp[illegible]ralis.l.ſi partem.§. vltim.ff.quē-adm.ſerui.amit. Agit ergo aduerſus hæredem, qui tenetur ex teſtamento,&c.Sed quomodo præſtabit hæres quod non habet? quid ſi nolit alier legatarius ei præſtare?Conuenit inter ſpecies cogendum eſſe illum legatarium petente hærede,&c.idque nullo pretio dato.Et hoc colligitur ex dict. leg. damnas.non aliter ei conceditur fundum vindicare, niſi prius tranſeundi ius fructuario præſtet. Creditur teſtator velle eum vti quomodo ipſe vtebatur. Quid ſi iam ei datus eſt fundus?poterit repeti condictione incerti.leg. ſed etſi me puteum.§.cum iter.ff.de condict.indeb. Cum iter excipere deberem:ſed difficultas naſcitur ex eo, quod hæres cogitur redimere. ergo pretio dato:emptio enim non eſt ſine pretio.§.pretium.Inſtit. de emptio. Reſpondeo hoc verbum ad alia plerunque transferri,vt apud Ciceronem, Acerbitatem redimere ſuis priuatis & domeſticis commodis. Sic dicitur redimere hæres qui onus exigendi ſuſtinet, & operam atque impenſam præſtat in ea re neceſſariam. Hoc ſatis probabile eſt ad defendendam opinionem vulgo receptam, & à qua nullus diſcrepat. Si redimere propriè accipiamus, dicendum erit legatarium cogēdum eſſe iuſto pretio. et.l.ſi quis ſepulchrum ff.de religio. Et cum hac acceptione intelligenda d.l.damnas. Quid ſi ſingulis legatariis ſingulæ ædes legatæ ſint? Plerique exiſtimabant hoc ius locum habere tantum in vſufructu. Natura enim vſusfructus hæc eſt, vt frui liceat,&c.d.l. 1.ſi vſuſfru.petat.Sed magis mihi placet quod vulgo receptum eſt,idem in proprietate eſſe dicendum, idque propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. Non eſt credibile eum velle legatarium habere ædes quas habitare non liceat.argum.l.3.§. qui habet ff. de ſeruit. ruſtic. prædior.Item veriſimile eſt,teſtatorem velle eodem modo legatarium vti, quo ipſe vtebatur. l. ſi ſeruus plurium.50.§.vltim.infra eod.Eſt ratio d.l.damnas. Et ſpecies eſt de hac re ſatis aperta & expreſſa in l.teſtatrix. ff.ſi ſeruit.vind.Eſt alius locus clarior in l.ſi quis teſtamento.78 §.qui fundum.infra eod.Ipſo iure, id eſt,ciuili iure,mero iure propter euidentem teſtatoris voluntatem, non per interpretationem benigniorem, qua à mero iure recedatur.Alia cauſa eſt contractuum. l.in vendendo.66.ff.de contrah.empt. ius ſingulare eſt in ſepulchro l.ſi quis ſepulchrum.ff.de religioſ. Idem in diuiſione rerum communium.l. via conſtitui.§. vltim ff.de ſeruitut.ruſt.præ.Prudenter ergo faciunt hæredes,qui nominatim excipiunt ſeruitutem,&c.

Ad l 45.Si à ſubſtituto.

DE effectu legati. Species. Dubitatio ex regula l. pluribus 140.§.& ſi placet.ff.de verb.obl.l. proprias.C.de legat.Pompon.ait legatum eſſe vtile ex ſententia veterum. Sufficit enim rem non fuiſſe alienam tempore teſtamenti & tempore exiſtentis conditionis.Medium tempus non nocet legato, ſi ſit conditionale.l.cætera.§.1.ſupra eo.l.exiſtimo.98.ff.de verb.oblig.Conditio huius legati eſt, Si filius impubes deceſſerit,& ſubſtitutus capiat hæreditatem, &c. Nam aliter locum non habet pupillaris ſubſtitutio. l.2. ff. de vulg.ſubſtit.Sed plenior diſputatio huius rei pertinet ad l.huiuſ modi.84 §.qui ſeruum.ff.eod.hoc tit.

Ad §. Hæres.

LOcus de ſolutione legati:Qualem præſtare oportet rem legatam.Non enim ſufficit præſtare qualemcunque dixi ad leg. legato generaliter. Pomponius hic diſtinguit legatum generale à ſpeciali. De generali primum videamus. Hæres ita dare debet vt habere liceat. Si quid ergo inſit ſeruo propter quod non liceat habere,tenetur hæres, &c. alias non tenetur.Exempla hic ſunt. Similis locus in l. qui concubinam.29.§.ſi hæres.ff.de leg.3. ſimilis locus in l. hæres ſeruum,58.ff. de euictio. Sic intelligendum eſt quod dicitur in l.ſi domus.74.§.de euictione.infra eo.debet intelligi ex legato generali, vt ex aliis locis apparet. Obſeruandum his eſt obiter hæredem ſeruum ſanum præſtare non debere: ſed tamen peſſimum dare non debet.Dixi ad leg.legato generaliter.ff. hoc tit. facit l. 113.ſi hæres.eo.hoc tit.ff. Videamus de legato ſpecialiter relicto.talis debet dari, qualis eſt. Liberatur ergo hæres etſi forte furtum fecerit: aut noxam nocuerit, &c.Cum teſtator certam rem deſignat, non videtur alienum eſſe ab eius voluntate,vt detur qualis eſt.Non poteſt imputari hæredi quod alium non det meliorem.Hæc de vitio rei legatæ. Diuerſa eſt quæſtio de re aliena.Sequenda eſt quæſtio alibi tradita.l.cum rem alienam.C de leg.§.non ſolum,Inſtit.eo. An teſtator ſciuerit an ignorauerit,&c. Si teſtator ſciebat eſſe alienam, hæres tenetur redimere & cauere de euictione.d.l.cum rem alienam.Si ignorabat, non tenetur de euictione.Quidam exiſtimant hoc caſu cogi hæredem præſtare rem propter hæc verba Pompo. talis debet dari,&c.Aiunt non poſſe recuſare hæredem hoc prætextu,quod legatum inutile ſit. Non enim valeret legatum vt hæres cogatur redimere: ſed tamen eum cogi præſtare, &c. Sed vereor vt defendi poſſit hæc opinio. Quia dicitur in d l.cum rem alienam, legatum nō valere. Nec Pompon.hic loquitur de re aliena, vt iam dixi. Eadem diſtinctio eſt in l ſi res obligata.57. infra eo.de re quæ ſeruitutem debet,locus eſt in l.ſeruo legato.49 §.ſi fundus.qualis eſt dari debet.

Ad l.49 Quæ de legato.

DIfferentia generis & ſpeciei locum habet & in ſtipulatione.Qui permiſit dare hominem,tenetur ſi habere non liceat.l.qui decem.72.§. qui hominē, ff.de ſolut. Cum ex cauſa fideicommiſſ libertas præſtanda eſt ei, qui noxa ſolutus non eſt. Qui promiſit dare Stichum,liberatur talem dando qualis eſt. Si ergo noxam nocuerit, tenetur eo nomine promiſſor. Oppon.dare eſt dominium transferre.l.vbi autem.75. §.vlt.ff. de verborum obliga.§.ſic itaque.Inſtit.de act. Ergo re euicta tenetur promiſſor. eodem argumento poteſt impugnari quod dixi de legato. Quid enim ſi teſtator ita dixerit,hæres meus dato,&c.Vulgo interpretantur dare,pro tradere.l.ſi rem tradi.28.de verborum oblig. Sed hoc perfugium mihi non videtur ſatis tutum eſſe. Tutius eſt verborum proprietatem ſequi. Nec contrarium eſt quod dicitur, eum qui dare debet dominium transferre,&c.Nam & hic dominium trāſfert.Nec obſtat quod res poſtea auocatur & aufertur: vnde videtur nec data. Interpretatio illa recepta eſt in re pignorata,& aliis quibuſdam ſpeciebus.l ſi rem.20. ff.de ſolut.Sed non tam late produci debet, vt vbique locum habeat, præſertim cum ratio diuerſa eſt. Sed quid refert an ſeruus magis ſit,an obligatus iure pignoris?Cum vtroque caſu auferatur, &c. Reſpondeo durum viſum eſſe eum teneri cuius facto res euicta non eſt:ſed vitio ſerui potius.Nam etſi ſeruus iam ſolutus legatario,ſimiliter furtum feciſſet, aut noxiā nocuiſſet,&c.vt mirum non ſit creditor id nocere.Obſeruari ſolet hic locus communis de ſimilitudine vltimarum voluntatum & contractuum, de quo dixi ad l.ſeruum.§.eum qui chirographum.ſupra eod. Et exempla huius rei crebra reperiuntur.l. pactum inter hæredem. ff.de pact. leg. vltim.C. de lega. Inſtit. de lege Falcidia.

Canin. toll.l.iure ciuili,24.ff.de condit. & demonſt.l. ſi ſeruus legatus.108.§. ſi ei, cui.infr. hoc tit.de leg.1.l. 26.ff.de pig.act.l.obligationum ferè.§ placet.ff.de oblig & actio.l.ita ſtipulatus.115.ff. de verbor. oblig. Similia tamen hæc non ſunt per omnia. Idque exemplis aliquot oſtendi poteſt, quæ veluti per ſatyram collecta à nobis ſunt. Benignior interpretatio fit in teſtamentis.l.in teſtamentis.ff de reg.iur.c. cum dilecti. de donatio.in Decret. Ea qua differentia multæ aliæ pendent. vt cùm dicitur Mucianæ cautioni locum eſſe in teſtamentis.l.Mucianæ.7.ff.de condit.& demonſt. Nō in contractibus.§.ſi quis ita ſtipuletur.Inſti.de verbor. obligat. Si in Capitolium non aſcendero, dare ſpondes? id eſt, cùm moriar. Alia differentia eſt. Legatum conditionale trāſmittitur.§.in nouiſſimo.C. de caduc. toll.non ſtipulatio.§.ex conditionali.de verbor.oblig. Inſtit. Alia, Conditio impoſſibilis nocet contractui non vltimæ voluntati.l.3 ff.de cond.& demonſt.l. impoſſibilis.7.de verb.oblig.quarū eadem eſt inſcriptio, Vlp.lib.6.ad Sabin.Alia in l. vnius.ff. ſi quid in fraud. patro. vbi libertus donare poteſt, legare non poteſt. Gratia patroni hoc ita conſtitutum eſt. Facilius quis legat, quam donat,&c.Alia in l.vlt.in fi ff.cōmu.præd. vbi dicitur non ſuſpendi actus morientium, vt viuentium.Alia, minor habens curatorem non contrahit.l. ſi curatorem. Poteſt tamen teſtari & legare.l.Aurelio.§. Caius.ff.de liber.l.ſi pater.C.qui teſta. facere poſſ. Alia, Ex contractu ſeruitus non præſtatur, &c. l.in vendendo.ff.de contr.emp.Ex teſtamento præſtatur.l. ſeruum filij. 44.§. vlt. Alia in l.à Titio.ff.de furt.l 1. C. commu.de leg. Alia, remedium adipiſcendæ in vltimis voluntatibus locum habet.l.vlt.C.de edi. Diui Hadr. nihil tale in contractibus reperitur. Alia in l.ſi Stichū. §.ſtipulatio.ff.de verb.obli. Alia, Non receditur à perſona arbitri,&c.l.ſi quis arbitratu.ff.de verb.oblig. In teſtamentis accipitur pro arbitrio boni viri. l.1. ff. de leg.2 Alia, Cautio ante diem,&c.tit.vt legat. nom.cau. l.omnibus.ff.de iud. Alia, Vltima voluntas reuocatur. l.4.ff.de admi.l.non ſic contractus, exceptis tamen quibuſdam. Alia, Prohibitio alienationis in teſtamento impedit tranſlationem dominij.l.filiusfam §.Diui.inf. eo.ff.non in contractu.l.ea lege.C.de condict. ob cauſ. l.ſi quis ita promiſerit.ff. de verbor.oblig.

Ad l.47.Cum res.

LOcus de ſolutione & præſtatione, qui varios caſus continet.In primis quæritur de tempore, quo ſolui debet. Ait Vlpianus ſtatim, & ſine mora. Niſi fortè ſit aliena, vt cogatur eam redimere: aut niſi copiā eius non habeat. Tūc enim æquum eſt tempus aliquod dari ad ſoluendum. Nec enim dicitur in mora eſſe, qui iuſtam differendæ ſolutionis cauſam habet.l. ſciendū. 21.ff.de vſur. Deinde quæritur, quid conſequitur legatarius ob moram? Vſuras, fructus, omnem vtilitatem, &c. Vſuras cum pecunia legata eſt. Nam ſpecie legata non debentur vſuræ.l.3.§.ſi auro.ff.de vſur. Pecunia legata debetur etiam ſi legata ſit vt ſpecies, &c. l.2. 3.4. C.depoſit. vt in l.ſi certos. infra eod.l. talis ſcriptura. ſupr.eo. De fructibus dixi ad l.cum ſeruus.§.fructus. ſupra eod. Ex quo apparet hanc actionem ſimilem eſſe quadantenus bonæ fidei iudiciis.l. in minorum. C. in quibus cauſ.in integ.reſtitut. Mirantur nonnulli, quod hic dicitur de mora, cum etiam ſine mora debeantur fructus,&c.ſi res propria ſit teſtatoris.l Herennius.44. ff. de vſur.l.ſi tibi homo.86.§. cum ſeruus. infra eod. Sed verba captanda non ſunt.l.pen.ad exhib.ff.Sabinus cuius opinionem hic Vlpianus refert, non dicit ſine mora non deberi: verè dixit mora intercedente deberi: ſed non rectè colligitur, non deberi ante moram, cum appareat ex aliis locis deberi ea die aditæ hæreditatis. Dixi ad l.cum ſeruus.§.fructus.ſupra eo.

Alia quæſtio eſt de loco diffusè tractata vſque ad fin.huius c.quo loco ſolui debeat? Ait Vlpianus ſoluendam eſſe vbi relicta eſt, vbi erat tempore mortis. Hic videtur eſſe ſenſus horum verborum, tametſi aliquid ambiguitatis habeant. Excipiuntur aliqui caſus. Primus, ſi teſtator voluit alibi præſtari: hoc poteſt dupliciter accidere, id eſt, cum teſtator id nominatim declarauit, & cum ex coniecturis apparet eum voluiſſe.l. ſed etſi ſuſceperit.§.1.ff de iudic. Volūtatem ſequimur veriſimilem, non minus, quam quæ verbis exprimitur l.licet Imperator.74.infra eod.Secundus caſus, cum res dolo hæredis in alium locum eſt trāſlata: fortè vt moleſtia afficeret legatarium. Tunc debet ſolui vbi petitur: nec alibi poteſt eam ſoluere hæres, inuito legatario. Hac pœna plectitur ob dolū ſuum. Petitur autem vbi maior pars hæreditatis eſt, vel vbi hæres domicilium habet.l.ſi fideicommiſſum.50.ff. de iudic. Tertius caſus, cùm hæres tranſtulit eam ſine dolo: fortè propter vtilitatem & conſeruationem rei ipſius, &c. Hoc caſu præſtabitur vbi eſt. Atque ita poteſt intelligi, quod dicitur in leg.quod legatur.38.ff.de iudic rem præſtandam eſſe vbi eſt: niſi dolo hęredis tranſlata fuerit. Nam eadem eſt Vlpian.ſententia in hoc loco. Præſtatur enim vbi eſt, id eſt, vbi teſtator eam reliquit: vel vbi hæres eam poſuit ſine dolo tamen. Quartus caſus, cum legatum, id eſt, quod pondere, numero, &c. Præſtandum eſt vbi petitur: niſi fuerit certa ſpecies, &c. Non poſſumus dicere præſtandum vbi eſt, quia in certo loco non rectè dicitur eſſe, id quod incertum eſt. dict. l. ſi fideicommiſſum. §. tractatum.ff. de iud. Qui legat centum modios frumenti, rem incertam legat, quæ nullo circumſcribitur loco.l.in ratione.30.§. incertæ. ff ad legem Falcidiam. Quintus caſus poteſt addi, cum ſeruus in fuga eſt, &c. de quo dixi ad l.cum ſeruus. in princ.ſupra eod. Ex iam dictis naſcuntur variæ quæſtiones. Dixi teneri hæredem ſi tranſtulerit, &c. Quid ſi ita tranſtulit, vt non appareat,&c. Debet æſtimationem, aut cauere, vt hic diſtinguitur. cauet rem reddi ſi eam deprehenderit. Imo etiam cauet de perſequenda re.l.69.ſeruo legato §.vlt.infra eo. Nec obſtat l.ſi à bonæfidei.cum l.ſeq ff.de rei vind. vbi cauet poſſeſſor de reſtituendo: ſed non de perſequendo. quia plenior interpretatio fit in vltimis voluntatibus. l. in teſtamentis.ff de reg.iur. Dixi ad dict.l.cum ſeruus.ſuprà. Rectè igitur ſentit Iulianus quod dictum eſt de reſtitutione, id locum habere in actionibus in rem. Et hæc ſententia refertur in d.l.ſi à bonæfidei. Sed hoc amplius eſt in legato: quia cauetur de perſequenda re, quod hic dicitur, & in d.l.ſeruo legato.§.vlt. Non obſtat etiam l.20. ſi ſine.ff.depoſit. æquum eſt depoſitarium abſolui, qui nullum ſentit commodum,&c.

Ad §.Sed ſi Stichus.

ALia quæſtio eſt, quæ ex iam dictis naſcitur. Dixi hæredem cauere debere,&c. Quid igitur ſi Stichus, aut Pamphilus,&c. Hæres ait ſe velle abſentem præſtare: ſed ſe non poſſe. Et iniquum videtur ei auferre electionem. Sed Vlpia.ait, Toties enim hæredi,&c. Huc pertinet l.ſtatu liberum 11.§. Stichum. ff.de leg.2. Ex hoc loco annotant plerique electionem eſſe hæredis. Quod falſum eſt vt dixi ad l.legato generaliter 37. ſupr.eo.niſi aliud dixerit. Sed hæc quæſtio debet intelligi cum electio eſt hæredis: quia videlicet teſtator id voluit, vt in ſpecie d.l. ſtatuliberum. Id autem hic non exprimitur quibus verbis teſtator vſus ſit: quia de eo non erat quæſtio. Sed quæſtio eſt quo caſu hæres poteſt alterum dare: an quia abſens eſt, debeat alterius

æſtimationem fortaſſis vel mortui pretium. Hoc dicit Vlpian. quaſi dubitans. Sed diſtinguendum eſt, vt in l. Stichum aut Pamphilum. 95. ff. de ſolut. Diſtinguitur, an alter deceſſerit culpa debitoris. Quo caſu non licet ei offerre æſtimationem mortui, qui fortè fuit vilior. Sed petitor eam poteſt petere ſi velit. Si verò nulla culpa debitoris arguatur, æquum eſt ei ſubueniri, vt æſtimationem præſtet. Oppon. l. ſi ad libertatem. 42. ff. de noxalib. vbi mortuo ſeruo abſoluitur dominus, nec tenetur ad litis æſtimationem: hic alterum debetur. diuerſa hæc ſunt. Hic vtrunque eſt in obligatione. noxæ deditio in ſolutione eſt non in obligatione. l. 6. miles. §. decē. ff. de re iudic. dicā in interpretatione d. l. miles. Nihil amplius quàm cauere. Mirum eſt, quod hic exigitur cautio eius rei nomine, quę perit. Superuacaneis cautionibus non eſt vtendum. l. non cogendum. 45. ff. de procur. ſed cautio exigitur: quia fortè id dubiū eſt.

Ad §. culpa.

Diximus ſupra hæredem damnandum eſſe ſi eius culpa res perierit, &c. Nunc videndū eſt quomodo hic accipi culpa debeat. Nā culpæ varij gradus ſūt, aut (vt alij malunt) ſpecies. Sed vt tota res commodius explicetur, ea paulo altius repetendi eſt. Quicquid in rebus alienis, vel alteri debitis accidit detrimenti, id neceſſe eſt euenire, vel dolo noſtro, vel culpa, vel caſu fortuito. Dolus eſt machinatio & malitia, &c. leg. 1. ff. de dolo malo. l. iuriſgētiū. §. dolo. ff. de pactis. Nec dubium eſt quin huius doli nomine teneatur hæres vel alius debitor, &c. vt dictum fuit ſupra. Culpa quædam dicitur lata, cum quis non ad eum modum diligens eſt quem communis hominum natura deſiderat. l. quod Nerua. ff. depoſit. de verborum ſignificat. Si quis rem depoſitam in publico dimiſit noctu, diſtinguitur à dolo, quia machinatio non eſt decipiendi cauſa. Sed tamen proxima dolo eſt. dict. leg. quod Nerua. l. magna. de verborum ſignifi. Stultitia, ſoror eſt malitiæ. Sophocles. Vix creditur fraude carēre, niſi aliud appareat ex coniecturis. Quia fortè diligentior non eſt in rebus ſuis. Non minus tenetur ob hanc culpam, quam ob verum dolum. l. 1. ſi menſor falſ. mod. & aliis ſimilibus. Itaque Vlpian. hic de ea non dubitat: ſed de leui, &c. Leuis dicitur, cum quis in eo peccat quod diligens paterfamilias vitare potuiſſet. Nihil tamen facit quod à communi hominum natura abhorreat. Sic accipimus hic leuem culpam. Sic in leg. quicquid. C. arbitr. tutel. Si is apud quem gemma depoſita eſt, non condiderit in arca, ſed in media domo, cuiuis expoſitam dimiſerit: hoc ſanè eſt viri parum prudentis & diligentis. Sed tamen tanta diſſolutio non eſt, vt naturę communi hominum repugnet. Simpliciores plerique ita viuunt ſecurè & negligenter tam in rebus ſuis, quam in alienis. Suſpicantur enim alios tales omnes eſſe, quales ipſi ſunt: æſtimant alios ex ingenio & natura ſua. Vlpian. ait hæredem huius etiam culpæ nomine teneri, quamuis dolo proxima non ſit: quia negligentia ſine malo animo in rebus alienis excuſanda non eſt. Leuiſſima culpa dicitur, cum quis mediocrem diligentiam adhibet: ſed in eo peccat quod vir diligentiſſimus vitare potuiſſet. Huius culpæ mentio eſt in l. in lege Aquilia. ff. ad legem Aquiliam. l. in rebus ff. commod.

Exemplum, Si rem in arca reconditam & occluſam ſurripuerit. l. cum duobus. §. damna. ff. pro ſocio. Furtum non ſolet numerari inter caſus fortuitos, tamen facti quæſtio eſt. Quid enim dicemus de furto domeſtico? De hac re in leg. prima. ff. furt. aduerſ. naut. Hæc culpa longè remota eſt à dolo, & excuſationem aliquam meretur. §. vltim. Inſtit. pro ſocio. Itaque Vlpian. dubitauit, an ob eam culpam hæres teneatur. Quid de diligentia? hoc enim verbo Iureconſul. vtuntur fere, cum de hac leuiſſima culpa loquuntur. l. ſi vt certo. ff. commo. l. contractus. ff de reg. iuris. Dicunt etiam cuſtodiam præſtare. l. 1. §. ſæpe. ff. depoſit. l. ſi cum venderer. §. vlt. ff. de pignor. actio. Hæres ergo tenetur ob culpam non tantùm latam, ſed etiam leuem & leuiſſimam. Hoc autem difficile eſt explicatu propter antinomiam. Oppon. primum l. mulier. 22. §. ſi hęres. ff. ad Trebell. vbi hæres tenetur de culpa tantùm lata. Alius eſt locus contrarius in l. ſi ſeruus legatus. 118. §. cū quid. infra eo. vbi diſtinguit Iureconſ. hic autem non diſtinguitur. Pro declaratione animaduertendum eſt regulam traditam eſſe de hac re in contractibus, de qua in l. ſi vt certo. §. nunc videndum. ff. commo. & l. contractus. ff. de reg. iur. Vidēdum ad cuius vtilitatem pertineat contractus. In depoſiti iudicio venit dolus & lata culpa: quia fit gratia deponentis, nec vlla eſt vtilitas depoſitarij. Commodatarius tenetur de culpa quacunque: quia commodatum fit eius gratia, ſine vtilitate alterius. d. l. ſi vt certo. In quibus verſatur vtriuſque vtilitas, venit dolus & culpa, quam vocamus leuem d. l. ſi vt certo. d. leg. contractus. vt in emptione, locato, ſocietate. Hęc regula ſiue diſtinctio accommodatur legatis & fideicommiſſis: quatenus id natura eorum patitur. In ſpecie §. cum quid. habetur ratio doli tantùm aut culpæ dolo proximæ: quia qui fideicommiſſum reſtituit, nihil capit commodi. Eſt fortè legatarius, qui rogatus totum reſtituere, nec quicquam retinet. Eadē eſt ratio huius quæ depoſitarij. In ſpecie l. mulier. tenetur hæres de dolo tantum, & lata culpa: nam præcipuè commodum verſatur fideicommiſſarij, cui reſtituitur hæreditas ex Trebell. quamuis aliquid commodi capiat fortè hæres. Nam inſpicimus quod principaliter agitur, vt regula de contractibus conueniat legatis & fideicommiſſis. In ſpecie noſtra dicitur hæredem teneri de quacunque culpa: quia proponitur ſeruulum legatum eſſe, qui non eſt magni pretij: itaque vtilitas pręcipuè verſatur hæredis. Quare ſi ſpecies proponatur in qua maior vtilitas verſetur legatarij, aliud dicendum erit. dict. §. cum quid. Supereſt caſus fortuitus, qui nullo hominis conſilio prouideri ac vitari poteſt. l. 2. ff. de adminiſt. rerum ad ciuit. pertin. l. quæ fortuitis. C. de pign. actio. Ob hunc fortuitum caſum nō tenetur hęres, vt hic dicitur, niſi poſt morā perierit res. Sed quæſtio eſt difficilis, an teneatur hæres ſi res eodem modo peritura fuit penes legatarium. Oppon. l. ſi plures. ff. depoſit. naturalem interitum pertinere ad actorem. Oppon. & quidam alij loci. Magna iuris varietas hic reperitur. Scripſi quid ſentiam ad l. ſi ex legati cauſa. ff. de verb. oblig.

Ad l. 48. Si hæredis.

Affinis eſt hic locus ſuperiori. In hac ſpecie ſunt quatuor conſideranda. Primò, teſtator rem aliquam legauit alicui. Secundò, ſeruus quidam hæredis eam rem ſubtraxit, non alius extraneus. Tertiò, ſubtraxit ignorante domino: quare non poſſumus dicere dominum teneri, quaſi ipſo ſciente & conſentiente. l. 2. ff. de noxal. Nec vlla eſt domini culpa, cui ignoſcendum videtur, quaſi in domeſtico malo. l. 1. ff. furti aduer. nau. caupo. Quartò, ſeruus eam rem vendidit, & pretium peruenit ad dominum, nec res fortè apparet. Quæritur, an actio vlla competat legatario, & quæ actio. Ac in primis non tenetur hæres ad rem, quam non habet, cum id ſine ipſius facto acciderit. l. cum res. ſupra eod. Sed quia æquum non eſt eum locupletiorem fieri cum incommodo alterius, ideo

datur

datur actio in factum. Deficiente directa actione datur in ſubſidium vtilis, quæ conceptis in factum verbis inſtituitur. l. quia actionum. l. quoties. ff. de præſcript. verb. Nec nouum eſt, vt detur actio ex bono & æquo contra ſubtilitatem iuris, ne quis locupletior fiat cum incommodum alieno. Exemplum eſt huic non diſſimile in l. ſi eum. ſeruum. ff. de rebus creditis. Poſſedi ſeruum tibi legatum, quaſi mihi legatum, & vendidi: mortuo eo potes pretium condicere, quaſi ex re tua locupletior factus ſim. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi me & Titium ff. de rebus creditis Cum pecunia mea ad te peruenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum eſt. Dixerit aliquis, imo datur hic actio directa & certa: puta, actio furti, noxalis aduerſus dominum. Nam furti agit dominus rei ſubtractæ, ac legatarius dicitur dominus eſſe ſtatim adita hæreditate. l. à Titio hærede. 65. ff. de furt. l. ſi tibi homo. 86. §. cum ſeruus. infra eod. Itaque poteſt dominus legatarius ſi velit agere furti ad pœnam. l. ſi dominium. 47. ff. de furt. l. ſi homo. 35. ff. de vſucapion. Poteſt etiam experiri condictione furtiua: quia condicitur non tantum res, ſed æſtimatio. l. in re furtiua. ff. de condict. furt. Vnde ineptum videtur quod hic dicitur de actione in factũ. Multæ & variæ ſunt ſolutiones apud Accurſium, qui eas omnes refert ſine iudicio. & ſatis oſtendit, quam fuerit inops, non tantum eruditionis, ſed etiam iudicij, quo etiam illiterati plerique homines valent. Quidam eo ſunt acumine ingenij, vt ſtatim animaduertãt quid verum, aut probabile ſit in quaque re de qua quæritur. Alij per ſe inuenire nihil poſſunt, ſed tamen de iis, quæ ſunt ab aliis excogitata, poſſunt iudicare. Vtrumque in hoc interprete deſidero, vt in iis fere, qui ei ſunt addicti. Cætera ei concedo præter eruditionem, quæ minima in eo fuit. Sed ad rem. Pomponius noſter refert opinionem Atticini veteris Iureconſulti, qui ſi id certi iuris non ſit, ſed tantum æquitate aliqua nitatur: ac ne exprimit quidem quid ſentiat de hac re. Narratio tantum eſt hiſtorica, quam ſic accipere debemus, ne iis, quæ iure ciuili definita ſunt, repugnet. Ergo quatenus probanda ſit, aut improbanda opinio Atticini, ex aliis locis iudicãdum eſt. Nec dubitandum eſt quin locũ habeat, cum deficit actio furti, aut alia actio, quod aliquando accidit. Pone aliquid legatum fuiſſe per damnationem, vt olim res alienæ legabantur. Vlpianus in Inſtitutionibus tit. de leg. Hoc caſu non acquiritur dominium legatario ante apprehenſionem, vt alibi dixi leg. 112. ſi inquilinos. § cũ ſeruum. infra eod. Pone legatum fuiſſe ſub conditione. Nam certum eſt diem legato non cedere ante euentum conditionis. l. ſi poſt. ff. quando dies lega. ced. Poſſunt & aliæ ſpecies cogitari, in quibus dominus non ſit legatarius. Ideoque non competat ei actio furti. In his omnibus ſequenda erit opinio Atticini. Pomponius autem non expreſſit certam ſpeciem: quia iudicabat id neceſſarium non eſſe. Cum autem vtili actione agendum eſſet, non putauit quenquam dubitaturum, quin id locum habeat deficiente directa. Ergo ſufficit ad huius loci declarationem ſpeciem aliquam adferre, in qua nulla competat actio directa, neque in rem, neque in perſonam. Videndum eſt igitur de hac in factum actione. Datur de peculio, &c. Sed quomodo? datur ex maleficio ſerui. §. actiones autem de peculio. Inſtitut. de action. Reſpondeo dari ex bono & æquo: quia dominus eſt factus locupletior, &c. l. 3. licet tamẽ. §. ex furtiua. ff. de pecul. Sed mirum eſt, quod hic dicitur dominum liberari dando ſeruum noxæ: cum ſit æquius eum ſimpliciter damnari ad id quod peruenit, &c. vt in reliquum noxæ ſeruum dedere poſſit. l. 4. ſi ſeruus vel filiusfamilias. ff. de condict. furt. Locus eſt difficilis & varie declaratus. Sed puto noxæ deditionem permitti domino: quia contra ius conuenitur. Vlpianus modo allegata l. 4. ſi ſeruus vel filiusfamilias, loquitur de eo, cui competit mero iure condictio aduerſus dominum.

Ad §. Si vnus ex hæredibus ſeruum legatum occidiſſet: omnino, &c.

QVæſtio affinis ſuperiori. Diximus ſupra hæredem liberari, ſi ſine eius facto, &c. Teneri autem ſi eius facto, &c. Quid ſi vnus ex hæredibus, &c. Ait cohæredem non teneri. Tantum abeſt vt noceat cohæredi, vt ei proſit: quia liberatur. l. cum res legata eſt, 47. ſup. alteri in ſolidum tenetur partim actione ex teſtamento pro parte ſua: partim actione de dolo pro parte alterius. l. arbitrio. §. vlt. ff. de dolo. Hinc annotatur illud vulgare, delictum vnius ex hæredibus, aliis nõ nocere. l. vlt. ff. de Silan. l. in depoſiti. ff. depoſiti. De obligatione indiuidua, in qua vnius facto omnes tenentur, videnda eſt l. 2. ſtipulationum. §. ſi in facto. & l. 4. eadem dicemus. §. Cato. ff. de verb. obligat.

Ad l. 49. ſi cui legetur.

LOcus de interpretatione verborum. Titio legatum eſt, cum quatuordecim annorum erit: an ſufficiat cœptum eſſe decimumquartum annum? Cauſa dubitationis eſt, quia plerunque cœptus annus habetur pro completo. l. 74. qui filium. §. Sabinus. ad Trebel. l. ad rempub. de muner. & honor. Sed Vlpiano aliud viſum eſt: quia id verba ſignificant leg. 69. non aliter. ff. de leg. 3. facit l. non putabam. ff. de cond. & demonſt. Videndum eſt ergo in quaque ſpecie, quæ ſit vis verborum, vt in l. 41. ſi ita ſi eum. ff. de manu. teſtam. Si verba ſint ambigua, non cœptum modo completum annum accipimus prout ratio, vtilitas, fauor exigit. Si quis promiſerit dare hoc anno, interpretatio fit contra ſtipulatorem. l. 42. qui hoc anno. ff. de verb. oblig. Idem puto & ſi quis promiſerit in ſingulos annos. Sed in legato benignior admittitur interpretatio. l. 1. C. quand. dies lega. Oppo. l. 48. ſi in annos. ff. de condit. & demonſt. Varia eſt lectio. Haloander legit, Si intra annos. quæ lectio idoneum ſenſum habet. Si appareat teſtatorem voluiſſe non ſtatim deberi: ſed liberum ei eſſe intra annum, &c. tunc voluntas ſeruanda eſt. Nec contraria eſt d. l. 41. ſi ita. §. vlt. ff. de man. teſt. Hoc enim ſenſit non eſſe faciendam eam interpretationem, ſi teſtator his verbis vſus ſit, &c. in d. l. ſi in annos. non exprimitur formula & conceptio legati. Florent. ſic interpretor, cum legatum collatum eſt in tempus decem annorum. in l. ad rempub. orationem ambiguam interpretamur benignius, fauoris cauſa.

Dixi in ſpecie noſtra annum decimumquartum completum eſſe debere, &c. Sed quæſtio eſt, an completus dicatur, ſi legatarius ad vltimum diem 14. anni peruenerit. Quidam negant, propter hæc verba, completi 14. anni &c. Annus conſtat ex 365. diebus. l. cum bis ea §. Stichus. de ſtatulib. Sed contraria opinio magis recepta eſt, quæ mihi etiam probatur. Nam Celſus ait, nouiſſimo die legatum deberi. l. 48. ſi in annos. ff. de cond. & demonſt. Ergo ſufficit attigiſſe nouiſſimum illum diem. Et hæc benigna interpretatio recipitur fere in iis, quæ fauorem deſiderant. Exemplum in l. qua ætate. ff. de teſta. Fauor teſtamenti hoc ſuadet. Simile exemplum in l. 1. de manu. Interpretatio l. Æliæ Sentiæ, quæ vetat minorem 20. annis manumittere: fauor libertatis hic verſatur. Eadem inſcriptio vtriuſque eſt, Vlpia. lib 6. ad Sab. Aliud exemplum in l. in vſucapionibus. ff. de vſucap. non à momento ad momentum: ſed poſtremum diem computamus totum &

Digitized by Google

integrum, ſine vlla diuiſione in horas aut momenta: fauor vſucapionis hoc admittit, quæ fauorabilis eſt propter titulum & bonam fidem, & propter dominiorum certitudinem, &c. §.1. Inſtit.de vſuca. Oppon.l.3. ff. de minor. vbi computatio fit de momento ad momentum. Sed fauor minoris hoc exigit, vt reſtitui poſſit quandiu momentum aliquod ſupereſt 25. anni. Eadem eſt inſcriptio d. l.3. de minorib. & l.in vſucapionibus.lib.11. ad edic. Nec dubitandum eſt, quin hæc ita fuerint coniuncta ab Vlp. Eadem quoque inſcriptio eſt dic.l.ad rempub. de muneribus Oppon. præterea l.in omnibus.ff. de diuerſia & tempo. præſcript. In præſcriptione temporali ſpectantur ſingula momenta. Et in actione iniuriarum redhibitoria, &c. Nullus aſt fauor, qui ſuadeat diem completum pro cœpto eſſe habendum. Vſucapio eſt fauorabilior propter poſſeſſionem, titulum, & bonam fidem. Item ne dominia rerum ſint incerta, & res poſſeſſæ negligantur, & incultæ maneant. l. 1. ff. de vſucapionib. Theophil.Inſtit.eod.

Ad §.ergo & cum.

EXiſtit quæſtio ex iam dictis. Pone ita legatum Titio cum ad decimumquartum annum, &c. peruenerit, omnia bona hæres meus dato, id eſt, anno primo, ſecundo, tertio, tribus penſionibus. leg.tert.de annuis legat. Quæritur hoc triannium ex quo tempore numerari debeat? Ait Vlpianus numerari ex quo tempore factus eſt quatuordecim annorum, ſiue viuo teſtatore id acciderit, ſiue mortuo. Imo etiam, ſi ante factum teſtamentum ſorte ignorabat teſtator eum exceſſiſſe quatuordecim annos. Nihilominus currit triénium ab eo tempore, &c. Et eſt ſane mirum, quod tẽpus adiectum præſtationi legati incipiat currere nón modo antequam debeatur legatum: ſed etiam antequam datum ſit. Hoc fit multis de cauſis. Primũ, quia teſtator expreſſit, à quo tempore id triennium incipiat, &c. Hoc enim ſignificatur verbis teſtatoris: Triẽnio poſt completum quartumdecimum annum, &c. Secundo, quia tempus illud præterierat, cum factum eſt teſtamentum. Tertio, quia teſtator ignorabat illud tempus præteriiſſe. Quid igitur, ſi teſtator ſciebat eum exceſſiſſe decimumquartum annũ? ait Vlpianus triennium numerandum eſſe ex die facti teſtamenti. In ſuperiore caſu interpretamur teſtatorem idẽ dicturum fuiſſe, de præterito tempore, ſi id præteriiſſe ſciuiſſet. Hæc præſumptio ceſſat in eo, qui ſciuit. Sic ergo interpretamur, vt à tempore teſtamenti incipiat, ne diſpoſitio nugatoria ſit. Et eſt mirum, quod tempus ſolutioni præſtitutum incipiat antequam legatum debeatur, &c. Videtur potius à tempore mortis computandum eſſe, vt in leg.18.qui duos.§.hæc conditio. Digeſt.de manum. teſtam. Ad annum liber eſto, id eſt, poſt annum quam moriar. Et hoc verum eſt, quod dicitur de tempore mortis: niſi teſtator aliud dixerit. In hac ſpecie tempus exprimit, à quo incipiat illud triẽnium currere, vt iam dixi. Triennio poſt annum decimumquartum. Alibi dicitur tempus ſolutioni præſtitutum currere ab adita hęreditate. leg.46.ſi in diem. Digeſt.de condit.& demonſtrat. Ratio ſatis apparet ex eo capite. Quia dandum eſt hæredi, qui ante aditionem non eſt hæres. leg. 63. pretia rerum. Digeſt.ad legem Falcidiam.§.vltim. Inſtitut.de hæredum qualita. & different. Idem dicitur in leg.tertia, ſi quis hæredi. Digeſt. de ſtatuliber. alias tempus computandum eſt à die facti teſtamenti, vt hic dicitur. Et ſimilis eſt locus in leg.Thais.§.hærede.ff. de fideicommiſſ. libert. In annos octo liberi ſint. Et hoc poteſt eſſe exemplum dict. leg. ſi in annos. ſi Florent. lectionem ſequamur. In contractibus vnde numerandum ſit tempus adiectum ſolutioni, quæritur, ſed diſputatio non eſt huius loci. Videnda eſt l.Falcid.ff.de iure dotium.

Ad §.hoc autem.

IN hac ſpecie duplex tempus apponitur. Vnum quod facit conditionem: alterum quod non facit. Cum quatuordecim annorum erit. Hæc verba maxime apta ſunt ad conditionem faciendam. Particula, cum, conditionem ſignificat, ſi iungatur verbo futuri temporis. leg.ſi Titio. Digeſt.quando dies.l.cedat. Item euẽtus eſt incertus. Incertum eſt, an ſit victurus vſque ad eam ætatem. Dies non impedit tranſmiſſionem: ſicut conditio. leg. 5. ff. quando dies lega.cedat. Huc pertinet, quod dicitur in l.16.ſi ita ſcriptum. Digeſt.de manum.teſta. Cum Titius annorum 30. erit, Stichus liber eſto, eique hæres meus fundum dato. Libertas competit: ſed legatum non debetur, quaſi deficiente conditione. Idem dicitur in leg. 19.ſi ſeruus. Digeſtis, de ſtatuliber. Opponunt l.ex his verbis.C.quando dies lega.cedat. Conditio ibi adiecta eſt magis præſtationi legati, quàm legato. Ideo legatum non reddit conditionale: ſed pro mero tempore accipitur. Opponunt l. quibus diebus. 40. §. quidam Titio, Digeſt.de condit.& demonſtrat. ibi apponitur præſtationi: & tamen legatum eſt conditionale. Variæ ſunt opiniones. Sed legatum eſt conditionale propter particulam, Si: qua magis ſignificatur conditio, quam particula, cum. d.l.ſi Titio. Opponunt l.Seius.46.Digeſt. ad Trebell. vbi hæc verba non faciunt conditionem, Cum filius ad annos ſedecim peruenit. Sed ibi Iabol. nihil aliud reſpondet, quam ſpectandam eſſe voluntatem teſtatoris. Et cum hac exceptione intelligendum eſt, quod hic dicitur: niſi contraria voluntas appareat. In ea fiduciarius tantum fuit hæres, & inſtitutus contemplatione filij, vt interim bona tueretur, &c. Opponitur præterea l.18.libertis.§.ab hæredibus. ff.de alim.leg. vbi hęc verba non faciunt cõditionem, cum ad annum 25.peruenerit. Puto ita reſponſum eſſe propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. Militia relinquitur pro remuneratione eius oneris, quod ſubit legatarius morandi cum hærede. Nam etſi onere tenetur mortuo hærede: tamen per eum non ſtat, &c. l. 1.C.de legat.

Ad §.Si Titio.

QVæſtio hic tractatur pertinens ad leg. ſi creditori, ſupra hoc titul. Si debitor leget creditori, inutile eſt legatum, niſi plus ſit in legato, quam in debito.§.ſi quis debitori. Inſtit. eod. Inde quæritur, Debebam Mæuio decem, legaui Titio & rogaui, vt ſolueret creditori meo. An hoc fideicommiſſum valeat? Vlpian. diſſerit de vi huius fideicommiſſi: & ait in perſona creditoris non valere, Idque ſecundum regulam l.ſi creditori.ſupra. quia nihil eius intereſt, quia nõ eſt plus in legato, quam in debito. Dixerit aliquis, imo intereſt creditoris plures debitores habere. l.3.§.vlt.ff. de lib.lega. Ibi ſimilis eſt ſpecies, in qua tamen dicitur legatum valere in perſona creditoris: quia intereſt eius plures reos habere. Non eſt credendum Vlp. ſcripſiſſe pugnantia & contraria in eodem loco. Inſcriptio oſtendit hæc fuiſſe coniuncta: lib.23.ad Sabin. Accur. more ſuo refert opiniones aliorum ſine iudicio ac delectu vllo, hoc modo, vel dic, vel dic. Oſtendit quo fuerit iudicio præditus. In pleriſque aliis hoc vitium non deprehenditur, veluti in Bartolo, qui ſani iudicij fuit: caruit tamen earum literarum cognitione, propter quas eruditi homines appellantur, quod infelicitati temporum adſcribendum eſt. Ad rem. Videndum

dum eſt num aliqua ſit diſſimilitudo vtriuſque ſpeciei. Nam intellecta diſſimilitudine & differentia, ſublata erit omnis difficultas. Expendamus primum hanc ſpeciem: Lego decem, quæ debeo Mæuio: vt Titius ea præſtet. Ego qui ſum debitor, lego creditori repugnante regula. At enim intereſt eius habere duos reos. Reſpondeo duos reos hic vicē vnius haberi. Rogatur Titius quaſi miniſter, qui nihil capit commodi, &c. l.17 ſi quis Titio. ff. de legat.2. Nec multum refert creditoris à quo petat, an ab hærede, an ab hoc miniſtro. Expendamus alteram ſpeciem. Lego Mæuio decem, quæ Titius ei debet. Idque Titij gratia, vt liberetur. Dicitur vtrunque legatarium eſſe etiam creditorem ipſum, intereſſe eius duos reos habere. Hic nō legat debitor creditori, vt in ſuperiore ſpecie. Teſtator nihil debet Mæuio, ac ne Titio quidem. Non repugnat igitur regulæ l ſi creditori. Deinde intereſt creditoris hos duos debitores habere, Titium veterē debitorem, deinde hæredem, &c. vt commodior ſit exactio. Nec poteſt dici hæres quaſi miniſter quidam electus eſſe, vt in ſuperiori ſpecie: obligatur etiam ſupra vires hæreditatis. *Hæres verò poteſt, &c.* Quamuis hoc fideicommiſſum non conſiſtat in perſona creditoris: conſiſtit tamen in perſona hæredis. Hæres agit cum legatario, vt ſoluat pecuniam, ſi eam acceperit. non enim cogitur hoc miniſterium ſuſcipere. Nota igitur actionem ex teſtamento dari ei, cuius intereſt, quamuis nominatus non ſit, &c. Idque plenius declaratur in l.11. fideicommiſſa. §. interdum. ff. de legat.3. Similis locus in l.69. ſeruo legato. § ſi teſtator. hoc titulo infra. Similis locus in d.l.3. ff. de liberat. legat. Adde quod dicitur in l.77. cum pater. §. donationis. ff. de legat.2. Non oportet quæri, cum quo de ſupremis quis loquatur: ſed in quem voluntatis intentio dirigatur. Et obſeruanda eſt hæc ratio agendi. Cum peto à te, vt des Titio, quia mea intereſt Titio dari. Idem in ſtipulatione. l.38. ſtipulatio iſta. §. ſi quis inſulam. ff. de verb. oblig. Hic quæritur, quomodo poteſt valere hoc legatum in perſona hæredis? Nam à legatario inutiliter legatur hæredi. l.91. codicillis alias l.88. Lucius. §. Scæuola. in prio. ff. de legat.2. Hoc enim eſt vna manu recipere, altera reddere. Quod fruſtratorium eſt. l.55. qui ſic. ff. de ſolutio. Reſpondeo hæc diſſimilia eſſe. Nam hic non legatur hæredi, ſed creditori. Item hæres agit, non vt ſibi detur, ſed creditori, &c.

Verſic. ſed & ſi teſtator.

Oſtendit valere etiam hoc fideicommiſſum in perſona fideiuſſoris, quem teſtator dederat, quia intereſt fideiuſſoris pecuniam illam ſolui, vt ipſe liberetur. Tametſi minus interſit eius quam hæredis. quia fideiuſſor repetere poteſt ſolutum actione mandati. Sed noſtri magis intereſt non ſoluere, quam ſolutum repetere. Nec refert an reus ſit ſoluēdo, &c. quia tametſi poſſit repetere ſolutum: tamen plerunque id fit non ſine aliqua moleſtia & lite. Intereſt noſtra litibus non vexari. l. minoribus. ff. de minor. 25. annis. Hinc colligere licet fideiuſſorē in cauſa rei principalis idoneum teſtem nō eſſe. Nā in cauſa propria nemo teſtis eſſe poteſt l. nullus. ff. de teſtib. l. omnibus. C. eo. Cauſa propria cuiuſque dicitur ad quem commodum, vel incommodum pertinet. l.1. §. propriam. ff. quando appelland. Ex quo conſequitur poſſe eum, vt ſuſpectum iudicem, reiici & recuſari. facilius recuſatur iudex, quam teſtis refutatur. cap. cum canonicus. de offic. de legat. in Decret. Argumentum eſt igitur à maiori ad minus. Facilius reperiuntur iudices, quàm teſtes.

Ad §. Iubemus, al. fideiuſſor.

Vidimus exempla quædam de reo principali, qui legat creditori. Sequuntur alia quædam ſimilia de fideiuſſore legante, &c. Si fideiuſſor legauerit creditori, valet legatum in eorum perſona, quorum intereſt. Intereſt autem rei principalis, vt ipſe liberetur. Nam fideiuſſoris hæres ſoluens non repetit. creditur animo donandi legaſſe. Legatum eſt actus quidam liberalitatis. l.36. legatum, ff. de legat.2. Et Inſtit. eod. in prin. Eſt alius caſus non diſſimilis in l. tribus. ff. de vſufru. earum rer. Cum quis iuſſu teſtatoris fideiuſſit & ſoluit, &c. Hinc vulgo colligitur, Vitiato expreſſo non vitiatur tacitum. Idem colligitur ex ſuperiore ſpecie. Expreſſum legatum eſt creditori, non valet. Tacite legatum eſt aliis quorum intereſt, & valet. Nec id mirum, cum ſit diuerſa ratio taciti & expreſſi. Opponunt nobis regula cōmentitia, vitiato expreſſo, vitiari tacitum: ſed de talibus regulis non eſt laborandum, vt ſæpe admonui. Corruptio maxima eſt iuris harum regularum confictio, quæ nihil certi, aut ſolidi habet. l. omnis definitio. ff. de reg. iur.

Ad §. meminiſſe.

Pendet ex ſuperius dictis, vt particula, autem, oſtēdit. Dubitatio ex ſuperiore ſpecie. Damnatus ſoluere non repetit, ſed gratis id officium præſtat. Sed alia cauſa eſt venditionis, quæ non conſiſtit ſine pretio. §. pretium. Inſtit. de empt. fideiuſſor. obligari poteſt animo donandi, leg. quod dictum. ff. de pact. Sed quæ eſt vtilitas huius legati? Quia plerunque intereſt noſtra magis fundum habere, quam pecuniam. l.66. & ſi equo. inf. eo. l.54. ſi cui fundus. ff. de l.2. Et eſt obiter notādus caſus, in quo quis cogitur vēdere, cōtra regulam l. nec emere. C. de iure delib. facit l. tutor. ff. de in litem iurando.

Ad l.50. ſi ſeruum.

Initium huius capitis difficultatem non habet.

Ad § ſi hæreditatis.

Locus de vi & effectu legati. Vis eius præcipue pendet ex teſtamento, vt ita demum valeat, ſi effectum habuerit teſtamentum. l. ſi ſuperatus. ff. de pignor. Itaque ſi pronunciatum fuerit irritum, vel inofficioſum, nihil debetur legatariis. Idque locum habet etſi ſententia lata ſit contra hæredem tantum. leg. Papinianus. §. ſi ex cauſa. ff. de inoffic. teſtamēt. dict. leg. ſi ſuperatus. Cōtra regulā vulgarē, res inter cæteros, &c. leg.63. ſæpe conſtitutū ff. de re iudic. Singulare hic ius eſt conſtitutum, quod teſtamentū defendere, ad hæredem principaliter ſpectat. Nam lata ſententia contra alium, puta legatarium, aliis nō nocet. l.1. ff. de except. rei iudic. Vnde hæc ſentētia ius facere dicitur. leg. qui repudiantis. §. vltim. ff. de inoffic. teſtament. Sicut & ea pro ingenuitate fertur. l. ingenuum. ff. de ſtatu. hom. Excipiuntur aliqui caſus, in quibus hæc ſententia non nocet legatariis. Primus, ſi ſententia lata ſit hærede non defendente, vt hic Vlpian. oſtendit. Idem in dict. l. qui repudiantis. §. vltim. Idem in l. ſi proluſorio. §. vltim. ff. de appellat. Et eſt locus communis de eremodicio, id eſt, ſententia lata pro præſente contra abſentem. Quæ ſententia non eandem vim habet, quam ſi præſente aduerſario lata eſſet. Exemplū in l. Diui fratres. ff. de lib. cauſa. Non fit ingenuus, qui obtinet in liberali cauſa abſente aduerſario. Nec enim penuria aduerſarij ingenuitatem ſolet tribuere. Aliud exemplum in leg. ſi ideo. ff. de euictio. Sententia lata contra emptorem abſentem nō nocet venditori. Magis propter

abſentiam euicta videtur, quàm quod malam cauſam habeat. Quid ſi legatarij vocati ſunt? Quidam exiſtimant ſententiam latam, non defendente hærede, ipſis nocere. quod non caret ratione: quia licuit eis defendere argumen.l.emptor.Cod. de euictio. Sententia lata contra emptorem abſentem nocet venditori ſi præſens fuit. Hoc amplius addunt: idẽ dicendum eſſe, etſi legatarij ſciuerint cauſã agi. Sed de hoc dicemus ad l. ſæpe conſtitutũ.ff.de re iud. Secũdus caſus in quo ſententiã nõ nocet legatariis, cũ lata eſt colludẽte hærede cum aduerſario, vt hic Vlpian.ait. Idem in l.ſi proluſorio. ff. de appellation. vbi permittitur eis appellare. Imo cauſæ adeſſe vitandæ colluſionis gratia. Idque pertinet generaliter ad omnes, quorum intereſt.l.Titia.ff.ſolut.matr. Huc pertinet titu.ff de colluſ. detegen. Et eſt locus communis hic obſeruãdus. Tertius caſus, ſi per iudicis iniuriam damnatus ſit hæres, nec appellauit. Simile in l.ſi per imprudentiam.ff.de euict. Iniuria, quæ emptori fit, auctorem non debet contingere. Simile in l.68.exceptione.ff.de fideiuſſorib. Sententia lata per iniuriam contra fideiuſſorem, non nocet ideo principali.

Ad §.ſi tamen.

OStendit Vlpian. ſententiam latam contra hæredem nocere legatariis. cum legitimus hæres adiecit hæreditatem: quia teſtamentum ratum non eſt. Aliud dicendum eſt, ſi pro ſubſtituto iudicatum ſit. Manet ratum teſtamentum, & legata intelliguntur repetita eſſe.l.74. licet imperator.infra eod. Nec diſtinguitur, vt in ſuperiori ſpecie: an per iniuriam fuerit lata ſantantia. Non eſt audiendus, qui contendit ſententiam pro ſe latam eſſe per iniuriam, niſi partim pro aliquo, partim contra eum lata ſit.l.etiam.§.1.ff.de minorib.l.quædam.ff famil.erciſcun. Quæſtio eſt, quo caſu non nocet ſantentia legatariis, qua actione agent, & contra quem? Et certum eſt, ſi res ſit legata, cuius dominium ſit legatarij, poſſe eum vindicare à quocũque poſſeſſore.l.1.C commu. de leg. Alias poterit agi actiona vtili ex teſtamento contra eum, qui vicit.d.l.ſi proluſorio.§. vlt. de appel. Interdum etiam poteſt hæres ipſe, qui victus eſt conueniri propter dolum ſuum & colluſionem.§.ſeq.

Ad §.ſi quis ante.

VAriis ex cauſis hæreditas aufertur hæredi, vt indigno: & fiſco acquiritur Duæ ſunt, quarum meminit hic Vlpi. Vna eſt, ſi quis ante quæſtionem de familia habitam adierit hæreditatem.l.3.§. non tantum. l.5.§. non alias.ff. de Senatuſc. Silan. Altera eſt, ſi quis mortem non defenderit, id eſt, non vindicauerit.l.1. Cod.de his quib.vt indig.l.cum fratrem.eod.tit. Hæc autem hæreditas tranſit ad fiſcum cum onere legatorum, l. cum fiſco.ff de S.C.Silaniano.l.2 ff.ſi quis aliq. teſtari prohib. Quod locum non habet cum propter delictum defuncti hæreditas publicatur.l.78 cum filius.§. vltim. ff. de legat.2. Tunc enim legata non debentur, & teſtamentum fit irritum, &c. Nota penes hæredem indignum remanere hæreditatem.ſi fiſcus eam nolit auferre. Non acquiritur ipſo iure fiſco: ſed ita ſi viderit ſibi expedire. leg. 1. §. an bona.ff.de iure fiſci. Non poſſunt de ea indignitate quarta vel legitimi hæredes, vel alij. &c. leg his conſequenter.§.2.ff.famil. erciſcund. Dicitur hoc ad diuiſionem rerum hæreditar.non pertinere.

Sed ſi ſubiecit.

OStendit Vlpian. ita demum exonerari hæredem victum niſi data opera victus ſit appoſito delatore, &c Interpretatio hęc nititur ęquitate, & ad fraudes vitandas pertinet. Huiuſmodi ſunt pleraque alia exempla, vt in l.3.§.ſubuenitur.ff. de ſenatuſc. Silan. Sic tamen ſi non data opera voluerint ſe includi, ne operam ferre poſſent. Aliud ſimile in l.& qui data.ff. ex quib. cauſis maio. qui affectauerit abeſſe, &c. non reſtituuntur: datur exceptio ei, qui à magiſtratu retentus, niſi ipſe hoc affectauit. Aliud ſimile in leg. Spadonem.§.vlt.ff.de excuſ.tut. Qui tres tutelas habet, excuſatur, niſi affectauerit ſuſcipere. Hinc vulgo receptum eſt, quamuis inimico capitali fides non habeatur, tamen ſi quis data opera aliquem accuſauerit capitis, ne teſtis eſſe poſſet, non eſſe reiiciendum teſtimonium. Locus eſt de hac re inſignis in l.1.§. cum quis latrones.ff.de quæſtionib.

Ad §.ſi numerus.

LOcus de interpretatione voluntatis, qui proprie Rhetorum eſt magis, quam Iuriſconſ. Hæ quæſtiones, quæ ſunt facti, poſita ſunt in arbitrio iudicis.l.voluntatis.7.C. de fideicom. Iudex æſtimare debet quid teſtator veriſimiliter ſenſerit ex cõſuetudine, charitate, & aliis cõiecturis. Cõſuetudo patrisfa.nõ leuis eſt cõiectura. l. nummis.73.ff. de leg.3. l.ſi cui annuum.13.ff. de annua lega.l.ex vſu.10.ff de trito vino & oleo. leg. l.pe.ff.de alim l.Nec obſtat l.4.ff.de trit.l. Dixi ad leg. legato generaliter.ſup.hoc ti. Conſuetudo regionis.d. l.nummis. l. ſemper in ſtipulationibus.ff. de reg iur. Dignitas legatarij. l. ſed & ſi ſuſceperit. § 1.ff.de iud. Clariſſimis viris & ampliſſimis veriſimile eſt teſtatorem amplius præſtari voluiſſe. Neceſſitudo & affectio. His amplius etiam præſtari voluiſſe veriſimile eſt.l. Aurelius.§.Titius teſtamento.ff.de lib.lega. Contextus teſtamenti.d.l.nummis.ff de leg.3. qui filiabus.17. ſupra.l.hæredes palam. ff. de teſtam.l.inciuile.ff.de legib. Ineptum eſt autem, quod plerique hic dicunt de ordine ſeruando, &c. cum hoc omne relinquatur arbitrio iudicis.d.l. voluntatis. & alibi mutatur hic ordo.d.l.hæredes palam.

Ad l.55.nemo.

LOcus eſt de ratione legandi. Teſtator videre debet, ne legando aliquid contra leges faciat. leg ſi quis inquilinos.112.§.vlt.infra eo. Quod adeo verum eſt, vt etiam ſi teſtator ſpecialiter derogauerit legibus, id non valeat. Id enim ſolius eſt principis, qui ſolutus eſt legibus.l.princeps.ff.de legib. Cum quid aduerſus leges faciunt, addere ſolent, Non obſtante lege, &c. Teſtatoris non eſt ea auctoritas, vt poſſe hominis priuati. Atque ita accipiendum eſt, quod dicitur, voluntatem teſtatoris pro lege habendam eſſe. authen.de nupt.§.diſponat.l.verbis legis.ff.de verb.ſignif. Modo contra legem nihil faciat. Simile in l.vlt ff de colleg. Simile in ipſo prætoris interdicto.ff. de pactis.l.iuriſgentium.§.prętor ait. Qua de re etiam Pompo.noſter diſſeruit in hoc loco, vt apparet ex l.pen.ff.de pact.quę conferri & coniungi cum hac lege debet. Adde quod prætoris quoque ipſius Romæ poteſtas his cancellis circumſcripta fuit. l. 1. ff. ex quibus cau. maio. l. cum ſponſis.ff de pub. in rem actio. Hanc regulam probat Pompon, argum. quia nec tẽpore, aut loco, &c. Quod genus argum. videtur inſolens pleriſque. Non enim recte colligi videtur, Obligatio non poteſt finiri tempore, &c. ergo nihil contra leges caueri poteſt. Itaque fuit tempus, cum adhuc iuuenis, & audacior, quã nunc ſim, ita legendum, Itaque, pro, quia, &c. Ex vniuerſali particulare efficitur, non contra: ſed longo vſu edoctus ſenſi tãdem quod periculoſa ſit hæc iuuenilis au-

dacia

Digitized by Google

dacia & licentia. Lectio igitur recepta idoneum habet ſenſum. Nam Pompon. theſim, ſiue regulam ſuam probat argumento eo, quod inductionem vocamus, per exempla. Quod argumentum valet in iure ciuili, propter ſimilitudinem, ad quam maxime recurrendum eſt. l. non poſſunt. l. nequa leges. ff. de legib. Eſt enim eadem ratio in aliis caſibus, quæ eſt in finienda obligatione, &c. Ergo idem ius eſſe debet. l. à Titio. 108 ff. de ver. oblig. Vnde regula conficitur, Nemo poteſt, &c. Nunc exempla hæc declaranda ſunt. Primum exemplum eſt de tempora. Obligatio, qua tenetur hæres legatario, non finitur tempore, etiam ſi teſtator id velit. Nam certi ſunt modi obligationum tollendarum: ſicut & contrahendarum legibus introducti. l. obligationum fare. §. placet. ff. de obliga. & act. Quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi deſinit, veluti ſolutione, acceptilatione. De his titulus eſt in Inſti. quib. mod. tolli. obliga. Pactum inter eos modos non refertur. § vlt. eo. tit. §. præterea. Inſtit. de exceptio. Da pacto nihil Roma. legibus cautum fuit: vt alias diai ad tit. de pact. In pactis factum verſatur, &c. l. ſi vnus. §. pactus ne peteret. ff. de pactis. Excipiuntur quædã pacta, de quibus in l. legitima. & l. ſi tibi. §. quædam. ff. eod. tit. de pact. Ex aliis tamen pactis datur exceptio prætoria. dict. § prætoria. Quę exceptio actionem ipſo iure competentem, reddit inutilem & inefficacem. l. nihil intereſt. ff. de reg. iur. Hinc Cicero ait, pacta interdum iuri præſtare. Quæ tam iuſta putantur, vt iuri præſtare dicantur. Idem de tempore eſt dicendum, quod de pacto. Tempus non reperitur enumeratum inter modos legitimos obligationum d. l. obligationum. Vſque ad calendas dare ſpondes? Hæc obligatio perpetua eſt mero iure, & ſecundum leges. Promiſſor tamen conuentus poſt calendas, exceptione vtitur pacti, vel doli. Æquum viſum fuit hanc ſubtilitatem iuris ciuilis ſic temperare. Æquum eſt, quod conuenit ſeruari. l. 1. Digeſt. de pact. Ac tame. ſi leges repugnent: tamen ideo ab eis receditur: quia ſubtilitate quadam nituntur magis, quam vtilitate, aut æquitate. In hac emendatione veteris iuris fere, verſatur ius prætorium. leg. ius autem ciuile. ff. de inſtit. & iure. Similis eſt locus de ſtipulatione in l. 56. eum, qui ita. §. qui ita. ff. de verb. oblig. idem dicitur in §. at ſi ita. Inſtit. de verbo. oblig. Similis locus eſt in l. 4. ff. de ſeruitut. Seruitus conſtituta ad tempus perpetua eſt mero iure. Sed vindicans ſeruitutem, poſt tempus ſummouetur exceptione pacti, vel doli. Non eſt contrarium quod dicitur in leg. ſi Stichum. 16. §. ſtipulatio. ff. de verbo. obligat. Si legatum ſit in ſingulos annos, legatum finitur morte. Cauſa non eſt lapſus temporis: ſed mors, &c. Conditionale legatum non tranſmittitur. l. ſi annos. 4. ff. de an. lega. Nihil tamen prohibet præſtituere tempus hæredi ad adeundum, quo elapſo excludatur. l ſi quis ita hæres. 82 ff. de hæred. inſti. Diſpoſitio confertur in tempus, quo nihil iuris adhuc habet. l. pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid. Verba cretionis apud Vlpian. titu. qui hæred. inſtit.

Aliud exemplum eſt de loco. Non magis finitur obligatio loco, quam tempore. Non numeratur locus inter modos, &c. Hæres Stichũ dato Romæ, aut quandiu fuerit Romæ. Si hoc animo ſit teſtator, vt velit eũ non teneri, cum deſierit eſſe Romæ. Aliud exemplum da conditione. Species ſumi poteſt ex dict. leg. obligationum fere. Stichum Titio dato, niſi nauis ex Aſia venerit. Vult hæredem teneri quouſque nauis venerit. Exiſtente conditione, tenetur debitor: ſed iuuatur exceptione. Idem dicitur in dict. leg. 4. de ſeruitut. Quæſtio eſt, an hæres poſſit ſe tueri exceptione, &c. Quidam negant. quia Pompon. ait, Nemo poteſt, &c. Verum iis aſſentior, qui putant locum eſſe exceptioni. Nam id receptum eſt in ſtipulatione. dict. leg. obligationum. dict. leg. eum qui ita. 56. Item in ſeruitute. dict. leg. 4. ff. de ſeruit. Nec dubium eſt, quin eadem æquitas ſit in legato. Adde quod plenius interpretamur vltimas voluntates. leg. in teſtamentis. ff. de reg. iur. Ex eodem æquitatis fonte profluxit conſtitutio de legato temporali. l. vltim. Cod. commu. de leg. quæ eſt vna ex nouis deciſionibus. Nam ſubtilitas iuris refragatur: ſed æquitas præualere debet.

Obſeruanda eſt diligenter regula Pompon. Nemo poteſt, &c. cui ſimilis eſt alia in l. 6. quidam decens. ff. de admin. tut. Nemo poteſt in teſtamento ſuo ius publicum remittere, nec mutare formam antiquitus conſtitutã. Similis allegatio eſt in c. requiſiſti. ff. de teſtamen. in decretal. Priuata diſpoſitio teſtatoris non poteſt generalẽ conſtitutionẽ canonis immutare. Hæc regula quæ generalis eſt, multa complectitur ſingularia. Quædam præcipua hic attingamus, ex quibus apparebit vſus regulæ. Ex regula colligitur teſtatorem non poſſe mutare formam & ſolennitatem teſtamentorum. Hæc ſolennitas deſcribitur in l. hæc conſultiſſima. & l. iubemus. C. de teſtam. Hæc forma arbitrio teſtatoris non mutatur. l. teſtandi. 13. Cod. de teſtam. Vno ex teſtibus deficiente, nullum eſt teſtamentum. l. ſi vnus. Cod. de teſtam. Huc pertinet l. codicillis. §. vltim. ff. de leg. 2 alias l. Lucius. 9. vbi petuntur bona ex cauſa inteſtati. Numerus teſtium & alia huiuſmodi ſolennia iuris publici ſunt. l. 3. ff. de teſtament. Publico iure hoc ita conſtitutum eſt, vt facilius occurratur falſitatibus, quæ in teſtamentis frequentius admittuntur, quam in aliis artibus. l. vlt. C. de fideicomm. Caſus tamen ibi ſingularis eſt, in quo præſtatur fideicommiſſum ex ſcriptura non ſolenni. Cum hæres delato iureiurando fatetur relictum fuiſſe, nec quicquam allegat præter ſubtilitatem iuris. Idem dicitur in §. vltim. de fideicommiſſ. hæred. in Inſtit. Præterea valet etiam interdum iure fideicommiſſi. vt in dict. leg. Lucius. §. vltim. ff. de leg. 2. Hæc verba vim habent clauſulæ codicillaris. Sicut in l. cum pater. 77. §. filius matrem. de leg. 2. ibi, Enixæ voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectæ videbantur. Ex iam dictis poteſt decidi quæſtio agitata de inſinuatione teſtamenti. Teſtamenta ſolent publicari & inſinuari. l. teſtamẽta. l. conſulta C. de teſtaman. ne fides pereat, tametſi valeat ſine hac publicatione. Sicut donationes vſque ad certam ſummam. l. ſancimus. C. de donatio. quæ ſine inſinuatione non valent. Hodie in Gallia omnes contractus propter nouum edictum principis noſtri, ad vitandas fraudes inſinuari debent. Si igitur forte cautum ſit lege municipali, vel moribus receptum, vt non valeat teſtamentum abſque inſinuatione, quæritur an teſtator poſſit hanc inſinuationem remittere? Et ſatis demonſtratum eſt ſolennia, quæ ad ius publicum pertinent, remitti non poſſe. Hæc autem inſinuatio videtur eſſe iuris publici: vt facilius vitetur falſitas, vt vitentur fraudes: vt notæ ſint facultates cuiuſq; pro vectigalibus & tributis. Hæc omnia ad ius publicum pertinent, quod remitti non poteſt. dict. leg. quidam decedens. Hæc de ſolennitate & ritu. Regula pertinet ad ea etiam, de quibus diſponit teſtator. Vt ſi aliquid præceperit bonis moribus contrarium de ſepultura ſua. l. ſecuo alieno. 113. §. vltim. infra eod. l. quidam in ſuo. 27. ff. de condit. inſtit. Quæ ſunt bonis moribus contraria, perinde habenda ſunt, ac ſi facta eſſent cõtra leges. l. pacta quæ contra. Cod. de pact. Similis locus eſt in l. at ſi quis. §. funeris. ff. de relig. & ſumptibus. funerum. non oportet ornamenta cum corporibus condi: nec quid aliud huiuſmodi, quod homines ſimpliciores faciunt.

Aliud eſt exemplum regulæ ſuperioris, Si teſtator

remiſerit cautionem vſufructuario. l. 1. Cod. de vſufr. l. ſcire. Cod. vt in poſſ. legat. Duo autem ſunt genera cautionis, quæ exigitur de vſufructu. Vnum eſt cum vſusfructus relinquitur earum rerum, quæ vſu conſumuntur. de quo tit. eſt de vſufr. earum rer. Exigitur cautio de reddenda pecunia. &c. de hac cautione hic non loquimur. Altera eſt quę exigitur à quocunq; vſufructuario. titu. vſufru. quemadmod. cauea. Cauet ſe vſurum viri boni arbitratu: & cum vſusfructus ad eum pertinere deſierit, reſtituturum, quod extabit. l. 1. eod. tit. Hanc cautionem teſtator remittere non poteſt, vt conſtituit Marcus d. l. ſcire. Viſum eſt Marco Imperatori ſapientiſſimo, idque bonis moribus contrarium. Ea remiſſio præbet occaſionem vſufructuario abutendi re, &c. Facile abutitur fructuarius per ſpeciem vſus & fruitionis, quæ ei permittitur. Hoc compertum: verbis vtar eiuſdem Imperatoris in l. 2. eod. tit. Quæſtio eſt ad eandem regulam pertinens, de iure primogenituræ. Hoc ius ortum habet ex moribus & conſuetudine. Eſt contrarium legibus Romanis. l. maximum. C. de lib. præt. Sed vtilitatem habet & pertinet ad conſeruationem familiarum. Quæritur, an pater in teſtamento poſſit hoc ius adimere filio primogenito? Et receptum eſt non poſſe: quia non poteſt contra leges, &c. Conſuetudo vim legis habet. l. de quib. ff. de legib. Confirmatur hæc ſententia arg. ex l. ſi arrogator. ff. de adopt. Quia hoc non iudicio eius ad eum peruenit, ſed principali prouidentia. Ex cauſa tamen hoc poteſt pater, cauſa ingratitudinis, vel alia huiuſmodi, c. licet. de voto & voti redempt. in antiq. Decretalib. De eo qui demens, vel vitio aliquo laborat, vide c. grandi. de ſupplen. negl. prælat.

Quæſtio alia tractatur ad regulam ſpectans. Teſtator reliquit certam pecuniam ſacerdotibus promiſſis celebrandis: an valeat diſpoſitio? Plerique interpretes iuris pontificij negant valere, quod non liceat mercedem accipere pro re huiuſmodi. Quod hic dicitur de legibus, ad canones quoque pontificios pertinet. Sed ego ſcripſi de hac re quid ſentiam lib. 7. de benefic. c. 6.

Alia quæſtio eſt, Si teſtator iuſſit, vt mulier arbitratu Titij nubat. Reſpondeo hunc iuſſum non valere, quaſi bonis moribus contrarium & publicæ vtilitati ſobolis procreandæ cauſa. l. hoc modo. 63. ff. de condi. & demonſt. Et hoc ſatis expreſſum eſt l. cum t. le. 71. §. ſi arbitratu. ff de condit. & demonſtrat. Matrimonia debent eſſe libera. l. Titia. 134. de verbor. obligat.

Aliud exemplum regulæ eſt, Si teſtator iubeat hæredibus ſuis, vt in communione maneant. Dicendum eſt non valere, ſi perpetuo, &c. l. in hoc iudicium. §. ſi conueniat. ff. commun. diuid. Hoc eſt contrarium bonis moribus: cogi quenquam inuitum ad communionem. l. ſi non fuerit. §. ſi centum. ff. de condict. indeb. Solet communio diſcordias excitare. l. cum pater. 77. §. dulciſſimis. ff de legat. 2 Et magis negligi ſolent, quæ communia ſunt, quam quæ propria. l. 2. Cod. quando & quib. quarta pars. Quędam alia exempla adduci poſſent, ſed infinitum eſſet ſingula perſequi. Nunc accedendum eſt ad ea, quæ regulæ aduerſari videtur. Nam plerunque teſtatori licet cauere cōtra quàm lege cautum ſit. Quare officium perdere videtur regula. l. 1. ff. de reg. iur. Sed animaduertendum eſt, quod hic dicitur de legibus, accipiendum de iis, quæ ad rem magis publicam, quàm priuatam ſpectant. Quomodo accipitur in edicto prætoris. ff. de pactis. l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. & l. paciſci. eod. titul. Sed quædam ſpecies ſunt, in quibus dubitatur, an priuati, an potius publici iuris ſint. Nec ſane facile eſt homini non exercitato hæc diſtinguere, ac diſcernere. Nos exempla quædam pręcipua hic referemus, quibus declaratis, facilius poterit de aliis iudicari. In primis certi iuris eſt cautionem legatorum poſſe prohiberi. l. penul. Cod. vt in poſſ. lega. Cur potius quam cautio fructuaria? Imperator ipſe rationem affert, vt ineptum ſit aliam requirere leg. 2. eod. titul. Non expedit publice hanc cautionem exigi, inuito teſtatore. Cur? Quia id experientia & vſu compertum eſt. Contra io cautione fructuum. Experientia compertum eſt præberi occaſionem fructuario abutendi, &c. Experientia docuit, facilius & frequentius abuti fructuarios, quam hæredes. Iura debent aptari ad mores hominum, &c. Erit autem 1. diſtin. Quod medicamenta morbis, &c. Nouel. 111. Quibus non ſatisfaciunt hæ rationes, non ſunt apti ad tractationem ciuilis ſcientiæ. Ineptum eſt in hac ſcientia quærere ἀποδείξεις. Aliud exemplum ex leg. 1. Cod. cōmun. de lega. Si teſtator iuſſerit, ne dominium tranſeat in legatarium ſine apprehenſione, bona non ſunt obligata pro legato. Vix vllus hic vertitur publicus fauor. Sola voluntas teſtatoris ſpectatur. dict. leg. 1. verſ. ſi enim teſtator. Eadem ratione receptum eſt hæreditatem non aditam tranſmitti, &c. Item legata conditionalia. Cod. de caduc. tollend. Ac de iis conuenit inter omnes. Quid ſi teſtator voluerit, vt legatarius capiat rem legatam per ſe, nec ab hærede petat? Contra l. non dubium. Cod. de lega. l. 1. § 1. ff. quod legat. Et verius videtur hoc præceptum teſtatoris valere, modo id ſine tumultu fiat. l. non eſt ſingulis. ff. de reg. iur. Quod conſtitutum eſt de hac re, videtur conſtitutum propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. At contraria voluntas hic euidenter apparet. facit. l. Titia cum teſtamento. 35. §. Lucius. ff. de lega. 2. argum. eſt etiam l. 3. Cod. de pignor Pactum valet vt liceat ingredi poſſeſſionem rei obligatę, &c. Ergo & iuſſus teſtatoris. l. ſeruum filij. 44. §. cum, qui ſupra hoc ti. Quæſtio eſt de prohibitione Falcidiæ. Sententia veterum eſt, prohiberi non poſſe. l. quod de bonis. 15 §. 1. & §. vltim. ff. ad leg. Falcid. Exiſtimauerunt veteres illi deductionem Falcidiæ ad ius publicum pertinere. Lata eſt lex Falcidia, ne hæreditate non adita teſtamentum irritum fiat, & quæcunque in eo ſcripta fuerint. Inſtit. de lege Falcid. in princ. Non valet teſtamentum, niſi adita hęreditate. l. eam quam. Cod. de fideicommiſ. l. ſi nemo. de reg. iuris. Publice autem intereſt, vt teſtamentum effectum habeat. l. vel negare. ſupra quemadmod. teſtam. aper. Hoc autem ius abrogatum eſt à Iuſtinian. Nouel. 1. de hæred. & Falcid. §. ſi vero expreſſim. authem. ſed non teſtator. Cod. ad leg. Falcid. hoc vnum habet lucrum hæres, pietatem gratuitam, &c. qua vir bonus contētus eſſe debet. Sed cur Iuſtinia. huius pietatis gratuitæ rationem habuit potius, quam veteres legiſlatores? Varię rationes adduci ſolent. Vna eſt, quę mihi videtur cæteris probabilior, ac verior eſſe, quia cautum eſt eadem conſtitutione, vt hærede nō adeunte, legata debeantur, modo fideicommiſſarij aut legatarij adeant, dict. §. ſi vero expreſſim. & authent. hoc amplius. C. de fideicommiſſ. Conſtat ergo ratio iuris veteris, nec vllum ſubeſt periculum, ne facto hærede pereat teſtamentum. an hoc nouum ius locum habeat in Trebelliania quarta? Hæc deducitur ex hæreditate fideicommiſſaria. leg. 1. ff. ad Trebellia. & Inſtitu. de fideicom. hæred. illa ex legatis. Et iure veteri non valet eius quartæ prohibitio. l. ſi vt allegas. Cod. ad l. Falcid. Varię ſunt opiniones. Ego iis aſſentior, qui putant nouæ conſtitutioni locum eſſe in hac etiā quarta. Nam Iuſtinian. loquitur de Falcidia, dict. §. ſi vero expreſſim. Nec dubium eſt, quin hæc quoque Falcidia dicatur. dict. leg. ſi vt allegas. Dixi ad l. cum filiofamil. ſupra eod. quia ad exemplum legis Falcidiæ inductum eſt Senatuſconſul. Trebellia. §. ſed quia hæredes. Inſtit. de fidecom. hæred. Deinde ratio eadem eſt, eadem vtilitas. Nul-

Digitized by Google

tas. Nullum enim periculum eſt, ne hæres ſine lucro hæreditatem non adeat. Nam valet teſtamentum eo non adeunte, ſaltem poteſt cogi adire inuitus etiam iure antiquo. l. quia poterat. ff. ad Trebellia. Quid ſi filij primi gradus inſtituti ſint? Plerique cenſent de nouo quidem iure prohibitionem teſtatoria valere: quia ſpecialiter id conſtitutum iuit de filiis. ne teſtator poſſit Falcidiam eis adimere. l. iubemus. Cod. ad Trebell. Sed hæc opinio non ſatis firma ratione nititur. Ius antiquum non permittit teſtatori Falcidiam prohibere, vt iam dixi ſupra, idque ius pertinet generaliter ad omnes etiam extraneos, nihil ſpeciale eſt in filiis. In l. iubemus non dubitatur de Falcidia, quaſi certum ſit adimi non poſſe, ſed dubitatur de imputatione fructuum: quia ſolent imputari in quartam. l. in fideicommiſſariam. 18. ff. ad Trebel. Sed imperator hoc fauore proſecutus eſt filiorum, vt quartam habeant ſolidam ſine imputatione fructuum.

Dixi locum non eſſe regulæ Pompon. cum de re priuata magis, quàm publica agitur. idque aliquot exemplis & quæſtionibus declaratum eſt. Alia eſt quæſtio, an teſtator poſſit hæredem ſuum adſtringere ad ſoluendum metu carceris? Videtur hoc contra legem eſſe, l. ob æs alienum. Cod. de oblig. Sed verius eſt hunc iuſſum teſtatoris valere: nihil eſt hic legibus, aut bonis moribus contrarium. Nam & iure ciuili iudicati continentur carcere, donec ſoluerint, &c. l. 1. Cod. qui bonis ced. poſſ. Et valet pactum de ea re factum, vt moribus noſtris receptum eſt, idque confirmatur iure pontificio. cap. ex reſcripto. de iureiur. Nec contraria eſt l. ob æs alienum. loquitur enim de addictis, quorum meminit Fab. Quintil. & alij. non eſt autem intelligenda de carcere. Alia quæſtio, an poſſit cauere teſtator, vt fides habeatur dicto & affectioni alicuius. Volo dari Titio pecuniam, quam affirmauerit ſibi deberi. Duæ leges obſtare videntur. l. iuriſiurandi. Cod. de teſtib. in qua dicitur, vnius teſtimonium non ſufficere. idem in c. in omni negotio. de teſtibus. in Decretal. Item obſtare videtur l. omnibus. C. de teſtib. teſtis in re propria, &c. Hoc præceptum teſtatoris aduerſus vtramque legem factum videtur, ſed verius exiſtimo hoc præceptum valere, ſi poteſt teſtator totam illam pecuniam donare, cur non poterit eius fidem ſequi? &c. Cui liter quod eſt plus, &c. l. videamus. ff. de in litem iurand. Perinde eſt, ac ſi dixiſſet, lego centum, ſi modo iurauerit ſibi deberi. Huc pertinet l. Theopompus. ff. de dote præleg.

Prouidebit Paulianus, qui nouit mentem meam de æqualitate perſonarum, &c. Nec ad rem pertinet, quod dicitur legatum conferri in alterius voluntatem non poſſe, vt dixi ad l. Senatus ſupra eod. Multum refert, an quid committatur voluntati alicuius: an teſtimonio & fidei. argu. l. nonnunquam. 51. ff. de condit. & demõſtr. l. ſi quis Sempronius. 68. ff. de hæred. inſtit. Hoc autem ita accipiendum videtur, niſi ex magna & graui cauſa aliud viſum fuerit iudici. Quid enim ſi tantam pecuniam affirmet ſibi deberi, vt incredibile ſit eam dediſſe mutuam teſtatori? Ex qualitate perſonarum æquum eſt iudicem moderari, & taxare quãtitatem aliquo, &c. argu. l. videamus. ff. de in litem iuran. l. ſi libertus ita iurauerit. 30. ff. de oper. liber. Quid ſi mutauerit mores, ſtatum, conditionem. arg. l. cum quis. 38. ff. de ſolut. l. ſi cum Cornelius. 82. eo. tit. Alia quæſtio, ſi teſtator iuſſerit, vt cadauer ſuum in alium locum transferatur, alias, &c. Quidam cenſent hoc præcepto hæredes non obligari: quia non licet ſine permiſſu principis. l. nemo. Cod. de relig. Si perpetuæ ſepulturæ traditum fuerit. l. Diui fratres. 39. ff. de relig. l. ſi necdum. Cod. eod. Vulgo dicitur, id haberi pro impoſſibili, quod ſine iuſſu principis fieri non poteſt. l. apud Iulianum. 39. alias, cum ſeruus. §. conſtat. ſupra eo. At impoſſibilium nulla eſt obligatio. l. impoſſibilium. ff. de reg. iuris. Verum ego ſup. admonui videndum eſſe num id ſoleat facile impetrari, &c. l. 1. §. permittitur. ff. de aqua quotid. l. 5. quidam relegatus. ff. de reb. dub. Sicut accidit in hac ſpecie, ſaltem debet experiri principis voluntatem. argu. l. quid ergo. ff. de contrar. & vtil. act. tutel. Alia quæſtio, an teſtator poſſit remittere confectionem inuentarij vel tutori, vel hæredi? Et certum eſt tutori poſſe remitti. l. vlt. Cod. arbit. tutel. Si teſtator ſpecialiter inuentarium conſcribi vetuerit, creditur pater id facere, vt conſulat filio, ne forte patrimonij ſecreta pandantur. l. 2. C. de alim. pupil. præſtan. l. 2. C. quando & quibus quarta pars. Nec mihi probatur ſubtilis illa differentia remiſſionis & prohibitionis. quia nulla bona & firma ratione nititur. Cum remittit, oſtendit ſe confidere tutori, quaſi non aliter confecturus ſit, quàm ſi id expedire pupillo viderit. Ex cauſa tamen poterit negligi hęc voluntas propter vtilitatem pupillorum, &c. l. vtilitatem. ff. de confir. tut. Si quid inopinatum emergat, de quo non cogitauit teſtator, &c. Aliud eſt genus inuentarij, quod fit ab hęrede, &c. l. vlt. C. de iure delib. Et non videtur poſſe remitti in præiudicium creditoris. iniquum eſt facto debitoris conditionem fieri deteriorem creditorum. l. debitorum. Cod. de pact. ergo tenebitur hæres etiam vltra modũ hæreditatis: nec ei proderit remiſſio, &c. Quid ſi nulli ſunt creditores, ſed tantum legatarij? Diuerſa eſt cauſa legatorum, quia teſtator potuit etiam non legare. ergo multo magis liberalitatem ſuam arbitrio ſuo definire. argu. l. videamus. ff. de in lit. iuran. Alia quæſtio eſt de iure accreſcendi. Scripſi libro ſecundo de iure accreſcendi cap. 14.

Digitized by Google

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI AD LEGEM FALCIDIAM, TITVLVS II. LIBRI XXXV.

De ordine legis Falcidiæ.

CAP. I.

IN interpretatione legis Falcidiæ illud primum quæri ſolet, quid Falcidia lex dicatur, & quis auctor eius fuerit: Quod ideo commemoro, quia eruditi quidam fatentur, ſe nuſquam legiſſe, quis hic Falcidius fuerit, qui huius legis auctor eſſe dicitur. Dion autem in Auguſto meminit huius legis, & legiſlatoris, eumque ait Tribunum plebis Romæ fuiſſe: meminit quoque eius Hieronymus in chronicis Euſebij, & Gratianus in cap. quędam, a. diſtinctio. Dicta igitur eſt hæc lex Falcidia, quia Falcidius Tribunus plebis eam à plebe rogauit. Quemadmodum & lex Aquilia, quæ plebiſcitum eſt, lex dicitur, ab Aquilio Tribuno plebis. l. 2. ad legem Aquiliam. Huius legis capita deſcripta extant apud Paulum in l. 1. ff. eod. quæ nos actim percurremus, quia veluti vice argumenti creduntur eſſe totius huius tractatus. Antequam autem diſcuttamus, quæ ad interpretationem legis Falcidiæ à iuris noſtri auctoribus ſcripta ſunt, prius capita legis videnda ſunt. Primum caput hoc eſt in l. 1. §. 1. ff. eod. *Qui ciues Romani ſunt.* Paulus admonet hoc c. 1. datam liberam legandi facultatem. Accurſius interpretatur hæc verba Pauli, *Dedit facultatem*, id eſt, datam confirmauit, quaſi hæc poteſtas legandi prius conceſſa fuerit lege Decemuirali 12. Tabul. arg. l. verbis legis. de verbo. ſignif. latiſſima, inquit Iuriſconſultus, videtur poteſtas tributa eſſe hæredem inſtituendi, legandi. Sed dicendum eſt, his verbis reuera ſignificari, liberam legandi facultatem Falcidium dediſſe: idque ita accipere debemus, quaſi dederit, quod ante populo permiſſum non erat: abrogat enim Falcidius hac lege legem Furiam, & Voconiam, quæ non permittebant ciuibus, liberè, quæcunque vellent, legare: Vtriuſque legis & Furiæ & Voconiæ meminit Iuſtinian. in titu. de leg. Falcid. inſtitut. Et Theophilus in eodem loco docet, quid vtraque lege cautum fuerit. Lege Furia cautum erat (inquit) ne quis vltra aureos mille legaret. Quod eodem ſenſu Iuſtin. dicit, vltra mille aſſes. Vocat autem legem Furiam teſtamentum, quia præcipue ad teſtamenta pertinebat. Eandem legem Furiam dictam puto Fuſiam Caniniam. Furiam enim vel Fuſiam promiſcue dicebant veteres. de quibus meminit Cicero lib. in Verrem 3. Voconia lege cautum erat, ne plus haberet legatarius, quàm hæres. Conſeruationi teſtamentorum ſtudebant hi legiſlatores, ſed poſtea tamen compertum eſt, vtranque legem facile eludi poſſe. Multis enim perſonis legari poterat, quo fiebat, vt etſi ſinguli legatarij vltra mille aſſes non acciperent, tamen hæreditas nihilominus exhauſta maneret, & inadita, & irritum fieret ea ratione teſtamentum. Ergo cum non eſſet ſatis vtraque lege proſpectum conſeruationi teſtamentorum, lata eſt hæc lex Falcidia, qua melius conſulitur teſtamentorum conſeruationi, quemadmodum dicemus in ſecundi cap. huius legis interpretatione. Hinc intelligi poteſt quorſum pertineat caput primum huius legis. cum Iuriſconſultus ait, *Liberam facultatem legandi dedit.* Nam & ſi quidem verum eſt, eandem facultatem prius lege 12. Tabu. permiſſam fuiſſe, tamen plurimum ei per legem Furiam. i. Voconiam abrogatum erat. Vnde ius antiquum Falcidius renouare vult, niſi quatenus idem reſtrinxit in hac eadem lege, capite ſecundo. Huic non diſſimile eſt, quod attigimus ſuperioribus locis in §. 1. C. de caduc. tollend. Iuſtinianus in eo loco ait, ſe idem cōſtituere de legatis, quod prius ſtatutum fuerat, vt portio deficiens non fieret caduca, ſed vel ſubſtituto accederet, vel accreſceret coniuncto. Et tamen in pleriſque Pandectarum locis diuerſum antiquitus obſeruatum fuiſſe reperimus, verum lege Papia Pop. ius antiquum, quod Iuſtinianus confirmat, immutatum fuerat, ideoque diſtinguitur lex Papia à iure antiquo, quo idem ſtatutum erat quod Iuſtinianus ibi recenſet, & confirmauit, ius alterum legis Papiæ emendans. Huius legis Papiæ meminit Dion lib. 56. & Vlpianus cap. 29. Inſtit. *Qui ciues Romani ſunt.* His verbis excludit Falcidius peregrinos, qui non habent teſtamenti factionem, quam ciues Roma. tantum habent. Peregrini teſtamentum facere non poſſunt, eodem iure vtuntur in Galliis ii, qui Albini dicūtur, niſi literas à rege impetrauerint: alias non licet iis vltra quinque aſſes legare. *Poſt hanc legem rogatam.* Hic obſeruandum eſt, legem ad præterita non trahi, ſed ad futura pertinere, l. leges. C. de legib. niſi nominatim in lege aliud fuerit expreſſum. Boni legiſlatoris eſt futuris negotiis formam dare: ſine maxima enim humani generis captione fieri aliter non poteſt, quo nomine Cicero lib. 3. in Verrem inuehitur, quod in edicto poſuiſſet, *quicunque fecit, feceritve*, & edictum ad præterita retulerit, quod ſi permittatur, non dubium eſt, quin valde id ſit captioſum futurum. Nam ante legem pœna euitari non poterit, nec poſt legem. qui factum infectum fieri non poteſt. Idem Iuſtin. in l. in bello. §. facta. ff. de cap. Sed cum quib. exceptionibus hoc accipiendum ſit, ſuo loco docuimus in explicatione tit. de leg. & Senat. Sequitur ſecundum caput huius legis.

De modo legatorum adhibendo.

CAP. II.

Quicunque ciuis.

HOc ſecundo capite, modum legatorum conſtituit Falcidius, vt Paulus admonet. Ergo hoc præcipuum caput eſt huius legis, & pertinet ad quartam illā partē hæreditatis, quæ detrahitur ex legatis, cū excedunt dodrantē: & dicitur pars illa à iuris auctoribus Falcidia, & Falcidiā detrahere, id eſt, quartā partē detrahere. in l. in ratione. 11. §. quod vulgo. l. ad leg. falcid. ff.

partē

pater filiam.54.& aliis. Statuit igitur Falcidius, vt ita ciues Romani liberam haberent legandi poteſtatem, dum ita legetur, ne ex hæreditate minus, quàm quartam partem hæredes capiant.

Quartam hæreditatis vult penès hæredes manere, quæcunque teſtator legata reliquerit. Ergo hac lege plenius proſpectum eſt conſeruationi teſtamẽtorum, quàm antea. Voconia autem lege cautum erat, ne minus caperet hæres ex hæreditate, quàm legatarius, ſicut in altera lege, Furia ſcilicet, ne plus mille aſſibus legaretur. Sed eludebatur & hæc: contingebat enim ſingulos legatarios non plus habere, quàm hæredes, & tamen contingebat exhauriri hæreditatem legatis, nec ideo videbatur contra legem factum eſſe: cui incõmodo hic occurrit Falcidius, & ſtatuit ne minus quàm partem quartam hæreditatis retineant hæredes ex teſtamento, quæcunque teſtator legarit. *Ciui Romano.* His verbis oſtẽdit Falcidius, quemadmodum nemo poteſt legare, niſi qui ciuis Romanus ſit, ita nemini legari poteſt, niſi ſit ciuis Romanus. Ciues Romani tantum teſtamenti factionem habent. Hanc factionem vtroque ſenſu accepimus. tito. de hæred. qualit. & different. Inſtitut. Peregrinus neutro modo teſtamenti factionem habet, quia ciues Romani non ſunt. Huc pertinet l. 1. C. de hęred. inſtit. vbi docet deportatos hæredes inſtitui non poſſe, nec tanquam peregrinos ex teſtamento capere poſſe, quia deportati in inſulam peregrini ſunt: quod notum eſt ex eo, quod ciuitatem amittunt, & ex ciuibus peregrini fiunt. l. ſed ſi hac lege. ff. de in ius vocand. licet enim per deportationem libertatem non amittant, amittunt tamẽ ciuitatem. Et huc referri oportet, quod eſt apud Theophil. in princ. titu. Inſtit. de fideicom. hæred. vbi docet originem fideicõmiſſorum, is qui forte peregrino & amico legare vellet, cum intelligeret id per legem ſibi non licere, committebat hoc fidei amici ſui, vt illi bonorum partem reſtitueret. Peregrini enim ciues non ſunt, ideoque cũ eis nihil agi poteſt ex iure ciuili, vt Boetius ſcribit in Topic. Cicer. *Iure publico dare, legare.* Hoc addidit Falcidius, vt oſtenderet ita liberam legandi facultatem dari, vt tamen à iure publico non recedatur, id eſt, vt iure publico formam ſtatutam ſeruet teſtator, modò is cui legatur, ſecundum ius publicum legatum capere poſſit. Teſtamenti factio iuris publici eſt, & tam formam quàm perſonas reſpicit. Obſeruandum igitur, quanquam libera facultas teſtandi permittitur, tamen non permittitur libera facultas recedendi à iuris publici forma. Hoc cõfirmatur etiam aliis locis. l. ſi quando. 35. C. de inoffic. teſtam. Ergo ſolennia publica obſeruanda ſunt, nec aliter intelligitur libera dandi, legandi facultas permiſſa eſſe. *Dum ita detur legatum.* Ex his verbis intelligi facile poteſt, cur legata dicãtur ipſo iure minui per legem Falcidiam, in l. in quantitate. §. ergo optimum. 63. hoc tit. Ipſo iure, inquit, minuuntur legata pro rata. ſi excedant dodrantem, id eſt, nouam vncias, quia ipſa lex Falcidia ea minuit, & ipſum ius, id eſt, non eſt opus prætoriæ iuriſdictionis auxilio, vt detur exceptio, ſed ex ipſa lege detrahitur, id enim ipſis verbis legis Falcidiæ expreſſum eſt. Quæ lex ipſum ius dicitur emphatice. Ergo vult lex ipſa, eos capere & retinere quartã totius hęreditatis. Hinc intelligimus tãtũ videri legatum, quantum remanet, detracta quarta Falcidiæ. Exempli gratia: ſi quadringenta habet teſtator in bonis, & legarit quadringenta, vel vni, vel pluribus, trecenta tantum legata videntur, non quadringenta, niſi forte per abuſionem quadringenta legata eſſe dicantur: ipſo enim iure minuuntur legata, quatenus excedunt dodrantem bonorum, id eſt, diminutio illa fit per ipſam legem Falcidiam. Vnde colligitur ratio detrahendæ Falcidiæ ex legatis: ſi legatum ſimul ſit vltra, quam legatarius per legem capere poſſit, & præterea legata dodrantem bonorum excedant. in leg. quoties. 67. quæ lex coniungenda eſt cum l. 6. de vulg. cui ſimilis eſt l. 71. de hęred. inſtit. vide Vlpian. in Inſtit. tit. 24. Exemplum huius rei extat in leg. 2. C. de natu liber. 20. Legata ſunt viginti, cui per legem non niſi quindecim legare licitum erat, præterea in tota hæreditate non reperiuntur niſi viginti, id eſt, tota illa hæreditas exhauritur illis vigenti legatis. Duo ergo hic conſiderantur: vnum quod plus legatum ſit quam legatarius per legem capere poſſet, etſi hæreditas ſoluendo eſſet, alterum quod legata dodrantem hæreditatis excedant, & exhauriant totam hæreditatem. Quare hic in primis detrahetur quarta pars Falcidiæ, quia incipiendum eſt à Falcidia. Deinde ſi forte excedat quantitas, quæ ſupereſt, modum legatorum à lege definitum, poterit etiam id deduci. Sic itaque deductio fiat, vt non ſit vltra, quàm lege definitum eſt, legatum. In propoſita igitur ſpecie detrahetur quarta pars bonorum, id eſt, quinque, manebunt in legato quindecim, ab his nihil amplius detrahetur: tota enim quindecim per legẽ capere poteſt. Et ſic hanc detractionem incipimus à Falcidia. Per legem illi capere non licebat viginti, ſed quindecim, vt autem cognoſceremus, an legata eſſent viginti, an verò quindecim, prius Falcidiæ ratio ineunda erat: quia tantum intelligitur legatum, quantum remanet Falcidia detracta. Notandum tamen legata minui pro rata portione. l. in quantitate. ſuprà. Hinc fit, vt non ſemper quarta pars ex legatis detrahatur, ſed aliquando minor, vt puta octaua pars, ſi teſtator quadringenta habet in bonis, & legauerit quadringenta, detrahetur quidem quarta: at ſi idem, qui quadringenta in bonis habet, legauerit trecenta, & quinquaginta, detrahetur pro rata portione, id eſt, octaua pars nempe quinquaginta, non detrahetur centum. Et ſic de ſimilibus iudicandum erit. At quid ſi pluribus ſit legatum à teſtatore, quomodo fiet detractio an æqualiter, an pro rata portione? Et conſtat pro rata portione omnium detrahi Falcidiam, ita vt amplius detrahatur ex eo legato, quod maius eſt, minus verò ex eo, quod tenuius eſt. l. 2. C. de leg. Hinc quęritur, Si tantum ſit legatum, an onus iniunctum legatario ſimul minuatur: vt ſi legatari* grauatus ſit onere fideicommiſſi. Teſtator cuidam legauit fundum, & fideicommiſſit, vt centum reſtitueret alij, quæritur, ſi tãtum ſit legatum, vt Falcidiæ locus ſit, an fideicommiſſi onus ſimul minuatur pro rata portione? De hac quæſtione antinomia reperitur ſub hoc tit. l. maritum. §. vlt. 25 & in l. pœnales. 32. §. ſi Titio. ſupr. Teſtator legauit fundum liberto, & eius fideicommiſit, vt annus decem herę daret. Locus eſt legi Falcidiæ, quia ſi legatum totum conſequeretur, non remaneret quarta pars bonorum apud hæredem. Sed quęritur, an minuatur illud fideicommiſſum quoque. Et inquit Iureconſultus, in d. l. maritum non minui, ſed contrarium dicitur in d. l. pœnales. §. ſi Titio. Si Titio legata ſũt viginti, eiuſq; fideicommiſſũ, vt quinque heræ reſtitueret, locus eſt legi Falcidiæ, minuitur legatum Titij. & ſimul pro rata portione fideicommiſſum ab eo relictum. Pro rata portione (inquit) detrahitur ex quinque, nec apertius quicquã dici potuit. Solutio: Hæ ſpecies ſunt diuerſæ, & rationem diuerſam habent: In priore ſpecie pars ipſius legati à legatario non eſt relicta: In poſteriori verò ſpecie pars legati relicta eſt. In priori ſpecie, in d. l. maritum teſtator legauit fundũ liberto, eúmque rogauit, vt heræ annua decem præſtaret, hoc fideicummiſſum pars fundi non eſt. Nam non ex fundo, quem liberto legauit, vult partem aliquam heræ reſtitui, ſed rem omnino diuerſam, pecuniam videlicet,

Digitized by Google

At in poſteriori ſpecie, ipſius rei legatæ partem vult præſtari fideicommiſſario. Ratio diuerſitatis eſt, quia lex Falcidia minuit legatum, & omnes res legatas pro portione. Ergo in poſteriori ſpecie, in qua viginti legata ſunt, tota illa viginti minuuntur, quia tota legata ſunt. Ergo & quinque, quæ pars ſunt iſtius legati, minuuntur pro portione, quia ſunt in legato, & ſunt pars legati. Teſtator legat viginti, petiit vt reſtitueret legatarius quinque, ſi Falcidia interueniat, minuet totum legatum, ergo & illa quinque. Verum in priori ſpecie de annuis decem nihil minuitur. Teſtator liberto legauit fundum, eiúſque fidei commiſit, vt herę annua decem daret, Falcidia interueniens minuet fundum legatum: Sed in eo fundo non continetur ſumma annua per fideicommiſſum relicta, ergo non minuetur. Hæc diſtinctio ſumitur ex leg. cum pater. §. ſi para. de leg. 2. & l. ſi mihi Stichus. 97. de lega. 1. Stichus mihi legatus eſt, meæque fideicommiſſum, vt Stichum aut Pamphilum reddam, locus eſt legi Falcidiæ, quæritur, An Pamphilum totum, vel partem tantum reſtituam? Hic ſubtiliter reſponſum eſt, ſi Stichum non reddam, & locus ſit Falcidię, tunc totus Pamphilus eſt reddendus, quia nihil ab eo debet diminui per Falcidiam, dimidia pars à Sticho deducetur, quia is legatus eſt. Pamphilus autem in legato tum non eſt, ergo ex eo nihil deducetur. Ex verbis eiuſdem legis colligitur quoque, communionem induci inter legatarium & hæredem, cum locus eſt Falcidiæ, communicantur ipſo iure res legatæ inter hæredem & legatariũ pro rata parte. Si fundus legatus ſit, in quo tota hæreditas conſiſtat, ſtatim hæres ipſo iure pro quarta parte diuiſa, efficitur dominus fundi, pro altera parte dominus manet legatarius. Exemplum eſt in leg. Plautius. 49. Eſt ex libris Pauli ad Plautium. atque ideo in primis ibi verba Plautij ponuntur, deinde verba Pauli ſubiiciuntur. Eſt enim acceſſio Pauli ad ſcripta Plautij. Hæc ſpecies erat tractata apud Plautium. Teſtator teſtamento legauit alicui Stichum ſeruum, eidem ſeruo legauit fundum, quæſtio erat, de ratione detrahendæ legis Falcidiæ, cum vni legaſſet ſeruum, & eidem ſeruo fundum. Obtinuit Caſſij ſententia, quam probat Paulus: Caſſius exiſtimauit in primis ex ſeruo detrahi debere Falcidiam, deinde ſemel ex fundo legato, quia in hoc caſu ſeruus legatus communis eſt inter legatariũ & hæredem, & detracta parte ſerui legati cognoſcitur, quid pertineat ad hæredem, quid ad legatarium. Probatur ergo ſententia Caſſij. Sabini ſententie erat, rationem habendam Falcidiæ in ſeruo, ſed ita, ſi ea pars, quæ ex ſeruo legis Falcidiæ ratione decederet, prius detraheretur ex fundo, tãquam inutiliter relicta: deinde demum ex reliquis fundi portionibus alteram Falcidiæ partem detrahendam putabat. Non animaduertebat, ſi quis communi ſeruo legaret, id totum ad legatarium pertinere, & nihil ad hæredem. l. verum. 63. §. ſi ſeruo. pro ſocio. Caſſius dicebat poſtquam pars Falcidiæ ex ſeruo detracta eſſet, detrahendam ſemel ex fundo reliquam partem Falcidiæ. Non quod pars aliqua in fundo legato inutiliter ſit legata, vt Sabinus putabet: vtile eſt enim illud legatum: & falſum eſt, quod Sabinus putauit, quæ pars ex ſeruo decederet, eam partem in fundo inutilem fore, & ex reliqua parte detrahendum, quod hæredis Falcidiæ deeſſet. *Totũ* (inquit) *ad ſocium*. Si teſtator ſeruum communem habuiſſet ab initio, & ei fundũ cõmunem legaſſet, totus ad ſociũ pertineret, nõ ad hæredẽ. Idem hic dicẽdum, quia ſeruus cœpit eſſe cõmunis propter legẽ Falcidiã inter hæredem & legatarium, etſi tempore mortis teſtatoris communis non fuerit. Quartam ergo partem habet hæres ex eo ſeruo, tres reliquas partes habet legatarius. Perinde igitur eſt, ac ſi ſeruus ab initio fuiſſet communis: ſi enim communis fuiſſet, eíque teſtator fundum legaſſet, totus fundus ad ſocium pertineret. Ideóque non detrahetur illa pars, quæ ex ſeruo ad hæredem redit, tanquam inutiliter relicta ex fundo, & deinde tandem Falcidia. Nam totus fundus vtiliter legatus eſt, & communio introducta ipſo iure inter hæredem & legatarium, propter legem Falcidiam, quamuis ab initio communio inter illos nulla fuerit. Detrahetur igitur Falcidiæ pars ex ſeruo, & deinde altera pars ex fundo toto ſemel, non detractis prius ex fundo tot partibus, quot ex ſeruo deceſſerint, tanquam inutiliter relictis.

De communione hæredis & legatarij, quæ per legem Falcidiam inducitur.

Cap. III.

Coepimus interpretari ſecũdum caput legis Falcidię, in quo dicitur, ita cuiquam legare licere, ne minus, quàm quartam partem ex teſtamento hæredes capiant, & diximus hac lege communionem quãdam induci inter hæredem & legatarium: cum legata excedunt dodrantem hæreditatis, res communicantur inter hæredem & legatarium, vt ſi tota hæreditas exhauſta ſit legatis, omnium rerum quarta pars hæredis ſit, & reliqua legatariorum. Ergo omnes res inter eos cõmunes ſunt, & in iis partes habent indiuiſas hæres & legatarius, & hæ partes inducũt communionem. Cum enim communionem dicimus eſſe inter aliquos, partes indiuiſas eos habere intelligimus. Id facile colligitur ex l. Plautius. cuius mentionem fecimus. Teſtator ſeruum legauit alicui, & eidem ſeruo fundum, quæritur, quomodo quarta pars ſit deducenda? Caſſius, cuius ſententia probatur, ait deducendam eſſe Falcidiam, in primis ex ſeruo legato. Ex hoc intelligi poſſe quota pars deceſſerit ex eo legato, ſi aliud nihil in hæreditate fuit præter ſeruum & fundum, quarta pars ſerui erit hæredis. De fundo Caſſius ait, totum fundum legatarij eſſe. Ceteri putabãt partem fundi vtiliter legatam, partem inutiliter. Communio, dicebat Sabinus, inducitur per legem Falcidiam inter hęredem & legatariũ. Seruus, qui legatus eſt, communis fit inter hæredem & legatarium. pro qua ergo parte ſeruus eſt hæredis, pro ea parte eſt inutile legatum fundi, atque ideo putabat eam partem fundi tanquam inutiliter legatam, hæredẽ retinere debere, deinde ex reliqua parte fundi deducendam eſſe Falcidiam. Idem enim eſſe, ac ſi ſeruo cõmuni eſſet legatum. Si ſeruo communi eſſet fundus legatus, partim valiturum eſſe legatum, partim non. Caſſius autem exiſtimauit ſemel deducendam eſſe Falcidiam ex toto fundo, & falſum eſſe quod Sabinus & alij putabant, partem fundi legati inutilem eſſe, ſed totum potius legatum vtile eſſe. Cum enim communi ſeruo legatur, totum legatario acquiritur, totum pertinet ad ſocium. l. 1. §. ſi ſeruus. de ſtip ſeruor. Ergo idem in hac ſpecie eſt dicẽdum. Hæres in ſeruo legato habet quartam partem: legatarius habet reliquas partes: perinde accipimus hoc legatum, ac ſi ſeruo communi legatum eſſet, quo caſu totum legatum ad ſocium pertineret. Et ideo hoc quoque caſu nihil retinebit hæres, ſed ſemel deducetur Falcidia ex fundo, quaſi nihil inutiliter relictum ſit, ſed plus, quàm per legem Falcidiam liceat. Eodem pertinet, quod dicitur in §. ſequent. ea leg. *Interdum*. Ex eo quod dicimus communionem induci per legem Falcidiam inter hæredem & legatarium, conſequitur legatum aliquando extingui, ſi fuerit legatum ſeruitutis, quæ pro parte non poteſt conſiſtere. Teſtator duos fundos habet Sempronianum & Cornelianum: Titio legat fundũ Cornel. & viam per eum fundum,

fundum, ad fundum Sempronianum. Poſt mortem teſtatoris locus fuit Falcidiæ, ita vt fundus ille Cornelianus legatus Titio inceperit communis eſſe inter hæredem & legatarium: igitur quarta pars fundi eſt ipſo iure detrahenda. Hinc ſequitur legatum ſeruitutis extingui, quia per partes ſeruitus acquiri nõ poteſt, fundo communi nemo poteſt acquirere ſeruitutem. l. pro parte. de ſeruit. Seruitus non recipit diuiſionem. Inutiliter quis ſtipulatur communi fundo ſeruitutem, toti etiam fundo nõ poteſt acquirere ſeruitutem, cum pro parte alienatus ſit, quia nemo alteri ſtipulando acquirit. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. de verbor. oblig. Quî enim fieri poteſt vt parti incertæ & indiuiſæ ſeruitus acquiratur, cum nulla ab altera diſcerni poſſit? *Nam ſi pars fundi remanſerit.* Si pars fundi remanet in hæreditate, communis eſt fundus. Hæcque communio facit, vt extinguatur omnis ſeruitus viæ. Eſt locus communis de ſeruitute, de qua in dict. l. pro parte. l. ſi ſub vna. 136. §. 1. de verb. obligat. Hæc autem communio locum non habet in legatis indiuiduis. l. ſi ita qui quadringenta. §. quædam. 80. Cum hæreditas exhauſta eſt legatis, & pars quarta hæredis, dodrans vero legatarij eſſe dicitur, de rebus ita hoc intelligimus, quæ diuiſionẽ recipiunt. De aliis, quæ diuiſionem non recipiunt, id nõ poſſumus intelligere. Quædam legata diuiſionem non recipiunt, vt ſeruitus. Fieri non poteſt, vt ſeruitute quis pro parte vtatur, quia non poteſt conſtitui niſi in ſolidum, ſed quomodo id accipiendum ſit, interpretati ſumus in l. 2. de verbor. obliga in l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. de verb. oblig. Idem dicitur, ſi duo ad domum ædificandam obligati ſint, neuter pro parte ſua feciſſe dici poteſt, niſi integro ædificio abſoluto. Quod ſi plures hæredes ſint, ſinguli in ſolidum tenẽtur, quia legatum viæ, itineris, & aliarum ſeruitutum, totum ad legatarium pertinet, etſi locus ſit Falcidiæ. Ratio non patitur, vt pro parte ſeruitus conſtituatur: ſed cum de æſtimatione legis Falcidię tractatur, ad æſtimationem illarũ ſeruitutũ quoque tunc erit veniendũ, de qua infrà. Hæc de cõmunione hæredis & legatarij ſufficiant.

De naturali & ciuili obligatione.

Cap. IV.

EX verbis eiuſdem capitis ſecundi, huius legis Falcidiæ, quęſtio naſcitur, an legata, quę excedũt dodrantem bonorum, debeantur ab hærede legatario, ſaltem naturaliter. Falcidius diſerte cauit ita legandum eſſe, ne minus hæredes, quàm quartam partem caperent ex hæreditate. Ex quibus verbis manifeſtum eſt, hæredem legatario ad legata præſtanda, iure ciuili ſiue lege non eſſe obligatum vltra dodrantem bonorum. Sed quæritur, an naturaliter et ſaltem ad integra legata obligatus ſit. Quæſtio non modici effectus eſt. Si enim naturaliter illa legata hæres debeat legatario, hæres ea non poterit repetere, ſi per errorem ſoluerit. Si non ſit obligatus naturaliter, ſoluta per errorem condictione poterit repetere. Difficultatem augent l. 1. & l. error. C. ad legem Falcidiam. In prima dicitur, ſi vltra dodrantem ſoluerit legatario hæres, non videri plus debito ſolutum. In altera verò, an, condictionem ſoluti non impediri: quæ maximè inter ſe videntur eſſe pugnantia. Magna hic altercatio eſt de obligatione naturali & ciuili. Neque conuenit, quid ſit naturalis obligatio, & quæ eius cauſa, de qua aliquando fuſa tractauimus in tractatu de obligatio. & act. In ſuperioribus docui naturalem obligationem ſola naturali æquitate & ratione niti, quod diligenter eſt notandum, quia hęc tota diſputatio inde dependet. l. Stichũ. 95. §. naturalis. de ſolut. Quæ obligatio pacto contrario, vel iureiurando tollitur. Æquitas enim naturalis, ſed contraria æquitate ſoluitur. Cum quis promiſit ſe daturum, aut facturum, ex eo naturaliter obligatus eſt. Eadem obligatio contrario pacto tollitur, quia ſicut conueniens eſt, prius illud, de quo conuentum eſt, ſeruari: ſic & poſterius ſeruari æquum eſt. Ergo ſola naturali ratione hæc obligatio nititur. Sunt, qui hoc loco ius gentium à iure ciuili diſtinguunt, ſed hæc diſtinctio rem plus obſcurare videtur. Cum enim quæritur, an quis naturaliter ſit obligatus, ſemper ad naturalem rationem & æquitatem eſt reſpiciendum: an natura ſit honeſtum, aliquem teneri: an ab officio boni viri alienum ſit aliquid non præſtari. Ad hanc æquitatem ſemper eſt reſpiciendum, quæ bono cuique nota eſt (vt Fabius inquit.) Igitur in propoſita quæſtione, an legata debeantur naturaliter ſaltem non dubito ſimpliciter & generaliter verum eſſe, legata deberi naturaliter, licet aliqui diſſentiant, qui eruditionis nomine clari ſunt. Nam natura æquum eſt, voluntati defuncti parêre, quod & Plinius teſtatur in epiſt. ad Sabinum, lib. 4. Mihi defuncti voluntas (inquit) omni iure antiquior eſt: & oſtendit ſe ſoluere voluiſſe, quamuis per legem cogi ad id non poterat. Honeſtum eſt voluntati defuncti parere, cum quis eſt hæreditatem amplexus: contrà iniquum eſt eius voluntatem negligere. Hoc ſic generaliter loquendo verum eſt, ſed ſi veniamus ad hypotheſim noſtram, cum quærimus deberine legata naturaliter, non detracta Falcidia, puto non deberi: quia cauſa honeſtatis, ad quam reſpiciendum eſt, deficit: quia natura honeſtum nõ eſt, quicquid in hæreditate eſt, extorqueri ab hærede: & veriſimile non eſt, fruſtra teſtatorem hæredem voluiſſe inſtituere, & hoc videtur à boni viri officio abhorrere. Neque verò turpe eſt partem legatorum retineri ab hærede, ſi non ſufficiat hæreditas ad ſoluendum. Nam non eſt credibile ſine commodo hæredem à teſtatore inſtitutum eſſe. Vnde ſequitur naturaliter hæredem ad legata præſtanda vltra dodrantem non teneri. Quare ſoluta per errorem poterit condictione repeti e. dict. l. error. C. ad legem Falcid. Certum autem eſt obligationem naturalem talem eſſe, vt ea obligatus, ſolutum per errorem repetere non poſſit. l. naturalis. ff. de actio. & obligat. Licet enim naturalis obligatio ad actionem nõ ſufficiat, tamẽ tanta eſt eius vis, vt is qui ſoluerit, indebitum ſoluere non dicatur. Diſtinctio tamen traditur inter facti & iuris errorem in l. cum quis. 10. Cod. de iuris & facti ignor. Si errore iuris aliquid ſolutum fuerit repetitio non datur: at ſi errore facti, repetitur. Alii aliter diſtinguunt, ſed hæc diſtinctio mihi verior videtur, vt docui paulo ante d. tit. de iur. & facti ignor. Sed quid reſpondebimus ad l. 1. Cod. ad legem Falcid. Ait Seuerus, eum qui omiſſa Falcidia, legata ſoluit, ſi debitum ſoluit, debitum vel ciuiliter vel naturaliter ſoluit: ciuiliter debitum dici non poteſt, propter legem Falcidiam: ergo de naturaliter debito intelligi debet, cum tamen ante dixerimus, hæredem vltra dodrantem etiam naturaliter non teneri. Videamus itaque quid reſpondendum ſit. Dixi in hac quæſtione, de obligatione naturali, ſemper ad fontes eſſe reſpiciendum, id eſt, an ius naturale, an quid natura honeſtum ſit, an nõ. honeſtum non eſt, quicquid in hæreditate eſt, exigere ab hærede, vt nihil ei ſuperſit: quia veriſimile non eſt teſtatorem ſine commodo ſucceſſorem voluiſſe. Igitur naturaliter non eſt obligatus hæres ad præſtanda legata vltra dodrantem. Et ideo ſoluta per errorem, indebiti condictione repetet, & ſic eſt intelligenda dict. l. error. Sed tamen certum eſt, honeſtum eſſe hæredi legata integra ſoluere, ſi velit pleniorem fidem præſtare defuncto, laudandúſque eſt eo nomine hæres;

atque ideo in d.l.1.C. ad legem F.leid. ſic dicitur,non videri plus debito ſolutum eſſe, ſi ſciens prudens ſoluerit,omiſſa Falcidia,quaſi pleniorem fidem defuncto exhibiturus. Idem dicitur in l.fideicommiſſum. 7.de condict.indebit. C.Sed cuius eſt hic effectus,cum quis ſciens ſoluit? Reſpondeo in multis caſibus referre,an indebitum à ſciēte ſolutum ſit. Exemplum in l.ſi ſponte.§.pen.de donat.inter vir.& exor. Si quis hæres inſtitutus ſit,& ab eo legatū vxori, ſi integra legata omiſſa Falcidia ſoluerit,quæritur,an id ei licuerit facere: propter D. Antonini orationem, qua prohibita eſt donatio inter virum & vxorem. Si omnino indebitum ſoluiſſe diceremus, donatio eſſet, quæ prohibita eſt inter coniuges ſenatuſconſulto,& non valeret. Sed dicitur ibi, non videri plus debito ſoluiſſe, ſi ſponte ſoluerit. Recte igitur ſciens integra legata ſoluere poterit, ſed ea ab inuito exigere boneſtum non eſſet.

Quando lex Falcidia locum habeat.

Cap. V.

SEquitur in eod.tap.*eo teſtamento*. Hæc verba oſtendunt Falcidiam tantum locum habere facto teſtamēto. Nunquā hæc quarta detrahitur, niſi facto teſtamēto.Hinc variæ quæſtiones naſcūtur,vna eſt in l.t. §.1.ſupra. Quæritur,ſi is qui teſtamentum fecit,captus ſit ab hoſtibus & ibi mortuus,quo caſu irritum ſit teſtamentum, l. ſi quis filio. 6. §.irritum,de iniuſt.rupt. itr.an ſit locus Faltidiæ? Non videtur,quia eius teſtamentum,qui captus eſt,irritum factum eſt. Paulus tamen ait , ad hunc quoque caſum Falcidiam pertinere, propter legem Corneliam, quæ confirmat teſtamenta eorum, qui apud hoſtes deceſſerunt, etſi irrita facta ſint, cum ſerui hoſtium fierent, tamen ſi apud hoſtes decedant,perinde rata habentur,ac ſi in ciuitate deceſſiſſent.dict.l.lege Cornelia.12.de teſtamen.ff. Ergo lex Falcidia interpretationem capit ex lege Cornelia. Eſtque lucus communis de interpretatione legis: lex vna ex alia interpretationem accipit. Leges priores ad poſteriores,& poſteriores ad priores trahuntur. l.non eſt nonum.de leg.ff. Cum ergo lex Falcidia de teſtamento loquitur, nos id interpretamur, ſiue reuera teſtamentum ratum ſit, ſiue ab eo, qui pro ciue habetur, propter fictionem legis Corneliæ, factum fuerit. Igitur ad conſtitutionem pontificiam lex Faltidia quoque pertinet. Conſtitutio pontificia tollit ritum ſolennem in teſtamentis olim adhibitum. cap.cum eſſes. de teſtament.Et recte dicetur Falcidiam locum habere in iis teſtamentis,vbi ſeptem teſtes erant adhibiti, tamen hodie ſufficit duos teſtes cum parochiano eſſe adhibitos. Sequens quæſtio eſt in §. ſequent. *Ad eos qui.* Hic quæritur, ſi proximus agnatus ſit hæres inſtitutus, & ab eo legata relicta, & is omiſerit hæreditatē ex teſtamento eludendorum legatariorum gratia, & ab inteſtato adierit,quo caſu actio datur legatariis,de qua ſic titulus, Si quis omiſſa cauſa an hoc caſu locus ſit Falcidiæ? Legatarij ex edicto prætoris petūt legata,ac ſi hæredes admiſſent hæreditatē. Hæres cupit detrahere Faltidiam, videtur ex his verbis legis nō poſſe, quia teſtamentum fuit irritum, ex eo ſiquidem hæreditas non fuit adita, quo caſu irrita fiunt teſtamenta §. t.de hęred.quę ab inteſt.deſe.Inſtit.l.ſi nemo.de regul. iur.l.ſi nemo.de teſtā.tutel.ff. Legata ex teſtamēto nō perūtur,ſed actione à prętore introducta:videtur ergo Falcidię locū nō eſſe.Sed Paul.ait,eodē per prætorē dirigi Falcidiam. Eſtque locus communis de interpretatione legum:ſicuti & ceteræ quæſtiones omnes. Altera quęſtio eſt in l.ſi filiusfam.18.ſuprà hoc tit. Diſputat hic Paulus, & diſputando multas rationes adfert, quibus videtur non ſatis intentus,aliud ſentire quàm ſentit, ſed tandem concludit ſententiam ſuam. Quæſtio eſt, ſi filiusfamilias, qui caſtrenſe peculium habet, deceſſit, & codicillis patris fidei commiſit, vt aliquid alteri reſtitueret,an ſit locus Falcidiæ? videtur Falcidiam non poſſe detrahi,quia hæreditas non eſt,teſtamentum nullum eſt. Pater non ſuccedit in peculio caſtrenſi, tanquam hæres. l.2. de pecul. caſtrenſi. Cum igitur non ſit teſtamentum , qui fieri poteſt, vt ſit locus Falcidiæ? Et tamen Paulus notat locum eſſe Falcidiæ, quia ſucceſſio quædam hic eſt, non omnino diſſimilis teſtamentariæ ſucceſſioni. Ergo ad hunc quoque caſum Falcidia producetur. *Dixi.* Hæc omnia dixit diſputando,& huiuſmodi fere ſunt, quæ à Paulo in libris Quæſtionum tractantur, capita omnia. Mouetur quæſtio ex eo,quod ex reſcripto D. Pij introducta Falcidia eſt,ad ſucceſſiones coditillorum,& ad fideicommiſſa. D. Pius induxit legem Falcidiam ad hæredes inteſtatorum, inquit. Sed hic hæreditas non eſt,vt dicitur l.2.de caſtren. pecul. Cum filius inſtituit patrem, non extraneum, ius manet, & priſtinum peculium, non ſit hæreditas. Si quis (inquit) obiecerit in teſtamentis eorum, qui apud hoſtes decedunt, Falcidiam admitti,vt ante diximus, non eadem hic eſt ratio:quia ibi Cornelia lex facit eum hæredem,qui eo teſtamento ſcriptus eſt. *Sed nemo dubitabit.* Nunc demum reſpondet Paulus. Pater vtetur legis Falcidiæ beneficio. Patrisfamilias loco eſt filiusfamilias in peculio caſtrenſi. l. 2. ad Maced. ff. Caſtrenſe peculium filij eſt, non patris, quamuis quod alias filius acquirit, patri acquirat. l. placet. 79. de acqui.hæred. leg. 1. ſi à parente quis man. ff. toto tit. per quas perſonas nob. acquir. Cod.& Inſtit.Peculium caſtrenſe ſolius eſt filij, & habetur in eo pro patrefamil.& ideo eius peculij nomine pater non conuenitur actione peculij, ſed filius ipſe, quamdiu viuit. Poſt mortem filij hoc peculium pater capit, & tunc ſimile eſt peculio profectitio, non quod ſuccedat filio iure hæreditario: quia hoc conceſſum eſt filiofamil.militi,vt quod habeat,tanquam paterfamilias habeat. Et multum intereſt,an tāquam peculium, an tāquam hæreditatem id peculium capiat pater propter æs alienum. Nam hoc caſu tenetur creditoribus in ſolidum , ſi videlicet tanquam hæreditatem capiat id peculium.l.quæ dotis.33.ſolut.matrim. At ſi capiat tanquam peculium, conuenitur, ac ſi conueniretur viuo filio, de peculio profectitio, vſque ad modum tantum peculij. leg. pater qui. 12. de caſtren. pecul. Succeſſit hic quodammodo filio prætorio iure, non hæreditario. Sed tamen quia reuera ſuccedit filio, non mirum eſt, ſi lex Falcidia ad hoc quoque genus ſucceſſionis producatur.

Cui lex Falcidia competat.

Cap. VI.

COEpimus interpretari præcipuum caput huius legis,videlicet ſecundum,in quo permittit Falcidius legare liberè, dummodo ita legetur, ne minus quàm quartam partem bonorum capiant hæredes. Supradictis addendum eſt, hæredi tantum beneficium huius legis competere. Hæredis meminit Falcidius in hoc capite, dum de quartæ detractione loquitur, vnde nemini alij,qui hæres non eſt,hoc beneficium competit, ideoque legatarius, aut fideicommiſſarius quartam partem deducere non poteſt. l. lex Falcidia. 47. §. vlt.hoc tit. Exempli gratia: Teſtator legauit fundū Titio,rogauit,vt eundem reſtitueret alij, vel tantam quātitatem,eſt æſtimatio fundi, quæritur an totum fundū debeat reſtituere, an vero quartam inde detrahere ei liceat? Et ait, non poſſe eum huius legis beneficio vti,

quia

quia tantum hæredibus competat. Sed cur non conceditur etiam fideicommiſſariis & legatariis, ſicut hæredibus, ratio obſcura non eſt, ſi quis cõſideret ea, quę ante diximus de origine huius legis, & quartæ deductione. Dixi Falcidiam conſulere voluiſſe teſtamentorum conſeruationi, quia hæredes vix reperiebantur, qui ſine commodo vellent adire hæreditatem, & ita totum teſtamentum intercidebat. Cum enim hæreditas nõ aditur, nihil valet quod eo teſtamẽto relictũ eſt. l. ſi nemo. de reg. iur. l. ſi nemo. ff. de teſt. tutel. Et ideo defunctus, ex cuius teſtamento hæreditas non aditur, inteſtatus dicitur decedere, perinde ac ſi teſtamentum nullum feciſſet. §. 1. de hæred. quæ ab inteſt. defe. in Inſtit. l. 2. de ſuis & legit. Hæc autem ratio ceſſat in legatis & fideicommiſſis. Nam nullum periculum eſt, etſi fideicommiſſarius repudiet fideicommiſſum, vel legatarius legatum, ideo teſtamentum irritum fore. Legis igitur Falcidiæ beneficium tantum hæredibus tribuitur. Cùm autem dicimus, hæredibus tantum tribui, non ita id intelligimus, quaſi ad hæredem hæredis non pertineat. Nam ſucceſſoribus hæredis cõpetit. l. quanquam. 10. C. eo. Quemadmodum ſcriptus hæres quartam poteſt retinere ex legatis, ſic & eius filia, quæ ab inteſtato ſuccedit.

An ex legatis tantum, an verò ex fideicommiſſis lex Falcidia detrahatur.

Cap. VII.

EX eodem capite & hoc notandum, quartam partẽ, de qua hic loquimur, ex legatis tantum deduci, nõ ex fideicommiſſis. De legatis Falcidius tantum loquitur. Igitur ad fideicommiſſa neque vniuerſalia neque ſingularia pertinet hoc beneficium. Intereſt autem (vt id obiter moneamus) inter fideicommiſſum & legatũ, quod fideicommiſſum verbis precatiuis relinquitur, legatum vero verbis imperatiuis, legis modo, vt docet Vlp. in frag. vt de fideicom. Cum teſtator dicit, Rogo te vt reſtituas fundum, dicitur fideicommiſſum eſſe, nõ legatum. §. vlt. de ſingul. reb. per fideicom. relict. Inſtit. Legatum legis modo relinquitur, id eſt, imperatiue. Teſtator imperat hæredi, & quaſi legem ei dicit, non rogat eum: legis eſt iubere, non rogare: propter auctoritatem igitur teſtatoris, dicitur legatum. Hinc verba legati dicuntur ciuilia: fideicommiſſi autem precatiua, non ciuilia. Verba enim quædam erant ſolennia, legibus præſcripta, quibus neceſſario erat vtendum in legando: adeo vt Vlpiani tempore Græce non poſſet legari, quia certa verba erant obſeruãda in legatis relinquendis. vt docet Vlpianus titu. 25. Inſtit. quod tamẽ poſtea mutatum eſt, & conſtitutum legata Græcis verbis relicta valere. l. vlt. C. de teſtamen. tutel. l. directas. In fin. quæ pars eſt huius conſtitutionis, ſicut & l. hac conſultiſſima. de teſtamen. C. l. verbis ciuilib. de vulga. & pupill. ſubſtitut. Ideóque fideicommiſſa ex voluntate & fide hæredum pendebant, nec habebant neceſſitatem præſtãdi. Deinde fideicommiſſum aliud dicitur vniuerſale, aliud ſingulare. De quibus tit. in Inſtitut. de fideicom. hæred. & de ſingul. reb. per fideicom. relictis. Rogo te, vt hæreditatem reſtituas, fideicom. vniuerſale eſt, quia vniuerſitas quædam in eo continetur. Singulare autem eſt, cùm teſtator dicit, fidei tuæ committo, vt fundum vel quamuis aliam ſpeciem reſtituas. Lex igitur Falcidia, ad legatũ tantũ pertinet, nõ ad fideicõmiſſa. Id ſatis demonſtrat Falcidius hoc ſecundo cap. Ratio autem eſt, quia quo tempore lata eſt hæc lex, fideicommiſſa hanc auctoritatem nondum habebant, quæ poſtea illis attributa eſt, Auguſti temporibus. Igitur tantum de legatis Falcidia cauit, non de fideicommiſſis. Legata iuris ciuilis ſunt, fideicommiſſa autem iuriſdictionis magiſtratus. §. 1. Inſtitut. de fideicommiſ. hæred. Poſt legem Falcidiam facta ſunt Senatuſconſulta de fideicommiſſis, tam vniuerſalibus quàm ſingularibus, Trebellianum videlicet & Pegaſianum. Trebelliano ſenatuſconſulto, quod Neronis tempore, Trebellio Conſule factum eſt, cautum fuit, vt reſtituta hæreditate ab hærede fideicommiſſario actiones, quæ hæredi & in hæredes dari ſolent, transferrentur in fideicommiſſarium. Nam quamuis re vera hæres maneret, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, tamen vtilitatis cauſa ſtatutum, vt fideicommiſſarius actiones haberet ex voluntate defuncti. l. 1. ad S. C. Trebel. De quartæ deductione hoc Senatuſconſulto nihil fuit expreſſum, ſed Pegaſiano Senatuſconſulto Veſpaſiani tempore facto, Pegaſo & Pulione conſulibus, Senatus cenſuit, vt ſicut quarta ex legatis deduceretur per legem Falcidiam, ſic ex fideicommiſſis, §. ſed quia hæredes. Inſtitut. de fideicomm. hæred. Quia enim hæredes ſine commodo recuſabant hęreditatem, Senatuſconſultum eſt factum, vt retinere liceret quartam ex fideicommiſſis vniuerſalibus, adinſtar legis Falcidiæ, qua ex legatis quarta retinetur. Eadem retentio permiſſa eſt eodem Senatuſconſulto, ex ſingularibus fideicommiſſis, tametſi quidam dubitent, ſed verius eſt quod dicimus, & conſtat ex d. §. ſed quia hæredes. Ait enim, *Ex ſingulis*. Quæ verba referenda ſunt ad Senatuſcõſultum, de quo prius locutus fuerat. Et Theophilus expreſſe id ait idem ius eſſe in ſingulis rebus, per fideicommiſſum relictis ex Senatuſconſulto Pegaſiano. Sed quare dicitur quarta Trebelliana: cũ potius Pegaſiana deberet dici? Ideo dicitur Trebelliana, quia exploſo Senatuſconſulto Pegaſiano, Iuſtinianus omnia attribuit Trebelliano Senatuſconſulto, quia multa captioſa in illo reperiebantur. §. ſed quia ſtipulationes. Inſtitut. de fideicommiſſ. hæred. Et ideo hodie quarta Trebellianica dicitur. Nec nos mouere debet, quod plerique obiiciunt, quòd quarta quæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus deducitur, vocetur Falcidia. in l. pater filiam. 41. l. Titia teſt. 86. ſupra. & frequenter ſub tit. infrà, ad Trebel. & aliis multis in locis apud iuris noſtri auctores. Sed Falcidia ideo dicitur illa quarta ex fideicommiſſis vniuerſalibus, quia ad exemplum legis Falcidiæ eſt introducta, idque Senatuſconſul. Pegaſiano expreſſum fuit. §. ſed quia hæred. Pegaſius voluit quaſi interpretatione extendere legem Falcidiam, quaſi ex fideicommiſſis quarta deducẽda eſſet, interpretatione ſaltem, ſi minus ex verbis legis Falcidiæ, quia eadem vtilitas & ratio eſſe videtur, & ideo hæc quarta, Falcidia dicitur. Simile aliquando deprehẽdi in actione Seruiana, & quaſi Seruiana. §. Item Seruiana. de action. Inſtitut. Seruiana à Seruio prætore introducta eſt, pro rebus à colono inuectis in fundum locatum, de quibus conuenit, vt obligatæ eſſent quo nomine nulla actio iure ciuili prodita erat. Poſtea propter vtilitatem longius producta eſt hæc actio, vt in omnibus rebus id obligationis genus locum haberet, vt ſi iure pignoris aliqua res obligata ſit, detur eo nomine actio, quam quaſi Seruianam vocarunt. Sed hæc ſimpliciter Seruiana dicitur in quibuſdam locis, quia ex mente & ſententia Seruiani edicti introducta eſt. Hæc appellatio ſub tit. de pignor. frequens eſt. Ergo non eſt mirum ſi quarta, quæ ex fideicommiſſis deducitur, aliquando Falcidia dicatur, quaſi per interpretationem Falcidiæ ſit introducta. Sed hæc quæſtio de nomine tantum eſt, & ſine effectu, de qua tamen prolixa eſt altercatio inter eos, qui hanc rem tractant. De vtriuſque autem effectu ſuo loco docebimus. Lex igitur Falcidia ad legata pertinet, nõ ad fideicommiſſa. Quod dicimus de legatis, idem de donationibus cauſa mortis & aliis

Digitized by Google

donationibus, quæ legati vim habent, dicendum. l. 5. C. ad leg. Falcid. Si quis donauerit cauſa mortis, illa donatio legati vim habet. in l. vlt. C. de donatio. cauſ. mort. Et morte confirmatur, nec habet effectum ante mortem. Idem de donatione inter virum & vxorem dicitur. in l. in donat. 12. C. ad l. Falc. Ratio eſt, quia & hæc donatio confirmatur demum morte, vt docui ſub tit. de donat. inter vir. & vxor. ff. leg. cum hic ſtatus. 32. Ideóque comparatur legato, & lex Falcidia ad ea quoque pertinet. Hactenus de ſecundo cap. Tertium caput huius legis eſt, *Eis quibus quid ita datum*. Hoc caput eſt tranſlatitium, nec fere quicquam in eo cõtinetur, quod ad confirmationem aliorum non pertineat, difficultas tantum eſt in hoc verbo, *Sine fraude ſua*. Quidam eruditi ſic interpretantur, vt ſit idem, quaſi dixiſſet Iuriſconſ. ſine periculo & onere æris alieni. Verum quidem hoc per ſe eſt, periculum & onus æris alieni legatarium non ſubire. ſed hic ſenſus horum verborum nõ eſt. Senſus autem eſt, *Sine fraude*, id eſt, ſine pœna quadrupli legis Furiæ. Admonui antea, legem Furiam, & Voconiam hac lege abrogatam eſſe. Libertas legandi conceſſa per 12. tab. correcta fuerat lege Furia & Voconia. In lege Furia cautum erat, ne quis vltra mille aureos legaret, & addita erat pœna quadrupli, ſi quis plus quàm mille aureos legatorum nomine accepiſſet. Huius pœnæ mentio eſt in tit. 1. apud Vlp. in fragm. & apud Theophil. tit. de leg. Falcid. Sic hoc loco fraus pro damno accipitur, ſicut alias id frequenter fit. Nam per legem Furiam nõ potuiſſet ſine fraude, id eſt, ſine dãno ſuo legatũ capere, quod mille aureos excederet. Atque hæc ſunt capita, quæ in hac lege extãt deſcripta.

De retentione quartæ partis.

Cap. VIII.

ALia autem plura capita legis fuiſſe nõ eſt dubiũ. Quia vero hæc erant præcipua & in primis neceſſaria, aliis omiſſis hæc tãtum à Paulo deſcripta ſunt. Sed ex variis locis conſtat caput aliud fuiſſe de retentione. vt videre eſt apud Caium in Inſtitut. lib. 2. tit. 6. & in leg. vnica, Codic. quorum leg. & in aliis pleriſque locis huius titul. Nos igitur quartum caput de retentione alibi addidimus, quo oſtẽdit Falcidius nõ actionem neque petitionem, ſed retentionem atque deductionem quartæ partis hæredi hac lege cõceſſam eſſe: non vt hæres actione aliqua quartam partem petat, ſed vt eam ex legatis deducat, & retineat. Hócque ſatis conſtat ex titul. Cod. de interdicto, quorum legatorũ, cuius vſus maxime cernitur in l. Falcidia. Datur enim hæredi aduerſus legatarium, ſi legatarius non petierit res legatas ex teſtamento, ſed propria auctoritate eas occupauerit ante aditam hæreditatem. Datur autem hæredi hoc interdictum, vt poſſeſſio illi reſtituatur, & accipiat res illas legatas. an locus ſit Falcidiæ. Quare in hac parte in primis conſpicitur vtilitas huius interdicti. Et cum nodum maius eſt in retentione, quàm in actione. Hinc variæ quæſtiones oriuntur, vna eſt in leg. 2. §. ſi legatarius. eod. Nos dicimus retentionẽ conceſſam eſſe hæredi, non actionem. Quid ergo ſi per errorem tradiderit res, num dabitur actio? Iuſtum eſt dari actionem. Quod enim de retentione dicimus, hoc ob hæredis vtilitatem fit, non quod non poſſit actione experiri, ſi ei vtile ſit, vtetur enim interdicto quorum legatorum, in id quod ſupra dodrantem legatarius acceperit. Simile eſt in l. lineam. 26. eo. Teſtator lineam Margaritorum legauit, quæ mortis teſtatoris tempore erat apud legatarium. Poſt mortem teſtatoris quærebatur de Falcidia, legatarius propria auctoritate nõ erat nactus poſſeſſionem, ſed traditione forte ante mortem teſtatoris. Et tamen dicitur etiam in hoc caſu hæredem experiri poſſe interdicto, vel vindicare partem in ea linea, quæ ex Falcidia ei remanere debet. Alia quæſtio naſcitur ex l. ſi ex pluribus, 16. hic. Dubitandum non eſt, quin hæc quæſtio oriatur ex quarto capite huius legis, quod de retentione cauiſſe diximus. *Etiam pro his.* Et ſi duæ res ſint legatæ, & earum vna iam data ſit. ex altera quæ ſoluta nondum eſt, plenam Falcidiam hęres retinere poterit. Alia quędam erant capita huius legis, nec facile cognoſcere poſſumus, quid ſingulis fuerit comprehenſum, ſed alia fuiſſe conſtat ex l. ſed vſusfructus. 81. ſuprà. Ipſa lege Falcidia, inquit, expreſſum eſt, vt ſi teſtator vxori dotem prælegauerit, vel res quas mulieris cauſa emerit, parauerit, non deducatur ex illis Falcidia. Hæc de capitibus legis Falcidiæ dicta ſunt veluti argumenti vice totius huius tractatus. Tota reliqua diſputatio fere in interpretatione ſecundi capitis verſatur, quod ad quartæ detractionem pertinet. Circa hanc quartæ detractionem primis ſpectandum eſt, quid, quantumque in hæreditate ſit, quantumque in legato ſit. Omnes fere quæſtiones ad hæc loca referuntur: cum enim Falcidius in ſecundo capite legis ſuæ ait, quartam partem remanere apud hæredem, neceſſe eſt, vt prius videamus, quid, quantumque ſit in hæreditate, quid legatum, & quantum legatum ſit. Aliter hæc quarta commode deduci non poteſt, vnde ſi corpora legata ſint, plerunque æſtimatio rerum initur: ſi pecunia vel quantitas, res eſt expeditiſſima. De hac æſtimatione, multa ſub hoc titulo ſcripta ſunt. Et locus communis eſt de hac æſtimatione, quę extat in capitibus, quæ nunc dicam, in l. quod de bonis 15. §. vlt. hic dicitur æſtimationem teſtatoris non ſpectandam eſſe, ſed verum pretium rei. Et ideo etſi teſtator dicat ſe ad tantam quantitatem legaſſe, nihilominus tamen vera æſtimatio ſpectabitur. Eodem pertinet l. in lege Falc. 44. hic. Simile in l. in lege. 62. hic. *Formali pretio*, inquit, Ego puto hæc verba de forma cenſuali accipienda eſſe, cuius mentio eſt in l. forma. de cenſib. Cum cenſus Romæ fiebat, omnes res deſcribebantur, quæ in patrimonio alicuius erant, & pretium ſingularum rerum inibatur. Si quæratur ergo de Falcidia, non inſpicietur æſtimatio cenſus illius, ſed præſens pretium: fortè enim maius aut minus pretium erat, quo tempore æſtimatio à Cẽſoribus inita eſt. Similis quæſtio eſt in iure põtificio de decima Papali, in Clem. vlt. de decim. Cum pontifex vel rex hodie loco pontificia decimas ab omnibus ſacerdotibus exigit, non æſtimatio præteriti temporis, ſed præſentis temporis ineunda eſt: Eſt enim veluti formale pretium. Et æſtimationem referendam eſſe ſtatuit, ad taxationem conſuetam in illis partibus, in quibus æſtimatio iniri ſolet. Superius diximus de ratione legis Falcidiæ ineunda, ſi corpora in hæreditate ſint, non pecunia, non quantitas, neceſſario veniendum ad æſtimationem. Atque hinc cœpta eſt diſputatio de æſtimatione omnium rerum in vniuerſum. Eſt enim locus communis de æſtimatione non tantum ad legem Falcidiam pertinens, ſed ad omnes alios iuris ciuilis locos. Et diximus ex veritate æſtimationem faciendam, neceſſe inſpiciendum, ſi teſtator rem taxauerit, ſi pretium rei ipſe definierit. l. quod de bonis. §. vlt. hic. Diximus etiam formale pretium non eſſe ſpectandum. l. in lege. ſuprà. Nec ad formam cenſualem reſpiciendum, qua res in cenſum redactæ ſunt, quam formam pretium formale vocari arbitror à Iuriſconſulto. d. l. in lege. infrà. Et huc pertinet lex 3. §. diui fratres. de iure fiſci. Non ex præterita emptione, ſed ex præſenti æſtimatione pretia conſtituenda. Non eſt inſpicienda pars, quæ empta ſit, vt cognoſcatur verum pretium, ſed vera æſtimatio ſpectanda eſt,

quia

quia fieri poteſt, vt ea res, quæ tanti fuit, cum prius venderetur, nunc minoris vel pluris facta ſit. Ergo nec æſtimatio formæ cenſualis ſpectanda eſt, quia poſt cenſualem deſcriptionem decreſcere potuit pretium. Et ſic accipimus d. l. in lege. Præterea inſpicitur, quanti ea res vænire poteſt. dict. l. in lege Falcidia. 45. ſuprà. Hinc vulgare illud, res tanti valet, quanti vendi poteſt. l. mortis cauſa. 18. §. vltim. de dona. cau. mort. l. ſi ſeruus 14. de condict. furt. Cum quæritur de æſtimatione rei, inſpicimus quanti ea res vendi poſſit. In frumento & rebus aliis quas reipublicæ intereſt iuſto pretio vendi, ſpectamus quanti ea res vendi poſſit in publico foro rerum venalium. Quod diligenter notandum eſt, quia ſæpe contingit, vt probatio pretij ſpecierum aliquarum ineunda ſit. Hoc autem ſumitur ex l. ſpeciebus. 8. C. de cohor. Cum quæritur, quanti ſit æſtimatio ſpecierum, videmus quanti vendi potuit ſpecies illa in foro publico. Deinde ſi res ſit, quæ fructus producit, vt ager, quantitatem redituum inſpicimus, & obuentionem, vnde indicari poſſit pretium. l. ſi quos. 18. Codic. de reſcind. vend. Si agitur de reſcindenda venditione, inſpicimus qualitatem rei, & redituum quantitatem. Solent adhiberi æſtimatores periti, velut arbitri, quod ſumitur ex l. hac edictali. §. his illud. C. de ſecund. nupt. Nihil enim audemus abſque legibus adfirmare. Loquitur illa lex de arbitris, in quos vterque conſentit & vxor & maritus. Circa hanc porro æſtimationem notandum, affectus & ſingularis vtilitatis rationem non eſſe habendam. l. pretia. 53. ſuprà. Non fingimus pretia ex affectu, non ex ſingulorum vtilitate: ſed communiter inſpicimus, quāti communiter res vendi poſſit, & communiter æſtimatur, nō ſpectamus quantam vtilitatem ea res cuilibet allatura ſit. Alij hoc loco legunt, funguntur, ſed verior eſt lectio, fingūtur, id eſt, æſtimantur. Fingere enim æſtimare eſt. Cicero pro Roſc. item in l. ſi ſeruum. 33. ad legem Aquil. Alios ex natura ſua fingere: fieri poteſt, vt vtilior poſſit eſſe res certo alicui homini, quàm communiter. Fieri etiā poteſt, vt quis maximo ducatur affectu in rem, etſi ea nō maiorem vtilitatem adferat ipſi, quàm ceteris. Sed horum non eſt habenda ratio. Exemplum adfertur in hac lege de filio naturali, veriſimile eſt patrem magno pretio redempturum eſſe filium, ſi ab alio poſſideretur, etſi forte vix eſſet decem aureorum. Sed ex hoc affectu non iudicamus æſtimationem. Hic affectus affectus hodie deprehenditur in equis, canibus, gemmis, quæ pleruͫque maximi à nobilibus æſtimari ſolēt. *Sed quâ*. In vulgaribus codicibus legitur, *Sed quaſi*. Legendū autē eſt *quâ*. Phraſin hanc quæ Latina eſt, non intellexerunt librarij, igitur *quâ*, mutarunt in *quaſi*. Dubitandum tamen non eſt, qui aliquando ratio habeatur eius affectionis: de qua re diſputauimus in l. in actionibus. de in litem iur. Cum iuſiurandum in litem actori defertur, reus qui rem non reſtituit, iuſſu iudicis damnatur in quantum actor in litem iurauerit, & in hoc caſu habetur ratio affectionis. Non enim inſpicitur tunc iuſtum rei pretium, quia iniquum eſt viſum, cogi quenquam iuſto pretio rem ſuam alij vendere. l. tutor. de in litem iur. l. ſi cum dos. de act. rer. amot. Sed cum de ineūda rei æſtimatione agimus, fingimus eam ex communi hominum opinione. Sequitur in §. vlt. l. pretia. *Pretij varietatem*. Hoc maxime pertinet ad noſtram diſputationem. Diximus in æſtimanda re quapiam, non eſſe affectum cuiuſquam, nec vtilitatem, quam allatura eſt ea res cuiuis homini: ſed cōmunem hominum opinionem ſpectandam: Sed in hac æſtimatione tamen ratio eſt habēda locorum & temporum. Igitur cauſidici eſt, in concipiendis formulis, mentionem temporis, aut loci facere. Nam ſi æſtimatio facienda ſit in Gallis, non eſt æſtimanda res, vt æſtimatur in Hiſpania, vel in Germania, vel in Britannia. In vno atque eodem loco tempora etiam pretij varietatem adferunt. vnus annus ſterilior eſt, aut fertilior altero, vt plerunque accidit: ſed hanc varietatem non æſtimare debemus ex momentis temporum, aut ex ea varietate, quæ raro accidit, id eſt, non ex tempore breuiſſimo. Etſi enim tribus diebus frumentum in foro carū fuerit, non ideo dicetur eſſe id commune pretium, ſed pretia ex eo debere conſtitui, quod frequentius accidit. Hactenus de æſtimatione rerum ineunda.

Sequens locus eſt de his, quæ imputantur in quartam Falcidiæ, & quæ proficiunt legatariis, & de his, quæ non imputantur, & nocent legatariis. Admonui ſupra, cum de facidiæ detractione quæritur, videndum eſſe, quantum in hæreditate ſit, quantum legatum: niſi vtrumque cognoſcatur, non poſſe iniri rationem Falcidiæ. Quæſtiones omnes huius tractatus ad hunc locum referuntur: ſemper quæritur, quid in quartam hæredi ſit imputandum, quid legatum ſit. Cum ergo quæritur, quid debeat imputari in Falcidiam, in primis eſt notandum, imputari in quartam ea, quæ iure hæreditario capiuntur, & iudicio teſtatoris, & hæc proficere legatariis. l. quid autem. 74. ſuprà. *Si ex iudicio*. Vere quidem dicitur: Si ex defuncti iudicio hæres habeat quartam, ſolida legata eſſe pręſtanda: ſed non ſatis plene hoc dicitur, addendum enim eſt, Si ex defuncti iudicio, & iure hæreditario hæres habeat quartam. Nam ſi quid hæredi prælegatum ſit, non imputatur in Falcidiam. Simile in l. in quartam. 91. ſuprà. Illud igitur tenendum, hæredi imputari in quartam, & proficere legatariis, quæcunque iure hæreditario hæres capiat. Hoc quomodo ſit accipiendum, & quid inter quartam in Falcidiæ, & Trebellianum interſit, poſtea dicemus in interpretatione l. in quartam. quæ non eſt huius loci propria. Hinc multa conſequuntur, de quibus dubitatio fuit apud veteres, ſed omnia dependent ex eo, quod diximus eas res imputari in quartam, & proficere legatariis, quæ iure hæreditario hæres accipit. Primum enim ſequitur, quod eſt in l. 1. §. id quod ſuprà. Teſtator inſtituit duos hæredes, Titium & Sempronium: Titium ſubſtituit Sempronio, ſi Sempronius hæres non erit, Titius eſto: Sempronius omiſit hæreditatem, delata eſt hæreditas Titio, qui totam hęreditatem conſequitur, ex inſtitutione & ſubſtitutione. Quæritur, ſi de Falcidia agatur, an illa tantum pars, quam ex inſtitutione conſequitur, ei imputanda ſit in Falcidiam, an vero etiam ea, quæ ex ſubſtitutione ad illū peruenit, & ait Iureconſultus, ex ſubſtitutione adeptus eſt hæres, proficere legatariis. Contendit hæres, hæreditatem eſſe exhauſtam legatis, vult ex illis deducere quartam, & verum eſt, ſi ei tantum pars hæreditatis, quam ex inſtitutione nactus eſt, imputetur, eam non ſufficere ad quartam Falcidiæ conſtituendam, ſed neceſſario aliquid debere diminui ex legatis, ad explendam quartam. Rurſus autem, ſi ei imputetur pars illa ex ſubſtitutione, eam ſufficere ad quartam. Quia ergo vtranque partem capit iure hæreditario, vtraque pars ei imputari dicitur, iure hæreditario capit quod tanquam hæres capit. De prima parte, ex qua fuit inſtitutus, non eſt dubium, quin eam tanquam hæres capiat: alteram vero partem quam ex ſubſtitutione habet, non habet titulo legatarij, ſed hæredis: ergo ex vtraque parte inſtitutus videtur. Similis eſt, inquit Paulus, ei qui ex vna parte pure, ex altera parte ſub conditione eſt inſtitutus, vt oſtendat nihil intereſſe, an ſi quis inſtitutus ſit, an ſubſtitutus. Si poneremus eundem ex conditione, recta totam hæreditatem capere diceretur. Hinc maneat, quod dicitur, retentionem in quartam imputari. l. in ratione. 30. ſuprà. Quænam ſint hæ reten-

tiones,alibi explicatur,in leg.non eſt dubium, l.ex aſſe.51.ſuprà.Legata retinentur ab hærede, quæ peti per legatarium non poſſunt:Si ea petantur per legatarium, hæres eum poteſt ſummouere. Sed huiuſmodi legata hæredi imputantur in quartam : quia ea capit iure hæredis.Nam ſi inutiliter legatum eſt,hæres ea legata retinet,perinde ac ſi legata non eſſent. Exemplum eſt in d.l.non eſt dubium.ſuprà.Quoties in ea cauſa eſt legatum, vt nō poſſit id petere legatarius, retinetur ab hærede:ita tamen vt id ſibi imputet in Falcidiam. Simile in d. l. ex aſſe. 5.§.1.ſuprà.Eodem pertinet l.in ratione. 30.§.1.ſuprà *In ratione legis Falcidiæ.* Id eſt,non habentur pro legatis,atque ſi legata non eſſent, vtiliter veniunt in Falcidiam.Exempla ſunt in §. penult. ead. leg. Ex hac regula & illud infertur, quod & pretium rei hæreditariæ,hæredi in quartam imputetur, ſi teſtator iuſſerit rem hæreditariam vendere:in l. ſi dignum. 19. ſuprà. Fundus decem valebat, quem teſtator iuſſit quinque vendi, ſi vendiderit decem, decem erunt in hæreditate, & computabuntur in Falcidiam. At ſi ex voluntate teſtatoris fundum vendiderit quinque tantum,cum decem dignus eſſet, quinque manent in hæreditate. & quinque legata videbuntur, quinque imputabuntur hæredi in Falcidiam, quæ non tanquam legatum capit, ſed iure hæreditario. Pretium enim rei hæreditariæ ſuccedit in locum ipſius rei hæreditariæ.l.ſi & rem.22.de petit.hæred. Simile eſt in leg. qui fundum.87.ſuprà. Quidam habet tantum fundum in bonis,qui centum aureorum eſt, damnat hæredem, vt eum vendat quinquaginta Titio : Non eſt putandum plus quàm quinquaginta legaſſe, ac ſi centum in bonis habuiſſet teſtator,& iuſſiſſet inde dari Titio quinquaginta,reliqua quinquaginta manent in hæreditate. *Nō eſt æſtimandus amplius.* Hic non poteſt locum habere Falcidia. Duos fundos teſtator habebat in bonis, ſingulos centum aureorum : hæredes duos inſtituit, Titium & Sempronium,Sempronium damnauit, vt fundū Cornelianum Titio centum aureis venderet,& cōtra Titiū damnauit, vt fūdum Seianum Sempronio itidem centum aureis venderet, vterque hæres hæreditario iure habet partē dimidiam,& debetur eis quarta tantum pars ex Falcidia. Ergo non poteſt habere locum Falcidia in legatis ab illo teſtatore relictis, & proficiet legatariis, quia nihil eis poteſt diminui. Ex eadem regula colligimus actiones & obligationes hæredi eſſe in quartam imputandas:ſunt enim in bonis& in hæreditate non minus quàm corpora. l.bonorum. de verborum ſignificatione. Si actiones tantum teſtator in bonis reliquerit, non minus dicuntur in hæreditate eſſe,quàm ſi ſpecies reliquiſſet. Hinc quæritur de actionibus pœnalibus prætoriis,in l. pœnales. 32. hic. Vbi diſputatio eſt digna obſeruatione.Et hic tractaturi ſumus locum communem de natura obligationum. Morte reorum actiones pœnales,quæ ex maleficiis naſcuntur,in hæredem non tranſeunt, niſi lite conteſtata. Vnde dubitabatur an in bonis eſſent computanda, cum in hæredem non dentur.§. non autem. Inſtitut.de perpet.& temp.actio.Porro hæ actiones,quamuis non contra hæredem rei,tamen hæredi actoris dantur. Actor actionem in hæredem transfert : Ergo non ideo minus dicuntur in bonis actoris, quia non poſſit experiri contra hæredem rei: fieri enim poteſt, vt poſt mortem rei non intercidant, ſed lite conteſtata cum reo fiant perpetuæ.Excipit Iuriſconſultus actiones populares,& actionem iniuriarum, quæ in bonis eſſe nō dicuntur.Popularis actio eſt, quę populo ius ſuum tuetur. l. 1. de popul. actio. Agit actor illa actione, non quod ſua interſit,ſed quod populi:quomodo ergo poſſent dici in bonis eſſe?Aliquādo tamē in bonis eſſe dici poſſunt,cum præter publicam vtilitatē,etiam noſtra interſit ea nos experiri. Sed vbi publica tantum vtilitas verſatur,in bonis noſtris dici non poſſunt.Ante litem conteſtatam cum reo, pœnalis actio non trāſfertur in hæredem rei,ſed morte rei intercidit. Quædam alia dicuntur in hac l.pœnales, quæ ad ſequentem locum pertinent,ad quem ea reiicimus.

Ex eo quod de actione diximus,quęſtio naſcitur de duobus rei ſtipulandi,& tractatur in l. Falcidia.62.ſupra.Diximus actionem in bonis eſſe: At quid dicemus de duobus reis ſtipulandi, ſi duo eādem rem ab aliquo ſtipulati ſint,vt in ſolidum ſingulis competat actio? id enim contingit in duob.reis ſtipulandi. Stipulatio his ab vtroque intelligitur contracta.l.ex duobus.de duobus reis.Duo erāt rei ſtipulandi, vnus deceſſit,reliquit hæredē,legauit quædam, agitur de lege Falcidia,quæritur quantū hæredi imputandū ſit. Stipulati forte ſūt centū,an tota cētū,an dimidiū tantū imputabitur hæredi in quartā? Nō eſt inſignior locus alibi,de duobus reis ſtipulādi,& naturā eius obligationis manifeſtiſſime oſtendit. An igitur imputabimus dimidiam tātum ſummam in quartam Falcidiæ, quia duo ſūt rei ſtipulandi,an ſolidum, quia in ſolidum agere poteſt quilibet?Hic diſtinguitur ab Vlpiano, de duobus reis promittendi, de quibus Vlpianus hic ſimul tractat, nos nunc nihil dicemus, quia id ad ſequentem locum pertinet.Inquit autem Vlpianus: Inſpicimus an hi duo rei ſtipulandi, ſocij fuerint, in ea obligatione conſtituenda. Si fuerint ſocij, imputabimus partem tantum eius pecuniæ in quartam : quia duo rei ſtipulandi ſocij ſūt. Ergo oportet omnes res inter eos communicare. Sed ſi ſocij non fuerint,id pendere eſt,inquit,in vtrius bonis ea ſumma ſit computanda. Quo oſtendit Vlpianus euentum eſſe ſpectandum,& ex eo iudicandum,vtrius in bonis ea ſumma ſit. Videndum eſt, cuinam ea ſūma ſoluta ſit. Si tota ſumma hæredi ſoluta ſit, dicetur in bonis illius eſſe, & imputabitur ei in Falcidiam. Melior enim cauſa poſſidētis in hac ſtipulatione.l.ex duobus. de duob.reis ſtipul. nec aliter repetitionem habet ab eo qui ſolidum exigit. id enim verius eſt.Quia ergo totam ſummam exigit,tunc tota ſumma in Falcidiam imputabitur : Vnde ſi vnus ex his reis ſtipulandi alteri hæres extiterit, vtraq. obligatio apud illum manet.l.ſi reus.30. de duobus reis conſtit.Sed cum quæritur quomodo illa ſumma,eo caſu,imputanda ſit hæredi,dicendum eſt, ſi ſoluta fuerit ex cauſa hæreditaria, imputanda eſt in Falcidiam.Sed ſi ex propria cauſa nō debet imputari.d.l.ſi reus.Hæres enim agere poteſt ex hac obligatione, vel ex cauſa propria, vel ex cauſa hæreditaria: Sed ſi ex hæreditaria cauſa agat,ſolidum ei in quadrantem imputabitur,alias non.

Ex iam dictis quæſtio oritur,quid ſi nomen tantum ſit in hæreditate,nec aliud quicquam, nulla quantitas, nullum corpus:quæritur quid hęredi ſit imputandum? Quęſtio hæc tractatur in l.quærebatur. 82.ſup.quæ lex difficilis nō eſt, vt vulgo putatur.Animaduertēdū eſt, quidquid refici poteſt ex eo nomine, ſeu obligatione, id diuidendum eſſe inter hæredem & legatarios. Exēpli gratia : Teſtator nomen habet quadringentorum aureorum,in hæreditate ſua tota quadringenta non ita habebuntur, quaſi ſint in hæreditate, quia tantum forte exigi non poteſt, fortè ſoluendo non eſt debitor, forte enim nihil aut totum non poteſt ſoluere. Inſpicimus ergo, quid ex hoc nomine refici poſſit, & quanti nomen hoc vendi poſſit, & ex ea pecunia quartam hæres detrahet, & reliquum diſtribuetur legatariis. Ergo non totam quantitatem ſuā inſpcimus,quę eſt in obligatione.Caſus tamē vnus eſt, quo totā ſūmā inſpicimus.Exēpli gratia. Cum ipſi

debitori

debitori liberatio eſt legata, qui ad quadringenta fortè obligatus erat, nec aliud in bonis eſt præter nomẽ hoc, debitor fortaſſis non habet, niſi centum. Quæritur an ea centum hæres capere poſſit pro quarta ſua? Obiicit legatarius, idemque debitor, cui liberatio eſt legata, ſe ſoluere non poſſe. ſed nihilominus totius ſummæ habemus rationem. quæ eſt in obligatione, & quod ad ipſum debitorem attinet. ſemper dicimus eum ſoluendo eſſe, quia liberatus eſt. De cæteris legatariis idẽ dici non poteſt, quia cæteri, quibus certa ſumma, quæ in nominibus apud alios eſt, legata eſt, non ſemper ſolidum conſequi poſſunt, ſi inops ſit debitor. Quæritur etiam de naturali obligatione, an quod natura debetur ſit imputandum hæredi in quartam: quæſtio hæc tractatur in l. 1. §. id quod natura. ſupra. Si pacto quid promiſſum ſit ſine ſtipulatione, ſi debitor ſoluerit, nullam repetitionem habet: Nec dicitur omnino in debitum eſſe, quod debetur naturaliter. Ideo dubitari poteſt, quomodo imputandum ſit in Falcidiam. Et ait Iureconſultus euentum eſſe ſpectandum, quia peti non poteſt, quod natura debetur: ſi ſolutum fuerit, repeti non poteſt. Igitur debet expectari euentus, an ſolutum fuerit necne: ſi ſolutum fuerit: imputabitur: ſi ſolutum non fuerit, non imputari poteſt, quia actionem non habetur hæres ad petendum. Quemadmodum ſi ſolutum fuerit, imputabitur, quia iure hæreditario obligationem habet naturalem non minus quam ciuilem, licet differant effectu, vt ſupra dixi.

Diximus actiones & obligationes hæredi imputari in Falcidiam & augere hæreditatem, & proficere legatariis, vt minus legatis decedat, quia in bonis actiones numerantur, non minus quam ſpecies, & corpora. Supradictis addendum: Idem dici debere & de ea obligatione, qua erat obſtrictus hæres defuncto, antequam decederet, ſi debitor hæres extitit creditori, obligatio qua tenebatur defuncto, in Falcidiam imputatur, & connumeratur in bonis hæreditatis. in l. 1. §. ſi debitor creditori. ſupra. Quæſtio eſt, ſi debitor creditori hæres extiterit, an hoc nomen obligatióque imputetur in quartam? Nam probabiliter dubitatum fuit, tunc enim debitor dicitur confuſione liberatus eſſe, vt fit, cum debitor creditori hæres exiſtit, quia vtraque perſona in eandem perſonam recidit: fieri itaque non poteſt, vti quicquam debeatur alicui à ſeipſo. Si diceretur manere obligatio, idem ſibi ipſi deberet. Hoc autem fieri non poteſt, quia vt obligatio ſit, oportet diuerſas perſonas eſſe: cum igitur vna tantum perſona ſit, merito confuſione quadam liberatus dicitur debitor. Atque hac ratione in lege Falcidia non videbatur ratio habenda huius obligationis. Et tamen dicitur in rationem Falcidiæ hanc obligationem venire. Neglecta igitur ſubtilitate iuris, Paulus ſpectauit tantum, an hæreditas ſit reddita auctior, & locupletior ob eam rem. Nam cum auctior ſit reddita, conſtat eam venire in contributionem Falcidiæ. Et quod dicimus cõfundi obligationem, cum debitor creditori ſuccedit, verum eſt quãtum attinet ad actionem: fieri enim non poteſt, vt à ſeipſo aliquis quid petat, ſed tamen nihil vetat, quominus retineat debitor tanquam hæres, id quod debet defuncto: Et hac ratione auctior fit hæreditas. Quo autem auctior eſt hæreditas, eo minus minuuntur legata. Idem repetitur & aliis in locis huius tit. Et exẽpla eiuſdem rei ſunt in l. cum quo. 56. hic. vbi de eo loquitur, qui actione de peculio, defuncto tenebatur. Hac actione augetur hæreditas. Simile in l. maritus. 96. hic vbi de marito loquitur, qui res adminiſtrauit vxoris extra dotem marito datas, quæ paraphetna vocantur. l. hac lege. 8. Cod. de pact. conuen. Dotis adminiſtrationem & vſumfructũ habet maritus, nec reddere cogitur rationem eius adminiſtrationis, ſed ſi mulier res dedit extra cauſam dotis, maritus eas adminiſtrat, vt procurator & rationes reddit: vnde ſi debitor fuerit vxoris, ex ea adminiſtratione perinde tenetur ac quiuis extraneus. Et ait Iuriſconſultus ſi eo caſu maritus fuerit hęres vxori, imputari eam obligationem in Falcidiam. Actiones igitur & obligationes imputantur in Falcidiam, quia hæreditariæ ſunt. Hinc ſequitur etiam fructus ab hærede perceptos in Falcidiam imputari, qua de re magna eſt diſputatio apud iuris interpretes. Rem autem paucis comprehendam. De fructibus cum quæri ſolet, an imputentur in Falcidiam, meminiſſe oportet eorum, quæ ſupra à nobis tradita ſunt: ea imputari in Falcidiam, quæ iure hæreditario capiuntur. Tunc autem capiuntur fructus iure hæreditario, cum ex re capiuntur, ante conditionem. l. quod de bonis. 8. §. fructus. 15. ſupra. Teſtator legauit prædium ſub conditione, ſi nauis venerit Africa: ante conditionem eius prædij fructus hæres colligit, ſed quæritur an in Falcidiam imputentur? Et certum eſt eos in Falcidiam imputari, quia iure hæreditario capiuntur, tanquam pars hæreditatis ſint. Sed cum nulla adſcripta legato eſt conditio, dominium legati transfertur ad legatarium. l. à Titio. de furt. & tot. tit. C. de fruct. & vſ. leg. At conditione non euueniente, quo iure capiet hæres fructus? *Verbis fideicommiſſi fructus relictos in cauſam fideicommiſſi non deductos.* Hæc videntur pugnantia eſſe. fructus verbis fideicommiſſi relictos, & non deduci in cauſam fideicommiſſi, ſed verbum, relictos, hic accipere debemus pro dimiſſis. Sic enim accipitur in ſequentibus verbis eiuſdem paragraphi. Relinquere interdum legare ſignificat, ſed interdum ſignificat etiam dimittere. Teſtator verbis fideicommiſſi prædium legauit dimiſſis fructibus penes hæredem, verbis fideicommiſſi nihil eſt expreſſum de fructibus: Atque ideo manent apud hæredem, imputantur ergo in quartam. Simile eſt in l. Falcidiæ 24. l. in l. falcidia 45. hic. Eodemque pertinet l. qui quadringenta. 88. §. qui ducenta. ſupra. Vbi idem de vſuris docet, quod hic de fructibus, de vſuris rei ſub conditione relictæ. At quid legatis puris? Fructus percepti ex legatis puris legatariis non proficiunt, ſed lucro hæredis cedunt. l. in ratione. 30. ſupra. Idem dicitur in l. in quantitate. 73. ſupra in hac diſputatione de Falcidia, vnum axioma præcipuum, & certiſſimum eſt, quantitatis rationem haberi tempore mortis teſtatoris. dict. l. in quantitate. Idem in §. quantitas. Inſtit. eod. ita vt ſi poſtea hæreditas creuerit, ſemper tamen tempus mortis teſtoris inſpicimus, & fructus poſtea percepti lucro ſunt hæredi, & Falcidiam ex illis deducit hæres. Ergo cum de legato puro relicto loquimur, fructus hæreditatem non augent, nec imputantur in quartam. Excipitur caſus in l. lege falcidia. 9. ſupra. Teſtator reliquit fundum plenum maturis fructibus: poſt mortem teſtatoris, fructus illi ſunt percepti, ait Iuriſconſul. eos in Falcidiam imputari: Inſpiciendũ quidem eſt tẽpus mortis, ſed iã maturi erant illi fructus, cum teſtator moreretur, & poterant tunc percipi tempore mortis teſtatoris. Vulgus interpretum hoc generaliter intelligit de fructibus, qui ſati erant tempore mortis teſtatoris, quod non probo. Nam de maturis tantum loquitur Iureconſul. qui pro perceptis habentur: ſati autem pro perceptis haberi non poſſunt. Hæc de fructibus, & aliis quæ iure hæreditario capiuntur, atque ideo in Falcidiam imputantur.

Altera regula eſt negatiua: quæ hæres non capit iure hæreditario, neque iudicio teſtatoris, non imputantur in Falcidiam. Hoc exemplis declaraturi ſumus, ſicut ſuperiorem regulam. Non proficiunt legatariis, quæ non iure hæreditario percipit hæres. Hæc regula traditur præcipue legata duobus in capitibus, in l. quod autem. 74. Exemplum eſt. Teſtator duos hæredes

Digitized by Google

inſtituit, quædam ab eis reliquit, vt locus ſit Falcidiæ, vni hæredum prælegauit fundum, hunc fundum alter hæres tanquam legatarius conſequitur non tanquam hæres. Hoc igitur præcipuũ habet hæres, nec imputatur ei in Falcidiam. Quare ex aliis capiet quartam ſuã, perinde ac ſi hoc prędium ei legatum non eſſet. Teſtator inſtituit hęredem Titium, & Sempronium, legauit prædium Titio ſub hac conditione, ſi decem dederit Sempronio. Hæc decem Sempronius non capit iure hæreditario, potuiſſet enim hæc conditio adſcribi ei, qui hæres non eſſet, capitur mortis cauſa. Et dicitur mortis cauſa capio, tit. de mortis cauſa donat. Ergo nõ imputatur in Falcidiã. quia mortis cauſa capionis titulo hoc cõſequitur, nõ titulo hæreditario. Sic ſi à ſtatu libero, id eſt, ab eo qui in diem, vel ſub conditione libertas eſt relicta, quid capiat hęres, illi peculiares nũmi ſunt in hæreditate, & eos capit tanquam hæres: Ergo imputantur in falcidiam. Idem dicitur in l. in quartam. 91. ſupra. Hoc caput nobiliſſimum eſt totius tractatus. Et idem hic docetur, quod & in ſuperiori. Deinde ſubiicit. *Sed in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda.* Martianus hic oſtendit differentiam, inter quartam Falcidiam & Trebellianam, id eſt inter quartam, quæ ex legatis ſecundum Falcidiam & inter quartam quæ ex fideicommiſſis, ſecundum Senatuſconſul. Trebellianum vel Pegaſianum deducitur. In quartam ex Falcidia non imputantur, niſi quæ iure hæreditario capiuntur. In quartam autem Trebellianam omnia imputantur, quæ iudicio teſtatoris capiuntur, ſiue iure hęreditario, ſiue mortis capionis capiantur. Exemplum hîc eſt deductionis, quæ ex fideicommiſſis fit, ex Senatuſconſtulto Pegaſiano, vel Trebelliano. Cum rogatus eſt hæres reſtituere alteri hæreditatem, detrahit quartam ex Senatuſcõſulto Trebelliano, ſed quicquid percipit iudicio teſtatoris, id ei imputatur in quartam, ſiue in hæreditate ſit, ſiue in legatis. Magna quæſtio eſt, & agitata magnopere de ratione diuerſitatis, inter quartam Falcidiam & quartam Trebellianam. Qui originem iuris non ſatis norunt, aut non ſatis accurate expendunt, vix aſſequuntur huius diuerſitatis rationẽ. Ius noſtrum conſtat variis ex partibus, ex legibus, ex Senatuſconſultis, ex edictis, ex reſponſis prudentum: & diuerſis temporibus hæ partes receptæ ſunt. Nam non vno tempore ſunt omnia conſtituta, quæ à Iuſtiniano conſtituta extant. Origo autem omnium traditur à Põponio in l. 2. de orig. iur. In interpretatione iuris ciuilis ſæpe hæc ſunt diſtinguenda, & infœliciter ius ciuile tractamus, niſi diligenter expenſa ratione iuris, & iuris auctorum. Legata ortum habent ex legibus Romanis: Fideicommiſſa ex morte, & iuriſdictione Magiſtratus auctoritatem acceperunt. §. 2. de fideicom. hæred. Inſtit. Lex Falcidia ad legata pertinet, non ad fideicomiſſ. Fideicommiſſa nullas vires habebant eo tempore, quo lata eſt lex Falcidia: ſed committebantur fideicommiſſa, quaſi religioni & fidei eius à quod relinquebantur. Legata verò neceſſitatem pręſtandi ab initio, ex iure ciuili habebant. In legis Falcidiæ capite ſecundo, quod ſupra interpretati ſumus. Falcidius ita cauit, de quadrante detrahendo, vt appareat voluiſſe Falcidium, hæredem habere quadrantem ex hæreditate. Neque ſimpliciter cauit, ne minus haberet hæres, quàm quadrantem, ſed vt illum quadrantem ex hæreditate deduceret. Hanc igitur legem prudentes ſic ſunt interpretati, quaſi in quartam tantum voluerit imputari Falcidius id, quod caperet hæres, iure hęreditario. Et ſi quis iudicio teſtatoris, non iure hæreditario haberet res aliquas, non ideo magis hæredem quartam habere, ſed oportet iure hæreditario ad hæredem peruenire, vt id ei in quadrãtem Falcidiæ imputari poſſit. Succeſſit longo poſt tẽpore Senatuſconſultum Pegaſianum, vt conſtat ex §. ſed quia hæredes. de fideicommiſ. Vbi oſtenditur, cautum eſſe eo Senatuſconſulto, vt ſicut quartam, per legem Falcidiam, ex legatis retinet hæres: ſic quartam retineret etiam ex fideicommiſſis, & nihil in eo loco aliud eſt expreſſum. Neque extarent, verba Senatuſconſulti Pegaſiani: ſi extarent, fortaſſis certius cognoſceremus, quod nos hic angit. Sed tamen, quantum poſſumus colligere ex d. §. ſed quia hæred. non fuit facta mentio hæreditatis in Senatuſconſulto Pegaſiano. Igitur pars quarta poteſt intelligi de quarta parte bonorum. Verum eſt adiicere Iuſtinianum, Falcidiæ exemplo, introductum eſſe Senatuſconſultum, ſed hoc ſignificat, quod quemadmodum ex legatis Falcidia detrahatur, ſic in fideicommiſſis, pars bonorum ſeu rerum imputetur in quartam. Ergo Senatus ita eſt ſecutus legem publicam, legem populi Romani, vt tamen temperamentum æquitatis adhiberet, & ſimplicitatem magis amplecteretur, quàm veteres in legatis. Et hoc frequens eſt in fideicommiſſis, vt multo fauorabilius fideicommiſſa interpretentur Iuriſconſulti, & plenius quam legata, & negligant ſubtilitatem, quam legata introduxerunt. Multa adduxi exempla in ſuperioribus, in ſimili diſputatione. Vnum eſt quod ante hæredis inſtitutionem non poteſt legari. §. ante hęred. Inſtit. de leg. alias legatum inutile eſſet. In fideicommiſſis autem hic ordo nõ obſeruatur. Simile in §. poſt mortem. Inſtitut. de leg. Poſt mortem non poterat legari: ſed poſt mortem poterat fideicommitti. Simile. Legata non niſi Latine, fideicommiſſa etiã Græce relinqui poterant. Legata enim ex iure ciuili originẽ habent: veteres itaque dum ad exemplum legatorum, quartam ex fideicommiſſis deduci volebãt, ſtuduerũt ſubtilitatem iuris temperare, nec ideo tamẽ leges violarunt, quod non magis Senatus potuit, quam Prætor. l. 1. ex quibus cauſis in integ. l. cum ſponſus. de public. in rem actio. Hinc actio ex Senatusconſulto Trebelliano vtilis tantum dicitur, quia Senatus non potuit hęredem facere, vt nec Prætor, l. ſi filiusfa. ſupra tit. quos autem, de bonor. poſſeſſ. multo minus iuriſprudentes hanc auctoritatem ſibi vendicare potuerũt. In recipiẽdis ergo fideicommiſſis iuriſprudentes exempla legatorum ſecuti ſunt, ſed cum temperamento æquitatis: non quod omnino exempla circa legata ſequi voluerint, quæ ſine violatione legum omittere poterant. Inde videmus filiumfamilias ſine iuſſu patris hæreditatem acquirere. l. quis mihi bon. 25 de acquiren. hæred. Et iuſſus patris præcedere debet, quia videbant Iureconſulti lege cautum fuiſſe, vt iubente patre hæreditatẽ filiusfamilias acquireret. Sic igitur inhærebant legis verbis, vt inde non diſcederent. In poſſeſſione bonorũ, quæ ad exemplum hæreditatis acquirendæ à Prætore introducta eſt, ſolus conſenſus patris ſufficit. l. 1. Cod. qui admitti ad bono. Nec immutarũt quod cautũ erat legib. de hæreditate, ſed tamẽ in ſucceſſione Prętoria à ſe introducta, non dubitarunt exemplum veterum ſequi cum temperamento. Hac ratione nihil decedit auctoritati legum, quia lex nihil ad hanc ſucceſſionem Prætoriam pertinet, ſed ad hæreditatem. Videbant magis ſubtilitatem eſſe in hæreditaria acquiſitione. putarunt igitur conſenſum ſufficere in poſſeſſione bonorum, introducta ad exemplum hęreditatis acquirendę. Simile exemplum in reſtitutione hæreditatis. l. 1. ad Senatuſconſul. Trebell. Teſtator fideicommiſit hæredi, vt alieno ſeruo hæreditatem reſtitueret: ſi iubente domino adeat ſeruus, acquiretur domino hæreditas, ſufficiet autem conſenſus domini. Hęc inſtitutio ſimilis eſt acquiſitioni hęreditatis. Nam fideicommiſſarius habetur pro hærede. Domini iuſſus eſt ad acquiſitionẽ hæreditatis neceſſarius, ſed exemplo poſſeſſionis, de

qua

qua in l.1.Cod.de bonor. poſſeſſ. Prætor primum exēplum legis ita eſt ſecutus, vt aliquid immutaret propter æquitatem. Ita vt etſi illa reſtitutio ex fideicommiſſo ſimilis ſit acquiſitioni hæreditatis, non tamen ideo oporteat præcedere iuſſus domini, ſed ſufficit ratihabitionem domini ſubſequi reſtitutionem hæreditatis, idque exemplo bonorum poſſeſſionis. Idem factū fuit à Prætoribus, à iuriſprudentibus, à Senatu ipſo. Porro vt ad propoſitum redeamus, nos quærimus rationem diuerſitatis inter quartam Falcidiæ & Trebellianam. In fideicommiſſis ita iuriſprudentes, & ipſe ſenatus exemplum veterum legum de legatis ſequutus eſt, vt aliquid vtilitatis cauſa immutaret, quanquam nihil immutaret de legatis ipſis, propter legum auctoritatem, & voluit vt hæres quartam partem rerum omnium haberet, non hæreditatis tantum. Atque ideo hic dicitur, ea, quæ iure fideicommiſſi capiuntur imputari hæredi in Falcidiam. Spectarunt veteres ſufficere hęredi, ſi quartam partem bonorum haberet hęres, quocunque titulo. Quia ij qui huius quartæ detractionis auctores ſunt, tantùm reſpiciunt vt conuerſationi teſtamentorum proſpiciant, ne is qui ſine commodo eſt hæres inſtitutus, non adeat hæreditatem, & ſic irritum fiat teſtamentum. Ergo ſatis eſt, ſi quartam rerum habeat, quacunque ex cauſa, vt hæres inſtitutus alliciatur ad voluntatem teſtatoris perficiendam: ergo etſi lex Falcidia voluerit hæredem quartam habere hæreditatis iure hæreditario, putauit tamen ſenatus ſufficere, ſi quartam fideicommiſſi haberet, ex quacunq; cauſa, & nihil hac ratione in legatis immutauit, ſed in fideicommiſſis tantum. Docuimus quid inter quartam Falcidiæ, & Trebellianam interſit, diximus in quartam Falcidiæ imputari ea tantum, quæ capit hæres iure hæreditario: quæ verò iure legati capit, vel alio titulo, ea non imputari. Sed cum quarta detrahitur ex Trebelliano fideicommiſſo, omnia detrahuntur quæ hęres capit, iudicio teſtatoris, etſi non iure hęreditario. Rationem huius diuerſitatis docuimus. Vnum eſt in l. in quartam. quod magnopere omnes turbauit, qui hac de re ſcripſerunt: & quorum commentaria extant. Difficultas eſt in his verbis. *Pro ea verò parte.* & deinde. *Extra quartam eſt quod à.* Videtur enim Mætianus contraria loqui: loquit enim fideicommiſſariam hæreditatem, & legatum in quartam imputari hæredi ſubiiciens, extra quartam eſſe, quod à cohærede accipitur. Quod videtur pugnare cum eo, quod præceſſit, quia ſi extra quartam ait, non imputabitur in quartam. Variæ opiniones extant & veterum & recētium, quas referre non volumus. Multa aduerſus veterum ſententiam ſcripſit Alciatus, & alij. Opinio vulgò recepta eſt, quod à cohærede accipitur, extra quartam eſſe, quia difformiter accipitur. Sicque diſtinguunt in quartam imputari, quod vniformiter, id eſt, ſimplici aliquo titulo accipitur, vel hæreditatis, vel legati titulo tantum. Quod autē non vno iure, nō vno titulo, ſed partim titulo hæreditatis, partim legati accipitur, id difformiter accipitur. Si prælegauerit teſtator hæredū vni fundū. difformiter hunc hæres accipere dicitur, partim titulo legati, partim titulo hęreditatis. Pars. n. eius eſt tāquā hæredis, quā velut à ſeipſo capit, pars vero quę alioqui cohæredis eſſet futura, iure prælegati eius eſt, & propterea non imputatur in Falcidiam, quia eādem rem diuerſo iure, & iure legati, & iure hæreditario cenſerio abſurdum eſſet, ſed hoc nugatorium eſt, & refutatum ab Alciato in Parergis. Dicam autem breuiter, quid ſentiam de hoc loco. Mihi videtur Mætianus, non de quarta Trebelliana hic loqui, ſed de quarta potius Falcidiæ, quæ ax legatis detrahitur. Nam in hoc capite mixtim de vtraque quarta loquitur, velut initio loquitur de quarta Falcidiæ, deinde differit de quarta Trebelliana. Nunc redit ad Falcidiā, id eſt, ad quartam quæ ex legatis deducitur, & ait, *Pro ea vero parte, quā accipit.* Interpretatur Mætianus, quod initio dixerat, de quarta Falcidiæ, quia quod ſimpliciter dictum erat à Mætiano, non videbatur verum eſſe: igitur illud hoc in loco ita interpretatur, vt quod prius dixerat, ea quæ iure prælegati, vel fideicommiſſi hæres à cohęrede accipiat, non imputari in quartam. non ſimpliciter ſic accipiendum: ſed ita vt altera pars, quam cohæres quaſi à ſeipſo capit, non iure prælegati, imputatur in quartam. Teſtator duos hæredes inſtituit, vni prælegat fundum, qui hæreditarius eſt, hæres qui & legatarius eſt, fundum illum accipit, partim iure hæreditario, partim iure prælegati, & ſic partim velut à ſeipſo capit, quia hæres eſt inſtitutus pro dimidia parte. Ergo fundum habet pro dimidia parte, & pro ea parte capit eum iure hæreditario, & ita imputatur illi ea pars in quartam Falcidiæ. Alteram partem fundi capit à cohærede, iure prælegati, non iure hæreditario, ſeu tanquam à ſemetipſo, ideóque non poteſt imputari illi pro ea parte in Falcidiam. Hæc diſtinctio colligitur l. in fideicommiſſa. 18. §. vlt. ad Senatuſc. Trebell. In reſtitutionem fideicommiſſariæ hæreditatis veniūt, quæ hæreditariæ ſunt, cum quis rogatur hęreditatem reſtituere, omnia reſtituit, quæ hæreditaria ſunt: in reſtitutione fideicommiſſi non reſtituit ea, quæ aliunde nactus eſt: vnde quæritur, ſi legatum hæredi relictum ſit, & teſtator legauerit ei fundum valet legatum, ſed ſi ei datus ſit cohæres, cui hæreditatem reſtituere à teſtatore rogatus ſit, quæritur an fūdum prælegatum ſibi ſimul debeat reſtituere? Hic quæſtio eſt an fundum illū capiat iure hæreditario, an vero alio iure? Si enim iure hęreditario capiat, veniet in reſtitutionem hęreditatis. Si in alio iure, non veniet in reſtitutionem. Iuriſconſultus ita diſtinguit, quod eam partem fundi tantum retinere debeat hæres, quam à cohærede accipit, tanquā prælegatum ſibi, ſed eam partem, quam iure hæreditario tanquam à ſeipſo accipit, in fideicommiſſum cadere, & reſtitui debere: partem enim fundi à cohęrede accipit, iure prælegati, partem à ſemetipſo, id eſt, iure hęreditario. Recte igitur Mætianus hic de Falcidia differens ait: *Extra quartam.* Quod enim prius dixerat legatum non imputari in Falcidiam, quod hæredi eſſet relictum, hoc loco apertius explicat, pro ea quidem parte, quam à cohærede accipit non imputari, ſed pro ea parte, quam nō capit à cohærede, verū à ſeipſo tanquā iure hæreditario. In fideicommiſſo Trebelliano non eſt huiuſmodi diſtinctio, ſane quantum ad imputationem in Falcidiam attinet: quantum enim ad reſtitutionem hæreditatis, eadem diſtinctio adhibenda eſt. dict. l. in fideicommiſſa. ad Trebellian. Non igitur debent confundi hæ quæſtiones de reſtitutione, & de imputatione in Falcidiam. In fideicommiſſis igitur omnia in quartam imputantur, quæ iudicio teſtatoris accipiuntur: Sed in Falcidiam ea tantum, quæ capiuntur iure hęreditario. Fundus prælegatus eſt, pars quæ à cohærede accipitur, non imputatur, quæ autem accipitur iure hęreditario, imputatur in Falcidiam. *Sed etſi accepta pecunia.* Varia exemplis declarat differentiam prius traditam inter vtranque quartam. Hic exemplum adfert, de eo, quod hæredi implendæ conditionis cauſa datur. Quod datur conditionis cauſa implendę non imputatur in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ſed imputatur in quartam, quæ detrahitur ex fideicommiſſis. Vt igitur redeamus vnde digreſſi ſumus. Quę iure hęreditario capiuntur, imputantur in Falcidiam, quæ autem alio quodā titulo, nō imputātur in Falcidiā. Hæc exemplis declarata ſunt. In primis Mętiani exempla perſequemur, vnum de legato proponitur, ſi quid legatum fuerit. Quod enim legatario iure capitur, in Falcidiam

non imputatur. Exemplum eſt l. 4. ſupra. Teſtator mihi fundum legauit ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit. Ante euentum conditionis fundus ille eſt hæredis, non legatarij, non meus. Hæres ante conditionẽ facto teſtamento, & me hęrede inſtituto deceſſit, quęritur an hic fũdus in Falcidiam imputari debeat. Quæſtio pendet ex eo, quod diximus ea tantum imputari in Falcidiam, quæ iure hæreditario capiuntur: Quæritur ergo an iure hæreditario capiatur hic fũdus, necne. Videtur capi hæreditario iure, quia hæres, qui me inſtituit, erat dominus fundi, ante euentum conditionis. Si ex hæreditate eius eſt, videtur debere imputari: hic tamen dicitur non imputari in Falcidiam, ſi enim conditio extiterit, incipit fundus meus eſſe ex priori teſtamento, & capitur iure legatario, & ſic non imputabitur. De prælegato exemplum eſt dict. l. in quartam. & aliis pleriſque locis hic. Prælegata ſunt, quæ legantur ipſi hæredi, vt ea præcipiat. & hoc pręlegatum non imputatur in Falcidiam, quia titulo legati accipitur. Hoc ita eſt accipiendum, niſi contraria voluntas teſtatoris appareat, de qua re ſpecies eſt digna animaduerſione in l. Neſennius. 22. ſup. Epiſtola eſt Neſennij ad Paulum, ad quam epiſtolam reſpondet hic Paulus. *Ex facto, domine, ſpecies eiuſmodi.* Sic ſcribit Apollinaris ad Paulum. Propoſitum fuit Titiã tres filias inſtituiſſe ex æquis partibus, & à ſingulis prælegaſſe. Iuſſit vni, vt fundum Seianum ſorori reſtitueret: ſorori item iuſſit, vt fundum Sempronianum reſtitueret alteri, & ita à ſingulis pręlegauit. vna ex his nimis eſt onerata legatis, legata excedunt dodrantem, adeo vt ſit locus Falcidiæ, quæritur ſi velit vti beneficio Falcidiæ aduerſus ſororem, quæ prælegatum ab ea petit, an id, quod ob ea accipit, ſibi prælegatum, debeat imputari in quartam? Mutua legata ſunt, vna ſoluit ſorori, nihil imputando in quartam, & viciſſim petit ſibi prælegatum à ſorore quæ iam ſuum prælegatum acceperat. Hæc dicit, legatum nimis oneroſum eſſe. Obiicitur ei, vt fundum quem prælegati nomine accepit, imputet in Falcidiam, ſi merum ius ſequamur, pręlegatum ei non imputabitur, ſed hoc valde iniquum eſſet, & veriſimile eſt, teſtatorem hoc noluiſſe. Ratio enim hic ſuadet, prælegatum eſſe imputandum in Falcidiam. Ego peto à te fundum, quem teſtator à te mihi pręlegauit, peto eum ſolui ſine diminutione, nolo autem fundum eum, qui tibi à me pręlegatus eſt ſoluere integrum, ſed partem imputari in quartam. Iniquum hoc vehementer eſſet, & non credibile eſt, ita teſtatorem ſenſiſſe. De prælegato, quæſtiones variæ extant in l. Titia 86. hic & aliis, & An prælegata veniant in reſtitutionem fideicommiſſi: ſed hæc ad Senatuſconſultum Trebellianum pertinent. Nos igitur eas reiiciemus in diſputationem de ſenatuſconſulto Trebelliano. Hæc hactenus de legatis. Alterum exemplum eſt de eo, quod datur gratia conditionis implendæ. Quod ita capitur, vt nec legati titulo, nec iure hæreditario accipiatur. Lego Titio fundum, ſi decem dederit Sempronio, id quod in conditione eſt poſitum, diſpoſitionem nullam habet, non iubet teſtator dari decem, ſed ita legat fundum Titio, ſi decem dederit. Nulla eſt actio eo nomine, & ideo ſi decem ſoluta fuerint, dicentur mortis cauſa capi. Quicquid enim capitur ex defũcti voluntate, quod ſpeciale nomen non habet, mortis cauſa capi dicitur. l. mortis cauſa. 31. de donat. cauſa mort. Hęc autem, quę implendę conditionis cauſa accipiuntur, non imputantur in Falcidiam. Videndum tamen diligenter in qualibet ſpecie propoſita, an verè conditio ſit, an verè conditionis cauſa accipiatur, quia fere accidit, vt quid accipiatur tanquam precium rei, non gratia conditionis implendę. Exempla ſunt in l. in ratione. §. tametſi. 30. ſupra. Multum intereſt, an teſtator dicat: Lego Titio fundum Cornelianum, ſi decem dederit, quo caſu hęres decem capit, conditionis implẽdę cauſa: An vero ita dicat, Iubeo hęredem meũm Titio fundum vendere decem: hęc enim decẽ hęres capit iure hæreditario, & tamẽ nihil videbatur intereſſe inter vtrunque. Intereſt igitur, quia precium, quod accipitur loco rei hæreditatię, iure hęreditario accipitur, precium ſuccedit loco rei, vt ſupra diximus. At cum non eſt facta mentio precij, tunc non iure hęreditario, ſed cauſa conditionis implendæ capere dicitur. Sed difficultas naſcitur ex eo, quod hic fit mentio inſtituendæ hæreditatis. Ergo ad Senatuſconſultum Trebellianum pertinere videtur, non ad Falcidiam. Et videtur hic locus omnino deſtruere differentiam, quam tradidimus inter Trebellianam quartam & Falcidiam. Quarta, cuius hic fit mentio, ex fideicommiſſaria hæreditate accipitur, ergo ex Trebelliana, ideoque ex omnibus debet hic deduci quarta, ſiue iure hæreditario, ſiue alio iure capiantur. Sed verba ſequentia oſtendunt, quomodo accipiendum ſit, quod hic de hæreditate reſtituenda dicitur. Hæreditatem hoc loco pro ſingulis rebus debemus accipere, quas certo preciũ teſtator vẽdi iuſſit, puta decem. Ergo hoc ita debet intelligi, quaſi teſtator voluerit res quaſdam vendi pro certa ſumma, pro certo precio. Datum igitur implendæ conditionis cauſa, non imputatur ſi vere ſit conditio, id eſt, ſi ex diſpoſitione teſtatoris conſtet vere eſſe conditionem. Hoc tamen cum exceptione eſt accipiendum. l. ſi pupillus. 21. hic. ſi quod in conditione eſt, alias debitum erat, naturaliter ſaltem. Et exemplum inſigne hic eſt de pupillo. Si pupillo decem mutuo ſint data ſine tutore, conſtat aduerſus pupillum ciuiliter actionem nullam eſſe, ſed tamen naturaliter eũ obligari. In qua re tamen non minima eſt difficultas, quam tractaui in l. pupillus, de obligat. Eſt enim difficilis antinomia, quam intra breue tempus explicaturi ſumus. Eam enim hic omitto, quia huius loci non eſt. Pupillus ergo, cui decem ſunt data mutuo, ſine tutoris auctoritate naturaliter obligatur. Creditor pupillo fũdum legat ſub conditione, ſi decem dederit hæredi: Pupillus decem dedit, quæritur an ſint imputanda in Falcidiam? Ait Paulus ea imputanda eſſe: Atqui non videbantur imputanda eſſe, quia implendæ conditionis cauſa dederat. Imo verò iure hæreditario ea accepit hæres. Naturalis enim obligatio hæreditaria eſt, de qua in l. 1. §. id quod natura: diximus. Si ſolutũ non fuerit, nõ imputari poterit in Falcidiam nomen illud, quia nulla actio ex ea obligatione competit. Sed ſi ſolutum ſit, imputari debet, quia iure hæreditario id accipit hæres. Debebat pupillus naturaliter decem, quæ mutuo acceperat: Ergo quod dicimus, implendæ conditionis cauſa data non imputari in Falcidiam, ſic accipimus, vt ea nõ imputari intelligamus, quæ implendæ conditionis cauſa tantum dantur: in ſpecie noſtra non tantũ cauſa cõditionis implendæ, ſed & iure hæreditario, illa decem hæres accipit, quia etſi teſtator hanc conditionẽ pupillo non adſcripſiſſet, & pupillus hęredi ſoluiſſet decem, debuerat ea imputaſſe in quartam. Alia exempla ſunt, l. 3. hic. hæreditas non erat ſoluendo, eam hæres vendidit magno pretio, legatarius vult vniuerſi illius pretij rationem haberi in Falcidię detractione, & tanti hęreditatem eſſe contendit, quanti eſt venditio. Obiicit hæres, ſe diligentia ſua, vel emptoris ſtultitia, tanti vendidiſſe hæreditatẽ, & ideo ait non eſſe imputandã eam pecuniam, quæ excedit hæreditatis veram æſtimationem. Facile quidem præſumetur, ſoluendo fuiſſe hæreditatem, quæ emptorem inuenerit, ſed ſi aperte hæres docuerit, non tantum fuiſſe in hæreditate, audietur. Multum ergo intereſt, an ſponte hæreditatem vẽdiderit hæres, an iuſſus à teſtatore. Si enim iuſſus à te-

ſtatore

ſtatore, eam vendiderit, precium iure hæreditario capere dicitur, & eo caſu imputabitur hæredi precium. Sed ſi ſponte ſine iuſſu teſtatoris eam vendiderit, inſpicimus quantum vere fuerit in hæreditate. Alia exẽpla hic reperiuntur, vt ſi quid hæres ex deciſione ſeu tranſactione conſecutus fuerit, non imputetur ei in quartam. Aliud, Si teſtator viuus aliquid dederit hæredi, an imputetur in Falcidiam? Et certum eſt non imputari, ſi quidem viuus extra teſtamentum ei dederit. Nam etiam quæ teſtamento vt legata ei dedit, non imputantur: moltò ergo minos hæc imputantur, quæ extra teſtamentum ei dedit. Et tamen hoc ita accipimus, quemadmodum ante de legatis diximus, niſi cõtraria volũtas teſtatoris appareat. l. cum quo §. vlt. 56. hic. Si appareat ex coniecturis, teſtatorem voluiſſe prouidere hæredi, imputabuntur ei, quæ à teſtatore viuo acceperat. Teſtator in bonis habebat centum, ne quid oriretur difficultatis inter hæredem & legatarios, in legis Falcidiæ portione. dedit vigintiquinque futuro hæredi ſuo, & cætera legauit. Ea ſumma quarta pars eſt omnium bonorum teſtatoris, ergo imputabit ſibi eam ſummam hæres in Falcidiam. Et ſic hæc omnia intelligimus, niſi appareat contraria voluntas teſtatoris. Simile eſt in l. quod autem 74. hic. Vbi hæc exceptio generaliter traditur. Præterea non imputantur in Falcidiam, quæ ab hærede abſceſſura ſunt, id eſt, quæ in dominio hæredis ſunt, ſed ab eo abſceſſura. l. ſtatuliber. de ſtatulib. Statuliber eſt, cui ſub conditione libertas eſt legata. Ante euentum conditionis in patrimonio defuncti eſt, ſed quia ab eo abſceſſurus eſt, eueniente conditione, non imputatur in Falcidiam. Alia nunc ſunt, quæ non modo non augent, ſed etiam minuunt hæreditatem, de quibus ordine dicturi ſumus. Docuimus quęnam imputentur in Falcidiam, quę nam augeant hæreditatem & admonuimus quædam eſſe quæ non modo augerent hæreditatem, vt proficerent legatariis, ſed eam etiam minuerent, quænam hæc ſint, nos hic explicaturi ſumus. Hęreditatem minuit, & ex hæreditate deducitur ſumptus factus in funus defuncti. l. 1. §. vlt. hic. Ibi tractatur quæſtio de impenſa monumenti, & ſepulturæ ſeu funeris. De monumenti impenſa maior eſt dubitatio: Funus omnino eſt neceſſarium, monumentum neceſſarium non eſt. Igitur quæritur an ſumptus facti in monumentum deduci debeant? Et Sabinus dicit, ita demum ſumptus monumenti deducendos eſſe, ſi fuerint neceſſarij. Alia Marcelli ſententia fuit, qui de vtraque impenſa fuerat quęſitus. Marcellus reſpondet, funeris impenſam eſſe deducendam, & non impenſam in monumentum, quoniam diuerſa eſſet cauſa vtriuſque. Deinde ſubiicit: *Id circo eum, qui pecunia*. Et in l. 2. ſeq. tandem cõcluditur, quid ſequendum ſit in propoſita quæſtione de monumentis, ſi monumentum ſumptuoſius ſit extructum, non deducetur ex hæreditate: ſed ſi ad ſpeciem modicam monumenti impenſum quid fuerit, id deduci poterit. De funere verò loquitur ſimpliciter. Sed tamen cum exceptione debet & hoc accipi. Nam ſumptus maximi in funus, non permittuntur. Extat Ciceronis diſputatio lib. 2. de legib. Et Iureconſulti ſententia, l. ſeruo alieno. §. vlt. l. 14. de leg. 1. vbi dicitur, ineptas voluntates defunctorum circa ſepulturam non eſſe ſequendas. Si ſuperuacaneus ſumptus non probatur, etiã iubente teſtatore, multo minus probabitur, ſi de eo nihil cauerit teſtator. Quæſtio tractatur de ſumptu, quẽ maritus fecit in funus vxoris. l. ſi vir. 6. hic. Si vir idemque hæres vxoris, in funus vxoris aliquid impendit, an id minuat hæreditatem? Ad explicationem huius quæſtionis videnda eſt l. Celſus. 22. & l. veluti. de relig. vbi ait Iureconſultus, funerari debere vxorem ex dote à marito: ſi maritus lucrifaciat dotem vxoris, ex dote illa funerare eã debet. Ex bonis etiam vxoris, quę reliquit hæredi, hoc funus curari debet. Ideo ſi hæres ei maritus fuerit, pro rata portione, ex dote, & ex hæreditate conferre debet maritus ſumptus funeris. Quemadmodum fieret, ſi diuerſi hæredes eſſent. Si alius hæres eſſet quàm maritus, maritus cogeretur conferre pro rata dotis, & hæres pro rata hæreditatis. Vtrumque ius hic in eadem perſona concurrit. Ergo pro rata vtriuſque iuris haberi debet ratio deductionis. Quod de ſumptibus in funus defuncti dicitur, intelligendum quoque eſt de aliis impenſis neceſſariis in res hæreditarias. Exemplum eſt l. quãtitas. 72. ſupr. Si forte aliquid vendẽdum ſit ex bonis hæreditariis, propter æs alienum, ſi harum venditionum cauſa ſumptus facti ſint, nocent legatariis, & minuunt hæreditatem. Alia exempla horum ſumptuum ſunt apud Iureconſultos. l. vlt. §. in cõputatione. Cod. de iur. de lib. Quæſtio eſt de dãnis cõtingentibus poſt mortem teſtatoris: res quędam hęreditariæ caſu, vel mortalitate perierunt, vel incendio, vel naufragio, vel hoſtium vi, an hæc damna minuant hæreditatem, & noceant legatariis? Ait Mætianus hæreditatem non minui: Inſpicitur enim quantum fuerit patrimonium defuncti, mortis tempore. d. l. in quantitate. ſupra. & § quantitas. Inſtit. eod. Omne damnum poſt mortem teſtatoris ad hęredem ſpectat, non ad legatarium. Et conſequenter integra legata legatarii. etſi nihil hæredi ſuperſit pro quadrante hæreditatis. Sed hoc cõtra rationem Iuris eſſe videtur, & id quod vulgo dicitur de periculo caſus fortuiti. Volgare eſt debitorem ſpecie liberari eius interitu, ſi ſine eius culpa ſpecies perierit. Et de legato expreſſum eſt l. ſi ex legati cauſa. 23. de verbo. oblig. l. quod tenetur. de reb. cred. Eiuſdem ſunt auctoris, vt cap. inſcriptio indicat, fortuitum caſum hæres non præſtat in rebus legatis. & hic loquitur Mætianus de ruina, hoſtium vi, qui caſus fortuiti ſunt. Res tamen hic pereunt hęredi, non legatario. Quid ergo dicimus liberari hæredem cum res perierit caſu fortuito? Hoc quomodo accipiendum ſit, docet ipſe Mætianus §. diligenter. l. 3. in ratione 30. ea lege. Nam ſimpliciter hoc dictum videtur rationi aduerſari. Et inquit non eſſe ſine diſtinctione id recipiendum. ſpectandum quid iuris in toto. Nam idem iuris eſt in parte, quod eſt in toto. Si tota res, atque legata omnia perierint fortuito caſu, etiam tũc cum nõ quæretur de lege Falcidia, non pereunt hæredi, ſed legatario. Ergo in parte idem dicendum erit, ſi agatur videlicet de lege Falcidia, vt caſus fortuitus in ea parte noceat legatariis nõ hæredi. Diſtinguit ergo & ait videndum eſſe, cuius generis ſint res legatæ, an res ſint quæ conſtent pondere, numero & menſura, quas in quantitate conſiſtere dicimus, an ſpecies certæ, an incertæ. Aliquando legatur quantitas, centum modij frumenti: certa quantitas vel vini, vel olei, vel frumenti, quæ functionem magis in genere ſuo recipiunt, vt dicitur l. 2. §. mutui. de reb. cred. Et de his dubium non eſt, accipi debere, quod hic dicitur, damnum poſt mortem teſtatoris ſpectare ad hęredem. Nã quod dicimus debitorem liberari caſu fortuito, intelligimus ſi certę ſpeciei creditor ſit. l. incendium 10. Cod de reb. cred. Non deſinit obligatus eſſe is, qui quãtitatem debet, ſi debet centum aureos, etſi nullos aureos habet: Vnde quantitatis debitor nullo caſu fortuito liberatur. Aliquando legantur certa corpora, vel ſpecies, vt Stichus, vt fundus Cornelianus: vel quantitas certa, vt ſi lego pecuniam quę eſt in arca mea. Et certũ eſt harum rerum interitum non hęredi, ſed legatariis nocere. Aliquando legãtur res incertę. Rei vocabulum late patet. Res incerta dicitur, vt cum debetur ſeruus homo, non eſt res certa, quæ numero, vel pondere, vel menſura conſtet: nec res certa dicitur legata: vulgo tale

legatum dicimus legatum generis. Et certum eſt debitorem rei incertę non magis liberari caſu fortuito, quàm eum qui quantitatem debet. Qui quantitatem debet nullo caſu fortuito liberatur,ſic nec hic qui hominem debet, quia non poteſt dici eam rem periiſſe, quæ in obligatione eſt. Igitur idem de hoc legato dicendum eſt,quod de legato quantitatis. Ideoque quod dicitur damna illata poſt mortem teſtatoris,pertinere ad hæredem,intelligendum eſt de quantitate & rebus incertis.l.30.§.verum eſt. *Si non culpa hæredis deperierint.* Hic loquitur de certis corporibus, cum quis Stichum legauit,certum eſt corpus. Et ita dicendum eſt de quantitate, quæ ita eſt legata, vt conſtet certam rẽ eſſe legatam. Quod enim hic ſequitur, de re certa intelligitur. Cum quis legat pecuniam, quam habet in arca,perinde eſt ac ſi Stichum legaſſet, & poteſt perire fortuito caſu.§.eiuſdem.l.30.*Incerta autem.* Cum teſtator incertam rem reliquit,diſtinguendum eſt,an incertam rem ex certis reliquerit. Si legat argentum, quod legatarius elegerit,intelligitur de argento, quod eſt in patrimonio teſtatoris.Si omne argẽtum perierit,quod eſt in patrimonio teſtatoris, liberabitur hæres. Debebatur enim argentum, quod erat in patrimonio defuncti,non quoduis. Si ſimpliciter argenti pondus legatum fuerit,tunc nullo caſu fortuito liberatur hæres, quia quodcunque damnum acciderit, non poterit dici, rem debitam periiſſe, debebatur enim argentum, ſed non magis id quod erat in ſubſtantia teſtatoris, quam aliud quoduis. Cum hac igitur diſtinctione intelligendum eſt quod dicitur damna poſt mortem teſtatoris ad hæredem,non ad legatarios pertinere:ſpectandum eſt an res incerta,ex certis relicta ſit. Deinde hæreditatem minuit æs alienum. Cum de lege Falcidia,de minuendis legatis agitur,ante omnia æs alienũ hæreditarium deducitur. Bona dicuntur deducto ære alieno.l.ſubſignatum.39.§.vlt.de verb.ſign. Cum ergo legata ſoluantur ex bonis hæreditariis, neceſſe eſt vt ante omnia æs alienum deducatur. Ergo non debetur legatariis, niſi quod ſupereſt, ęre alieno deducto. Et certa eſt hęc regula,& traditur l.circa.66.hic.l.ſucceſſiones.16.C.eod.§.cum autem.Inſtit.eo. Quod autem de ære alieno dicimus, intelligendum etiam eſt, etſi hæredi debebat defunctus. ſi debitori creditor hæres extiterit.l.qui fundum.81.hic.l.imponẽde.C.eo. Si ſubtilitatem iuris ſpectemus, nõ videtur hoc æs alienum deduci poſſe,quia aditione hæreditatis,omnis obligatio extincta dicitur, ſiue hæres exiſtat debitori creditor.Confunduntur enim obligationes, cum nemo ſibiipſi poſſit eſſe obligatus,& aduerſus ſeſe agere,vnde videbatur id deduci non poſſe, ſed contra tamen dicitur videlicet deduci poſſe.Rationem ſupra docuimus, l.1.§.ſi debitor.Diximus ſi debitor creditori hæres exiſtat, quamuis confuſa ſit obligatio, tamen hæc auget hæreditatem,& proficit legatariis. Ergo hoc caſu hęreditatem minuit æs alienum & nocet legatariis. Et quod de confuſa obligatione dicitur,id de actione verum eſt,quæ intendi non poteſt,niſi vbi duæ perſonæ ſunt. In hac autem quarta Falcidiæ deducenda, opus eſt tantum retentione,non actione: quia retentio fieri poteſt,etſi in iudicio non agatur.Huius rei exempla varia extant ſub hoc tit.quæ breuiter percurremus. Vnum eſt l. pater filiam. 14. Superioribus locis in tractatu de repetitione dotis,ſoluto matrimonio,dixim⁹ dotem profectitiam communem eſſe patri,& filiæ, & actionem eius neutri,ſine alterius conſenſu competere.l.videam⁹.C.de rei vxo.actio.Ergo quod ad hãc dotem attinet,habetur pro ęre alieno, & pater pro debitore dotis,quia eo defũcto tota dos ab ipſo ꝓfecta,ad filiã pertinet:vnde ſi filiã hęredẽ inſtituerit,hoc ęs alienum minuet hæreditatem,& nocebit legatariis. Aliud exemplum eſt.l.quod de bonis.§.quod auus.hic. Quod auus ex cauſa tutelæ nepoti debuit, ſi hunc hæredem inſtituerit, deducetur primum ex hæreditate. Aliud exemplum l.pater filiam.54. quæ ſpecies digna eſt animaduerſione. *In familia enim relinqueret.* Hæc prohibitio alienationis obligat hæreditatem, & quod ad fundum,quem teſtator ex familia alienari vetuit, hæres debitor eſt familiæ. Quærebatur igitur, an poſſent deducere hunc fundum tanquam ſibi debitum filij? Quæſtionem faciebat, quod nulli horum cogebatur relinquere,ſed in familia. Nullus igitur videtur ęs alienum deducere poſſe,non cogebatur vni alicui fundum relinquere ob hoc fideicommiſſum. Poterat enim vni hunc fundum legare, cæteris excluſis, quoniam ſufficiebat eum in familia relinqui: ſed hac ſubtilitate reiecta ſpectatur quod eſt humanius. In alieno ære habuit hunc fundũ,ob fideicõmiſſum, & neceſſitate fuit obſtrictus filius eũ relinquere: & ſi vni illorũ potuiſſet relinquere. Nullus quidẽ filiorũ eſt qui poſſit dicere,ſibi deberi fũdũ,& tamẽ filiis debebatur. Sequũtur ergo Iuriſcõſulti,ꝙ eſt humani⁹. Aliud exẽplũ eſt in l.ſi dos.ff.hic. Filius vxorẽ duxit,dos nõ filio,ſed ſocero datur: filius hęres inſtitutus eſt à ſocero,legata multa ſunt ab eo relicta. opus eſt Falcidia, quęritur an poſſit deduci dos, tanquã æs alienum? Dubitationẽ facit,quia temp⁹ nondum venerat exigendæ dotis, cum matrimonium adhuc conſtabat. Sed rationem addit,quia aliter videretur indotata eſſe filia. Sed quæritur, an teſtator prohibere poſſit, vt æs alienũ non deducatur? Non eſt dubium quin poſſit.l.ſi debitor.12.hic. Defunctus debebat Titio centum,Titio inſtituto hærede vetuit creditum in Falcidiam imputari. Quanquam quod facit, videatur ex l.facere, tamen voluntati teſtatoris cõtrariũ hoc eſt. De quo plenius in quæſtione, an teſtator poſſit prohibere Falcidiam in teſtamento. Hæres igitur ante omnia deducit æs alienum,& id demum debetur legatariis, quod deducto ære alieno ſupereſt. Id non tantum in proprietate, ſed in vſufruct. quoque locum habet.l. vſufructu. 69.hic. Teſtator Titium inſtituit, Sempronio vſumfructum omnium bonorum legauit, æs alienum deducendum eſt,vſusfructus ita conſtituetur, vt prius æs alienũ deducatur, & ſoluatur quod teſtator debebat, & res hæreditariæ,ſi opus ſit, detrahẽtur, atque in eo,quod ſupererit,vſusfructus conſtituetur. *Nulla res eſt,quæ non cadat in vſumfructum.* Extat Senatuſconſultum ſub titul. de vſufruct. ear.rer.quæ vſufructu cõſumuntur: In iis quæ vſufructu cõſumũtur, naturali ratione non eſt vſusfructus,vt in vino, ideóq. magis abuſus dicitur eorũ, quàm vſus: Senatuſcõſulto tamen cautum eſt, vt vſusfructus conſtitueretur data cautione. Cauebit vſusfructuarius ſe reſtituturum tantam quantitatem vini,vel olei,vſufructu legato.

Docuimus quomodo æs alienum deducatur in cõputatione legis Falcidiæ. Tractauimus aliquot quæſtiones ad eam rem pertinentes. Sequens quæſtio eſt de euicto homine,qui venditus fuerat, quãtum deducendum ſit, quantum ſit in ære alieno hæredum. Hæc quæſtio tractatur.l. cum emptor.48.hic. Quidam Stichum vendidit, ex ea venditione nõ eſt dubium, quin teneatur ex empto in duplum ſi poſtea Stichus euict⁹ fuerit.l.emptori.97.de euict. Vẽditor emptori duplũ debet euicta re vẽdita. De homine edicto ædilitio expreſſum fuit, de cæteris rebus diſtinctio admittitur. Nã ſi vilis res diſtracta ſit,vẽditor tãtũ ſimplum præſtat,ſi res euicta fuerit, ſed ſi pretioſior res fuerit, ad duplũ tenebitur. Si autem homo fuerit venditus, ſẽper ſine diſtinctione ad duplum tenetur. Si ergo venditori emptor hæres extiterit,quæritur an ſimplum,an duplum debeat computari in Falcidiam? Emptor hæres fuit venditori, defunctus venditor euicto homine debebat

bebat duplum, quæritur ergo an duplum ducatur, tanquam æs alienum? Si ſtrictam rationem ſequamur, & merum ius duplum deducetur, quia ſi alius hæres extitiſſet, potuiſſet duplum peti à venditore, ſed benignius eſt ſimplum imputari. Benigniorem ſententiam ſecutus eſt Paulus, ſufficit.n. emptori, ſi conſequatur quod ſua intereſt, ſi nullo damno afficiatur. Igitur dupli hic non habetur ratio, ſed ſimpli. Alia quæſtio tractatur eodem pertinens, de duobus reis promittendi. Si vnus ex his hęredē me inſtituit, quantū deducetur æris alieni loco, an nihil deducatur, & quātum ſit deducēdū, ſi aliquid deducatur? Nō diſſimilē quęſtionē ſupra tractauimus de duobus reis ſtipulādi. Duo promiſerūt ſimul eande rē, & ſe in ſolidū obligarūt, vterq; poteſt in ſolidum cōueniri, electionē habet creditor. l. 2. de duob⁹ reis. Vnus ex his duobus reis me hęredē inſtituit, volebā deducere æs alienū, cū locus eſſet Falcidię. Promiſerat cētū, volebā ea deducere, quęritur an nihil deducatur, quia nihil adhuc petitū fuerit? aut ſi quid deducēdū ſit, an totū deduci debeat, quia totū ab eo poteſt exigi, an verò pars, quia duo reuera erāt rei promittēdi? Sed eadē diſtinctione eſt vtendū, quā ſupra in duobus reis ſtipulādi. l. in lege. 62. hic. Vlpianus in hac lege loquitur ſimul de reis ſtipulādi & promittēdi: nos hæc diuiſimus, de reis ſtipulādi tractauimus, cū quærebatur, quæ augerēt hęreditatē, nūc cū de iis agimus, quæ hęreditatē minuūt, hæc diſputatio de duobus reis promittēdi, huic loco eſt cōuenientior. Videdū autē eſt, an hi duo rei ſocij fuerint, ſi ſocij, cōmunicatur inter eos onus ęris alieni. Et ſi vni hęres extiterit, tātū dimidiam partē ęris alieni deducet. Onus ęris alieni pro parte ad ſingulos pertinet. Si verò ſocij nō fuerint, euētus expectādus eſt. Nā ſi creditor me cōuenerit, qui hęres extiti, ſolidū deducā: poteſt.n. ſolidū à me exigi, & tūc on⁹ illud perferre cogor, d. l. 2. de duobus reis. Sed ſi forte alterū cōuenerit, nō onerabitur hæreditas. Igitur omnino hoc ex euētu depēdet, ſed cū fuerit ſocietas inter illos inita, à quocūq; fuerit exactū, ſēper diuidetur hoc onus. Socij.n. omnia cōmunia habēt. Eadē eſt quæſtio, etſi vnus ex duobus reis alteri ſucceſſerit, eadēq; diſtinctione vtēdū eſt, ſi hęc iura in eādē perſonā cōcurrant. Titius & ego duo rei promittēdi eramus, eadē obligatione in ſolidū tenebitur. Titius me hæredē inſtituit, locus eſt Falcidię, quęritur an poſſim hoc ęs alienū deducere? Certū eſt aliquid deduci poſſe, nemo alius poteſt cōueniri, quā ego, ſed quæritur quātū deducatur? Hic ſimiliter diſtinguēdū eſt. Expectād⁹ eſt euētus, ſi .n. nulla inter nos fuerit ſocietas, & ꝓprio me nomine creditor cōueniat, tāquā reū promittētē, nihil deduco: Sed ſi ex cauſa hæreditaria me cōueniat, tāquam alterius rei hęredē, totū deducā. Quod ſi verò ſocietas inter nos fuerit inita, diuidā hoc ęs alienū, & pro parte tātū deducā. Alia quęſtio eſt, ſi vnus ex hæredibus damnatus ſit à teſtatore ęs alienū ſoluere, quomodo id deducēdū ſit? Hęc quęſtio tractatur l. in leg. Falcid. hic. Teſtator tres hæredes inſtituit, vnum damnauit, vt ſolueret æs alienū, cæteros hæredes exonerare voluit. Ab eo qui ita damnatus eſt, quædam legata relicta ſunt, vt locus ſit Falcidiæ, legatarij petunt legata: Hic vult deducere centum, quam ſummam damnatus erat ſolus ſoluere. Hac ſumma detracta, aliquid minuetur ex legatis, quia hæreditas ei non ſufficit ad quadrantem. Sed contendunt legatarij, eum non poſſe tota centum deducere ex legatis, quia pro tertia tantum parte hæres ſit. Creditores aduerſus ſingulos hæredes ſaluas habent actiones. l. 1. Cod. ſi. cert. pet. Etſi ab vno hærede teſtator voluerit æs alienum ſolui, tamen ſingulos hæredes, creditores conuenire poſſunt. Ergo videtur, quod non poſſit, niſi pro tertia parte deducere, quia duos cohæredes habet. Et tamen dicitur eum omnino æs alienum deducere poſſe, quia damnatus eſt id ſolus ſoluere, cæteri id non poſſunt deducere, etſi poſſint conueniri, ſed ſalua eis manet actio aduerſus cohæredem, qui id ſoluere ſolus damnatus fuerat, ſi quid illi eo nomine ſoluere coacti fuerint. Quædam alia ſunt, quæ exemplo æris alieni detrahuntur. l. æris alieni. 39. hic. §. cum autem. Inſtit. eo. Alia ſunt pretia ſeruorum manumiſſorum. Hæc quomodo intelligenda ſunt conſtat. l. ſed ſi non. 36. hic. & l. eius ſerui. l. 1. §. in quibuſdam. ſi cui plus quàm per leg. Falcid. Ex ſuperiori diſputatione exiſtit quæſtio, quæ tractatur, an legis Falcidiæ ratio in ſingulis hæredibus ponenda ſit? cum quærimus quantum in hæreditate ſit, quid augeat hæreditatem, quid non, neceſſe eſt intelligere, an in ſingulis hæredibus ratio Falcidiæ habenda ſit, an ſeparatim ſingulorum ſit ratio habenda, an vero as totus ſpectandus ſit. l. in ſingulis. hic. & §. & cum quæſitum. Inſtit. eo. Teſtator ex æquis partibus inſtituit duos hæredes, ab vno toto ſemiſſem legat is exhauſit, ab altero nihil exhauſit. Legatarij legata petunt ab eo, à quo relicta ſunt. Is contendit ſe non poſſe integra legata ſoluere, & Falcidiam velle detrahere. Obiicitur à legatariis, totam hæreditatem non eſſe exhauſtam legatis, quamuis illius ſemis exhauſtus ſit, ab altero nihil eſſe exhauſtum, ſufficere integram hæreditatem ad legata ſoluenda, ſi confundantur vtriuſque hæredis ſemiſſes, & quartam partem nihilominus ſaluam manſuram. Quæritur an ſeparatim ſingulorum hæredum habenda ſit ratio, non confuſis ſemiſſibus, quo caſu erit locus Falcidiæ: an totius aſſis habenda ſit ratio, quo caſu non reperietur exhauſta hæreditas, ſi confundatur vterque ſemis? Hæc quæſtio pertinet ad verba legis Falcidiæ, in ſecundo capite, dum ita cauit Falcidius, *Ne minus quàm quartam partem*. In propoſita ſpecie, ſolutis integris legatis, manet quarta pars, ſi non ſeparemus ſingulos hæredes. Quæritur ergo quomodo ea verba legis ſint accipienda? Et dicitur in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendam. Idem apertius expreſſum eſt d. §. & cum quæſitum. Ergo in ſingulis hæredibus ſpectatur lex Falcidia, non autem totus as. Durum erat aliter ſtatuere, quia etſi tota forte hęreditas commixta ſoluendo ſit, id tam nihil cohæredi prodeſt cuius pars exhauſta eſt, quia nihil ex ſemiſſe alterius ad eum perueniet, quod contra voluntatem eſt legiſlatoris, qui autor eſt legis Falcidiæ. In hac quæſtione, cum vterque adiit hæreditatem magna difficultas non eſt, quia ratio Falcidię ſemper habetur in ſingulis pro parte. Sed interdum pars vnius non adeuntis accreſcit alteri, quo caſu dubitatur, quomodo computanda ſit Falcidia, an totius hæreditatis habenda ſit ratio, an vero ſeparatim in ſingulis hæredibus, quia ad vnum peruenit hæreditas? Hæc quæſtio tractatur l. quod ſi alterutro. 78. hic. Cum quæritur quo caſu tota hæreditas ad eum peruenit, quia vnus repudiat partem ſuam, quæ alteri accreſcit, an ſingularum partium, an totius aſſis habenda ſit ratio, diſtinctione vtendum eſt, quæ hic traditur. Diſtinctio vulgaris eſt, quam obſeruare debemus. Multum enim refert an portio non grauata accedat grauato, an verò portio grauata accedat non grauato. Si portio accreſcens grauata non ſit, & accreſcat ei qui grauatus eſt à teſtatore, tunc portio accreſcens, quæ onerata non eſt, auget hæreditatem, & prodeſt legatariis. Titium, & Sempronium, ex æquis partibus inſtituo, à Sempronio multa legata relinquo, à Titio nulla. Titij non adeuntis pars accreuit Sempronio, legatarij petunt legata ſibi relicta, ille vult minuere legata, quia ait partem ſuam non ſufficere ad ea legata ſoluenda,

Digitized by Google

deducto quadrante. Obiicitur illi, totam hæreditatem ſufficere, ſi minus ipſius pars ſufficiat, & ideo confuſionem eſſe faciendam harum partium, & ooo inſpiciendum, an illius ſemis tantum ſoluendo noo ſit. Et ait Iureconſultus habendam eſſe rationem non tantū ſemiſſis, ex quo hæres inſtitutus eſt, ſed totius aſſis. Et vtitur ſimilitudine, quæ nobis pro ratione debet ſufficere. *Quia & legata.* id à nobis ſupra declaratū eſt. Diximus retentiones omnes augere hæreditatem, l. in ratione. hic. Retētiones interpretatus ſum, legata omnia, quæ retinet hęres, tquā inutiliter relicta, vel ob perſonam, vel ob conditionem legatarij. & quia manent penes hætedem, proficiunt legatatiis, & dicitur hætas ea capere iura hæreditario. Idem ergo in parte accreſcēte dicemus, cum quid legatum eſt inutiliter, augetur hæreditas. Redit enim inutila illud legatum ad hæreditatem, & ita imputator in Falcidiam. Eadē ratio ſuadet, vt de parte accreſcente idem dicamus. Duo ſunt hæredes ex æquis partibus inſtituti, is cuius pars nō erat ooerata, partem ſuam repudiauit, quæ accreſcit alteri, & auget hæreditatem, & ideo proficit legatariis, & imputabitur hætedi in Falcidiam. Iam diximus cum para non onerata accedit parti oneratæ, eam prodeſſe legatariis: Sed contra, ſi pars grauata accedat parti, quæ grauata non eſt, ceſſat ratio ob quam diximus prodeſſe legatariis, cùm pars quę onerata eſt legatis, accreſcit parti non oneratæ, ſeparatim habetur ratio, & totam partem eius conſeqoitur, quæ onerata non eſt, ex altera parte deducet Falcidiam, & ſic diminuentur legata. Hinc vulgaris diſtinctio colligitur, multum referre, an portio non grauata accedat grauato, an contra portio grauata accreſcat non grauato. Simile eſt l. 1. §. ſi cohæredis. Hic locus oſtendit de hac quæſtiooe diſſenſionem fuiſſe inter Iuriſconſultos. Caſſianorum & Proculeianorum ſectæ olim fuerunt. Caſſius non diſtinguebat an portio grauata accederet non grauato, an econtra, ſed ſimpliciter dicebat, confundendas aſſe partes. Sed Proculeius contra exiſtimauit. *Quam ſententiam.* Hæc verba debemus accipere tanquam à Iuſtiniano prolata. Ait enim omnia accipi debere, quaſi ex ſe profecta, quia illis auctoritatem eandem tribuit. Veterum autem Iuriſconſultorum nomina eo tantum adſcribit legum capitibus, na illorum memoria deleatur, ſibi autem omnia attribuit. Et quod hic de D. Antonino ſubiicitur, nos mouere non debet: is anim ſecutus eſt Caſſij ſententiam, ſed Iuſtinianus Proculeianorum. Neque aliter hunc locum interpretari poſſumus, alias enim aduerſaretur d. l quod alterutro. 77. Hocque mihi videtur ſatis eſſe. Simile eſt l. maritum. 25. l. ſi pluribus. at. Sed negotium nobis hoc loco exhibet l. qui fundum, qui filium. 86. vbi contributio, & confuſio fit hæreditatum, quo caſu portio grauata accedit oon grauatæ. Teſtator inſtituit filium impuberem, & Titium, ābos ex ęquis partib. A filio totū ſemiſſēs legauit: à Titio nihil legauit: Titiū ſubſtituit filio ſuo. Hāc ſubſtitutionē debem' intelligere, & vulgatem & pupillatē, quia ſimpliciter ſubſtituit. Impubere mortuo, hæres extitit Titius, tota hæreditas ad Titium peruenit, ſemis enim filij qui à teſtatore legatis conſumptus fuerat, peruenit ad Titium, quæritur an confuſio facienda ſit? Secundum diſtinctionem traditam, non videtur confuſioni locus eſſe, quia portio grauata accedit non grauatę. Nos dicimus in gratiam legatariorum confuſionem faciendam, ſi portio non grauata accedat grauatæ. Sed hic contra fit, portio grauata accedit non grauatæ. Et tamen dicitur coofuſionem fieri. Si ſequeremur diſtinctionem l. quod ſi alterutro. 77. hic. Titius non ſolueret integra legata, ſed in primis ſuum ſemiſſem conſequeretur, qui non eſt oneratus, & præterea ex altero ſemiſſe detraheret quartam, & tamen dicit, quod ſolida legata ſoluere debeat, quia coofuſione, facta, remanet penes eum quarta pars hæreditatis. Quomodo hæc conciliabimus? Ego vulgarem conciliationem probo, & quod dicitur d. l. quod ſi alterutro. l. maritum. l. ſi pupillus. & §. ſi cohæredes. d. l. 1. ſupra. in quibus diſtinctio illa traditur: intelligamus cum portio vnius deuenarit ad alterum, non ex ſubſtitutione, & ex voluntate teſtatoris, ſed ex poteſtate legis, id eſt ex iure accreſcendi, quia d. l. quod ſi alterutro, loquitur de parte accreſcenta, etſi ſubſtitutus non ſit, & tunc diſtinctio illa ſequenda eſt: ſed cum proponitur teſtatorem hætedes duos inſtituiſſe, & vnum alteri ſubſtituiſſe, vt hic fit, Titius filio mortuo, cui ſubſtitutus erat, conſequitur hæreditatem. Hoc caſu omnia hæc legata perinde ſunt accipienda, atque ſi à Titio ſubſtituto eſſent relicta: cenſentur enim repetita in ſecundo gradu. l. licet. 74. de leg. 1. Quamuis in ſubſtitutione multa legata expreſſa reperiuntur, tamen intelliguntur repetita ex coniectura voluntatis, & quia forte dubitatio fuerat inter veteres, idem reſcripto Imperatoris confirmatum aſt, poſt quod reſcriptum nemo de hoc dubitare potuit. Ergo hic perinde tenetur Titius ad ſoluenda hæc legata, ac ſi ab eo ipſo eſſent relicta, in l. quod ſi alterutro. & aliis, nulla eſt ſubſtitutio, nulla repetitio legatorum, pars alteri ſuccedit ex diſpoſitiona legis, propter ius accreſcendi. De ſubſtitutione pupillari quæſtio aſt. d. l. qui fundum. 87. §. vlti. hic. Ad hanc quæſtionem facit l. pater filiam. 41. §. vlt. in qua tractatur quæſtio ad hunc quoque locum pertinens. Singulas ſpecies tempus oon patitur nos attingere, & neceſſarium noo eſt eas ſigillatim percurrare, aggrediemor igitur tractatum de modo legatorum.

Diximus in initio huius diſputationis, cum quæritur de lege Falcidia, duo in primis ſpectanda eſſe: vnum eſt, vt obſeruetur quæ ſit quantitas, quis modus patrimonij defuncti. Alterum eſt, vt cognoſcamus modum legatorum, niſi vtruoque intellexerimus, ratio Falcidiæ iniri non poteſt. Nam tunc Falcidiæ locus eſt, cum legata excedunt dodrantem hæreditatis. Ergo eſt neceſſe ſcire, quid & quantum ſit in legato. Ex primo multæ oriuntur quæſtiooes, quas hactenus tractauimus. De altero nunc videndum eſt, nempe de modo legatorum. Et multæ quæſtiones hic tractari ſolent, quæ ad tres præcipuos locos referri poſſunt. Aut enim quæritur, an legatum ſit à teſtatore, aut quæritur, quid legatum ſit, aut quantum legatum ſit? Solet plerunque quæri, an id, de quo agitur, ſit legatum, an valeat, an oon? Cum enim legatum non valet, perinda habetur, ac ſi teſtator nihil legaſſet. l. ſi à ſeruo. 20. hic. Teſtator ſeruum meum inſtituit, & ab eo mihi centum legauit, ſi ſeruus iuſſu meo adierit hæreditatem, inutile eſt legatum. Nam effectu hætes ipſe ſum, mihi autem inutiliter à me ipſo legatur. Si quid teſtator hæredi legat, inutiliter legat, ſic domino à ſeruo inutiliter relinquitur. l. an ſeruo. Iuſtit. de leg. Simile in l. Plautius. 49. §. vlt. hic. quod ſupra explicatum eſt. Huiuſmodi eſt' quæſtio de legato ſub conditione relicto, ſi conditio defecerit, id aſt, non extiterit: tunc enim intercidit legatum, & perinda eſt ac ſi nihil legatum eſſet. Inde tractatur quæſtio in l. qui quadringenta. 88. hic. Quidam quadringenta in bonis habebat, id eſt, trecenta in nummis, & fundum centum aureorum. Ea trecenta, quæ in numerato habebat, legauit Titio purè, Semptonio autem fundum ſub hac conditione, ſi locus non ſit Falcidiæ in teſtamento, quæritur an hoc legatum valeat, an verò ſit inutile? Aphricanus reſpondet. Dixi [illegible] eſſe, ſic enim legendum eſt, ita appellant, quod perpetuum eſt, vel in

explica-

explicabile, ſiue dixerimus legatum valere, inquit, ſiue non dixerimus, falſum vbique reperietur. Eſt ergo ἄπορον, ſi enim dixerimus valere legatum, dicemus nõ eſſe locum Falcidiæ. Si dicas valere quia extitit conditio, id eſt, quia non ſit locus Falcidiæ, falſum erit: Si enim legatum valet, neceſſe eſt locum eſſe Falcidiæ, quia ſi valet, exhauſta reperietur tota hæreditas. Trecenta pure legata ſunt Titio, fundus autem Sempronio legatus eſt ſub hac conditione, ſi locus non erit Falcidiæ. Quadringenta tantum in bonis teſtatoris ſunt. Si ergo valeat legatum, neceſſe eſt eſſe locũ Falcidiæ, quia tota hæreditas his legatis exhauſta eſt. Si dixerimus valere legatum, falſum reperietur: quia ſi valet, neceſſe eſt locum eſſe Falcidiæ. Atque ob hanc cauſam Aphricanus dixit hoc eſſe ἐκ τῶν ἀπόρων. Dixerit quis legatum non valere, quia deficiat conditio, nempe quia locus ſit Falcidiæ. Imo & hoc falſum reperietur, quia ſi non valet legatum, ceſſat conditio, quia cum legata non excedunt dodrantem, ceſſabit Falcidia. Ergo conſequitur id quod omnino contrarium eſt, ſcilicet Falcidiam ceſſare. Eſt igitur hæc quæſtio ſecundum hanc ſubtilitatem inexplicabilis. *Quâ legati conditionem.* Aphricanus reſpondet quid ſequendum ſit, & ait: Quod dictum eſt, inexplicabilem eſſe hanc quæſtionem, hoc eſt intelligendum, ſi ſtrictam rationem ſpectemus.

Sed neglecta ſubtilitate, viſum fuit Aphricano ſequi, quod veriſimile eſt, voluiſſe teſtatorẽ. Cum enim teſtator hanc conditionem adſcripſit, licet non recte fecerit, nec ſatis commode locutus ſit quod voluit, tamen apparet eum hac mente fuiſſe, vt nollet aliorum legata minui propter legatum fundi. Ignorabat forte modum & quantitatem patrimonij ſui, & ita demum volebat hoc legatum Titio acquiri, ſi locus non eſſet Falcidiæ, ſi cæterorum legata non minuerentur. Ergo legatum non debebitur, quaſi defecta conditione. Et quod obiicitur diſputando ſubtiliter nos non debet mouere, quia Iuriſcõſult. ſubtilitatẽ negligere debet.

Cum igitur quæritur quid legatum ſit, nos neglecta ſubtilitate, mentẽ teſtatoris ſpectare debemus. Hæcq; αἰνιγματώδη, vel ἄπορα tunc demum nocent, cum non conſtat de mente teſtatoris. in l. ſi Titius. 6. de condi. inſtit. Si teſtator ita dixerit, Titius hæres eſto, ſi Sempronius hæres erit, Sempronius hæres eſto, ſi Titius hæres erit. Hic perplexitas inexplicabilis eſt, ideoque tota inſtitutio corruit. Neuter poteſt hęres eſſe, ſi prius alter hæres extiterit, Sempronium prius adire oportet, quam Titius hęres ſit. Et econtra Sempronius adire non poteſt, niſi prius Titius hæres fuerit: ſic inſtitutio vnius alterius inſtitutionẽ omnino infirmat. Tunc ergo huiuſmodi perplexitas nocet, vitiatque inſtitutionem, vel legatum, cum nulla ratione mens teſtatoris colligi poteſt. At quoties conſtat mens teſtatoris, ſubtilitatem hanc reiicimus, vt in hac ſpecie noſtra ſequimur veriſimilem mẽtem teſtatoris. In his exemplis omnibus quæritur an legatum ſit, an non, id eſt, an legatum vtile ſit an non? An conditio extiterit, an nõ? Interdum autem quæritur quid legatum ſit. Non dubitatur fortaſſis an legatum ſit, conſtat legatum valere, ſed quæritur, quid legatum ſit.

Et in primis notandum eſt, nihil referre an res propria, an aliena legetur, res corporalis, an incorporalis, res diuidua, an indiuidua. in l. 1. §. non ſolum, hic. Certum eſt enim non rem propriam tantum, ſed & alienam, id eſt, pretium eius legari poſſe. §. non ſolum, Inſtitu. de leg. l. cum alienam. 18. Cod. de leg. Legatum enim vt ſit, ſatis eſt aliquid ex bonis defuncti diminui. Legatum enim eſt velut donatio teſtamento relicta ſeu delibatio hæreditatis. l. legatum. 36. de leg. 2. Siue igitur res propria, ſiue aliena, ſiue corporalis, ſiue incorporalia (vt poſtea dicitur d. §. non ſolum) legata ſit, locus eſſe poteſt Falcidiæ, quia tunc inſpicimus an ex bonis teſtatoris aliquid derogatum ſit, aut diminutũ. Nihil refert ſpecies, an quantitas legata ſit, an vſusfructus, aut res quæ in nominibus eſt, vel ius aliquod quo nomine dicuntur res incorporales. §. 1. de reb. corp. & incorp. Inſtit. Hinc oritur quæſtio, quæ tractatur in l. 1. §. item ſi ita, hic. Teſtator ita legauit, Hæres meus Seio penum dato, & ſi penum non dederit, decem dato, quæritur quid legatum ſit, an penus, an decem, an vero vtrunque? Quidam, inquit Iuriſconſultus, putant decem tantum in legato eſſe, penum vero mortis cauſa capi, ſi hæres eam dare voluerit. Dixi antea, quæ conditionis implendæ cauſa dantur, mortis cauſa capi, quia nec fideicommiſſa ſunt, vt oſtendimus in l. mortis cauſa. de mor. cauſa dona. Hæc ſententia Paulo non placuit, quia penus non tantum in conditione, ſed in diſpoſitione eſt, & vere legata. Intereſt enim an dixerit teſtator: Si penum hæres meus non dederit, decem dato, an vero ſimpliciter, Hæres meus Seio penum dato, ſi non dederit, decem dato. In primo enim caſu non poſſumus dicere legatam eſſe penum, quia in conditione tantum eſt, non in legato. Ideo ſi hæres dederit penum, Titius eam capit conditionis implendæ cauſa, id eſt, mortis cauſa capio erit, non legatum. Sed Paulus hic conſiderauit penum etiam in diſpoſitione eſſe. Non enim ſimpliciter dixit teſtator: Hæres meus, ſi penum non dederit, decem dato, ſed præceſſit legatum penus: Hæres meus Titio penum dato, ſi penum non dederit, decem dato. Quidam, inquit Paulus, putant omnino decem in legatis eſſe. poſtea ſubiicit, *Ego autem dubito, ſi in continenti hæres penum ſoluerit.* Ait Paulus videndum, an in continenti, ſine mora ſoluerit penum hæres, quia tunc dicetur ſoluiſſe legatum: At ſi poſt moram ſoluerit, aliud dicendum eſt. *Iam enim transfuſum eſſe legatum, & decem deberi.* His verbis oſtendit Paulus, penum in legato eſſe ante moram hæredis, poſt moram autem transfundi eam obligationem penoris, in obligationem pecuniæ. Quemadmodum in obligationibus facti, cum quis promiſit inſulam ędificari, ante moram factum in obligatione, poſt moram velut confuſio quædam ſit, quædam nouatio. l. obligatio fere. 45. § vlt. de oblig. & act. Quod fuſius docuimus in explicatione l. ita ſtipulatus. de verb. oblig. Quæ diſputatio omnino eo pertinet. Hic ergo poſt moram legatum penus transfunditur in legatum pecuniæ. Simile eſt in l. 1. de penu lega. vbi eadẽ ſpecies eſt. Videtur tamen aduerſari his, quæ hoc loco dicuntur, quia, inquit, in præſtatione dũtaxat penum eſſe, peti non poſſe. At ſi penus legata eſt, & debetur ante moram, peti poteſt. Per obligationem enim tanquam neceſſitate quadam ciuili adſtringimur ſoluendæ rei: Ergo hæres videtur cogi poſſe ad dandam penum. Hinc quidam defenderunt, penum in obligatione non eſſe, quod manifeſte falſum eſt, & cõtrariũ eſſe puto his verbis, cum ait, *Transfuſum legatum eſſe.* Recte autem dicitur ante moram in obligatione eſſe, ſed peti non poteſt, propter veriſimilem voluntatem teſtatoris: cum ſic dixit: Hæres meus Seio penum dato, & ſi penum non dederit, decem dato. His verbis facultatem dat hæredi penum non dandi, atque ſi dixiſſet, hæres penum dato, ſi voluerit dare, & ſi penum dare noluerit, tunc decem dato. Ergo non exigitur ab eo. Poſt moram vero, poſtquam interpellatus non ſoluerit, cum poſſet, transfunditur tunc hoc legatum penoris in legatũ quantitatis, vnde & l. 1. de penu leg. dicitur, penus in præſtatione tantum eſſe, non in petitione. In obligatione autem nihilominus dicitur eſſe, ſicut multa alia ſimilia reperiuntur, quæ in obligatione ſunt, & tamen peti nõ poſſũt. De quib. diximus

l. ita ſtipulatus 115. de verb. obligat. Conuenit inter omnes quantitatem peti poſſe, & in obligatione eſſe penum peti non poſſe, ſed ſolui poſſe. Dubitatio vero eſt, an penus in obligatione ſit, quoniam quidam abſurdum putant, aliquid in obligatione eſſe, quod in petitione non ſit. Sed mihi id abſurdum non videtur, & ad hanc ſententiam propter voluntatem teſtatoris ducimur: huiúſque rei magna vtilitas eſt, ſi enim non deberetur penus tanquam legatum, non caperetur niſi conditionis implendę cauſa. Sed hic capitur tanquam legatum. Simile eſt in l. ſi penum. 24. quando dies leg. ced. quod caput eiuſdem eſt auctoris, Pauli videlicet. Reuera penus eſt legata, cum teſtator his verbis vtitur, Heres meus Seio penum dato, ſi non dederit, decem dato. Sed fit quędam transfuſio poſt moram hęredis. l. obligationum fere. 43. de act. & oblig. videmus ergo magnam vtilitatem eſſe huius quęſtionis. Nam ſi ante moram hęres penum non dederit cum potuerit dare, obligatio penoris tunc transfuſa erit in obligationem, & pecunia debebitur, quia ante moram pecuniam non dederit. Quod ſi pecuniam ante moram legatarij non det, legatarius defunctus etſi non tranſmittat in hæredem pecuniam, quę ſub conditione legata fuit, tamen tranſmittet legatum penoris, quod ſemper duraſſe intelligitur: quia ſcilicet viuo legatario legatum pecunię conditionale, ad quod tenebatur, poſt moram commiſſam hęres non ſoluerit. Ergo legatarius decem tranſmittere non poteſt ad hęredem. Legatum enim conditionale non poteſt tranſmitti. Hinc ſi diceremus penum non eſſe in legato, nihil tranſmitteretur omnino, quia hęres omnino, nihil deberet. *Et cum dicit, ſi non dederit.* Hic occurrit aliorum obiectioni, quorum ſententiam refellit in hac lege noſtra. Perinde iudicabant hoc legatum, acſi dixiſſet teſtator: Si penum non dederit, decem dato. Nō animaduertebant legatum penoris pręceſſiſſe, & putabant penum omnino non deberi. Eodem pertinet l. cum ſine. 19. quando dies leg. ced. *Tradita penu, heres liberetur.* Conſentit cum his, quæ diximus penum tantum in præſtatione eſſe, non in petitione: non quod non debeatur, ſed quod peti non poſſit. Subiicimr exemplum, in quo non præceſſit legatum penoris Et in hac poſteriori ſpecie certum eſt non eſſe duo legata, penus enim legata non eſt, ſed eſt in conditione. Sic enim locutus eſt teſtator, Si penum non dederit, centum dato. Hactenus exempla tradidimus, in quibus quæritur quid legatam ſit: hunc ſequuntur exempla, in quibus quæritur quantum legatum ſit.

In computatione legis Falcidiæ maxime dixi ſpectandum, quantum legatum ſit, & ad hūc locum multas referri quæſtiones quæ hic tractantur. Huiuſmodi eſt quæſtio de ſeruitutibus, quæ indiuiduæ dicuntur, in l. 1. §. ſi vſusfructus. Si quis ſeruitutem legauit, quantum legatum eſſe intelligatur. Et quæſtio eſt de ſeruitutibus tam perſonarum, quam rerum: Perſonarum, vt de vſufructu: rerum, vt de itinere, actu. Paulus refert hic veterum de quæſtione ſententiam, vt cognoſcatur quantum legatum ſit. veteres dicebant totum vſumfructum æſtimandum eſſe. Ariſto hoc reprehendit, & inquit: Si vſusfructus legatus ſit, non neceſſe eſt totū vſumfructum præſtari legatario, & pecuniam eo nomine accipere à legatario: quia vſusfructus diuidi poteſt inter hæredem & legatarium. l. 4. de vſufruct. Vide Alciat. 1. lib. cap. 17. de vſu & habit. Conceſſit enim vſusfructus in fructuum acquiſitione. Sicut igitur aliarum rerum dominium diuiditur, ſic dominium fructuum. Partes habebunt indiuiſas in vſufructu, vt ſinguli ſint domini vſusfructus pro parte. Has partes Accurſius vocat quotas. Ego poſſum certam partem vſusfructus habere, vt ſocius pro æqua parte tantundem ſibi acquirat. Veteres igitur à quibus Ariſto diſceſſit, ita loquebantur de vſufructu, quaſi omnino diuidi nō poſſet, & putabant totum debere præſtari, & recipi pecuniam ab hærede pro Falcidia. Dixi antea, ſi corpora legata ſunt duobus, communionem induci inter legatarios. Si cōmunio inducitur, quiſq; partem ſuam habet: Corpora enim partium cōmunionem inducūt, quas vocant intellectuales. l. ſeruus communis. §. 1. de ſtipul. ſeruo. De operis autem ſeruorum idē dici non poteſt, ſi quis operas ſerui legauit: operæ enim diuidi non poſſunt. l. 1. de ope. ſer. Facta enim diuiſionem nō recipiunt. l. ſtipulationes nō diuiduntur. 72. de verb. oblig. l. 2. eo. tit. Hæres nō poteſt ſatisfacere obligationi, quæ in facto conſiſtit, niſi in ſolidū: nō eſt diſcreta pars à parte cohæredis. Igitur ſi plures hæredes ſint, & domus ſit in obligatione, etſi tertiam partem domus ædificauerit cohæres, tamen & reliqua pars æque eſſe eius dicitur, quia hæ partes ſeparari non poſſunt, ſed intellectu tantum percipiuntur. l. Mæuius de leg. 2. d. l. ſtipulationes. Idem de operis ſeruorum dicendum eſt. Sed de his omnibus plenius tractabimus, d. l. ſtipulationes. *Quia neceſſario ex omnibus, quæ ſunt factis, pars decedere debet.* Paulus ait ad veterum ſententiam, qui dicebant totum vſumfructum præſtandum eſſe, aliquando recurri. Æſtimatio quidem neceſſaria nō eſt, cum agitur de vſufructu diuidendo, ſed interdū contingit, vt totius vſusfructus æſtimatio ſit neceſſaria propter controuerſiam hæredis & legatariorum, ſi ob eam controuerſiā neceſſe ſit videre quantum legatum ſit, & id fieri non poſſit, niſi totus vſusfructus æſtimetur, vt ſciatur an vltra dodrantem legatō ſit. & eo vtilis eſt veterum ſententia. De hac diuiſione ſeruitutum alius locus eſt in l. ſi is qui quadringenta. 80. §. quædam. hic. Ego rationem docui ſupra, & quoties locus communis tractatur de indiuiduis obligationibus, ſolet hic locus adduci, l. ſtipulationes. Theatrum ante conſummationem totius operis intelligi non poteſt: ante conſummationem domus, domus dici nō poteſt ſi domus non eſt, quomodo poteſt eſſe pars domus? Si fundus non eſt, quomodo poteſt eſſe pars fundi? In his ergo, quę proteleuſmata dicuntur, ſpectatur neceſſario operis conſummatio. In aliis autem alia eſt ratio, de qua iam diximus, quia non poteſt quis dici pro parte ſua feciſſe, cum pars indiuiſa ſit pars quota. Igitur in his rebus, quæ diuiſionem non recipiunt, neceſſario eſt veniendum ad veterum ſententiam: totū legatum æſtimandum eſt, totúmque legatario præſtari debet, pretium autem pro Falcidia hæredi.

Sed quæritur, quanti ſit æſtimandus vſusfructus? Vſusfructus eſt legatus Titio, magna incertitudo eſt, quanti æſtimandus ſit, quia incertum eſt quamdiu victurus ſit legatarius, cuius morte demum vſusfructus finitur. §. finitur. de vſufruc. incertū eſt quandiu vſusfructus ſit duraturus, videtur ergo æſtimari non poſſe. Eadémque quæſtio tractatur de legatis annuis. Nam huiuſmodi quoque legata, legatarij morte finiri ſolēt. Eadem quæſtio eſt de alimentis relictis. Alimenta enim alimentarij primum morte finiuntur, vnde quęritur, quanti huiuſmodi legata ęſtimāda ſint? Varia autē ratio oſtēditur hæredi & legatario cōſulēdi, circum vſumfructum, annua legata, & alimenta. In primis poteſt illis proſpici per cautionē. l. 18. ſi in annos. *Quanto amplius acceperit, reddi.* Formula eſt cautionis, cuius mentio ſit ſub tit. prox. ſeq. Cum incertū eſt, quantum legatum ſit, conſuletur hæredi cautioni reddendo legato, ſi compertum fuerit, locum eſſe Falcidiæ, & tota legata interea legatario præſtari poterunt. In hoc igitur caſu huic cautioni locus eſſe poteſt. Teſtator multa legata reliquit, ac inter cætera Titio annuū legauit: inter hæredē & legatariū oritur controuerſia de

Falcidia,

Falcidia, quæſtio eſt an legata excedant dodrantem? Hoc dependet ex eo, quod incertum eſt quamdiu ſit victurus legatarius. Si breui moriturus ſit, legata dodrantem non excedent: ſin diu victurus, contra fiet. Ob hanc certitudinem Paulus ait cautionem eſſe exigendam, de qua tit. ſeq. ſi cui plus quam per leg. Legatariis, quibus pure legatum eſt, legata ſoluentur, exacta cautione, vt ſi compertum fuerit, plus eis ſolutum eſſe, vt id ſuperfluum reddant.

Eodem pertinet l. lex Falcidia. 47. hic. Lex Falcidia in omnibus penſionibus locum habet. Teſtator in annos ſingulos dena legauit, quot ſunt anni, tot ſunt legata. l. annua. 26. de leg. ano. Si forte tot annis vixerit legatarius, vt penſiones tot annorum excedant dodrantem, & ſit locus Falcidiæ, tunc retro legata ſingulorum annorum minuuntur, quia omnia legata minuuntur. Si vnum legatum excedat dodrantem, deducitur ex omnibus legatis pro rata, ſic & hic propter penſionem primi anni non erat locus Falcidiæ, ſed decimo fortaſſis anno, & tunc retro minuuntur penſiones omnes ſingulorum annorum. Idque eſt, quod ait, *In omnibus penſionibus locum habere Falcidiam.* Cautione igitur hac, poterit ab initio proſpici hæredi, & tunc poterit ſoluere penſionem ſingulis annis, & hæc ratio commoda eſt, ad agnoſcendum, quantum ſit in legatis. Cum venerit ille annus, propter quē locus eſt Falcidiæ, retro diminutio fit legatorum. Alia ratio conſulendi hæredi proponitur, l. cum Titio, 55. hic. Legata ſunt Titio dena in ſingulos annos, inter hæredes & legatarium oritur controuerſia an ſit locus Falcidiæ, propter incertitudinem legati annui? Et ait Iuriſconſultus, ſi mortuus fuerit ille, cui res legata eſt, res eſt expedita: quia ſi triennio vixerit, inſpiciendæ ſunt penſiones triennij, ſed ſi adhuc ſuperſtes ſit, quoniam incertum eſt quamdiu ſit victurus, Iudex ſpectare debet, quanti poſset vænire illum legatum annuum, ſi venale eſset, poteſt adhibere æſtimationem legati, æſtimatores peritos.

Et hæc ratio commoda eſt tam hæredi quam legatariis. Alia ratio traditur l. hæreditatem. 68. hic. In Pandectis Florentinis, huius capitis talis eſt inſcriptio, *Æmilius Macer. l. 11. ad legem viceſimam hæreditatum.* Huius legis viceſimæ mentio eſt titu. Cod. de edicto Diui Adria. toll. Vectigal erat, quod ex hæreditatibus quæ extraneis deferebantur, exigi ſolebat: de quo vectigali alibi egimus. In hanc legem viceſimam, quæ de eo vectigali lata erat, ſcriptum eſt ab Æmilio, & verbum *Hæreditatum*, quod in vulgatibus codicibus initium eſt huius legis, debet eſſe in inſcriptione. Initium autem legis eſt, *Computationi in alimentis.* Teſtator legauit alimenta Titio, oritur controuerſia inter hæredes & legatarios, propter incertitudinem, quandiu ſit victurus legatarius. Vlpianus quandam formulam tradidit computationis ineundæ, huius legati: & vult vt à prima ætate, id eſt, à primis annis vſque ad annum viceſimum, quantitas alimentorum, triginta annorum computetur. Si duos annos habet, ſi tres, is cui alimenta relicta ſunt, computabitur quantitas triginta annorum. Exempli gratia: Si in ſingulos annos dena legauerit, & habenda ſemel ſit ratio huius legati, iuxta hanc computationem æſtimabitur quantitas huius legati, ex triginta annis. Sic hæc dena annua perinde habebuntur, ac ſi trecenta legata eſſent, & hæc computatio ſeruabitur à primis annis legatarij vſque ad annum viceſimum. Ab anno viceſimo vſque ad annos viginti octo habebitur ratio horum legatorum, quanti futura eſſent viginti octo annis ſemel præſtita, habebitur ratio viginti octo annorum. Sunt qui putent hoc ideo eſſe conſtitutum, quia præſumatur tāto tēpore legatarius victurus eſſe. Sed hoc falſum eſt: Hominis enim longæui ſpatium centum annorū eſt. l. an vſusfructus. de vſufruct. Sed vtile putarunt veteres certam formulam habere, qua mediocritas quædam ſeruaretur, quāuis exacte nulla tradi poſſet. Is qui anniculus eſt, vel qui tres, decem annos eſt natus, præſumeretur viuere vſque ad annos ſexaginta, vt plerumq; fit. Igitur maluerūt veteres ad dimidium rem hanc deducere, cū aliud cōſtitui nō poſſet. Hoc intellecto cætera quæ ſequuntur nō ſunt obſcura, proportione ſeruata. *Circa cōputationem vſusfructus.* Hæc eſt quæſtio, quā cœpimus tractare de vſufructu ab initio. *Solitum eſt tamen à prima ætate, vſque ad* Hiſce verbis Æmilius mihi videtur ab Vlpiani ſententia recedere, nō tantum in vſufructu, ſed & in alimentis. Vlpia. ſcribit à prima ætate, vſq; ad annos viginti fieri alimentorum cōputationem triginta annorum, quanti videlicet futura ſint alimenta triginta annorum ſemel præſtita. Æmilius vero vult hanc computationem ſeruari à prima ætate vſq; ad triginta annos, nō ad viceſimū vſq; annū tantum: licet aliquibus videatur aliter. Hæcque cōputatio Æmilij à prima ætate vſq; ad triginta annos, longe eſt expeditior. Inſpici vult quantum hoc annuū ſit à primis annis vſq; ad triginta annos, ſi quadraginta annos natus ſit, fiat computatio viginti annorum. *Poſt ſexageſimum annum.* Ex hac formula apparet nunquam amplius quam triginta annorum cōputationē iniri, quod equidem ſpatiū exiguum non eſt. Neque credendum eſt, hanc veram eſſe taxationem vſusfructus & alimētorum, ſed locum tantum habere in Falcidia, idque vulgo receptum eſt. Nam in reditu harum penſionum æſtimando, hæc æſtimatio æqua nō eſſet. *Si Reipublica vſusfructus legetur.* Subiecit hoc, quia de vſufructu Reipublicæ legato maior videbatur eſſe dubitatio, quia non videtur finiri poſſe vſusfructus: Non enim moritur Reſpublica, ſed vſusfructus ei legatus finitum centum annis, quod ſpatium longæui hominis vita putatur. Quæri poteſt de perpetui reditus æſtimatione, ſi legatum ſit Titio & hæredibus eius: quo caſu nunquam finitur vſusfructus. l. in annalibus 22. Cod. de leg. Quæſtio hæc tractatur de legato relicto Reipublicæ. l. 3. § item ſi Reipublicæ. Eſt lex quæ difficilis vehementer æſtimatur, & maioribus noſtris viſum eſt ænigma eſſe. Difficultas enim huius loci magna eſt viſa his, qui non intelligebant quænam eſſent vſuræ trientes, vel centeſimæ, & alia huiuſmodi, quæ res hodie nota eſt, & illuſtrata à viris eruditis. Si quis intellexerit, quæ ſint trientes vſuræ, hæc diſputatio non erit difficilis. Oportet autem prius noſſe, quæ ſit vſura centeſima. Ego dicam hoc breuiter: quia res eſt alterius loci. Vſura centeſima dicitur à veteribus, cū ſoluitur centeſima pars ſortis ſingulis menſibus. Ideo ſic dicta, quia veteres ſolebant vſuras ſtipulari in ſingulos menſes, non in ſingulos annos. Hinc Calendæ centeſimæ dicuntur. l. centeſimus. 48 de verb. obligat. Cum quis centeſimam ſortis, id eſt, ſingulos ſingulis menſibus pro ſorte ſtipulatur, dicitur ſtipulari centeſimam. Sic centeſima erit, cum duodena pro centum ſingulis annis ſoluuntur. Paria enim ſunt, quia annus conſtat duodecim menſibus. Hinc facile eſt intelligere, quæ vſuræ trientes ſint. Semiſſes vſuras vocamus, cum dimidia pars centeſimæ ſoluitur, ſex pro centum: ſi enim centeſima ſit, cum duodecim pro centum ſoluuntur, ſemis centeſimæ erit, cum ſex pro centum ſoluuntur. Sic trientum vſuram vocarunt, cum tertia pars centeſimæ ſoluitur. Si enim centeſima ſit duodecim pro centum ſoluere, triens centeſimę erit, quatuor pro centum ſoluere: eſt enim tertia pars centeſimę. Sic quadrans erit, cum quarta pars centeſimę ſoluitur, id eſt, pro centum tria. Et ſic de reliquis iudicandum. Senſus igitur

huius capitis eſt, ſi Reipublicæ in annos ſingulos legatum ſit, & de lege Falcidia quæratur, tantum videbitur legatum, quantum ſufficiet ad tantam ſortem conſtituendam, ex qua trientes vſuræ tantæ ſummę, quanta legata eſt, haberi poſsunt. Ponamus quaterna annua legata eſſe Reipl. quanti æſtimabuntur? Secundum Marcelli ſententiam, æſtimabuntur centum, ac ſi centum legata eſſent, quia ad conficiédam vſuram trientem, ex centeſima quatuor eſſent neceſſaria. *Eius ſummæ.* Id eſt, tantæ ſummæ, quanta legata eſt, ſic enim relatiuum. *Eius*, accipiendum eſt. Quantam oporteret ſortem eſſe ad colligendas vſuras trientes? Oporteret eſſe centum: Ergo æſtimabuntur legata centum. Si dena eſſent annua legata, quantum ſufficiet ſorti ad colligendam vſuram trientem? Oporteret eſſe ducenta quinquaginta in ſorte. Si quis enim ducenta quinquaginta det, & ſtipuletur dena annua, erit quarta pars centeſimæ vſuræ. Sic ſi quis vicena annua legauerit, videndum quantam oporteret eſſe ſummam, ad trientes conſtituendas. Oportet ſortem eſſe quingentorum. Si quis enim quingenta daret mutuo, & ſtipularetur quatuor pro centum viginti, hanc ſummam vſurę vocaremus trientem vſuram. Igitur cum teſtator legauit vicena annua, ſors erit quingentorum: cum dena, ſors erit ducentorum: cum terna annua, quinquaginta ſors erunt. In reditus ergo computatione ſemper ſpectatur quanta ſumma poſſet ſufficere ad vſuras trientes colligendas eius ſummæ, quæ legata eſt: & ex calculo hoc facile deprehendi poteſt. Multum ergo refert an vſusfructus Reipub. legetur, an reditus. Vſusfructus enim perpetuus non eſt: reditus vero eſt perpetuus. d. l. annua. de annu. lega. Docuimus, ſi annua legata ſint, aut vſusfructus: quemadmodum computatio legis Falcidiæ iniri debeat, & quanti æſtimari legatum. Diximus ſi legatus ſit vſusfructus, triginta annorum computationem fieri. d. l. hæreditate. At ſi Reipub. legatum ſit in ſingulos annos, tantum videri legatum, quantum ſufficiat vſuras trientes colligendas. l. 3. §. vlt. Vt ſi quaterna annua eſſent Reipublicæ legata, dicemus centum eſſe in legato, ac ſi ſemel ex legato præſtanda eſſent: oporteret enim centum eſſe, vt quatuor eſſent trientes vſuræ.

Vna difficultas reliqua eſt. mirum videtur, quod in vſufructu legato, qui non eſt perpetuus, triginta anni computentur, in reditu vero perpetuo computentur tantum vigintiquinque anni. Si quis enim Reipublicæ legarit quaterna annua, dicimus centum legata eſse. Conſtat autem hanc ſummam centum confici poſse, ex præſtatione vigintiquinque annorum: nónne igitur abſurdum eſt reditum temporarium pluris æſtimari, quam perpetuum? Hic enim reditus eſt perpetuus, quia legatum relictum Reipublicæ in annos ſingulos, eſt perpetuum. l. annua. de ann. leg. In reditu temporario ſpectamus triginta annos. Quorundam ſententia eſt, in vſufructu legato, & in aliis reditibus duplicem fieri computationem. Quam ſententiam ſequor, in l. hæreditatem. diximus triginta annorum tempus computandum eſse. Verum enim eſt in vſufructu, ſeu aliis temporariis reditibus ſpectare nos, quantum ex præſtatione triginta annorum colligi poſſit, quamuis forte vſufructuarius diutius victurus ſit, aut etiam breuius: quo videlicet res ad moderationem quandam reducatur. Sed poſt hanc computationem alia eſt computatio neceſsaria. Non enim illa ſumma in triginta præſtationes diuiſa æſtimabitur, ac ſi ſemel præſtaretur. Quis enim ſummam eam ſemel vellet præſtare pro reditu, qui eam ſummam triginta annis conficeret? Diximus ſi quaterna annua legata ſint Reipublic. in vigintiquinque annis ſummam centum inde effici. Nemo eſt, ſi is reditus finiretur, poſt vigintiquinque annos, qui vellet ſummam centum dare pro eo, nempe vt quaterna inde colligeret ſingulis annis, neque iuſta eſſet æſtimatio, quia hæc præſtatio non eſt perpetua. Ergo ſi has præſtationes temporarias æſtimare velimus, æſtimandæ ſunt hæ præſtationes annuæ, quæ triginta annorum ſunt, tanti, quantum quis vellet pro illis dare, & præſtari poſſent illi quaterna ſingulis annis vſque ad triginta annorum ſpatium. Nemo tantum dabit, quantum efficietur ex præſtatione triginta annis: Commodius enim eſt, eam ſummam ſemel præſtari, quam per annos triginta, propter interuſurium quod computatur in Falcidiam. Inſpicimus itaque quanti ſecundum regionis moré poſsent vendi illæ triginta annorũ præſtationes, & tanti eas æſtimamus. l. cum Titio. §. in l. lege 55. hic. In reditu verò perpetuo recte dicitur tantum videri legatum, quantum ſufficiat ſorti ad trientes vſuras colligendas eius ſummæ, quæ legata eſt. Ideo autem non dubitauit Paulus tanti æſtimare annuum illum reditum, qui perpetuus eſt, quanta eſt ſors trientum vſurarum ſemel præſtita, quia facile emptor reperietur, qui emet tãti hũc reditũ, id eſt, qui emat quaterna ſingulis annis in perpetuum præſtãda, centum, hoc eſt, qui tantum dare volet, quantum colligi poteſt ex præſtatione vigintiquinque annorum. Non enim finitur, ſed in perpetuum durat, & ſortem illam efficit in vigintiquinque annis. Vnde inſpicimus, quantum ſufficiat ſorti, ad vſuras trientes eius ſummæ, quæ legata eſt. Hactenus de annuis legatis, de vſufructu, & alimentis legatis, nũc aliæ ſpecies tractãdæ ſunt, in quibus ſimilis eſt quæſtio in quibus quæritur quantum ſit legatũ. Huiuſmodi ſunt conditionalia legata, & in diem relicta. Si quis ſub conditione legaſſet centũ, nõ ita illud eſt accipiendũ, ac ſi purè legaſſet centum. Dies & conditio legatũ minuunt, propter conditioné & diem. §. plus auté. Inſtit. de actio. Is qui ante tempus petit, quodammodo plus dicitur petere, quam ipſi debebatur. Ergo multũ intereſt, an pure legatum ſit, an ſub conditione. l. in lege Falcidia. 45. hic. ſimile eſt in l. circa. 66. hic. & l. in quantitate. 73. §. in diem. hic. Hinc quæritur l. qui quadringenta. §. vltim. 88. hic. Teſtator ducenta habebat, quæ omnia legat, partim ſub conditione: extitit conditio poſt aliquantum temporis. *Ita tamen vt ex reditu.* Certum eſt hæredi vigintiquinque conferenda eſse ex legatis, quia ducenta erant in bonis, ducenta hæc legata ſunt, pro quarta debet habere vigintiquinq;. *Et amplius fructus.* Quia hæres lucratur fructus medij tẽporis. l. quod de bonis. l. iubemus. Cod. ad Trebellia. Ergò præter vigintiquinq; habebit etiã quinq;, quæ ſumma efficit triginta. Conſtat igitur triginta conferenda eſse à legatariis. Sed nũc quæritur, quomodo hæc cõferri debeant? *Quidam putant quindena ab vtroque.* Quia duo ſunt legatarij & paria legata, ergo ſinguli debent quindena. Id autem verum nõ eſt, quia legata hęc paria nõ ſunt, vberius eſt legatum purum, quam cõditionale. Ergo æquum non eſt eos parem ſummã cõtribuere: Deducitur enim Falcidia pro rata. *Ex ſeptem partibus ego quatuor.* Quia paria non ſunt legata, nõ debent ſinguli pręſtare quindena. Magna eſt altercatio de hac computatione, de qua multa ſcripſit Alciatus. Alia ſpecies eſt, cum quis creditori legarit quod ei debebat, quęritur quantum ſit in legato? Si de lege Falcidia quęritur, & inter cętera reperiatur teſtator legaſse quod debebat, an hoc legatũ nocebit legatariis, & detrahatur ex hoc legato, & quantum detrahatur. leg. prima. §. ſi quis creditori. Solet quęri cum debitor legat creditori, an vtile ſit legatum? & poteſt eſse vtile propter cõmodum repręſentationis, ſi forte in diem debebat, & teſtator id voluerit pręſtari præſenti die.

Huius

Huius commodi ratio habebitur, ſi centum legauerit pure. Cum centum deberet in diem, nõ dicemus centum tãtũm in legato eſſe, ſed æſtimabitur hoc cõmodum præſtatio ois boni viri arbitrio. At ſi legarit id quod pure debebat, nullum erit commodum, & inutile erit legatum nec eius ratio habebitur in Falcidia. Eodem pertinet l. 5. hic. ex his quæſtio exiſtit, ſi quis Reipub. pollicitus ſit, tenetur ea ea pollicitatione. l. 1. de pollicitat. licet alias ex pollicitatione nemo obligetur. Quid igitur ſi legarit Reipub. quod pollicitus erat? Si exceſſerit debiti modum in teſtamento, ſuperfluum deducetur in Falcidiam, & minuetur per Falcidiam. Alia ſpecies tractatur de liberatione legata. l. quod de bonis. in princ. 15. hic. Extat tit. de liber. lega. in quo multæ huiuſmodi ſpecies reperiuntur, cum teſtator voluit liberari debitorem. Ex hoc legato, ſicut ex cæteris detrahitur Falcidia. Loquitur hoc in loco Iuriſconſultus de donatione cauſa mortis, ſed idem dicendum eſt de legatis, vt anteo ſtendimus. Teſtatoe donauit cauſa mortis, vel legauit debitori, quod debebat hæres tanquam ex obligatione hæreditaria, quartam petet eius ſummæ, quam debebat legatarius defuncto. Fortaſſis enim debitor excipiet, & volet hæredem petentem ſummouere, eique obiicere, legatam ſibi eſſe liberationem, ſed hæres replicatione in factũ concepta eum ſummouebit. Legauit quidem liberationem teſtator, ſed ſecundum veriſimilem eius voluntatem, & legem Falcidiam quarta pars eius legati debetur hæredi. Ergo non impeditur agere obligatione hæreditaria. Falcidia ipſo iure minuit hæreditatem. Liberationem igitur ita debemus accipere, ac ſi teſtator ei legaſſet liberationem pro tribus tantum partibus. Retinebit ergo quartam hæres ex legato liberationis. Inde quæritur, quid ſi ſoluendo non ſit debitor, cui legata eſt liberatio, quæ erit vis eius legati? hæc quæſtio tractatur in l. Neſennius. §. vltim. hic, *Totum legatum computatur*. Mirum eſt totum legatum cõputari, cum ſoluendo non ſit, ſed hoc ſupra tractatum à nobis eſt in l. quærebatur. Nam quantum ad debitorem attinet, ſemper diues habetur, etſi ſoluendo non ſit: legata enim eſt liberatio, qua liberatur. Non eſt opus aliqua exactiooe, non haberetur ratio iſtius legati, ſi opus eſſet actione, ſed hic retentione opus tantum eſt, vt dicitur in dict. l quærebatur. *Sed ſi alij hoc.* Quãtum ad ipſum debitorem attinet, nihil refert an ſoluendo ſit, an non, ſed ſi alij illud legaretur, nullum legatum eſſet, & hoc legatum nihil nocebit cæteris legatariis. Inſpicimus enim quantum exigi poteſt: at exigi nihil poteſt: ergo eſt inutile legatum. Alia ſpecies eſt in l. in ratione, 30. §. 1. hic. Cum teſtator iuſſit vendere, aut emere aliquid, quæritur quantum in legato ſit: Teſtatoe hæredi iuſſit fundum Cornelianum, qui centum erat, Titio vendere quinquaginta, fundus eſt venditus, dicemus quinquaginta eſſe in legato: Lucratur enim quinquaginta ea hac venditione. Ideo perinde hoc legatum accipimus acſi quinquaginta eſſent legata. Simile exemplum de emptione. Teſtator iuſſit hęredi, vt centum emeret fundum Cornelianum à Titio, qui quinquaginta tantum erat, legata videntur quinquaginta. Certa igitue erit æſtimatio io Falcidia, quaſi quinquagiota legata eſſent: Lucratur enim quinquaginta legatarius. Alia ſpecies eſt in l. cum quo. §. is qui. 56. hic. Si ſeruus legatus ſit, vt manumittatur. teſtatoe in bonis habebat vnum tantum ſeruum Stichum, inſtituit hæredem, & ſeruum legauit Titio, & fideicommiſit, vt poſt triennium eum manumitteret, hæres vult deducere Falcidiam: legatarius dicit, nihil peruenire ad ſe commodi ex eo legato. Idque verum eſſet, ſi ſimpliciter eſſet legatus ſeruus, vt manumitteretur, ſed legatus eſt vt manumitteretur poſt triennium: Igitur legatarius vtitur interea temporis ſerui opera, & ſic commodum illud ei legatum intelligitur, quod ex operis ſerui percipi poteſt. Eodem pertinet l. ſi ſeruus. 33. hic. Breuiter, quoties commodum peruenit ad legatarium ea hoc legato, id legatum intelligitur, & ex eo quarta deducitur.

Alia quæſtio eſt, cum legatur fundus ſub conditione dandi, in l. ad veterani. 40. hic. Teſtator fundum habebat dignum viginti, hunc Titio legauit ſub conditione, ſi dederit decem. Quæritur quantum legatum ſit? Videntur taotum decem in legato contineri, quia effectu decem tantum cooſequitur: & tamen dicitur totum in legato eſſe. *In toto fundo.* Hoc ratione carere videtur, & contrarium l. non amplius. 26. de leg. 1. Decẽ dantur conditionis cauſa implendæ, & fundus viginti tantum eſt, ſed d. l. non amplius. ooo eſt intelligenda de lege Falcidia, ſicut hęc noſtra. In lege Falcidia totus fundus videtur legatus eſſe, non detrahitur Falcidia partim ex decem, partim ex fundo, ſed ex toto fundo. Hoc igitur locum taotum habet in computatione legis Falcidię. Alias ſi legatus eſſet fundus dignus viginti, & adſcripta conditio, ſi decẽ dederit, nõ cogeretur illud fideicommiſſum præſtare, quia hac ratione fieeet, vt vltra quantitatẽ præſtare cogeretur. Idẽ dicitur in l. ſi fundus. 65. hic. Maior in hac ſpecie dubitatio eſt, quàm in illa quã diximus. Quidam legauit fundũ dignũ viginti ſub cõditione, ſi decẽ dederit, vtile eſt legatũ, ſed ſi quinquaginta dignus ſit fundus, & cõditio adſcripta, ſi quinquaginta dederit, videtur inutile eſſe legatum. Sed ait Iureconſultus, *Vtile eſſe legatum.* Eſſet quidem inutile, ſi quinquaginta eſſent adſcripta cõditionis cauſa, tamẽ in ſpecie poteſt eſſe cõmodũ, vtilius eſt fundum habere, quàm iuſtam eius æſtimationem.

Alia ſpecies eſt in l. cum pater. 60. hic. Si vous ex legatariis petit rem ab hærede, hæres iuſſus eſt à teſtatore legatum dare, & propter contumaciam hæredis, qui iudici non paruit iubenti legatum ſoluere, iuſiurandum delatum eſt legatario, & ſecundum æſtimationem factum à legatario per iuſiurandum in litem, damnatus eſt hæres in maiorem quantitatem quàm in legatum erat: ea re factum eſt, vt legata aucta ſint, & hæres voluerit vti beneficio Falcidiæ. Si tantum ſoluiſſet legata, ſalua ei manſiſſet quarta: quęritur igitur an noceat hoc legatariis, vt ex iis hæres poſſit Falcidiam deducere? Eſt locus communis de pœnæ cauſa accreſcente. Hæredis pœnæ cauſa acquiritur, quando punitur contumacia eius iureiurando in litem. l. tutor. de in lit. iur. Accedit hoc legatariis, non quod pluris fiat legatum, ſed quia punitur contumacia hæredis.

Alia ſpecies eſt in l. alienus, 61. hic. cum plus ob ſtultitiam hæredis ſolutum eſt: Teſtator fundum alienum legauit, hæres hunc infinito pretio comparauit, vt eum daret legatario: erat forte fundus dignus mille aureis, emit eum duobus millibus, quæritur an ea emptio ſtulta hæredis, noceat legatariis, vt tantundem debeat dimioui ex legatis? Et dicitur debere tantum inſpici quantum fuerit verum fundi pretium, veráque æſtimatio. At forte minoris non potuit emere? Reſpondeo: hoc caſu debuerat hæres ſoluiſſe pretium legatario, cum iuſto pretio fundũ cõparare nõ potuiſſat. l. nõ dubium. de leg. 3. Superioribus quæſtionibus tractauimus caput, in quo quæritur quantũ legatũ ſit: iudicatur enim & ex patrimonio, & ex modo legatorum, portio Falcidiæ. Similis quæſtio nunc tractabitur de contributione legatorum. Magna hæc quæſtio eſt, perobſcura & difficilis, & tractatur in l. io ratiooe. §. quod vulgo. hic. Cum enim quæritur quantũ legatum ſit, multum refert, an legatorum cootributio, vel confuſio fiat, an ſeparatim legata conſiderentur. Exẽplum

huius rei eſt in tabulis paternis & pupillaribus. Cum teſtator filio, quem hæredem inſtituit, Titium pupillariter ſubſtituit, legata partim à filio, partim à ſubſtituto reliquit, multum refert an ſeparatim hæc conſiderentur, an verò collecta, & confuſa ſint. Fieri poteſt, vt per ſe ſingula non excedant dodrantem, & tamen omnia ſimul confuſa dodrantem excedant. Ad hunc igitur locum, quem tractamus, quæſtio hæc magnopere pertinet. Igitur Papinianus quæſtionem hanc tractat, d. l. in ratione. vbi interpretatur regulam ab antiquis traditam, In tabulis patris & filij vnam Falcidiam ſeruari.

Dubitatum fuit apud veteres, an in tabulis patris & filij Falcidij ſemel detraheretur, quaſi vtraque tabula pro vno teſtamento haberetur, an vero ex vtriſque tabulis deduceretur, quaſi pro duobus teſtamentis haberentur. Cum pater filio pupillariter ſubſtituit, certum eſt eum filio facere teſtamentum. l. 2. de vulg. Quia enim filius eſt impubes, ne is moriatur inteſtatus, inſtituit ei hæredem hoc modo, Si filius meus impubes deceſſerit, Titius hæres eſto. Ex hac ſubſtitutione pupillari, velut teſtamentum eſt, quod pater fecit filio. Eſt enim ſubſtitutio pupillaris velut appendix teſtamenti paterni. Pater enim filio pupillariter ſubſtituere non poteſt, niſi ſimul ſibi faciat teſtamentum. dict. leg. 2. de vulg. Eſt hic veluti duplex teſtamentum, ſed quia vtrunque vna & eadem forma & ſolennitate fit, vtrunque habetur pro vno teſtamento. l. patris & filij. 20. de vulg. Habetur ergo vtrunque pro vno teſtamento, in quo pater ſibi & filio hæredem inſtituit. Inde regula à veteribus traditis manauit: In tabulis patris & filij eandem Falcidiam ſeruari. Si enim vnum teſtamentum eſt, conſequens eſt vnam Falcidiam tantum eſſe in vtroque. Quæ autem vis ſit huius regulæ, Papinianus hic docet, ſed verbis adeo obſcuris, vt nullus locus in Iure ciuili exiſtimetur eſſe obſcurior. *Quamuis enim ſubſtitutus, quæ à pupillo relicta ſunt.* His verbis docet vim, ac poteſtatem huius regulæ, & eiuſdem vſum, ac vtilitatem. Sed exemplo hoc declarandum eſt. Ponamus igitur patrem habuiſſe in patrimonio quadringenta, inſtituiſſe filium impuberem hæredem, & ab eo ducenta legaſſe, ſubſtituiſſe filio Titium pupillariter, & à Titio totidem legaſſe, id eſt, ducenta. His legatis tam à filio quàm à ſubſtituto relictis, tota hæreditas eſt conſumpta. Ponimus enim tantum quadringenta habuiſſe teſtatorem, quæ omnia reperiuntur in legatis. Filius extitit hæres patri, adiit hæreditatem, ſed adhuc impubes deceſſit. Vnde hæreditas ex ſubſtitutione pupillari ad Titium ſubſtitutum delata eſt. Quæritur an Titius poſſit Falcidiam detrahere ex legato? Legatarij petunt à ſubſtituto legata tam ab eo, quàm ab impubere relicta, ſed exhauriunt totam hæreditatem: Sunt enim quadringenta in legatis. Quæſtio ex hoc dependet, an contributio legatorum admittenda ſit. Si dicimus eam admittendam, illa omnia legata in vnum collecta dodrantem excedunt, ideoque detrahetur eo caſu Falcidia. Sed ſi non contribuantur, ſed ſi ſeparatim ſpectetur, quantum à filio, quantum à ſubſtituto ſit legatum, non erit locus Falcidię. Quia ergo contribuenda ſunt legata propter regulam à veteribus traditam, detrahetur Falcidia. Quamuis enim paternum teſtamentum ſit & pupillare, & ſic duo ſunt teſtamenta, ſi quis ea ſeparatim conſideret, tamen pro vno teſtamento habentur, & ita de his legatis iudicamus, quaſi eodem teſtamento eſſent relicta. *Contributioni locus eſt.* Hic Papinianus loquitur de contributione legatorum, quod tametſi verum ſit, & conſentaneum regulæ veterum, tamen habet dubitationem, & abſque regula illa facile contra reſponderi poſſet. Contra hæredem enim facit hæc ratio, quia (vt Papinianus ait) legata relicta à filio impubere, vt quodlibet æs alienum, debentur. Atqui æs alienum integrum ſoluitur, neque deducitur Falcidia: Ergo integra legata ſoluenda ſunt, quæ teſtator reliquit ab impubere. Deberi autem illa legata vt quodlibet æs alienum, ſic oſtendo: Pater hæredem filium inſtituit, legauit ab eo ducenta, filius hæres extitit patri, non fuit grauatus vltra dodrantem hæreditatis: Ergo filius debuit illa legata integra. Non enim ab eo legata ſunt, niſi ducenta, & reperit quadringenta in hæreditate: Ergo debuit tota illa legata. Delata eſt hæc hęreditas Titio, impubere filio mortuo, debet igitur Titius hæc legata ſine detractione Falcidiæ. Quare ergo non ſoluit integra legata ex perſona filij, cui ſucceſſit? *Tamen propterea, quæ ſecundis tabulis relicta ſunt.* Hæc videntur pugnantia eſſe, vt & quidam putauerunt contributioni locum eſſe, & nihilominus deberi, vt quodlibet æs alienum, legata. Sed captare nos non decet verba Iuriſconſulti: Senſus enim eorum hic eſt. Quamuis alias legata à filio impubere, vt quoduis æs alienum, debeant ſolui à ſubſtituto: tamen hic ratio ſuadet & regula à veterib. tradita: contribuenda eſſe legata, eorumq; ita rationem habendam, ac ſi eodem teſtamento eſſent relicta. In hoc enim caſu, quæ relinquuntur in ſecundis tabulis, ſub conditione intelligũtur relicta in tabulis patris. *Secundum quæ poterat euenire.* Hæc verba explanationem deſiderant, ſi poneremus legata quædam pure relicta, alia ſub conditione, ab vno & eodem, legata pura ſoluerentur integra, ſed cautione data, iuxta edictum Prætoris, cuius mentio eſt titulo proximo, ſi cui plus quàm per leg. Falcid. Exemplum proponam ex l. 1. §. interdum, & l. in quantitate. 73 §. ſed ſi legata. Teſtator quædam legata pure reliquit, quæ dodrantem hæreditatis non excedunt, alia reliquit ſub conditione, quæ legata confuſa cum puris, dodrantem excedunt: ſed incertum eſt, an ſit extitura conditio, hóc q; pendet ex euentu futuro, interim legata pura ſoluit hæres, ſed legatarius cauet ſe reſtituturum quod plus accepiſſet, ſi cõditio extiterit, qua alter legatarius legatum conſequitur. Hæc cautio interponitur etiam in hac ſpecie, quam nunc tractamus. Cum teſtator impuberem inſtituit, eique ſubſtituit pupillariter, legata relicta à ſubſtituto intelliguntur relicta ſub cõditione ab impubere, ſi ſubſtitutioni locus ſit. Quoniam creditur idem teſtamentum eſſe, & perinde habentur hæc legata, ac ſi ab eodem eſſent relicta. Vnde ſi legatarij petant à filio impubere legata pura, quæ dodrantem non excedunt: ſi filius vereatur ne ſit locus aliquando ſubſtitutioni, id eſt, ne exiſtat cõditio, & debeãtur legata relicta à ſubſtituto, ſoluet quidem legata impubes, ſed exacta cautione cauebit legatarius, ſi locus fuerit ſubſtitutioni & Falcidiæ, redditurum quod acceperit ſupra dodrantẽ hæreditatis. Hócq; dicitur dict. l. 1. §. interdum. Ratio eſt quia ſi ab vno & eodem, quædam pura, quædam ſub conditione eſſent relicta, ſi legata pure ſoluerentur, exigeretur cautio, d. l. in quantitate. At hic alia legata intelliguntur pure, alia ſub conditione: Ergo eadẽ erit ratio. Quod autem obiicimus legata relicta ab impubere deberi tanquam æs alienũ, & ex ære alieno nihil deduci, verum eſt, ſi ſubſtitutus nullis legatis grauatus ſit, vel non pluribus quæ excedant dodrantem. Aliud autem hic accidit: Nam etiam legata à ſubſtituto relicta erant, quo caſu non ſimpliciter dicendum eſt, illa legata, tanquam æs alienum deberi. Nam ſine cautione nõ poſſunt legatarij exigere illa legata ab impubere. Sed id quod diximus de ære alieno, tũc demũ verũ eſt, ſi nulla legata ſint relicta à ſubſtituto, vel nõ plura quàm per Falcidiã liceat. Sed ea legata, quæ à ſubſtituto relicta ſũt intelligũtur relicta ab impubere ſub conditione,

Digitized by Google

ditione, & tunc quoque contributio neceſſaria eſt. Idem enim iudicamus eo caſu, ac ſi vnum tantum hæredem inſtituiſſet, & ab eo quædam legaſſet pure, quædam ſub conditione. *Ne ſubſtitutus quicquam retineat.* Secundum regulam veterum, in tabulis patris & filij vnam Falcidiam ſeruari, euenire poteſt, ne ſubſtitutus quicquam retineat, vt non detrahat Falcidiã ex legatis, ſed vt quarta ſua fraudetur. Pater habebat quadringenta in bonis, inſtituit impuberem, cui ſubſtituit Titium pupillariter, legata multa reliquit à Titio: filius, qui hæres extitit patris, cõſumpſit patrimonium patris: diminuta eſt hæreditas patris, ſubſtitutus nihilominus legata à ſe relicta ſoluet, & nihil retinebit pro quarta. Nam ſecundum regulam veterum, vtrumque teſtamentum pro vno habetur, non ſeparatim habetur ratio teſtamenti patris & filij. Et ideo ſpectatur tempus mortis paternæ tantum, quo tempore ſufficiebat hæreditas ad quartam hæreditatis retinendam, & legata ſoluenda. Si filius poſt mortem patris diminuat patrimoniũ patris, nõ habebitur ratio mortis filij, ſed tẽporis mortis paternæ. Si pro duob. teſtamentis haberemus patris teſtamẽtũ & filij, ſpectaretur quoq; tempus mortis filij, nõ tãtum patris. Quod probabiliter forte dici poterat ante regulã illã à veteribus conſtitutam. Ergo quod ſupra diximus in leg. in ratione. 30. hic. & §. quantitas. Inſtit. eo. ſpectandum tẽpus mortis, cum quæratur de modo legatorum & patrimonij: Id ita debemus accipere, vt etſi duplex ſit teſtamentum, id eſt, inſtitutio & ſubſtitutio, patris tamẽ mortis tempus ſpectetur, proinde ac ſi ſolus pater teſtamentum feciſſet. *Vel vt longe plus habeat quarta paternæ hæreditatis.* His verbis Papinianus oſtendit: ſicut nõ refert, an diminutum ſit patrimonium à filio, poſt mortẽ patris, ita nihil refert an idem patrimonium ſit auctum poſt mortẽ patris, ſiue filius auxerit ſiue diminuerit bona patris, eorum nulla habetur ratio quantũ ad Falcidiam. Semper enim tempus mortis teſtatoris ſpectatur. Inde ſi quid auctum fuerit, cedit lucro hæredi. d. l. in ratione. Si quid diminutum ſit, damno hæredis eſt. Pone ergo locum fuiſſe Falcidiæ, tempore mortis teſtatoris, ſed aucta poſtea eſſe bona diligentia filij hæredis, ita vt poſt mortem filij auctius ſit repertum patrimonium. hæc augmentatio lucro cedit hæredi, ſecundum regulam traditam, vt quamuis patrimonium quod reliquit filius, ſufficiat ad legata ſoluenda, tamen nihilominus detrahat Falcidiam ſubſtitutus, quia Falcidiæ locus erat, cum teſtator moreretur, cuius temporis ſolum rationem habemus, quaſi vnum tantum eſſet teſtamentum. *Quid ergo ſi non ſufficiat pupilli hæreditas legatis, cum patris ſuffeciſſet.* Quod prius dixerat, de diminutione bonorum, nunc apertius explicat. Explicat enim hæc verba, *Secundum quæ poterit euenire.* Tanta autem hic eſt breuitas, vt magnam obſcuritatem pariat iis qui nõ ſatis attenti ſunt. Huiuſmodi ſunt Papiniani pleraque omnia: in eo enim ſemper plus rerum eſt, quam verborum, cum in aliis interdum plus ſit verborum quam rerum. Patria hæreditas ſufficiebat legatis, pater habebat quingenta in bonis, ea ſunt conſumpta poſt mortem patris à filio, vt legata ſolui non poſſint, an ideo quadrantem deducere poſſit ſubſtitutus filio ex legatis? Non poterit. Diminutio, quæ poſt mortem teſtatoris accidit, ad damnum hæredis pertinet, & ita fraudabitur quadrante ſuo, ſecundum regulam veterum, in teſtamento patris & filij vnam Falcidiam ſeruari. Hic non aliter ſpectatur teſtamentum filij, ac ſi eius teſtamentum eſſet patris. *De ſuo quadrante nimirum dabit ſubſtitutus.* Occurrit obiectioni, ex eo enim quod dicitur, de ſuo quadrante legata ſoluere ſubſtitutum debere, naſcitur dubitatio. Legata enim non debentur vltra vires patrimonij. d. l. 8. §. ſi is qui. ad Trebel. Ratio iuris non patitur, vt vltra vires patrimonij legata ſoluantur. Lex permittit quadrantem detrahere, at hic dicitur non tantum quadrantem non retinere ſubſtitutum, ſed & de ſuo quadrante legata ſoluere. Imo longe ſupra quadrantem tenebitur in hac ſpecie, quia hæreditas erat ſoluendo tempore mortis paternæ. Diminutio enim poſtea facta pertinet ad damnum hæredis: Nam etſi nihil omnino ſupereſſet, tamen hæres ad legata integra tenebitur, tempus enim mortis teſtatoris inſpicimus. Reſpondet igitur obiectioni. Legata vltra vires patrimonij non ſoluuntur. *Cum in hac parte Iuris.* Nos paternum teſtamentum & pupillare in hac parte Iuris pro vno habemus. Verum autem eſt vltra modum hæreditatis legata non deberi. Sed cum de modo illius patrimonij quæritur, tempus teſtatoris inſpicitur. Quodque ad hoc tempus reſpiciamus, oſtendit Iuriſconſultus his verbis: *Quaſi primis ſub conditione relicta intelliguntur.* Si legata relicta ſint, partim ab hærede, partim à ſubſtituto pupillariter, perinde ea habemus, ac ſi in eodem teſtamento, videlicet in teſtamento paterno, eſſent relicta partim pure, partim ſub conditione. Paternum enim teſtamentum & pupillare in hac parte Iuris pro vno habemus.

Cœpimus explicare locum difficillimum de Falcidiæ detractione ex tabulis paternis & pupillaribus. Cum pater ſibi teſtamentum fecit, & filio impuberi, id eſt, filio pupillariter ſubſtituit, diximus in illis tabulis vnam Falcidiam ſeruari, ſecundum regulam à veteribus traditam. cuius vim ſitam eſſe diximus in duabus rebus, primum in contributione legatorum. Nam ob eam Falcidia detrahitur, quæ alias non detraheretur & quamuis pupillus non potuerit detrahere, tamen ſubſtitutus detrahere poterit, quia legata ita confuſa dodrantem excedunt. Alterum in quo poſita vis illius regulæ eſt confuſio patrimonij, ſi poſt mortem patris auctum vel diminutum ſit, non ſpectamus quanti fuerit poſt tempus mortis pupilli, ſed patris ſic vna tantum Falcidia imputatur in vtroque teſtamento. Hæc breuiter traduntur à Caio. l. in duplicib. 79. hic. Quodammodo duo teſtamenta eſſe videntur, cum filio hæredi inſtituto ſubſtituit pater pupillariter. Interpretatur Caius quod dicitur d. l. in quantitate. 73. hic. & §. quantitas. Inſtit. eo. ſpectandum eſſe tempus mortis teſtatoris, ſi quæramus an ſit locus Falcidiæ. At hic veluti duo ſunt teſtatores, & licet à patre fiat vtrunque teſtamentum, tamen pater facit teſtamentum nomine filij. itaque pro filij teſtamento debet haberi tanquam à filio eſſet factum. Nihil enim refert an nos aliquid faciamus, an noſtro nomine alij. Sed habetur pro eodem teſtamento vtrunque nempe pro paterno, & ita vna tantum Falcidia deducitur. Principaliter enim agitur de paterno teſtamento, cuius eſt acceſſio filij teſtamentum. l. patris & filij. de vulg. Ergo ſpectatur tempus mortis paternæ, non filij: ſi quid diminutum fuerit poſt mortem patris, dãnum hæredis erit, ſicut ſi lucretur aliquid, lucro hæredis cedet. d. l. in ratione. hic. *Siue de legatis quæramus.* Hoc caput vtranq; quæſtionẽ, & de quãtitate patrimonij, & legatorũ cõplectitur. Nõ ſufficit, vt cognoſcatur modus patrimonij, ſed oportet cognoſcatur modus quoq; legatorum. Fieri poteſt, vt legata relicta in tabulis primis, ſi per ſe cõſiderentur, nõ excedant dodrantẽ: ſimiliter & legata, quæ à ſubſtituto relicta ſunt, ſed ſi confundantur ſimul, excedant dodrantem. Ait ergo illa contribuenda eſſe in vnum, tanquam vnum eſſet teſtamentum. Hocque eſt quod dicitur in hoc capite quod cœpimus interpretari, legata relicta à ſubſtitu-

to impuberi, videri legata ſub conditione, ab ipſo impubere. Eodemque modo fit contributio, ac ſi eodem teſtamento legata reliquiſſet, pure alia, alia ſub conditione.

Sequitur §. *Si filio ſuo duos*, in noſtra l. in ratione. Sequens quæſtio exiſtit ex his, quæ à nobis tractata ſunt ſuperiori capite: cum dicimus. In patris & filij teſtamento, vnam Falcidiam ſeruari, idque pertinet tam ad cõtributionem legatorum, quàm patrimonij. Species, de qua hic quæritur hæc eſt. Teſtator habebat quadringenta in bonis, filium impuberem inſtituit, nec eum onerauit legatis, vt in ſuperiori ſpecie, ſubſtituit pupillariter filio impuberi duos, Titium & Seium, ſi filius impubes deceſſerit, vnum ex ſubſtitutis Titium onerauit legatis, & legauit ab eo ducenta, alteri nihil legauit, aut tantum nõ legauit, vt poſſit locus eſſe Falcidiæ. Quæritur an Titius ſubſtitutus, à quo ducenta ſunt legata, poſſit ex perſona ſua detrahere Falcidiam, ſi hæreditas ex ſubſtitutione pupillari delata ſit ad eũ? Legatarij petunt legata, id eſt, ducenta mortuo impubere, Titius vult detrahere Falcidiam, quia exhauſtus ſit eius ſemis: tota enim hæreditas, quæ quadringentorum eſt, delata eſt ad duos hæredes, ſic ſemis ex hæreditate ad vnumquemque pertinet: quæritur an ex perſona ſua poſſit detrahere Falcidiam? *Et facile quis dixerit conſequenter.* Hęc dicuntur à Papiniano diſputando vt cauſam afferat dubitationis. Videtur hic Falcidia non poſſe detrahi conſequenter, in his, quæ ſuperius dicta ſunt. Tria enim hic conſideranda ſunt: Primum, quod diximus confundendum eſſe totum patrimonium, cum de lege Falcidia quæritur, & totius aſſis rationem habendam non ſemiſſis, qui pertinet ad vnum ex ſubſtitutis. In ſuperiori ſpecie tempus mortis paternæ diximus ſpectandum eſſe, quantum fuerit in patrimonio teſtatoris, & totũ patrimonium confundendum. Si habeatur ratio totius aſſis in hac ſpecie, non poterit detrahere Falcidiam: licet enim legata excedant dodrantem Titij, qui ad ipſum pertinet, tamen non excedunt dodrantem totius hæreditatis. Ponimus enim quadraginta fuiſſe in hæreditate, tempore mortis teſtatoris, & ab hoc legata tantum fuiſſe ducenta: Falcidiæ locus non erit, quia plus non eſt legatum, quam per legem conſtitutum ſit. Secundo conſiderandum hic eſt, quod pupillus non detraheret Falcidiam, ſi ab eo eſſent legata ducenta. Et diximos ſpectandam eſſe perſonam pupilli, & perinde habenda eſſe legata relicta à ſubſtituto impubere, ac ſi ab impubere eſſent relicta. Id ſi faceremus, in hac ſpecie non haberet locum Falcidia. Quomodo igitur ex perſona ſua poteſt ſubſtitutus detrahere Falcidiam, cum pupillus non poſſet, ſi ab eo relicta eſſent; Tertio hic conſiderandum, ſi vnus tantum eſſet ſubſtitutus, non detraheret quartam. Idque certum eſt, ſi teſtator in hac ſpecie filium hæredem inſtituiſſet, & Titium ei ſolum ſubſtituiſſet, & legaſſet à Titio centum, Titius ea ſine diminutione ſolueret. Atqui non videtur maior eſſe ratio in duobus ſubſtitutis, quam in vno ſubſtituto. Hæc demonſtrant non ſine cauſa dubitatum fuiſſe in hac ſpecie. Sed tãdem concludit Papinianus, verius eſſe quartã ab eo detrahi poſſe, perinde ac ſi inſtitutus eſſet in primo gradu à teſtatore. *Atque ſi ita patris hæres extitiſſet.* Si duo ſubſtituti Titius & Seius hæredes extitiſſent patri, ſicut & pupillo extiterunt, potuiſſet detrahi Falcidia ab eo qui grauatus eſt, idque ſupra diximus in l. ſingulis & §. & cum quæſitum. Inſtit. eodem. Si hæres duos ex æquis partibus inſtituiſſet, & vnum legatis oneraſſet; oneratus quartam detrahit, quia ſemis eius non ſufficit, ad integra legata ſoluenda, quamuis tota hæreditas ad ſoluendum ſufficeret. Non habetur ratio ſemiſſis alterius, ſed eius à quo legatum eſt; an eius pars ſufficiat ad ſoluenda legata integra, an excedant dodrantem ſemiſſis illius. Non enim ei, qui oneratus eſt, proficit quod non ſit oneratus ſemis cohæredis, quia ex eo nihil capit, quamuis ſufficiat ad ſoluenda legata, vnde ſpectamus tantum partem, quæ peruenit ad legatarium oneratum. Vnde Papinianus ait, perinde iudicandum eſſe de duobus ſubſtitutis in hac ſpecie, atque ſi teſtator directe eos inſtituiſſet. Id cum conſtitutum ſit de duobus hæredibus, qui in primo gradu ſunt inſtituti, & eadem ſit ratio horum ſubſtitutorum, ad quos per pupillum hæreditas peruenit à teſtatore relicta, recte hoc loco dicit, quartam ei relinquendam eſſe, perinde atque ſi ita patris hæres extitiſſet. Sequitur, *Vt enim opes patris, & contributio legatorum.* Non puto in toto Iure ciuili obſcuriorem locum eſſe: in codice Norico ſic legitur, *Vt enim opus patris.* In vulgatis codicibus legitur, *Opes patris.* Et ſic legitur in Florentino, quæ lectio & mihi placet, quamuis huius loci lectio mihi ſuſpecta ſit. Videtur ænigma quoddam eſſe, præſertim iis qui non norunt genus ſcribendi, quo vtitur Papinianus, *Opes patris contributio.* Hæc verba ſic interpretor, quaſi occurrat obiectioni, quæ fieri poteſt ex ſuperiori capite, circa regulam veterum. His enim verbis oſtendit Papinianus regulam illam locum non habere cum plures ſunt ſubſtituti pupillo, ſed cum vnus tantum eſt ſubſtitutus. Nam cum plures ſunt ſubſtituti, & vnus eſt oneratus, alter non, in ſingulis hæredibus computatur Falcidia. l. in ſingulis. hic. Ergo neceſſe eſt, inquit, quod ſupra diximus circa regulam à veteribus traditam, non intelligi de duobus hęredibus ſubſtitutis in tabulis pupillaribus. *Opes patris.* Hoc eſt quod de opibus patris, ſed patrimonio patris, & de contributione legatorum in ſuperiori capite diximus: De vtroque enim locuti ſumus. *Inde.* Id eſt, ex regula veterum, in qua interpretanda nunc verſamur. *Opes patris.* Regula veterum, pertinet ad opes patris, id eſt, ad patrimonium patris, & legatorum contributionem, id ſupra explicauimus. Quæritur enim de opibus patris, ſi auctæ vel diminutæ ſint poſt mortem patris. de contributione legatorum diximus legata contribuenda tam in primis tabulis ab impubere relicta, quam in ſecundis à ſubſtituto. Et hæc omnia manant ex illa regula antiqua, & eius regulæ vſus in his cernitur. Ergo vt hoc verum eſt, inquit Iuriſconſultus, ita plures ſubſtituti, &c. *Ad intellectum Inſtitutionis.* Sicut hæc vera ſunt, inquit, quæ diximus de opibus paternis à contributione legatorum, quæ originem capiunt ex veterum regula ſi vnus tantum ſit ſubſtitutus, *Ita plures ſubſtitutis ſubducta perſona pupilli.* Hic inquit, non poteſt locum habere regula antiquorum, cum plures ſunt ſubſtituti pupillo, vt propoſitũ eſt in ſpecie, quã tractamus, id eſt, quamuis reuera hi duo hæredes. Titius & Seius inſtituti non ſint in primo gradu, ſed ſubſtituti pupillo, tamen reuocandi ſunt ad intellectum inſtitutionis, perinde eſt de illis iudicandum, ac ſi in primo gradu eſſent inſtituti. *Subducta perſona pupilli.* Quaſi pupillus inſtitutus non eſſet, in noſtra ſpecie eſt inſtitutus pupillus, ſed tamen hoc ita accipitur, ac ſi mentio pupilli non eſſet facta. Cõſtat ſi duo à patre fuiſſent hæredes inſtituti, & vnus fuiſſet legatis oneratus, potuiſſet Falcidiam detrahere: Ergo quod diximus in ſuperiori capite de legatorum contributione, & patrimonij diminutione, id tunc locum habet, cum vnus eſt ſubſtitutus, ad quẽ peruenit hæreditas. Tunc nulla ratio ſuadet, vt à regula veterum recedamus, ſed cum duo ſunt ſubſtituti, regulam illam ſine iniquitate non poſſumus ſeruare, quia ad duos peruenit hæreditas, ſeu patrimonium. Et ratio ſuadet, vt in ſingulis hęredibus habeatur ratio Falcidiæ, ne vnus eorum, qui

grauatus

grauatur eſt, fraudetur quadrante ſuo. Totus enim eſt exhauſtus. Eſt hæc Papiniani interpretatio in hoc loco. Sequitur, *Quid tamen dicemus de altero ſubſtituto?* Hic alia ſpecies proponitur, quæ ex ſuperioribus pendet. Teſtator habebat quadringenta in bonis, inſtituit pupillum hæredem, legauit ducenta ab eo: ſubſtituit Titium & forte etiam Seium, ſed Titium onerauit tantum & legauit ab eo centum. Sic hæc ſpecies multum differt à ſuperiori, in qua non fuerat oneratus pupillus, ſed vnus tantum ſubſtitutorũ. Hic ab vtroq; legatum eſt, à pupillo & ab altero ſubſtituto, & tamen legata per ſe non excedunt dodrantem, ſed ſimul iuncta excedunt. Ponimus ducenta legata eſſe à pupillo, ſi adeat hæreditatẽ paternam integra legata ſoluet, quia dodrantem hæreditatis non excedunt. Idem de ſubſtituto dicimus, ſi eius legata per ſe ſpectemus. Sed quæritur de coniunctione, id eſt, ſi legata quæ relicta ſunt à ſubſtituto, coniungantur cum ea parte legatorum, quæ à pupillo relicta ſunt, quæ ille pro rata hæreditatis in qua ſuccedit pupillo, debet ſoluere, an poſſit detrahere Falcidiam? Papinianus ait detrahere eum Falcidiam poſſe, propter contributionem: quia à ſubſtituto legata relicta contribuuntur cum legatis relictis ab inſtituto. Multa Papinianus hic interſerit diſputando, vt oſtendat probabiliter de eo fuiſſe dubitatum. Si igitur legata hæc contribuantur, excedent dodrantem, quia ducenta ab impubere ſunt legata, quadringenta in hæreditate erant, poſt mortem impuberis hæreditas peruenit ad ſubſtitutos: ad vnum quemque ducenta, id eſt ſemis hæreditatis. Semis illius ſubſtituti, de quo loquimur, omnino eſt oneratus legatis: poſuimus enim centum ab eo legata eſſe, quæ ſunt dimidia pars ſemiſſis ſui præterea ducenta legata ſunt ab impubere, cui ſuccedit, quorum legatorum partem quilibet ex ſubſtitutis debet ſoluere. Tantum igitur ab hoc ſubſtituto legatum reperitur, quanta eſt eius portio hæreditaria. Si per ſe ſpectarentur hæc legata, non eſſet locus Falcidiæ. *Et aliquid vltra dodrantem ſit.* Aliquid vltra dodrantem eſt in omnibus illis legatis confuſis ſubſtituti, à quo centum relicta ſunt, quia tantum ſemis hæreditatis ad eum ex ſubſtitutione peruenit, videlicet ducenta: Deinde legata à pupillo relicta pro dimidia parte ſoluere debet, videlicet centum, illi enim cũ hero in ſemiſſem ſuccedit. *Neque idem patitur inſtituti comparatio.* His verbis oſtendit Papinianus duplicem cauſam fuiſſe dubitationis: Primum enim quartam habet ſubſtitutus ille, de quo quærimus: Habet enim dimidiam partem hæreditatis, cuius dimidia tãtum pars ab eo relicta eſt. Ergo quartam habet etiam deductis legatis. Atque hoc quidem verum eſſet, ſi non confunderentur hæc legata, ſed propter veterum regulam confuſione facta, locus eſt Falcidiæ. Et quod ait de inſtituti comparatione, refertur ad id, quod diximus ſupra. Idem enim dixit eſſe iudicandum de his ſubſtitutis acſi inſtituti eſſent: Cõparantur enim inſtitutis, & ſi teſtator directe eos non inſtituerit. Hæc comparatio non patitur, vt quarta detrahatur, quia ſi inſtituto ſubſtitutum comparemus, ſubducta pupilli perſona, non eſſet locus Falcidiæ: Nã habebitur ratio totius aſſis, quod ſi fiat, hæc legata nõ excedent dodrantem totius aſſis. Comparatio igitur ſubſtitutionis, qua ſuprà vſi ſumus, non videtur pati deduci Falcidiam. *Quam quod vulgo probatum eſt.* Hoc refertur ad id, quod prius dixerat, de vulgari veterum regula. Vulgo dicitur in patria & filij tabulis vnam Falcidiam ſeruari. Secundum regulam antiquam, ſecundum hanc contributionẽ locus erit Falcidiæ. *Propter calculi confuſionem.* Oſtendit Papin. varietatem hic reperiri, in ſpecie hac & ſpecie præcedenti, quia in ſuperiori ſpecie ſubſtitutus pro inſtituto habetur, hic verò contra fit. Ratio eſt quia in ſuperiori ſpecie pupillus non erat grauatus legatis, ſed ſolus ſubſtitutus: At hic vterque grauatus eſt, & pupillus & ſubſtitutus. Ergo recte fit calculi confuſio. *Qui proprio nomine oneratus eſt.* In ſuperiore ſpecie poſuimus ſubſtitutum proprio tantum nomine oneratum fuiſſe, hoc eſt teſtatorem non oneraſſe pupillum, ſed vnum tantum ex ſubſtitutis. Hic vero pupillum onerat, cui ſucceditur ex ſubſtitutione. Ideoque non agitur de contributione legatorum in ſuperiori ſpecie, quia nihil à pupillo eſt relictum. Secundum veterum regulam cõtributio fit cum à pupillo & à ſubſtituto relictũ eſt. Quare in ea ſpecie nihil refert ſubſtitutum perinde haberi, ac ſi à patre inſtitutus eſſet. In hac poſteriori ſpecie ſubſtitutus reuera non eſt oneratus, legata enim ab eo relicta non excedunt dodrantẽ niſi conferantur cum legatis relictis à pupillo, ſed excedunt dodrantem eius partis, quam capit ex hæreditate, ſi coniungantur onera, quæ ſubit ob legata relicta ab impubere, cuius hæreditas pro parte ad eum peruenit ex ſubſtitutione. *Licet portio eius largiatur.* Id eſt, licet portio eius poſſit largiri, hoc eſt, portio quæ ipſius eſt ex hæreditate ſufficiat ad ſoluenda legata. *Hinc conſequens eſt.* Videndum eſt quod dicitur in l.1.§.interdum. ſupra. ſi à pupillo aliquid relictum ſit, & deinde etiam ab eo, qui illi pupillariter eſt ſubſtitutus, pupillus cogetur ſoluere legata à ſe relicta, ſi legatarij petant, ſed exacta cautione, quanto amplius quam per Falcidiam ceperit. Quia ſi forte decedat impubes, legata à ſubſtituto relicta nocebunt legatis, ita vt forte detrahenda ſit Falcidia. Et fit hæc cautio, quam exegerit pupillus à legatariis, proſit etiam duob. ſubſtitutis, pro qua parte quiſque ad hæreditatem peruenit.

Hiſce, quæ ſuperiori loco à nobis tractata ſunt, adfinis locus eſt is, quem nunc explicaturi ſumus: Quibus ex cauſis Falcidia ceſſet. Hic locus latiſſime patet, nos capita tãtum rerum atque genus & omnes cauſas, ob quas ceſſet Falcidia, ad quinque præcipuos locos referemus. Cum enim quæritur, quibus ex cauſis lex Falcidia ceſſet, dicendum eſt ceſſare vel ob perſonas teſtatorum, vel ob rem legatam, vel ob perſonã legatarij, vel ob voluntatem teſtatoris, vel ob culpam heredis. Ad hæc quinque genera referenda ſunt omnia, quæcunque ſub hoc titul. & Cod. eodem tractantur. Prima cauſa eſt, propter perſonam teſtatoris. Huius rei exemplum eſt in milite. in l.7. Cod. eod. Militibus in teſtamentis multa iura ſingularia. multa priuilegia tribuuntur, de quibus tot. tit. De milit. teſtam. Inter hæc ſingularia etiam hoc eſt de quo nunc loquimur, quod in militis teſtamento ceſſet Falcidia. Ob fauorem militum conſtitutum eſt, vt ſola eorum voluntas ſpectetur in teſtamentis. dict. leg. Diuus Traianus, de milita. teſtamen. Ergo Falcidia ceſſabit in teſtamento militis. Falcidia enim detrahitur contra voluntatem teſtatoris. Nouel. 1. de hæred. & Falcid. Cum ergo ſola voluntas teſtatoris ſpectetur in teſtamẽto militis, ceſſat Falcidia in militum teſtamentis. Hinc multæ quæſtiones naſcuntur, quæ in variis capitibus huius tituli tractantur, l. ſi poſt miſſionem. 17. l. ad veterani. 40. l. ſi miles. 92. leg. vltim. Si miles poſt miſſionem teſtamentum fecerit, ſi veteranus ſit, qui deſierit eſſe miles. Ita enim demum hoc priuilegium militi conceditur, ſi militiæ tempore teſtamentum fecerit, vel intra annum poſt miſſione. De veteranis quæſtio eſt dict. l. ad veterani. 40. ſupra. Secunda cauſa eſt, quod propter rem legatam interdum ceſſet Falcidia. Exempla huius rei varia ſunt, veluti cum dos legatur vxori à marito. l. ſed vſusfructus. Maritus dotem, quam ab vxore accepit, vxori legat in teſtamento, lex Falcidia locum in eã non habebit, quia mulier rem ſuam accipere videtur.

Digitized by Google

Neceſſario enim ei fuiſſet reddenda dos, etſi vxori prælegata non fuiſſet. Idem dicendum eſt de his rebus, quæ vxoris cauſa emptæ & paratæ ſunt à marito: ſi ita legauit maritus, Quæ vxoris meæ cauſa emi, paraui, idem do, lego, non habebit in iis locum Falcidia: quia alias ad mulierem tranſirent, etſi ei nihil legaſset ex illis. *Nominatim ipſa lege Falcidia expreſſum eſt.* Hoc adiecit, vt occurreret obiectioni, poſſet enim obiici: in donationibus, quæ cauſa mortis fiunt, locum habet Falcidia, cur ergo locum non habet in his quæ vxoris cauſa empta, parata ſunt? Subiecit igitur, quod nominatim hac lege Falcidia expreſſum fuerit. Hunc locum ſupra adduxi, vt oſtenderem, alia capita fuiſſe huius legis, quàm quæ expreſſa ſunt à Paulo in leg. 1. ſuper titul. Eoque pertinet quod dicitur in l. cum dotem. 57. Nihil refert an maritus vxori leget dotem, an alij qui vxori dotem reſtituat. Capientis enim perſona inſpicitur, non interpoſiti. Ille, cui legatum eſt propter mulierem, interpoſita perſona eſt. Simile in leg. ſi prædiorum. 15. Cod. eodem. Vxor dedit dotem marito, & pacta eſt, vt maritus dotem lucretur ſoluto matrimonio. Mulier teſtamento facto, iuſſit dotis inſtrumenta marito reddi, quia intelligebat maritum retinere dotem poſt mortem. Ex hoc legato non deducetur Falcidia, quia propter dotem alias debebantur inſtrumenta. Et idem de ſimilibus inſtrumentis dicendum eſt, vt quoties legentur prædia ei cuius prædia ſunt, Falcidiam locum non habere: alias vero inſtrumenta in Falcidiam venient. Exemplum de talibus inſtrumentis videre licet in tabellionibus noſtri temporis, quæ protocolla vocant. Ea enim tabelliones in patrimoniis habent, & de his diſponunt teſtamento: hinc deducetur ex illis Falcidia. Hic autem vxor mandauerat marito dari inſtrumenta dotis, quam maritus lucrabatur, & quæ ſine dote erant inutilia. Aliud exẽplum eſt de libertate legata in leg. Papin. 8. §. quarta. de inoff. teſtam. ff. Falcidia nõ minuit libertates: libertas enim legata æſtimationem non recipit, & differt à legato pecuniario. Aliud exẽplum eſt de legitima, quę debetur filiis in l. ſcimus. 36. C. de inoffic. teſtam. Si vel triens, vel ſemis, vel alia portio, quæ liberis legitima eſt, legata ſit, de qua Iuſtinianus in Nouel. de triente vel ſemiſſe. Iure naturę etiam dicitur debere liberis illa legitima, vt eis auferri omnino non poſſit. Ideoque cum pater eis legat hanc legitimam, nullum onus ei adiicere debet, cum ex lege magis, quam iudicio teſtatoris accipere debeant. Quare Falcidia in illis ceſſare dicitur, ne per eam minuantur. Aliud exemplum eſt in rebus, quarum alienatio eſt prohibita, vt ſeruentur in familia legatarij. in leg. filiusfamil. 114. §. Diui. de legat. 1. Ex hoc enim legato non detrahitur Falcidia, ne hac ipſa ratione alienatio committatur, arg. §. ſi quando. Nouel. ſponſ. largi. Quia cum teſtator vetuerit alienari, intelligitur etiam vetita eſſe detractio: quoniã pro parte alienaretur per detractionem. Supra monui, cum legi Falcidiæ locus eſt, communionem quandam rerum legatarum induci inter hæredem & legatarium. Res quæ ſolius legatarij fuiſſent, pro indiuiſo fiunt pro parte hæredis. Hoc alienare quodammodo eſt. Quæritur de alimentis relictis, an deducatur Falcidia? Magnus eſt fauor alimentorum, & ideo recte dubitatur. Sed hodie certi iuris eſt, legem Falcidiam ad alimenta quoque pertinere. leg. Diui. 89. ſup. *Et vt idoneis hominibus collocetur ea pecunia.* Emendandus eſt hic locus, & legendum eſt, *Nominibus.* Idonea nomina pro bonis nominibus accipimus. in leg. 1. ad Macedo. Tertia cauſa eſt, propter quam ceſſat Falcidia. Perſona legatariorum in hac quæſtione ſpectatur, cui legatum ſit. Propter eum enim cui legatum eſt, ceſſat interdum Falcidia. Exemplum eſt in l. ſi quis ad declinãdũ. 37. C. de epiſcop. & cler. Vt ſi quis pauperibus vel captiuis legauerit, non detrahetur Falcidia. Idẽ à Iuſtiniano cõſtitutum eſt in Nouel. 131. de eccleſ. canon. §. ſi quis in nomine. & §. ſi autem hæres. Quibus cõſtitutionib. ius antiquum, quod in hunc titulum relatum eſt, colligitur, in l. 1. §. ad municipium, ſupra. *Vel etiam ea quæ Deo relinquuntur.* Paulus diſerte hic ait, Falcidiam ad ea pertinere, quæ Deo relinquuntur. Iuſtinianus in ſupradictis locis, & Nouel. valere quidem Deo relictum legatum, ſed Falcidiam non interuenire ait. Iuſtinianus interpretatur legatum Deo relictum pauperibus, ad alendos pauperes & miniſtros eccleſiæ.

Ergo emendatum eſt hoc ius Nouella Iuſtiniani: quin ea potuerit emendare, nulla eſt dubitatio, & de hoc inter omnes conuenit. Maior dubitatio eſt dict. l. ſi quis ad declinandum. Non enim videtur quibuſdam fatendum eſſe, ius antiquum ea conſtitutione emendari, ne hac ratione fateri videantur pugnantia eſſe in libris Iuſtiniani. Sed meminiſſe debemus, quod in hac ſchola ſæpe dixi, & ſæpe repetendum eſt, diſtinguendas eſſe conſtitutiones, quæ in Codice repetiontur. Nam quædam ex illis compoſitæ ſunt, cum primum compoſitus eſt Codex, & hę inter ſe pugnantes dici non debent, nec contrariæ iuri quod in Pandectas relatum eſt. Additæ vero ſunt aliæ conſtitutiones, poſt primam editionem & compoſitionem Pandectarum, quibus antiquum ius emendatur, tam quod in Codicem, quam quod in Pandectas relatum eſt. Huiuſmodi ſunt eæ, quæ ſunt editæ Lampadio, & Oreſte Coſſ. Ex quibus eſt & hæc lex, ſi quis ad declinandum. Tametſi enim deſideretur eius ſubſcriptio in noſtris codicibus, tamen ex inſcriptione ſatis eſt manifeſtum, eam poſt Conſulatum Lampadij & Oreſtis editam eſſe: ſcripta enim eſt ad Ioannem præfectum prætorio. Et ex catalogo, & aliis argumentis certo cognoſcimus, Ioannem præfectura functum poſt Conſulatum Lampadij. Hocque ex legibus ſub eodem titul. Codic. de epiſc. & cler. facile colligi poteſt. Paulus igitur ait legem Falcidiam pertinere ad ea, quæ Deo relinquuntur. Fauore enim non magno veteres hæc legata digna eſſe putabant, quaſi Deus non indigeret opibus. Hinc videmus apud Vlpian. in fragm. titul. qui hæredes, conſtringi libertatem inſtituẽdi Deos. Chriſtiani vero Principes, cum viderent opes eſſe neceſſarias in eccleſia, ad alendos pauperes, & miniſtros eccleſiæ, putauerunt hæc legata fauore digna eſſe. Epiſcoporum enim cura olim præcipua erat, alere pauperes. leg. 1. Codic. de epiſc. audi. Quæritur quid ſi Principi fuerit legatum, an interueniat Falcidia? leg. 4. Cod. eo. Vbi dicitur: ſi quid legatum fuerit Principi, poſſe hæredem Falcidiam deducere. Hic notandum eſt, Principem iure communi vti, niſi quid ſingulari iure exceptum fuerit. Licet enim Princeps ſolutus ſit legib. tamen nihil tam proprium eſt imperij, quam legibus viuere l. ex imperfecto. Cod. de teſtam. Quod reſcriptum eiuſdem autoris eſt, Alexandri nimirum, qui optimus & iuſtiſſimus princeps fuit. Quæritur de patre. Pietas non videtur permittere vt Falcidia ex eo, quod relictum eſt, deducatur: Sed tamen dicitur, Falcidiam ad id quoque pertinere. l. ſi filiusfam. 18. ſuper. tit. Quarta cauſa, ob quam ceſſet Falcidia, eſt voluntas teſtatoris, ſi teſtator expreſſe prohibuerit, ne Falcidia detrahatur. ſeruanda eſt hæc voluntas. Iuſtinianus in Nouel. 1. §. hinc nos. de hæred. & Falcid. Hac conſtitutione ius antiquum abrogatum eſt. Nam ſecundum ius Pandectarum, teſtator non poteſt prohibere Falcidiam, leg. pater filiam. 14. §. auia. & in l. quod de bonis. § 1. ſup. tit. Vbi affertur ratio, quia ad ius publicum pertineat Falcidia. Ius publicum priuatorum cautionibus

nibus mutari non poteſt. Ad ius publicum ideo creditur pertinere Falcidia, quia ad teſtamentorum conſeruationem pertinet. Intelligebant veteres, ſæpe euerti teſtamenta, ſi non adirentur hæreditates, quod fieri ſolebat ſi exhauſtæ eſſent legatis. Ideoque receptum fuit inter iuris auctores, ne cautione aliqua hoc ius interuerti poſſet. Quia vero teſtatores eo tempore plerumque aliquid ſolebant comminiſci in fraudem huius legis, putauerunt eam ad ius publicum referendam eſſe, ne in cam hominum conuentionibus committi poſſet. Hinc multæ natæ ſunt quæſtiones, in quibus quæritur de voluntate teſtatoris, quæ omnes eo pertinent, vt teſtator non poſſit prohibere Falcidiam, nec directo nec indirecto. Hoc annotare paucis ſatis eſt: ius enim antiquum abrogatum eſt, cuius mentio fit in d.l.pater filiā.14.leg. quod de bonis. l. Seius & Argenus. l.ſi in teſtamento, ſuprà 64.& l.ſi vt allegat.l.per. C.eo. Nouel.1. Iuſtinianus magis ad voluntatē teſtatoris reſpexit, nec putauit temere teſtatorem prohibiturum eſſe, ne hæres Falcidiam detrahat, ne hac ratione teſtamentum ſuum corruat.

Quinta cauſa eſt, ob factum, aut culpam hæredis. Exempla hic ſubiiciemus, vnum eſt in l.Paulus reſpondit.24.ſuprà. Si res hæreditarias hæres ſubtraxerit. Hoc longius produxerunt, vt locum haberet, ſi falſo negauerit rem eſſe hæreditariam. l. 68.§.vlt. Genus enim ſubtractionis eſt, qui rem ſuam eſſe contendit, non hæreditariam. Idem & hodie dicendum eſt, ex conſtitutione Iuſtiniani, ſi hæres inuentarium non fecerit. Hócque diligenter eſt notandum. dicta Nouel. 1. de hæred. & Falcid.§.hinc nos. Tum demum enim poteſt Falcidiam detrahere hæres, ſi inuentarium publice deſcribi curauerit. Si inuentario non deſcripto adierit hæreditatem, tenetur etiam ſupra vires patrimonij ad integra legata, nec quicquam imputabit in Falcidiam. Hinc videmus detractionem Falcidiæ hodie non valde vſitatam eſſe, quia omittitur inuentarium. Iuſtinianus autem hoc ſtatuit, vt occurreret incommodis ſui temporis, nè hæres ſubtraheret res hæreditarias.

Aliud exemplum, cum ceſſat Falcidia ob factum hæredis. Cum ab hærede fideicommiſſum eſt relictum in fraudem legis, vt reſtituat incapaci, tunc priuatur beneficio legis Falcidiæ. in leg. beneficio.59. Si vel ei, qui capax non eſt, velit aliquid relinquere, vel peregrino, qui item nihil poteſt ex teſtamento capere. §.1.de fideicommiſſ. hæredit. Theophil. Inſtit. Hoc caſu ſi hæres tacite accommodat fidem teſtatori in fraudem legis, habetur indignus beneficio legis Falcidiæ. Simile eſt in leg. ſi tacitum.13. ſupra. Et quod ita aufertur tanquam indignis, acquiritur fiſco. leg. hęres. 11. de his quibus vt indign. Aliud exemplum, cum hæres obligat ſe ad ſoluenda integra legata. l. qui quod 46. Hæres qui poterat deducere Falcidiam, quia legata excedebant dodrantem, ſecutus voluntatem teſtatoris, ita ſpopondit, ſe daturum legatariis integra legata. Non improbatur talis hæredis voluntas, qui plenam fidem teſtatoris ſecutus, legata integra ſoluat, quæ dodrantem excedunt, modo error, aut iuſta ignorantia non interueniat. leg. t.l. error. Codic. eodem, in leg. poteſt hæres. Hæres vendidit delatam ſibi hæreditatem, & cauit vt ſolida legata præſtarentur, interueniente Falcidia: Lex enim hæredis cauſa lata eſt. Poteſt igitur hoc ius, quod ſi competit, pactione reſignare. non enim fraus ei fit, qui ſponte ius ſuum amittit. Simile in leg. vltim. Cod. eod. Si ſolueret hæres integra legata, omiſſa Falcidia, non videretur plus debito ſolutum eſſe. l.1.C.eo. Sed quid ſi non ſoluerit, ſed cauerit tantum ſe ſoluturum integra legata? Idem, inquit, dicendum eſt de cautione, quod de ſolutione, ſiue ſoluerit, ſiue cauerit. His exemplis edocti, iudicare poterimus, quando ob culpam hæredis lex Falcidia ceſſet. Poſtremus locus eſt de officio Iudicis, ſeu arbitri in hoc iudicio, qui locus pertinet ad tit. ſequent.

Digitized by Google

FRANCISCI DVARENI
IVRECONSVLTI IN LIB. XXXVII. PANDECT. METHODICA TRACTATIO.

In tit. De bonorum poſſeſſionibus.

CAP. I.

BONORVM poſſeſſio, eſt ſucceſſio quædam prætoria. quos enim prætor vocat ad ſucceſſionem defuncti alicuius, bonorum poſſeſſionem dare dicitur: eſtque vocabulum vſitatum apud veteres. Cicero lib. 7. epiſt. ad Trebat. Valerius lib. 7. cap. 7. Ac tametſi verba ea quibus componitur, apprehenſionem & detentionem rerum ſignificent, tamen hic bonorum poſſeſſio non pro illa detentione accipitur, ſed pro quadam poſſeſſione iuris, vt Vlpianus ait in l. 3. de bonorum poſſeſſione. Prætor autem hanc bonorum poſſeſſionem dat aliquando emendandi veteris iuris gratia: vt cum dat bonorum poſſeſſionem, vnde liberi, filiis emancipatis: aliquando confirmat ius ciuile, vt in bonorum poſſeſſione vnde legitimi. §. 1. in Inſtit. de bonorum poſſeſſio. Sed cur hæc ſucceſſio hæreditas non dicitur, cum hæreditatis definitio huic conuenire videatur? l. nihil aliud. infrà de verborum ſignification. Reſpondeo, hæredem prætorem facere non poſſe eum, cui iure ciuili hæreditas non defertur, ne contra leges aperte quid faciat. l. cum ſponſus. §. ſi res talis. ſuprà de publiciana in rem actio. §. quos autem. in Inſtit. de bonorum poſſeſ. Nam ſi paulo altius prætoriam poteſtatem & auctoritatem repetamus, conſtat iuris dicendi cauſa prætorem Romę conſtitutum fuiſſe l. 2. de origin. iuris. nec vllam vnquam ſupra leges auctoritatem ei conceſſam fuiſſe. dict. leg. cum ſponſus. & l. 3. ex quibus cauſis maior. Cum dicimus iuris dicendi cauſa, ſic accipimus, vt non modo iuriſdictionem, id eſt, iuris dandi poteſtatem habuiſſe intelligatur, ſed etiam imperium ei iuriſdictioni commixtum: cuiuſmodi eſt quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, l. imperium. ſuprà de iuriſdictio. In cautione interponenda, l. iubere caueri eodem, & l. 5. de verborum obligation. & aliis id genus, de quibus alias diſſeremus. Edicta autem proponebant, quibus admonebatur populus de quibus rebus eſſent ius dicturi. dict. lege. 2. de origin. iuris. Complectebantur his edictis quicquid fere vſu & moribus magis quam certo iure comprehenſum erat, vt reſtatur Cicer. lib. 2 de inuention. plerunque iuris ciuilis aſperitatem temperabant atque emendabant, leg. ius autem. de iuſtit. & iure. ex qua emendatione plerunque ſequebatur iuris ciuilis abrogatio & antiquatio: adeo probabantur populo ea edicta, propter ſummam æquitatem & vtilitatem eorum. Vnde dicitur, eos qui honores ſine magiſtratus gerunt, iuri prætorio auctoritatem dediſſe, atque ideo honorarium appellatum. §. prætorum. Inſtitut. de iure natur. gent. & ciuil. Et quamuis appellatione Iuris Romani, vel ciuilis. lex populi Romani tantum proprie ſignificetur, quæ ideo ipſum ius per emphaſin dicitur: tamen quia paulatim propter vtilitatem receptum eſt hoc ius prætorium, ius etiam dici cœpit. dict. leg. ius autem. Prætor igitur à Cicero. recte dicitur, Cuſtos iuris ciuilis, 3. de Legibus. *Iuris diſceptator, qui priuata iudicet, iudicaréve iubeat, prætor eſto, iuris ciuilis cuſtos.* Non enim credendum eſt ea verba fuiſſe 12. Tabular. cum prætores longo tempore poſt has leges Romæ creati fuerint, vt docuimus ex l. 2. de origin. iuris. Illud inficiari nemo poteſt, Imperatorum tempore multum decreuiſſe prætorum auctoritatem, ac maieſtatem, l. ſi apud. Cod. de appellat. ac iuris condendi auctoritatem Imper. nulli fere magiſtratui permittere ſolitos fuiſſe, leg. 2. Codic. de offic. præf. præt. leg. vltim. Cod. de legibus. Quare tametſi edicta aliqua proponerent, l. ſi quis id quod. de iuriſdict. legum ſtatuendarum cauſa tamen nihil inſtituebant quod iuri aduerſaretur, dict. l. 2. Ex iam dictis ſatis perſpici poteſt quomodo ſit accipiendum quod Iuſtinianus ait, Quos ſolus prætor vocat ad ſucceſſionem, hæredes non fiunt, §. quos autem. Inſtit. de bonorum poſſeſſin. Dicimus enim ipſum ius ἐμφατικῶς ius ciuile legémque publicam dici, & ius prætorium non niſi latiore ſignificatione ius appellari, §. non autem. de perpet. & temp. action. quia iuris faciendi poteſtas penes populum aut principem fuit: atque hinc fit, vt hi, quos ſolus prætor vocat, dicantur loco hæredũ eſſe à Iuriſconſultis, & haberi pro hæredibus, l. prætor. 117. de reg. iuris, l. hæreditatis. de verb. ſign. leg. vnica, de poſſeſ. hæredit, vnde nec actiones eis directæ, nec in eos dantur, vt ait Theophil. dict. §. quos autem. ſcilicet vtiles tantum quas Vlpian. in reliquis tit. de bonorũ poſſeſ. vocat fictitias, quod bonorum poſſeſſores hæredes finguntur eſſe. Hæc autem ſunt accipienda de his quos ſolus prætor vocat, vt Iuſtinianus ait §. quos autem. cuiuſmodi ſunt liberi emancipati. nam qui vocantur vtroque iure, ciuili ſcilicet & prætorio velut agnati & ſcripti hæredes, ipſo iure hæredes fiunt: item quibus lex aliqua, aut Senatuſconſ. aut conſtitutio, bonorum poſſeſſionem dari ſpecialiter iubet. l. 2. & 3. ff. vnde legit. §. 7. Inſtit. de bonor. poſſeſ.

Definitio Vlpiani.

CAP. II.

VLpianus ita definit bonorum poſſeſ. l. 3 ff. de bonorum poſſeſ. *Ius perſequendi retinendique patrimonij, quod cuiuſque cum moreretur fuit.* Ad quam definitionem ſubuertendam calumnioſis argumentationibus nonnulli vtuntur. Vide Alciat. lib. παρέργων 4. c. 7. Sed mihi plana & aperta ſatis eſſe videtur, ſi quis modo conſideret Vlpianum ſpectaſſe vim & poteſtatem quæ huic bonorum poſſeſ. attribuitur. hæc enim ſucceſſio pro hæreditate habetur: adeo vt bonorum poſſeſ. & hæreditatis plerunq; confundentur. l. vltim. hic. l. hæredi-

l.hæreditatis. de verborum ſignific. Proinda non eſt mirum ita definitam eſſe bonorum poſſeſ. vt ea definitio hæreditati quoque conueniat. Quod dicitur in ea definitione, *perſequendi, retinendive dominii, &c.* ſic accipe, vti is cui datur bonorum poſſeſſio, ſi rerum poſſeſſor eas retineat, alias experiri poſſit vel quorum bonorum interdicto, vel petitione hæreditatis, quod ſi nullæ ſint res hæreditariæ, nihilominus bonorum poſſeſſor & hæres recte dicitur. l. 3. de bonorum poſſeſ. & l. hæreditas. de petit. hæredit.

De diuiſione bonorum poſſeſſionis.

CAP. III.

QVædam bonorum poſſeſſio tantum competit facto teſtamento, vt bonorum poſſeſ. ſecundum tabulas, aut contra tabulas: quædam non facto teſtamento, vt vnde liberi, vnde legitimi, in Inſtit. de bonorum poſſeſ. accedunt & aliæ diuiſiones ex Paulo, l. ſed cum patrono. de bon. poſſeſ. veluti quæ competunt contra voluntatem defunctorum, aliæ ſecundum voluntatem. Item quædam dantur legum tuendarum cauſa, aliæ emendandarum, &c. Cæteras diuiſiones ſuis locis docebimus.

De perſonis quæ bonorum poſſeſſionem petunt.

CAP. IV.

NOn tantum ſingulares perſonæ, ſed & municipia & ſocietates bonorũ poſſeſ. agnoſcere poſſunt. l. 3 §. à municipibus. de bonorũ poſſeſ. Nã municipiis hodie hæreditates deferuntur: nec ſeruatur illud ius antiquum, de quo meminit Plinius lib. 5. epiſt. ad Caluiſium. His autem qui prohibentur capere hæreditatem, non datur bonorum poſſeſ. leg. non eſt ambigendum. ff. eo. cuiuſmodi ſunt rei capitalis damnati, l. edicto, hic. Alia eſt cauſa eorum qui iure ciuili non vocantur ad hæreditatem, veluti emancipatus, l. ſed cum patrono. Nam aliud eſt prohibera alicui, rapere hæreditatem, aliud non vocare ad hæreditatem, §. 2. Inſtit. de bonorum poſſeſ. Filiusfa. bonorum poſſeſſionem ſibi delatam agnoſcit, nec neceſſarius eſt iuſſus patris, quamouis ita demum acquiratur, ſi conſentiat, l. 2. in aditione vero hæreditatis præcedere iuſſum oportet, l. ſi quis mihi bona. §. iuſſus. de acquir. hæred. Subtilitates veteris iuris, quæ nullam videbantur habere vtilitatem, facile contempſerunt prætores in bonorum poſſeſ. dandis, quorum officium erat, ius ciuile cum aliquo temperamento ſubſequi, vt ſupra diximus. Idem & à ſenatu factum intelligimus, l. ſeruo. §. 1. ad Trebel. Aduentitiam ſane ſucceſ. filiusfamil. amplectitur, etſi pater omnino diſſentiat, vt conſtitutionibus expreſſum eſt, l. vlti. C. de bonis quę liber. Infantis nomine tutor bonorum poſſeſ. recte agnoſcit, eáque per tutorem agnita tranſit ad hæredes infantis, leg. 3. hic. l. 2. §. ſed ſi infanti. ad Trebel. & l. ſi infanti. C. de iure deliber. Pater etiam filij nomine recte agnoſcere poteſt, l. 1. & 3. Pupilli nomine, qui infantiæ annos exceſſit, tutor bonorum poſſeſ. agnoſcit, non pupillus, niſi tutoris auctoritas accedat, l. bonorum. hic. l. ſi vnus. l. tutor. l. ſi pupillo. ff. eo. Quamuis enim in adeunda hæreditate, ſecundum ius ciuile requiratur actus & conſenſus pupilli cum auctoritate tutoris, leg. potuit. C. de iure deliber. tamen vtilius & æquius viſum eſt prætoribus totum hoc negotium committere tutori, cuius conſilio pupillus regi dicitur. Mutus, ſurdus, cæcus, bonorum poſſeſ. admittere poſſunt, ſi quod agatur intelligant, l. vltim. de bon. poſſeſ. furioſo, infanti. hic. ſi vero non intelligant quod agatur, datur eis curator, qui bonorum poſſeſ. admittit, l. ſeruo inuito. §. ſi pupillo ad Treb. & in Inſt. de curat. Furioſi curator agnoſcit bonor. poſſeſ. l. 2. tit. 3. l. 2. §. ſi quis ex liberis. ad Tertul. Agnoſcere etiam poteſt furioſus per ſeruum aut filium quem in poteſtate habet, l. Antiſtius. de acquir. hæred. Sed tota hæc acquirendi ratio planiſſime continetur Iuſtiniani conſtitutione. C. de curat. furioſi, quæ Lampadio & Oreſte coſſ. edita eſt, & ius antiquum etiam ſuper his ſoluit, l. vlti.

Quomodo accipiatur bonorum poſſeſſio.

CAP. V.

ANte tempora Conſtantini adibatur prætor, à quo petebatur bonorum poſſeſ. erátque hęc petitio neceſſaria, niſi prætor vltro non petenti daret eam, l. ſeruus. ff. eod. hodie petitio neceſſaria non eſt, ſed adire prætorem aut alium iudicem ſufficit & teſtari apud eum ſe velle bonorum poſſeſ. admittere, l. vltim. hic. §. vlt. in Inſtit. eo. l. vlt. Cod. de curat. furio. Quod diximus bonorum poſſeſſionem à prætore non eſſe petendam, ſic accipiendum eſt, niſi ſit ex numero earum quæ decretum & cauſæ cognitionem deſiderant. illæque decretales à iuris auctoribus dicuntur. l. 3. §. ſi cauſa. ff. eo. Dubium enim non eſt quin cauſæ cognitio fuerit neceſſaria in quibuſdam bonorum poſſeſ. dandis. l. 2. ff. quis ordo in bono. Exemplum eſt in Carboniana bonorum poſſeſ. & ea quæ ventri datur, l. 3. ff. de Carboniano edicti. l. 3. § ſi ea. de ventre in poſſeſ. mitt. nam in his agitur de poſſeſ. in alium transferenda. Nec verbo tenus datur bonorum poſſeſ. cæterę dantur ſine re, vt verbis vtar Vlpiani in fragment. Inſtit. Huiuſmodi bonorum poſſeſſio fuit quæ datur furioſo, l. 2. §. ſi quis ex liberis ad Tertullia. ante conſtitutionem Iuſtiniani. l. vlt. C. de curat. furioſi. item ea quæ datur infanti tutorem non habenti, l. ſi infanti. de iure deliber. Et hæ bonorum poſſeſ. repudiari non poſſe dicuntur. Nam ante decretum repudiari non poſſunt, quia nondum ſunt delatæ: poſt decretum verò ſera eſt repudiatio, leg. 1. §. decretalis. de ſucceſ. edict. de his etiam videtur accipiendum quod dicitur, plerunque contra fiſcum pleroſque admitti. l. non eſt ambigendum. ff. de bonorum poſſeſ. de his ſiquidem fruſtra quæreretur, quas petenti cuiuis prætor dat ſine cauſæ cognitione. Aliæ bonorum poſſeſſiones, quæ ex ſolo prætoris edicto pendent, nec decretum requirunt, edictales dicuntur. l. cùm quidam §. quod dicitur. de acquir. hæred. l. 1. ſi tabulæ teſtam. nullæ ext.

De tempore.

CAP. VI.

AD cognoſcendam bonorum poſſeſſionem liberis parentibúſque annus datur, cæteris centum dies, l. 2. & 4. hic. & l. 1. §. largius, de ſucceſ. edict. hoc tempore elapſo excluduntur à bonorum poſſeſ. niſi vocentur alio capite edicti: nam excluſi à bonorum poſſeſ. vnde legitimi, poſſunt petere vnde cognati, & §. ſed videndum. de ſucceſ. edict. Incipit autem hoc tempus currere ſecundum edictum ſucceſſorium, ex quo delata eſt bonorum poſſeſ. Itaque quandiu primi ordinis ſucceſſores admitti poſſunt, cæteri non admittuntur, curritque tempus poſt cẽtum dies qui primum dantur, vel poſt repudiationem eorum, ſi ante finitum illud tempus repudiarint, §. pen. Inſtit. de bonor. poſſeſ. Quod ſi ſecundus intra centum dies ſtatutos primo agnouerit, & poſtea contigerit primum excludi, huiuſmodi agnitio eandem vim habebit, ac ſi ſuo tempore & curriculo agnouiſſet. Sic enim exiſtimo Conſtantinum ſenſiſſe, cuius verba eſſent clariora, ſi proprie loqui quam durioribus tranſlationibus vti maluiſſet. Porro hoc tempus vtile eſt, nec currit ignoranti, l. 2. hic. & §. vlt. in Inſtit. eo. Atque ideo plerunque contingit, vt qui excluſus eſt ab adeunda hęreditate iuri ciuili, lapſu temporis legitimi quod continuum eſt, & ſi is poſſit nihilominus bo. poſ. agnoſce-

Digitized by Google

re,l.licet.Cod.de iure deliber. Hinc conſequitur, eum non excludi tempore, cuius negligentia argui non poteſt.l.pen.hic.& l.cum quidam.ff.eo.Ignoranti ſane non nocet ſcientia alterius, l.4.de iuris & facti ignor. pręterquam in exceptis caſibus, vt puta ſi filiusfa.ſibi delatam hęreditatem non agnouerit intra tempus ſtatutum,l.1.hic.De tutore & curatore quęritur hic,& arbitror tutore diem cedere,l.ſeruus.§.vlt.quamuis aliud dicendum ſit de curatore furioſi. l. 1. tit.3. l. 2.§.ſi quis ex liberis.ad Tertul. ſciente vero patre dies quidem cedit.dict.leg.ſeruus.§.vlt.ſed non ita vt pupillus excludatur, dict.leg.2.& 3.l.circa. quis ord. in bon.poſſ. ſeru. Nocebit ergo patri lapſus diei, ſi forte hęreditas ei acquiri debuerit. Quod diximus de ignorantia,id de ignorantia facti non iuris accipiendum eſt, nam iuris ignorantia neminem excuſat: in compendiis ne fœminas quidem,l.quandiu.& l.iuris.& l.quicunque. hic.l. in bonorum.ff.eodem. Exempla peti poſſunt ex cap.1. de iuris & facti ignor. quod deſumptum eſt ex hoc tractatu,vt inſcriptio indicat.

De effectu bonorum poſſeßionis.

CAP. VII.

AGnita poſſeſſione bonorum, omnia commoda & incommoda transferuntur in bonorum poſſeſſorem, perinde ac ſi hæres eſſet, l.2.& 3.ff.eod.ſic enim bona hic accipimus, propter ſubiectam materiam,quę de hęreditate eſt,l.bonorum appell.de verb. ſign. l. cogi, ad Trebel.licet hoc verbum aliter accipi ſoleat,l.mulier bona.de iure dot.l.ſubſignatum.§.prope.de verb.ſign. l. eum emancipati. §. illud.de colat. bono.l.ſi quis ſeruum.§.vlt. cum l. ſequen.de legat.2. Actiones autem quæ dantur bonorum poſſeſſori,& in poſſeſſorem, vtiles ſunt non directæ,quia hæres nõ eſt,ſed hæredis loco habetur.§. quos autem.Quid igitur ſi pupillo tutor bonorum poſſ.petierit,quę plus incommodi quam commodi habeat? Et verius eſt tutorem iudicio tutelæ teneri,l. ſi pupillo.ff.eo.Præterea bonorum poſſeſſio agnita tranſmittitur ad hæredem: ante agnitionem vero non tranſmittitur, l.34.hic.l.3. §.acquirere. ff. eo.idque exemplo hæreditatis quæ defertur iure ciuili.§.10 nouiſſimo. C.de caduc.tollend. De ratione huius iuris vulgo diſputari ſolet, extantque variæ ſcriptorum opiniones apud Alciatum lib. παρέργων. 4. capit. 5. ſed hi non ſatis perpendiſſe videntur, quam multa à veteribus conſtituta ſunt ærarij locupletandi gratia, quamuis priuatis incommodum adferrent. Qua de re ſub titul. de caduc. tollend.dicturi ſumus,ac ſimul totum hunc tractatum ſumus explicaturi.

AD. TIT.

QVANDO NON PETENTIVM PARTES PETENTIBVS Accreſcant. Cod.

INter effectus agnitæ bonorum poſſeſſ. hic enumeratur, quod ſi pluribus delata ſit bonorum poſſeſ. & vnus agnouerit pro parte ſua,portio ab alio omiſſa, ipſi accreſcit, idque ipſo iure,vt nulla ſit opus bonorum poſ.agnitione,l.2.§.vlt.& ll.ſeq. ff. de bono. poſſeſ & Gordianus noſter hic oſtendit edicto prætoris id expreſſum fuiſſe. Si tamen patronos agnouerit bonorum poſſeſſio. contra tabulas liberti pro dimidia parte quam Prætor ei pollicetur,hærede ſcripto omittente,hanc partem omiſſam non aliter acquirit,quàm bonorum poſſeſ. denuo petita ſit, nec vllum ius adcreſcendi hic eſt,l.ſi non patrono. ff. de bono.poſſeſ. nam alias portio deficiens adcreſcit ipſo etiam inuito. l. cum ex duobus. de acquiren.hæred.Quod autem ait, *ceßante legitima ſucceßione*, ſic accipiendum puto,vt non tantum inter eos quibus legibus & iure ciuili defertur hæreditas, habeat locum ius accreſcendi, ſed etiam inter eos, qui iure ſuccedunt tantum prætorio, veluti liberi emancipati, §. emancipati.de hæred.quæ ab inteſta.§.emancipatos.de exhæred.libe. Et hoc ius quidem adcreſcendi inter eos obſeruatur, qui eiuſdem gradus ſunt: inter alios enim qui eiuſdem gradus & ordinis non ſunt, locus eſt ſucceſſorio edicto, de quo plura dicturi ſumus infra. §. cum igitur.de bono. poſſeſ.in Inſtit. Præterea quod hic dicitur, *his ſolis adcreſcere,&c.* non ita eſt accipiendum, quaſi ius adcreſcendi perſonam non rem ſequatur. Verum eſt enim quod alibi dicitur,portionem adcreſcere portioni,id eſt,ei tantum perſonæ adquiri, cui portio prius acquiſita eſt.l.ſi totum, de acquir. hæred. Eadem ratione loquendi dicimus, ſeruitutem deberi fundo,& deberi perſonæ. l. ff.ſi ſeruit.vindi. Sed accuratius de iure accreſcendi diſputatio in ſuum locum reiicienda eſt.tit.de cadu.tollend.

AD TIT.

DE BONORVM POSSESSIONE SECVNDAM tabulas.

CAP. I.

POſt tractatum generalem de bonorum poſſeſ.ſequuntur harum poſſ. genera,ac merito incipit ab his quæ facto teſtamẽto competunt, veluti ſecundum tab.& contra tabul. quoniã cæteris locus nõ eſt:quãdiu hæc cõpetere poſſũt,§. ſunt autẽ bonorũ. in Inſtit. de bon. poſſ. Proinde inſcribitur hic titulus, *Si tabulæ extabunt teſta.* communis vtrique bonorum poſſ.tam ſecundum tab. quam contra tab. quia neutra earum datur niſi tabulæ extent,&c. Quamuis autem bonorum poſſeſ. contra tabul. præcedat ſecundum tabulas, l.2.ff.eod. atque ideo præponatur titulus de bonorum poſſeſ.contra tab.tamen compoſitores Codicis aliam rationem ſpectarunt, nempe quia hæc ſecundum voluntatem teſtatoris datur. Nec mouere quidquam debet, quod Vlpian.in fragmentis Inſtit. diuidit bonorum poſſ.in eam quæ contra tabulas, & eam quæ aduerſus tabul.datur. Nam aduerſus tabulas dicitur,pro ſecundum tabulas, l. naturaliter. de vſucap. quo ſenſu ait aduerſus leges, id eſt, ſecundum leges,titul.de teſta.& frequens eſt hoc verbum apud Senecam. Ex ea autem quod dictum eſt quandiu hæ bonorum poſſ. competere poſſunt,non eſſe locum his quæ proximitatis nomine deferuntur,oritur quæſtio hic l.a.

Cur introducta ſit hæc bonorum poſſeßio.

CAP. II.

IVſtinianus ait,hanc bonorum poſſeſſionem neceſſariam, §. ſed eo.de bono.poſ. in Inſtit.nam actiones poſſeſſoriæ non dantur ſcripto hæredi, niſi hanc bonorum poſſeſſionem acceperit, l. 4. de Carb.edict. cuiuſmodi eſt interdictum quorum bonorũ,l.1.quorũ bonorum. Item prætor hanc bonorum poſſeſ.his etiã dat, qui ſecundum formam iuris ciuilis inſtituti non ſunt: vt docet Vlpian. titul. de bon. poſ. & tit.quib. mod. teſta. infir. nam ſi quis tempore teſtamenti & mortis, factionem teſtamenti habuerit, non etiam medio tempore,iure ciuili hæreditas non poteſt adiri ex eius teſtamento, datur tamen hæredi bonorum poſſ. ſecundum tabulas, ſi teſtamentum ſignaculum ſeptem teſtium habeat,§.non tamen,quib.mod.teſta.

infir.in

Quibus ex cauſis detur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas.

CAP. III.

PRimum tabulas teſtamenti extare oportet, l.2.ff. eod.ac eas extare ſufficit. licet roſæ ſint à muribus tabulæ, aut aliter ruptum linum, l.1.§.vlti.eod.nec ſufficit exemplum tabularum, l.2. Tabulas accipimus omnem materiam in qua teſtamentum literis ſcribitur.l.1. & 4. idque rite & ſolenniter, l. cum tabulæ eodem. Notæ autem literę non ſunt, ac ideo ad bonorum poſſ.non proſunt, l.ſed cũ patrono.§. vlt. de bon.poſſeſ. Tabulas etiam intelligimus ſupremas, quoniam illæ ſolæ ratæ eſſe debent, dict.l.1. Præterea ſecundum nuncupationem datur quoque hæc bono. poſſeſ.quãnis nullæ ſint tabulæ ſcriptæ, l.2.hic. Nam prætor pollicetur bonorum poſſeſſionem iis qui fuerunt iure inſtituti hæredes, etiam ſine ſcriptura, l.ſi ita ſcriptum. §. vltim. hic: conſtatque iure ciuili, teſtamentum per nuncupationem factum valere, in Inſtitu.de teſtam.§. vlt.quod eſt accipiendum. niſi alias teſtamentum iure ciuili irritum fiat, dict.§. non tantum. Deinde iis qui ſecundum formam iuris prętorij ſcripti fuerint, id eſt, ſeptem teſtium ſignaculis adhibitis, d.§.ſed cum paulatim. quamuis iure ciuili forte teſtamentum irritum factum ſit, §.non tamen.quanquam iure ciuili id quoque tempus ſpectetur. Si quis igitur teſtamento facto ſe arrogandum dederit, & poſtea ſui iuris effectus deceſſerit; ex verbis edicti hæres ſcriptus bonorum poſſeſ. accipiet. Sed quia teſtator cum capite fortunas quoque ſuas in alienam familiam tranſtulerit, atque adeo mutaſſe voluntatem creditur, hæres doli exceptione ſummouebitur, l. qui ex liberis.§.teſtamento. hic. quod eſt accipiendum, niſi literas ſcripſerit, quibus non voluntatem eius mutatam fuiſſe appareat, vt Vlpia.ait.dict.§. teſtamentum. Et hanc Papiniani exceptionem addere neceſſe eſt Iuſtiniano cum ait, Si teſtator ciuis Romanos, & ſui iuris fuit duobus temporibus, dandam eſſe bonorum poſſeſ.d.§.non tamen. Quod autem dicitur, prætorem exigere duo tempora, locum habet in quibus caſibus teſtamentum ob mutationem ſtatus iure ciuili irritum fieret. Nam ex teſtamento facto ab homine ſanæ mentis, qui poſtea in furorem incidit, bon. poſſeſ. recte petitur, §.ſi quia autem.l.2. Tertia cauſa reſpicit inſtitutionem hæredis, quem ita inſtitui neceſſe eſt, vt certa demonſtratione deſignetur, & portio quæ deſcripta eſt inueniri poſſit, l.vlt. hic. Error tamen in nomine non nocet, ſi alias de perſona conſtet, l. ſi ita ſcriptũ. §. ſed cum in prænom. Is vero cuius nomen conſulto deletum eſt à teſtatore, non poteſt bonorum poſſeſ. petere, l.2. §.ſi conſulto. & d.l.ſi ita ſcriptum. Sed etſi ſeruus hæres ſit ſcriptus, eius domino defertur bonorũ poſſeſ.ad quẽ attinebit hæreditas, l.8.§.vltim. Inſtitutum accipimus, ſiue in primo ſiue in ſecundo gradu ſit inſtitutus, ſeruato tamen ordine inſtitutionis, l.2.§. defertur.& §.ſi duo. Hæredi etiam ſub conditione ſcripto datur bonorum poſſeſ. l.2.§.1.l. ſi ſeruus, hic. modo ſit vtiliter inſtitutus, l.hi demum. Quod ſi poſtea deficiat conditio, & ia ſit, ob cuius præteritionem potuerit reſcindi teſtamentum, puta filius pręteritus, teſtatoris poſſeſſio ei data vim habebit contra tabul. bonorum poſſeſ.l.2. §.ſi ſub conditione.ff. eod.l.3.§.ſi ſub ea.de bono.poſſ. contra tab. Si tamen ita fuerint inſtituti, *Vter ex fratribus meis vxorem Seiam duxerit*, ante quam exiſtat conditio neuter petit: hi enim ſe inuicem impediunt. l.2.§.ſi quis ita.ff.eod. Quarto requiritur ſententia ex l.1.§.ſententiam. ff. eo. & l.hæres inſtitutus, de acquiren. hæred. Huic tit. accedit appendix quædam tit.de bono.poſſeſ.ex teſta.militis, cuius explicatio difficilis non eſt.

AD TIT.

DE BONORVM POSSESSIONE CONTRA TABVLAS.

HVius bonorum poſſeſſionis cauſa eſt præteritio liberorum in teſtamento paterno, §.ſunt autem. in Inſtit.tit.de bono.poſſeſ. Hinc autem fit vt exhæredatio excludat filium ab hac bonorum poſſeſ. ſi rite facta ſit, l.non putauit.l.ſub conditione & l. filium.§ 1.ff. eo. Inſtituto igitur hærede, multo minus dabitur bonorum poſſeſſio hæc, quia poteſt ſecundum tabulas petere, l.3.§.ſi quis ex liberis. Quod ſi defecerit conditio, ac ideo effectum non habeat inſtitutio, prætor filium tuetur, perinde ac ſi bonorum poſſeſ. contra tabulas accepiſſet.d.l.3.§.ſi ſub ea. fit tamen interdum vt inſtitutus ad bono. poſſeſ. contra tabulas admittatur, propterea quod alius præteritus ſit, qui commiſerit edictum, d.§.ſi quis ex liberis. Nam iniquum eſſet, nec quaſi ſcriptum poſſe petere bonorum poſſeſ. quandiu cont.tabul. peti poteſt: nec contra tabul. quandiu non naſcitur præteritus.l.4.§.vlt. Nec expectant l.qui propter alios bono.poſſeſ.petant, vt præteriti petant, cum ſemel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admiſſi, l.ſi poſt mortem.§.vlt.& hoc remedium ſcriptis aliquando vtilius eſt quã bonorum poſſeſ. ſecundum tabulas, ſi forte ex minima parte inſtituti ſunt hæredes, l.non putauit.§.vlt. Dicitur liberorum, quod ſine dubitatione ad naturales & legitimos pertinet, l.1.nec refert an ſui iuris ſint, an poteſtati alterius ſubiecti, l. 1.§.& ſui iuris. adoptiui admittuntur cõtra teſtamentum patris adoptiui, l.1.quandiu ſunt in familia.leg. in omni.de adopt. Contra teſtamentum patris naturales non admittuntur, niſi alius admiſerit edictum, & hæredes inſtituti ſint, d.l.non putauit.§.in adopt. Liberos accipimus, filios, nepotes, &c.quos prætor vocat eo ordine quo vocantur iure ciuili, l.1. nec nati tantum liberi, ſed etiam naſcituri, ad hanc bonorum poſſeſſionem admittuntur, l.1.§.hæc autem. ff. eod. tit.l.8.hic. Item liberi intelliguntur hic, qui inſtitui iure poſſunt, quod ad tempus mortis refertur. l. 3. §. liber. quamuis alias horum temporum in hæredum inſtitutione ratio habeatur, §.in extraneis. de hæredum qualitate & differen. Dicitur, teſtamento, quia, non niſi facto teſtamento datur hæc bonorum poſſeſ. licet contra teſtamentum detur, §. ſunt autem. de bonorum poſſeſ. Oportet igitur extare tabulas teſtamenti, vt detur bono.poſſeſſio contra tabulas. ff. ſi tabul.teſtamen.nullæ extab. & tales eſſe, vt ex eis adiri poſſit hæreditas. ſic enim interpretatur Tryphoninus quod vulgo Romæ relatum fuit, liberis datam poſſeſ. contra lignum éſſe, id eſt, contra teſtamentum quod ligneis tabulis deſcribi ſolet, leg.quod vulgo. de bonorum poſſeſ.contra tabul. aditio tamen neceſſaria non eſt in hac bonorum poſſeſ. quæ liberis præteritis competit. quia ad impugnandum omnino teſtamentum datur.l.4. Non aduerſatur ſupra ſcriptis quod Caius ait, *Si prius teſtamentum extet iure factum quo filius exhæredatus eſt: ſequẽs imperfectum, in quo præteritus ſit filius: poſteriore teſtamento præteritus recte petet bonorum poſſeſſ.* Non enim ſimpliciter hoc dicit Caius, ſed addit rationem, *Si remoto quoque filio potiores ſint in ea hæreditate poſteriore teſtamento ſcripti hæredes*, l.ſi duobus.§.ſi prius. Et certum eſt cum ex imperfecto teſtamento poteſt adiri hæreditas, huic bonorum poſſeſ. locum eſſe: quod tum accidit cum in poſteriori teſtamento ſcripti ſunt legitimi hæredes, l.8.de iniuſto, rupto. l.hac conſul.§.ſi quis autem. C. de teſta. Prætor autem eos vocat qui futuri eſſent, ſi in poteſtate manſiſſent. Itaque vulgo dicitur præteritionem matris haberi pro exhæredatione. §.

Digitized by Google

vlt.de exhæred.liber.nec mirum eſt tamen valerę pręteritionem matris quantum patris exhæredationem, cum magis debeatur filio patris quam matris hæreditas. Interdum denegatur liberis hæc bonorum poſs. vt puta ſi adeundo hæreditatem, aut capiendo legatum, iudicium teſtatoris patris comprobauerint, l.3.§ vlt.l. ſi ex duobus. l.ſi poſt mortem.l.ſi præteritus. Reſcinditur teſtamentum,& ad cauſam inteſtati reducitur,§. vlt.d.l.non putauit. Datur petitio hæreditatis filio aduerſus ſcriptum hæredem, l. cum emancipatus. denegatúrque legati teſtamento relicti exactio,l.ſub conditione.hic.leg.filium.§.omnibus.de leg.præſtan.Hęc bonorum poſseſ.ceſsat. ſecundum tabulas.l.2.C.eod. Poteſt tamen hæres ſcriptus adita hæreditatem iure ciuili, l. is qui.§. ſed ſi ſcriptus.de legat.præſt.eúmque tuetur prætor ſi ex liberis ſit qui contra tab.petere potuerit,d.l.ſi ex duobus.§.ſed & ſcriptus.

AD TIT.

DE LEGATIS PRÆSTANDIS, CONTRA TAB. BON. poſseſ.petita.

Cap. I.

QVimuis reſciſso teſtamento per bonorum poſſeſs. contra tabul. legata omnia quæcunque eo teſtamento relicta ſunt, intercidere videantur: tamen prætor æquitate ductus quibuſdam perſonis legata conſeruat, puta parentibus, liberis, l.1.Cod.eo.l.1.hic. quod eſt accipiendum, niſi contra tabulas petat. Nam is qui eſt in poteſtate præteritus, nemini legatum pręſtare cogitur, cum & ſine hac bonorum poſseſ. hæreditatem ſit habiturus ſuo iure, l.is qui.

Quæ legata conſeruentur.

Cap. II.

EA tantùm legata conſeruantur quæ ipſis parentibus & liberis relicta ſunt, non etiam ſeruis eorum: quoniam inſpicimus cui honor habitus ſit, l.3 quæ apud ipſos remanſura ſunt, nec ſunt rogati aliis reſtituere, d.l.3.§.vlti.quę vtiliter relicta ſunt, l.3 §.vlt.Portio quoque hæreditatis alicui relicta conſeruatur, l.5. ſed etſi portio. Etſi prætor non definiat modum legatorum, ſed ea quantacunque ſunt, præſtari velit: tamen non amplius ex legatis ad aliquem peruenire debet, quam apud emancipatum bonorum poſſeſsionis nomine remanſurum eſt, l.6.7.& 8.

Quibus perſonis conſeruentur.

Cap. III.

ALexander ſolis parentibus & liberis legata præſtanda eſse reſcripſit, l.1. C.de bono.poſſ.contra tab.cum de aliis forte perſonis controuerſia nulla eſſet. At huiuſmodi multa reperiuntur reſcripta in C. Iuſtinia. quæ ad cunctas perſonas & cauſas alicui dirigebantur. In prętoris tamen edicto quędam alię perſonæ recenſentur, veluti vxor, nurus, leg.2. Ne fratri quidem & ſorori conſeruantur legata, leg.3 præterea iis, quibus bonorum poſſeſ.contra tabul.data eſt, legata non præſtantur, l.5. Aliquando hæc legata omnibus præſtanda ſunt, vt cum quis contra tabul. bono.poſſeſ. habet iure ſecundum tabul. bono. poſſeſ. l.nonnunquam.

AD TIT.

DE BONORVM POSSESSIONE CONTRA TABVLAS liberti teſtamenti.

Cap. I.

VAria fuerunt iura de ſucceſſione libertorum, quorum meminit Iuſtin. in Inſtit. tit.de ſucceſ. libert.§. ſed cum noſtra.lex 12 Tab.edictum prætoris, lex Papia, conſtitutio Iuſtiniani. Edictum prætoris & legem Papiam interpretatur Iuriſconſultus ſub tit. de bonis lib.& meminit Vlpianus in reliquiis Inſtit. Fuit autem edicto prætoris cautum, vt ſi patrono nihil, aut minus parte dimidia bonorum relinquat, bonorum poſſeſſio contra tab.teſtamenti liberti partis dimidiæ ei detur, §.qua de cauſa.in Inſtit. de ſucceſ. libert. Vlpian.in Inſtit.tit.vlt. Quæ bonorum poſſeſſio ei etiam competit qui ex cauſa fideicommiſſi manumiſit. l. 1. hic.l.qui ex cauſa.de bonis liber.

Caſus in quibus repellitur patronus ab hac bonorum poſſeſſione.

Cap. II.

PRimus caſus, ſi patronus exegerit operas aut minus à liberto, l. vlt.hic.l.ſicut.de iure patr.qui vero operas reuendit, vel pro eis mercedem accipit, non ſolum repellitur à bonorum poſſeſ. ſed etiam omne ius patronatus amittit, l.ſi quis à liberis. §. vlti. de lib. agn.l.vlt. qui & à quib.l. Iulianus. de bon. lib. Secundus, ſi patronus libertum capitis accuſarit, l. qui cum maior.l.quæro.ff.eo. Tertius, ſi patronus libertum in ſeruitutem petiit, aut teſtimonium in caput eius dixerit, nec obtinuit, d.l.qui cum maior. Quartus, ſi patronus falſum teſtamentum dixerit, nec obtinuit, l.ſi patronus.19. Quintus, ſi libertum vel libertam adegerit iureiurando ne vxorem duceret, aut nuberet, l.adigere.& l.contra de iure patr. l. communi. de bon. liber. Sextus, ſi libertum egentem non aluerit, l. ſi patronus. 33.de bon.libert.l. Diuus Claudius. de iure patr. Septimus, ſi ex teſtamẽto liberti hæreditatẽ adierit, l. nihil intereſt. Octauus, ſi natalibus ſit reſtitutus libertus, nec etiam ius aureorum annulorũ impetrauit, l. 3. de bon. liber. Nonus, ſi libertus aut patronus deportatus ſit, l. ſiue patronus.de iure patro l.3.ſi deportatus.l.4.§.2. de bon.liber. Cæteri caſus ex tit. de bonis libert. colligi poſſunt. Differentia inter hanc bonorum poſſ. & eam quæ liberis præteritis datur, duplex eſt: nam hæc bonorum poſſeſ.non omnino reſcinditur teſtamentum, ſed vſque ad dimidiam partem tantum, l.ſed cum patrono. de bono.poſſeſ. Item hæc requirit aditionem hæreditatis: in illa autem, quia teſtamentum omnino reſcinditur, non requiritur, l.4.ff. de bonorum poſſeſ.

AD TIT.

DE CONIVNGENDIS CVM EMANCIPATO LIBERIS.

HIc tit. in Pandect. Florentinis præcedit titu.de ventre in poſſeſſionem mitten. Cautum autem eſt hoc edicto, vt ſi filius emancipatus liberos habeat qui ſint in poteſtate, non ſolus ad ſucceſſionem admittatur per bono. poſſeſ.contra tabul.ſed liberi cum eo ita coniungantur, vt hi dimidiam partem hæreditatis, ille alteram partem conſequatur. Quædam igitur neceſsaria ſunt, vt huic edicto locus ſit. Primo, quod filius ſit emancipatus: nam alias ſuccedet auo, l. 2. ſecundo, quod liberi naturales ſint & legitimi, l.ſi nepotes. tertio, quod hæreditas ad eos ſuo nomine pertineat, l.1.hic.& l. ſi nepos. quarto, quod notam exhæredationis non habeant, l. 1. hic. & l. pronepos, de inoffi. teſta. Si igitur hæreditas ab inteſtato deferatur, locum habebit hæc coniunctio: quia ſufficit exhæredatos eos non eſſe. l.4. vnde liberi.ff. Adde quod nepotes cum emancipato pręſtare legata coguntur exceptis perſonis, quamuis edicto id comprehẽſum nõ ſit, l.2. Sunt qui putent hoc edictum antiquatũ eſſe Iuſtin. noua conſt.auth.de hære. ab inteſt. ven.quibus omnino aſsen-

no aſſentior: quia conſtitutio Iuſtin. ad ſucceſſionem tantum ab inteſtato pertineat.

AD TIT.

DE VENTRE IN POSSESSIONEM MITTENDO.

HIc tit. ad bono. poſſ. contra tab. pertinet, cum ſcilicet venter eſt præteritus, l. 1. in princ. ſed & inſtituto quoque hoc edicto ſuccurri, l. 1. §. ſi filius. quinimo in ſucceſſione ab inteſtato ex omni parte edicti locum habere poteſt, l. vbicúque. l. vlt. Quiſque igitur ſucceſſurus eſt vel facto teſtamento, vel ab inteſtato: interim dum in lucem editus fuerit, mittitur venter in poſſeſ. ex hoc edicto. Si tamen extraneus ſit poſthumus, ita demum in poſſ. miſſio fit, ſi mulierem habeat vnde ſe partúmque alat, l. 6. Vt ergo locũ habeat hoc edictum quædam neceſſaria ſunt. primo, quod mulier ſit prægnans, l. 1. in princ. ſecundo, quod fuerit vxor defuncti, qua de re cognoſcetur ſummatim, l. 1. §. ſi ea. tertio, quod filius qui naſcetur, non exhæredatus ſit, l. 1. §. 1. quarto, quod partus ſit defuncto ſucceſſurus. d. l. 1. Mulier autem ex his cauſis in poſſeſ. miſſa, nihil ex bonis diminuere debet, niſi quod ad victum neceſſarium eſt, l. 1. §. mulier. ac tandiu in poſſeſ. eſſe debet, quandiu pariat, aut abortum faciat. l. 1. §. vlt.

AD TIT.

SI A PARENTE QVIS MANVMISSVS SIT.

EXemplo patroni datur parenti qui filium ſuum emancipauit bono. poſſeſ. cõtra tabul. eiuſdem teſtamenti, ſi parens prætetitus ſit, l. 2. cum enim manumiſerit filium, ſimilis patrono iudicandus eſt, licet nõ per omnia ei ſit ſimilis, l. 2. De filio in poteſtate conſtituto non loquitur Prætor, quia teſtamentum non facit, niſi ſit miles, nec militis teſtamentum oppugnari poteſt, l. vlt. de inoffi. teſtam. Hac autem bonorum poſſeſ. admiſſa reſcinditur teſtamentum vſque ad legitimam portionem exemplo patroni, d. §. ſed cum noſtra. in Inſtit. de ſucceſ. libert. Tantum vero teſtamentum ita demum reſcinditur, ſi turpem perſonam filius hæredem inſtituat. l. 3. hic. Ceſſat hoc edictum in quibuſdam caſibus, ſi pater acceperit pecuniam vt emanciparet, l. 1. §. ſi parens. ſecundus, ſi filius viuus in parẽtem quantum ſatis eſt contulit, ne iudicia eius inquietet, d. § ſi parens. tertius, ſi parens coactus fuerit malæ tractationis cauſa filium emancipare. l. vlt. quartus, ſi filius miles, l. vlt. quod ad docentes aduocatos producendum eſſe dicitur, l. vlt. C. de inoffi. teſta.

AD TIT.

VNDE LIBERI.

Cap. I.

HVIC tit. reſpondet tit. in ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt. quamuis in vulgatis codicibus ex vno titul. duo facti ſunt. Competit hæc bonorum poſſeſſio deficientibus iis quæ teſtamento facto dantur, videlicet contra tab. & ſecundum tabul. l. 1. & 4. ff. eod. quod contingit, vel ob repudiationem, vel ob lapſum temporis conſtituti, dict. l. 1. Filio igitur emancipato, qui præteritus eſt, nec contra tab. bonorum poſſeſ. petierit, non competit hæc bonorum poſſeſ. l. 2. ff.

Quibus competit hæc bonorum poſſeſſio.

Cap. II.

REgula eſt, hanc bonorum poſſeſ. omnibus competere quibus bonorum poſſ. contra tab. datur. l. 1. §. liberos. ff. eod. Itaque nihil refert an liberi ſint emancipati, an in poteſtate, l. 2. de bon. poſſ. contra tab. vnde etiam fit vt in ſucceſſione matris hæc bonorum poſſ. ceſſet, l. vlt. de ſuis & legit. l. 4. §. ad teſta. de bõ. poſſ. contra tab. Succedunt autem ordine qui vocantur ad hæreditatem iure ciuili, d. l. 2. de bon. poſſ. contra tab. Quod ſi nepotes extent in aui poteſtate, hi cum emancipatis coniũguntur, l. 5. ſi verò plures ſuos liberi eiuſdem gradus, omnes ſimul vocãtur, pro virilibus, l. 1. hic. De parentibus agitatur quęſtio, an eis ſit danda bonor. poſſeſ. ex hoc capite: & exiſtimo non competere. Cuius rei rationem reddit Papin. l. ſcripto. §. vlt. Parenti tamen qui manumiſit filium ſuum, ſicut datur bono. poſſeſ. contra tabul. vt ante diximus: ita videtur danda eſſe bonorum poſſeſſio ab inteſtato verum ex hoc capite non datur, ſed ex capite ſequenti quod ad legitimos pertinet. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, Paterfamilias deceſſit inteſtatus relicto filio in poteſtate, & præterea nepote, quem ex filio habebet: filius deceſſit nec adita nec repudiata hæreditate aui, quare ad nepotem eius hæreditatis adeũdæ ius tranſmiſit, propter ius ſui quod vulgo ſuitatem appellamus, l. ſi quis filiumfamil. 7. de acquir. hęred. Sed quæritur an nepos qui repudiauit hæreditatem patris ſui, poſſit adire aui hæreditatem. Conſtantinus reſcripſit non poſſe, l. qui ſe patris, propterea quod patri ipſo iure fuerat acquiſita, qui ſimul eam cum patrimonio tranſmiſit ad nepotem, ſimiliter nepos agnoſcens patris ſucceſſionem, non videtur ab aui hæreditate abſtinere, ſi ius ciuile ſpectemus: quia patri hæreditas aui ipſo iure quæſita eſt, & in vnum eũdémque patrimonium redacta: ſed ob beneficium abſtinẽdi, quod ab Imperatore conſequitur, abſtinere ei licet, dict. l. ſi quis filiumfamil. ac ſi proponatur ſic eſſe nepos, dubitatio nulla eſt quin ad aui hæreditatem admitti non poſſit iure ciuili, cum pro extraneo habeatur, §. extraneos. de hæred. quæ ab inteſt. deſ. Et hæc omnia accipienda ſunt ſecundum ius ciuile, nõ ſecundum ius Prætorium: nam is qui ſe hæredem eſſe negat non videtur bono. poſſeſ. iure Prætorio competentem omittere, l. ſuũ. Cod. de iure delib. l. quoties duplici. de reg. iuris. niſi aliud actum eſſe appareat. Itaque excluſus ab adeunda hæreditate iure ciuili, videtur bonorum poſſeſſionem Vnde liberi petere poſſe: tametſi non ſit expreſſum an hic nepos poſſit ſuccedere patri, iure Prætorio tamen dicendum eſt poſſe ſuccedere. Conſtantinus de auo loquitur, quia de eius ſucceſ. tantũ erat quęſtio, & nepos hæreditatem contemnebat. Et hæc mihi videtur probabilior interpretatio reſcripti alioqui difficilis & obſcuri, quam & Alberico placuiſſe accepi. Hinc obſerua bonorum poſſeſſionem, non emancipatis tantum, ſed etiam ſuis aliquando eſſe neceſſariam.

AD TIT.

VNDE LEGITIMI.

DEficientibus liberis vocantur ad poſſeſ. legitimi, id eſt, quibus lex defert hæreditatem, l. 2. §. vlt. ff. eod. l. 1. ſi tabul. teſtam. Verba edicti hæc fuiſſe dicuntur, *Tum quem ei hæredem eſſe oporteret, ſi inteſtatus mortuus eſſet*, l. 1. ff. eo. leg. ex illa parte de verb. ſign. meminit huius edicti Cicero in Prætura vrbana, his verbis; *Poſteaquam ius Prætorium cõſtitutum eſt, ſemper hoc iure vſi ſumus, ſi tabulæ teſtamenti non proferrentur, tum vti proximum quemque hæredem*

vu

Digitized by Google

AD TIT. DE CARBONIANO EDICTO.

Cap. I.

SI filius ſe præteritum eſse teſtamento paterno audierit,& bono.poſseſ. cootra tab. petat, mota ipſi controuerſia,an inter liberos ſit, non poterit vindicare ſucceſſionem,oiſi filium ſe eſse docaat, ſed ſi impubes ſit, vt propter imbecillitateio ætatis periculoſum ſit ei de ſtatu ſuo contendere, cauſa cognita mittitur poſs.rerum hæredit. dilata interim quæſtione io tempus pubertatis,l.1.hic. idque edicto cautum eſt,quod à Carbone Prætore nomen accepit. Vt autem locus ſit huic edicto quædam neceſsaria ſunt. Primo, quod is qui petit bonorum poſseſſionem, ex liberis ſit, l. 1. in prin. Secundo,quod ſit impubes:huic enim ſuccurretur propter ætatis imbecillitatem, l.3.§.puberi.ff.eod. Tertio,quod iam natus ſit: hoc enim edictum ad liberos iam natos pertinet. Sed poſtea aliud edictum ad exemplum huius compoſitum eſt, de ventre in poſseſ. mittendo,l.1.§.generaliter.l. cum mulier.hic. Quarto, quod inſtitutus non ſit: nam etſi moueatur hæredi ſcripto hæc controuerſia, quod ioter liberos non ſit, non ideo minus ei dabitur bonorum poſſeſſio: quia extraneum quemlibet teſtator inſtituere poteſt, leg.1. §.Pomponius.l.cum ſine. Si tamen poſthumus inſtitutus ſit à patre, poteſt huic edicto locus aſſe, ſi moueatur controuerſia quod ſuppoſitus fuerit: quia conſtat eum non aliter inſtitutum eſse, quàm ſi ex liberis ſit, puta his verbis, *Quiſquis poſt mortem meam naſcetur, hæres eſto*,l.1.§.Pomponius.l.3.in princ.Adde quod ſi quęſtio ſtatus moueatur ſcripto hæredi, quod ſit ſeruus, ratio ſuadet hoc edictum ſeruari,l.3.§.quamuis.Quinto,quod filius non ſit exhæredatus: toties enim datur bono.poſ.Carboniana impuberi,quoties ſi filius eſset, hæres eſset,l.qui.20.ff.de inof.teſt. Excipitur caſus,cũ quis exhæredauit filium, quod diceret eum ex adulterio conceptum,l.1.§.idem ait,hic.l.ſi poſthumus.§ vlt. de liber.& poſthu. Idem dicendum cum alias rite exhæredatus non eſt,l.ſi impubes.§.ioterdum. Datur ergo hæc Carboniana bonor. poſseſ. vel cum petita eſt bono.poſseſ.contra tab.ob præteritionem,vel cum ab inteſtato ſucceditur. Nam quamuis hoc edictum maxime pertineat ad bonor.poſseſ. contra tab. tamen in ſucceſ.ab inteſtato locum habet,l.3.in prin.l.de bonis. §.1. Sexto, duplicem moueri quæſtionem oportet, vnã de conditione impuberis,alteram de hæreditariis bonis,l.bonis.§.ita demum. De cõditione mouetur quæſtio,cum quæritur an ex liberis ſit, l. 2. an iure adoptatus, l.7. item de patria poteſtate interdum eſt controuerſia,l.deceſſit. Sed & de ſtatu quoque impuberis aliquando quæritur,vt puta an ſeruus ſit necne, l. 1.§ ſed & ſi quis. Nec refert à quo moueatur quæſtio,adeo vt aduerſus patrem quoque & filium detur hæc poſ.l.1.§. ſi quis. De bonis autem cum quæſtio mouetur,de paternis tantum intellige,non maternis, l. de bonis. l.ſi impubes,§ ſi pupillus. Septimo, neceſse eſt bonorum poſseſ.peti intra conſtitutum tempus, l. 3 §.vltim.l.4. Octauo,neceſsaria eſt ſatiſdatio, vt ſolus impubes in poſſeſ.mittatur,l.1.§.eum qui. His omnibus concurrentibus,Prætor dat Carbonianam bono. poſseſs. & differt impuberis de ſtatu cognitionem in tempus pubertatis,ſed cauſa tamen cognita, vt diffuſe docet Vlpia.l.3.§.cauſæ. vnde hæc bonorum poſseſſio decretalis magis quàm edictalis dicenda eſt, quod decretum cauſæ cognitionem requirat, leg.1.ſi tab.teſtam.nullæ extab.

Effectus huius edicti.

Cap. II.

EFfectus huius poſſeſſionis conſiſtit in poſſ. rerum & cognitionis dilatione, vt iam diximus. Impubes enim in poſſeſſione rerum conſtituitur à Prætore, l.3. §.miſſum.& quidẽ,ſi ſolus ſatiſdederit, l.1.§.eum qui. l.ſed & ſi 15.§.quoties.ff. eod.quæ bon.poſ finitur pubertate,l.3 §.puberi.ff.eo.& l.2.ff.eo. Deminuere autẽ bona veſcendi cauſa poteſt impubes, l. 5. §. an autem. neque hoc pacto aduerſario ſimul in poſſ.miſſo nocet. l.6.§.pen. Itaque non cogitur ex his boois quidquam reſtituere, quamuis poſtea iudicatum fuerit eum filiũ non eſſe,l.2.Cod.l.1.§.intereſſe.ff.ſi mulier vent.nom. miſ.in poſ.nec ideo poterit res hęreditarias petere,ſed cogetur vti directa actione,& dicere ſe filium eſſe, l.3. §.miſſum.ſi tamen ſatiſdederit reus, perſecutio ei non denegabitur.l.pen. Miſſus in poſſ.rei partibus fungitur poſt pubertatem,l.6.§.vlt.modo poſſ. ad eum tranſlata ſit. Quæritur an ſimul & Carbooianam bonorum poſſ.impubes, & ſcriptus hæres ſecundum tabulas petere poſſit:vide l.7.§.vlt.& l.ſcriptus.

AD TIT. VNDE VIR ET VXOR.

HIc eſt quartus ordo ſuccedentium ab inteſtato, ſecundum ius Prætorium,quod Theodoſius antiquum ius vocat,l.1. ſi tab.teſt. nullæ. l.1. quis ordo in bon. poſſeſ. niſi quis malit Theodoſij verba ad l.Romuli referre, cuius meminit Dionyſius Halicarnaſſeus: ſed veriſimile eſt eum de iure Prætorio ſenſiſſe, cum Romuli leges antiquatæ eſſent, compoſitis leg.12.tab. Mouit Prætorem illa diuini & humani generis communicatio,quæ inter coniuges locum habet, l.1.de ritu nupt. Ius ciuile fiſcum viro & vxori præferebat, ſicut hodie affines excludit,l.affinitatis. C.commun.de ſucceſ. Quod autem dicitur, *Vnde vir & vxor*, accipiendum eſt,ſi iuſtum ſit matrimonium, & vſque ad mortis tempus perſeuerauerit,leg.1.ff.eod. Item quod dicitur de viro & vxore, ad ſocerum & generum minime producendum eſt,l.ſi vero.§.de viro, ff.ſolut.matr. licet aliqui diſsentiant. Hæc autem de iure Prætorio variis Iuſtiniani conſtitutiooibus immutatum eſt. Nã Iuſtin.Nouel.53.§. vlt.ſtatuit, vt ſi alter coniugũ inops alteri locupleti ſuperuixerit, quartam partem bonorũ defuncti capiat:quamuis defunctus reliquerit liberos. Idem Nouel.117.vt ſi tres ſint filij, vxor quartam partẽ habeat:ſi plures, virilem portionem. Maritus autem omnino repellitur à ſucceſſione vxoris extantibus liberis. Idem Nouella 117.§. vlt. æquat maritum vxori, & vtrumque alteri ſuccedere vult, vt fuerat prius conſtitutum. De aliis perſonis,à quibus excluditur fiſcus, alibi dicemus,l.ſi quis presbyter. C.de epiſc.& cler.

AD TIT. DE COLLATIONIBVS.

Cap. I.

COllatio eſt genus quoddam cõtributionis à Prætore introductum,ad ſeruandã æquitatem. Nam cum Prætor ad ſucceſſiooem pateroam emaocipatos admittat cum iis qui in poteſtate ſunt,æquitas & ratio ſuadet, vt quæque bona in medium conferant: quia ſcilicet pater acquiſiuiſset, ſi io poteſtate fuiſsent, leg. 1.ff.eodem. leg.cum duobus. §. idem Papinianus. pro ſocio. Hic autem pertinet ad bonorum poſseſ. contra

conferat, l. prætor. Quamuis autem prætoris edictum de cautione loquatur, tamen re cautionem fieri poſſe dubitandum non eſt, l. 1. §. quamuis. id eſt, communicando bona cum fratribus. Fit etiam collatio minus accipiendo, l. 1. §. ſed & ſi tantum. delegando nomen debitoris, dict. l. 1. liberando eum cui bona cōferri debent, l. 2. C. l. 1. §. filium. de collat. dot.

Quod autem ſupra dictum fuit, emancipatum conferre omnia bona quę acquiſiſſet patri, ex l. cum duobus. §. idem Papinianus. ſupra pro ſocio. ſic accipiendum eſt, vt in portionibus faciendis perſona conferentis numeretur, & partem faciat. l. 1. §. vlt. ff. hic. Item ſic facienda collatio eſt, vt ſi plures ſint emancipati, collatio ab vno facta, cæteris non proſit, ſed iis tantum qui in poteſtate manſerunt, vt ex Iuliani ſpecie apparet, l. prætor. §. Iulianus. in qua ſinguli emancipati centena ex bonis patris, quia quadringenta habebant: in bonis deinde ſinguli capiunt partem tertiam bonorum à ſe collatorum: vt, exempli gratia, is conferat ſexaginta, aufert viginti, l. apud. l. cum emancipati. §. ſi tres. ſinguli emancipatorum tertiam partem conferunt ſingulis in poteſtate conſtitutis: emancipatus enim ſi habeat trecenta, vnuſquiſque eorum petit ab eo centum, id eſt, tertiam partem. Tres enim perſonæ tantum reperiuntur quibus hæc emancipati bona communicari debeant. Quamuis autem ſæpenumero contingat vt quis minus capiat, & plus conferat, non ideo tamen indignari licet: quia liberum eſt eis bonorum poſſeſſ. omittere, d. l. 2. §. ſi tres. Si tamen ſimul cum filio qui eſt in poteſtate extraneus hæres ſcriptus ſit. Vlp. ait tantum emancipatum collaturum quantum fratri abſtulerit, l. 1. §. ſi ex dodrante. Nam hic emancipatus licet conferat totam portionem ſibi delatam, vt in ſuperioribus exemplis oſtendimus, non tamen à fratre totam eam aufert, ſed partem ab extraneo, cui nihil conferre cogitur.

Inter quas perſonas locum habeat collatio.

CAP. IV.

INter deſcendentes qui ſuccedunt aſcendētibus tantum collationi locus eſt, leg. vt liberis. De aſcendentibus & iis qui à latere cōiunguntur, nihil cautum eſt per leg. illam. ergo, &c. Deſcendentes etiam accipimus per lineam maternam, d. l. vt liberis. nec refert, an nepotes cum nepotibus ſuccedant, an verò cum patruis & auunculis. Emancipatus confert ſuo hæredi etiam poſthumo, l. poſthumo. hic. ſcilicet poſtquam natus fuerit, l. vlt. ff. de collat. bonorum. Emancipatum accipe, eum qui quouis modo ſui iuris factus fuerit, l. liberos. Sui conferunt ea quę ſibi acquirunt non patri, vt filiafam. quæ dotem accepit à patre, l. 1. de colla. dot. emancipati inter ſe non conferunt, vt Diocletiani verba oſtendunt, *Si emācipati vtrique à patre fuiſtis, collatio ceſſat*, l. ſi emancipati. Reſcripſit tamen Gordianus filiam fratribus emancipatis dotem proferre, ſed aduentitiam, imo profectitiam, l. filiæ dotem. l. vt liberis. Itaque reſcriptum ſic interpretari debemus, quaſi generi per ſpeciem derogetur, l. in toto. de regul. iuris. Nec moueri nos oportet quod verba Diocletiani generalia ſint, & veriſimile eſt in eis de bonis profectitiis quæſtionē nullam eſſe. Tametſi igitur prætor, qui primus introduxit hoc contributionis genus, reſpexit ad iniuriam qua afficiuntur ſui, admittēdo ad ſucceſſionem emancipatos: tamen poſteriores conſtitutiones ſpectāt conſuetudinem æqualitatis inter liberos. l. vt liberis. Quod autem dicitur, ſublatam eſſe differētiam emancipationis & patriæ poteſtatis. Authent. de hæredibus ab inteſt. id ad ſucceſſionem tantum pertinet, non ad collationem.

Remedia aduerſus non conferentem.

CAP. VI.

SI cauerit emancipatus (vt ſupra dictum fuit) conuenietur ex ea cautione, l. ſi quis filium. §. vlt. fructuum nomine condemnatio fit, leg. 5. de coll. dot. denegantur actiones hęreditariæ non conferenti, leg. 1. §. ſi frater. & leg. poſthumo. Cogitur conferens iudicio familiæ erciſcundæ, l. 1. de collat. dot. Error interueniens in diuiſione non nocet, quominus petatur collatio, l. ſi error. quamuis ſententia in eo iudicio ei lata ſit, l. cum putarem. famil. erciſcun. quia non de eadem re agitur, neque eadem res in iudicium deducta eſt. Nam iudicium famil. erciſcun. eſt de rebus hæreditariis, collatio de rebus propriis emancipati.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XXXIX. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM, IN TITVLVM DE OPERIS NOVI nuntiatione, artificioſa ac Methodica tractatio.

CAP. I.

TITVLVS eſt ſimilis in C. lib. 8. & alius in Nouellis conſtit. 63. argumentum autem totius huius tractatus continetur edicto prętoris, l. prætor. hic. de quo vide quę ſcripſi lib. 1. Diſp. c. 16. Poſtquam nunciatum eſt alicui ne nouum opus faciat, cautum eſt ne quid noui operis faciat, etiamſi contendat ſe ius habere ædificandi, ſeque in ſuo ædificare: nam poſt nuntiationem quieſcere debet. Itaque nuntiatio noui operis non male dicitur ſimilis eſſe appellationi, l. 1. ff. nihil nouari appel. pend. Hæc eſt vis huius nuntiationis, vt vim appellationis habeat, & quieſcere debeat is cui eſt nūtiatum. Quid ſi nulla legitima nuntiandi cauſa fuerit? condemnabitur nuntiator, ſalua tamen actione ei cōpetente, vt dicitur in l. ſciēdum. hic. Quod ſi quis cōtempta nuntiatione perſeuerer, opuſque cœptum perficiat, quicquid conſtruxerit deſtruetur, nec audietur ſi ſe perficiēdi iuſtam habuiſſe cauſam dicat: niſi fortè ei à prętore remittatur, leg. Prętor ait 20. §. 1. tū. n. perficere opus poterit, ſi modo ius ędificandi habeat. Hęc autē remiſſio iis demū prodeſt, quibus iure nuntiatū nō eſt. Sufficit autem adire prætorem, ne eius contēpta videatur eſſe auctoritas: nec enim apud prætorem de iure litigantium differitur, vt dicitur l. 1. in prin. vbi legendū eſt, *Promittitur*, non, *Permittitur*. Huc pertinet quod

dicitur in l.non ſolum,§.ſciendum.eod. Huc pertinet formula prætoria de remiſſione nuntiationis in tract. interdictorum,tit.de remiſ.vbi formula quædam preſcribitur, qua prætor in remittenda nuntiatione vtebatur,his verbis: *Quod tuo ſit illi prohibere ne ſe inuito fiat, in eo nuntiatio teneat. Cæterum nuntiatione remiſſa facito.* Animaduertendum eſt autem hanc remiſſionis formulam olim coniunctam in libris Vlpiani fuiſſe cum edicto, vt indicant inſcriptiones locorum ex libro 17. ad edictum, tranſlatorum à compoſitoribus Pandectarum. Alia quoque cauſa eſt ex qua operis noui nuntiatio contemni poſſit ab eo qui iuri ſuo confidit, & qui confidit id ius ædificandi habere, id eſt, ſi ſatiſdederit etiam ſine prætore.nihil enim refert,an prętor aditus remiſerit nuntiationem,an vero non adito prętore, is cui nuntiatur ſatiſdederit: quod exprimitur in leg.de pupillo.§.ſi is cui.hic. Idoneus autem fideiuſſor dandus eſt,qui reſtituat omnia, ſi is ius ædificandi non habere oſtenderit. Idem quoque dicendum eſt,ſi per te ſtet quominus ſatiſdetur. idémque dicitur in l.prætor. §.ſi quis paratus. & §. ſi is cui nuntiatum. leg. de pupillo. Huius autem ſatiſdationis vis hæc eſt,vt poſtquam is cui eſt nuntiatum ſatiſdederit, ædificare poſſit, etiam eo & contradicente & inuito nuntiauit, vt dicitur in leg.prætor. §.deinde. vbi edicti reſtitutorij formula eſt,his verbis: *Quem in locum nuntiatum eſt,ne quid operis noui fieret: qua de re agitur, ſi de ea re ſatiſdatum eſt: Quod eius nomine cautum ſit, aut per te ſtat quo minus ſatiſdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.* Atque hæc de operis noui nuntiatione in vniuerſum diſputata, ſingula deinceps ſubtilius conſideranda ſunt.

Quid ſit nouum opus nuntiare.

Cap. II.

PRima quæſtio eſt quid ſit nouum opus nuntiare, quod docet Vlpian.in leg.§.inde quæritur.in verſ. opus,his verbis: *Opus nouum facere videtur, qui aut detrahendo aliquid, aut ædificando, priſtinam operis faciem mutat.* Hinc autem facile colligi poteſt quid ſit nouum opus nũtiare: eſt enim prohibere ne nouum opus fiat. Vnde conſequitur, eum qui vnum aut alterum cæmẽtum imponit, nec faciem mutat, nouum opus facere non videri,vt dicitur in l.ſtipulatio.§.opus. Hinc apparet quid reſpondendum ſit de eo qui ædificium ruinoſum fulcit, de quo in leg.1.§.ſi quis ædificium. nec enim ei nunciatio noui operis fieri poteſt, cum faciem non mutet,nec quid nouum moliatur. Maior & difficilior quæſtio eſt de vetere ædificio inſtaurando, an is dicatur nouum opus facere: quod controuerſum eſt inter iuriſconſultos, de eoque eſt varia opinio. Quidam enim refectionem ad hunc titulum pertinere nõ putant: quam ſententiam ſequitur Alciatus, lectione quadam deprauata deceptus. Nam in quibuſdam codicibus legitur in leg. 1. §. ſi quis ædificium *reficiat*, vt indicat Accurſius,non autem *fulciat*, quo modo legendum eſt. Præterea mouetur hoc argumento,quod qui reficit ædificium, non facit nouum opus, nec mutat veterem operis faciem: ſic enim ſæpe apud Iuriſconſultos reficere ſumitur, vt in leg.1.de via public. titul. 10.interdict. Similis locus eſt in leg.inde etiam,in verſic.fin.de itin.actúque priu.& in leg.1.de riuis.vbi Reficere ferè eodẽ modo definitur, ad priſtinam formam reuocare & reducere. Exiſtimo tamen,operis noui nũtiationem locum habere in huiuſmodi refectione, ſi modo talis ſit vt nouam rei ſpeciẽ adferat: quod cum multis argumentis apparet, tũ vero manifeſtè indicat lex,de pupillo,§.ſi quis riuos, hic. Nã ſi propter vtilitatem publicam iureconſultus vult contemni operis noui nuntiationem, ſi quis riuos velit reficere, fruſtra id dicitur, ſi aduerſus reficientes locum non haberet noui operis nuntiatio. Cur enim hanc cauſam exciperet,vt propter publicam vtilitatem liceret reficere? Itaque videtur locum habere nuntiatio etiam in refectione. Nec obſtant eorum argumenta qui dicunt, reficere eſſe ad formam veterem reducere, nihilque nouum fieri reficiendo. Nam nouum illud dicitur quod formam mutat,quæ tum fuit,cum mutatio eſt facta. ſic enim explicanda videtur l.ſtipulatio.in §. opus. Argumento eſt quod de appellatione dicitur, nihil eſſe nouandum pendente appellatione: hoc enim referendum eſt ad tempus quo interpoſita eſt appellatio. Nam nouum dicitur quicquid poſt interpoſitam appellationem factum eſt,vt dicitur in leg. vnica. ff. nihil nouari appell. penden. Quemadmodum ergo Nouare verbum,cum de appellatione loquimur, refertur ad tempus quo appellatio eſt interpoſita, ſic & in nuntiatione tempus illud quo nuntiatum eſt, conſiderari debet, nouumque dicitur in omne quod poſt nuntiationem factum eſt. Igitur qui reficit vetus ædificium, dicitur nouum opus facere,& tenetur interdictis & actione in factum, dummodo id quod fit, inſtar cuiuſdam noui operis ſit.

Refectionẽ ad hunc tit. pertinere.

Aliam hic difficultatem Sophiſtæ mouent: quærunt enim an perfectum opus,an imperfectum intelligi debeat? & contendunt perfectum opus intelligi demonſtrare hac ratione,quia cum operis mentio fit,opus intelligitur perfectum & corpus aliquod conſummatum, quod Græci ἀποτέλεσμα vocant, vt dicitur in leg. rei appellatio.§.opere.de verbor.ſignif. Sed certum eſt hanc ſignificationem huic loco & materiæ nullo modo conuenire,nec perfectum opus intelligi,ſed inchoatum tantum & imperfectum: quia ſi perfectum eſſet opus,inutilis eſſet nuntiatio.nec enim pertinet ad opera facta,ſed ad imperfecta,vt dicitur in leg. 1. §. 1. Eius tamen vſus eſt maximus,per quem fit,vt quæ poſt nuntiationem facta ſunt,euertantur.Edictum autem,Quod vi aut clam,pertinet ad iam facta. Sed quid reſpondebimus ad leg.5.de verb.ſignif.vbi dicitur, opere cõducto vel locato ἀποτέλεσμα ſignificari, id eſt corpus perfectum? Videndum eſt quorſum id dicatur. Nam certũ eſt Paulum in illo loco loqui de certo opere, vt domo, theatro, quod certam formam habeat:hic autem loquitur iureconſultus de incerto opere. Itaque recte dixit Paulus, qui locat opus faciendum, ἀποτέλεσμα locare,id eſt perfectum opus, idque certum: nam ſi incertum opus dixeris intelligi,& opus generaliter & indefinitè ſumi,ſtipulatio & contractus ille non valeret, vt ſi fũdum ſtipulatus eſſet, in l.ita ſtipulatus.de verb. oblig. Edictum prætoris quod loquitur de opera locato, ſcriptum eſt ad interpretationem edicti: eſt enim ex libr.2.ad edictum, cuiuſmodi mille reperiuntur inſcriptiones. Credibile eſt in aliquo loco edicti de magiſtratibus,factam fuiſſe mẽtionem locati operis. Exẽpli gratia,opere locato redemptor ſatiſdet;quod pertinet ad officium prætorum & magiſtratuum. Opus autem varia ſignificat aliquando factum quoduis, aliquãdo non operam vel operationem, ſed opus ex operatione relictum:vt cum diximus locari opus faciendum, incertum eſt, an operam ſuam tantum promittat. Sed in hoc edicto videtur ex Pauli ſententia aliter interpretari opus,pro domo perfecta. Itaq; dicit Paulus, cũ locata domus eſt facienda, abſoluendam atque perficiendam eſſe,vt dicitur in leg.ſi is qui.§.quædam, ff.ad l. Falcid. Suſpicatus ſum aliquando eo in loco demonſtrari à Paulo differentiam inter opus & operam: mouebat me quod dicitur in leg.1.de oper. ſer. operam in actu conſiſtere:qui locus eſt ex 2.ad edictũ, vt & leg.5. de verb.

Differentia inter hoc edictum, & edictum Quod vi aut clam.

de verb.ſignif. Ex quibus intelligitur quid ſit nouum opus facere, & nuntiare, nempe prohibere ne nouum opus fiat.l.3.ad l.Iuliam de annona.& l.1.de iure fiſci.

Quibus ex caſibus procedat noui operis nuntiatio.

Cap. III.

SEn quibus ex cauſis procedat noui operis nuntiatio videamus, quas in vniuerſum proponit Vlp. in leg. 1.§.nuntiatio.& l.de pupillo.§. Sextus Pedius. ex quibus locis apparet veteres illos Iuriſconſultos vſos eſſe via & ratione in ſuis libris, qui re ſtatim initio & in vniuerſum definita, antequam ad ſingulas ſpecies deſcenderent, ſummam rerum diſtributionem proponebant, vt facit Vlpia.cum ait, *Nūc videamus quibus ex cauſis fiat nuntiatio, & qua perſona nuntient, quibusve perſonis nuntietur, & quis ſit nuntiationis effectus.* Vtraque cauſa nuntiandi diſtributione coniungenda eſt, quarum prior eſt Vlpiani, poſterior S.Pedij: quę tamen verbis differentes, re conſentiunt. Nuntiatio fit ob publicam cauſam aut priuatam: vt colligere licet ex dict.§.nuntiatio.l.1. Ad priuatam cauſam referenda ſunt duo poſteriora diſtributionis membra Vlpiani. Publicæ cauſæ exempla ſunt in dict. § nuntiatio. vt ſi quid in publico, vel religioſo, vel ſacro fiat, & proprij tituli ſunt in interdictis. Quomodo autem publicum hoc accipere debeamus, dictum eſt ad leg. inter ſtipulantem.§. ſacram rem. de verbor.obligat. illud nempe quod eſt in vſu publico ciuitatis, non autem quod eſt in eius patrimonio. Cum autem ex his cauſis nuntiatio competit, vt ſi in loco ſacro vel religioſo, vel in publico ædificetur, omnes ciues nouum huiuſmodi opus nuntiare poſſunt, vt dicitur in leg. in prouincialibus.§. vlt. hic. qua ratione introductæ ſunt actiones populares, tit.de pop.act.lib.47.ff.tit. 23. quę ſuū ius populo tuētur, vt dicitur in l.1.eiuſdē tit. Itaq; ciuibus omnib. licet ex hac cauſa nouū opus nūtiare in publico ædificanti, modo ſit perſona idonea, vt dicitur in leg.de pupillo.hic.& l.mulieri. de pop. act. Huius autē publicæ nuntiationis ratio redditur in leg. nam hic. Sed de perſonis ſuo loco dicemus. Animaduertendum eſt autem iſtud de ciuibus, non autem de peregrinis, aut etiā incertis dici, & in vrbe morantibus: differunt enim iſti à ciuibus, l.ciues.C.de incolis. Idem quoque in alijs interdictis competit, loci ſacri, vel religioſi, vt in publici loci ædificatione. Nā in his omnibus ciues poſſunt nuntiare nouum opus: ſed in publicis illud magis, quod in via publica nuntiare nouum opus poſſunt ædificanti etiam incolæ & peregrini, vt dicitur in l.1.de via pub. vbi dicitur hoc interdictum omnibus dari & in omnes. At omnibus ſemitis, ſubaudi poterit, aut iis quibus publica remedia competunt. nihil enim faciūt quæ dicuntur, neminem prohiberi vti via publica, leg. per agrum.C.de ſeruit.& aqua. Vnde illud Plauti in Curcul. *Nemo ire quenquam via publica prohibet.* Nec inde efficitur cauſam publicam defendi ab alio poſſe: opinio tamen vulgaris eſt id ab omnibus etiam incertis fieri poſſe. Quæritur hic an idem dicendum ſit de eo qui in mari aut maris littore ædificauerit, & an ei nouum opus nuntiari poſſit. Cui quæſtioni reſpondet Vlpian & ait in l.1.§.nuntiamus: *Si quis velit in mari vel in littore ædificantem prohibere, nullo iure prohibet:* tū vero in hunc non conuenire noui operis nuntiationē, vt dicitur in l.quod in litore.de acquir. rerum domin. Et hac ratione Veneti contendunt ſe eſſe liberos, nec ſubiectos imperio Romano, quod in mari omnium communi ædificarint. Itaque quod dicitur ædificium loco cedere, locum non habet cum quis in mari ædificat. Atque hæc de publica cauſa nuntiationis.

Priuata autem cauſa eſt, quæ ſuſcipitur noſtri iuris conſeruandi, aut damni repellendi gratia: atque hæc cauſa dupliciter conſideratur, ex parte nuntiatis, aut eius cui nuntiatur, vt in rei vindicatione dicimus, aut ex parte agentis aut defendentis ſpectandum eſſe dominium. Priuatæ autem cauſæ in eo, qui nuntiat, ſunt conſiderandæ, vt an res eius ſit in qua ædificari vetat. Nam ſi eius non eſt certo modo, id eſt, qui in eam rem dominium non habeat, aut ſeruitutem, nouum opus nuntiare non poteſt: poteſt autem qui rei dominus eſt, vt dicitur in l. 1. §. iuris noſtri. De ſeruitute autem & domino loquitur Vlpia. in l. 1. de remiſſ. ad verſic. ius habet. Huc pertinet quod dicitur in leg.5.§. Sextus Pedius. vbi priuatæ cauſæ ſpecies diſtinguuntur. Ait enim naturalem eſſe cauſam, aut impoſititiam: naturalem quidem ad dominium, impoſititiam ad ſeruitutem referri. Etſi enim vtraque naturalis eſt, tamen (vt plerunque fieri ſolet) nomen ad ſpeciem coanguſtatur. Impoſititia autem dicitur prædiorum ſeruitus, quia libera ſunt ipſa natura prædia, niſi ſeruitus illis per nos imponatur, vt intelligitur ex leg. altius. C. de ſeruit.& aqua. Seruitus verò quædam naturalis dici poteſt, quæ etiam inuito domino, fundo imponitur, vt aquæ deducendæ, de qua in leg.1.§.pen. & vlt. de aqua pluuia arcen. ſed aliter accipitur ſeruitus ſub tit. de ſeruit. vbi de impoſititia diſſeritur tantum. Qui autem ſeruitutem imponit, ius ſuum minuit, alterius auget, cum prædium ſuum alteri obnoxium reddit. Hinc variæ & multæ quæſtiones naſcūtur. Vna eſt quod de dominio dictum eſt, ei qui habet dominium competere noui operis nuntiationem, quæritur vero, an ſi fundum aliquem habeam cum alio communem, poſſim ſocio meo in agro communi ædificanti nouum opus nuntiare, l. in prouinciali. verſic. planè. vbi Vlp. reſpondet, nō poſſe me nouum opus nuntiare, quia dominus ſit qui ædificat, ſiue ſocius meus, licet pro parte indiuiſa: huc accedit quod dicitur in l. ſerui electione. de legat. 1. Quod commune eſt, meum eſt. Itaq; quod dicitur, noui operis nūtiationem locum habere in fundo qui noſter eſt, aut in quo ſeruitutis ius habemus, id ita eſt intelligendum, niſi ſocius ſit, qui in communi ædificet: quia is fundus non meus eſt magis quam illius. nam vterque noſtrum partem habet indiſcretam: nulla eſt gleba, quam vterque noſtrum ſuam eſſe non poſſit dicere. At verò in ſuo nemo prohibetur ædificare, nec in eum noui operis nuntiatio locum habebit. *Ad fundum communem cum aliquo habenti cōpetat nuntiatio.* Multa à nonnullis afferuntur de remedio ordinario & extraordinario. Dixerit enim quis, ſi denegatur executio in noui operis nuntiatione aduerſus ſocium qui in communi ædificat, ergo ſocius iſte omni auxilio deſtituetur. Reſpondet Iurecōſultus, aliis iudiciis illi prouiſum eſſe: datur enim tum iudicium de communi diuidundo à prætore, vel datur arbiter ex formula communi diuid. aut etiam prætor ipſe extra ordinem cognoſcit, propter fauorem & gratiam litigantium. Si autem arbitrum dabit, formulam præſcribet, vt dicitur in l. 1. de rei vindic. & tit. de extraord. cogn. Hic autem per arbitrum & amicabilem compoſitorem iudicem intelligo: etſi enim iudex ab arbitro diſtinguatur à iuriſperitis, tamen ſæpe diſcrimen illud confunditur, ridentúrque ideo à Cicerone in Orat. pro L.Murena.

Altera quæſtio eſt ex eo quod de ſeruitute diximus: quæritur enim de qua ſeruitute hoc intelligēdum ſit. Difficultas autem oritur ex leg. qui in viam. hoc tit. (ſic enim legendum eſt) vbi antinomia eſſe creditur. Nam ante dictum eſt qui eum qui ſeruitutem habet, poſſe nouum opus nuntiare, ex l.1.de remiſſ. ex l.de pupillo. §.Sextus Pedius.hic.& l.inter, de ſeru.vrb. præd. l.in iudicio. fam. erciſcundæ. Hæc magna opinionum varietas eſt à nobis expoſita lib. 2. Diſp. cap. 17. Ad hanc

igitur quæſtionem reſpondendum eſt nuntiationem locum habere in vrbanis ſeruitutibus, non autem in ruſticis: ſicque intelligẽdus locus in l. qui viam habet. Quod qua ratione à nobis dicatur, ſi quis curioſius requirat, quia, inquam, crebra fit mentio vrbanarum ſeruitutum: quin etiam in l. inter. de ſeru. vrban. præd. fit mentio vrbanæ ſeruitutis, vbi multa ſunt exempla, ex quibus aperte conijcitur, operis noui nuntiationem in vrbanis ſeruitutibus locum habere: nulla verò reperiuntur, quibus in ruſticis quoque ſeruitutibus nuntiationem locum habere probare poſſis. Obijcitur l. 1. de remiſſ. At quis neſcit generi per ſpeciem derogari? vt hic locus de vrbanis tantum, non autem de ruſticis intelligendus ſit, l. in toto. de reg. iur.

Vſufructuarius quomodo nouũ opus nuntiare poſſit.

Alia quæſtio eſt de vſufructu, quid de eo dicendum ſit qui habet vſumfructum, an is nouum opus nuntiare poſſit. Cui reſpondet Vlpian. in l. 1. §. vlt. cum ait: *Vſufructuarius autem nouum opus ſuo nomine nuntiare nõ poteſt*, & eſt iungendus hic §. cum ſupr. ſeq. vbi dicitur vſufructuarium ſuo nomine nuntiare non poſſe, ſed procuratoris nomine, quod à ratione alienum non eſt. Vſufructuarius enim eſt veluti procurator eius, cuius fundi vſumfructum habet, vt dicitur in fine leg. 1. vſufruct. quemadm. caueat. fundi cuſtodiam præſtare debet, nomine autem ſuo nuntiare non poteſt, quamuis vſusfructus ſit ſeruitus, ſed perſonalis eſt. Atqui nouum opus nuntiari ante diximus, ab eo qui ſeruitutem habet, de reali intelligentes. Seruitutes enim perſonales minus habent virium, ideo etiam vnà cum ipſis ſeruitutẽ habentibus extinguitur: at vero reales tranſeunt ad hæredes, & prædia ipſa ſequuntur. vt dicitur in l. corruptionem. C. de vſufruct. Nec obſtat quod dicitur, ſeruitutem partem eſſe dominij, in l. vſufructu. ff. de vſufruct. nec enim ſic intelligi debet. Nam is qui vſumfructum habet, ex proprietate & dominio nihil minuit, l. recte dicimus. de verb. ſignif.

An creditor nouum opus nuntiet.

Sequens quæſtio eſt de creditore qui ius habet pignoris, an ei nuntiatio noui operis conueniat? Cui reſpondet Gaius in l. creditori. hic. permittẽdam eſſe de iure. Quæſtio enim inde naſcebatur, quod nuntiatio ſoli domino, aut ſeruitutem habenti conueniat: at creditor nec ſeruitutem habet, nec dominus eſſe videtur. At Gaius ei ſeruitutis vindicationem de iure dari reſpondet: Creditor enim in rem ſibi obligatam reale ius habet. Quare cum ſeruitutis vindicatio ſoli domino competat, l. de ſeruitutibus. ff. ſi ſeruit. vind. & detur creditori, dabitur quoque neceſſario & operis noui nuntiatio.

An ſuperficiarius nouũ opus nuntiet.

Vel in l. id eſt, vt habẽt alij cod.

Altera quæſtio eſt de ſuperficie, an ſuperficiarius, id eſt, (vt dicitur in *l. ſuperficiario, de rei vindic.) qui in alieno ſolo ita ſuperficiem habet, vt certam pẽſionem præſtet (*qui tient à rente*) nouum opus poſſit nuntiare. Cui reſpondet Vlp. in l. in prouinciali. §. ſi ego. hic. Etſi enim is qui certa pecunia conduxit, dominus non eſt, tamen ei datur operis noui nuntiatio, vt leg. 1. §. quia autem. de ſuperfic. Quæritur & de colono & inquilino, an hi nouum opus nuntiare poſſint: qua de re nota eſt Vlp. ſententia in §. ſi ego. in l. in prouinciali. Notandum eſt colonum & inquilinum vti poſſe interdicto quod vi aut clam, leg. quanquam. ff. quod vi aut clam. Nec vero omnia opera ſignificantur & nuntiantur, ſed ea tantum quæ ſolo ſunt coniuncta, vt dicitur in leg. 1. §. hoc autem. Quæſtio hic vulgo agitatur, ſi nihil factum ſit adhuc & ædificatum in tuo ſolo, aut in eo in quo tibi eſt ſeruitus, nũtiari nouũ opus poſſit: vt ſi quis deſtinarit ædificare, & iã fabros habuerit, aut iã lapides collegerit. Accurſius & qui eũ ſequuti ſunt, vulgo putãt locũ eſſe nũtiationi nullũ: & ſic interpretantur l. ſtipulatio. §. opus. Ego verò contrà ſentio, ſi nihil factum ſit, nouum opus nuntiari poſſe: ſufficit enim cœpiſſe, vel deſtinaſſe, vel aggredi velle. Mouent me loci ex iureconſultis deprompti, vt in leg. de pupillo. §. nuntiationem, vbi dicitur nuntiationem eſſe faciendam de re præſenti, ſiue quis ædificet, ſiue quis inchoet ædificare: & in leg. non ſolum. §. 1. vbi ait, Qui nouum opus nuntiat, ſi quid operis iam factum erit, in teſtationem referre debet. Ex quo intelligi poteſt, ei fieri poſſe nuntiationem antequam ſit aliquid operis quo tempore nihil in teſtationem referatur: quid ſit teſtatio, vide lib. meũ 1. Diſp. c. 30. Præterea mouet me l. prætor. §. ſiue autem. vbi dicitur, Siue autem locus vacuus ſit, vbi nunciatum eſt, &c. Nec obſtat l. ſtipulatio. §. opus. vt poſtea plenius dicemus, cum de effectu huius diſputationis agetur. Animaduertendum eſt enim quorſum ab Vlpian. id dictum ſit: nam interpretatur formulam prætoriæ ſtipulationis. Atque de cauſis nuntiationis hactenus.

De ratione faciendæ nuntiationis.

Cap. IV.

SEquens locus eſt de ratione nuntiationis faciendæ. In ratione autem nuntiandi quædam vtilitatis, quędam neceſſitatis cauſa ſunt obſeruanda: primum verò requiritur, vt in opere ipſo fiat nuntiatio, l. de pupillo. §. nuntiationem: vbi dicitur puero, vel puellæ, intellige, dummodo intelligat: vt dicitur in l. cuilibet. Vnde intelligi poteſt ratio differentiæ quæ ſequitur in §. ſi plurium. vbi quæſtio eſt, an ſi duo ſint qui ædificent, ſatis ſit vni nuntiare. Et ſatis quidem eſſe reſpondit Iureconſultus: at ſi eiuſdem operis ædificatio pluribus noceat, non ſatis ab vno nuntiari, ſed ab omnibus nuntiatio procedere debet.

Secundo, in nuntiatione locus eſt demonſtrandus, vt dicitur in §. qui nuntiat. dicta leg. de pupillo. Si in pluribus locis ædificetur, plures neceſſariæ erunt nuntiationes, leg. de pupillo. §. ſi in pluribus. Ex quo eſt conſequens, in interdicto quod vi aut clam, vnam ſufficere nuntiationem pro omnibus locis, in l. aut qui aliter. ff. quod vi aut clam.

Tertiò, debet explorare is qui nuntiat quid factum ſit, in l. non ſolum. §. 1. l. nullum. ff. quod met. cauſ.

Quartò, nuntiatio fit in rem, non autem in perſonã, leg. operis. vbi furioſo & infanti nuntiationem fieri dicit Iureconſultus, id eſt, in opus infantis & furioſi.

Quintò, non eſt neceſſe ante nuntiationem adire prætorem, leg. 1. §. nuntiatio. quod quidem eſt intelligendum de nuntiatione ſimplici, aut quæ per iactũ lapilli fit, non autem de prætoria. Simplex omnibus diebus fieri poteſt: at verò ſi adire prætorem oporteret, expectanda eſſet dies ceſſionis.

Sextò, iuſiurandum de calumnia exigi debet ab eo qui nouum opus nuntiat, vt dicitur in l. de pupillo, §. qui opus. Multis modis proſpectum eſt, vt durities & aſperitas huius nuntiationis temperaretur: durum eſt enim ob nuntiationem hominis priuati, ſine iniuria nuntiauerit, ab opere deſiſtere, quod ſine graui incommodo & rei iactura facere non poſſis: ideo eſt conſtitutum, vt iuret de calumnia is qui nuntiat, atque hoc iure prætorio. At quomodo prætore auctore, cum fiat nuntiatio ſine prætore? neceſſaria enim non eſt prætoris aditio in nuntiatione, l. 1. §. nuntiatio. Reſpondeo, in primis adiri prætor poteſt, & ſi nihil neceſſe ſit: præterea poſt nuntiationem prætor adiri ſolet. litigatores enim prætoris iuriſdictioni id ſolet ſubmittere, vt dicitur in l. 1. §. poteſt autem. is cui nuntiatur cogit nuntiatorem iurare apud prætorem. Huc pertinet quod dicitur in l. non ſolum. §. ſecũdũ. vbi dicitur, vt probari poſſit quid poſt nuntiationẽ factum ſit, modulos eſſe ei ſumendos qui nuntiat: qui vt ſumantur

prætor

prætor decernere ſolet. Addendum eſt præterea in hac nuntiatione, eum qui alieno nomine nunciat, ſatiſdare debere, dominum ratum habiturum. l. 5. §. qui procuratorio. Eſt autem in his verbis (etiamſi verus ſit procurator) difficultas quæ oritur ex antinomia. Nec verò exigenda eſſe videtur à vero procuratore ſatiſdatio quę propter incertitudinem ſolet exigi. Vulgo eſt receptū hic exigi ſatiſdationem, cum certum non eſt hunc procuratorem eſſe: & hoc probabile videtur eſſe, etiamſi verus ſit procurator, quia de eo non conſtat. l. 1. de procur. niſi forte is cui nunciatur certo ſciat verum illum eſſe procuratorem: tunc enim remittitur onus ſatiſdationis. Sed illud animaduertendum eſt, pro certo procuratore eum non haberi, niſi id publicis inſtrumentis dominus ſit teſtatus, l. 1. C. de ſatiſd. l. ne ſatiſdatio. rem ratam hab. alias certum hoc eſſe non exiſtimo. Itaque ſic intellige quod hic dicitur, etiam ſi verus ſit procurator, quod quidam putant ius eſſe ſingulare.

De perſonis, quæ nuntiant, & quibus nunciatur.

Cap. V.

QVęſtiones hic agitantur, non de omnibus perſonis, ſed de his, de quibus aliqua fuit probabilis dubitatio, vt de procuratore, de quo iam dictum eſt: certum eſt autem procuratorem poſſe nuntiare, vt iam dictum eſt ex l. 1. §. nuntiatio. Quidā tamen ſunt actus legitimi, qui per procuratorem exerceri non poſſunt. l. nemo alieno. de reg. iur. Sed nuntiatio poteſt etiam alieno nomine fieri, ait Vlpia. quod de procuratore eſt intelligendum, l. cum procurator. hic. Solet quæri, an cuiuis alieno nomine nuntiare permittatur, etiam ſi non ſit procurator: dubitatio naſcitur ex l. prohibere. ff. quod vi aut clam. Sed ſæpe admonui inter nuntiationē quæ ex hoc edicto fit: & probibitionem quæ fit ex edicto quod vi aut clam, multum differre: nam tanti momenti non eſt quantum illud. Prohibitio enim ex edicto quod vi aut clam, ideo fit, vt quod clam me factum eſt, vi factum eſſe dicatur: nam ſi quis clam aliquid fecerit, non dicitur vi feciſſe. Hęc autem prohibitio à quo fiat, nihil intereſt, ſiue ab ipſo domino, ſiue ab ipſo procuratore, ſiue ab alio domini nomine, vt ſeruo. At multo maioris eſt momēti nuntiatio noui operis: itaque non à quouis fieri poteſt, ſed à procuratore.

An pupillus nuntiare poſſit. Alia quæſtio eſt de pupillo, an poſſit nouum opus nuntiare, l. de pupillo, in princ. vbi diſtinguitur: quę diſtinctio eſt notanda: taliſque fere eſt in leg. mulieri. de pop. act. Duo igitur hic ſunt notanda, pupillum ob publicam cauſam nouum opus nuntiare non poſſe, cum eius ætas ad reip. defenſionem idonea non ſit, l. 2. ff. de reg. iur. & l. de muner. & hono. Nec quicquam hic facit tutoris auctoritas, ad cuius officium non pertinent quæ ſunt publica. l. vl. de curat. furioſi. Itaque rectè dici ſolet, ſuffragium pupilli non admitti in publicis negotiis, l. ſpurij. §. minores. ff de decur. Et ſimile eſt quod de canonicis dicitur, ſi minor ſit inſcriptus, coaptatus, etſi ſportulas accipiat, tamen in electione epiſcopi ſententiam non dicere, quod hic Vlpian docet. Quid de adulto dicemus curatorem habente, vt eo qui 29. annos natus eſt, an nouum opus nuntiare poſſit? Ingens eſt de hac re quæſtio & diſputatio, ſed probabilius videtur eſſe & receptum, vt idem de adulto quod de pupillo dicatur, cum adultus habeat curatorem, nam adultus in eo ſimilis eſt pupillo qui tutorem habet, l. ſi procuratorem. C. de integr. reſtit. Secundò ex ea lege aliud eſt notandum, pupillum ex cauſa priuata nuntiare quidē, ſed auctore tutore tantum. Sed cur neceſſaria eſt tutoris auctoritas? quia nuntiatio temere facta, pupillo dānum adferre poſſet, nam qui temere nūtiat damnatur. In quo ſequenda eſt regula tit. de auctor. tutor. §. neq; Hinc intelligi poteſt, quod dicitur in leg. & ſi ſatiſdationem. hic.

An ſeruus nūciare poſſit. Alia quæſtio eſt de ſeruo, in l. de pupillo. in princ. vbi dicitur ſeruum nuntiare nouum opus non poſſe: oritur enim antinomia ex l. prohibere. ff. quod vi aut clā. vbi dicitur ſeruum prohibere poſſe. Reſpondendum eſt, diuerſam eſſe rationē prohibitionis ex interdicto quod vi aut clam, & huius. Hæc de his qui nuntiant, nunc de his quibus nuntiatur. Parum refert cui potiſſimum nuntietur: ſufficit enim ei nuntiare qui intelligat, & domino referre poſſit: quod ſatis eſt manifeſtum ex l. de pupillo. §. nuntiatione, l. operis. & leg. cuilibet. Quinetiam pupillo & furioſo nuntiari poteſt. nō enim in perſonam fit nuntiatio, ſed in rem. d. l. operis. Multo magis tutori aut curatori nuntiatio fieri poteſt, vt dicitur in leg. ſatiſdatione. Hinc dicitur, aduerſus abſentes nuntiationem procedere, l. 1. §. nuntiatio. quod durum pleriſque videtur. Sed quid mirum, cum id aduerſus pupillos & infātes fieri poſſit? Nec refert, an is cui nuntiatum ſit, domino renunciauerit, an non. Itaque volunt in ipſo opere nūciari, leg. 5. §. ſi quis forte. ignorantia enim nocet ei cui nuntiatur. De prætore quæſtio eſt, an ei quis nuntiare nouum opus poſſit, cum eius auctoritate nuntietur. Et certum eſt prætorē cōueniri non poſſe, quamdiu prætura fungitur, l. in ius vocare. ff. de in ius vocan. l. nec magiſtratibus. ff. de iniur. leg. de pupillo. §. ſi quis prætori. hic. Debet is qui nuntiare prætori vult, proteſtari ſe nuntiare nō poſſe, & poſt finitum magiſtratum nuntiabit: ac perinde erit, ac ſi eo ipſo die quo teſtatus eſt, nuntiaſſet. Sed cui fiet hæc proteſtatio? an ipſi prætori? Quidā putant faciendam eſſe publice: ego puto ipſi prętori faciendam, aut iis qui ipſo opere reperiuntur, eo modo quo nuntiatio fit: nec ad rē pertinet publica proteſtatio. Affertur lex, cum quidam. C. de appel. & l. vlt. de his qui propter met. appel. Sed illic dicendum eſt publicè proclamari aut appellari propter metum, aut iudicis animū: hic verò propter reuerentiam: quod dicitur de iis magiſtratibus publicis qui ad tempus pręſunt, non autem de iis qui perpetuo, leg. præſidis. ff. de reb. cred.

De effectu nuntiationis.

Cap. VI.

EFfectus nūtiationis eiuſmodi eſt, vt poſt nuntiationem ſiue iure ſiue iniuria factam, opus deſeratur, l. prætor ait. §. ait prętor. Poſt nuntiationem autem datur interdictum reſtitutorium, ſi quid noui operis fiat, quod perpetuum eſt, non autem annale. Quod ſi deſtiterit ab opere is cui ſit nuntiatū: denegabitur executio ei qui nuntiauit, & damnabitur ad id quod intereſt ędificāris, l. 1. de remiſ. l. ſciendum. hic. Sequitur, remedium nuntiationis cōparatum eſſe in eius gratiā, cui opus ab alio factū nocet. Itaq; mirantur plerique, cur is qui nuntiat, poſſeſſorem faciat eum cui nuntiatur, l. 1. §. in operis l. 5. §. meminiſſe. At vero ſi poſſeſſor eſt is qui nuntiat, vtrum deſinit poſſidere? nam quæ in gratiam noſtram comparata ſunt, ea nobis nocere durū eſt, & in nos conuerti, at verò nuntiatio iuris noſtri cauſa conſeruandi inuenta eſt, §. commodum. in Inſtit. de interdict. & l. 5. §. ſed & ſi cui. Auget difficultatem lex, ſi alius fecerit. §. ait Iulianus. Digeſt. quod vi aut clam. vbi dicitur, liceret ædificare ei qui ſatisdederit, cum poſſeſſor hoc ipſo conſtituatur.

Alia difficultas eſt, quod non videatur alia eſſe ratio nuntiationis quæ fit per lapilli iactum, aut prætoris nuntiationem, ab ea nuntiatione quæ fit verbis ab eo, qui ius putat habere ſe nuntiandi adito vel non adito

prætore, in leg. de pupillo. §. meminiſſe. Docet Iurecõſultus varis modis prohiberi qui nouum opus vult facere: inter quos refert iactum lapilli, de quo l. 1. §. ſed & ſi. ff. quod vi aut clam. Hic autem lapilli iactus prohibitionis violentæ imaginem habet, non diſſimilem apprehenſioni glebæ. Vide Gellium lib. 20. c. 9. apud quem etiam eod. c. vide. quid ſit vis feſtucaria. Ergo vt ad propoſitam quæſtionem reſpondeamus, probanda videtur eſſe veterum opinio, qui ideo transferri putarunt poſſeſſionẽ, quia permittitur ædificare ei cui nũtiatum eſt, ſi ſatisdare voluerit, aut ad prætorem venerit, & remiſſionem acceperit. Nam is qui nuntiat, accepta ſatiſdatione, amittit ius poſſidendi, quamuis in eũ minime transferatur dominium. Sed cur (dixerit quis) non idem dicimus in lapilli iactu, & prętoria prohibitione? Reſpondeo, quia ex his cauſis non admittitur nuntiatio, ſi quis prohibitus eſt à prętore ædificare, aut per lapilli iactum. Retinebatur aut lapilli iactus ad imaginem violentæ probibitionis, ne tumultus fieret, vt dicitur in leg. non eſt ſingulis. ff. de reg. iur. Nã qui his modis eſt probibitus, tametſi ſatiſdare paratus ſit, tamen ei interim ædificare non licet: nec enim illud cautum iure vllo reperitur. Nam in edicto prætor loquitur de nunciatione, quo in genere conceditur remiſſio: at vero cum quis à prętore, aut lapilli iactu prohibitus eſt, non conceditur remiſſio. Itaque in §. meminiſſe. leg. 5. diſtinguitur nuntiatio ab aliis duob. generibus prohibendi. Obſtat lex, ſi opus hic, ex qua colligunt prætoris prohibitionem eſſe nuntiationem. Sed illa lex ad rem non pertinet: non enim loquitur de prętoria prohibitione, nec ex illius legis ſententia colligi poteſt, prætorem nuntiaſſe. Ex his igitur notãdum eſt, in nuntiatione noui operis ſatiſdationem ei prodeſſe cui nuntiatum eſt: in aliis duobus generibus prohibẽdi non prodeſſe: atque ideo fit vt non tam facile amittatur poſſeſſio iis duobus generibus prohibendi. Sed animaduertẽdum eſt pro interpretatione §. meminiſſe aliam eſſe rationem nuntiandi operis, & prohibendi iactu lapilli, aut per prætorem. Nam nuntiatio operis, fit illis qui in tuo ædificant, prohibitio autem prætoria, aut per lapilli iactum, iis qui in alieno.

Nuntiationis operis & prohibitionis per prætorem, aut lapilli iactu, quæ differentia.

Superſunt excepti quidam caſus, in quibus contemnitur noui operis nuntiatio, ſi quis iuri ſuo confidit: primo, cum Reip. intereſt vt primo quoque tempore aliquid fiat, leg. de pupillo. § ſi quis riuos, vbi oſtendit Vlpian. edicto prætoris cautum fuiſſe nominatim, vt hoc caſu nominatio ſpernatur. Similia exempla ſunt in leg. 3. & vlt. de riuis. §. ſi quis riuum, & leg. 1. de cloacis. quo loco Vlpianus docet, cloacarum immunditiea minari cœlum peſtilens & ruinas: quod referendũ eſt ad vrbis Romæ ſitum & figuram, quæ tot aquæ ductibus & cloacis ſubterraneis abundabat, vt penſilis diceretur, Plin. libro 36. cap. 15. Vitruuius etiam ſcripſit librum de aquæ ductibus vrbis Romanæ. vbi nota locũ de omittendi nonnunquam remediis ordinariis, propter graue aliquod imminens periculum & incommodum. Simile exemplum eſt in. leg. 1. §. vlt. de feriis. l. ſi quis filio. §. vbi autem. ff. de iniuſto rupto, irrito fact. teſta. ſimile in leg. ait Prętor. §. ſi debitorẽ. ff. quę in fraud. cred. vnde apparet in iudiciis dominari *ἐπιείκειαν* & legis benignam mitioremque interpretationem. Secundus caſus eſt, cum iuſſu Prætoris remiſſa eſt nuntiatio, cuius mentio eſt in ipſo edicto, leg. 1. §. poteſt autem. Prætor enim aditus per nunciationem, remittit quatenus is qui petit, ius habet ædificandi, leg. 1. in princ. l. non ſolum. §. ſciendum. leg. 2. de remiſſio. quæ eodem modo intelligenda eſt, quo huius tit. l. quamuis Accurſius aliter atque alij interpretentur. Aliter non remittitur, id eſt, ſimpliciter, in cauſa cognita: quo caſu vocandus is erit qui nuntiauit. At vero cum remittitur nuntiatio, ſub conditione fit, ſi ius ædificandi habeas ſine cauſæ cognitione, remiſſio datur à Prætore. Vnde quæritur, an remiſſio per procuratorem fieri poſſit, l. 5. qui remiſſionem. Ita, ſed cautio de opere demoliendo exigitur, non autem de rato: quia qui nuntiat, actor eſt: qui vero ædificat, defenſor. Alia quæſtio de hac remiſſione, ſi procurator nuntiarit, an remiſſio in perſonã domini conferatur, l. 13. hic. vbi locus communis eſt de procuratore, cui ſimilis eſt in l. ſi procurator. Qui nuntiat per procuratorem, adeſſe poteſt apud Prætorem. Tertius caſus eſt, cum is cui nuntiatum eſt ſatiſdare mauult, quàm Prætorem adire: tum enim impune poteſt ædificare. l. ſi Prætor ait. l. 2. §. ſi quis paratus. Quãuis autem ſatiſdationem dicamus requiri, leg. 1. ff. qui ſatiſd. cog. tamen ſola cautio & repromiſſio ſatis ſufficit. l. non ſolum. §. ſi cum poſſem. vt cum ob publicam cauſam opus nuntiatur. Præterea de hac ſatiſdatione propoſitum eſt interdictum à Prætore, leg. Prætor. §. deinde quod Vlpian. interpretatur in l. ſequen. vbi locus eſt communis de ędificiis, qualis eſt in leg. vlt. ff. ne quid in loco publ. & l. ſingularium. C. de ædif. priuat. Quomodo autem in nuntiatione noui operis committatur ſtipulatio, docet Vlp. in l. ſtipulatio. §. habet. & ſeq. vbi copioſa eſt diſputatio de vſu & effectu huius ſtipulationis, cuius meminit Vlp. in l. iudicatum ſolui. ff. eo. Doli autem mali clauſula eiuſmodi fuit, Dolus malus ab hac re abeſto. Hæc de ſatiſdatione notanda diligentérque obſeruanda. Eius commoditas multum eſt diminuta conſtitutione Iuſtin. leg. vnica. C. de noui oper. nunt. Vult enim non aliter admitti hanc ſtipulationem Iuſtinia. quam ſi poſt tres menſes is qui nuntiauit nõ docuerit de ſuo iure: ſed vult tres menſes expectari. Cui ſimilis eſt Gregorij conſtitut. de noui oper. nunt. in Decret. Quartus caſus eſt, quo contemni poſſit nuntiatio, ſi poſt nuntiationem noui operis nuntiator deceſſerit re integra, aut ſi rem cuius cauſa nuntiauit, alienauit, vt dicitur in leg. non ſolum. §. morte. Nã ſic per obligationes ad hæredes tranſeunt quæ ſunt iuris, leg. veteris. Co. de contrah. vel commit. ſtipul. non autem idem ius eſt in obligationibus quæ ſunt facti, qualis eſt hæc: itaque non tranſit ad hæredem, l. ſi conſtante. §. vlt. ſol. mat. Sed ſi quis & ſibi & ſuis prodeſſe voluerit nuntiare pro ſe & hæredibus ſuis debet, arg. l. diem proferre. §. 1. ff. de recept. arbit. nam ſi in perſonalibus facta hęredum mentio prodeſt hæredibus, cur nõ in nuntiatione? At ſi hoc verum eſt, morte eius qui nuntiat extingui nuntiationem, cur in leg. Prætor. §. hoc interdictum. dicitur, hoc interdictum dari hæredi. Quia hoc intelligendum eſt, ſi poſt nuntiationem nõ deſiit is cui nuntiatum, ædificare ſine remiſſione, aut ſatiſdatione, tum enim actio quæ deceſſori quæſita erat ex iſta noua ædificatione antequam moreretur, trãſit ad hęredes. l. veteris. C. de contraſ. vel commit. ſtip. Sed ſi is qui nuntiauit, re integra deceſſerit, priuſquam is cui nuntiatum erat ædificaret, eius morte finitur nũtiatio. nec ſi poſt mortẽ eius is cui nuntiatum eſt ædificare cœperit, interdictum dabitur eius hæredibus: alienatione quoque rei cuius nomine nuntiatio facta fuerat perit & nuntiatio. Sed ſi is cui nũtiatio eſt facta periit, quid fiet? l. non ſolum. §. morte. tenebitur fundĩ poſſeſſor, & tranſit ad hæredem, l. pen. & vlt. hic. quia non in perſonam ſed in rem, fit nuntiatio, leg. operis. hic. ſed hoc intereſt, quod is qui ædificauit tenetur ad demoliendum, hæres autem tantum debet præſtare patientiam: non enim ſuccedit in pœna: quod notandum eſt. Datur & interdictum in quemlibet ſucceſſorem etiam ab inteſtato, vt in emptorem, l. vlt. hic. Alius caſus eſt, ſi poſt nuntiationẽ conuenerit vt opus facere liceat, l. 1. §. inde quęritur. vbi reſpondet Iureconſultus obiectioni. Dixerit enim aliquis, pactiones contra Prætoris

toris edictum fectas,ſeruandas non eſſe. At reſpoodet nihil fieri contra prætoris edictum, valeréque pactionem ſi ed rem priuatam pertineat,non ad publicam,ſic enim intelligenda ſunt verba leg.huius. &c. l. iuriſgentium.§.Prætor ait.& l.paciſci.l.de pactis. Iudex enim pacte conuenta ſeruare debet, vbi conuenit inter litigantes. Sextus caſus eſt, cũ minor reſtituitur aduerſus hoc edictum. Certum enim eſt, aduerſus minores hãc nuntiationem locum habere,l.1.§.aduerſus.l. cuilibet. hic. Sed quæritur, an minor qui contempſit nuntiationem, reſtituatur? Hoc eſt controuerſum,& videtur pleriſque nuntietioni locum non eſſe, quia de delicto egitur. Delinquit enim qui contempta Prætoris nuntiatione ædificat, et in delictis minoribus non ſuccurritur,l.auxilium.de minor. Prætereæ dicunt eccleſiam non reſtitui aduerſus hoc interdictum,quo agitur ed deſtructionem operis facti: ſed nulla habetur ratio Eccleſiæ,multo minus minoris. Preterec habetur ætatis ratio,& reſtituuntur cum de rei proprietate agitur. At hæc cauſe eſt poſſeſſoria: interdicta enim ſunt poſſeſſorie,nec præiudicium fit proprietati: itaque nõ videri habendam ætatis rationem. Quæ ſententia veriſimilis eſt, niſi forte megna aliqua cauſe Prætorem moueat,vt reſtitutionem concedat:quo modo cõciliari poteruot contrariæ ſententiæ:nam reſtitutio in integrum pendet fere ex arbitrio Prætoris. Vt ſi fundus, de quo egitur, & in quẽ facta eſt noui operis nuntietio, ſit eius minoris,qui contempſit nuotietionem:& ſupplex dicat ſe facile obtenturum in iudicio proprietatis, ſi oſtendat ſe propter ætatis imbecillitatem negligentem fuiſſe io petenda remiſſione,aut ſatiſdatione: oſtẽdat ſumptibus magnis ædificium eſſe constructum, quod ſioe megno incommodo ſarciri non poſſit. Hęc omnia ſimul iuncta poterunt Prętorem mouere ad concedendem remiſſionem. nam iure ciuili minor,ſi quid omiſit,reſtituitur, leg.minor. ſimiliter cũ Prætorem adire neglexerit,reſtitui poterit. Ex iam dictis naſcuntur quæſtiones,an vno ex pluribus ædificãte,poſt nuntiationem cæteri teneantur. Reſpõdet Vlpian.in l.de pupillo. §. ſi plurium. & ait, factum vnius non nocere cæteris: is qui fecit tenetur in ſolidum, l. ædibus. quie diſtributio operis eſt indiuidua,l.ſtipulatio.§.quæſitum. leg.2.ff.de Prætor.ſtipul. Præterea eſt dicendum,nuntiationem ab vno factam,ad cęteros nõ porrigi,vt dicitur in l.5.§.ſi pluriũ. ſolus enim qui nũtiauit proſequetur executionem,ſed eius victoria aliis etiam proderit: quia operis deſtructio eſt indiuidua,l. loci.§.ſi fundus.ſi ſeruit.vindic.io leg.priuſquam.quęſtio eſt ad operis noui nũtiationem pertinens, ſi is qui ædificaturus eſt,videet futurum ſibi vt nuntietur, quomodo ſibi proſpicere poſſit, nempe ſi aduerſarius cauerit id,neque nouum opus nuntiaturum.

Altera quæſtio eſt, cum quis in meo ædificat, an ego manu & vi illud prohibere poſſim:nam fruſtra videretur receptum eſſe,licere propria authoritate deſtruere & euertere, cum quid non ſolum in meo fit,ſed & à me poſſidetur,leg.3.§.cum qui.ff.de vi & vi arma. licet enim vim vi repellere retinendæ poſſeſſionis cauſe. Nuntiatio autem prodeſt iis qui non poſſuot vim vi repellere:atqui fortior eſt,euertere poteſt,vt ſi quid in meas ædes immittatur,ſi quid pẽdeat quod nocere poſſit. Cuius rei exemplum eſt in l. quemadmodum.ad l. Aquil. alius eſt locus in l.ſed etſi me. ff. de ſeru. vrba. præd. elius locus in l.ſi vitẽ.§.ſi ad ianuã.ff.quod vi eut clam.l.1.C.ne liceat ſine iud.l.quamuis. de acquit. rer. domi.quod intelligendũ eſt cũ exceptione,quæ eſt in l.oſſa.Sed hoc fauore religionis eſt introductum.

EIVSDEM IN EVNDEM TITVLVM DE OPERIS NOVI nuntiatione,Prælectiones.

AD L. PRIMAM, PRÆLECTIO I.

SVSCEPI interpretandum hunc tractatum propter vtilitatem & obſcuritatem, quæ cum ſingulari vtilitate eſt coniuncta: & ſtetui ſingule capite interpretari,&c. Inſcribitur, De operis noui nuntietione, id eſt, de nuntiatione ne nouũ opus fiat. Nouũ opus eſt quod Iuſtinianus vocat καινοτομίαν Nouel.63. Id explicat Vlp.in l.1.§.opus oouum. Quæ ſit vis huius nuntietionis docet Vlpiã.in leg.1.in princ.Hoc edicto, &c. In horum verborũ interpretatione mira fuit Accurſij cæcitas & incõſtantie,Vel dic ſexies. Ego quid ſentio de ſenſu horum verborũ ſcripſi lib.1.diſput.c.16. Oſtendi primum Vlp. henc eſſe vim nuotiationis. vt factũ poſt eam reſtituatur,ſiue quis habuerit ius ædificandi, ſiue nõ habuerit. Deinde oſtẽdit ſi Prætor editus remiſerit nuntietionem eatenus remiſſionẽ valere, quetenus is cui nuntiatum eſt ius ædificandi habuerit. Et ait Vlpian.id promitti hoc edicto. Sed quo edicto quæſo Accurſ. ait Vlpian.propheti ſara,qui ponit expoſitionẽ edicti ante edictum ipſum? Ait Accurſ. edictum hoc eſſe in l. Prætor ait 20.infrà eod. Sed in leg.Prætor. formule eſt interdicti,non edictum eliquod. Et Vlpian. ipſe vocat interdictum,& diſtinguit ab edicto. Multum differt edictum quo promittitur actio, à formula actionis ſiue interdicti,quæ detur ex edicto,& ſecundum edictum. Edicta proponuntur de ſingulis actionibus & iudiciis.l.2.§.eodem tempore,de orig.iur. Et ita concipiuntur quaſi promittatur: Iudicium dabo, actionem dabo,interdictum dabo. Vnde Vlpianus hoc edicto,inquit, *Promittitur*. Sic enim legitur in Pandect.Floren. & aliis codicibus emẽdatis. Alij legunt *Permittitur*. Sed mendoſe eſt lectio. poſt edicta propoſita concipiũtur formulæ actionum ſingulis edictis eccommodatæ. Ea formule ita concipitur quaſi Prætor iubeat vel iudici, vel litigatoribus quid facere debeant,condemnes, reſtituas. Exemplum vtriuſque: Edictum proponitur à Prætore hoc modo: *Si quis eum qui poſſidet non vi, non clam, &c. impediat poſſidere, interdictum dabo.* Hoc edicto promittit Prætor ſe daturum actionem ſiue interdictum. Deinde cum oritur controuerſia inter duos de poſſeſſione,dat formulam eccommodatam edicto ſuo: *Vti poſſidetis eas ædes, &c.* Docet Theophil.Inſtitut. de interdict.in princ. Hæ formulæ tam edictorum quam actionum ſiue interdictorum repetiuntur hodie in libris Iureconſultorum quos interpretamur. Sed diſtingui debent edicta ab interdictis. Igitur in l.Prætor ait, interdictum eſt non edictum. Sed accommodatum eſt edicto vt cætera interdicta & actiones. Preterea contra Accurſ. conſideranda eſt inſcriptio horum capitum. Primum caput eſt ex lib. 52. ed edictum. l. Prætor, ex lib.71.vbi de interdictis tractatur. Ergo hæc verba non poſſunt eo referri. Vates igitur fuit Accurſ. non interpres & vanus quidem vetes,qui Vlpian. dixit prophetiſare & reſpicere ed edictum, quod poſtea ſequitur, &c. Ex ea tamen formula interdicti poteſt colligi conceptio edicti. Nam actiones & interdicte concipiuntur ex edictis ipſis,vt iam dixi. Potuit ite concipi edictum, Si poſt nuntiationem factum ſit,&c.interdictum dabo vt reſtituatur. Hoc edictum interpretetur Vlp. in hoc ioitio. Ex quo duo colligẽda ſunt. Primum eſt poſt nũtiationem ſi quid factum fuerit id reſtituendũ eſſe ſiue iure ſiue iniurie factum ſit. Magna eſt igitur vis & mira potius huius nuntiationis. Mirum eſt ſola nuntiatione hominis priueti impediri ædificationem, vxoris alicuius forte neceſſarij tum publicẽ, tum priuatim. Tantúmne poteſt hominis priuati inhibitio? Nam ne magiſtratui quidem id videretur permittendum ſine

Nouum opus quid.

Vates Vanus dicitur Accurſius.

Edicti interpretatio.

cauſæ cognitionẽ. Videbant veteres non poſſe aliter homines contineri in otio & quiete. Vix poteſt à vi abſtinere is, qui videt alium ædificantem in fundo ſuo. Graue eſt etiam ædificare volentem in ſuo impediri. Verum in re dubia vtilius viſum eſt ita conſuli vtrique, vt interim in eodem ſtatu res maneat. Hæc igitur nuntiatio ſimilis eſt quadantenus appellationi, quæ etiam interponitur ab homine priuato. Interpoſita appellatione nihil innouari oportet, l. 1. nihil nou. appel. pend. Et ſi quid innouatum, ſiue (vt vulgo loquimur) attentatum ſit, id reſtitui debet ſiue iure ſiue iniuria, dicta leg. 1. c. non ſolum. de appel. in 6. datur igitur interdictum reſtitutorium aduerſus eum, qui ſpreta nuntiatione ædificauit, leg. Prætor. in princ. & §. ait Prætor. In quo interdicto non quæritur an ius ædificãdi habuerit. Cauſa huius ſeueritatis & rigoris eſt contempta Prætoris auctoritas, dicta leg. Prætor ait. §. 1. Nã etſi homo priuatus ſit qui nuntiat, tamen quaſi auctore Prætore nuntiat. Quia nuntiat ſecutus edictum Prætoris. Adde interdum licere alicui quod factum eſt deſtruere, vt nulla ſit neceſſaria nuntiatio. Exempla ſunt in leg. quemadmodum. ſupra ad legem Aquil. leg. ſed ſi inter. infrà. de ſeruit. vrb. l. ſi vitem. §. ad ianuam. infrà quod vi aut clã. Sed qua ex cauſa id permiſſũ ſit poſtea dicemus, is cui nuntiatum eſt, adit prætorem, oſtendit ſibi iure nuntiatum non eſſe: petit ſibi remitti, &c. leg. 5. §. is cui. hoc remedio temperatur rigor & ſeueritas nuntiationis. Prætor remittit non ſimpliciter, ſed cum exceptione, quatenus ius ædificandi habuerit. Nam apud Prætorem de iure litigatorum non diſceptatur: permittitur ei ædificare periculo ſuo, *à ſes perils & fortunes*. Et hoc ſatis expreſſũ eſt formula interdicti, leg. Prætor ait in princip. Idem dicitur in leg. non ſolum. 8. §. ſciendum. Sed clarius & luculentius in l. 1. de remiſſionibus. inf. Quæ lex cõiũgenda eſt cũ l. Prætor. Inſcriptio vtriuſq. eſt, li. 71. ad edict. Quędã alia hic annotãtur ab aliis, & prolixe diſputantur, quę nos cõſulto omittimus. Huius generis eſt diſputatio de pronomine demõſtratiuo. De particulis eatenus & quatenus: de qua hic mira ſcribunt Accurſ. & Accurſiani. Pari acumine diſſerũt de natura genetiui ad tit. ipsũ. Voluerũt credo oſtẽdere ſe non minus ſubtiliter de grãmatica quã de iure diſſerere. Inſpicite ſi lubet, ſcripta Alexand. Iaſon, Ruini, Croti, Alciati, & aliorum: tandem fatebimini non eſſe magiſtrum in artibus adeo acutum, ne in ipſo quidẽ collegio Montis acuti, quam iſti ſunt diſputando de genitiuo caſu. Sed omiſſis nugis iã ſeria tractemus.

Ad §. *Hoc autem.* Verba edicti ſignificant, id pertinere ad futura opera, vt facile colligitur ex formula interdicti, quæ ſubſecuta eſt edictum. Nuntiatur ne quid fiat. Si ante nuntiationem aliquid factum ſit, non reſtituitur, niſi vi aut clam factum ſit interdicto quod vi aut clam: aut niſi loco ſacro, &c. Proprij ſunt tit. de his interdictis. Mẽdoſa eſt lectio Norica in his verbis, quod vi aut clam, quod olim factum. Florentina rectior, quod vi aut clam factum erit. Ex hac vitioſa lectione arripuerunt occaſionẽ noſtri ſophiſtæ & grãmatiſtę garriendi de dictione, olim, non minus inepte, nec minus inſulſe quàm de cęteris dictionibus, de quibus dixi ſupra. Differunt igitur hæc duo interdicta de oper. noui nuntiat. & quod vi aut clam, quãuis multa habeant communia. Si quid factum ſit poſt nuntiationem vtrunque interdictum competit, l. ſi alius. §. ait Iulianus infra quod vi aut clam. Nec refert iure an iniuria, &c. l. 1. eod. titu. Interdictum quod vi, competit poſt ſimplicem prohibitionem, l. 1. §. quid ſit. infra quod vi aut clam. Imo etiam ſine prohibitione vlla, ſi clam, &c. in hoc interdicto requiritur ſolennis nuntiatio in ipſo opere, l. de pupillo. §. nũtiationẽ. infra, eod.

PRÆLECTIO II.

Diximus ſupra interdictum de no. oper. nuntiat. ad futura opera pertinere, &c. Oſtendimus quatenus concurrat cum eo interdictum quod vi aut clã. Apud Accurſ. citatur, in hanc rem l. Prætor. §. nõnulli. infra, in qua ſic ſcribitur in Pandect. Florent. *In factum eſſe dandatum, quam interdictum.* Sed alias oſtendi eum locum omnino pertinere ad actionem noui operis nuntiationem. Nam ſequor lectionem Florent. Nonnulli putant legendum, *Tam in factum eſſe dandã, &c.* Quorum verborum ſenſus eſt, Labeo putauit dandam eſſe actionem in hæredem, quatenus, &c. ſed in factum potius actio danda eſt quàm interdictum. l. potius quam interdictũ. Exempla vide apud Anto. lib. 4. emend. cap. 8. Actio in factũ datur plerunq; deficiente alis actione, l. quia. l. quoties. de præſcrip. verb. Hic reperitur antinomia ex l. 5. §. ſi quis ipſi Prætori. infra. eod. quod retro ædificatum erit deſtruetur, &c. Teſtatio præcedens facit vt ædificatum ante nuntiationem reſtituatur, nuntiatio ſequens retrotrahitur ad tempus proteſtationis. Sed de hac re alibi plenius. Notandus eſt locus de interdicto, ne quid in loco ſacr. Tit. eſt proprius infra, ne quid in loc. ſac. Vlp. ibi oſtendit prohibitorium eſſe, l. 1. neq. in loc. ſac. fiat. Alibi tamen Vlpia. ait etiam reſtitutorium eſſe, l. 2. §. locorum. neq. in loco. pub. In loco ſacro non ſolum facere vetamur, ſed & factum reſtituere iubemur: hoc propter religionem. Similis locus eſt Pauli in l. 2. de interd. ne quid in loco ſacro fiat, vel quod factum eſt reſtituatur. Sed in hac reſtitutione non quæritur an nuntiatum ſit, ſicut in hoc interdicto. vt hic Vlpia. oſtendit. Interdictum quoque de flumine publico reſtitutorium eſt, hoc autem extat deſcriptum, ſed mendoſe, l. 1. §. deinde. de fluminibus. Ita reſtitui aliquando: *Quod in flumine publico ripave eius factum, ſiue quid in id flumen ripãmve eius immiſſum habes quo ſtatio iterve nauigio deterius ſit, fiat, reſtituas.* Scripſi lib. 2. diſp. c. 15. Eſt & aliud interdictum huic ſimile in l. 1. §. penult. ne quis in flumi. pub. Alia quædã ſunt interdicta de fluminibus, ſed prohibitoria. Hoc reſtitutorium eſt, de quo Vlpianus noſter hic loquitur. Videte tit. de fluminibus & ſequent.

Ad §. *nuntiatio.* Docet Vlpia. quid ſit nuntiare, & quo modo nuntiatio fiat. Et ait non eſſe neceſſariam Prætoris aditionem. Qua tamen de re probabilis fuit dubitatio: quia non videtur conuenire homini priuato aliquid prohibere alteri, atque ita ius ſibi quodammodo dicere, l. extat. ſupra de eo quod met. cauſ. Sed hoc receptum eſt vtilitatis cauſa, quia aliter non poteſt cõſuli nuntianti. Sed hoc ideo receptum eſt, quia Prætoris authoritate factum intelligitur, propter eius edictum. Simile eſt in l. quæ ſub conditione. §. vlt. ſupra de cond. inſtit. De iureiurando remittendo non eſt neceſſe adire Prætorem. Semel enim in perpetuum à Prætore remiſſum eſt, nec per ſingula remittendum. Sic ſemel permiſſum eſt à Prętore edicto ſuo nuntiare, &c. huc pertinet quod dicitur in l. 5. §. meminiſſe. vbi diſtinguitur prohibitio Prætoris à nuntiatione, quamuis nuntiatio vulgo dici ſoleat. Sed hoc accuratius & fuſius ad §. meminiſſe. Oppo. l. 5. §. qui opus. vbi iuſiurandum auctore Prætore defertur, cum nuntiatur nouum opus: ergo Prætor interuenit. Sed non negamus adire poſſe: hoc tantum dicimus, neceſſarium id non eſſe: deinde poſt nuntiationem aditur Prætor, hac l. 1. §. & poſt operis. Is cui nuntiatum eſt, adit Prætorem, vt eo auctore iuretur. Prætore auctore dirimuntur controuerſiæ, quæ oriuntur inter nuntiantẽ & eum cui fit nuntiatio. Et eſt ſimile eſt exemplum in l. non ſolum. §. ſed vt probari. In ipſa autem nuntiatione neceſſe non eſt interuenire Prætorem. Quinimo videtur nunquam

opus

op' eſſe Prętoris auctoritata in hac re:tantũ abeſt vt neceſſe id ſit in nũtiatione. Nã licet mihi ꝙ in meo factum eſt deſtruere. Idque probatur variis locis iuris ciuilis de quibus aliquid attigi ſupra. Vnus eſt in l.quẽadmodum.ſupr. ad leg. Aquil. Aquæductus per domũ traiectus interciditur proprio iure. Seuerus enim reſcripſit iure ſuo poſſe eum intercidere. Alius locus in l. ſed ſi Inter.ſupr.de ſeruit.vrb.prædio. Immiſſum in ædes meas poſſum perdere. Alius locus in l.ſi vitem.§. ſi ad ianuam,infr.quod vi aut clam. Tabulas mihi refigere licet quæ ad ianuam meam fixæ ſunt. De hoc more tabularum affigendarum ſcripſi lib.2.diſp. c. 40. Alius locus in l.1. C. vt nemi. lice. ſine iud. auctor. ſigna reb. imprimere. vbi dicitur ea ſigna liceta detrahere. &c. Alius locus in l.quamuis.50.infr.de acq.rer. domi. Alius in l.ſi in area. ſupra de cõdic. in deb. vbi licet mihi occupare ædificium quod in area mea poſitum eſt. Qui in litore publico vel mari ædificat, manu & vi prohiberi poteſt. Decretum, inquit, Prætoris adhibendum eſt, imo etiam manu prohibendus eſt, ſi cum incommodo cæterorum id faciat. His locis admonemur licere nobis ſine Prætore aut magiſtratu deſtruere, &c. Et vulgo receptum eſt, hoc locum habere cum quis ædificat in ſolo meo, & à me poſſeſſo. Nam ſi non poſſideã, quamuis ſim dominus, neceſſaria eſt nuntiatio, &c. Licet enim poſſeſſionem ſuam vnicuique defendere, leg. 3.§.cum igitur.de vi arma. Verum hęc opinio, quæ vulgo recepta eſt, non caret ſcrupulo: & videntur iuris auctores ad dominum reſpicere, etiamſi quis poſſeſſor non ſit, in l.ſed ſi inter. Si in ædes meas proprias immiſſum ſit. in leg.quemadmodum. Per cuius domum traiectus erat aquęductus. Et paulo poſt, Intereſt enim quod hic in ſuo protexit, ille in alieno fecit. Docet quid interſit inter protectum & aquęductum. in l.ſi vitem.§.ſi ad ianuam meam. in leg.ſi in area. ædificium in area ſua ab alio poſitum dominus occupat. In his omnibus locis verba referũtur ad dominũ non ad poſſeſſorem, nec vlla mentio eſt poſſeſſionis. Itaque recte dicemus, & ex ſententia veterum, ſi quis aliquid fecerit in meo ſolo, id me, poſſe iure meo deſtruere. Nec ideo inutile iudicandum eſt nuntiationis remedium: ſi quis forte non auſit vel non poſſit demoliri. Et ponderandum eſt quod dicitur in leg.ſed ſi inter. Tecum mihi agere licet, aut rem perdere, quia conceſſa electione horum remediorum plenius nobis conſulitur. Verum tamen eſt & poſſeſſionis quoque rationem aliquã habendam eſſe. Nam is qui poſſidet deſtruere poteſt, licet dominus non ſit, l.1. & 2. Cod. vt nemi. lice. ſine iud.auct.ſigna rebus impri.alienan. Rebus apud tu conſtitutis.l.1. Rebus quas alius detinet, l.2.defenſio eſt permiſſa, &c.d. l.3.§.cum igitur,&c. Eadem ratione ductus exiſtimo, ſi quis ædificauerit in ſolo à ſe poſſeſſo, non licere ne domino quidem id diruere: quia deiiceret dominus poſſeſſorẽ de poſſeſſione, & iuſta eſſet aduerſus eũ defenſio, d.l.3.§.cũ igitur. de vi & vi arma. Dominus tamẽ expellit emphyteutã, quia poſſidet ciuiliter, l.2.C.de iure emphyteut.l.male agitur.Cod.de præſcrip.30.anno. Excipitur caſus in l.oſſa. ſupra de religio. Non licet domino loci eruere vel effodere oſſa ab alio illata, vel corpus ſine decreto pontificum, ſeu iuſſu principis. Religio eſt, ne corpus iuſtæ ſepulturæ traditum, id eſt terra conditum inquietare. l.diui. eo.tit. Alia exceptio eſt in l.1.Cod. de interd. Si radices egerit arbor quæ fundamẽtis domus meæ noceant, neceſſaria eſt magiſtratus auctoritas, nec mihi licet exſcindere. Non enim quicquam poſitum eſt in meo, ſed radices naturaliter excreuerũt. Nam etſi arbor pendeat in meũ, &c. experiẽdũ eſt interdicto. l.1. infra, de arbo. cędẽ. Saltẽ ſi vis mihi afferatur excidere volẽti. Et ſane multũ refert an quid ponatur in meo ſolo, an vero ita ponatur vt impendeat in meum, d.l. quemadmodum. ſupra ad leg. Aquil. Ex iam dictis exiſtunt multæ & variæ quæſtiones. Sed in his digreſſionibus modus eſt ſeruandus, ne omnia docendo, nihil doceamus.

Sequitur, *Nuntiationem & noſtro & alieno nomine facere poſſumus.* Hoc videtur intelligendum de procuratore, non de eo qui ſine mandato nunciat. Id colligitur ex aliis locis huius ti.l.5.§.qui procuratorio.l. cum procurator.13. Oppo. l. prohibere. infra quod vi aut clam. Seruus mercenarius prohibet & denuntiat. Reſpondeo diſſimilia hæc Interdicta eſſe, vt iam ſupra admonui. Hæc nuntiatio maioris momenti eſt quam illa prohibitio. Hac nuntiatione acquiritur noua actio nuntianti, quam alias non haberet. Vbi prohibitio facit, vt vi factum dicatur, quod alias clam factum eſſet. Interdictum illud non minus competit ob clam factũ, quàm ob vi factum. Hæc eſt vera ratio diuerſitatis, quę colligitur ex verbis ipſius l. prohibere. infra quod vi aut clam. Nec ratio eſt aliunde ſcrupuloſius inquirenda, vt fit à quibuſdam, ne videantur parum acuti & ſubtiles eſſe. Obſeruatur hic locus communis de iis quæ geruntur nomine alieno. Sed nullus ſeruatur modus in hac diſputatione. *Obſeruatio loci communis.*

In verbis, Item nuntiatio.

PRÆLECTIO III.

Coepit docere Vlpian. quomodo fiat nuntiatio: nũc addit poſſe fieri omnibus diebus. Nã de feriatis diebus poterat dubitari, quibus ceſſant lites iudiciariæ, l.1.ſupra de feriis. Sed iam dictum fuit hãc nuntiationem fieri ſine aditione prætoris. Itaque extra ius fit, non in iure, &c. Et ſi adeundus eſſet prætor, tamẽ poſſet adiri feriatis diebus: quia de plano id petitur, non pro tribunali, cum cauſæ cognitionem id nõ requirat. arg. eſt l.2.ſup. quis ordo in bon. poſſ. ſerue. Bonorum poſſeſſio quæ de plano petitur, quocunque die petitur: quæ cauſæ cognitionem deſiderat, pro tribunali nõ põt peti, niſi diebus ſeſſionũ. Similis locus in l.miles.§. ſexaginta de adulte. in ſexaginta dieb. numerantur dies feriati, quoniam de plano libellus dari põt. Quid ſi feriæ ſint inſtitutæ ob cultũ diuinũ, veluti dies dominicus & alij huiuſmodi dies feſti? Nã his diebus lites ceſſare debent, l.vlt.C.de feriis. Nihil valet quod actum eſt, etſi conſenſerint litigantes, c. vlt. de feriis, in decret. Variæ hic ſunt opiniones: verum magis aſſentior iis qui putant nuntiationem iis diebus permittendam eſſe propter vtilitatem: quia periculum eſt ne alias ad manus & arma veniatur. Nam his feriis aguntur ea quæ differri ſine magno incommodo non poſſunt, l.3.Cod.de feriis. quæ celeritatem deſiderant, cap. vlt. de feriis, in decret. niſi neceſſitas vrgeat vel vtilitas ſuadeat. Exemplum eſt in cap.licet. eodẽ titulo. vbi permittitur halcees piſcari, quia piſcatio differri non poteſt. Hinc Scæuola interrogatus aliquando, quid feriis agi liceret: reſpondit, quod prætermiſſum noceret. Refert Macrob.lib.1.Saturnal.cap.16. Hæc de feriis dicta à nobis videntur ſufficere ad id quod inſtituimus. Alij quæſtiones multas tractant de his feriis, ſed extra rem, quia non eſt nunc locus de his diſſerendi. Sed mos hic eſt vulgarium interpretum, vt omnia in omni loco dicere ſtudeant. Dicunt non quod dici debet, ſed quod dici poteſt quacunque arrepta occaſione. Quod eſt maxime vitioſum in interpretando iure ciuili. *Diebus feriatis quæ non poſſint expediri.*

Ad §. *Et aduerſus abſentes.* Quod ſequitur pertinet & ad rationem nuntiationis faciendæ, &c. aduerſus abſẽtes, & ignorantes, &c. Quod tamen videtur durum atque adeo iniquum eſſe prima facie. Nam hoc edictũ pœnam continet, quam ſubire abſentem & ignorantẽ graue eſt. l.vltim.de decret.ab ordi.facien. Hic eſt no-

dus ſubdifficilis, cuius diſſoluendi cauſa interpretes multa comminiſcuntur. Animaduertendum eſt quod dicitur in l.operis. 10. hoc tit. hanc nuntiationem fieri in rem. Nuntio ne quid operis hic fiat: nõ ita, Ne quid facias. Formula interdicti hoc oſtendit. l. prętor. 10. Ergo nihil refert cui nũtietur, &c. vt dicitur in l.5.§.nuntiari. Modo poſſit domino nuntiari. Idem in d. l. operis. 10. & l. ſeq. infãti & furioſo. Nõ eſt ergo mirum quod de abſente & ignorante hic dicitur. Sufficit nuntiatũ eſſe iis qui poſſunt renunciare. Nec refert, an renuntiauerint domino, d.l.5.§ nuntiationem. & is de ſe cõqueratur qui fabros aut miniſtros negligentes adhibuit. Ideo volunt Iureconſul. in ipſo opere nuntiari, ne alias ignorantia noceat, d. §. nuntiationem. & ſeq. Itaque nocet ignoranti domino, ſi recte facta fuerit nuntiatio. Et hoc eſt expreſſum conſtitutione pontificia, c.2. de oper. noui nuntia. Quęritur apud Accurſ. an minor poſſit reſtitui, ſi forte ædificauerit ſpreta nõtiatione, ſi minor interdicto reſtitutorio cõueniatur? Accurſ. ait non reſtitui, quia reſtitutio ei noceret magis quam prodeſſet. Nam ſi res reponatur in eum ſtatum in quo erat tempore nuntiationis, diruetur ædificiũ: quod nõ expediet minori, qui forte ius ędificãdi habet. Sed tamẽ poteſt ita peti reſtitutio vt nõ poſſit ei nocere, verbi gratia: Si petat ſe reſtitui aduerſ' negligentiam, quia neglexit adire prætorem & petere remiſſionem, aut ſatiſdare. Nam minor aduerſus negligentiam ſuam reſtituitur. l. minor 37. de minor. Nõ petit reſtitui opus factum, vt Accurſ. & quidam alij ſõniãt. Hęc ergo ratio Accurſiana nulli' eſt apud me põderis. Alij aliis argumentis reſtitui non debere contendunt. Vnum eſt quia in delictis minor non reſtituitur, l. ſi ex cauſ. §. nunc videndum. de minorib. l. auxilium. eod. titu. At delictum eſt contemnere prætoris auctoritatem. Item eccleſiæ non ſucurritur quæ maxime fauorabilis eſt. c.2. de noui oper. nunt. Ergo nec minori. Præterea in hoc interdicto quæritur de poſſeſſione & reſtitutione eiuſdem. Ergo non poteſt referri quæſtio de proprietate. Omnes huiuſmodi exceptiones differri debent in iudicium petitorium, l. ſi quis ad ſe fundum. Cod. ad leg. Iul. de vi publ. Minor petit reſtitutionem hoc colore quod habeat ius ædificandi, &c. His argumentis redditur hæc opinio probabilis. Quam & ego probo, niſi quatenus magna aliqua & grauis cauſa prætorem mouerit: quo caſu poterit minor in integrum reſtitui. Reſtitutio in integrum fere pendet ex arbitrio prætoris, l.1. de minor. Vti quęque res erit animaduertam. Sit hæc hypotheſis: Minor contendit ſe habere ius ædificandi. Item ſe negligentem fuiſſe in petenda remiſſione, aut præſtanda ſatiſdatione. Ædificaſſe ſe poſt nuntiationem errore aliquo magis quàm dolo: quia putabat id ſibi permiſſum eſſe propter dominum ſuum. &c. Opus factum eſſe magno ſumptu, nec poſſe dirui ſine graui incommodo. Circumſtantiæ hæ mouere debent prætorem, qui æquum & bonum ſequitur in reſtitutione, &c.

Ad §. *In operis.* Magnus eſt effectus nuntiationis, vt iam oſtendimus ſupra, quia ſiue iure ſiue iniuria, &c. Verum ea nuntiatio aliquod incommodum affert nuntianti, quia poſſeſſionem amittit, eamque transfert in aduerſarium. Quod videtur durum & inciuile, cũ nũtiatio fiat iuris noſtri cõſeruãdi gratia. §. nũtiatio. infra l.5.§. ſed etſi in ædes. Ergo non ex ea ſequitur iuris amiſſio & priuatio. arg. l. quod fauore. C. de legib. Eſt autem graue poſſeſſionem amittere, §. commodum. Inſtit. de interdict. Sed hoc aperte expreſſum hic eſt, item in l.5.§. meminiſſe. Alibi dicitur poſſeſſorem conſtitui hoc ipſo quod ſatiſdedit, l. ſi alius. §. ait. Iulianus. quod vi aut clam. Vulgus interpretum varias comminiſcitur rationes. Probo ſententiam eorum, qui putant in eum poſſeſſionem transferri, quia ſatiſdanti permittitur ædificare, aut ei qui à prætore petit remiſſionem, l. prætor. infra eod. Qui ſcit eum cui nuntiatur poſſe ædificare ſatiſdando vel adeundo prætorem, non videtur habere animum poſſidendi, niſi aliud appareat. Poſſeſſio amittitur animo, l.3.§. in amittenda. infra de acquir. poſſeſ. Cur nõ idem in lapilli iactu & prætoria prohibitione? Quia non permittit ædificare ſatiſdanti aut remiſſionem petenti. Nullo iure id cautum reperitur. Prætor loquitur in edicto de nuntiatione, l.1. in ff. at nuntiatio ab aliis duabus diſtinguitur, dict. §. meminiſſe. Sed de his plenius diſſeremus ad §. meminiſſe. vbi etiam tractabitur illa quæſtio hic agitata: An poſt nuntiationem liceat propria auctoritate opus deſtruere.

In verbis, *Sed & ſi is.* Interpretatur Vlpia. quod ante dictum fuit, ſiue iure, ſiue iniuria. In interdicto hoc non quæritur an ius habuerit ædificandi, &c. Quid ergo ſi is cui nuntiatum eſt velit experiri confeſſoria actione ius ſibi eſſe, Ita ædificatum habere? Contendit ſe habere ius ædificandi ob ſeruitutem conſtitutam. Quo caſu agitur confeſſorie, §. æquè, Inſtit. de actio. l.2. ſupra ſi ſeruit. vind. Sic vnus experiri vult interdicto, alter ex aduerſo actione confeſſoria, quæ eſt petitoria. Vterque in iure eſt coram prætore, cuius iuriſdictioni ſe committunt poſt nuntiationem. §. prox. Prætoris eſt actionem dare ac denegare. Vtri ergo daturus eſt, aut negaturus? Vlp. ait, &c. Non debet actio dari per quam præiudicium fiat interdicto reſtitutorio, l. ſi quis ad ſe fundum. C. ad leg. Iul. de vi publ. hinc vulgare illud, Spoliatum ante omnia reſtituendum eſſe, cap. in literis. de reſtit. ſpol. Quidã intelligunt hæc verba de interdicto. Vti poſſideris. Sed qui experitur eo interdicto, non contendit de iure, ſed de facto, id eſt de poſſeſſione, d.l.2. ſi ſeruit. vind.

Ad §. Poteſt autem.

PRÆLECTIO IIII.

HÆc verba pertinent ad rationem nuntiationis faciendæ, ſicut ſuperiora. Non eſt neceſſe exprimere certum opus. Poſſe nuntiare generaliter, etiamſi ignorem quod opus fiat: nullum quidem opus facere licet. Addit Accurſ. dummodo habeat inſtar quoddam operis. Citat l. ſtipulatio. §. opus. infra eo. & hoc dicit Accurſ. conciliandi cauſa, ne alias hæc videantur repugnantia & contraria. ſed falſa eſt hæc Accurſij opinio. Nam poſt factum opus fruſtra fit nuntiatio. §. hoc autem. ſuprà. fieri debet nuntiatio antequam ſit factum opus. Imo ſi nihil adhuc factum ſit, nuntiatio fieri poteſt, & hoc probatur multis locis ſub hoc titulo. Vnus eſt in l.5.§. nuntiationem. Siue quis ædificet, ſiue quis inchoet ædificare. Alius eſt in l. non ſolum. §. a. Si quid operis iam factum erat. Non obſtat d.l. ſtipulatio. §. opus. Nam videndum eſt quorſum id Vlpia. dixerit. Quod cognoſcitur ex iis quæ antecedunt & ſequuntur. Loquitur de commiſſa ſtipulatione, ex qua petitur quanti ea res eſt. Et ait eam ſtipulationem committi cum opus factũ eſt, &c. Non eſt hoc ſcriptum ab Vlp. vt oſtendat quando nuntiendum ſit. Eſt enim nuntiendum antequam fiet, & cum quis inchoat ædificare. Nec vlla ratio iuris id probibet. Sed durum viſum eſt actionem dari ob vnum aut alterum cęmentũ. Hoc fefellit Accurſiũ, quod nõ animaduertit quò hęc referri debeãt. In hac lege Vlp. interpretatur edictũ, lib. 52. ad edict. & docet quãdo nuntiandũ ſit. In l. ſtipulatio, interpretatur ſtipulationem prætoriam de qua dixi-

iaſ-

Digitized by Google

inſcribitur, lib. 80. ad edictum, vbi tractatum fuit de prætoria ſtipulatione.

In verbis, *Et poſt operis.* Oſtendit Vlpia. etſi in nunciatione non ſit neceſſaria prætoris aditio, tamen poſt nuntiationem, &c. Alioqui iniquum eſſet hoc remedium. Licet homini priuato prohibere & impedire ne nouum opus fiat. Idque interim dum decreuerit prætor, &c. per modum prouiſionis, vt vulgo loquimur. Hinc intelligitis quid ſit committere ſe iuriſdictioni: quod Accurſ. inepte interpretatur. Nam totum hoc negotium quaſi prætore auctore agitur, quãuis prætor non interueniat, l. prætor. §. 1. Ergo quieſcere & ceſſare debet is cui nuntiatum eſt, donec aliquid decreuerit prætor. Ac vi ipſa id continetur nuntiatione, quamuis ſimpliciter nuntiatum ſit. Eſt autem ridicula interpretatio Accurſ. qui ait eos ſe committere, quaſi compromittant, &c. Hinc quæritur an poſſit eligi arbiter prætor, vel iudex qui de re cognoſcit. Et iudici hoc prohibitum eſt lege Iulia. ſed ſi ſeruum ſup. de recep. Sed quod hic dicitur, nihil habet commune cũ compromiſſo. Æquè alienũ eſt à propoſito quod hic tractatur de prorogatione iuriſdictionis: An liceat ſe ſubmittere alienæ iuriſdictioni, de quo ad l. 1. ſupra de iud. Longè enim aliud hic agitur. Verba Vlpia. nullatenus ad eã ſubiectionem, ſeu vt ipſi loquuntur, prorogationem pertinent.

Sequitur, *Inde quæritur.* Ex eo quod dictum eſt totum negotium hoc agi auctore prætore, naſcitur quæſtio, an liceat paciſci, &c. Cauſa dubitationis eſt, quia contra edictum prætoris non licet paciſci. Ait tamen Vlpian. licere. Et hoc declarat plenius in l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. ſup. de pact. Nec diſſimile exemplum eſt, in l. vlt. ſup. famil. erciſcun. Vbi hæreditas diuiditur ſine arbitro: poſtquam iudicium familiæ erciſcundæ acceptum eſt: quia hoc non pertinet ad ius publicum, &c. Notandus eſt igitur locus communis de conſenſu litigatorum, de quo nuper dixi, ad l. ſi conuenerit. de re iudic.

Ad §. *Opus nouum.* Interpretatur Vlpia. edictum propoſitum de noui oper. nuntia. Cautum eſt edicto ne quid noui operis fiat poſt nunciationem niſi remiſſa ſit, &c. Si quis aliquid demoliatur, an teneatur ex hoc edicto? Videtur nullum opus eſſe, imo deſiit eſſe opus quod prius erat. Sed Vlpia. oſtendit hanc demolitionem, ſeu detractionem ad edictum pertinere: quocunque modo quis priſtinam faciem operis mutet, ſiue ædificando, ſiue detrahendo. Huc pertinet quod dicitur in l. prætor. §. ſiue autem. Idem dicitur in interdicto, quod vi aut clam. l. ſi alius. §. vlt. & leg. ſequen. Ex quo apparet quomodo locus vacuus accipi debeat in l. prætor. §. ſiue autem.

Ad §. *Hoc autem.* Alia eſt interpretatio edicti. Oſtendit pertinere ad ea opera quæ in ſolo fiunt. Quod an fuerit expreſſum edicto prætoris, non eſt certum. Eadem eſt interpretatio interdicti quod vi aut clam. l. ſi alius. §. notauimus. infr. quod vi aut clam. Vbi Vlpian. demonſtrat interdictum ſimpliciter conceptum eſſe ſine mentione ſoli, &c. Quod vi aut clam factum eſt, id reſtituas. l. 1. in ff. eod. tit. Sed in edicto de ea re propoſito fortaſſis aliquid expreſſum fuerat. Nec ſatis eſt credibile, Iureconſultos ita reſtrinxiſſe edictum interpretatione ſua. In formula interdicti non fuit neceſſe id exprimere, quia additur, Qua de re agitur. At ex edicto apparet, non reddi interdictum niſi de iis, quæ in ſolo fiunt. Interdicti igitur interpretatio colligitur ex ipſo edicto.

Sequitur, *Idcirco placuit.* Exempla ſunt operum quæ non fiunt in ſolo, vbi nulla difficultas eſt, niſi in arbore ſucciſa. Nam qui ſuccidit arborem, videtur in ſolo facere. Atque interpretatur Vlpia. ipſe, in l. ſi alius. §. notauimus. Difficilis eſt antinomia. Variæ ſunt opiniones, inter quas magis eſt recepta opinio eorum qui diſtinguunt hoc interdictum ab interdicto, quod vi aut clam. ſupr. eo. §. 1. Sed hæc opinio non videtur conuenire verbis Vlpia. in d. §. notauimus, ait enim, qui arborem ſuccidit teneri interdicto, quia interdictum pertinet ad ea, quæ in ſolo fiunt. Id autem in ſolo fieri dicitur. At eadem eſt ratio huius interdicti, quia pertinet ad ea quę in ſolo fiũt, &c. Mihi autem videtur nata hæc difficultas ex ambiguitate verborum. Pro cuius declaratione animaduertendum eſt, ex ſententia Vlpia. in d. §. notauimus, referre cur arborem quis cædat, an fructus gratia, an alia ratione. Ait, Qui fructum tangit, non tenetur interdicto, vt ſi quis cædat arborem quæ cædua eſt. Eſt enim in fructu. l. fructus. §. ſi fundum. ſolut. matri. Deinde ait Vlpia. in eodem loco, Terræ enim, & quodammodo ſolo ipſi corrumpendo manus infert. Ex quo apparet aute ſentire de arbore ita cæſa vt quaſi ſolum corrumpatur. Quia non cæditur, vt inde fructus quæratur, ſed alia vtilitas. Idemque ſentit de ſalicto & arundine. Et eodem modo eſt diſtinguendum. facit l. ſi immaturam. 18. eo. titu. Ergo ſucciſa arbor ad illud interdictum pertinet. Et idem eſt dicendum de hoc interdicto, itaque Vlp. loquens de iis quæ in ſolo non fiunt, recte vtitur hoc exemplo, in lege noſtra. Et alibi loquens de iis, quæ fiunt in ſolo, non male vtitur eodem exemplo. Facit l. in ambigua. de legib. Deinde ambiguitatem declarant verba antecedentia, & conſequentia, l. hæres palam. de teſtam. l. ſi ſeruus plurium. de leg. 1. l. nummis. de leg. 3. de eo qui meſſem facit, & vineam putat. hæc fructuum quærendorum cauſa fiunt.

Ad §. Si quis ædificium.

PRÆLECTIO V.

Dictum fuit ſupra quid ſit nouum opus facere. Inde naſcitur quæſtio, de eo qui fulcit, &c. Sic enim eſt legendum, vt in Florent. Alij legunt, reficiat, ſed male, vt oſtendunt verba ſequentia, Veteri ſuſtinendo, &c. Supponuntur tibicines ſuſtinendo ędificio, *des eſtayes.* Vlpia. igitur ait nõ facere nouum opus. Nihil addit neque detrahit quo mutetur priſtina facies, &c. Quãuis ſubtiliter dici poſſit aliquid noui hic fieri, quia alius eſt ſtatus rei, &c. Ac idcirco Vlpian. ait magis eſſe, id eſt probabilius eſſe, æquius eſſe, &c. Quid dicemus de eo qui reficit? Variæ hic opiniones reperiuntur, & nata eſt hæc varietas ex amphibolia, de qua mox dicemus. Quidam contendũt refectionem ad hoc edictum non pertinere, & hic legunt, Reficiat. Mouentur hoc argumẽto præcipuè. Quia qui reficit, nouum opus non facit. Qui reficit non mutat priſtinum ſtatum & formam operis, ſed immunitam potius & corruptam reſtituit. l. 1. de via pub. tit. 10. l. 3. §. reficere. de itinere actuq; priuat. tit. 18. l. 1. de riuis. tit. 20. Huic opinioni ſolet addi exceptio, niſi ędificium quod reficitur omnino deſtructum fuerit, dicitur aliud ædificium. l. inter ſtipulãtem. §. ſacram. de verb. oblig. Si domus vſq; ad areã depoſita fuerit, alij exiſtimant locum eſſe nuntiationi. Quibus ego magis aſſentior. Quaſi nouum opus hic factum ſit & mutata facies operis. Argumentum ſumitur præcipue ex l. 5. §. ſi quis riuos. infra eo. Ineptum eſſet quærere an nuntiatio locum habeat cum reficiũtur riui, ſi reficiens nouum opus non faceret. Hoc argumentũ non leue eſt, fatentur nonnulli ex aduerſariis, nihil ſe habere, quod reſpondeant. Sed tamen permanent in errore eodem: quia non habent quid reſpondeant argumentis alterius partis: nam reficere (vt iam dixi) eſt priſtinam faciem operis reſtituere & inſtaurare. Ego

ſcio natum eſſe hûc errorem ex amphibolia. Verbum, nouum opus, ambiguum eſt, item vetus, quod opponitur nouo. Sed in ambigua oratione accipiẽda eſt ea interpretatio quę rei cõueniẽtior eſt, l. quoties idem. de reg. iur. Magis autem conuenit rei quam tractamus, vt nouum opus facere dicamus, eam formam operis mutare, quæ tum fuit cum fieret nuntiatio. l. ſi ſtipulatio. §. opus. Arg. eſt quod dicitur, Nihil nouari appel. interpoſ. infra in Tractatu de appellationibus. c. non ſolum. de appel. in. 6. vbi quid ſit nouare videndum eſt. Si id intellexerimus, facile etiam intelligemus quid ſit nouum opus, &c. Certum eſt rationem haberi eius tẽporis quo appellatio eſt interpoſita. Qui igitur reficit poſt appellationem, dicitur nouare. Aliquid noui fecit habita ratione temporis quo appellatum eſt, quamuis reſpectu anterioris temporis poſſit dici nihil nouum facere. Nõ audietur dicens ſe nihil nouum feciſſe poſt appellationem, quia vetꝰ ædificium reſtituit & inſtaurauit. Sic in nuntiatione eſt dicendum quæ ſimilia eſt quadantenus appellationi. Vt nouum aut vetus dicatur habita ratione tẽporis quo facta eſt nuntiatio, etſi reſtituatur in eum ſtatum in quo fuit decimo anno ante appellationem. Sed oportet inſtar quoddam operis factum, vt iam dixi. Nam qui vnum aut alterum cęmentum imponit reficiendi cauſa, &c. d. l. ſtipulatio. Quod ex aſpectu iudicari poteſt ab homine qui ſenſu communi & mediocri iudicio præditus eſt. Item qui fulcit non dicitur nouum opus facere. Propter tibicines ſuppoſitos non videtur mutata facies operis, quæ tum fuit cum nuntiatio eſt facta. Recte ergo contemnitur talis nuntiatio, ſicut & cum nuntiatur ne meſſis ſet.

Sequitur: *Sine autem.* Interpretatur eandem partem edicti de opere, &c. Sufficit opus factum eſſe in ſolo. Nec diſtinguitur ſolum vrbanum à ruſtico. Plerique diſputant, quid interſit inter oppidũ & villam. Videte l. pupillus. §. vrbs. & ſeq. de verb. ſignif.

Ad §. *Nunc videamus.* Differit Vlp. via & ratione de nuntiatione noui operis, & incipit à cauſis. Nuntiatio fit, &c. Similis eſt diuiſio Pedij, in l. 5. §. Sextus. Nos autem breuius diuidere poſſumus. Nam cauſa eſt, aut priuata, aut publica. De cauſa priuata exempla ſunt vulgaria. De publica, exempla hic traduntur ab Vlpia. Si quis ædificet in loco ſacro, religioſo, publico. Interdicta ſunt propoſita, & tituli proprij in tractatu Interdictorum. hoc caſu ciues omnes nuntiant. l. 3. §. vlt. Inde naſcitur quæſtio, Si quis ædificet in mari, aut in littore maris. Ait Vlp. locum nõ eſſe nuntiationi. Acquiſitur eo modo, quo res aliæ quæ fiunt occupantium, Inſtit. de rer. diuiſio. l. quod in littore. 14. de acquir. rer. dom. Qua ratione contendunt Veneti ſe liberos eſſe, nec ſubiectos Roman. Imperio. Fundarunt ciuitatem ſuam in ſinu maris Adriatici. Ædificium hic non cedit ſolo ſecundum regulam l. e. Cod. de rei vind. Notant aliqui hoc caſu poſſe ſperni nuntiationem. Si quis nũtiationem. Si quis nuntiet alicui ne ædificet in littore maris. Et quod dicitur ſiue iure, ſiue iniuria, in 10. ſic intelligunt, cum ex cauſa legitima nuntiet, puta propter dominium. Quamuis forte dominus non ſit, tamen interim eſt quieſcendum. Sed an vera ſit hæc opinio, dicemus alibi. Nota obiter locum communem de modo ædificiorum, quamuis dicatur, cuius eſt ſolum, eius eſt vſque ad cœlum. l. altius. de ſeruit. Modo quis non excedat modum legibus definitum. Alias dixi de his legibus, ad l. qui luminibus. de ſeruit. vrb. prædio. Huiuſmodi fuit lex Auguſti. cuius meminit Strabo lib. 5. ne quis excederet pedes 70. Id propter periculum ruinarum. Similis fuit lex Traiani vt author eſt Sextus Aurelius Victor.

Ad §. *Iuris noſtri*, & ad §. *Vſufructuarius*. Redit ad primum membrum diuiſionis de cauſa priuata. Ad quem ea res pertinet, vt oſtendit, non tantum domino, l. verbum illud pertinere. de verb. ſignif. Huiuſmodi eſt ſuperficiarius. l. 3. §. vlt. Is qui ſeruitutem habet. l. 1. de remiſſio. Creditor, l. creditor, & alij ſimiles de quibus dicemus ſuo loco. Inde quæritur de fructuario. Eſt ſeruitus perſonalis. l. 1. de ſeruit. Nuntiat alieno tantum nomine. Eſt veluti cuſtos proprietatis. l. 1. §. vlt. vſufr. quẽadmodum caueat. Procuratorio nomine non nuntiat domino prædij. Abſurdum eſt meo nomine quenquã mihi nuntiare. Idem ſibiipſi nuntiaret.

Ad l. Si autem. 2.

PRÆLECTIO VI.

Diximus de vſufructuario, & §. vſufructuarium. ex quo quædam obſeruanda ſunt, ideſt, Vſufructuarium nuntiare ſuo nomine non poſſe, ſed tantũ proprietarij nomine. Contraria autem videtur ſententia Iuliani ſub titu. de remiſſio. Iuliano placet fructuario vindicandarum ſeruitutum ius eſſe, ſecundum quod opus nouum nuntiare poterit vicino, &c. Verum Iuliani ſententia intelligenda videtur ſecundum hanc diſtinctionem, l. non eſt nouum. ſupra de legib. Verum eſt nuntiare poſſe. Secundo obſerua vſufructuarium haberi quaſi procuratorem domini. l. 1. §. vlt. vſufr. quẽadmod. caueat. Eſt quaſi procurator quidẽ in rem ſuã. An idem ſit ius in colono ſeu inquilino, mox dicemus ad l. 3. Tertio nota locum communem de confeſſoria actione qua vindicetur ſeruitus, de qua duo ſunt tituli: Si vſusfr. peta. Si ſeruit. vind. in hanc actionem venit & id quod intereſt. l. 4. §. 1. ſi ſeruit. vind. Quarto nota vſufructuarium domino prædij inutiliter nuntiare. Rationem iam reddidi: quia idem ſibiipſi nuntiaret, quod eſt abſurdum: & not. eſt, inutilem eſſe hanc nuntiationem & ſperni poſſe. Quod dicitur poſt nuntiationem nihil faciendum eſſe, &c. accipiendum eſt ſi valeat nuntiatio. Contingit multis ex cauſis vt nulla ſit nuntiatio. Exemplum eſt in l. de pupillo. in princip. aliud autem in §. nuntiationem. aliud in §. ſi quis nuos. eadem lege. aliud in l. qui viam. 14. Dixerit aliquis, nihil referre an ius ædificandi habeat is cui nuntiatum eſt, l. 1. in princ. l. prætor. §. ait prætor. id eſt, an ſit dominus ſoli in quo ædificat. Exempli gratia, ſpectatur id quod intendit nuntiator, licet forte verum non ſit. Contendit ſe dominium habere aut ſeruitutem, cùm neutrum habeat. Tamen parendum eſt, niſi impetrata fuerit remiſſio. Sed ſi forte peccatum ſit in nuntiatione facienda, &c. non eſt neceſſe parere, & poteſt contemni. Vt cum fructuarius nuntiat domino ne ædificet, nec vllam adfert cauſam niſi quia vſumfructum habet. Atque ita intelligendum eſt, quod dicitur in l. 1. in princ. Quatenus prohibendi ius is qui nuntiaſſet, nõ haberet. Quibus verbis ſignificat Vlpia. remiſſionem valere cum ius prohibendi non habet, ſcilicet veritate inſpecta, vt Accurſi. ait. quem alij ſequuntur. Nam vt idem Accurſ. animaduertit ambiguitas quædam eſt in his verbis, Poſſunt intelligi cum nuntiatio eſt nulla ipſo iure. Quia forte peccatum eſt in ratione nuntiandi. Et hic ſenſus abſurditatem continet, & repugnat aliis locis de quibus dixi. Tunc enim inutilis eſt nuntiatio, nec eſt neceſſaria remiſſio. Fruſtra petitur remiſſio à prætore. Aliter poſſunt accipi ea verba cum in nuntiatione nihil peccatum eſt. Sed tamen veritate inſpecta non habet ius prohibendi. Quia nuntiat propter dominium quaſi dominus ſit. Cum tamen aliter ſe res habeat. Idq; cogniſcitur ex euentu litis. Interim remiſſio vtilis eſt ac neceſſaria ſi quis ædificare velit. Sic & accipienda eſt l. 1. de remiſſio. Remiſſionem ibi

demum

demum factam vbi nootiatio non tenet, id eſt, vbi verum eſt, eum nan habere ius prohibendi. Verum nuo eſt quod intendit, ſcilicet ſe dominum eſſe, aut ſeruitutem babere. Non eſt autem accipiendum cum nũtiatio ab initio eſt nulla, &c. Nam loquitur Vlp. de remiſſione quæ petitur à prætore. At eo caſu nulla petitur remiſſio, quia inutilis eſt nuotiatio. Hæc eſt vera interpretatio l. 1. de remiſſio. Nec ea quidem noua eſt, ſed recepta, probatáque ab Accurſ. & cæteris omnib. qui alicuius iudicij fuerunt. Quidam hoc intelligẽtes corruperunt verba Vlpis. in l. 1. de remiſſio. Cum ait, remiſſio vtilis erit, &c. legunt, inutilis, contra omnem rationem, & contra fidem omnium exemplarium, præſertim Florentinorum. Ego nihil mutandum cenſeo ex lectione Florentina & recepta. Nam verba bonum & idoneum ſenſum habent. Quo caſu vtilis eſt nuntiatio, remiſſio eſt vtilis & neceſſaria, ſi quis ædificare velit, vt cum fructuarius nuntiat vicino: non tenetur interdicto, nec in pœnam edicti incurret, ſuccumbit tamen in petitorio, quaſi male ædificauerit. At quo caſu nuntiatio eſt inutilis, remiſſio quoque eſt inutilis & ſuperuacanea, vt cum fructuarius nũtiat domino prædij. ſicut hic Iulian. ait. Quæſo quid his verbis clarius, quid rationi iuris conuenientius? Corrector tamen noſter, aut corruptor potius, & παραδοξότατος ait, aut hæc motanda eſſe, aut nullam eſſe ſcientiam, nullam diſciplinam iuris. His enim verbis vtitur, quibus nihil impudentius aut ſtultius dici poteſt. Si duo verba addidiſſet, fortaſſis vera fuiſſet diſiunctiua, aut nulla eſt in me ſcientia, nulla diſciplina iuris. Præterea notandum eſt poſſe fructuarium vindicare ſeruitutem. Obtinuit hæc ſententia Iuliani, quàm Vlpia. etiam refert ſub titu. de remiſſio. Marcel. notauit Iulian. l. 1. ſi vſoffru. pet. vbi Vlpia. refert opinionem Marcelli, nec eam probat. Itaque ſequẽdus eſt Iulian. cuius obtinuit ſententia: hæc omnia ſic debemus accipere, ac ſi à Iuſtin. ſcripta eſſent. In vno loco refert, quaſi hiſtoriã quandam, quid quiſque ſenſerit. In alio exprimit, quid ipſe ſentiat. Coniungi hæc debent: ac perinde accipi, ac ſi poſt relatas opiniones ſtatim ſubiiciat Iuſtinian. quid magis probet, &c. Et ſimilia exempla crebro occurrũt legendo. Quædam alia hic tractantur de ſeruitutibus. Sed de iis dicemus ad l. qui viam.

Ad l. In prouinciali. 3.

INterpretatur Vlpian. quod prius dictum fuit nuntiationem competere, iuris noſtri conſeruandi cauſa. Quod maxime locum habet in dominio, vt ſupra diximus. Sed dubitatur de eo, qui prædium in prouincia habet. Cauſa dubitationis cognoſcitur ex Theophi. Inſtit. de rerum diuiſ. §. per traditionem. Prædia prouincialia ſtipendiaria erant. Adeo vt proprietas videretur magis eſſe principis, aut pop. Rom. quàm poſſeſſorum. Sed tamen receptum eſt, vt pro dominis habeantur, quia permiſſum eſt eis alienare & diſponere, &c. Similis locus eſt in l. 3. C. de ſeruit. & aqua. & C. de vſucap. transfor. Vlp. in Inſtit.

Ad §. *Si in loco communi.* Dictum fuit domino competere. Quid ſi in loco communi? Vlp. ait nũtiare poſſe, etiam qui pro parte dominus eſt, l. ſerui electione, da leg. 1. Niſi ſocius in communi loco aliquid faciat. Nam ædificat in ſuo, ſicut ego. Non eſt receptum, vt in ſuo ædificanti nũtietur, niſi impoſuerit ſeruitutem, Socio tamen contra ſocium datur interdictum, quod vi aut clam, l. denique. §. ſi ex ſociis. Hæc mihi videtur eſſe vera ratio, quam vulgares interpretes aſſecuti non ſunt. Multa hic inculcant inepta & nugatoria, de remedio ordinario. Subiicit aliis iudiciis proſpectum eſſe ſocio, ne iniquum ſit eum deſtitui omni remedio.

Sequitur, *Vel per prætorem.* Variæ hic ſunt opiniones, & interpretationes. Sic interpretari ſoleo, Vel datur iudex à prætore, vel ipſe prætor cognoſcit extra ordinem. Scripſi ad l. iuriſgentium. de pact. Notãdum hic eſt actionem cõmuni diuidundo non tantum cõpetere ad diuiſionem, ſed etiam ad prohibendũ, &c. l. Sabinus, commuo. diuid. l. in re communi. de ſeruit. vb. prædiu.

Ad §. Si ego.

PRÆLECTIO VII.

TRactatur hic quæſtio affinis ſuperioribus de cauſa nuntiationis. Si quis habeat nõ dominium, ſed ſuperficiem tãtum, &c. Quia ædificauit in ſolo conducto, l. vlt. de ſuperfic. l. ſuperficiario. de rei vind. Seneca epiſt. 89. Mathematica ſuperficieria eſt, cum in alieno ædificatur. Quęritur ergo an poſſit nuntiare, ſi quid fiat quod noceat ſuperficiei. Cauſa dubitationis eſt, quia eſt quaſi inquilinus, conducit enim rem & pro ea mercedem ſoluit. Nec dominus eſt, nec poſſeſſor quidem rei. Sed Vlpian. ait nuntiationem ei competere. Quod eſt accipiendum etiam nomine ſuo. Quia non diſtinguit, ſicut cum loquitur de ſuperficiario. Non habet actionem in rem ſaltem vtilem. Habetur pro domino, propter vtilitatem, quamuis dominus non ſit. l. obligationum fere, de oblig. & actio. Ideo datur ei actio quaſi in rẽ vel vtilis in rem. d. l. ſuperficiario. l. 1. de ſuperficieb. infra. vbi plenior eſt diſputatio de hac re. Eadem eſt ratio amphyteutæ. l. 1. ſupr. ſi ager vectig. Datur etiã ei actio in rem vtilis. Atque hinc nata eſt diſtinctio vulgaris dominij directi & vtilis. Inquilino autem ſiue colono non competit nuntiatio. Simplex conductio eſt, nullum habet ius in re. l. nõ ſolet. loca. ſupra. Excipitur conductor ſiue redẽptor vectigalis. arg. l. 1. de loco pub. fruen. tit. 9. Datur interdictum propter vtilitatem publicam, quamuis alias interdicere non poſſit conductor. l. 2. §. deiicitur. de vi & vi arm. Singulare eſt etiam in hoc conductore vt prædia & poſſeſſiones non ſoluentium poſſit vendere. l. creditor. de action. empt. Idem ius habet quod fiſcus ipſe: idem dicendum eſt, & ſi in locatione fuerit adiecta obligatio bonorum, vt fieri ſolet, l. creditori, infra. Idem ſi quid aliud additum ſit, ex quo apparet voluiſſe locatorem id ius transferre. Dubium non eſt, quin ſeruanda ſit contrahentium voluntas in re quæ ad ipſos priuatim pertinet. l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. de pact. Atque hinc naſcuntur multę quæſtiones tractatę ab aliis. Quæ magis ſũt facti quàm iuris. Si in locatione dictum ſit, vt poſſit conductor tanquam re ſua vti, locum tenere locatoris, & alia huiuſmodi. Hæc quæ facti ſunt, non definiuntur in vniuerſum, vt ſæpe diximus. l. mora. de vſur. & ſimilib. Quæritur, an colonus poſſit nũtiare & experiri ſaltem nomine domini ſiue locatoris? An ſequemur exemplum fructuarij cui procuratorio nomine nuntiat? l. 1. §. Vlp. hic loquitur ſimpliciter de inquilino, quaſi nullo modo poſſit nuntiare. Receptum tamen eſt vtilitatis cauſa, vt domino abſente poſſit nuntiare & experiri, quia cura diligenti cuſtodia intelligitur ei mandata eſſe ſicut fructuario, l. videamus ſupra loca. l. item quęritur. §. exercitu. eod. tit. facit l. 1. C. ſi per vim vel alio modo. Nec eos qui deiecti ſunt abſentium nomine poſſidentes, quia minime ipſis deciſio cauſę mãdata ſit, ab experiũda re ſecludant. Argumentum etiam ducitur ex l. ſi longius. §. 1. de iud. l. cum filius. de reb. cred.

Ad §. *Si in publico.* Hic declaratur altera pars diuiſionis traditę in l. 1. §. nuntiatio. Ciues omnes nuntiant. Simile eſt hoc remedium populari actioni quæ datur publici iuris tuendi cauſa, l. 1. de pop. actio. Admittitur ad agendum quiuis ex populo, modo ſit idoneus, &c. l. 4. & l. mulieri. eod. tit. Ac ſi plures agere volent, prætoris

Digitized by Google

mino. Nam & maius periculum eſt in hac nuntiatione, quia deſtruitur quod poſtea ædificatũ fuerit. Quid ſi à fabro aut mercenario nihil renuntiatũ fuerit? Adhuc nocet nũtiatio ex verbis Vlpiani. Salua actio manet domino aduerſus eos, quorum culpa id acciderit. Nota non ſufficere domino nuntiari, &c. Et notãdum eſt quod ait nullius eſſe momenti. Exemplum eſt in l. 1. de remiſſio. vbi inutilis eſt remiſſio cum inutilis eſt nuntiatio. Et his verbis oſtendit non valere nuntiationem, ne ab eo quidem tempore quo prohibere potuit, quamuis aliqui diſſentiant.

Ad §. *Si plurium res ſit.* Alius locus de ratione nuntiandi, An vni ex ſociis nuntiare ſufficiat. Et ait Vlpia. ſufficere, quia in rem ſit nũtiatio. Si facta ſeruo nocet, multo magis ſocio. Alias denuntiatio ſolet fieri omnibus quorũ intereſt. l. 1. §. pen. de vent. inſpicien. Deinde ſubiicit, factum vnius cæteris non nocere. Qua in re videtur aliqua repugnantia eſſe. Sed dicẽdum eſt propter factum vnius totũ opus deſtrui. Quia deſtructio operis indiuidua eſt, l. ſtipulatio. §. quæſitum, infra l. 2. de prætor. ſtipul. Tenentur ergo cæteri ad patientiam, l. competit. §. vlt. quod vi aut clam. Ideo autem hic dicitur alios non teneri, &c. quia non tenentur reſtituere. Verba hæc referenda ſunt ad interdictum, de quo in l. prætor Is qui ædificauit, tenetur omnino pœna edicti, Quanta ei res eſt, &c. Nec aliquid repetit à ſocio, niſi intererat ſocietatis id fieri, &c. l. ſi quis putans. §. vlt. pro ſoc. Succubuit, quia forte defecit probatio. Plura dicemus de hac re ad l. ædibus. 18.

Ad §. *Si plurium dominorum.* An ſufficiat vnius nuntiatio? Omnibus non, id eſt, non omnibus l. ſi ſeruus. §. ſi plurium, l. Græce §. illud. de fideiuſſor. Valla in Dialectica. Verè ergo dicitur, nuntiationem ex parte nũtiantis eſſe in perſonam, non in rem. Vnus amiſit ius prohibendi, aliqua pactione. Victoria tamen vnius proderit aliis, quia reſtitutio eſt indiuidua, d. l. ſtipulatio. §. quæſitum. Facit l. loci. § ſi fundus. ſi ſeruit. vind. Sed de indiuiduis alibi plenius diximus.

Ad §. *Si quis ipſi.* Locus de perſonis quibus nuntiari poteſt. Quæritur de prætore ipſo, cuius auctoritate fit nuntiatio. Quatuor hic dicuntur, 1. dicitur non poſſe nuntiari, 2. poſſe teſtationem fieri, 3. poſt finitam præturam nuntiandum eſſe, Quarto reſtituendum quod retro ædificatum fuerit: hæc omnia ſubtilius examinãda ſunt. Primum dicitur nuntiari non poſſe. Nam nec vocari in ius, per l. 2. de in ius vocã. l. pars literarum, de iud. l. nec magiſtratib. de minor. Is qui nũtiatur quodã modo prouocatur ad iudiciũ. vt ſæpe iam dixi. Deinde cõtra decus eſt ac reuerentiam, &c. priuatũ hominem his verbis vti aduerſus magiſtratum. Puto hoc ſentire Vlp. licet variæ interpretationes reperiantur apud Accurſ. & cęteros. Eſt caſus in quo magiſtratus vocari poteſt, l. ſeruitus, de magiſtratib. perpetuis, l. præſidis. Secundo poteſt fieri teſtatio ſiue proteſtatio. Quod tamẽ prima facie videtur ineptum. Videtur eſſe eadem ratio nũtiationis quæ proteſtationis. Prætor neceſſe habet ceſſare perinde ac ſi nũtiatio eſſet facta. Quia retro ædificatũ deſtruitur. Hic hærẽt pleriq; velut in ſalebra. Reſpond. hanc teſtandi rationem comparatam eſſe, vt Prætori ſaluũ maneat decus ſuum & reuerẽtia,

Ad §. Si quis ipſi Prætori,

PRÆLECTIO IX.

Locus de cauſa nuntiationis ſubobſcurus, oſtendit nũtiari nouum opus poſſe, ſi in ædes noſtras, &c. Sed cur ait: Sed etſi? Accurſ. hęc verba refert ad id quod prius dictum eſt de Prætore, quaſi teſtatio facienda ſit ipſi Prætori: hæc interpretatio non conuenit verbis Vlpiani cum ait, Quis immittit ſimpliciter & generaliter. Si ſenſiſſet de Prætore aliter id expreſſiſſet. Animaduertendum igitur eſt hanc nuntiationem præcipue comparatam eſſe aduerſus eum qui in ſuo ædificat, ſed ita vt noceat alteri. Nam ante hoc edictum licebat manu prohibere eum qui ædificabat in alieno. §. meminiſſe. Ædificantem in ſuo non licebit prohibere manu. Eſtq; nuntiatio hoc caſu neceſſaria. d. §. meminiſſe. Atque ita videtur conceptum fuiſſe hoc edictum Prætoris, vt appareret ob quam cauſam introducta eſſet nuntiatio. Tamen prudentes & conſulti latius interpretati ſunt edictum, vt poſſit nuntiari ſi quis ædificet in alieno, &c. Id enim æquum eſt vt Vlp. ait. Vt poſſit vtroque remedio vti is, in cuius ſolo ædificatur. Manu prohibere & nuntiare, &c. Quod æquum eſt, ſpectatur in interpretatione iuris. In eoque conſiſtit ſciẽtia iuris quam profitemur. l. 1. de iuſtit. & iure. l. ſi ſeruũ §. ſequitur. de verb. oblig. Ait ergo etſi, id eſt, non ſolũ ſi quis in ſuo aliquid faciat, quo caſu eſt neceſſaria nũtiatio, ſed etiam, &c. In vtroque caſu permiſſa eſt, in altero neceſſaria eſt. Sed hoc declarabitur mox fuſius ad §. meminiſſe. Et belle Sextus Pedius. Sic enim eſt legendum vt in Florent. Refert diuiſionem Pedij Iuriſconſulti confirmandæ ſententiæ ſuæ cauſa. Pedius dixit triplicem eſſe cauſam nuntiationis, & oſtendit poſſe nuntiari cum in ædes noſtras, &c. Declaranda eſt igitur hæc diuiſio de qua aliquid diximus ad l. 1. §. nuntiatio. vbi alia diuiſio huic non diſſimilis traditur. Naturalis, publica, impoſititia &c. Naturalis cauſa de dominio intelligitur. Naturale eſt ac iuris gentium, vt mihi liceat vti re mea liberè, & ſine cuiuſquam interpellatione. Dominia rerum ſunt iuris gentium, quod & naturale dicitur, l. ex hoc iure. de iuſt. & iure. De publica cauſa diximus ſupra. Legum defenſio maxime ad rempub. pertinet. Impoſititia dicitur ab impoſita ſeruitute. Dixerit aliquis, nónne hæc etiam cauſa eſt naturalis? Seruitutes acquiruntur nobis iure gentium ſicut res corporales, §. vlt. vlt. Iuſt. de vſu & habit. Reſpondeo hanc impoſititiam naturalem quoque dici poſſe. Sed ideo opponitur naturali, quia altera tantum naturalis dicitur, nec aliud nomen proprium aut ſpeciale habet. Nomen generis manſit in vno membro diuiſionis ſicut dicitur de adoptione. l. 1. ſup. de adopt. Dici etiam põt alterã magis naturalẽ eſſe, &c. Illud maxime ſecũdũ naturã eſt, vt liberè vtamur re noſtra, vt nõ liceat cui quã nos impedire ac prohibere, Qui ſeruitutẽ habet, vtitur re aliena. Siquis cõtra ſeruitutẽ impoſitã faciat, tamẽ vtitur re ſua non aliena. Hęc probabiliter dici poſſũt tuendę huius diuiſionis cauſa. Verũ vtcunque ſe res habeat, in re ipſa parũ eſt difficultatis. Rẽ ipſã tenemus, quod pręcipuũ eſt de verbis nos admodũ ſolicitos eſſe nõ oportere auctore Platone, niſi quatenus id ad rerum intelligentiã neceſſarium videbitur. Impoſititia autem dicitur, quia ſine impoſitione omnia prędia ſunt libera. l. altius. C. de ſeruitut. Non ignoro tamen reperiri quoddam genus ſeruitutis, quæ dicitur naturalis, l. 1. §. penult. & vlt. de aqua plu. Fundus inferior ſeruit ſuperiori, & aquam profluentẽ excipit. Quo nomine datur actio aquæ pluuiæ arcendæ. Verũ aliter accipitur hic ſeruitus, vt & ſub tit. de ſeruit. nẽpe pro impoſititia, &c. Obſeruãdũ hinc eſt, nõ ſolũ domino cõpetere remediũ nuntiationis, ſed etiam ei qui ſeruitutẽ habet. Quinimo aduerſus dominũ ipſum cõpetit, vt clare docet Vlpia. hic. Notandũ eſt præterea eum qui ſeruitutẽ imponit, ius ſuum minuere. facit. l. vlt. C. de reb. alien. non alienã. Itaq; ſoleo ſic diffinire ſeruitutem, ius prædiis inhærens, quod vnius vtilitatem reſpicit, alterius libertatem minuit. De ſeruitutibus quędã alia hic tractãtur, de quib. dicemus ad l. qui viã, infra. Nõ eſt omittẽdũ quod Accurſ. annotauit videri

Nuntiationis triplex cauſa.

ſit etiam remiſſio non eſt neceſſaria, vt dicitur in l. 1. de remiſ. Cognoſcitur ex euentu iudicij an tale opus fuerit vt debuerit fieri contempta nuntiatione. Saluæ tamen manent actiones legitimę. l. ſciendum. 19. & in omnibus aliis caſibus de quibus ſupra dixi. Præterea hic obſeruandum eſt, refectionem operis ad edictum pertinere. Diſputaui de hac re ad l. 1. §. ſi quis ædificiũ. Annotatur etiam locus communis non indignus obſeruatione, omittenda interdum remedia vſitata & ordinaria propter graue periculum. Theſis eſt, quę latius patet quàm quod edicto exprimitur. Exempla ſunt vulgaria in l. 1. §. vlt. de feriis. Si res tempore peritura ſit. l. ſi quis filio. §. hi autem. ſupra de iniuſt. rup. vbi ait Iuriſconſ. tunc punire permittitur, deinde ſcribere, nõ pœnæ feſtinatione, ſed periculi præueniendi cauſa. l. ait Prætor. §. ſi debitorem. infrà quæ in fraud. cred. Licet mihi debitorem meum fugiẽtem, & pecuniam auferentem perſequi & pecuniam ei auferre. Simile in l. dinus. de petit. hæredi. Poſſeſſor poteſt diſtrahere cum neceſſitas vrget. Si in funus impendendum, in familiæ cibaria, &c.

Agere cõ- mun cũ mora periculũ allatura eſt.

Ad §. *Qui opus*. Dixi opus factum poſt nũtiationem deſtruendum eſſe ſiue iure ſiue iniuria. Quod durum & graue eſt, cum poſſit eſſe calumnioſa nunciatio. Sed admonui ſupra, id ita eſſe conſtitutum maioris incõmodi vitandi cauſa. Periculum eſt ne is qui videt in ſuo ædificari, ad manus & arma tandem veniat: niſi ſtatim ſuperſedeatur, non poſſit ſe continere. Studuerunt autem iuris auctores noſtri calumniis hominum mederi quantum eis licuit. Itaque conſtitutum eſt, vt iuretur de calũnia auctore Prætore. Poteſt adiri Prætor, licet neceſſe non ſit, l. 1. §. nuntiatio. Item poſt nuntiationem aditur Prætor. leg. 1. §. & poſt operis. Is cui nuntiatum eſt, fortè adit Prætorem, vt eo auctore inretur. Prætore auctore dirimuntur controuerſiæ. Ita demum iurat ſi petatur, &c. Hoc ſolenne non eſt in nuntiatione, vt pleraque alia, &c. Simile in l. iuſiurandum & ad pecunias. §. qui iuſiurandum. ſuprà de iure. iur. ergo poteſt remitti, vt id quod exigitur à litigatoribus & patronis. Vide l. 2. §. ſed quia veremur. Cod. de iureiur. propter calum. c. 2. de iura. calum. lib. 6.

Ad §. *Qui nuntiat*. Locus de modo nuntiandi: demõſtrandus locus eſt in quo denuntiatur. Ne quid captionis ſubſit in re tãti momenti, agẽda ſunt omnia aperte & ſine captione. Sequitur quoties in partem, &c. quaſi dicat, Sufficit dicere, ne totum opus hoc facias quod cœpiſti. Alias dicendum eſt ne quid facias in hac parte. Si ſimpliciter nuntiauerit is qui ius habet prohibendi, in parte ſuccumbet. Et hoc locum habet, cum in vno loco ædificatur. Si in pluribus locis ſeparatis, plures ſunt nuntiationes neceſſarię. Quia in ipſo opere nuntiari debet. An ſint plures loci, an vnus locus, ex ſenſu communi iudicari poteſt. Qua de re hic diſputatur ab aliis ſi vox poſſit audiri.

Ad §. Si is cui.

PRÆLECTIO II.

INterpretatur Vlpian. caput vnum edicti Prætorij, nempe de ſatiſdatione. Cautum eſt enim edicto vt ſi is cui nuntiatum eſt ſatiſdederit aut cauerit, &c. liceat ei ædificare. Ac eo nomine datur et interdictum, cuius formula extat in l. Prætor. §. deinde. infrà. Satiſdatur autem de opere reſtituendo, l. ſtipulatio. §. 1. infra. Hæc ſatiſdatio cum habet quem remiſſio facta à Prætore, de qua ſub titul. de remiſ. Nec ideo inutilis, quaſi ſufficiat remiſſio, quia plerunque facilius eſt ac commodius ſatiſdare quàm Prætorem adire, &c. Ex quo conſequens eſt ſatiſdari ſine Prætoris aditione: & ſatisdatione præſtita remitti nuntiationem etiam ſine Prætore. Si tamen non conueniat de ratione ſatiſdandi, debet adiri Prætor. Prætoris eſt cauſa cognita dirimere hanc cõtrouerſiam. l. qui bona. 13. §. vlt. infrà, de dam. infect. dicemus ad l. cum procurator. §. vlt. infr. Quando ſit neceſſe Prætorem adire, conantur Accurſ. & cæteri definire, & certis diſtinctionibus concluddere, Quod nec vtile eſt, nec facile fieri poteſt. l. omnis definitio. de regul. iur. Occurrit antinomia ex leg. vlt. Cod. de ædificiis priuatis. In quibuſdam libris eſt tit. proprius, de noui oper. nunt. poſt tit. de ædificiis priuatis. Dicitur poſt nuntiationem expectandos eſſe tres menſes, quibus negotium decidatur à Prætore: ante illud tempus non admitti ſatiſdationem. At certum eſt, Iuſtinianum derogaſſe iuri antiquo, ſed ita tamen vt repugnantia hæc dici non poſſint. Leges poſteriores debent ad priores trahi, niſi contrarię ſint. l. non eſt nouum. ſup. de legib. Sic interpretamur vtrunq; ius quaſi iuri antiquo addatur: exceptio ex nouo iure. Satiſdans impune ædificat poſt nuntiationem, modo lapſum ſit tempus trium menſium. facit l. 10 toto. de reg. iur. Ac idem conſtitutum eſt iure pontificio, c. vlt. de noui ope. nunt. in Decretal. Quædam alia dicemus de hac ſatiſdatione in aliorum capitum enarratione.

Ad §. *Qui procuratorio*. Diximus ſupra, nouum opus poſſe nũtiari nomine procuratorio, l. 1. §. vlt. Quæritur an ſatiſdare debeat procurator, dominum ratum habiturum. Et ait Vlpian. ſatiſdandum eſſe. Hæc enim ſatisdatio exigitur à procuratore actoris. Inſtitut. de ſatisdat. l. ſeruum. §. ait Prætor. de procurat. quia periculum eſt ne dominus ratum non habens, iterum agat, nec obſit res iudicata. Vtilis eſt autem hæc cautio in hoc caſu: quia ſi is cui nuntiatum eſt ceſſauerit, & nunc petat quod ſua intereſt, dominus non tenebitur, niſi ratum habeat, committetur ſtipulatio & conuenietur fideiuſſor. Si igitur non ſatisdederit, nuntiatio omnimodo remittitur. Cur dicit *Omnimodo?* quia remittitur ſimpliciter & ſine vlla exceptione, & perinde eſt ac ſi nuntiatum non eſſet: Alias non remittitur nuntiatio omnimodo, ſed quatenus ius ædificandi, &c. l. in princ. Quæritur an ſit adeundus Prætor pro hac remiſſione? Videtur adeundus non eſſe, quaſi inutilis ſit. l. 1. de remiſſio. Sed verius eſt Prætorẽ interuenire debere: quia valet ab initio nuntiatio, nec præſtatur ſatiſdatio niſi petatur. Ait Vlp. *etiam ſi ſit verus procurator*, id eſt etiã ſi mandatum ei ſit. Nã ſi non ſufficit res alienas procurare ſine mandato, l. 1. ſup. de procu. ergo, &c. Verum hic reperitur antinomia. Nam tunc exigitur ſatisdatio cum incertum eſt an mandatum habeat. l. 1. C. de procur. l. 3. §. ſi procurator. ſupr. vt in poſſ. legator. Alibi dicitur, cum apud acta factus eſt agentis procurator, non compelli ſatiſdare. C. de ſatiſdat. Idem in Inſtit. tit. de ſatisdatio. §. ſin autem. Et hoc eſt rationi cõſentaneum, Nam fruſtra exigitur ſatisdatio cum reſtitutio non ſit neceſſaria. Reſpondeo fieri poſſe, vt quis verus procurator ſit, & tamen de eo nõ conſtet: atq; ideo recte dicitur ſatisdare debere. Non enim ait Vlp. etiamſi certũ ſit eum procuratorem. Alibi dicitur cũ euidẽs eſt abſentis voluntas, non deſiderari cautionem. l. qui ita. 66. §. etiã. ad Trebel. Alibi dicitur cũ apud acta quia factus eſt procurator, C. de ſatiſdat. & Inſtit. de ſatisda. §. ſin autem. Nihil eſt certius quam quod in acta relatũ & perſcriptum eſt. Alibi dicitur, cũ quis libello principi dato profeſſus eſt ſe feciſſe procuratorẽ, &c. l. ne ſatisdatio, infr. rẽ rat. habe. Alibi dicitur, ſi dominus literis aduerſariũ ſcriptis ſignificauerit, &c. l. ſi procuratorẽ. 65. ſup. de procurator. Idem dicendum eſt & ſi inſtrumentum publice cõfectum ſit, &c. vt hodie fieri ſolet. Ac in ſumma dicẽdum eſt, quoties euidẽs eſt voluntas abſentis. &c. dict. l. qui ita. ad Treb. at nõ ſemper euidens eſt,

quamnis reuera quis ſit procurator. l. mandatum ei ſit. Dicit ſe procuratorem, non negotiorũ geſtorem. Voluntarius procurator dicitur à Cicerone pro Cæcinna. Eſt autem facti quæſtio, an voluntas audens ſit, an dubia. Ideo relinquitur arbitrio iudicantis. l. voluntatis. C. de fideicom. Quæritur an hic requiratur ſpeciale mandatum? Variæ ſunt opiniones. Sed verius mihi videtur procuratori generaliter cõſtituto id licere. Mouet quod nuſquam id expreſſum reperitur. Caſus in quibus ſpeciale mandatum neceſſarium eſt, ſolent exprimi à iuris auctorib. vt in l. Pomponius. ſup. de procurat. & aliis ſimilib. hic. non reperitur expreſſum vlla parte iuris ciuilis. Nulla hic litera eſt ex qua id colligi poſſit. Verus procurator dicitur etiam is cui generaliter adminiſtratio conceſſa eſt, l. vero. infra de ſolutio. Et huc pertinet quod dicitur in l. 1. §. vlt. Vſufructuarium poſſe nuntiare nomine procuratorio, qui tamen ſpeciale mandatum non habet.

Ad §. *Qui remiſſionem.* Sicut procuratorio nomine fit nũtiatio, ita etiam petitur remiſſio. Hic autem procurator non ſatiſdat dominum rem ratam habiturum: quia defenſoris partes ſuſtinet. Procurator rei non cauet de rato. l. non cogendum. §. vlt. de procur. Cauet de iud. ſoluendo. Et exigitur ab eo ſatiſdatio, etiam ſi certum ſit eum procuratorem eſſe. l. vnic. C. de ſatiſdat. & & Inſtit. de ſatiſda. in prin. Nemo alienæ rei defenſor eſt idoneus. Ratio, quia ſatis conſultum eſt actori cautione, niſi in quibuſdam caſibus, de quibus in l. Pomponius. ſupr. de procur. In hac igitur ſpecie exigitur ſatiſdatio ſimilis ſatiſdationi & iudicato ſoluendo, quia defenſoris loco eſt, non actoris. Nam etſi adeat Prætorem & petat, &c. tamen hoc petit quaſi ſe defendẽs aduerſus nuntiationem. Prima facie videtur ſuſtinere partes actoris. Satiſdat ex operis noui nuntiatione, ſicut dicitur in §. ſi is cui. Satiſdatio de opere reſtituẽdo eam vim habet quam ſtipulatio iudicatum ſolui. l. ſtipulatio. §. habet.

Ad §. vlt. Si procurator.

PRÆLECTIO XII.

Dixi opus nouum nuntiari poſſe procuratorio nomine: dixi etiam poſſe eum cui nuntiatum eſt ædificare, ſi ſatiſdederit, &c. inde naſcitur quæſtio, procurator mihi nuntiauit, ego ei ſatiſdedi vt poſſem ædificare: deinde interdicto experior ne vis mihi fiat. nam fortaſſis à domino prohibitus ſum poſt ſatiſdationem: quia ex cauſa mihi datur interdictum aduerſus procuratorem procuratorio nomine. Accurſ. & alij aliter hoc accipiunt, qui mihi videntur nodum quærere in ſcirpo. Cum dicitur interdictum, cum proponitur vti interdicto, id accipiendum eſt ex ea cauſa. Quæritur in hoc interdicto an procurator ſatiſdare debeat. Et ait ſatiſdare debere iudicatum ſolui. Dixi alibi hanc ſatiſdationem à procuratore rei non actoris exigi. Et hic reum defendere intelligitur. Nam qui experitur interdicto, agit. l. actionis verbo. infr. de oblig. & actio. Ergo aduerſarius defenſor eſt. Alia cauſa eſt eius qui petit remiſſionẽ, non .n. dicitur agere, ſed ſe defendere, §. qui remiſſionem. ſupra. Hic reperitur antinomia, ex l. non cogendum. §. vlt. ſupra de procur. Ibi dicitur eũ qui experitur interdicto ne vis fiat, &c. ſuſtinere partes defenſoris: ideo non cauere de rato. Sed nihil prohibet quẽ modo actoris, modo defenſoris partes ſuſtinere, prout ratio vel æquitas id exigit in quaque ſpecie. Hic dicitur procurator ſuſtinere partes defenſoris, qui cõuenitur interdicto, ne cogatur cauere rẽ ratã haberi. Et ratio ſatis perſpicua eſt ex ſũ dictis. Vbi loquitur Iureconſultus de procuratore, qui interdicto experitur, quia ei nuntiatum eſt. Et ait hoc etiam caſu eum non cauere, & defenſoris partes ſuſtinere. Ergo procurator ſiue conueniatur interdicto, ſiue alium conueniat, non cauet de rato, &c. Ratio autem quæ mouit Iulianum hæc fuit, quia cautio ſiue ſtipulatio de rato non poteſt committi. Non animaduerto, inquit Iulian. quo caſu ſtipulatio committatur. Nam ſi ratum non habeat dominus quod geſtum eſt à procuratore, non poteſt petere. Satiſdedit procurator, & interdicto de ſatiſdatione egit: id ſi ratum non habeat dominus, quomodo poteſt agere? At non niſi eo petente poteſt committi ſtipulatio. Vtilitas & æquitas exigit vt id diſtinguamus. Subtiliter diſputando vterque poteſt dici actor & vterque reus. Sed neceſſe eſt plerunque, vt alter pro actore habeatur, alter pro reo. Et hoc variatur ob varietatẽ cuiuſque rei de qua quæritur. Omnis diſputatio in iure ciuili ad æquitatem referri debet. Subtilitas temperari debet ex interpretatione, ex bono & ęquo, in quo dicitur verſari iuris ſcientia. l. 1. ſupra de iuſtit. & iure.

Ad l. Et ideo. 6.

Exceptio procuratoria non opponitur defenſori, l. exigendi. Codic. de procurat. Non quæritur an mandatum habeat modo caueat iudicatum ſolui. Quo tamen iure non vtimur hodie in Gallia, ſed exigimus mandatum etiam à defenſore rei. Sic accipitur procuratoria exceptio in l. inter quos. 39. §. alieno. infra, de damno infect. Stipulatio ita concipitur, extra quam ſi appareat eum procuratorem nõ eſſe. Nam exceptiones olim ita opponebantur in iudiciis. Vnde dicitur exceptio conditio eſſe. l. exceptio. infra de except. Hodie exoleuerũt illæ formulæ, & exceptio dicitur defẽſio qua excluditur intentio actoris. l. 2. de except. Mãſit nomen re mutata. In ſtipulatione damni infecti res ipſa adhuc manet, quia vere additur exceptio ſtipulationi. Addũt aliqui poſſe exceptionem procuratoriam opponi propter inhabilitatem perſonæ. Quod eſt verum, ſi quis contendat non poſſe quem defendere alium in iudicio, quia mulier eſt, quia miles, &c. l. militem. l. alienam. C. de procurat. Sic interdum accipitur exceptio procuratoria vt in l. in exceptionib. ſupra de probat. Quod non licuerit aduerſario dare vel fieri procuratorem. Sic accipitur in l. ſi fideiuſſor. §. quædam. ſupra mandat. Non imputandum eſſe fideiuſſori, ſi exceptionem procuratoriam omiſit. De bona fide agitur, cui non congruit de apicibus iuris diſputare. Apices iuris vocat Vlp. hanc ſubtilitatem, in quibus fere verſantur lites & controuerſiæ forenſes noſtro tempore.

Ad l. Etſi ſatiſdationem.

Defenſor qui non ſatiſdat de iudicato ſoluendo in hoc caſu, ſummouetur ab executione, &c. Pœna non defendẽtis procuratoris eſt, vt ei denegetur actio. l. mutus. §. pœna. ſupra de procurat. l. actionem. C. eod. Hi loci cõmunes de procuratore, & procuratoria exceptione & ſatiſdatione, obſeruari debent. Referendi ſunt ad tit. de procurator. Studioſi hæc colligere & in indices referre debent ad ſubſidium memoriæ. Sequitur: Et tutor, &c. Sicut procurator opus nuntiat, ita & tutor, curator, & cæt. Similis eſt procuratori propter adminiſtrationem. Et dicitur haberi loco domini interdum. §. qui tutelam. de furt. Et hoc eſt accipiendum, ſi de re familiari fiat nũtiatio, hac lege in ff. in quibuſdam libris legitur, Tutori & curatori opus nouum recte nuntiatur, &c. Quæ lectio bonum & idoneum ſenſum habet: dicemus ad l. operis. infra.

Ad l.

Ad l. Non ſolum. 8.

LOcus de cauſa nuntiationis, Dominium aut ſeruitus. l. 1. de remiſſio. infr. vt puta, Si quis debeat ſeruitutem altius non tollendi. Nec refert an ſit proximus vicinus, &c. Poteſt deberi ſeruitus, etſi locus medius intercedat. Ergo & propter eam ſeruitutẽ nouum opus poteſt nuntiari. De ſeruitute autem magna varietas iuris reperitur. Sed vidẽdum eſt an abſque vſu fundi intermedij ſeruitus prædio vtilitatẽ afferre poſſit necne. Exemplum eſt in l. ſeruitutes. 14. §. vlt. ſupra de ſeruitut. Publico loco interueniente hauſtus ſeruitus imponi poteſt, aquæ ductus non poteſt. in l. vlt. eo. tit. Via publica non impedit ſeruitutem itineris, ſed immittendi, protegendi. Non licet immiſſum habere in viam publicam. in l. qui ſella. §. vltim. de ſeruit. ruſt. præd. In ruſticis prædiis impedit ſeruitutem medium prædium, quod non ſeruit. In l. loci. §. vlt. ſupra ſi ſeru. vind. ſeruitus altius non tollendi debere poteſt ei qui vlteriores ædes habet, donec non extolluntur mediæ, ſeruitus vtilis eſt, hoc ergo caſu poterit nouum opus nũtiari. Hinc ergo colligitur oportere iuſtam eſſe cauſam nuntiandi. Nec obſtat quod dicitur in l. 1. ſiue iure, ſiue iniuria. Id ego ſupra expoſui.

Ad §. qui nouum opus. Præceptio vtilis ei qui nouum opus nuntiat, vt redigat in teſtationem, &c. Teſtationem vocat tabulas, quę conficiuntur fidei & probationis cauſa. Scripſi lib. 1. diſputat. c. 30. Accurſ. non intellexit. Adde § ſed vt probari, infra, vbi modulos ſumi debere ait Iuriſconſ. Modulæ autem ſunt perticæ quibus architecti totum opus dimetiuntur. Vitruuius lib. 3. c. 3. Vulgo nos dicimus *Toyſe*.

Ad §. ſi cum poſſem.

PRÆLECTIO XIII.

LOcus de ſatiſdatione iam tractatus ſupra. Quæritur an ſufficiat repromiſſio. & nuda cautio. Satiſdatio eſt fideiuſſoris datio, l. 1. ſupra qui ſatiſda. cogan. Cautio ſiue repromiſſio ad nudam ſtipulationem refertur. l. 1. infra de præto. ſtipul. l. ſancimus. C. de verb. ſig. Paulus hic diſtinguit cauſam priuatam à cauſa publica. Nam ob vtranque cauſam poteſt nuntiari. l. 1. §. nuntiatio. l. 5. §. & belle, ſupra eod. Si ob priuatam cauſam nuntiatio fiat, neceſſaria eſt ſatiſdatio. Magis fauendũ eſt ei qui perſequitur, quod ſua intereſt, quàm qui de alieno iure litigat. Si ob publicam cauſam, &c. ſufficit repromiſſio. Rationem affert Iureconſ. tãquam alieni iuris petitor, &c. Opponitur huic diſtinctioni edictum prætoris de damno infecto. leg. prætor. 7. de dam. infect. infra. vbi locus eſt ſatiſdationi, cum quis cauet nomine alieno: repromiſſioni cum ſuo. Item dicitur de eo opere quod fit in flumine publico ſatiſdandũ eſſe. Ea diſtinctio videtur omnino contraria noſtræ. Accurſ. & cęteri magnopera laborãt in huius rei explicatione, ſed tamen non ſatis videntur animaduertere quã ſint hæc diſſimilia. Ecce diſtinctio noſtra refertur ad eũ cui cauetur, quia nuntiauit nouũ opus, inſpiciens ex qua cauſa nũtiauerit, publica an priuata. Nec refert an ipſe nuntiauerit an procurator eius nomine. Illud tamen quæritur an de iure priuato ipſius agatur an publico. Nam id Iureconſ. ſignificat his verbis, &c. Et aliquanto apertius in l. 1. de prætor. ſtipul. In edicto prætoris de damno infecto: diſtinctio refertur ad eum qui cauet. Diſtinguitur an ſuo nomine caueat an alieno. Nec mirũ eſt, ſi magis oneretur cautione is qui conuenitur nomine alieno, argum. Inſtit. de ſatiſdatio. Si in edicto de damno infecto ſcriptum eſſet, ſatiſdandum eſſe ei qui ex publica cauſa petit ſibi caueri, hæc pugnãtia eſſẽt. Nihil tale reperitur in edicto prætoris, nec ſane petitur damni infecti cautio ob publicam cauſam: ſed priuatam tantum. l. qui bona. §. qui damni. infr. de dam. infecto. Is demũ petit qui cõtẽdit rem ad ſe pertinere, quamuis nõ inquiratur ſcrupuloſe an eius interſit, &c. Preterea ſi hic diceremus eum qui ſatiſdat nomine ſuo ſatiſdare, qui nomine alieno repromittit, hęc cõtraria dici poſſent. Non negamus ſpectãdum quoq; hic eſſe an ſuo nomine quis ſatiſdet, an alieno. d. l. 1. infr. de prętor. ſtipul. hęc ergo diuerſa omnino ſunt ac diſſimilia. Hic agitur de iure quod habet is cui cauetur, ibi de iure quod habet is qui cauet. hic diſtinguitur cauſa publica à priuata: ibi diſtinguitur is qui defendit ipſe ius ſuum, ab eo qui defenditur per procuratorem. Alia difficultas hic reperitur, quia Iureconſul. ait ita nuntiari, Ne quid contra leges in loco publico facias. Nã nũtiatio dicitur fieri in rẽ, l. operis infr. Ne quid fiat, idẽ in l. vlt. infr. eo. Reſpondendũ eſt, Vlp. hic nõ docere quibus verbis fiat nũtiatio. Qui nuntiat in rẽ, recte dicitur nuntiare ei qui opus facit. Qui nuntiat in rem, omnibus nuntiat, qui ędificaturi ſunt. Sicut qui paciſcitur ne petat ſimpliciter, intelligitur paciſci ne ab vllo petat. l. iuris gentium. §. pactorum. ſup. de pact. Item obſeruandum eſt hunc morem fuiſſe veterum, vt in nuntiatione exprimerent cauſam nuntiandi, Ne quid contra leges. Itaq; poterat iudicari ab initio, an vtilis eſſet nũtiatio, &c. Si cauſa inepta allegetur, nuntiatio inutilis eſt, ac contemni poteſt. l. 2. l. qui viam. hoc tit. Nec neceſſaria eſt hoc caſu remiſſio. l. 1. de remiſſ. Vbi autem iuſta cauſa allegatur, quamuis fortè vera non ſit, nũtiatio effectum habet, quia ceſſandum eſt ſiue iure ſiue iniuria. l. 1. in princ. & §. ſciendum, qui proxime ſequitur. Et hoc dicitur interdum non tenere inſpecta veritate: nam cognoſcitur ex euentu. l. 1. in princ. de remiſſio. Quia in re ambiguitas eſt, & tenere aut non tenere nuntiatio, varie accipitur. §. Sciendum ex iam dictis ſatis fuit explicatus: nec opus eſt alia declaratione.

Ad § *Sed vt probari.* Docet Vlp. quid obſeruandum ſit in nuntiatione facienda. Si quid iam opus factum ſit, vt edictum fuit ſupra §. qui opus. Modus ſiue modulus menſuram ſignificat. Horat. lib. 1. epiſt. Metiri ſe quemque ſuo modulo ac pede verum eſt. Hoc ſenſu vſurpatur à Vitruuio ſępe, vt dictum eſt indicatum. Hoc igitur modulo fit demenſio operis facti, & adhibentur mẽſores periti. l. ſi irruptione. ſupra fin. regund. vt probari poſſit, &c. Nam in interdicto reſtitutorio ita demũ vincit nuntiator, ſi docuerit factum eſſe opus poſt nũtiationem. l. prætor. §. 1. Nec ſufficit docere factum eſſe opus, ſed quantum operis factum ſit. Colligitur ex his verbis & ex §. qui opus. ſuprà dictum eſſe, ideo totum deſtrui, quando aliquid factum ſit poſt nuntiationem. Præſtat illicite factum non deſtrui, quàm deſtrui quod licite factum eſt. In re dubia fauetur reo. l. fauorabiliores. infr. de reg. iur. l. inter pares. de re iud. l. Arrianus. de oblig. & act. Vtilis eſt igitur hęc dimenſio nuntiatori, quia alias probatio eſt difficilis. Non eſt tamen hæc præceptio neceſſaria, vt hoc amiſſo nuntiatio inutilis ſit. Complexi ſunt Iureconſulti ſcriptis ſuis nõ tãtum quid neceſſarium ſit, ſed etiam quid expediat.

Ad §. Morte.

PRÆLECTIO XIIII.

DIximus ſup. factum opus poſt nũtiationem reſtitui debere ſiue iure ſiue iniuria, & c. l. 1. in princ. Idque accipiendum ſi vtilis fuerit nũtiatio. l. 2. l. de pupillo. l. qui viam. hoc tit. poteſt autem inutilis eſſe, ſi aliquo caſu extincta fuerit, licet valuerit ab initio. Itaque hic quæritur an extinguatur morte. Et quæſtio

duplex eſt, vna de morte nuntiantis, altera, de morte eius cui nũtiatur. De vtraque dicemus ſeparatim. Quod ad priorem attinet, Paul. ait, morte eius qui nuntiauit extingui nuntiationem. Ergo ſucceſſor non poterit experiri interdicto reſtitutorio, de quo in leg. prætor. infra eod. Subdit Paul. idem eſſe in alienatione. Si quis alienauerit fundum, propter quem opus nouum nuntiatum eſt, quia his modis finitur ius prohibendi. In his verbis aliqua obſcuritas reperitur. Nam ius prohibendi, id eſt, ius propter quod fit prohibitio ſiue nũtiatio, videtur eſſe dominium aut ſeruitus. l. 1. §. vlt. ſupra eod. Quod ius non finitur morte. l. hæreditas. infra de regul. iuris. Amittitur quidem hoc ius alienatione, ſed non morte. Difficultatem auget quod valet nũtiatio, etſi quis forte tale ius nõ habeat. l. 1. in princ. Etiãſi ab initio non eſſet dominus, valeret nuntiatio. Ergo multo magis, & ſi deſierit dominus eſſe. Difficultas ergo pendet ea interpretatione horũ verborũ, quia his modis finitur ius prohibendi. Ego craſſius hæc verba accipio: quaſi hoc velit Paul. ideo extingui nuntiationẽ, quia conſtitutũ eſt his modis extingui ac finiri. Dicet aliquis ineptũ eſſe hunc ſenſum, quaſi idipſum pro ratione adferatur, cuius ratio quæritur. l. qui interrogatus, ſupra de interrog. action. & ſane ſi iiſdem verbis vteretur rationẽ adferẽs Pauli, nihil eſſet inepti. Si ita diceret, Nuntiatio extinguitur morte, quia extinguitur. Sed vtitur aliis verbis, quæ recte intellecta, nec inepta nec nugatoria iudicanda ſunt. Hanc enim rationem adfert, quia ius illud prohibendi, quod quis acquirit nũtiatione, ſiue dominus ſit, ſiue non ſit, finitur morte & alienatione. Habet .n. ius prohibẽdi nũtiator, etſi re vera nõ ſit dominus, quia interim reſſandũ eſt. Ij, quibus inſolẽs videtur hoc genus loquẽdi, quomodo ferent quod Vlp. ait in l. 1. de exceptio. Agere videtur qui exceptione vtitur. Nam reus in exceptione actor eſt. Sic dicimus eũ qui ſoluit aut cui acceptolatũ eſt liberari, quia his modis obligatio tollitur. Inſtitut. quib. mod. tollit. oblig. Sed mittamus verba: veniamus ad rem. Multa obiiciũtur aduerſus hãc ſententiã Pauli: quæ obiecta nos diluere oportet. Primũ obiicitur lex, veteris. C. de cõtrahen. & cõmit. ſtipul. vbi obligationes tranſeũt ad hæredes: idque regulare eſt, paucis exceptis: veluti ex mandato, ex ſocietate. Rationẽ adduxi ad l. eius qui in prouincia. ſupra de reb. credit. quia credibile non eſt hoc agi inter cõtrahentes. Apparet ſpectari fidem, induſtriam, mores, ingenium perſonarum. Reſpõdeo hic nullã eſſe obligationẽ aut actionẽ. Hæc nuntiatio ſiua prohibitio facti eſt tantum, nec aliquid commune habet cum obligatione. Nihil ergo ad rem pertinet quod dicitur obligationes tranſire ad hæredẽ. Ne illud quidẽ aduerſatur quod inſtantia iudicij trãſit in hæredem, l. ſi eum hominem. infra de fideiuſſor. c. quia, de iudic. Nam nullum hic iudicium eſt, ſed præparatio quædã iudicij futuri. Fortius opponitur nobis quod dicitur in l. prætor. §. hoc interdictum. infra, interdictum hoc competere hæredi. reſpondeo interdictũ dari, opere iam facto. Nos autẽ dicimus extingui nuntiationem, cum nuda tãtum eſt nuntiatio, cum res adhuc integra eſt. Quod locum habet etſi ſatiſdatũ ſit, quia prætor de opere tãtum facto loquitur. Sic dicitur mandatum non finiri morte mandantis, ſi res deſierit integra eſſe. §. item ſi adhuc. Inſt. de mandat. Hæc ſententia Pauli ſic à nobis defenſa, & declarata exceptionem habet, ſi quis nuntiauerit pro ſe & hæredib. ſuis. Id enim vulgo receptum eſt, nec ratione caret. Nam in pleriſque caſibus mentio hæredis facit, vt id trãſeat ad hæredem, quod alias finiretur morte. l. diem proferre. §. 1. de recep. arbitr. l. antiquitas. de vſufruct. Præterea hæc nuntiatio videtur adhuc prodeſſe hæredi ad interdictum, quod vi aut clam. Nam poſt nuntiationem non poteſt non vi factum eſſe quod factum eſt, l. 1. l. prohibere autem. quod vi aut clam. Et quæ hic dicũtur eo pertinent, vt non competat interdictum ea operis nuntiatione. Si non valet vt nuntiatio, valet vt prohibitio propter quod vi factum eſſe dici poteſt. Et ſanè multę differentiæ repetiuntur inter hęc duo interdicta, de quibus dixi ſupra. Sequitur, *Sicut alienatione*. Obſeruandum eſt alienatione fundi nuntiationem finiri. Videtur is qui alienat fundum, &c. quodammodo nuntiationem omittere, quod nihil amplius interſit eius, &c. Nec ea nuntiatio tranſit ad emptorem, aut alium ſucceſſorem.

Obiicitur tamen lex, in iudicio. ſupra famil. erciſcũd. vt oſtẽdatur nuntiationem tranſire ad ſingularem ſucceſſorem. Sed nullum verbum animaduerti in ea lege, vnde id colligi poſſit. Dicitur pendente iudicio familiæ erciſcundę, poſſe cohęredes agere de ſeruitute & nuntiare, &c. pro ſua quemque parte. Si vni adiudicetur totus fundus, caueri oportet, vt quæ ea his actionib. recepta fuerint, reddantur, id eſt, ſi cohæres aliquid conſecutus ſit ex nuntiatione quia egit interdicto, &c. Loquitur ergo de nũtiatione quæ effectum habuit, propter quam actum eſt, &c. Deinde ſequitur: Et ſi eo nomine actum nõ fuerit, eum ſequi integram actionem, cui fundus adiudicatus fuerit. Loquitur de actione, nõ de nuntiatione. Altera quæſtio de eo cui nũtiatum eſt. Dicitur morte eius non finiri nuntiationem. Ratio ſumitur ex leg. vlt. infra, eo quia nuntiatio fit in rem non in perſonam, ideo tranſit ad hæredem, quaſi ei quoque nuntiatum ſit, l. penult. Argumento id probat Paul. ex forma ſtipulationis, &c. Is cui nuntiatum eſt promittit pro ſe & hæredib. ſuis. Non cogeret eum prætor ita cauere, niſi iuſtum eſſet heredẽ teneri. Stipulatio prętoria eſt, quæ concipitur authore prætore ſecundum naturã, &c. Deinde dicitur: Si is cui nuntiatum eſt alienauerit, non finiri nuntiationem. Ratio eadem quæ hæredis, quia in rem fit. d. l. vlt. Ideo videtur facta omnib. qui quandoque ædificaturi ſunt. Qui nuntiat, in rem omnibus nuntiat, vt alibi dixi. Ergo competit interdictum aduerſus ſucceſſorem ſingularẽ. l. vlt. Hoc eſt accipiendum niſi ignorauerit nuntiationem factam. l. 3. §. opus. Dixerit aliquis, imo ignorans tenetur. l. 2. §. aduerſus. Verum eſt, modo ſic nuntiatum ſit, vt veriſimiliter potuerit ei renuntiari. l. 5. §. nuntiationem. At fabri & alij qui ſunt in re præſenti non cogitant de nouo domino. Tenetur ergo ſolum ad patientiam. l. pen. Sed hæc diſputatio proprie pertinet ad l. vlt.

Ad l. creditori. 9.

PRÆLECTIO XV.

LOcus de cauſa nuntiationis. Cauſa nuntiationis eſt dominium aut ſeruitus, l. 5. §. & belle. ſup. eodẽ. l. 1. de remiſſio. Nam dominus prædij poteſt ob ſeruitutem nuntiare, &c. De aliis qui domini non ſunt quæritur. Et iam tractatum eſt de vſufructuario, ſupra leg. 1. §. vltim. vbi diximus nuntiare eum nomine procuratorio poſſe. Nũc quæritur de eo qui ius pignoris habet, an poſſit nuntiare ob ſeruitutem. Videtur non poſſe non magis quam vt fructuarius, quia dominus non eſt. l. neque pignus. infra de regul. iuris. Videtur etiam non poſſe ſeruitutem vindicare, quia vindicatio ſeruitutis non competit niſi domino prędij, &c. leg. 2. ſupra ſi ſeruitus vindicet. Caius tamen hic ait nuntiationem competere: quia ius habet in prædio ſuo, cui debetur ſeruitus. Ius pignoris reale eſt, quamuis dominium non ſit, leg. pignoris. ſupra de pignor. Atque ideo receptum eſt, vt creditori detur vtilis vindicatio ſeruitutis. l. ei qui. ſupra de ſeruit. l. 1. §. vlt. de remiſſ. Vtilis datur, directa

directa deficiente.d.l.2.ſi ſeruit.vindic. Sic eſt intelligendum, quod hic dicitur de vindicationa, quamuis ſimpliciter loquitur Caius.Sic atiam vtilis petitio fundi ei datur.d.l.ei qui,id eſt,actio hypothecaria. Relata ad ius ciuila dicitur vtilis.arg.§.namqua. Inſtit. de actin.Non competit ax mero directóqua iura,ſad ex iuriſdictione prętoria proficiſcitur.Et notandum aſt hic nuntiari nouum opus atiam contra dominum, quia hic nuntiat nomine ſuo, vt dixi ad l. 1. §. vlt. ſupr. ao. Plus iuris habet ereditor quàm fructuarius, vt ibi diximus. Quod Accurſ.ait ſufficientem non eſſe hanc rationem, ineptum ſane eſt & Accurſianum. Vult Accurſ.non recta colligi: Vindicatio ſeruitutis datur,ergo & nuntiatio.leg. qui viam,infra. Sed particula, Nam, cauſalis ſemper non eſt, ſed intardum aliam vim haber,vt iam ſępe dixi.Quam vim habeat,ego iam oſtendi.Occurrit obiactioni.Poterat obiici,non competera ei vindicationem ſeruitutis quia dominus nō ſit. Nae mala concluditur ita, Non poteſt vindicara ſaruitutē, ergo nec ob ſatuitutam nuntiara,&cęt.Itaqua raſpondat Caius.id negando quod aſſumitur, & ait vindicationem ſeruitutis competara. Sed quia hic incidimus in mantionē nuntiationis quæ fit ob ſeruitutem, nunc plenius de ea differendum eſt, & interpretanda l.qui viam.infra, quæ inter difficiles leges huius tituli numarari ſolat.

Ad l.Qui vim.14.

DVo continentur his verbis Iuliani, quæ coniunganda ſunt cum l.2.ſupr.aod.cum l. ei qui ſupra de ſeruit.Primum eſt quod ob ſeruitutam viæ non poteſt nunciari, &c. Si quis impediat vti via ædificanda &c. Hæc verba ſatis clara ſunt:ſed difficultas naſcitur ex antinomia. Nam ſæpe alibi dicitur poſſe nunciari. l.5.in in.& §.& balla,ſup.en l.1.da ramiſſionib⁹ l.inter. de ſeruit.vrb.pręd.l.in iudicio,ſam. erciſc.varię ſūt opiniones, & duodecim ego diuerſas reperi in aliorum ſcriptis. Ac forta plures reperiri poſſunt ab iis qui omnia omnium ſcripta auoluunt.Tres ſunt pręcipue apud Accurſ.& Bart.Vna eſt eorum qui legunt, *Viam ædificat*.Et interpretantur,reficit,exornat. Sic enim habent plerique antiqui codices,& Accurſ.ita videtur legiſſe. Ideo autam dicunt non competera nuntiationē, quia id non fit cauſa impediendæ ſeruitutis, hæc opinio mihi non placer. Primum quia in codicibus emēdatis legitur, *In via ædificat*, & præſertim in Florent. Nec tamere mutanda eſt ea lectio. Legi in quodam manuſcripto *Quia in viam ædificat*. Ac forte ſcriptum eſt in viam pro in via,vt apud Plautum, *In mentem eſſe*, in Amphit.pro in mente. & apud Cic. pro lege Manilia,in poteſtatam eſſe,id eſt,potaſtate. Qua da re Gel. lib.1. c. 7. Deinda non videtur recte nec Latina dici, Viam ædificara: tum mouet vt ab aa opinione recedā, quod hic dicitur vindicationem ſaruitutis dari. Datur aduerſus eum qui impedit ſeruitutem,&c.leg.4.ſupra ſi ſeruit. vind.Alij exiſtimant nuntiari nouum opus ob ſeruitutem,ſed non aduerſus dominum. Atque ita intelligunt hæc verba Iuliani aduerſus eum,&c.ſi dominus ſit.Accurſ.ita ſenſit ad l.inter. ſupta da ſeruit. Cuius ſententia merito exploſa eſt à pleriſque interpretibus.Nam loquitur Iulian.de eo qui ædificat ſiue ſit dominus ſiue alius,puta, ſuperficiarius, fructuarius, poſſeſſor.&c. talem exceptionem addera non eſt interpretis. Hoc non eſt interpretari, ſed legem condera potius. Et aperte dicitur alibi, contra dominum nuntiari poſſe.l.5.§.& bella. Item etſi fateamur aliquo caſu nūtiari non poſſe aduerſus dominum, tamen hæc verba latius patent,quàm vt ita reſtringantur. Sed de hac opinione ſatis. Qui nugaa accurata refellit, nugaa agit. Alia aſt opinio eorum qui diſtinguunt ſeruitutes vrbanas à ruſticis. Et hæc ſententia vulgo probata eſt ac recepta magis quàm aliæ. Hanc ſententiam ego ſequi ſoleo ac defendere.ſcripſi lib.2.diſput.cap.17.Mouet me primum quod Vlp.hic loquitur de via,quę ſeruitos eſt ruſtica: deinda nullum exemplum nuntiationis reperitur,niſi ob ſeruitutem vrbanam,velut in leg. 5.§.& bella.l.inter.de ſeruit.Non obſtat lex 1.remiſſio. Loquitur indefinite is qui ſeruitutem habet. Non ſignificat his verbis ob quamcunque ſeruitutem nuntiari poſſe. l. in toto infra de reg.iur. Obiicitur præterea lex,in iudicio.ſupr.famil.erciſc.vbi dicitur de iure prędij nuntiari nouum opus. Sed non magis adoerſatur, quam l.1.infr.de remiſſio. Appellatione prædij continetur etiam vrbanum,l. vrbana prædia. infra. da verb. ſign.Item cum mouetur controuarſia de ſeruitute ædium quæ ſunt in fundo,dicitur moueri de iure fundi. Vt mirum ſit Alciat.in parerg.lib.3.c.24.hoc non animaduertiſſe. Ex his apparet hæc pugnantia non aſſe, difficultas argo tantum eſt in ratione diuerſitatis. Ego aam adduxi & declaraui lib.2.diſput. Quam ego non miror parum probari iis qui norunt quid ſit ciuilem ſcientiam tractare. Videta quæ ſcripſi Nota,nihil agit, &c.Alterum quod hic adnotatur,pertinet ad l.ſciendū.

Ad l.Cùm procurator.13.

PRÆLECTIO XVI.

VAriæ interpretationes. Mihi autē videtur hic sēſus declarari poſſe in hac ſpecie,procurator nunciat nouum opus, vt ſupra diximus, non nomine ſuo, ſed domini:alias procurator non eſſet. Ideoque ſatiſdat dominum ratum habiturum, l. 5. §.qui procuratorio ſupra.Aduerſarius petit remiſſionem à prætore, oſtandit ſe dominum eſſe.&c.Prætor remittit quatenus nuntiadi ius non habuerit procurator,ſed dominus.Sic remiſſio in perſonam domini confertur. Simila eſt quod dicitur in l.ſi procurator. ſupra ſi quis cantion. Stipulatio iudicio ſiſti ad vtilitatem domini refertur. Et in dubio ſic interpretamur.

Ad *§.Si dominus, &c.* Hæc quæſtio pendet ex ſuperiori.Species eſt huiuſmodi. Procurator nuntiauit nouum opus ex cauſa damni infecti.iuxta l.1.§. nuntiatio. ſupra.leg.qui bona. §. ſi quis opus. infr. de damno infect. Satiſdadit dominum ratum habiturum. Aduerſarius ſatiſdedit vt poſſet impune ædificare.Et comprehenſum eſt certum tempus,ſicut dicitur in l.qui bona, §. vlt.de dam.infect.Si quid damni contigerit intra illū diem,hæc eſt cautio damni infecti, quæ dicitur interponi ex noui operis nuntiatione. Quia propter damnum infectum nuntiatum aſt nouum opus. Poſt eam ſatiſdationam dominus cuius nomine procurator nūtiauerat,iterum nuntiàt. Quæritur an committatur ſtipulatio de rato?Diſtinguit Iurecon.vt hic dicitur.Non poteſt iterum nuntiara ſine iniuria aduarſarij qui ſatiſdedit. Committitur ſtipulatio da rato contra procuratorem,quia ratum non habet dominus.

Ad *§.Si in remiſſione.* Declaratio pendet ex iis quæ diceraus ad l.ſi prius.

Ad l.Si priuſquam.15.

LOcus eſt da actione confeſſoria & negatoria pertinens ad nuntiationem,da quibus actionibus varias quæſtiones tractauit Africanus, vt apparet ax hac lege,& ex leg.egi.da exception.rei indic. Quæ eandem inſcriptionē habēt.Duplex autē hic quęſtio eſt:vna eſt de actione cōfeſſoria,qua vindicatur ſeruitus.l.2.ſupr. ſi ſeruitus vind. §. æque. Inſtit. de actio. Dicitur confeſſoria,quia confitetur actor ſiue intendit ſeruitutem *Confeſſoria actio.*

ſibi competere. dict. l. 2. & §. æque. Vt cum quis intendit vicino non eſſe altius ædes tollere. Vindicat ſeruitutem altius non tollẽdi, quaſi ea ſeruitus impoſita ſit ædibus. Alias licet domino ſuo ædes tollere, &cæt. leg. altius. Codic. de ſeruitut. Qui hac actione experitur, ſubit onus probationis, l. 2. ſupra. de probat. Probare debet ſe dominum prædij, &cæt. dict. leg. 2. ſupr. ſi ſeruitus vindic. Item probare debet ſibi impoſitam eſſe ſeruitutem, l. 5. §. & belle. Sextus. ſupra eodem. hæc ſi probauerit reo defendente vincet in iudicio. Si non probauerit, abſoluetur reus, l. qui accuſare. Codic. de eden. Quid igitur ſi reus non defendat rem, id eſt, cauſam & litem: Sic enim plerunque accipitur, Cicer. pro Murena. Non ſolet reus damnari iure ciuili, niſi iudicium ſit acceptum & lis conteſtata, vt alias dixi ſæpe. Variis modis coercetur reus à prætore, vt rem cogatur defendere. Et vulgare eſt genus coercitionis per miſſionem in poſſeſſionem in rebus corporalibus, titul. quibus mod. in poſſ. eat. de ſeruitutibus autẽ dubitatur. Si is à quo vindicatur ſeruitus non defendat. Non enim mitti poteſt actor in poſſeſſionem ſeruitutis. Res incorporales nõ poſſidẽtur, Inſtitut. de reb. corporal. l. ſeruus. §. Incorporales. de acquir. rer. domin. Ait igitur Africanus, hac pœna plecti reum, vt petitoris partes ſuſcipiat, & de iure ſuo docere cogatur. Exigitur cautio, &c. eſt exemplum cautionis ſiue ſtipulationis iudicialis, de qua in l. 5. de verbor. obligation. & Inſtitut. de diuiſ. ſtipulatio. Quam vltro egiſſet. Vltro, id fere ſignificat quod vulgo dicimus, ex ſua parte, vt in l. 1. vti poſſid. Actio nunquam vltro poſſeſſori datur. l. ſed cui vltro. de negot. geſt. & aliis ſimilib. locis quos alibi adduxi. Reus igitur effectus petitor aget ius ſibi eſſe altius tollere, & cogetur probare, & cæt. Grauis pœna hęc eſt propter onus probationis. Eſt aliud genus coercitionis, cum iam ædificatum eſt in l. 45. de damn. infect. Cuius legis initium mendoſum eſt in pleriſque codicibus. Hic non poteſt eſſe locus cautioni, de qua loquimur, quia iam ædificatum eſt, ſed poſſeſſio transfertur. Sed quomodo poteſt agi confeſſoria antequam ædificatum ſit? Nam hæc actio datur contra eum qui impedit ſeruitutem. l. ſi quis diuturno. §. vlt. ſupr. ſi ſeruit. vindic. l. vti frui. §. verum. ſi cert. petat. Sicut in aliis actionibus in rem requiritur poſſeſſio, &c. l. officium. ſupra de rei vind. l. 1. Cod. de alienation. iud. mutan. cau. Variæ hic ſunt opiniones. Et quidam putant hic agere eum confeſſoria, qui impeditus fuit. Cœptum fuit ædificium, vel aliquid præparatum. Ego autem puto poſſe competere hanc actionem, & ſi quis nondum impeditus ſit, quia timet actor ne impediatur, nõ datur poſſidenti. Sed ſi reus dicat ſe non impedire, non cogetur ſuſcipere iudicium. Sicut dicitur de rei vindicatione, l. vlt. de rei vind. Ego alias dixi ad §. nihil commune. eũ qui vindicat, intendere ſimpliciter rem ſuam eſſe. Apud veteres non fiebat mentio poſſeſſionis. Formula vindicationis apud Cice. pro Murena: *Fundum qui Sabinus vocatur, hunc ego ex iure Quiritum meum eſſe aio. Inde ego te ex iure manu cõſertũ voco.* Reus autem qui dicit ſe non poſſidere vitat iudicium. d. l. vlt. Sic etiam agitur hic confeſſoria, nulla facta mentione poſſeſſionis aut impedimenti. Sed licet aduerſario dicere ſe non impedire actorem quo minus vtatur ſeruitute. d. l. ſi quis diuturno. §. vlt. Si vero contradicat, procedit iudicium. Vnde vulgo dicitur in foro, *Oppoſition vaut trouble.* Cum loquitur de interdicto vti poſſidetis. Sed cur ait Africa. non alias partes eſſe iudicis? Nam poteſt actor mitti in poſſeſſionem bonorum aduerſarij, l. is cuius. ſupra ſi ſeruit. vindi. Reſpondeo his verbis non excludi alias coercitiones quibus vtitur aduerſus abſentes & contumaces. Poteſt mitti actor in poſſeſſionem aliarum rerum quæ corporales ſunt. Docet quæ ſint partes iudicis cognoſcentis, magis quàm prætoris. Iudicia dati non eſt in poſſeſſionem mittere, ſed prætoris. l. iubere. ſupra de iuriſd. Et hoc remedium prætoris vtiliſſimum eſt, quia iudex partes ſuas interponit cum reus præſens eſt, ſed non vult iudicium ſuſcipere. Iubet eum cauere. Quod de abſente intelligi non poteſt. Quid ergo ſi nolit adeſſe ad iudicium? Tunc miſſio eſt neceſſaria. Deinde hoc remedium prætoris vtile eſt ei tantum qui non poſſeſſor eſt vt onus probandi in aduerſarium transferatur. Miſſio vero vtilis eſt etiam poſſeſſori, cùm actio quoque confeſſoria competit, l. & ſi forte §. ſciendum. ſi ſeruitus vindic.

PRÆLECTIO XVII.

Diximus de confeſſoria actione: Nunc dicendum eſt de negatoria, & declaranda pars altera legis noſtræ. Negatoria competit pro aſſerenda libertate. l. 2. ſupra ſi ſeru. vind. §. æque. Inſtit. de actio. Datur negatoria, quia negat ſeruitutem alteri non deberi. i. dicit non deberi. hoc ſignificat verbũ, negare, apud Latinos auctores. Et dicitur actio cõtraria. l. ſicuti. in prin. ſi ſeruit. vind. Quia ſicut vindicatur ſeruit⁹, &c. ita & cõtra viceuerſa vindicatur libertas. Et hoc gen⁹ actionis nõ eſt receptum in reb⁹ corporalib⁹. d. §. æque. actio nõ datur vltro ei qui poſſidet per quam neget rem actoris eſſe. Quamuis in pluribus caſibus is qui poſſidet, actoris partes ſuſtineat. d. §. æque. Sic enim intelligendum quod ibi dicitur, *Sane non vno caſu.* Corruptus autem eſt locus ab iis qui non intelligebant phraſim Latinã. *Non vno caſu*, id eſt, multis caſibus. Huius actionis exemplum hic eſt. Cum ago ius mihi eſſe altius tollere, hic vindico libertatem ædium, quæ liberæ ſunt procul dubio, niſi impoſita ſit ſeruitus. l. altius. C. de ſeruit. & aqua. Qui ita agit, probare debet iuxta regulam l. 2. de probat. Probare debet ſe dominum fundi, &c. Libertas autem probatur eo ipſo quod non apparet conſtituta ſeruitus. l. 5. §. ſupra. Dixerit aliquis, quid opus eſt hac actione ei qui poſſidet? Non melius eſt eum expectare dum aduerſarius egerit confeſſoria, ius non eſſe altius tollere: quia tunc ſoli actori incumbet probatio? Reſpondeo vtilem eſſe actionem, maxime ob nuntiationem noui operis. Nam ita ago, quia forte vereor ne cum cœpero ædificare, mihi nuntietur nouum opus, & opus interruptum maneat, &c. At enim poterit peti remiſſio à prætore, de qua iam ſæpe diximus. Sed remiſſio ſolet cõcedi eatenus quaten⁹ ius ędificãdi habuerit. l. 1. in princ. l. 1. de remiſſio. Nec arbitror mihi ſatis conſultum hac remiſſione conditionali: quia vereor quis ſit futurus iudicij euentus. Euentus eſt valde dubius, ac incertus non minus quam in bello, vt dicitur in l. quod debetur. de pecul. Mihi ergo magis expedit ita agere, vt poſt mortem iudicatam certus ſim de iure meo, & nuntiari non poſſit nouum opus. Nam reus hac actione damnatus, quia præſens eſt, & rem defendit, cauet ſe mihi moleſtiam non facturum, nec impediturum, &c. l. harum. l. egi. ſupra ſi ſeruit. vind. itaque non poterit poſtea nuntiare nouum opus. Si vero non defendat, non damnabitur. Nec cauebit ſimpliciter, ſed ita donec docuerit de iure ſuo, per prouiſionem vulgo dicitur. Nec diſſimile eſt exemplum in l. penul. de aqua quod. & æſti. de quo ſcripſimus lib. 1. diſput. c. 21. Sententia igitur hæc proderit victori, vt poſſit ædificare poſt nuntiationem. Nam facile obtinebit remiſſionem à prætore, quatenus, &c. Et tuto poterit ædificare, qui incertus eſt de iure. Imo etiam hoc caſu dici poteſt remittendam eſſe nuntiationem ſimpliciter: quia apparet rem iudicatam eſſe: cautum eſſe ne nouum opus nuntietur. Quia in promptu eſt probatio, videtur inhibenda omnino eſſe nuntiatio. arg. l. ſi ia

Actio negatoria.

à quo

à quo. vt in poſſeſſ. legat. hodie ſi conſtat quomodo agamus, ceſſat ſatiſdatio. Hoc igitur caſu cauſæ cognitio eſt neceſſaria, & debent vocari ad prætorem ij quorum intereſt. l. de vnoquoque. infra de re iud. vt puta is qui nuntiauit aut eius procurator. Itaque videndum eſt ne falſus procurator ſit. l. cum procurator. §. vlt. ſupra eo. Prætor decernendo poteſt adijcere exceptionem procuratoriam. Cuius exceptionis mentio eſt in l. inter quos. §. alieno. infra de dam. infe. Extra quam ſi procurator non ſit, poteſt etiam dici, licet ea exceptio ſit omiſſa, tamen tacite intelligi: quia falſus procurator non nocet, &c. l. licet. ſup. de iudic. hæc eſt plana & ſimplex interpretatio huius legis, meo quidem iudicio. Alciatus vnus hic contendit Africanum non loqui de confeſſoria actione. Cuius argumenta facile refelli poſſunt ex iis quę dixi. Pręcipua eius argumēta hęc ſunt. Primū ait non conuenire titulo ſi de confeſſoria intelligamus, ſed potius titu. ſi ſeruit. vind. Verum apparet ex iam dictis poſteriorem partem legis pertinere ad nuntiationem. Prior quidem pars non magno pere pertinet. Sed vna non debuit ab altera auelli, & ſeparari, cum hæ coniunctæ eſſent ab Africano. Secundo ait ratione carere vt reus amittat poſſeſſionem, quia non defendit in actione confeſſoria. Sed iam oſtendi hoc nouum non eſſe. Adduxi exemplum ex l. 45. de dā. infect. item ob falſam inficiationem id accidit in rei vindicatione. l. vitim. de rei vind. Tertio ait confeſſoriā non competere niſi ei qui inquietatus eſt, l. loci. ſi ſeruit. vind. At hic nulla eſt inquietationis mentio. Dixi alibi verum id vſquequaque non eſſe. & ſi id verum eſſet, noſtra interpretatio adhuc conueniret verbis. Cum ait, ageretur ius vicino, &c. id accipiendum quo caſu licet ita experiri. Non erat quæſtio an poſſet agi confeſſoria: ſed dubitabatur de officio iudicis in contumacē, quo caſu poteſt agi. Quarto ait verbis non conuenire Africani, cum ait, non alias partes. Nam ſunt alia genera coercitionum. d. l. in cuius. Ego iam reſpondi, ſuperuacanea eſſet repetitio. Reliqua argumenta leuia ſunt.

Ad l. Si opus. 16.

Locus de vi nuntiationis. Reſtituitur quod factum eſt, &c. ſi teneat nuntiatio, id perſpicitur in hac ſpecie. Prætor aditus à Titio iuſſit nuntiari: mox prohibuit. Titius nihilominus nūtiauit fretus iuſſu prætoris. Aduerſarius contempſit nuntiationem propter prohibitionem, quæ ſecuta eſt. Ait Vlp. potiorem eſſe prohibitionem. facit l. quod iuſſu. de re iudic. & quod ibi dixi nuper. Nec diſſimile eſt quod dicitur de interlocutione arbitri. l. qualem. §. decem. ſupra de recep. arb. Nec dubium eſt quin hoc caput ſumptum ſit ex eo tractatu de arbit. cum ſit Vlp. lib. 13. ad edict. Et animaduertendum eſt hic prætorem adiri quamuis non ſit neceſſe. l. 1. §. nuntiatio. Sic autem iuſſus non eſt prohibitione prætoria, de qua in §. meminiſſe. Ea prohibitor, diſtinguitur à nuntiatione: hic non prohibet prętio ſed iubet nuntiari, &c.

Ad l. Si procurator. 17.

PRÆLECTIO XVIII.

Diximus ſupra locum eſſe interdicto reſtitutorio, &c. ſi modo nuntiatio teneat, ac vtilis ſit. Alias non competit interdictum ex noui operis nuntiatione de quo in l. prætor. Plerunque tamen accidit vt detur interdictum quod vi aut clam. Sicut in hac ſpecie, ſi procurator opus nouum faciētem prohibuit. In hoc interdicto multum refert quis prohibeat. l. 5. §. 1. ſupra eo. in interdicto quod vi aut clam, non multū refert. l. 3. in prin. infr. quod vi aut clam. Nec dubium eſt quin hoc ſcriptum ſit ad interpretationem eius interdicti: idq; apparet ex inſcriptionibus capitum Paul. lib. 67. ad edict. Sic enim eſt legendum non 57. Dixerit aliquis nonne poteſt nuntiari nouum opus per procuratorem? l. 1. §. nuntiatio. ſupra. Reſpondeo nuntiationem ita demum valere ſi ſatiſdederit procurator. l. 5. §. qui procuratorio. At in interdicto quod vi, non habetur ratio perſonæ. dict. l. 3. Quiuis procurans alterius negotia poteſt prohibere. Idem dicitur in l. per procuratorem. 72. ſupra de procur. Sufficit vi factum eſſe, aut clam, vt prohibitiuè factum dicatur, quod alias clam factum eſſet. Sic etiam diximus alibi nuntiationem faciendam eſſe in re præſenti. l. 5. §. nuntiatio. Nec aliter locus eſt huic interdicto. Tamen in interdicto quod vi ſufficit quælibet prohibitio. l. 1. & l. 3. quod vi aut clam.

Ad l. Ædibus. 18.

Quæſtio hic tractatur, de qua iam aliquid dixi ad l. 5. §. ſi plurium. Duo communiter poſſident eandem domum, nuntio vni ne altius tollat, &c. Quæritur an hæc nuntiatio noceat alteri? Ait Vlpia. nocere omnibus, qui poſtea ædificauerint. Nuntiatio fit in re præſenti, & nocet etiam abſentibus. l. 5. §. nuntiationem. Ei autem qui non ædificauit, non noceret, quantū ad pœnam huius edicti. Pœna eſt vt cogatur deſtruere l. pen. hic. Deſtruetur tamen totum opus, quia deſtructio indiuidua eſt. l. ſtipulatio. §. quæſitum infra. Et is qui non ædificauit tenetur patientiam præſtare. d. l. pē. & l. competit. §. vlt. infra quod vi. Intelligitur autem feciſſe is qui conſenſit facienti. Non teneor ſi me ignorante ſocius ædificauerit. Quod autem dicitur de ędib. communibus, ſic accipiendum eſt, quia communiter poſſidentur. Nam hoc interdictum datur contra poſſeſſorem. l. vlt.

Ad l. Sciendum. 19.

Varia eſt interpretatio huius legis. Dicam breuiter quod mihi verius videtur. Nuntiat quidam nouum opus propter dominium puta, aut ſeruitutem. Aduerſarius quieſcit & deſiſtit ab opere, &c. Adit prętorem, contendit iure nuntiatum ſibi non eſſe, &c. Nūtiator non poteſt docere de iure ſuo, atque ita denegatur ei executio nuntiationis, &c. Damnatur quanti intereſt, &c. Nunc volt agere actione legitima, forte cōfeſſoria, &c. An poſſit quæritur. Dubitatur, quia de eo iure cognitum eſt, &c. Vnde videtur obſtare exceptio rei iudicatæ, &c. l. cum quæritur. de excep. rei iud. Sed tamen ait Paul. actiones integras manere. Nam non fuit principaliter hoc deductum in iudicium. Nec egit actor vt ſeruis declararetur ſibi deberi: quamuis de eo cognitum fuerit ſummatim. Agit vt pronuntietur, iure nuntiatum eſſe. Sic in pleriſque interdictis poſſeſſoriis accidit. Interdictum quorum bonorum, in quo cognoſcitur, an quis ſit hæres: ſed ſummatim. Eo ſpectat agens vt poſſeſſionem nanciſcatur: ideo non præiudicat petitioni hæreditatis. l. 1. C. ſi de momen. poſſ. Agēs petitione hæreditatis petit ſe declarari hæredem, & hoc principaliter deducitur in iudicium. Ait Paul. ſicut in iis, &c. Oſtendit legitimas actiones integras manere eum ab initio prætor denegat, &c. vt in l. qui viam, l. ſi quis rinos. & ſimilibus. Non enim ideo denegatur nuntiatio, quod ſeruitutem non habeat nuntiator, ſed quia non ſit hæc iuſta cauſa nuntiandi: quod non ſufficiat, ſeruitutem habere. Id autem ſufficit in actione legitima. Sed finem dicendi hic faciam, vt ad templum eamus gratias acturi Deo omnipotenti, quod tam fe-

liciter ſuſceptum & auſpicatum noſtrum ſuperioribus dictis gubernarit.

IN TIT. II.

DE DAMNO INFECTO.

Cap. I.

ARgumentum huius tituli fere continetur edicto prætoris: quod edictum eſt propoſitum l. prætor, vt conſuleretur eis qui damnum ſibi timerent ex ruina ædium vicinarum. Nam ante cautionem dãni infecti, de qua edictum eſt propoſitum, non videbatur ſatis proſpectum eſſe huic incommodo: at vero ſi vicina domus ruinam minetur, hac cautione mihi proſpicitur. Quid enim aliud fieri? neque enim æquum antiquis videbatur, vt eius domus dominus, quæ damnũ ſuo caſu attuliſſet vicinis ædibus, damnum ſarcire cogeretur, in d. l. Prætor. §. hoc edictum. argumento ab animalibus quæ noxam commiſerunt ducto. Durum eſt vitioſarum ædium dominum cogi, vt eas reficiat, qui tantis ſumptibus par eſſe non poſſit, aut malit ædes deſerere, quàm vitium facientes inſtaurare. l. ſed an vltro. §. 1. de nego. geſt. Neceſſitatis igitur cauſa introductum eſt hoc remedium ſtipulationis prętoriæ, quæ damni infecti vocatur. Vocandus eſt autem dominus vitioſarum ædium ad prætorem, vt caueat ſe reſtituturum ſi quid damni ab eius ædibus fuerit illatum: quæ cautio prætoria, ſtipulatio eſt, vel potius imperium prætoris, vt dicitur in l. iubere cauere. de iuriſd. Formula autem huius ſtipulationis eſt, vt ſi intra tempus à prætore definitum domus deciderit, agi ex ſtipulatione poſſit quanti intereſt ei qui ſit ſtipulatus. Quid ſi prætorem adire vitioſarum ædium dominus nolit? Actor mittetur in poſſeſſionẽ, & ſi perſeueret obſtinat' is à quo cautio exigitur, poſſeſſor conſtituitur actor: à qua ſi arceatur, actio ei in factum datur: quia tantum conſequitur, quantum ex ſtipulatione prætoria eſſet cõſecuturus. Hæc argumẽti loco ſummatim & generaliter dicta ſint, deinceps ſingula conſideremus.

Huius ſtipulationis cauſa.

Cap. II.

PRimum autem ſtipulationis cauſæ conſiderandæ ſunt, quæ exiſtunt vel ex rei ſtatu, vel ex qua dãnũ tuetur, vel ex facto à quo exigitur ſtipulatio, vel ex eo facto eius qui exigit. id eſt, actoris ſtipulatoris. Rem igitur eiuſmodi eſſe oportet, vt ex ea damnum aliquod euidens timeri poſſit: vnde infectũ dicitur, quia ad nõ factum, ſed futurum pertinet. l. prætor. §. hoc edictum & l. 2. *Damnum infectum eſt, damnum non factum, quod futurum veremur:* Huius autẽ ſtipulationis vtilitas declaratur in l. 6. hoc. tit. Verum eſt, ſtipulatione non interpoſita, dominum non teneri vitioſarum ædium, vt etiam ne rudera quidem tollere cogatur. l. pretor. §. vlt. Quid ſi non negligentia, ſed iuſto aliquo impedimento, cautionem non exegit? Reddendum erit ei interdictum, quo vicinus compellatur rudera tollere, aut ea pro derelicto habere. l. quod forte. 8. Quod ſi extra ius ſibi caueri poſtulauerit, ne hoc quidem caſu ei cõpetet actio. l. cũ poſtulaſſẽ. 44. Hic vulgo locus ob ſeruari ſolet, cum agitur de interpellatione extra ius. Nõ enim neceſſe eſt debitorem in iudicio interpellari, ſed ſi extra ordinem, idoneo loco & tempore, l. ſi ex legati cauſa. 21. de verb. obl. & l. mora. de vſuris. id eſt, eũ quem nobis habemus obligatum: hic agitur de eo, cum quo ſtipulatio contracta eſt. In ſumma ad damnũ futurum pertinet hæc ſtipulatio: non ad iam factum, cum res huiuſmodi eſt, vt veriſimile damnum aliquod timeatur vi ruina, vt ſi vitium eſt loci. l. 19. §. 1. Atq; hęc de ſtatu rei.

Secundum eſt vt ex parte rei, id eſt, promiſſoris ſeu defenſoris vis ſpectetur, vel factum eius: quæ ſunt diſtinguenda. Itaque de iure priore loco, deinde de facto. Ius intelligimus dominium, vſumfructum. l. eorũ in prin. vt ſuperficiem, vſum, habitationem. Exigitur cautio ab eo, qui dicitur dominus eſſe. qui ſi nolit cauere, mittitur actor in poſſeſſionem. Idem eſt de ſeruitute in l. qui bona. §. 1. Seruitus autem realis eſt intelligenda, cum ſimpliciter ſeruitutem dicimus, vt in l. ſtipulationum quædam. 2. de verb. obl. Idem eſt dicendũ de eo qui rem bona fide, in l. qui bona. in prin. Illic quęritur de cauendi ratione, conſtat enim cauere debere: vbi addendum eſt idem eſſe dicendum de poſſeſſore. l. inter quos. 39. §. ſi domus. Inde quæſtiones multæ naſcuntur. Primo de domino. Quid enim ſi tantum dominus ſit pro parte? Dicendum eſt, cauere eum debere pro parte non in totum. l. 5. §. ſi plures. niſi cum ipſo petitor communes ædes habeat, l. ii. ſi ædibus. Quoties enim damnum alia ratione ſarciri poteſt, locus non eſt damni infecti. l. qui bona. §. de illo. Propter factum etiã cogitur dominus ædium nomine cauere. l. ſi finita. §. deinde ait prætor. hic. l. qui vias. §. quod ſi quis. de no. ope. nunt. Huius rei eſt exemplum apud Plin. lib. 36. c. 2. de ædilitate Scauri, qui Romam columnas marmoreas efferendas curauit, tantæ magnitudinis, vt redemptor cloacarum ſibi caueri poſtularit, quod propter pondus & grauitatem nocere poſſent cloacis, quarum ille redemptor erat, damnúmque receperat. Excipe locum qui publice reficitur: tum enim adeundus eſt Princeps, qui curet locum publicum refici ſine cuiuſquam incommodo. l. fluminum. §. quid ergo. Is autem qui curat aliquid publice reficiendũ, dãni cauere nõ cogitur.

Tertium eſt vt de actoris perſona videamus, & quæ cauſę nuntiandi ab eo pendeant. Hunc autem aliquod ius oportet habere cur cautionem requirat: cui autem cauendum ſit, declarat Prætor, cum ait, *Qui iurauerit non calumniæ cauſa ſe poſtulare.* l. 7. quod quomodo accipi debeat, docet Vlpianus in l. qui bon. §. qui damni. Iis enim tãtum eſt cauendum, quorum intereſt. Quod autem ſit hoc ius ex prudentum interpretatione inductum, hinc colligi poteſt. Primum hoc ius quod dicimus competere oportere, qui petit caueri, debet eſſe eius domus, quæ eſt proxima vitium minanti. l. damni. 18. Idẽm dicẽdum eſt de eo qui vſumfructum, ſuperficiem, aut huiuſmodi ius aliquod habet: quia eius intereſt ſibi caueri. l. qui bon. §. ſuperficiarium. hic. Huc pertinet l. inter quos. damni infecti. Quæſtio eſt an proprietarius vſufructuario, vel vſusfructuari' proprietario caueat: quæ diſputatio extat in l. damni. §. ei qui in conducto. Nam alia actione ei poteſt conſuli. Exceptio tamen eſt vna in l. inter fructuarium. Quid de iure pignoris dicetur, an is qui habet pignus, iure ſibi cauere poſſit, l. damni. Dicitur cautionem ei competere, cuius periculo ędes habet, in l. 13. ff. de pign. act. & tamen in l. quid de creditore. dicitur ſimiliter ei caueri. Quæritur de inquilinis: nam domini non ſunt: ſed eis cauetur propter vtilitatẽ. l. qui bona. §. qui dãni. Sed hoc intelligendum ab extraneo & alieno: nam à domino non cauetur, cum eo enim ex conducto agi poteſt. l. eadem. §. de illo. & l. 33. vbi actio pro ſtipulatione ſumitur.

Alia quæſtio de emptore, an emptori cauendũ ſit, antequam domus tradatur. l. cum emptor. 38. non debet caueri: vt ſi antequam traderetur emptori, emptor precarius in ea domo habitaret. Addendum eſt, & ſi em-

ſi emptor ſtipulatus ſit ante traditionem: tamē illa ſtipulatio tantum ad damnum referri debet quod poſt traditionem accidit. l. damni. 18. §. emptor.

Alia eſt quæſtio, de eo qui iuxta monumentum ædificauit, aut iuxta ædificium ſuum monumentum fieri paſſus eſt. l. qui bona. §. ſi quis iuxta. an poſſit damni infecti cautionem petere. Qui ædificauit, damni infecti cautionem petere nō poteſt, quia rem illicitam admiſit: ſed contra propter iura monumenti cautionem petere poſſumus. Hinc obſeruari ſolet idem dicendum eſſe de cautione in iudicio peti ſolita, quam nos ſecuritatem vocamus, *Sauuegarde*, l. illicitas, §. potentiores. de offic. præſi. Videtur enim cauendum non eſſe, quia rem illicitam admiſit: ſed quia aliter non quieſcerent, publicæ quietis cauſa datur cautio, l. 1. §. quies. ff. de offic. præfect. vrb. Quæſtio eſt de eo qui maluit recedere, quam cauere, in l. qui bona. §. ſi quis quia. Nam ſi in vicinas habet ei, & relictis vitioſis in eas commigrarit: in ruinoſas autem vicinus miſſus ſit: an ſibi poſtulabit ab eo caueri qui miſſus ſit in vitioſas? Minimè, reſpondet iureconſultus, l. damni. §. ſi vicinas. quæ videtur contra. Quid de bonæ fidei poſſeſſore eſt dicendum, an poteſt cautionem exigere? nam cauere debet, in l. qui bona. §. ſuperficiarium. & in l. quid, de credit. In l. qui bona fide, priore refertur ſententia Marcelli, quæ nec probatur nec improbatur: at in poſteriore videtur improbari, ſi lectionem vulgarem ſequamur. Haloander autem admonet, hæc verba, *id eſt creditori*, in quibuſdam codicibus deeſſe: quæ ſi expungantur, referri poterunt ad eum qui à non domino emit. Tutius eſt tamen Florentinam lectionem ſequi, vbi legitur, *hunc proſpiciendum, id eſt creditori*, quod de eo dubitaſſet, quia refert ſententiam Marcelli: cuius ſententia eſt ſequenda, niſi iudex aliqua iuſta & idonea cauſa motus cauendum putarit, vt dicitur in l. qui bona. §. qui damni. Quid ergo ſi timeat ne ſibi per viam eunti noceat caſus ædium, an ſtipulari poſſit ſibi caueri damni infecti? Non, ſed adire debet magiſtratus, l. ad curatoris. hic. qui curet domum refici, l. præſes prouinciæ. de offic. præſ. Sed parum hoc videtur conſentaneum his quę ſupra diximus, id eſt, neceſſitatis cauſa hoc eſſe inuētum remedium. At diſſimilitudo in illis eſt, nam ob metum vicini nō cogitur dominus ruinoſę domus domum reficere: ſed cum agitur de vrbis pulchritudine & decore, cogi poteſt ad reficiendum, in l. 1. de his qui deiec. vel effud. Intereſt enim reip. vt ſecure per vias iter fiat, l. Prætor. § hoc interdictum. ff. de noui oper. nunt. Sed ſi domus eſt ruri, & multum eſt iter, hoc caſu non cogitur reficere, ſed cauetur proximo de ruina. Hactenus de cauſis cautionis damni infecti.

Forma huius ſtipulationis.

CAP. III.

EX huius ſtipulationis forma frequentes ſolēt quæſtiones oriri. Primo enim quæritur, an ſit neceſſaria ſatiſdatio: nam verbum promittere poteſt intelligi de ſimplici repromiſſione, item & de ſatiſdatione. Huc autē verbis Prętoris eſt expreſſum in l. Prętor. in princ. In huiuſmodi igitur quæſtione diſtinctio adhibenda erit, ſuóne an alieno nomine quis promiſerit. Nam qui ſuo nomine promittit, ſatiſdare non tenetur, nec fideiuſſorem dare. Nihil autē refert an is qui promittit ſit dominus, an inquilinus: ſed tātum eſt conſiderandū an ab eo ſuo nomine petatur cautio, vt ſi rē bona fide à nō domino acceperit, l. qui bona. in prin. qui autē alieno nō ſuo cauēt nomine, ſatiſdare cogūtur, id eſt, fideiuſſorē dare, l. 1. qui ſatiſd. cog. quia in ratióne proprietatis pro procuratore habētur, l. 1. §. vlt. de ope. nou. nūt. Nā cuſtodiā debet pręſtare fructuarius, l. 1. & 2. vſufruct. quemadm. cau. à creditore autē exigenda eſt ſatiſdatio eius nomine qui dedit in pignus, l. ſi cum vend. & ſeq. de pig. act. quæ ratio ceſſat in eo qui ſeruitutē habet, l. qui bona. §. 1. quæ ſic conciliāda eſt cum cæteris quibus contraria eſſe videtur. Cum dicimus vſufructuarium ſatiſdare, notanda eſt ratio quam ſubdit Iureconſultus: ait enim vſufructuarium eſſe velut procuratorem: at qui ſeruitutem habet itineris, aut aliam, non eſt eiuſmodi: nec enim habet curam, aut fundi cuſtodiam. qua ratione dicitur vſufructuarios procurator. Cauet autem is, qui habet ſeruitutem, pro iure ſeruitutis, non autem pro proprietate: ſed cū agitur in fructuariū, debet cauere de domo ipſa, cuius habet vſumfructum. Hinc quæritur, quid ſi cōtrouerſia ſit quis ſit dominus, ita vt non facile appareat, an ſimplex repromiſſio, an vero neceſſaria ſit ſatiſdatio. Hæc quæſtio ſic ſoluitur in l. Prætor. in princ. *Si controuerſia erit, dominus ſit necne qui cauebit, ſatiſdare iubebo ſub exceptione.* Idem dicitur in l. qui vias. Sub exceptione autem, id eſt, extra quam ſi dominum eum eſſe poſtea cōſtiterit. Nam ſi dominum eſſe eum finis litis demonſtrarit, fideiuſſores liberabūtur. Quod autem hic dicitur, intelligendum eſt niſi à vero domino petatur repromiſſio, l. ſi proprietarius, §. Plautius. Nam ſi à vero domino petitur repromiſſio, inanis eſt alterius ſatiſdatio. Deinde quæritur, an in ſolidū, an pro parte cauēdū ſit. Reſp. ſi quis eius rei quæ vitium facit eſt dominus, in ſolidum debet cauere, l. in ſtipulatione, quod ſi pro parte illa dominus ſit tantum alicuius, pro parte tantū cauebit, l. plures. hic. & l. ſi quis putans. §. ſi damni. ff. cōmuni diuid. Quæritur item cauendum ſit, determinato certo tempore, an vero ſimpliciter ſine præfinitione certi tempori: quę quęſtio ſoluitur in l. Prętor. his verbis, *In eam diem, quam cauſa cognita ſtatuero.* Tempus autem hoc diffinitur arbitratu iudicantis. l. qui bona. §. vlt. & l. ſi finita. Finita autem die, renouatur in l. 4. vnde hæc ſtipulatio dicitur à Prętoris iuriſdictione proficiſci. l. 5. de verb. obliga. vel potius ex Prætoris imperio. l. iubere. de iuriſd. eſt autem imperij mixti cum iuriſdictione. Hinc fit vt quoniā hęc cautio Prætoria eſt, in pleriſque capitibus referantur inſcriptiones tit. de Præt. ſtip. Tametſi autem hæc cautio ſit Prætoria, tamē delegantur magiſtratibus municipalibus. l. 4. in prin. Vnde ſolet obiici l. ea quæ. ff. ad municip. quæ quidem vera eſt, hac cauſa excepta: cuius exceptionis ratio eſt in l. 1. quia periculoſa ſæpe fit dilatio. Hic autem locus pertinet ad iuriſdictionem ſimplicem. & quæ habentur in l. 1. & 4. ſumpta ſunt ex libro de iuriſd. cum quibus coniungi debet, ſi quis eorum ſenſum plane velit aſſequi. Notanda tamen eſt in ea ſtipulatione hęredum mētionem fieri, & eorum ad quos ea res pertinet. l. fluminum § adiicitur. Præterea cauetur de vitio, l. ead. eo, & §. vlti. Deinde cum quis alieno nomine ſtipulatur, quædam obſeruanda ſunt, de quibus in l. inter quos. §. alieno. Procuratoria autem exceptio accipitur, vt in edicto, ſub exceptione, in l. qui vias. vt ſi mecum agas ſub nomine Titij, peto vt mihi de rato caueas, deinde de damno tibi caueo: extra quam ſi procurator non ſit, hæc procuratio hanc vim habet, vt ſi poſtea appareat procuratorem non eſſe, nihil actum ſit, ex ea cautione damni infecti agi non poſſit: deinde iuſiurandū de calumnia exigitur à ſtipulatore, l. qui bona. §. qui damni. quod iuſiurandum aliquando repetitur, d. l. qui bona. §. ſi quis ſtip. Atque hoc iuſiurandum etiam ab eo qui alieno nomine petit, exigitur, l. qui bona. §. ſi alieno. ſed alio modo, vt ex illo §. ſi alieno. & ex edicto Prætoris intelligitur. Hoc modo ego calumniæ cauſa non peto, nec eo minus petiturus eſſet, ſi hic adeſſet. Solet obiici cùm quis de alieno facto iurat, l. Marcellus. §. iurare. ff. de act. rer. amo. Reſpond. procuratorem nō ſubire anceps iudicium, qui ſciat vel ſcire poſſit an per calumniam petatur.

De committenda ſtipulatione.

CAP. IIII.

COmmittitur damni infecti ſtipulatio, ſi damnum vicino datum ſit ruina ædium, vel alia cauſa. Oportet autem damnum datum fuiſſe, vt diminutum ius aliquod intelligatur, vt ex damni definitione intelligitur, in l. 3. Si autem ſtipulator lucrum facere deſierit, non tenetur promiſſor, l. fluminum. §. vlt. vbi nota locum communem, l. 2. §. merito ne quid in loco pub. quomodo publicum opus ædificatur. Nam tum etiam damnum accipi dicitur, ſi quis priuatus lucrum facere deſierit. Præteres damnum intellige naturale, non extrinſecus veniẽs: nam ſi ſit damnũ eiuſmodi, ſtipulatio nõ committitur, l. fluminum. §. adiicitur. & l. 26. & l. dãni. Item damnũ intelligere debemus datũ intra tempus ſtipulationis, l. ſi finita. in prin. Vnde eſt quæſtio, de eo qui ad mortem eſt vulneratus, an actio cædis inſtitui poſſit: quod quærunt argumento ſumpto ex eo loco, vbi dicitur actionem damni competere, vbi paries vitiari cœpit. Sed diſſimilia ſunt hæc, nam ſtipulationis conceptio pertinet ad damnum datum, & cum damnum datum eſt: vt cum lex vult homicidam puniri, loquitur de homicidio facto. At vbi grauiter læſus eſt aliquis, nondum homicidium eſt patratum. In ſumma notandum eſt, cum quid aduerſus ſtipulationem commiſſum eſt, ſtipulationem committi, ſi concepta eſt ſecundum formulas præſcriptas, ſed aliter conueniri poterit ex arbitrio contrahentium, l. damni. §. cum parietem. Quem locum nota.

Effectus huius ſtipulationis.

CAP. V.

HVius ſtipulationis effectus huiuſmodi eſt, vt commiſſa ſtipulatione detur actio aduerſus promiſſorem ad id quod intereſt, l. in hac. & ſeq. Quod intereſt autem intelligi debet, vt non ſolum damni, ſed etiam lucri ratio habeatur vt docet Iureconſultus d. l. in hac, quod mihi abeſt & lucrari potui, l. ſi commiſſa. rem rat. hab. Nihil autem refert an is qui agit ſit ſtipulatus, an alius eius nomine, vt mihi actio competat. Exempla ſunt in l. ſi ſæpius. vbi locus eſt communis de ſtipulatione ſeruorũ: alius eſt in l. damni. §. vlt. Dubitatio autem naſcitur ex eo quod dictũ eſt ſub tit. de acq. poſſ. per liberam perſonam nobis non acquiri, & l. homo liber. ff. de acqui. rer. dom. & l. poſſeſſio quoque. de acq. poſſeſ. ſed cognita cauſa datur, l. in omnibus. 5. ff. de Præt. ſtipul. quamuis alias, ſi iuris ſubtilitatem reſpiciamus, per liberam perſonam nulla nobis poſſeſſio acquiratur. Præterea quod diximus de eo quod intereſt, connumerandæ ſunt expenſæ, ſcilicet moderatæ, l. ex damni. in princ. vbi locus eſt ſumptuum communis de eorum æſtimatione.

De remediis in cauentem proditis.

CAP. VI.

POſtremus locus eſt de remediis in cauentem proditis: nam ſi cauere nolit, quo remedio ei conſuletur qui damnum infectum timeat? Id exprimitur in l. Prætor ait. Mittitur enim in poſſeſſionem à Prætore, deinde iubetur poſſidere: datur actio in factum aduerſus eum qui non permittit poſſidere, & aduerſus magiſtratum qui hunc ordinem non ſeruat. Quæ vt dilucidius innoteſcant, notanda ſunt quæ ſequuntur. Primum denuntiatio eſt facienda domino vitioſarum ædium abſenti vt caueat, cuius mentio eſt in Prætoria edicto, & in l. 4. §. Prætor vbi notanda eſt ratio denuntiandi. Nam cum alicui denuntiatur dies, ſufficit domi denuntiare, ſi is qui petitur, abeſſe intelligatur. l. 1. §. domum. ff. de lib. agnoſ. Hic autem dicitur domi denuntiandum eſſe, ſi abſit is qui quæritur. Itaque illud verbum abeſſe, Vlpia. interpretatur, & dicit eum abeſſe qui in iure non eſt, id eſt, in eo loco vbi Prætor ius dicit: & videtur id ſæpe conſtitutum, quod res celeritatem deſideret, vt dicitur in l. 1. hic. Domum autem accipimus pro domicilio & hoſpitio, d. l. 1. §. domum de agnoſ. lib. & l. lex Cornelia. §. domum. ff. de iniuriis. Quod autem de Præt. iuſſu dicitur, intelligendum eſt, vel iuſſu municipalis magiſtratus, l. 4. §. 1. Fit autem hæc miſſio in totas ædes vitioſas, etiam ſi pars ſit tantum vitioſa, l. ſi finita. §. ex hoc edicto. Aliquando partes domus ſunt diſtinctæ, & tunc in integras non fit. l. emptor. §. 1. ratio diſſimilitudinis ibi eſt. Hinc quæritur, quod ſi pluribus cauendum ſit an pro rata, an æqualiter mittentur in poſſeſſionem? Mittentur æqualiter, l. ſi finita §. ſi plures. Idem dicitur in l. 1. §. 1. idem in l. dãni. §. vlt. Contra vno ex pluribus non cauente, miſſio fiet in eius portionem. l. Prætoris. §. 1. Effectus autem huius miſſionis eſt cuſtodia rei & obſeruatio, l. 33. §. vlt. l. cum legati. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. Quid opus eſt autem, vt ſaltem tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueatur hæredi cautio, l. is cui. in prin. vt in poſſeſ. legat. Quod hodie fit in Aquitania, vbi mittuntur apparitores. hoc autem iure in Gallia non vtimur. Itaque non poteſt is qui miſſus eſt vſucapere: non enim eſt tam poſſeſſor, quam in poſſeſſionem miſſus. l. ſi finita. §. Iulianus. & §. vbi autem. Dicitur dominum non cogi de domo exire, quia miſſus eſt, ſimul cum illo eſt: inde dicitur eum non cogi ad reficiendam domum, d. l. ſi finita. §. ſi quis dãni: vt & cõſequitur, eũ qui miſſus eſt, cautione oblata decedere. d. l. ſi finita. §. itẽ videamus. Præterea hoc beneficium amittitur rei deſertione vel negligentia, l. ſi finita. §. ſi quis metum. Tertio obſerua, quod perſeuerante contumacia non cauentis, Prætor iubet poſſidere cauſa diligenter perſpecta & cognita, l. 5. in princ. & in edicto Prætoris. §. de eo opere. l. ſi finita. §. non autem, ergo interuallum aliquod debet intercedere. Hoc autem tempus non eſt definitum: & ideo intelligitur Prętoris arbitrio relictum. Prętor autem hanc iuriſdictionem ſibi reſeruauit, municipalibus autem nõ permiſit, l. 4. in prin. l. cognitio. §. 1. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd. Inde ſequitur, eum qui iuſſus ſit poſſidere, poſſe vſucapere. l. ſi finita. §. Iulianus. vbi dicitur eum domino conſtitui ſecundo decreto. At ſi dominus eſt, quomodo vſucapere poterit? (noſtra enim non vſucapimus) id eſt, non iure dominij poſſidere, & tanquam dominus domus eſſe. Tanta eſt vis eius poſſeſſionis, vt qui poſſeſſor eſt, domum poſſit eiicere. l. ſi finita. vbi autem. tunc enim nullus eſt locus oblationi cautionis, l. ſi finita. §. poſtea. Præteres notandum eſt, quod ſi quæ iura competunt iis qui non cauerunt, eorum perſecutionẽ illis denegari, d. l. ſi finita. §. ſi quæ ſunt iura. vbi dixit, *Qui potuerunt*: quia eorum qui bona fide abſunt, iura non corrumpuntur, l. eorum. in princ. Hinc quæſtio l. ſi finita. §. ſi de vectigalib. vbi Alciatus lib. 3. Diſp. cap. 10. mutauit lectionem contra fidem omnium codicum. Quid autem ſi fundus vectigalis dicitur in l. ff. ſi ager vectig. vel emphyt. pet. *Qu'on baille à rente.* Quæritur ergo de vectigali agro, ſi de eo non fuerit cautum, quęnam erunt iudicis partes? Diſtinguendum eſt, an conductor, ipſe non cauerit, an vero municipes: ſi conductor non cauerit, in poſſeſſionem mittetur qui ſibi caueri poſtulabat: poſſidere autem non iubetur, quia vectigal amitterent municipes. Prætor ita ſuas partes inter-

interponet, vt nullum inde municipibus damnum inferat. Idem autem ius habet is qui mittitur quod habebat is qui non cauit. Si vero municipes cauere noluerint, iubebitur poſſidere. Obiicitur l. cum ſponſus. §. de vectigalibus. ff. de pub. in rem act. quæ vera eſt. Nam prædia vectigalia regulariter vſucapi non poſſunt, ſed propter contumaciam poſſunt vſucapi, vt cum hac exceptione hæc lex intelligenda ſit. Quarto, aduerſus magiſtratum qui hanc iudicij formam tenuerit, vt primo actio detur, l. 4. §. in eum. quod de municipalibus intelligendum eſſe videtur, non de Prætore, aut Præſide. Quinto & vltimo, actio in factũ datur aduerſus eũ qui nõ admittit miſſum, vel poſſidere iuſſum, vt eſt in edicto Prætoris, l. Prætor. §. de eo opere. & l. ſi finita. §. vlt. Petitur autem hac actione tantum quantum præſtari oporteret, ſi cautum eſſet. Hinc variæ quæſtiones oriuntur, vt in l. ſi quis miſſum, 17. & l. 18. §. ſi pupillus. quod intellige ſi pupillus ſit doli capax, l. 1. §. 1. ne vis fiat ei qui in poſ. miſ. erit.

IN TIT. III.

DE AQVA PLVVIA ARCENDA.

CAP. I.

SVb hoc titulo proponitur actio antiquiſſima, quæ dicitur, Aquę pluuię arcendę. Antiquitatis argumentum eſt, quod eius meminerunt & alij veteres: quam etiam ex iureconſultis coniicere poſſumus, legis 12. tabul. eſſe verba. Locus eſt in l. Labeo. ff. de ſtatulib. vbi iureconſultus hæc refert ex l. 12. tab. *Si aqua pluuia nocet, id eſt, nocere poterit.* Quo argumento aii hæc verba, *Si ſeruus videbitur*, id eſt, videri poterit, interpretanda eſſe. Datur autem hæc actio cum opus aliquod manufactum eſt, propter quod noceat aqua vicino, vt opus illud euertatur: vt cum aqua aliter fluit quam naturaliter ſolet. Hac enim actione ea arcetur, & opus quod manu factum eſt reſtituitur. Deinceps conſiderandæ ſunt cauſæ & effectus huius actionis. Huius autẽ actionis cauſæ ſunt triplices, vt in operis noui nuntiatione, & dãni infecti: quæ actiones maximam habent cum iſta affinitatem, vt iure à compoſitoribus Pandectarum ſubiungatur iſte titulus. Prima cauſa reſpicit rem ſiue ſtatum, vt altera perſonam actoris, tertia ad ius & factum pertinet. *Prima cauſa huius actionis.* Prima cauſa eſt, aqua pluuia agro meo nocens, l. 1. §. 1. Iureconſultus definit aquam pluuiam, quæ de cœlo cadit, & imbre excreſcit, quæ & cæleſtis appellatur: vt flumen quod imbre excreuit, aqua pluuia appellatur, vt oſtendit M. Cicero in Topicis, in loco à coniugatis, cuius ſententia conſentit cum Iureconſulti ſcriptis, vt intelligitur ex l. 1. §. 1. & §. idem aiunt. circa fin. Quod ſi calida aqua agris noceat, vt ſi fontes habeam calidos, ex quibus aqua profluens agro tuo noceat, an danda erit hæc actio? Non: nam non eſt aqua pluuia contra Trebatium, vt dicitur in l. 3. in princ. Deinde dicitur, aqua pluuia nocens, id eſt quæ nocere poſſit, ex d. l. Labeo. de ſtatuliber. nam hęc actio locum habet in damno nondum facto, l. 1. & l. Ateius. §. 1. Præterea nocentem aquám accipimus, quæ damno afficiat vicinum, non quę lucrum auferat, l. 1. §. idem aiunt, & l. ſi in meo hic. Idem dicitur in cautione damni infecti, ex l. Proculus. de damn. infect. Multum enim in vtroque iudicio intereſt, vtrum quis alteri lucrum adimat, an vero damnũ inferat. Deinde dicitur arcenda: quod verbum eſt Cic. in Top. vbi differit de genere & ſpecie. Genus eſt, ait, aqua pluuia nocẽs, quarum altera iubetur ab arbitro coerceri, altera non iubetur, l. 1. §. 1. Inde ſi qua naturaliter fluendo noceat, ceſſat actio, l. 1. §. idẽ aiunt. aut ſi vitio loci. l. Ateius. §. 1. Hæc. n. eſt agrorũ natura vt inferiora ſuperiorib. ſeruiant, & inferiora ex ſuperioribus fluentem aquã excipiant, l. 1. §. pen. & vlt. vbi naturalis quædam ſeruitus deſcribitur, quæ diſtinguẽda eſt ab impoſititia, ex l. de pupillo. §. meminiſſe. ff. de noui. ope. nunt. Itaque ſi duo ſunt vicina prædia, quorum neutrum altero eſt ſuperius nec inferius, licet vicino opere manu facto ſibi conſulere. l. 2. §. vlt. Aquam autem manu nocentem accipimus quæ opere manu facto nocere poteſt: quod eſt intelligendum, exceptis certis caſibus. Vnus eſt, ſi opus publica auctoritate factum ſit, l. 2. §. Caſſius. & l. quod principis. 23. vbi ait, *Qui primi agros conſtituerunt.* Quæ verba non recte interpretatur Accur. intelligi vero poſſunt ex l. qui tutelam. ff. ad l. Iul. pecul. Olim in aſſignatione agrorum leges ferebantur, de quibus Flaccus de condit. agr. Secundus caſus, ſi opus factum ſit patiente vicino, l. Labeo. hic. Et notandum eſt quod ait, patiente vicino, nõ ſilente, vt ex patientia tacitus conſenſus arguatur. Neceſſe eſt igitur vicinus contradicat, cum tale opus fieri ſentit ex quo aqua pluuia nocere poſſit. Tertius caſus eſt ſi opus ſit factũ agri colendi gratia, quod ad agriculturam fuit neceſſarium. l. 1. §. de eo opere. & l. 3. §. ſi vicinus. l. vicini. 24. vbi verba ſunt ſumpta ex agricultura. Terra elata inter duos ſulcos dicitur porca. Directi *Porca quid.* quidam ſunt ſulci: quidam tranſuerſi: directi dicuntur à Feſto Pompeio limi: tranſuerſi ſunt idonei ad aquam eliciendam, vnde ἐλίκες dicuntur à Iureconſulto, & à Columella aquarij, qui Græcè ἐλίκες appellantur. Quartus caſus ſi ſeruitus ſit fundo impoſita, vt ſi ager profluẽtẽ aquã pluuiã excipere debeat, vt dicitur. in l. 2. §. vlt. ſeruitus enim impoſititia naturalẽ. Quintus caſus eſt, ſi vetuſtas hominis memoriam excedat, l. 2. §. Caſſius. vt ſi opus manufactum ſit, quod tamen quantum factum ſit, nemo meminerit aut ab alio factũ audiuerit: tunc enim dicitur vetuſtas, ideoque huic actioni locus minime eſt. Quomodo autem probari poſſit memoriam extare, docet Iureconſultus in l. 2. §. idem Labeo. & l. ſi arbiter. ff. de probat. Satis enim eſt audiſſe te dici ex alio, etiã qui ex alio audiiſſet. Addẽdum etiã hanc actionem dari, etſi opus non ſit manufactum, vt ſi naturalis ſit ager, quod adæquato aut euerſo, aqua pluuia in vicinum influat, datur enim actio aquæ pluuiæ arcendę, ſi non directa, ſaltem vtilis, l. 2. §. item Varus. vbi poſt varias opiniones Paulus concludit actionem intendi poſſe vtilitate ſuadente, etſi ius deficiat, vt ſi reſtitutio aggeris mihi proſit, tibi vero non noceat. Hęc equitas eſt naturalis, per quam iuris rigor corrigitur, vt ait Ariſtot. lib. 5. Ethic. Deinde dicitur, manu nocens agro: nam etſi aqua pluuia ob opus manufactum noceat ædibus, in municipio vel oppido, nõ erit huic actioni locus, l. 1. §. item ſciendum. & eſt ſententia Cice. in Topic. in loco ſimilium. Hæc de prima cauſa huius actionis. *Secũda cauſa huius actionis.* Altera eſt cauſa, quæ reſpicit actoris perſonam: oportet enim eum qui agit hac actione, ius habere in fundo, vt puta eſſe dominum, vt in exigenda dãni infecti cautione dictũ eſt, l. ſi terti°. §. ſi quis pri°. l. poſt venditionem. hoc tit. vbi notanda eſt diſtinctio. Quod aũt de dãno dictũ eſt, intelligi debet, ſiue quis in ſolidũ, ſiue pro parte dominus ſit. Sed quid dicem° de vſufructuariõ dominus eſt. De hac re fuit diſſẽſio inter veteres. & videtur eſſe de eadẽ re antinomia ex l. 3. §. vl. & l. ſi vſusfructus. Nã in illa dicitur, vſufructuariũ aquę pluuię actione neque teneri, neq agere: contra in l. 22. magis eſſe vt ei aquę pluuię arcendę actio accommodetur. Quę tamen non pugnant: nam prior ſic intelligenda eſt, non poſſe vſufructuarium agere, ſupple directa, ſed vtili tantum: nam generi per ſpeciem derogatur, l. in toto. de reg. iur. Quæſtio eſt de eo qui habet agrum vectigalem, l. principis. §. hæc actio, nam qui

Digitized by Google

vectigalem habet agrum, dominus nõ eſt.l.1.§. in perpetuum. ſed tamen competit illi in rem actio, ac ſi dominus eſſet, l.ſi finita. §.ſi de vectig. ff. de dãno infect. l.cædere. ff. arbor.furt.cæſ. Quæſtio eſt an is cuius fundo ſeruitus debetur, hanc actionem habeat, l.pen. hoc tit. Ita, & directa & vtilis. ex l.12.Tab. l.Labeo ff. de ſtatulib. Nec obſtat quod adduxit Accurſius ex l. vſusfructus. Idem enim dici non poteſt de fructuario, qui non poteſt dicere fundum eſſe ſuũ cui nocetur. Tertia cauſa in iure & facto eius conſiſtit, cui nocetur: nam hac actione conueniri non poteſt niſi dominus, aut is qui ius aliquod habet in agro in quo opus eſt factum, propter quod aqua pluuia alteri fundo nocet, l.3.§.aquæ.& l.4.in prin. Quo fit vt ſi in publico opus factũ ſit, nõ cõpetat actio. Vnde ſequitur, alienato fundo in quo opus eſt factũ, cũ emptore eſſe agẽdũ, nõ cũ vẽditore, ſi modo ante ſuſceptũ iudiciũ fundus venditus ſit. l.4.§.Iulianus. Hic ergo diſtinguẽdum eſt, alienato fundo cõtra quem detur actio. Si alienatus ſit fundus poſt litẽ conteſtatam, alienatione non mutatur iudicium: quod cum alia exceptione eſt intelligendum, l.Ateius. niſi iudicij committendi cauſa facta ſit alienatio. Hinc exiſtit hæc quæſtio, an hæc actio ſit in rem, an in perſonam. Dubitatur enim an ſit in rem, quia datur in poſſeſſorem. Actiones in rem, rem ſequuntur: in perſonã, hærent perſonæ. Si quis fundum vendiderit, deinde is ad alium peruenerit, actio ex empto non datur aduerſus eum emptorem qui dominus non eſt, leg. vlt. ff. de contrah. empt. Dicitur hanc actionem, in perſonam tantum dari, l.ſi §. ſi quis prius. Huic obiectioni vt reſpondeãt interpretes, aiũt actionẽ eſſe in rem ſcriptam. At non intelligunt quid ſit res ſcripta. Sed dicendum eſt & in rem & in perſonam dari: quod & in aliis actionibus accidit quæ ſunt in perſonam, vt actio ad exhibendum, leg. 3. §. eſt autem. ad exhib. & tamen datur in eum qui poſſidet vel naturaliter vel ciuiliter, dicta l.3.§.vltim. Hæc regula non eſt ſemper vera: actiones in rem, rem ſequuntur: in perſonam, hærent perſonæ: nec ita diſtinguitur actio in rem ab actione in perſonam. Nam actio in perſonam in eum datur qui obligatus eſt, §. omnium. Inſt. de actio. vt in hac actione aquę pluuię arcendę poſſeſſor eſt obligat⁹ velut ex quodã cõtractu. Cum autẽ in rem agitur, non agitur veluti in perſonã obligatam ad aliquid dandũ, vel faciendum: ſic res magis conueniri videtur quàm perſona, vt dicitur in l.prædia. ff. de acq. vel. amit. poſſeſſio. atque hæc actio quamuis ſit in rem, datur tamẽ & in perſonam. Adde, hanc actionem plerunque ſequi perſonas contra quas agitur, nec ab eis recedit: vt ſi quis opus fecerit, aduerſus alium non datur actio, l.is cum quo. Sed viſum eſt vtile, hanc actionem dari non ſolum aduerſus eum qui fecit opus, ſed & in eum qui dominus eſt agri, in quo opus factum eſt, qui tenetur ad patientiam, non ad reſtitutionem. De eo qui tãtũ habet vſumfructũ, quæritur, l.ſi vſusfructus. vbi dicitur, non directam dari, ſed vtilem actionem. Legitima actio eſt cum datur proprietario, ex l.12.Tab. Alia quęſtio eſt de eo qui ſepulchrum in ſuo ædificauit, in l.4. in prin. alia in l.6. ſufficit enim dominum eſſe eius fũdi per quem fluit aqua. Hæc de cauſis huius actionis.

De rebus quæ veniunt in hanc actionem.

Cap. II.

CVm in omni actione conſideretur quid petatur, videndum eſt, quę res in hanc actionem veniant. In hanc igitur actionem veniunt, facti operis reſtitutio, & damni reſtitutio. De primo ſic habendum, petimus vt opus factum reſtituatur. Quid ſit autem reſtituere exprimit Iureconſultus in l.22.§.non aliter. Reſtitutio autem operis fieri debet impenſis eius qui fecit, l.6.§.vlt. Si agatur aduerſus eum qui fecit, ſua impenſa opus erit reſtituendum, ſed ſi aduerſus eum qui non fecit, patientiam præſtare debebit. Quod ita eſt accipiendum, ſi opus ante litem conteſtatam damnũ dederit, l.ſi opus. §.officium. Hæc actio datur tantum damno dato vel facto. Huc pertinet l.non poteſt, ff. de iudic.

De aquæductu.

Cap. III.

AQuæductus eſt ſeruitus ruſtica, ſiue ius ducendæ aquæ per fundum alienum. l. 1. de ſeruit. ruſt. præd. Hoc ius variis ex cauſis proficiſcitur. Cauſa efficiens eſt, certarum perſonarum conſenſus: vt ſi quis aquã publicam ducere velit, conſenſus principis ſit neceſſari⁹, l. ſi in publico. hic, l.2.§.permittitur. ff. de aqua quoti. & æſtiua. Priſcis temporibus non licebat niſi ex caſtello aquam ducere: quod Senatuſconſulto cautum fuiſſe, Iulius Frontinus dicit. Caſtellum autem eſt receptaculum quod aquam publicam recipit. Hoc ius ad hæredem non tranſit, ſed renouatur à principe, vt ait idem Frontinus in libro de aquæduct. vrbis Romę. quid eſt igitur quod ait Iureconſultus in leg. prima, de aqua quoti. & æſtiua. Iniuriam eſſe ſi non impetrarit? Huc dicit Iuriſconſultus. hoc enim principes ita conſtituerũt à ſe impetrari, vt forte aliquid extorquerent à nouis ſucceſſoribus. Quod à Tiberio & eius ſucceſſoribus ad Titum vſque factitatum fuiſſe dicitur: & Titus omnia beneficia vno edicto confirmauit, nec à ſe peti paſſus eſt. Sic confirmatio munerum publicorum à principe apud nos petitur, quæ ſi denegaretur, iniuria fieret à principe. Hæc eſt cauſa aquæductus, cum quis nempe ius habet aquæ ducendæ ex publico loco. Sed tamen hoc eſt intelligendum de aqua quæ eſt in vſu publico, ad aquam ducendam principis permiſſione opus eſt. Diuerſa eſt fluminum publicorum ratio, leg. ſi autem. §. vltimo. de aqua pluuia arcenda. licet enim cuique ex publico flumine ducere. ſi modo nauigabile nũ ſit, leg. quominus, ff. de fluminibus. vide librum Diſputat. cap 52. Atque hæc de aqua publica. Cum autem aqua priuata deducitur, conſẽſus dominorum requiritur, & eorũ ad quos vſus aquæ pertinet, l.in concedendo. hic. Nec obſtat l.Lucio. de aqua quotid. & æſt. quæ cum hac exceptione eſt intelligenda. Hinc facile intelligi poteſt Bartoli quæſtio de fratribus prædicatoribus & minoribus. Nã cum minoribus ciuitas iua deducendæ aquæ conceſſit ad fabam coquendam, idem ius petierunt à ciuitate prædicatores: an illis mitti poſſet à ciuitate, nõ permittentibus minoribus. In hoc iure concedendi conuenire poteſt quomodo quis vtatur, vt quando ſit aquam ducturus, an diurno, an nocturno tempore, l.via. §. vſufructu. ff. de ſeruitutibus. l. ſi prius. in principio. Naſcitur quæſtio, quę pertinet ad titu. de amit. ſeruitu. nam ſi quis eo iure tempore cõſtituto non fuerit vſus, amittit ſeruitutem. Hæc de prima cauſa: ſecunda cauſa eſt vetuſtas temporis, l. vlt. hoc tit. vbi in relatiuo, *quibus*, ſubaudi, aquædictibus. *Ius non probaretur*, id eſt, quamuis hoc ius legitimo aliquo titulo probari non poſſit. Quamquam alij interpretantur alio modo vt Bartolus, qui ſic explicauit. *quibus*, ſupple, iudicibus. Vnde annotat, iuriſdictionem dari vetuſtate iudici: ſed ineptè. Hic autem notandus eſt locus communis de cõſuetudine, qualis eſt in l.hoc iure. ff. de aqua quotid. & .& in l.1. &. 2. hac titulo. Cauſa eſt finis litium. Vide cap.34. lib. 1. Diſput. Poſtremus locus eſt de forma aquæ ducendæ, in l.ſi prius. 17.§. placuit. Aqua autẽ tribus modis duci dicitur, Plin. lib.31. cap.6. Vitruuius lib.8.cap-

Aqua priuata quomodo ducatur.

Forma aquæ ducendæ.

lib. 8.canalibus lapideis, tubulis, id eſt, vt ait Budæus in Annot. in Pandect. fictilibus canalibus, & fiſtulis plumbeis. Primus eſt damno ſuo concedenti, quia maior aquæ vis per canalea lapideos, ſeu ſtratum lapideum emittitur, d.§.placuit. Nota locum communem de conſuetudine, qualis eſt in leg. ſi fundus. de euict. Præterea non licet arcum facere aquæ ducendæ cauſa, l.ſupra.hoc tit.

IN TIT. III.
DE PVBLICANIS ET VECTIGALIBVS ET COMMISSIS.

CAP. I.

HVius tractatus loci ſunt præcipui tres, vt titulus ipſe & eius inſcriptio ſatis indicat. Vnus eſt de publicanis, alter de vectigalibus, tertius de commiſſis. Publicanorum autem vt fuit ordo Romę maximus & potentiſſimus, ita audacia & ſcelerum infamia laborauit, vt docet Vlpianus l.12. Vulgare illud eſt ex Euangelio, Sit tibi tanquam ethnicus & publicanus. Therſitea interrogatus quæ feræ eſſent ſæuiſſimę, Reſpondit, in montibus vrſi, in vrbibus publicani & fœneratores. Huius ergo audaciæ comprimendæ cauſa, actio aduerſus illos data eſt ex edicto prætoris, cuius verba referuntur per Vlpia. in l.1. hoc tit. Hoc autem edicto proponitur actio aduerſus publicanos, ſi damnum alicui vel ab ipſis, vel eorum familia illatum fuerit, da quo dicendum eſt per locos communes. Huius ergo cauſa eſt iniuria illata à publicano, vel quopiam ex eius familia, vt intelligitur ex l.1. Sunt autem publicani vectigalium ac redituum publicorũ redemptores. l.2.§.1. nam Publicum abſolute dictum, vectigal ſignificat, l. quantæ.§.vltim. Quod ſi à ciuitate, vel municipio conduxerit vectigal, is publicanus propria nõ dicitur: nam illorum res priuatæ ſunt, leg. eum qui. de verb.ſign.& l.bona. eod.tit. ſed tamen hoc edictum ad ciuitates & municipia pertinet, l.ſed & hi. hic. Horum principes ſunt & dicuntur Mancipes à veteribus, vt auctor eſt Aſconius: cuius verbi eſt mentio in l.qui fideiuſſor. ff.locati. & in l. ſi quis ſine. C. de vectig. In publicanorum autem familia ſunt ſerui, quos in hoc edicto Iuriſconſulti intelligunt, non omnes, ſed eos dũtaxat qui ad colligenda vectigalia à publicanis conſtituuntur, l. pronuntiatio.§.familiæ. de verb.ſign. Deinde hoc verbum non late accipimus, pro iis omnibus qui ſunt in publicanorum miniſterio, ſiue liberi ſint, ſiue ſerui, ſiue bona, ſiue mala fide poſſideantur, l. 1.§. familia. l. quantæ.§ familiæ. Cuiuſmodi familiæ fuerunt in portibus, vt ſatis declarat Cic. in Oratio. pro lege Manil. vt æquum ſit viſum Iureconſultis, hanc hominum fugitiuorum colluuiem à furtis & exactionibus cohiberi, & aliquo edicto eſſe compeſcendam: à quibus factam iniuriam intelligimus, cum furtum, vel iniuria, vel damnum datum eſſet à familia ſub ſpecie vectigalia exercendi, l. vltim. §.magnus. Hæc de cauſa huius actionis: nunc videamus qui in hanc familiam veniant, & qui ſint eius effectus. Duo caſus ſunt hic conſiderandi: Vnus eſt, cum publicanus ſuo nomine conuenitur: alius, cum nomine familiæ: qui caſus poſterior ſingularis quędam habet, itaque à priore diſtinguendus fuit. Cum publicanus ſuo nomine conuenitur, quia ipſe deliquit, primo in eum datur actio in duplum, l.1. in initio. Vnde quæritur, quomodo ſit accipiendum duplum in hoc edicto. Caius hanc quæſtionem dirimit in l. hoc edictum.§.quærentibus. nam hanc homonymiam Iuriſconſulti putauerunt eſſe interpretandam, vt res in duplo ſit. Eadem eſt interpretatio in l. locatio.§.quod illicite. Vnde vulgo eſt annotatum, quoties dupli vel quadrupli ſit mentio, rem in eo contineri. Solet adduci lex vlt. C. de ſponſal. Ratio ex arte iuris ſumpta hoc ſuadet, quia in pœnis melior ſententia eſt ſequenda. Similis eſt quæſtio in l. actione. ff. vi bonorum raptor. vbi eadem ſententia eſt ſequenda: aliter tamen in actione furti. Præterea eſt notandũ, multis delinquentib. non multiplicari pœnã, l. ſi multi. hic. ſi quid ab vno ſolui nõ poſſit, ab alio peti & pręſtari. Secundo eſt notandum, ſi hac actione duplum petatur, eſſe temporariam, ſin ſimplum, perpetuam, vt dicitur in l.& l.ſed & hi. §. vlt. datur contra hæredem, quatenus eſt factus locupletior, l.4. in princip. Tertio notandum eſt, quod hæc actio concurrit cum aliis, vt furti, legis Aquiliæ, & vi bonorum rapt. l. 1.§.dixerit aliquis. Pręterea extra ordinem animaduertitur in eum, qui vi extorſit aliquid, leg. locatio. §. quod illicite non tantum ciuiliter, ſed & criminaliter. Vbi notandus locus de diſtinctione criminalis & ciuilis actionis, de qua vide 35. cap. lib. 2. diſput. ann. Tametſi autem concurrat cum aliis actionibus, non tamen eſt iudicanda inutilis, vt dicitur in l.1. d.§.dixerit. Similis locus in l.3. ff. naut. caup. ſtabul. vt rec. Quarto notandum eſt, quod hæc actio denegatur ei, qui rem reſtituit: nam is abſoluitur, vt dicitur in §.dixerit.& in leg. 4. hoc titul. Mitius eſt hoc edictum, quam de furto: nam fur non abſoluitur, ſi in eum ad pœnam agitur: at vero publicanus abſoluitur. Vnde quæritur, an hæc actio ſit arbitraria: quod multis videtur, ſed contra ſentio. Nam natura actionis arbitrariæ eſt, vt iudex non ante condemnet ad pœnã, quàm prius arbitratus ſit quomodo res reſtitui poſſit, §.præterea. de action. in Inſtit. At in hac actione id non ſit, quia ſi vltro non reſtituas, iudex te condemnabit ad pœnam eius edicti: quod ſi arbitraria eſſet, iuberet rem reſtitui. Atque hæc de primo caſu. Quid ſi non ſuo, ſed ſui ſerui nomine cõueniatur? de hoc caſu quædam ſunt ſingularia in edicto prætoris, vt Iuriſcõſulti dicunt. Vult enim omnes ſeruos exhiberi, quos ſi non exhibuerit, damnatur ſine noxæ deditione, l. 1. §. vlt. Eſt ſimilis locus in l.ſed & hi, §. 1. Animaduertendum eſt autem, cum quis nomine familiæ conuenitur, nõ plus pręſtare, quam ſi liber alius deliquiſſet. Nam ſi omnes ſeruos dedere cogeretur, facile eius patrimoniũ euerteretur. Itaque liberatur tantum pręſtãdo, quãtum liber pręſtitiſſet. Atque hæc de publicanis.

De vectigalibus.

CAP. II.

VEctigal eſt quod Reipub.& fiſco ex fundis vectigalibus penditur, & rebus quę vęneunt: quæ eſt octaua pars in l. ex præſtatione. C. de vectiga. vnde Octauarij appellãtur. l. allegatis. C. eod. Sed in hac eſt ſpectãda conſuetudo, l.4.§.vltim. hic. De vectigalibus autẽ ſunt tres loci, de quibus ordine dicemus de inſtitutione, locatione, & ſolutione. Primo igitur quæritur, quis vectigal inſtituere poſſit: & certum eſt inſtitui nullo modo poſſe ſine conſenſu principis, l.10. hoc tit. neque inſtituta mutari aut reformari poſſe: vnde tit. in C. vecti. nous inſtitui nõn poſſe. Imo ne decreto quidem ciuitatis, l. 2.& 3. hoc tit. quod etiam notum eſt idiotis: ſi contra factum eſt, variæ pœnæ ſunt conſtitutæ, l. 1. ad l. Iul. de vi publ. pontifices addiderunt pœnam excommunicationis, c. innouandum. de cenſib. in decret. Reſtituitur præterea id quod ademptum eſt, l. 3. C. vectig. nou. inſt. Cauſa igitur vectigalium eſt principis voluntas: eſt etiam receptum vetuſtatem temporis ſufficere, l. vlt. de aq. plu. arcen. &c. ſuper quib. de verb. ſignificat. in Decret. leg. imperatores ff de pollicitationibus.

Mancipes qui. ſeruorum publicanorũ qui.

Octauarij qui.

Sequitur de locatione, quando locari debeant vectigalia. Formam autem locationis colligo ex varijs locis. Proponi debent publica edicta, vel publicè denuntiandum eſt voce præconis, vt ſi quis publica vectigalia conducere velit, accedat certa die. l.3. Cod. de locat. præd. ciuil. leg. vltim. C. vect. no. inſt. quod præſenti magiſtratu fieri debet, qui addicet ei qui ſuperior in locatione fuerit, vel potius in licitationibus. l. 4. C. de locat. Quæritur, an in prædijs eccleſiæ idem ſit dicendum. Ita: ſic enim iudicari ſolet in curijs, quia eſt eadem ratio eccleſiæ & reip. l. vlt. C. de ſacroſanct. eccleſ. Deinde fideiuſſor exigitur l. locatio. in princ. ſed hic locus valde ad rem non pertinet, quia non ſemper calore licitationis vltra modum inflatur locatio, vt illic dicitur. Præterea illic ſunt quædam exceptiones: excipiuntur enim reliquatores, l. locatio. §. reliquatores, id eſt, hi qui aliquid debent ex vetere locatione. Excipiuntur etiam debitores, d. l. locatio. §. debitores. qui locus arguit falſam eſſe eorum opinionē, qui putant offerendam eſſe ſatiſdationem. Excipiuntur præterea tutores & curatores, tit. eſt in C. l. 1. §. tutores. ad d. l. Cornel. de falſis.

Reliquatores qui.

Sequens locus eſt de ſolutione, qui in duo capita diuiditur: vnum eſt de rebus, quarum vectigal ſoluendum eſt, alterum de perſonis, quæ debent ſoluere, aut non debent. Quod ad primum ſciendum eſt, ab omnibus qui negotiationis cauſa quid vehūt, vectigal ſoluendum eſſe, leg. omnium. Codic. de vectigal. & hoc propriè eſt vectigal, ſic dictum à vehendo. Interdum etiam penditur vectigal earum rerum, quæ væneunt, non vehuntur. Exemplum eſt in ſalis venditione, l. ſi quis ſine. Cod. de vectig. quod fit ne clandeſtinæ fiant venditiones vectigalis fraudandi cauſa: cuiuſmodi rerum monopolium ſolet à principe conſtitui & exerceri: vnde tit. in C. nemini liceat in vendi. ſpecierū ſeſe excuſare. Ariſtoteles in Politicis vocat Monopolium, cum princeps cogit emere inuitos. Hoc genus vectigalis inſtituit primus Romæ C. Liuius quidam Salinator in odium populi, à quo damnatus fuerat: hiſtoria eſt apud Liuium. Aliarum rerum nomine, quæ venales non ſunt, vectigal non penditur, niſi vectigales fundi ſint. nam prædia vectigalia dicuntur, non quia veneant, ſed quia hoc onus vectigalis pendendi illis eſt impoſitum. Eſt tit. ſi ager vectigal. vel emphyteut. l. imperatores. hoc tit. Locus eſt diligenter notandus: vult enim prædia teneri, perſonas vero cōueniri. Præterea non ſoluitur vectigal earum rerum, quæ ad vſum proprium inſeruiunt, l. vniuerſi. C. de vectig. Quid ſit autem ad vſum proprium inferre, docet Alfenus Varus in l. in lege Cenſoria. ff. de verb. ſignif. vbi dicitur, quod victus ſui cauſa paratum eſſet, id ſuo vſu dici. l. 4. §. 1. dicitur munificum eſſe, ſi quid amplius quàm mandatum ſit, tranſlatum ſit. Munificum autem & immune contraria ſunt: neque enim id immune eſt, ſi vectigali obnoxium ſit. Hic eſt quoque ſpectāda conſuetudo: hodie. n. pro rebus quibuſcūque quæ vehuntur, vectigal exigi ſolet. Hæc eſt cōſuetudo, vel potius principum arbitriū quælibet vectigalia imponētium, vt olim Romæ Caligula, (id eſt apud Suetonium) qui ex quæſtu proſtitutarum & lucro deditarum vectigal exegit. quem multi ſunt ſequuti, quibus hoc eſt vitatum: Lucri bonus eſt odor ex re qualibet, leg. vltim. C. de edict. Diui Adria. toll. Sunt & aliæ res à præſtatione vectigalis immunes, veluti res, quæ ad colendos agros pertinent, l. vniuerſi. Cod. de vectig. Idem dicendum de rebus, quæ exercitui ſunt paratæ, l. locatio. §. earum. hoc tit. In vectigalibus autem præſcriptio locum non habet, vt dicitur in eadem lege. Si quis dicat ſe non ſoluiſſe, audietur: ſi conſuetudinem non eſſe dicat, non audietur. Hæc de rebus, deinceps de perſonis.

Munificum & immune quid differant.

Omnes autem cuiuſcunque modi, generis, dignitatis ſint, ad vectigalium perſolutionem tenentur, leg. omnium. Cod. de vectig. ſecundum proportionem Arithmeticam, ait Ariſtoteles lib. 5. Ethic. non autem Geometricam. Sed tamen quædam perſonæ excipiuntur, vt ad finem leg. omnium. dicitur. Excipitur fiſcus, leg. locatio. §. fiſcus legati exterarum gentium, l. à legatis. C. de vectigal. Milites quamuis multa alia priuilegia habeant, non tamen excipiuntur, l. ex præſtatione. C. de vectigal. l. ne minores quidem. l. ſi ex cauſa. §. penult. de minoribus. Solet quæri de clericis & ſcholaſticis. de quibus in cap. non minus. de immunit. eccleſ. in Decret.

De commiſſis.

Cap. III.

De commiſſis eſt tit. in C. de vectig. & commiſſis. Ea autem committi fiſco dicuntur, quæ ob aliquas cauſas fiſco acquiruntur, eo modo quo pœnam & ſtipulationem committi dicimus. Hinc Cic. tertia in Verrem ait, hæreditatem commiſſam Veneri Erycinæ. Aſconius 4. actione, quæ ſint commiſſa, docet. Locus eſt apud Suetonium obſeruatione dignus, vbi de his vectigalibus loquitur, quæ inſtituta fuiſſe à Caligula ante diximus. Ait enim multa commiſſa facta, edictis factis & non propoſitis. Cauſæ commiſſorum ſunt hæ. Primo cadunt in commiſſum res, pro quibus vectigal ſolutum non eſt, niſi fortè id publicanos permiſerit, l. vlt. §. ſi quis. Nec verò quiſquam ignorantiæ excuſatione pœnam deprecari poteſt, l. vlt. §. licet. quamuis à publicanis admonitus non fuerit, d. l. vlt. §. diui quoque. Succurritur tamen quibuſdam perſonis, vt pupillo, l. imperatores. §. vlt. præterea ei, qui errore eſt lapſus, l. vlt. §. diui quoque qui videtur repugnare §. licet eiuſdem l. At non repugnant; aliud enim eſt ignorantia, aliud error, Nam error eſt in eo, qui culpa vacat, l. regula, de iur. ignor. Sic in epiſt Planci ad Cice. vbi eſt: Credulitas potius error eſt quàm culpa.

Error quid.

Secunda cauſa eſt, cum profeſſio facta nō eſt rerum, quæ veneunt, vel aliarum rerum, quæ vectigal debent. Confiſcantur enim & committuntur res improfeſſæ. Improfeſſę autem res ſunt quæ non ſunt inſinuatæ apud publicanos. Quod ſi res vectigales non ſunt, tamen eas apud publicanos vector profiteri debet, aut earum dominus, aut apud tabelliones, aut ſcripturarios, ſic enim vocat Feſtus eos, qui ſcripturam faciunt publicanorum nomine, l. vlt. §. quoties. Pœna autem hæc remittitur minorib. propter ætatem, l. vlt. §. diui. Ignoſcitur etiam militib. propter omiſſam profeſſionem, l. 3. C. de vectigal.

Tabelliones & ſcripturarii qui.

Tertia cauſa commiſſi eſt, cum quis hoſtib. aut barbaris arma vendit, ferrum, cotem. l. cotem. hic. l. 1. C. de cōmer. & mercat. preterea, ſi quis aliquid contra legum præſcriptum vendiderit, etiamſi nō hoſtib. l. ſi quis. C. de vectig. Excipitur tamen is, cuius onus propter neceſſitatem aduerſæ tempeſtatis expoſitum fuerit, l. vl. §. ſi propter. & l. Cæſar. Poſtremus locus eſt de effectu commiſſi: eſt autem effectus ipſe, confiſcatio rei ex cauſis ſupra poſitis, quæ interdum concurrit cum grauiori pœna, l. cotem. §. dominus. vbi nota nō tantū merces, ſed & nauē, qua vehuntur merces illicitè, cōmitti: quod intelligimus, earum ſtatim fiſco dominium acquiri, & ſtatim dominum deſinere eſſe eum, qui contra legem fecerit, l. commiſſa. hic. quod ſingulare eſt contra iuris rationem. l. traditionib. C. de pactis. Itaque fiſcus vindicat ſtatim res ſibi commiſſas, etiā aduerſus hæredem, l. fraudati. hic. Sed animaduertendū eſt, huic perſecutioni locum non eſſe poſt quinquennium, l. neque commiſſum. C. de vectig. & commiſſ.

IN TIT. V. DE DONATIONIBVS.

Cap. I.

DOnatio (vt craſſiore Minerua definiamus) munificentia eſt quam quis erga alium acceptantem, nulla neceſſitate compulſus, gratis & liberaliter exercet, vt dominium, aut ius aliquod immobile in ipſum transferat. Hæc definitio, quanquam non admodum obſcura eſt, ex ea quæ ſequitur cauſarum explicatione, dilucidior fiet.

Cauſa efficiens donationis.

Cap. II.

CAuſa igitur efficiens donationis eſt, cõſenſus eorum inter quos donatio contrahitur, donantis videlicet, quem neque inuitum, neque ignorantem donare lex ait, l. nec ignorans. Cod. eo. l. cuius per errorem. de reg. iuris. item donatarij, cui nolenti liberalitas acquiri non poſſe dicitur. l. hoc autem. §. non poteſt. Nam vt ait Cicero in Top. Neque deditio, neque donatio ſine acceptatione intelligi poteſt. Proinde ſi quis abſenti donare quicquam velit, per nuntium aut epiſtolam id fieri debet, nec ante valet donatio, quàm is ea de re certior factus voluntatem ſuam declarauerit. l. 2. §. ſi pecuniam. l. abſenti. l. nuda ratio. hic. & l. nec ambigitur. l. ſi quis in. C. eo. Accipere debemus conſenſum etiam tacitum, qui ex coniectura colligitur, l. cenſualis. l. ſi præſes. cum ſequenti. C. eo. Nec ſufficit qualiſcunque confeſſio ſed ſpontanea, nulláque ex neceſſitate proficiſcens exigitur. l. donari. hic. cum id præſtare alteri quod debetur, iuſtitiæ ſit magis, quàm liberalitatis, argumen. l. 2. de iuſtit. & iur. Hinc vulgare illud Modeſtini, in neceſſitate nemo liberalis exiſtit. l. rem legatam. de adim. legat. Dicitur autem neceſſitas, cum quis ad dandum vel naturaliter tantum adſtringitur, l. Aquilius. l. hoc iure. §. ſi quis ſeruo. hic.

De cauſa materiali.

Cap. III.

MAteria donationis eſt res ipſa, quæ donatur, quæ an corporalis ſit, necne, nihil intereſt. Itaque ſi gratis ipſum vſum vel habitationem alicui concedam, vel debitorem meum acceptilatione liberem, vel actionem mihi competentem, ſine ſpecie alicuius actionis, cedam alicui, valet donatio, leg. in ædibus. in princip. l. ſi in ſtipulatum. l. Modeſtinus. hic. l. ſi donationis. C. eo. De re propria donantis, nulla dubitatio eſt, quin recte contrahatur donatio, etiamſi rei cum alio communis, nec diuiſa portio ſit, l. portionem. C. eo. Res verò aliena proprie donari non videtur, cuius dominium in accipientem non tranſit. l. in ædibus. §. vlt. Verum nos latius donationem accipimus, vt alienę quoque rei conceſſionem ſignificet, toto titul. pro donat. per quam tamen alieno iuri non præiudicatur, l. ſi filius. l. conſtante. l. ſi patri. C. eo.

De cauſa formali.

Cap. IIII.

DOnatio formam nullam aut ſolennitatem ſpecialem fere exigit: nã etſi traditione, vel vſusfructus retentione, quę vim habet traditionis, aut inſtrumentorum, quibus rei emptio continetur, donatio perficiatur: tamen ſi nihil bonorum interuenerit, ac ne ſtipulatio quidem, ſed ſimplex nudáque promiſſio, vt pactum, noua cõſtitutione Iuſtiniani adhuc ſubſiſtit, l. 2. & l. quiſquis. l. ſi quis argentum. C. eo. Scriptura vero ac inſinuatione, id eſt, in actis facta profeſſio vitandæ fraudis gratia, iam olim fuit excogitata. l. Modeſtinus. & l. lata. C. eo. Sed lata tandem ab eodem Iuſtiniano lege ad eas donationes coarctata eſt, quæ ſummam quingentorum ſolidorum aureorúmve excedunt infra eam ſummam, & in quibuſdam caſib. etiam ſupra non eſt neceſſaria, l. pen. C. eo. Nec magnopere refert, quib⁹ verbis ſit excepta donatio, dũmodo ea ſint, quib. donãtis & donatarij exprimatur mutu⁹ cõſenſus. Quapropter ſi quis ſcriptura forte aut aliqua cautione teſtetur ſe alicui donaſſe, vel debere, nulla donatio intelligitur, tametſi ea verba in donatione vim obtineant, l. nuda ratio, tametſi hæc verba in vltima voluntate vim fideicommiſſi obtineant, leg ex hac ſcriptura. hic. Sed quid ſi in iudicio interrogatus, nihil ſibi alium debere cõfeſſus fuerit? Papin. reſpõdit, actionem amiſſam, non vi donationis, ſed potius confeſſionis, quæ cum in iure facta ſit, infirmari non poteſt. l. donari. §. quidã in iure.

De cauſa finali.

Cap. V.

DOnationis finis duplex eſt, vnus vt exerceatur liberalitas, non vt donatori, quidquam adquiratur: nam ſi vt aliquid detur vel fiat, largiamur, proprie negotium potius contrahi, quàm donatio videtur. l. 1. l. quod ſtatuliber. & l. hoc iure. hic. & toto tit. de donat. quæ ſub modo. Ac ſæpe vſuuenit, vt mixtum ſit donationi negotium: quod & præter alias cauſas, inæquabilitas rei donatæ, & eius, quæ à donatario accipitur, efficit, l. Ariſto. Hoc autem ita accipiendum eſt, ſi cauſa donandi expreſſa, non mente retenta fuerit. Sunt enim non pauci, qui ſpe hæreditatis, aut lucri alicuius, facultates ſuas erogant, negotiatione quadam artificioſa (vt Hippocrates ait) magis quam munificentia vtentes, quorum munera Plinius iunior, quam lepide hamata vocat atq; viſcata, lib. 9. Epiſt. Hi enim ſi ea fiducia donarint, ac deinde eos fefellerit opinio nihilominus rata, firma, atq; irreuocabilis manebit donatio. l. ſi maiores. C. de tranſact. Alter finis eſt donationis, vt nullo caſu quod donatum eſt, donator ad ſe reuerti velit. l. 1. hic. in prin. Hinc precariũ, & alij huiuſmodi contractus non parum à donatione differunt, etſi liberalitatis tantum gratia fiant. l. Lucius. l. 2. de precar. Sed hęc omnia de vera & abſoluta donatione intelligũtur, quæ ſimpliciter & propria donatio dicitur. Nam quod ita damus, vt aliquo caſu reuocari poſſit, non ſimpliciter, ſed cum adiunctione donatur: puta ob cauſam, vel mortis cauſa appellari ſolet, de qua in ſequenti tractatu plenior & accuratior diſputatio futura eſt. l. 1. in princ. l. ſenatus. tit. prox.

De perſonis quæ donant, quibuſve donatur.

Cap. VI.

HIc locus ad cauſam efficientem referri poteſt: & de eo in primis quæritur, qui capitale crimen commiſit, & reſcriptum eſt, eum donare poſſe ante cõdemnationem, l. poſt contractum. quod eſt accipiendum, etiam ſi reus capitalis criminis ſit accuſatus, nec ob contumaciam bona eius obſignata ſint. l. auſertur. §. in reatu. infra de iure fiſci. l. reo. de ſolut. l. vlt. de requir. reis. in C. Excipe niſi in fraudẽ fiſci factem id eſſe appareat: quo caſu ne ante admiſſum quidem donatio facta valet. l. in fraudem. de iure fiſci. l. ſed ſi maritus.

Digitized by Google

qui & à quib.l.ſi aliqois. tit. ptoxi. Perduelbonis quoque crimen cum paucis aliis excipitur, de quibus alio loco plenius dicemus.l.donationes.§.vlt. & l.ex iudiciorum.de accuſat.l.commiſſa.de vectig. & c.cum ſecundum.de hæret.in 6. Sed etſi condemnatio ſecuta ſit,nec ea appellatione ſuſpenſa ſit,interdicetur donatio.l.poſt contractum. hic. l.qui à latronibus. §. vltim. de teſt.l.2.§.vlti.de pœnis. Item quæritur, an filiusfamilias cui à patre libera peculij adminiſtratio conceſſa eſt,donare poſſit.Quæ ſane quæſtio lo facto potiſſimum conſiſtit: & tota ex voluntatis coniectura pendet, ſi pater eam diſerte non expreſſerit. l. filiusfamil. Nã ſi filius Senatoris aut alterius principis, ac viri potentis eſſe proponatur, in quo beneficentia ſiue liberalitas maiorem quàm frugalitas commendationem habeat (vt Cicero in oratione pro rege Deiotaro ſcribit) hanc ei facultatem conceſſam facile interpretabimur.arg.l.cum plures.§.vlt.de admin.tut. Alias valitura eſt,ſi iuſta donandi ratio fuerit.d.l.filiosfa. Ambitio enim & iactantia, inquit Plinius in Panegyrico, magis quàm liberalitas eſt æſtimanda, cui ratio non conſtat.Ideoque in dubio à patre conceſſa non intelligitur. Illud notandum eſt, quod patris iuſſu donat filius,à patre ipſo donatum videri, vt pater ad eius donationis obſeruationem teneatur.l.2.in prin. l.in ædibus.§.penul.Plane furioſos & mente captos inutiliter donare perſpicuum eſt. l. Modeſtinus. licet muti, aut ſurdi, ſenes etiam, licet deliri iam, & iuxta Varronis prouerbium, bis pueri effecti ſint, donare non prohibentur.l.qui id quod.hic.& l.ſenectus.C.eo.

Ceterum donatio non tantum in amicum & bene meritum, ſed in quemcunque alium ignotum & extraneum conferri poteſt:quin etiam meretrici & concubinæ,quæ vxor non ſit,recte donatur, l. affectionis. & l.donationes.hic.leg.hæc donatio. de donatio. inter vir.& vxor. dummodo miles non ſit, qui focariæ ſuæ donet,vt Antonini reſcripto cautum eſt, leg.3. Codic. de donatio.inter virum & vxorem. quod interpretum communi conſenſu ad eos, qui diuinam togatámque militiam exercent,porrigitur. Nec hoc ſilentio prætereundum eſt factam à patre donationem filio emãcipato,etiam infanti,ratam eſſe: in poteſtate conſtituto non item. leg.cum de bonis. leg. ſi quis in emancipatum.Codic.eodem. Denique reipub.facta donatio, puta ob honorem,valida eſt, ſiue quis promittat, ſiue
Pollicitatio quid. tantum polliceatur. leg. hoc iure. in princ. Eſt autem pollicitatio (vt obiter id explicemus, in quo pleroſque hallucinatos comperimus) ſolius offerentis promiſſum,cum pactum duorum conſenſus ſit. leg. pactum. de pollicitatio.Vnde vulgo ab interpretibus traditum eſt, inter præſentes magis pactum quàm pollicitationem dici:quod is cui aliquid offertur tacens cõſentire præſumatur.leg.qui patitur. ff. mandat. Quibus ego minime aſſentior:non enim is qui continuo tacet,offerenti conſentire videtur, cum fortaſſis è re ſua id non futurum eſſe credat: aut beneficium accipiendo libertatem, vt in Mimis Publij habetur, vendere nolit. Hoc adeo in his pollicitationibus perſpici poteſt, quæ ad publicum opus extruendum olim reipublicæ à priuatis hominibus fieri ſolerent, de quibus tractatum de pollicitatio. qui titul.de ope. publ. ideo ſubiicitur,accipiendum eſſe non dubito.Fiebat autem fere per epiſtolam, cautionémve. Macrobius libro ſecundo Saturnal.in locis Auguſti. leg. Charidemo.& leg.Sepitia.de pollicit.leg.metum. §.ſed quod prætor. quod met.cau. Quo caſu conſenſum duorum non interuenire antequam acceptetur,certiſſimum eſt.Sed ſi quis apud rempublicam id eſt reipublicæ adminiſtratores,l.ex pollicitatione.infra de pollicit.corã ad opus faciendum pecuniam promiſerit, pollicitatio propriè nõ pactum dicitur,conſenſu forte decurionum ſuſpẽſo deliberantium, an tale opus exædificare liceat publice,ac expediat.Huc pertinet,quod Cæcilius lib. 10. epiſt.ſcribens ad Traianum de theatro Nicæſium, ait: Huic theatro ex priuatorum pollicitationibus multa debentur,vt baſilicæ circa, vt porticus ſupra caueam: quæ nunc omnia differuntur, ceſſante eo quod ante peragendum eſt.Cui Traianus ibidem reſpondit: Tũc à priuatis exigi opera tibi curæ ſit,cum theatrum,propter quod illa promiſſa ſunt,factum erit. Nec verendum ne quis tali donatone ſiue pollicitatione in legẽ Iuliam de ambitu,committat, quæ aduerſus eos tantũ lata eſt, qui tributim centuriatémve diſtributa pecunia,ſingulos è populo corrumpere nitebantur, ad quos magiſtratuum creatio pertinebat.l. vnica.ad l. Iul. de ambitu.l.Publius.de cond.& demon.l.quę vtiliter. de neg geſt. quod à Budæo noſtro annotatum eſt & obſeruatum ad l.ſi quis honorem.de pollicit.

De effectu donationis.

Cap. VII.

Effectus donationis tribus conſtat regulis. Prima regula eſt, rem donatam recte repeti non poſſe,l. Ariſto.l.qui alienum. quod naturali æquitati conſẽtaneũ eſſe,vel illud argumẽto eſt,quod Plato in Philebo hæc verba vt trita,& pueris cognita refert: ὧν ὀρθῶς δοθέντων ἀφαίρεσις οὐκ ἔστι. Idque adeo verũ eſt,vt ne principia quidem reſcriptum ad reuocationem ſufficiat,l.ſi donationem. C.de reuocan.donat. traditione ſiquidẽ rei donatæ,aut eo actu,qui vim traditionis habeat,dominium nanciſcitur donatarius,l.qui ſaxum.l. qui mihi.l.ſi tibi.l.qui id quod.§.ea lege.quod ſine facto ſuo iure nõ amittit,l.id quod noſtrum.de reg.iur.niſi forte donator ipſe dominus non fuerit, quo caſu ad vſucapionem tantum proficiet donatio,l.Ariſto. §. 1. Hæc prima regula patitur exceptiones: nam ob ingratitudinem,atrocémq.iniuriã & offenſam, donatio reuocatur,l.donationes.§.1.&leg. vlt.C.de reuoc.don.licet alioqui aduerſus ingratos iure ciuili actio nõ ſit prodita. Anneus Seneca rationem oſtendit. ſed hoc de ea donatione non accipitur ,quæ remuneratoria eſt, quã nullo caſu reuocabilem eſſe interpretes affirmant: quod non caret ratione,l.ſi pater.§.1. Ob cauſam quoque donatum, ſi ea non ſequatur, ſecundum diſtinctionem Vlpia.traditam,reuocatur,l.2.§.vlt.cum l.ſeq. Sed & ſi quis poſt donationem perfectam præter ſpem liberos ſuſceperit,cum ante non haberet, idem erit dicendum.l.ſi vnquam.C.de reuoc.donat.

Secunda regula. Donator actione ex ſtipulatu, vel condictione ex lege ad rei donatæ traditionem compellitur,l.ſi quis argentũ. C. eod. in quo iudicio, cum bonæ fidei non ſit,vſurarum propter moram non habebitur ratio,leg.eum qui. Præterea non condemnatur in ſolidum donator, ſed in quantum facere poteſt, habita ratione ne egeat.l.qui ex donatione.& l.qui id quod.hic.etiam ſi pecuniæ conſtitutæ,aut iudicati nomine conueniatur.

Tertia regula.Donator euicta re, nulla niſi de dolo actione tenetur: extra quam ſi nominatim hoc conuenerit,aut traditione ceſſante rem ſe non modo traditurũ,ſed etiam daturum promiſerit,l. Ariſto.§.vl.& l.2.C.de euict. & l 2. C. de iure dot. Proinde ſi rẽ donationis cauſa promiſerit,& nondum traditam expoſuerit pignori,firma nihilominus remanebit pignoris obligatio.l.vlt.§.1.

IN TIT. VI.

DE DONATIONE CAVSA MORTIS, ET QVAE SIT MORTIS *cauſa donatio, & mortis cauſa capio.*

CAP. I.

DOnationis verbum licet ſit ſpeciale, ac proprie liberalitatem non reuocabilem ſignificet, de qua in præcedenti tractatu diſſeruimus, tamen plerunque latiorem ſignificationem habet, vt mortis cauſa donationem complectatur, l. alienatum. de verb. ſigni. & l. 1. hic. Eſt autem ea cum quis inſtantia periculi metu, vel ſola mortalitatis, aut humanæ ſortis cogitatione adductus, ita rem ſuam donat, vt ſe potius habere velit, quàm donatarium: illum vero potius quàm hæredem ſuum. l. 1. cum ſeq. l. ſenatus. §. 1. hic. Nec adeo refert, mortis ſuæ an alienæ cauſa donet, l. mortis. 10. & leg. mortis cauſa capimus. ſed nec an verbis expreſſum ſit, vt cum donator, vel quiſpiam alius cõualuerit, aut periculum effugerit, reddatur, Telemachi illius Homerici exemplo: an vero ex mortis facta donatione coniecturis id factum eſſe appareat. At ſi de eo nõ cõſtet, donatio pro ſimplici habetur etiamſi à moribũdo homine facta ſit: aliud ſiquidem eſt mortis cauſa & morientem donare, l. Seie. §. vlt. quod multo magis admittendum eſt, tunc nominatim, vt nullo caſu reuocetur donatio, conuenerit, l. vbi ita donatur. Perficitur etiã ſine publicis actis, modo quinque teſtes adſint, donatione videlicet, aut ſtipulatione, vel conuentione mutua, l. vlt. C. eo. A donatione autem in eo differt legatum, quod donatio morte donantis confirmatur, quãuis inteſtatus deceſſerit, cum legatum abſque teſtamẽto non debeatur. l. non videtur, l. iam is qui. Et his omnibus ſuffragatur Feſtus Pomp. lib. 11. cuius verba hæc ſunt: Mortis cauſa ſtipulatio exiſtimetur fieri, vt ait Labeo Antiſtius, quæ ita fit vt morte promiſſoris confirmetur: aut, vt quidam dixerunt, cuius ſtipulationis mors fuit cauſa. Porro mortis cauſa donatio, & mortis cauſa capio ex genere τῶν συναλλαγμάτων eſſe vidẽtur, ſicut emptio, venditio, locatio, conductio: ſed longe alia eſt horum verborum ſignificatio: nam mortis cauſe id demum capi intelligitur, quod occaſione mortis alienæ alicui obuenit, nec in donationis ſpeciem cadit, aut aliam capiendi figuram, quæ proprio nomine appelletur. l. mortis cauſa capitur. & l. inter mortis. veluti quod hæreditatis adeundæ, vel repudiandæ, vel conditionis implendæ gratia datur. l. qui pretio, leg. ſi mulier. l. eum qui. l. conditionis. l. quod ſtatuliber.

De perſonis.

CAP. II.

QVæ in ſuperiori tractatu dicta ſunt, eadẽ in hoc loco repetita eſſe intelliguntur, quibus & hæc regula generalis accedit. Nemini cauſa mortis donare quicquam, aut capere permittitur, niſi qui teſtamenti factionem habeat, l. omnibus, & l. ſenatus. filiusfa. tamen, cui ne permittente quidem, teſtamentum facere licet, donare mortis cauſa non prohibetur, ſi expreſſus patris conſenſus accedat, qui milite exiſtente filio neceſſarius non eſt, l. tam is. §. 1. leg. Marcellus. hic. l. filiusfa. ſupra tit. proxim. & l. qui in poteſtate. de teſtam. Illud præterea adiiciendum, de capacitate donatarij, non ex donationis, ſed ex mortis potius tempore iudicandum eſſe, l. in mortis cauſa. 23. Ad ea vero quę de rebus, aut donationis forma diximus antea, nihil occurrit, quod addi oporteat, niſi quod hæc donatio interdum ſub conditione fit, vt puta, Si non conualuerit donator: interdum pure, ſed ita vt ſub conditione reſoluatur, l. 2. hic. l. 1. tit. proximo. Item quod donatario perinde atque hæredi ſubſtituitur: ac in donatione ineunda quæcunque lex ſuper eius reuocatione dici poteſt, l. ei cui. & l. ſi alienam. §. 1.

De effectu donationis cauſa mortis.

CAP. III.

EFfectus huiuſce donationis eſt duplex: vnus qui donatarij fauorem & commodum reſpicit: alter qui donatoris. Quantum ad primum attinet, ita diſtinguendum videtur, vt ſi quidem donatoris res propria, nec adiecta conditione ſuſpẽdatur, dominium eius in accipientem tranſeat, l. ſi mortis cauſa. hic. tametſi cõualeſcente donatore poſſit repeti, nec ante mortem ipſius adhuc firma ſit, l. non videtur: ſi aliena, ſaltem ad vſucapionem proſit, & vſucapta res ab eo tantum qui donauit, nõ à vero domino repetatur, l. ſi alienam rem. & l. qui alienam. Quod ſi chirographa vel tabulas debitarum ſibi pecuniarum liberandi animo donauerit, hoc conſequitur donatarius, vt petentem exceptione mortis ſummoueat. l. mortis cauſa capimus. §. Titia. & l. auunculo.

Secundo illud obſeruandum eſt, vt ſi rei donatę dominium acquiſitum ſit à donatario, tamen reuocari poſſe donationem ſi conualuerit donator, niſi aliud actum ſit. Idem dicendum eſt, ſi præmortuus ſit donatarius, aut certe ſimul cũ donatore deceſſerit, aliúsve extiterit caſus, in quem ſit reuocata donatio, l. non omnis. de reb. cred. l. mortis cauſa donatio. l. ſenatus. l. ſi eiuſdem rem. l. ſi is qui, hic. & hoc caſu filij vel ſerui mors, quibus ipſorum contemplatione donatum eſt, potius quàm patris aut domini ſpectanda eſt, l. ſi filiofa. 23. & l. vlt. Qua autẽ actione hæc reuocatio fiat, quęſitum eſt. Et reſpondent, directam actionem in rem cuius dominus remanſit donator: alioqui vtilem tantum competere, l. ſi mortis cauſa. cum l. ſeq. in quo iudicio neceſſariarum atque vtilium rerum quas fecerit reus, ratio habebitur, l. ſi mortis cauſa. 14. Si vero rem donatam donatarius poſſidere deſierit, non modo pretium ab eo condici poterit, id eſt, quanti vendi potuiſſet, ſed omnes acceſſiones, l. mortis cauſe capimus. §. vlt. l. illud. §. vlt. ſi is cui. hic. leg. cum quis. de condict. cauſ. dat. Sed & ſi filiusfamilias ſit donatarius, agetur aduerſus patrem de peculio, l. filiofamil. Is quoque qui mortis cauſa acceptum fecerit quod ſibi debebatur, recte condicet, vt vetus inſtauretur obligatio, l. quod debitori. & l. ſenatus. §. pen. Denique animaduertendũ eſt, cum de effectu donationum cauſa mortis agitur, eas ad inſtar legatorum redactas eſſe, leg. Marcellus. & l. illud generaliter. hic. l. vltim. Codic. eo. Ex quo conſequens eſt eas morte confirmari, niſi pœna capitis ſit affectus donator, & vltra vires hæreditatis non valere, l. non videtur. l. ſi mortis cauſa. l. ſi aliquis. l. etſi debitor. hic.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLI. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE ACQVIRENDO RERVM DOMINIO, ARTIFICIOSA AC METHODICA TRACTATIO.

Cap. I.

CAvsæ dominiorum acquiſitionis multæ & variæ ſunt tũ iure gentium, tum ciuili proditæ: de his quæ iure gentium ſunt, copioſa eſt in hoc tractatu diſputatio: cęteræ ſub aliis tit. continentur, vt tit. de vſucap. & permultis aliis.

Ius gentiũ quid. Eſt autem ius gentium, vel quod natura omnium hominum mẽtibus inſeruit, vt fidem ſeruare, Deum colere, neminem lædere: vel quod vtilitatis vel neceſſitatis potius cauſa conſenſu omnium gentium naturalẽ rationem ſequentium conſtitutum eſt, vt emere, vendere, & reliqua id genus. l. 1. hic. & l. 1. § vlt. de iuſtit. & iur. §. ius autem. Inſtitu. de iur. gent. natur. & ciuil. Ac ſecundum hanc definitionem recte & vere à Caio in huius tractatus initio dictum eſt, ius gentium ſimul cum genere humano proditum eſſe. l. 1. hic. §. ſingulorum. in Inſti. de rer. diuiſ. Nam ſiue pro eo tantum accipiamus, quod vſu exigente adinuenit prudentia, nihil poteſt à vero eſſe alienius: ſiue pro eo tantum quod hominibus etiam imperitis eſt innatum atque inſitũ, quod etiam naturale appellatur, id æque falſum eſſe videtur, cum eo iure diſtincta non ſint rerum dominia. Can. ius gentium. diſt. 1. quod tamen ex verbis Caij aliter declaratis conſequeretur.

De prima cauſa acquirendi dominij, quæ eſt occupatio.

Cap. II.

PRima igitur cauſa acquirendi dominij iure gentium eſt occcupatio, à qua dominiũ rerum quondam cœpiſſe Nerua filius ait, l. 1. de acquir. vel amitt. poſſ. Cum enim inter mortales adhuc communia eſſent, iudicarunt abſque diuiſione & diſtinctione dominiorum nec trãquillitatem retineri, nec naturalem inter ſe ſocietatẽ conſeruari poſſe. itaque quod quiſq; prius apprehendiſſet, vt id eſſet eius proprium conſenſerunt & decreuerunt: quam diſtinctionem mox earũ rerum, quæ cuique obtigiſſent, commutatio ac vſus contractuum eſt ſecutus, d. §. ius autem gentium. Hinc etiam Cic. lib. 1. offic. *Sunt autem priuata nulla natura: ſed aut veteri occupatione, vt qui quondam in vacua venerunt: aut bello, vt qui victoria potiti ſunt: aut lege, aut pactione, conditione, ſorte: ex quo fit, vt ager Arpinas Arpinatum dicatur: Tuſculanus, Tuſculanorum. Similiſque eſt priuatarum poſſeſſionum deſcriptio. Ex quo, quia ſuum cuiuſque fit eorum quæ natura fuerunt communia, quod cuique obtigit, id quiſque teneat.* Huius antiquiſſimæ rerum acquiſitionis luculenta nunc etiam veſtigia in quibuſdam apparent in natura illa cõmunione manentibus quæ ante dominia iure gentium diſtincta fuiſſe creditur, quod videlicet à nemine vnquam occupatæ ac poſſeſſæ ſunt, aut ſi aliquando fortaſſis apprehenſæ caſu aliquo vel domini voluntate ad priſtinum ſtatum redierunt, atque ideo huiuſmodi res in nullius bonis eſſe dicuntur, l. 3. nam res ſacræ & religioſæ, & aliæ ſimiles, quas quidem ipſas nullius eſſe, ſed alio ſenſu dicimus, occupanti minime conceduntur, l. 1. de rer. diuiſ. Ex harum rerum numero ſunt in primis omnia animalia ſiue terreſtria, ſiue aquatilia, volatiliave, quæ feram habent naturam, vt cerui pauones, apes, nec à quoquam cicurata, aut manſueta facta ſunt, l. 1. l. naturalem. §. apium. & ſeq. earum enim beſtiarum, quæ vel natura cicures ſunt, vel cicurantur, qui quid lucrandi animo apprehenderit, furti ſe alligat, l. naturalem. in fi. l. Pomponius. 8. famil. erciſc. Vnde perſpicuum eſt, venationem aut occupationem in agro etiam alieno iure permiſſam eſſe, niſi fortè quis in ingreſſu fundi, à domino arceatur. §. feræ. Inſt. de rer. diuiſio. Et hanc venandi artem quam θηρευτικὴν vocant, honeſtam, ac rei familiaris rationem habere, maximeque ſecundum naturam eſſe, Ariſtot. oſtendit libr. 1. Polit. Quod autem dicatur, haſce res occupantium fieri, eo pertinet rem apprehendendam eſſe, vt feram certum ſit in noſtram poteſtatem perueniſſe. l. in laqueum. 55. hic. Proinde & ſi feram grauiter à ſe vulneratam quis perſequatur, antequam tamen ceperit, ipſius non eſſe, & ideo à quouis alio poſſideri poſſe obtinuit, cum olim ius controuerſum eſſet, quod incertus ſit rei euentus, & ex inſperato multa accidere poſſint, vt ab eo, qui vulnus inflixit, non accipiatur, l. naturalem, §. hic. cui rationi & prouerbialis verſus cõgruit, πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου. Ceterum bifariã contingere poteſt, quod & ſupra attigimus, vt res ſemel occupata rurſus omnium cõmunis, & occupatio obnoxia reddatur caſu ſcilicet & voluntate: caſu, vt ſi fera cuſtodiam euaſerit ac in naturalem libertatẽ ſeſe receperit: quòd fit & in cicuratis omiſſa domum redeundi conſuetudine, l. 3. 4. & 5. verum ſi talis res à lupo fortè corrupta ſit, non ante deſinit noſtra non eſſe, quàm ab eodem conſumpta fuerit, vt nulla ipſius recuperandi ſpes ſit, l. Pomponius. 44. hic. & l. Pomponius famil. erciſ. Voluntate domini id occupanti conceditur, quod is pro derelicto habet, non quod ignorans amittit aut tempeſtate adactus, in mare proiecit, l. qua ratione. hic. §. qua ratione, Inſt. de rer. diui. Denique inſula in mari nata his rebus annumerãda eſt, quas occupantium fieri diximus, cum in nullius bonis ſit, l. adeo. §. inſula. hic. De ea vero, quę in flumine naſcitur, poſtea dicemus.

De

De captiuitate.

CAP. III.

SEcunda acquirendi iure gentiũ dominij cauſa eſt captiuitas.nam quæ eh hoſtib. capiuntur, ſtetim eo iure capientium fiunt,l.naturalem.§ 7. & l.transfugam. 51. hic. quod de iuſto ec legitimo hello eccipiendum eſt,quod rite denuntiatum eſt, & cuius finis eſt, vt in pace viuamus.leg. hoſtes.ff. de captiu.& poſtlim. reuer.cap.iuſtum.23.quæſt.2.quod Pontius Herenniua apud Liuium lib. 9. in orat. ad Samnites eleganter expreſſit his verbis: Iuſtum eſt hellum,quibus neceſſariũ & pia arma, quib⁹ nulla niſi in armis relinquitur ſpes. Veriſſimum igitur eſt quod dicitur, vſu exigente, & humanis neceſſitatibus bella iure naturali ſiue gẽtium introducta eſſe. leg. ex hoc iure. ſupra de iuſt. & iure. quia homines ſcelerati, & vt Heſiodus loquitur χειροδίκαι, niſi ah inferenda iniuria vi & armis prohibeantur,& magiſtratibus cogantur parere humanam ſocietatem perturhari ac diſſolui neceſſe eſt. Itaque merito diſcenda eſt Brenni Gallorum regis ratio, qui interrogantibus Romanorum legatis, quanam ratione Cluſiam Hetruriæ vrbẽ obſidione premaret, Iure inquam,naturali,dixit,hoc facio,quod inferior potentiori cedere iuhetur. Latrocinium eutem eſt id bellum, quodcunque ſpoliandi aliquem cauſa ſuis fortunis ſuſcipitur: nec iuri naturæ quidquam magis contrarium eſt.canon.militare.23.q.1. Quod autem diximus capta in bello fieri capientium, non ſine ratione & diſtinctione admittitur.nam immobilie capiuntur pro fiſco quamuis loca ſacra ſiut aut religioſa. l. ſi captiuus. ff. de captiuis.l.cum loca.de relig. l. ſepulcra. de ſepulc. viol. niſi principi forte ex cauſa militibus concedere viſum fuerit.l.item ſi verberatum. ff.de rei vindic.leg. Lucius Titius. ſupra,de euict. idque Alexandri Seueri exẽplo,qui vt Lampridius auctor eſt agros ab hoſtibus captos limitaneis ducibus ita donauit, vt eorũ eſſent, ſi hæredes eorũ militarẽt, nec ad priuatos peruẽturos, dicẽs eos attentius militaturos,ſi etiã ſua defenderent. Mobilia verò in præda ſunt. l.ſi quid in bello. infra de captiu. & poſtlim. reuerſ. & à duce belli inter milites pro cuiuſque merito diſtribuuntur,leg.ſi quis pro redemptione.C.de donat. quod & vetuſtis temporibus à Græcia Romaniſq; obſeruatũ eſſe. non tantum ex Homero, ſed etiam ex aliis auctoribus tam Græcia, quèm Latinis cognoſci poteſt. Flau. Vpiſcus in Probo.

De inuentione.

CAP. IIII.

TErtia cauſa acquirendi dominij iure gentium eſt inuentio, ſcilicet earum rerum, quæ in nullius dominio ſunt, vt lapillorum & gemmarum in litore maris,leg. item lapilli.ſupr.de rer.diui. aut quarum eſt incertus dominus,vt theſauri. Theſaurum autem definit Leo Imperator condite ab ignotis dominis tempore vetuſtiore mobilia.l.vnica. Codic.de Theſauris. à quo nec diſcrepat Pauli definitio, l.nunquã. §. Theſaurus.hic. plerũque tamẽ hoc verbũ latius patet pro rerũ vtilium vi pariter reconditarum. tametſi dominus qui eas recondidit,incertus non ſit, leg. peregre. 44.infra de acq.poſſeſſ.leg.theſaurus.ſupra ad exhib. Sed nos in hoc argumento ſecundum priorem ſignificationem intelligimus. His autem præcognitis, vt dilucidius ſingula pertractemus, duas regulas obſerua. Theſaurus inuentori in cuius loco proprio eſt inuentus acquiritur, idque reſcripto D. Adriani cautũ fuiſſe tradidit Iuſtin.§.theſauros.Inſtit.de rer.diuiſ. quod & Spartianus in eius vita ſcripſit, veruntamen ſi emptor

Prior regula de theſauro.

in domo empta aut faber ad eius refectionẽ inductus pecuniẽ inuenerit à venditore defoſſam, qui theſaurus eſt, vt iam diximus, eius dominium conſequetur, l.à tutore,57. ſupra de rei vind. Item ſi fortè quis rem alienam humi iacentem ſuſtulerit, ignorans cuius ea ſit,quod adeo verum eſt, vt ne εὕρετρα quidem, id eſt, pretium aut mercedem inuentoris recte petat, quinimo lucrendi animo id faciens tenetur furti,l.falſus.43. §.qui eh eo.infr.de furt. Theſaurus in alieno fortuito caſu inuentus, inter dominum loci & inuentorem diuiditur,d.§.theſauros,& l.vnica. Cod.de theſaur. Dominum autem accipimus,ſiue ſingularis perſona, ſiue fiſcus,ſiue reſp. ſiue ciuitas ſit quæ hoc ius habeat. idcirco creditor ius pignoris habens, quia dominus non eſt, ab hac regula ſeparatur, leg. ſi is qui in aliena. 64. §.quod ſi creditor.hic. Sed quid ſi in loco ſacro vel religioſo ſit inuentus theſaurus? Nam neutra harum regularum iſte caſus comprehenditur. Et hanc ſanè quæſtionem explicatu difficilem & obſcuram Imperatorem inter ſe pugnantia reſcripta effecerunt: nempe Adriani, cuius ſupra mentionem fecimus, & Marci Antonini, & L. Veri fratrum, quos Calliſtratus diuos fratres vocat. Hi nemque ab eodem Calliſtrato dicuntur ſtatuiſſe,vt theſaurorum in locis ſacris repertorum,aut religioſis,dimidia pars fiſco vindicetur, l. 3.§. ſi quis in locis. infr. de iure fiſci. contrà Adrianus concedit ei qui inuenit.d.§. theſauros.tametſi hoc cap. reſcripti non commemoret Spart. in vita Adriani. Nec mihi ſatisfacit, quod vulgo interpretes cenſent reſcriptorum alterum iure, alterum æquitate naturali niti, cum æquitatem non ex naturalibus,ſed ex ciuilib.præceptis metiri oporteat,idcoq; adhuc dubium ius relinquitur,vtrum naturalem,quæ fauet inuentori, an ciuilem, quæ publicum ac fiſci commodum reſpicit, amplecti debeamus.l.bona fides,ſupra depoſiti. Vt igitur ingenue quod cenſeo dicam, maius ac diſſidium implacabilius mihi eſſe videtur, quàm vt diſtinctione vlla ſedari queat:nec eo nomine inſimulandus eſt Iuſtinianus, quem nihilominus verè ſcripſiſſe credemus, nullam in libris ſuis à ſe editis antinomiam reperiri,l.2.C.de vet.iur.enucl. Cum enim vtrobique hiſtorica narratio ſit, pugnantia loqui exiſtimandus non eſt,qui nihil ipſe conſtituit, ſed ab aliis ante conſtituta, quanquam à ſe inuicem diſſidentia,refert. Idque nec nouum, nec alienum eſſe, ex his quæ diximus alibi, animaduertere licet, l. quod de creditore. l.qui bona.§.qui ſuperficierium.ſupra de dam. infec.tametſi fortè nonnullis videri poteſt reſcriptum à ſe relictum probaſſe,cui neque quicquam addere, neque detrahere voluerit. Itaque Budæi noſtri conſilium ſecutus, temporis habendam rationem duco,& reſcriptum Adriani diuos per fratres reſcripto, quos vtique poſteriores fuiſſe conſtat,cedere,arg.l.vlt. de conſtit. princ. Et eo magis, quod noſtra opinio nouiſſimè à Friderici conſtitutione firmata eſt,tit.quæ ſint regales. Perinde igitur hæc ſunt accipienda, ac ſi vno eodẽmque loco deſcripta eſſet hæc hiſtoria,hoc modo: Adrianus naturalem æquitatem ſecutus theſaurum inuentori conceſſit.ſed diui fratres conſtituerunt, vt dimidia pars fiſco vindicetur.

Secunda regula.

De ædificatione.

CAP. V.

QVarta acquiſitionis formæ eſt ædificatio, cuius explicatio diuerſas regulas continet. Prima, Ædificãs in ſolo non alieno, ſed ſuo,ex materia aliena, dominus efficitur materiæ, l. adeo. §. cum in ſuo. hic. Quominus autem poſſit materiam vindicare nondum

ædificio dituto, fauor publicus exigit, vt ædificiis conſuletur: verum locum vindicationis actio in duplum lege Decemuirali cõprobata eſt, cuius verba, ſi Feſto credimus, hæc ſunt: *Tignũ iunctum ædibus vineave ne vindicato, nec ſoluto.* l. 1. infra de tign. iunct. l. qui res. §. vl. ff. de ſolut. Secunda, is cuius in ſolo vel pariete alius ædificat, ædificij dominium acquirit. d. l. adeo. §. ex diuerſo. & l. ſi ſupra. hic. Sed hoc locum obtinet in ædificio mobili quod ſolo non cohęret, qualia fuerunt ea, quibus Romanos vſos fuiſſe refert Paulus, l. in rem. §. tignum. ſupra de rei vindic. l. Titius. hic.

De ſpecificatione.

Cap. VI.

QVinta acquiſitionis cauſa eſt, cum quis ex aliena materia nouam aliquam ſpeciem facit, veluti ex vuis alienis vinum, vulgo ſpecificationem appellant, l. adeo. §. cum quis. Cum enim vinum noua ſpecies ſit ab vuis diſtincta, dominus vuarum non continuo & vini fuiſſe intelligendus eſt. Itaque vinum confectori acquiritur, quaſi ante nullius in bonis fuerit, ſuadente tum æquitate aduerſus dominum ad æſtimationem materiæ petendam actio dabitur. argum. leg. in rem. §. item quæcunque. Hoc genus acquiſitionis duobus caſibus ceſſat: primus eſt, cum quis mala fide aliena vtitur materia. l. de eo. 12. §. ſi quis ex vuis. ſupra ad exhiben. Altera, cum ſpecies eiuſmodi eſt, vt ad eandem materiam reuerti poſſit, vt vas aureum, aut argenteum: non enim ſicut vino facto vua, ita fracto vaſe aurum eſſe deſierit, d. §. cum quis. l. in omnib. cum ll. ſeq. quod vtique accipiendum eſt, ſi tota materia, ex qua noua ſpecies facta eſt, aliena fuerit, §. quod ſi partim. Inſtit. de rer. diuiſ.

De confuſione.

Cap. VII.

SExta cauſa acquirendi dominij iure gentium eſt confuſio ſiue commixtio. in cuius explicatione ſic diſtinguendum eſt, vt ſi voluntate duorum res confuſæ & commixtæ ſunt, inter eos ſint communes. l. adeo. §. voluntas. Si autem abſque eorum voluntate acciderit, vt res ſeparari queant, rei quiſque ſuæ dominium retineat: vt ſi diuerſa metalla in vnam maſſam conflẽtur. hæc enim ab artificibus ſeparari poſſunt, leg. lacus. hic, licet abſque graui detrimento id minime fieri ſolitum acceperimus, præter quam ſi aurum ab argento ſeparetur: quam ſeparationem neque damnoſam neque difficilem noſtri temporis χρυσοπλύται aſſerũt, adhibita nempe aqua, quam ipſi fortem, eruditi *chryſulcam* appellant. Quod ſi ſeparari non poſſunt, quæ confuſa ſunt, vt puta meum & tuum argentum in maſſam redactum, aut alia eiuſcemodi, quæ eiuſdem ſunt naturę, ea inter nos communicabuntur, l. 3. §. Põponius, ſupra de rei vindicatione. Nec iam dictis contrarium eſt, quod Vlpianus ex Pomponio ait, Sed ſi deduci non poſſit, vt puta æs & aurum mixta fuerint pro parte eſſe vindicandum, &c. l. idem Pomponius. §. ſed ſi plumbum. ſupra de rei vindicatione. nam fieri poteſt, vt artifices deſiderentur, quorum induſtria talis deductio fieri ſolet, d. l. lacus. quo caſu vere dicetur ea ſecerni nõ poſſe. Sed nec ea verba intelligenda ſunt, quaſi inter plũbi argentiq; diſcretionẽ, ærisq; ac auri quicquã intersit, ſunt enim fragmenta verborum Pomponij, nõ Vlpiani, quæ meo quidem iudicio literis maiuſculis ſunt deſcribenda, quo facilius intelligetur id, quod prius adductum eſt ex eodem Põponio, referri non ad proxime vba Vlpiani, quæ alioqui verbis interiecta Pomponij locum obſcurum efficiunt. Senſit igitur Pomponius inter mellis & vini commixtionem, & æris atque auri, licet quantum ad deductionem fortaſſis nihil interſit, hoc tamen differre, quod nullam mel priſtinam ſpeciem obtinet: aurum vero ſiue æs conflatum, id quod prius erat, manet. Sunt, qui eo in loco negationem abundare cenſent, quod citra fidem vetuſtorum codicum affirmare non auſim.

De acceſſione.

Cap. VIII.

SEptima cauſa eſt, cum vna res alteri, veluti acceſſio quædam adiungitur, vt ſtatuæ brachium, ſcypho anſa, l. ſed ſi ex meis. cum ſequen. Qua in re conſiderandum eſt, quid cuius rei ornandæ cauſa adhibeatur, nec tam quid pretioſum ſit: vnde fit, vt gemmæ cedant phialis vel lancib. incluſę auro argentóq; l. cum aurum, §. perueniamus. ſupra de aur. argẽ. l. Qui igitur rei principalis dominus eſt, acceſſionis iure dominium nanciſcitur, ita tamen, vt pretium eius, quod acceſſit, exſoluat. Sed num ad exhibendum actio competat, vt res quæ acceſſerunt ſeparentur, & ſic vindicari poſſint? Paulus ait in applumbatis non in ferruminatis id admitti, quod ferruminatio per eandem materiam faciat cõfuſionem, plumbatura nõ idem efficit. l. in rem. §. itẽ quæcunque ſupra de rei vindicatione. l. quicquid. 27. hic. Sanè ad hoc caput referri poſſunt & ea, quæ ex animalibus noſtris nobis nata acquiruntur, cũ acceſſionis contineantur vocabulo, l. item quæ. 6. hic l. pactum. C. de rei vindicat. l. idem Pomponius. ſupra. eo.

De cultura.

Cap. IX.

OCtaua cauſa eſt, cum quis in agro, ſiue ſuo, ſiue alieno quicquã ſerit, aut plantat. ſata enim omnia & plantata ſi radices egerint, ſolo cedunt, vt idem hic ſit intelligendum, quod de ædificatione ſuprà ſcriptum eſt, l. adeo. §. ſi alienam. l. qua ratione. l. ſed ſi ex meis. §. arbor.

De ſcriptura

Cap. X.

NOna cauſa eſt, ſcriptura acquirendi dominij iure gentium. ea ſi quidem chartæ cedit, licet pictura non item, l. qua ratione. §. literæ. hic. Et breuiter quod de ædificio ſupra dictum eſt, de hac cauſe dici poteſt, nec obſtat l. in rem. ſupra, de rei vind. ſi coniungatur cum d. §. literæ.

De alluuione.

Cap. XI.

DEcima cauſa eſt alluuio, cum per fluminis alluuionem paulatim agro meo ita aliquid adiicitur, vt conſpectum ſenſúmque quotidianum fallat. Nam quod vi & impetu fluminis ſtatim accreſcit, nobis non acquiritur. l. adeo. §. r. cuius diuerſitatis rationem ex Aggeni Vrbici commentario ediſcere licet: De alluuione, inquit, obſeruatio eſt, ſi hæc in occupatoriis agitur agris: quicquid vis aquæ abſtulerit, repetitionem nemo habet. Quæ res neceſſitatem ripæ muniendæ iniungit, ita tamen, vt ſine alterius damno quicquam fiat. Si vero indiuiſe & aſſignata regione tractabitur, nihil amittet poſſeſſor, quoniam formis per centurias certus cuique modus adſcriptus eſt. Circa Padum autem cum ageretur, quod flumen torrens, & ali-

& aliquando tam violentum decurrit, vt alueum mutet, & multorum late agros trans ripam, vt ita dicam, ſæpe etiam inſulas efficit. At Caſſius Longinus, vir prudentiſſimus iuris auctor hoc ſtatuit, vt quicquid aqua lambendo abſtulerit, id poſſeſſor amittat: quoniã ſcilicet ripam ſuam ſine alterius damno tueri debet. Si verò maiore vi decurrens aleum mutaſſet, ſuum, quiſque modum agnoſceret: quia non poſſeſſoris negligen gentia, ſed tempeſtatis violentia abreptum apparet. Hæc ille. His intellectis nec difficile nec obſcurum eſſe poteſt, quo ſenſu verba Florentini ſunt accipienda, in agris limitatis ius alluuionis locum non habere, l. in agris. 16. hic. Siculus Flaccus de hac limitatione tractat.

De inſula in flumine nata.

CAP. XII.

VNdecima cauſa eſt, cum inſula in flumine ita naſcitur, vt amnis locum quendam aluei relinquat ſiccum, & circumfluat, aut paulatim colluẽdo locum faciat eminentem ſupra alueum, aluendóq; eum augeat: iis enim acquiritur, qui propria iuxta ripam prædia poſſident: inter quos regionibus diuiſis non pro indiuiſo fit communis. Quæ autem mihi ſemel quæſita eſt, ſi alluuione creuerit, vt vicini agri frontẽ reſpiciat, nihilominus tota mea eſt: & nec eo iure cenſenda eſt, ac ſi ab initio eius longitudinis lata eſſet. Quod ſi ita naſcatur inſula, vt locum, qui aluei non fuit, circumfluat amnis, cauſa proprietatis nõ mutatur, l. adeo. §. inſula. l. inter eos. 29. l. ſeq. l. inſula. 56. & l. pen. Hinc multæ & variæ quæſtiones agitantur, quæ inter præſenti commodius tractari atque definiri poſſunt, aut certę deſcriptionibus mathematicis, in quibus ſtrenuam operam nauauit Bartolus.

De traditione.

CAP. XIII.

DVodecima cauſa eſt traditio, videlicet cum quis alium rei ſuę dominum efficere volens, de manu in manum ipſam in eum transfert. non enim ſola voluntas duorum, & conuentio ad dominij translationẽ ſufficit, pręterquam in caſibus exceptis: ſed apprehenſione eſt opus, l. traditionibus. C. de pact. l. ſeruum. C. de rei vndicat. l. qua ratione. §. interdum. hic. Verum animaduertenda quædam ſunt, ſine quibus dominium iſto modo acquiri non poteſt. Nam in primis oportet rem corporalem eſſe, cum incorporales traditionem non recipiant, velut ſeruitutes: ſed patientia in eis & vſus pro traditione babetur, l. ſeruus. §. incorporales. l. quoties ſupra, de ſeruit. & l. 3. ſupra de vſufruct. Secundo eius rei dominium tradentem eſſe oportet, vel procuratorem, cui libera negotiorum ſit adminiſtratio cõceſſa, l. qua ratione. §. hæ quoque. Etenim nemo id ius in alium transferre poteſt, quod ipſe non habet, l. traditio, hic. Itaque res, quæ in commercio hominum non ſunt, nequaquam alienari poſſunt, licet cum vniuerſitate tranſeant ad hæredem, & aliarum rerum alienationi plerunque accedant, l. 1. hic. l. 1. ſupra de fund. dot. & l. in modicis. de contrab. emp. Excipitur creditor, qui pignoris dominium transfert, quamuis ipſe non habuerit, l. non eſt nouum. 46. hic. Sed & bonæ fidei. 48. hic. Tertio voluntas domini transferendi neceſſaria eſt, dict. §. hæ quoque. vnde nuda traditio, quam vẽditio, aut alia iuſta cauſa minimè præceſſit, dominium non dicitur transferre, quod non præſumatur dominij transferendi voluntas eſſe, l. nunquam nuda. 31. hic. Quod multo magis erit dicendum, ſi ex cauſa depoſiti, aut commodati rem tradit, ex aliáve ſimili, qua ipſum nolle rei ſuæ dominio carere appareat, l. rei commodatæ. ſupra commoda. licet. 16. ſupra depoſiti. Inde etiam conſequitur eum, qui in corpore errans, tradiderit rem ſuam, non amittere, l. ſi procurator meus. 35. cum ſeq. hoc tit.

De perſonis.

CAP. XIIII.

IAm ad perſonas tranſeundum eſt, per quas nobis acquiritur dominium: ad quem locum pertinet titul. per quas perſonas nobis acquiritur, tam in C. quàm in Inſti. In hoc autem tractatu liberæ perſonæ, id eſt, quæ nullius poteſtati ſubiectæ ſunt, ab aliis diſtinguẽdæ ſunt. eáque diſtinctio certis regulis, velut cancellis quibuſdam concludi poteſt. Prima regula eſt, Per ſeruos noſtros, & filios noſtræ poteſtati ſubiectos, nobis etiam inuitis, & non conſentientibus acquiri, l. acquiritur. 10. & l. etiam. 32. Proinde ſi ſeruus fuerit communis, nihilominus omnibus dominis pro parte dominij acquiri, etiam ſi ex re alterius acquiſierit, l. communis ſeruus. quod adeo verum eſt, vt duob. dominis ſeruo communi rem tradentibus, alteri acquiratur ab altero, l. ſi duo. hic. ſecunda regula, Per ſeruuos hæreditarios hæreditati ipſi, non hæredi acquiritur. ea enim pro dominio habetur, & defuncti non hæredis perſonam ſuſtinet. & quod traditur ſeruo, ex perſona defuncti vires aſſumit, l. per hæreditarium, l. in eo. §. vlt. l. hęreditas. 34. & 61. Tertia regula, Per ſeruum alienum nihil nobis acquiritur, niſi in eo vſumfructum habeamus, aut bona fide eum poſſideamus: quibus caſibus id demum quod ex re noſtra aut opera ſua, quæ quodammodo res noſtra eſt, quæſierit, noſtrum eſt: etſi forte furtiuus is ſit, qui bona fide poſſidetur, l. acquiritur. l. ſi ſeruus meus. l. nemo ſeruum. l. qui bona fide. l. etiam furtiuus. l. quæſitum. l. ſeruus qui bona. l. fructuarius. leg. per ſeruum donatum. Itaque creditori nec poſſeſſio quidem per ſeruum pignori datum acquiritur, l. per ſeruum qui pignori. De theſauro inuento tractatum eſt, an opera ſerui quæſitus videatur. Et reſponſum eſt, ad dominum ſerui magis, quàm ad fructuarium pertinere quod non induſtria huius reperta res, ſed donum fortunæ ſit, l. ſi is qui in. 63. Quarta regula, Per liberam perſonam, quæ in poteſtate noſtra eſt, ciuiliter nihil acquiritur. idcirco ſi quis mihi eo nomine quicquam ſtipulatus ſit, nulla mihi eo nomine competit actio: quod eſt accipiendum niſi bona fide poſſideatur, quo caſu idem quod de ſeruo alieno dicendum eſt, l. acquiritur. l. liber homo. l. qui bona fide. l. quæſitum. & l. homo liber. Vltima regula, Poſſeſſionem aut dominium per tutorem procuratorem, aut aliam huiuſcemodi perſonã acquirimus. eſt enim acquirendi modus naturalis, qui ſolam apprehenſionem exigat, l. ea quæ. & & l. pen. hic. l. per procuratorem. C. de aq poſſeſ. l. 1. C. per quas perſon. l. traditio. §. vlt. hic. De his quæſtio eſt l. pupillus.

IN TIT. II.

DE ACQVIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

Quid ſit poſſeſſio.

CAP. I.

INter cæteras poſſeſſionis definitiones, quæ vulgo proditæ ſunt, vt ſimpliciſſima, ita longe veriſſima mihi Theophili definitio videtur in tit. de interd.

lib. Inſti. 4. Νομὴ δὲ σωματικοῦ πράγματος κατοχή. Poſſeſſio eſt rei corporalis detentio. Ac tametſi pleriq. non ſatis exactam eam eſſe putent: ſi quis tamen maioris cuiuſdam declarationis cauſa adiecerit, cui adfectus tenendi ineſt, aut his ſimilia, nihil in ea deſiderauerit.

Generis loco ponitur in definitione verbum κατοχή ſiue, detentio, quod late patet, & omnem tenendi poſſidendique rationem complectitur, l. 1. hic. Quod ſi quis obiiciat, cum à re poſſeſſa diſceditur, animo nihilominus retineri poſſeſſionem, neque tamen vllam detentionem videri, quia res corporaliter nõ tenetur: Reſpondeo, nullam poſſeſſionis cauſam eſſe cui hoc verbum, ſi rectè & commode intelligatur, optimè non conueniat. Cuius rei demõſtrandæ gratia ſciendum eſt, poſſeſſionẽ quandã eſſe, quæ naturalis ſiue corporalis, alterá quæ ciuilis vocetur, l. 2. §. quod vulgò. inf. pro hæredel. 1. §. deiicitur. inf. de vi & vi armata. Naturaliter dicitur poſſidere is qui corpore incũbit rei eo animo, vt vel ſuo, vel alieno nomine poſſideat, l. naturaliter. in quod genus poſſidẽdi nõ minus in ſeruũ quã in liberũ ptin. Q hominem cadit. leg. ſtipulatio iſta. §. hæc quoq. infr. de verbor. obl. Ciuiliter verò, qui cum rei nõ inſiſtat, iuris ciuilis tamen interpretatione eam tenere ac poſſidere intelligitur: veluti cum quis proficiſcitur ad nundinas nemine domi relicto, nihilominus eundem animum poſſidendi quem prius habuerat retinet, idq; vtilitatis cauſa receptum eſt, ne teſtudinis more perpetuo domi nos continere, aut ius noſtrum amittere cogamur, l. 3. §. ſaltus. l. clam poſſidere, §. qui ad nũdinas Eadẽ eſt eorũ ratio quorum coloni, procuratores, filij, ſerui, naturaliter ſeu corporaliter rẽ aliquã tenẽt ipſorũ nomine. Ciuiliter enim interpretatione hi poſſidere plerunque etiam ignorantes dicuntur, cum eorum nomine poſſideatur, l. 3. item acquirimus, & §. per procuratorem. leg. generaliter. l. quicquid. l. quod meo, in prin. l. ſi id quod. l. ſi quid pignoris. Quæ cum ita ſint poſſeſſionem ciuilem ſemper iuſtam eſſe oportet, quoniã ea iuris interpretatio non niſi ex iuſta cauſa fit. l. cum hæredes. & l. ſeq. Inde etiam illud conſequitur rem eandem ab vno naturaliter, ab altero ciuiliter poſſideri poſſe: quod de eodẽ genere poſſeſſionis dici non poteſt. l. 3. §. ex contrario. hic. l. ſi vt certo. §. duob. ſupr. cõmoda. Rurſus impugnari poteſt hæc diffinitio, quaſi ad eos quoque pertineat, qui damni infecti nomine à prætore in poſſeſſionem mittuntur, quos tamen veteres conſulti nequaquam poſſidere aiunt, l. 5 §. vlt. l. ſi quis ante. Verum huic obiectioni ita occurritur. Etſi naturaliter poſſideant, ſimpliciter tamen eos dici ſolitos non poſſidere. quia velut rei cuſtodes à prętore conſtituuntur: ideoque alieno nomine magis, quam ſuo tenẽt. Nam & eadem ratione vſufructuarius modo naturaliter poſſidere, modo non poſſidere abſolute dicitur, l. naturaliter. hic l. acquiruntur. hic. ſupra rit. prox. l. certè. infra de precario. l. Celſus. §. Iulianus. ſupra ad exhib. Cui magnopere conſentiunt verba hęc Theophil. tit. quib. modis tollit. obl. & tit. per quas perſonas. κρατεῖν μὲν φυσικῶς κατέχειν. νέμεσθαι δὲ τῇ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν. Id eſt, Tenere eſt naturaliter tenere. Poſſidere vero eſt dominantis animo detinere. Deinde adiicitur, Rei corporalis: quod res incorporales nõ poſſideri, ſed quaſi poſſideri dicãtur, l. 3. in princ. Atq; hinc iudicari poteſt, quàm recte Neoterici quidam Ælium Gellium ſecuti definierint poſſeſſionem, vſũ rei à iure ſeparatum eſſe. Ea ſiquidem definitio quaſi poſſeſſionem, quam à poſſeſſione diſcerni, rerumq; incorporalium vſum non detenſionem eſſe, &c. Theophilus ait, complectitur. Poſtrema verba loco differentiæ à nobis adiecta ſunt, vt oſtenderemus nudam detentionẽ ſine affectu & animo poſſidẽdi, vel ſibi vel alij, poſſeſſionem. l. 1. §. adipiſcimur. qui iure. Quod quemadmodum accipi debeat, paulo poſt explicabitur. Ceterum poſſeſſio omnis, aut iuſta, aut iniuſta eſt. Iniuſtę poſſeſſionis pleraque ſub hoc titulo exempla leguntur, ex quibus & quæ iuſta ſic cognoſci poteſt: veluti cum res in commercio hominum non eſt. Puta liber homo, res ſacra, aut religioſa, aut cuius alienatio aliqua ex cauſa legib. interdicta eſt, l. cũ hæredes & l. cũ vxor. Item cũ abſq; titulo ſeu cauſa legitima quis poſſidet. Cauſæ autem ſunt hæ fere, quæ à Paulo recenſẽtur pro emptore, pro donato, pro derelicto, & cęterę, de quibus ſuo loco fuſius. leg. 3. §. genera. Sed & ſi quis aut more magiſtratu poſſideat, iuſtam poſſidendi cauſam habere dubium non eſt, l. iuſte. Quare quod non derelictũ, ſed ex naufragio expulſum, vel ſalutis cauſa in mare proiectum eſt, poſſidetur iniuſtè: ideoque nec vſucapitur, l. interdum. § 1. Iniuſtus quoque poſſeſſor eſt, qui mala fide poſſidet, ſed bona fides initio ſufficit, nec eius perſeueratio eſt, l. ſi de eo. §. ſeruum. Non nocet etiam quod quis iam inde ab initio partẽ fundi alienam, ſiue pro diuiſo, ſiue pro indiuiſo eſſe ſciuerit, quominus aliam partem recte poſſideat, l. ſi quis fundum. Porro vitioſè poſſidet qui vi vel clam fundum ingreditur alienum. Et is prædo dicitur, qui rem à vero domino emptam propria inuadit auctoritate, non ab eo traditam nanciſcitur, l. ſi ex ſtipulatione. cum l. ſeq. l. fundum venditor.

Quemadmodum acquiratur poſſeſſio.

Cap. II.

Poſſeſſionem adipiſcimur corpore ſimul & animo, nec alterum ſufficit horum, l. 3. in princip. Proinde hæres, ad quem adita hæreditate omnia iura tranſeunt ſine apprehenſione, poſſeſſor non efficitur, Sed iuri Romano Gallicis moribus hac in parte nonnihil derogatum eſt. Hinc etiam veterum opinio improbata eſt, credentium theſaurum, quem quis in ſuo fundo eſſe ſciat, affectu ſolo poſſideri, l. 5. §. Neratius. Quod autem dictum eſt corpore, ſic accipimus, non vt poſſidere fundum volens, totum circumambulare cogatur, ſed quamlibet eius partem ingredi ſufficiat. dict. leg. 3. in princip. Quinetiam ſolo aſpectu, animóque quarundam rerum poſſeſſionem nanciſcimur; vt ſi venditor mihi fundum venditum ex edita turre demonſtret, vacuámque poſſeſſionem tradere dicat. l. 1. §. ſi iuſſerat. leg. quod meo. §. ſi venditorem. Sed nec refert proprio corpore, an alieno res apprehendatur: veluti per procuratorem, aut quamlibet miniſtrum, qui alteri operam ſuam accommodare velit, l. 1. §. per procuratorem. & l. quod meo. in princip. l. poſſeſſio. & quorundam. Per filium quoque in poteſtate conſtitutum acquiritur poſſeſſio. Item per ſeruum eúmque quem vt ſeruum bona fide poſſidemus, licet is, quem filium noſtrum eſſe credimus iſto errore ducti, nobis non acquirat, l. 1. §. per ſeruum. cum ſequent. l. per eum. Deinde quod dictum eſt, animo poſſeſſionem acquiri, ſic accipi oportet, vt qui ingreditur fundum, aut eum totum, aut certam eius partem, non incertam poſſidere velit, l. 3. §. 1. & l. locus. Ex quo colligitur furioſum, pupillum, municipum, aliarum tantum perſonarum miniſterio, non per ſe poſſeſſionem adipiſci poſſe. l. 1. §. adipiſcimur. & §. vltim. cum leg. ſequen. Item non poſſidere eum, qui alium pro alio fundũ per errorẽ ingreſſus ſit, l. ſi me in vacuã. An autem vt corpore ſic animo quoque alieno acquiratur poſſeſſio. tractari poteſt. Sed hoc dubitationem nõ habet, cum ignorantibus furioſis vel pupillis per alium

alium acquiri ſæpe dicatur , quos conſtat animum poſſidendi non habere, l. 1. §. item acquirimus. l. 3. §. faltus. l. peregrè. §. quæſitum. l. quamuis. §. infans. Animus quoque eius per quem acquirimus, omnino neceſſarius eſt. l. 1. §. ceterum. & §. hæc quæ.

Quemadmodum admittatur poſſeſſio.

Cap. III.

SOlo animo & affectu poſſeſſionem amitti, & ſi eodem modo non acquiratur, Paulus atque Vlpianus aiunt, l. 3. §. in amittenda. & l. ſi quis. in §. differentia. Cum igitur eo affectu careat furioſus, recedens de fundo, non deſinit poſſidere: idemque de pupillo reſponſum eſt. leg. ſi is qui animo. & leg. poſſeſſionem. Hinc etiam efficitur, poſſeſſionem amittere eum, qui rem poſſeſſam à domino conducit, quia locatoris nomine eam tenere videtur, niſi aliud actum eſſe appareat, l. qui bona fide. l. ſi aliquam. l. quod meo. in princip. Nec contrarium eſt iis, quæ iam diximus: quod idẽ Paulus non vno in loco ſcripſit, vt nulla poſſeſſio acquiri, niſi animo & corpore põt, ita nullam amitti niſi in qua vtrunque in contrarium actum eſt, leg. quemadmodum. hic. leg. fere. de regul. iuris. Nam ab eo, qui naturaliter incumbit poſſeſſioni, non animo eam amitti verũ eſt, quia ceſſante ciuili, quæ animo retinetur & amittitur, adhuc naturalis poſſeſſio manet, donec rem corporaliter occupare deſierit. Tametſi autẽ, vt plurimum animo poſſidentis amittatur poſſeſſio, id tamen non eſt perpetuum: ſed in pleriſque caſibus etiam inuiti poſſeſſionem amittimus, quos diſtinctione complecti conabimur. Nam ſi de immobilibus rebus quæratur, dicendum eſt eas, aut facto hominis, aut caſu aliquo deſinere poſſideri. Facto, vt ſi quis me per vim de fundo meo deiecerit, aut abſente me clam inuaſerit poſſeſſionem, neque præ timore accedere auſim, ſuſpicans ab eo repelli me poſſe, l. 3. §. ſi quis nuntiet. l. clam. § qui ad nundinas. l. poſſidere, cum ſequen. l. ſi id quod. §. vlt. & l. quod meo. §. vlt. Quo caſu interdicto vnde vi, recuperari poteſt poſſeſſio, l. ſi quis vim in princip. Idem iuris eſt, ſi colonus meus alij tradiderit poſſeſſionem, ſecus ſi de fundo tantum exierit, aut fundum ab alio conduxerit. Nam nec eo mortuo poſſeſſionem amitto, ſi non eam adipiſci neglexerim, l. 3. §. quod ſi ſeruus ſeruus. l. ſi colonus. l. peregre. §. vltim. l. quamuis. §. 2. ſi de eo. §. 1. Sed & ſi locus per elationem mortui religioſus effectus aut à prætore poſſideri iuſſus fuerit, amittitur poſſeſſio. l. qui vniuerſas.

Caſu, vt ſi flumen aut mare agrum occupauerit, l. 3. §. Labeo. l. qui vniuerſas. Hactenus de immobilibus. Non diſsimilis in mobilibus diſtinctio adhibetur, vt ſcilicet vel facto hominis, vel caſu eam poſſeſſionem amitti dicamus. Fact. hominis, puta ſi res ſurrepta, vel per vim erepta, præterquam ab eo, qui in noſtra ſit poteſtate, vel in aliam ſpeciem translata ſit. Aut depoſitarius, commodatariuſve cœperit eam ſibi poſſidere l. 3. §. ſi rem. l. rem quæ nobis. l. ſi quis rẽ. qui vniuerſas. l. ſi rem mobilem. Item ſi ſeruus pro libero ſe gerat, ac diu in libertate moretur, Spartaci illius exemplo, cuius apud Paulum & veteres rerum Romanarum ſcriptores crebra mentio eſt, l. 3. §. ſi ſeruus.

Caſu, vt ſi res deperdita, ac ſub noſtra cuſtodia eſſe deſierit, licet à nullo alio poſsideatur. Nam quod ſub noſtra cuſtodia adhuc eſt, non idcirco à nobis deſinit poſſideri, quod non ſtatim inueniatur ſiue quia in mentem non veniat, quo loco repoſuerimus: ſiue quia forte ceſſet diligens inquiſitio. Excipitur homo, quem omiſſa etiam ipſius cuſtodia poſſidemus, quia animo redeundi poſſeſſionẽ ſui dominus conſeruare poteſt, l. 3. §. Nerua. & l. Põponius. l. ſi id quod, in princ. l. peregre. & l. ſi rem mobilem.

De effectu poſſeſſionis.

Cap. IIII.

EFfectus poſſeſſionis vnus eſt, dominij tranſlatio, l. 1. qui non ſemper locum habet: ſed tunc demum cum interueniunt ea, de quibus abunde tractatum eſt ſupra titulo proximo. Poteſt enim fieri vt qui poſſeſſor ſit, dominus non ſit. & cõtra: vnde Vlpianus. Separata enim eſſe debet proprietas à poſſeſſione: & nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione. l. 1. infra vti poſſid. l. naturaliter. & l. nihil commune. l. exitus. & l. permiſceri. Quapropter is, qui rem vindicare cœpit, interdicto vti poſſidetis experiri nõ prohibetur, quia vno iudicio de proprietate, altero de poſſeſſione continetur. Nec nos mouere debet, quod vulgo dicitur, Vindicationem domino aduerſus poſſeſſorem competere: ideoque videri eum, qui vindicat rem, poſſeſſorem aduerſarium fateri, & ſic poſſeſſioni renuntiare. Nã poſſeſſori etiã aduerſus eum, qui rẽ tenet, puta colonum, commodatarium depoſitarium rei vindicatio datur. l. officium. ſupra de rei vindicat.

Alius poſſeſſionis effectus eſt, vſucap. quod de iuſta & ciuili eſt intelligendum, vt in ſequenti tractatu cõmodius demonſtrabitur. Ea vero quæ corporalis tantum eſt & iniuſta, non prodeſt ad vſucap. licet pleruoque interdictorum poſſeſſoriorum cauſa ſit: cum videlicet quis ſuo nomine non alieno rem tenet. l. 1. §. deiicitur. de vi & vi armata, l. 2. §. 3. vti poſſid. Sed animaduertendum eſt, cum quis longa poſſeſſione iuuari vult, acceſſionem temporis, quo poſſedit eius auctor, ei proficere, dummodo continuata non alio poſſidente interrupta fuerit poſſeſſio. Auctorem eum hic vocamus, à quo rem obtinemus, puta qui rem vendidit, donauit, in dotem dedit, emptam redhibuit, teſtamento reliquit, ſiue legati, ſiue inſtitutionis iure. Nec refert à te rem, an te vendente à ſeruo filióve tuo, aut tutore vel curatore acceperim. Ceterum ſicut vitioſæ & iniuſtæ poſſeſſioni non accedit iuſta: ita iuſtæ non poteſt iniuſta & vitioſa accedere. Is enim, qui aliquod adminiculum ex perſona auctoris quærit, vti eo cum ſua cauſa ſuiſque vitiis debet. Quæ omnia ab Vlpiano fuſius explicata breuiter & ſummatim perſtringere voluimus. vide l. Pomponius, vſque in fin. l. ſequens. hic & l. dolia. de contrah. emp.

In eundem Titulum

DE ACQVIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE EIVSDEM DVARENI ALTER COMMENTARIVS.

PRÆFATIO.

IN hoc profeſſionis noſtræ initio aliquis fortaſsis expectabit à nobis, vt de inſtituto noſtro dicamus. Verùm omnes opinor, intelligitis me velle incipere titulum de Aquir. vel amitt. poſſeſsione: qui titulus partẽ Iuris Ciuilis non modò vtiliſsimam verum, etiam obſcuriſsimã continet. Res eſt vtilis admodum, vt quidam hic præfantur, cùm vbique locorum, tum maximè in Gallia noſtra, in qua frequentiſsimæ ſunt controuerſiæ de poſſeſsione in iudiciis: nec quiſquam eſt in foro verſatus, qui de eo dubitet. Difficultas non tam in verbis ipſis, quàm in rebus verſatur, in quibus mira deprehenditur ſubtilitas Sed dabimus operam, vt quo ſubtiliora hæc ſunt, eo dilucidius, popularius & craſsius à nobis tractentur, efficiemúſque, Deo iuuante, vt ij etiam, qui non valde acuti ſunt, ſi modò ſe attentos præbeant, & aſsiduos, difficilem hanc rem quoque adſequantur.

Ad l.1. poſſeſſio appellata eſt.

INCIPIEMVS à declaratione vocabulorum: & in primis docebimus, quid ſit poſſeſſio. Princeps hic occurrit quæſtio de poſſeſſione: quid ſit poſſeſſio. Homonymia hic eſt. Variam ſignificationem habet poſſeſſio. Sed quærimus quid ſignificet in hoc tractatu, de acquir. vel amitt. poſſeſſione. Conati ſunt alij variis modis definire poſſeſſionem, ſed nimis profectò ſcrupuloſi fuerunt. plerique in his definitionib. contra morem veterum inciderunt in hoc vitium, quod Galenus φιλαλυ'σιαν vocat, quaſi libidinem & nimium amorem in definiendo. Hi longiſſime receſſerũt à more & exemplo veterum Iuriſconſultorum. Paulus hic contentus fuit etymo verbi & nuda aliqua deſcriptione rei, de qua agitur. *Poſseſsio, inquit, appellata eſt.* Hanc ſimplicitatem ſecutus eſt Theophil. in Inſtit. tit. de interdict. Nam Theophil. in eo loco definit poſſeſſionem, rei corporalis detentionem. Nós autem vt moroſioribus ſatisfaceremus, addidimus aliàs quædam verba definitioni Theophili de affectione & animo eius, qui poſsidet. c.18 lib.1. Anniuer. diſp. ſic definiuimus: Poſſeſsio eſt rei corporalis detentio, cui affectus & opinio domini, vel proprio, vel alieno nomine tenẽdi ineſt. Hæc definitio, vt mox à nobis explicabitur, naturam poſſeſsionis facile demonſtrat, & ſi forte in ea aliquid deſideretur. Nam difficile eſt propria verba referre in definiendo, quæ nemo cauillari poſſit. Expendenda igitur ſunt ſingula verba huius definitionis, in primis dicitur detentio: & hoc verbum in definitione poſſeſſionis generis locum obtinet. Latius enim patet tenere, quam poſsidere, vt patet ex l.1. hic. & §. adipiſcitur. Furioſus & pupillus non poſſunt poſſidere, quãuis teneant rem. Idem dicitur alibi de ſeruo, l. ſtipulatio iſta. §. plane. de verb. oblig. Tenere autem hic accipimus, aut corpore, aut re, aut interpretatione iuris. Intelligitur interpretatione iuris aliquis rem aliquam tenere, quamuis ei corpore non inſiſtat. Exempla ſunt in l.3. §. ſaltus, hic. l. clam poſſidere. §. qui ad nundinas. & aliis ſimilib. Vt quis poſſideat domum aliquam ſuam, non eſt neceſſe perpetuo morari in ea domo, vt non poſſit ab ea recedere. Nam valde abſurdum eſſet, cùm quis mouet pedem à domo ſua, eum ſtatim eius poſſeſſionem amittere. Habetur ergo pro tenente vtilitatis cauſa, quamuis corpore rem appprehendere deſierit. Atque ita tenere verbum accipitur in hac definitione. Hinc orta eſt diuiſio poſſeſſionis in naturalem & ciuilem, vt dicemus. Naturalis poſſeſſio dicitur, quæ naturaliter fit. Alij in definiẽdo malunt poſſeſſionem, ius dicere quàm detentionem, neque id abſurde definiunt poſſeſſionem, ius eſſe inſiſtendi rei. Sed nos hic Paulum & Theophilum ſecuti ſumus. Paulus vocat detentionem, vt Theoph. Sed an poſſeſſio ſit iuris, an facti, poſtea videbimus. Eſt quæſtio vulgo agitata, quæ à nobis decidetur. Sequitur in definitione, *rei*. Hoc de re corporali intelligendum, quia res incorporalis non poſſidetur rei corporalis aliquis eſt vſus exempli gratia, Nos ſeruitute vtimur, via, aquæ ductu, ſed hæc iure non poſſidemus. l.3. §. dare. de vſufr. Huic ſimile eſt, quod dicitur in l. ſeruus. §. incorporales. de acq. rer. domi. Vnde diſtinguitur poſſeſſio à quaſi poſſeſſione in l. quoties. 20. de ſeruit. Quaſi poſſeſſionem dicit Iuriconſ. cùm loquitur de ſeruitut. interdicta velut poſſeſſoria comparata ſunt pro ſeruitutibus. Hoc autem eo non pertinet, vt negemus poſſeſſionem vſum eſſe, vſum fundi poſſeſſionem eſſe aiunt Iuriſc. Sed præſtat hic verbis vt in definitione, quæ ſeparant poſſeſſionem à quaſi poſſeſſione. Sequitur in definit. *Cui affectus tenendi*. His verbis admonemur nudam rei tentionem poſſeſſionem non eſſe. exempla ſunt in d.l.1. §. adipiſcimur. in l. 41. qui iure. hic. Nihil vetat furioſum rem manu apprehendere, non ideo ea dicitur poſſeſſio, quia deeſt animus poſſidendi, non eſt hæc eius voluntas, cum furioſus ingreditur domum aliquam, vt eam poſſideat. Hanc differentiam poſſeſſionis & detentionis obſeruaui apud Theophil. duobus in locis. Vnus eſt in tit. de per quas perſ. nob. acquir. Similis locus eſt in leg. ſi ſeruus. §. 1. de noxa. act. de eo, qui pignori rem tenet, an teneatur actione noxali, & dicitur non teneri, qui & iuſte poſſideat, opinione tamen domini non poſſidet. Alius locus obſeruatione dignus eſt in l. vlt. de itin. actúq; pri. interdictũ de itinere actúque priuato datur ei, qui quaſi poſſidet illud ius. Vnde ſi quis cõmeauit, inquit, nõ tanquam ſuo iure id faceret, hoc interdictum ei non competit, ſine hoc animo poſſidendi non eſt poſſeſſio. Sequitur in definitione, *Proprio nomine vel alieno, &c.* Hoc eſt adiectum à nobis propter colonum, commodatariũ & alios huiuſmodi, qui poſſident naturaliter corpore & animo, non tamen ſuo nomine, ſed alieno potius. De vſufructuario locus eſt in l. naturaliter. de aliis omnibus, vt depoſitario. commodatario, colono, locus eſt in l.3. §. ſi rem. & §§. ſeq.

Digitized by Google

ſeq. Sed quomodo naturaliter poſſidere dicũtur, nõ videntur poſſidere animo domini. imo poſſidenı nomine domini: poſſident mihi qui dominus ſum. Sed hic reperitur antinomia ex l. acquiritur. 10. §. vl. de acq. rer. dom. Vbi dicitur hos non poſſidere. l. certè. 6. §. is qui rogauit. de precario. Fructuarius, inquit, inquilinus, colonus, non poſſident. Idem dicitur de vſufructuario in l. Celſus. 5. §. Iulianus. ad exhib. Idem in l. officium. de rei vind. De hac antinomia nos plenius dicturi ſumus alio in loco, ſed interim breuiter notandum eſt ſchema hic eſſe. Cum Iuriſconſ. dicunt vſufructuarium, colonum & alios huiuſmodi, non poſſidere: ideo dicuntur non poſſidere, quia non ſibi, ſed alij poſſident, non habentur pro poſſeſſoribus. Ratio exigit, vt is, cuius nomine poſſidetur, dicatur poſſidere. l. quod meo. 18. hic. Dominus poſſidet miniſterio coloni, colono ſuo velut inſtrumento quodam vtitur in poſſeſſione. Sic proprietarius poſſidet per vſufructuarium, & ſic poteſt intelligi, quod dicitur de eo, qui miſſus eſt in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa. l. 10. ſi quis. & l. 3. §. qui autem. Sed ideo dicuntur non poſſidere, quia non ſibi, ſed alij poſſident. Sed quæſtio eſt de verbis tantum, quæ inutilis eſt: ſufficit rem intelligere.

Nunc videndum eſt de poſſeſſione naturali & ciuili. Poſſeſſio, quæ iam à nobis definita eſt, ſolet diuidi in naturalem & ciuilem. Dubitatio hic eſt, & magna quæſtio: An ſit diuiſio generis in ſpecies. Nam alij generalitates malũı eſſe. Sed parũ refert, an ſpecies dicamus eſſe an generalitates. Nos Cõſtãtinum Imperatorem hic ſequemur, & dicemus poſſidendi duplicem eſſe rationẽ, vt vitetur hæc λογομαχία. l. nemo. 10. C. hoc tit. Poſſeſſionis igitur duplex eſt ratio: vna eſt, quæ dicitur naturalis, altera quæ ciuilis. Et hæc diuiſio multis in locis traditur: vt in l. 1. §. deiicitur. de vi & vi arma. & l. 2. §. quod vulgo, pro hærede. Cognitio autem ac diſtinctio vtriuſque colligi poteſt ex reſcripto Conſtantini, cuius iam meminimus, l. nemo. & ciuilis poſſeſſio dicitur à iure ciuili. Alia quæ in iure conſiſtit, Naturalis poſſeſſio dicitur ab apprehenſione naturali. Nihil enim magis eſt naturale quàm illa apprehenſio. Ciuilia poſſeſſio dicitur à iure ciuili, quia plerunque non ſufficit corporalis apprehenſio ad poſſeſſionem ſine iuris ciuilis auxilio, & plerunque etiam ſine illa apprehenſione dicitur quis poſſidere. Hoc non poteſt accidere niſi propter iuris ciuilis conſtitutionem, vnde à iure ciuili dicitur ciuilis poſſeſſio. Argumento eſt, quod dicitur in l. ſi enim. de donat. inter vir. & vxo. Maritus emit rem aliquam ab alio, & iuſſit venditori, vt eam traderet vxori: certum eſt dominium nõ transferri in vxorem, quia lege prohibita eſt donatio inter cõiuges. Sed an poſſit transferri in mulierẽ poſſeſſio, quęritur. Transfertur quidem naturalis poſſeſſio, non autẽ ciuilis, quę eſt ex iure ciuili. Hę autem poſſeſſiones modo coniunctæ reperiuntur, modo ſeparatæ. Cum quis corpore inſiſtit rei & iuſta eſt poſſeſſio, dicitur poſſidere & naturaliter & ciuiliter. Naturaliter propter naturalem occupationem, & apprehenſionem: ciuiliter propter approbationem iuris ciuilis: quia poſſeſſio nõ eſt violenta, non eſt clandeſtina. l. naturaliter. §. nihil commune. infra. eo. Naturalis aliquando reperitur ſine ciuili, vt cum quis poſſidet, ſed poſſeſſio iniuſta eſt, vt in exẽplo d. l. ſi eum qui de donat. inter vir. & vxo. Cũ res contra ius ciuile donata ſit, non poteſt dici probari iure ciuili ea poſſeſſio. Aliquando ciuilis ſola eſt ſine naturali. Vtilitatis cauſa comparatum eſt, vt quis intelligatur poſſidere, vt in l. 3. §. ſaltus. l. clam poſſidere. §. qui ad nundinas. Hęc de diuiſione naturalis & ciuilis poſſeſſionis, quæ omnia latius explicabuntur in ſingulis quæſtionibus. Et ex his, quæ diximus, naſcitur quæſtio vulgo agitatã an poſſeſſio ſit ius, an factũ: vel an ſit iuris an facti: hęc quęſtio inutilis non eſt, ſed maxime prodeſt ad explicationem diuiſionis ſuperioris. Variæ autem hic reperiuntur opiniones. Alij dicunt ius eſſe, alij factum. Ac in primis certum eſt ius aliquod naſci ex poſſeſſione: exempli gratia, ex poſſeſſione naſcitur dominij translatio. l. traditionibus. C. de pact. & §. per traditionem. Inſtit. de rerum diuiſ. Si quis ex cauſa venditionis, vel alia huiuſmodi tradiderit alicui rem aliquam, ex ea traditione acquirit ciua rei dominium. & hic mos acquirendi dominij vetuſtus eſt, & maximè naturalis. Vt Vlpian. docet in nono c. huius titul. in princip. *Dominiumque rerum, &c.* Hinc Feſtus Pomponius ait poſſeſſiones dici agros, quod olim non mancipatione, ſed vſu & occupatione fierent: & frequẽtius idem apud Ciceronem, & alios. C. eod. pertinet quod dicitur in leg. interdum. de verborum ſigni. Interdum poſſeſſio proprietatem ſignificat. Præterea ex poſſeſſione naſcitur vſucapio ex longa poſſeſſione. l. 3. infr. de vſucapion. *Vſucapio*, inquit, *eſt, &c. etiamſi ea cauſa idonea non ſit ad dominium transferendum, tamen longa poſſeſſione acquiritur dominium.* & ideo dicitur vſucapio eſſe, quis vſu acquiritur. Eſt adiectio dominij, & fortè ita legendum eſſet ex Inſtitutionibus Vlpian. Præterea fructuum acquiſitio ex poſſeſſione naſcitur. l. bonæ fidei. de acquirendo rerum dominio. Sic videlicet ex poſſeſſione ius aliquod naſcitur, vt in leg. ſi fundum. §. ſi quis metu. de damno infecto. Si quis ex cauſa damni infecti miſſus ſit in poſſeſſionem, ius habet, & ſi deceſſerit de poſſeſſione, ius ſuum retinet: & dubium non eſt, quin habeat ius pignoris. At pignus ius eſt. Sed aliud eſt poſſeſſionis ius eſſe, aliud ex poſſeſſione ius naſci, ſicut contractus dicuntur facti eſſe, emere, vendere, locare, conducere facti ſunt, l. conſilio. de curat. furio. & tamen ex his contractibus naſcitur obligatio. Obligatio eſt ius: Actio naſcitur: Actio eſt ius proſequẽdi. Sed quæſtio noſtra eſt, non an ex poſſeſſione ius oriatur, ſed an poſſeſſio ſit ius an potius factum. In hac quæſtione breuiter recitabo quicquid ab vtraque parte adducitur tam ab his qui contendunt ius eſſe, quàm ab aliis, qui dicunt eſſe factum. In primis factum eſſe oſtendam his argumentis. Primum argumentum eſt, quod poſſeſſio eſt detentio, κατοχὴν I.C. vocant. Nemo dubitat, quin detentio facti ſit. Ergo poſſeſſio dicenda eſt facti eſſe, non iuris. Si quis dicat concurrere animum cum corpore, & animum iuris eſſe, vt plerique ſentiunt, ego dico vtrunque eſſe facti, non tantum corpus, ſed etiam animum velle facti eſt, ea voluntas non eſt iuris. Qui putant iuris eſſe ſumunt argumentum ex l. pro hærede. de acquiren. hæred. Pro hærede ſe gerere non tam facti eſt, quam animi. Hic Iuriconſult. diſtinguit factum ab animo. Animus igitur facti non eſt. Sed hoc argumentum ſophiſticum eſt meo iudicio. Ego ſcio factum aliquando opponi animo, cum loquimur de facto extraneo: tunc illud animus non dicitur: pro hærede gerere non eſt tam facti quam animi: pro hęrede gerere, eſt velle hæredem eſſe. Sed oportet illam voluntatem declarari facto extraneo. Nam de animo iudicare non poſſumus, niſi facto aliquo declaretur. Et cum animus opponitur iuri, dicitur quæſtio voluntatis. Quæſtio facti & voluntatis diſtinguitur à quæſtione iuris. Ego ſcio eſſe, qui contra ſentiant, quorum argumenta nos ſuo loco diluemus. Secundum argumentum eſt, quia Iuriconſulti vocant poſſeſſionem vſum. l. quæſtio. de verborum ſignificat. vſus rei factum eſt. vti re aliqua hoc facere eſt, leg. viæ. de ſeruitut. Cum quis it per fundum, dicitur vti. Ego ſcio homonymiam hic eſſe, & vſum accipi pro iure vtendi. Tertium argumentum eſt. I.C. diſtinguunt iura à poſſeſſione in leg. cũ hæredes. 23. hic. Ergo poſſeſſio ius non eſt, & valde ineptum eſt, quod qui-

vllo facto meo, id eſt, ſine corpore & animo meo. Id oſtendit Iuriſconſultus, cum ait, acquiri ignoranti. Poſſeſſio igitur habet plurimum iuris: plurimum hic poteſt iuris auctoritas, poteſt lex efficere, vt ſine vlla apprehenſione quis poſſeſſor conſtituatur. Cum igitur velit lex hoc caſu acquiri poſſeſſionem, conſequens eſt plurimum iuris habere. Poſſeſſio acquiritur corpore & animo alieno, interuenit quidem corporis apprehenſio & animus eius, ſed aliena hæc ſunt. §. item acquirimus. l. peregre. hoc tit. Eſt & apud nos vſitata poſſeſſio, quæ ſine vllo facto, aut etiam animo transfertur iuris auctoritate: & fuit incognita veteribus Iuriſconſul. ſed moribus noſtris eſt receptiſſima. Hæres moribus noſtris, mortuo eo cui hæres extitit, ſtatim acquirit poſſeſſionem rerum hæreditariarum. Iure Romano ſtatim quidem acquirit dominium rerum hæreditariarum, poſſeſſionem autem non acquirit. l. cum heredes. ver. *Le mort ſaiſit le vif.* Sed quomodo hoc accipiendum ſit nos dicemus in interpretatione dict. l. cũ hæredes. infra. igitur poſſeſſio non tantum facti eſt, ſed etiam iuris. poſſeſſio partim facti eſt, partim etiam iuris. Vnde fit, vt leges, quæ loquuntur de poſſeſſione, modo de poſſeſſione, quæ facti eſt, modo de poſſeſſione, quæ iuris eſt, intelligantur, vt res exigit, & facilius eſt id exemplis demonſtrare, quam in vniuerſum definire. ego id exemplis oſtendam, quæ à nobis iam adducta ſunt. Cum dicimus ſeruum poſſidere, & nõ poſſidere, hic diſtinctione opus eſt. ne videantur hæc pugnantia, diſtinguenda eſt poſſeſſio facti à poſſeſſione iuris. Nã ſi de poſſeſſione iuris loquamur, dicitur ſeruus non poſſidere: Si vero de poſſeſſione quæ facti eſt, ſeruus poſſidere dicitur. l. ſtipulatio iſta §. hęc quoque. de verb. oblig. Poſſeſſionem, quę iuris eſt, ſeruus habere non poteſt, atq; ideo non vſucapiet ſeruus: ſed rem corporaliter apprehendere poteſt. Tenemus etiam ſine affectu poſſidendi: Poſſidemus cum affectu, cum animo tenendi. Sic pupillus dicitur poſſidere non poſſe ſine tutore ſuo. Dicitur etiã poſſidere. l. 1. §. pupillus. hoc tit. Hæc duo ſufficiunt ad poſſeſſionem, quæ dicitur facti eſſe: Apprehendere corporaliter & intellectu. Aliud exemplum eſt in l. poſſeſſionem 29. hic. Cum quæritur, an pupillus poſſit amittere poſſeſſionem ſine tutore. Poſſeſſionem, quæ iuris eſt, non poteſt amittere pupillus ſine tutore ſuo. Poſſeſſionem, quę facti eſt, poteſt: Si ambulet, ſi eat pupillus per aliquem locum ſine tutore, põt deſinere ire. quia hoc facti eſt: ergo in poſſeſſione, quæ facti eſt, idem dicendum eſt: in iis tantum, quæ ſunt iuris, neceſſaria eſt tutoris auctoritas. Aliud exemplum eſt in l. 1. §. ſi vir. Nos dicimus ex contractu legibus vetito poſſeſſionem transferri, dicimus etiam ex eodem cõtractu poſſeſſionem non transferri. Vtrumque verum eſt diſtinguendo poſſeſſionem, quæ facti eſt ab ea, quæ iuris eſt. Si loquamur de poſſeſſione, quę facti eſt, lex quæ prohibet donationem inter virum & vxorẽ, non poteſt facere quin poſſeſſio, quæ facti eſt, transferatur in vxorem, quia nullo iure ciuili factum infirmari poteſt. Sed poſſeſſio, quæ iuris eſt, non transfertur, ideoque mulier non poteſt vſucapere ex eo contractu legib. prohibito, quia poſſeſſio, quæ ciuilis eſt, neceſſaria eſt ad vſucapionem. Aliud exemplũ eſt in l. locus. Cũ quęritur an quis poſſidere poſſit pro parte, diſtinguenda eſt poſſeſſio iuris à poſſeſſione facti: quia ſi de poſſeſſione iuris loquamur, poſſidere põt pro parte indiuiſa: Si vero de poſſeſſione, quæ facti eſt loquamur, non poteſt poſſidere pro parte, pro indiuiſo. Non poſſum inſiſtere fundo communi corpore, quin in totũ inſiſtam. Nam pars mea à tua non ſeparatur iuris intellectu, diuiditur tantum hæc poſſeſſio, quæ iuris eſt. Aliud exemplum eſt in dict. leg. denique. ex quibus cauſis maio. vbi dicitur poſſeſſionem non contineri poſtliminio, quia facti eſt. Cum quæritur, an poſſeſſio contineatur iure poſtliminij, quo recuperat is, qui captus eſt ab hoſtibus, quæ amiſerat propter captiuitatem. Diſtinguendum eſt ius à facto. Poſſeſſio quæ facti eſt, certum eſt eam ei non reſtitui, vt expreſſum eſt in d. l. denique. Poſtliminium pertinet tãtum ad ea, quæ iuris ſunt. Poſtliminio reſtituitur libertas, ciuitas, dominium, obligatio, patria poteſtas & alia huiuſmodi, de quibus in l. poſtliminium. de cap. & poſtl. reuer. Factum igitur ad ius poſtliminij non pertinet propter captiuitatem ipſam. non fingitur factũ eſſe quod non factum eſt. Hoc eſt quod dicitur ius poſtliminij ad facta non pertinere. Ego rudi exemplo id oſtendam, ſi is qui captus eſt ab hoſtibus ædificaturus forte erat domum, ſi captus non fuiſſet, eo reuerſo ab hoſtibus recuperat omnia iura quæ amiſit, ſed non fingitur ædificaſſe domum quam non ædificauit. Nõ fingitur etiam rem tenuiſſe, quã non apprehendit, etſi forte eam apprehenſurus erat, ſi captus non fuiſſet. De naturali poſſeſſione tantum non eſt magna dubitatio in hac re, ſed dubitari poteſt de poſſeſſione ciuili quam animo retinemus: an ea poſſeſſio reſtituatur iure poſtliminij. Is qui captus eſt ab hoſtibus poſſidebat animo tantum, is redit ab hoſtibus: quæritur an recuperet eam poſſeſſionem ciuilem: & in primis dubium non eſt, quin ea poſſeſſio amittatur. l. cum hęredes. hic. & l. homo liber de acquir. rerum dom. De corporali etiam certum eſt, nam corpore abeſt, amiſit ciuitatem: & qui amiſit ciuitatem, omnia iura ciuilia amiſit. Certum igitur eſt omnem eum poſſeſſionem amittere, & naturalem ei non reſtitui. In l. cum hæredes. dicitur opus eſſe noua apprehenſione poſtquam reuerſus eſt ab hoſtibus. Sed dixerit aliquis, Cur ei ciuilis poſſeſſio non reſtituitur ſicut dominium: cum hæc poſſeſſio ciuilis ſit iuris, ſicut dominium? Reſpon. quamuis in hac poſſeſſione aliquid iuris ſit, aliquid tamen facti quoque eſſe. In ciuili poſſeſſione, quæ retinetur animo, aliquid etiã facti eſt. Imo voluntas ipſa facti eſt, quia voluntate cõcurrẽte iuris ſubſidio dicitur poſſeſſio retineri. At non videtur animum habere poſſidendi is qui ab hoſtibus captus eſt. Animum poſſidendi non retinet, ideoque quicquid facti eſt, amittit: & animus ille, qui etiam facti eſt, ei non reſtituitur. Quod autem non habeat animum poſſidendi probari poteſt ex variis locis huius tit. ex l. 3. §. ſi quis nũtiet. & §. Labeo. l. ſi id quod meo. §. vl. Id ex iam dictis efficitur. Quoties neque corpore, neque animo opus eſt eius, qui captus eſt ab hoſtibus ad retinendam poſſeſſionẽ, ei reſtituit eam poſſeſſionem. Examplum vnum aſt huius poſſeſſionis in leg. in bello. §. facti. de cap. & poſ. reuer. & in l. ſi is qui pro emptore. 15. de vſucap. Poſtremum exemplum aſt in leg. 1. §. Sæuola. Si quis teſtamento liber. vbi quæritur, an hæreditatis poſſeſſio acquiratur poſt mortem defuncti: ante aditionem iacet hæreditas, quæ dicitur repræſentare perſonã defuncti. l. mortuo. de fideiuſſor. Et fictione quadã & interpretatione iuris habetur pro perſona quadã. Quęritur igitur an poſſideat? Iuriſcõſ. ait hęreditatẽ nõ poſſidere, quia poſſeſſio facti eſt & animi, vbi eſt opus apprehẽſione corporali, animo, volũtate: hęc nõ cõueniũt hęreditati, quę nõ poteſt quicquã velle: At quę iuris ſũt, hęreditati cõueniũt, vt dominiũ, obligationes retinẽtur iacẽte hęreditate. Sed ſi loquamur de poſſeſſione, quę plurimũ iuris habet, vt cũ ſeru' aliquid tenet ex re peculiari, aliud dicendum eſt. l. iuſto. §. nondum. de vſucap. Et hinc cognoſcitur differentia poſſeſſionis & bonorum poſſeſſionis. Bonorum poſſeſſio iuris ciuilis eſt omnino, quædam eſt hæreditas. leg. hæreditas de pet. hæred. Oſten-

taneis ducibus donauit, ita ſi liberi eorũ militarent, nec vnquam ad priuatos redirent, credens eos attentius militaturos eſſe ſi defenderent iura ſibi à principe donata. Et ſic accipiendum eſt quod dicitur in leg. Item ſi verberatum. 15. §. 2. de rei vend. & quod dicitur in l. Lucius. 11. de euictio. vbi loquitur Iuriſconſultus de agro militibus aſſignato. Cum ager eſt militibus aſsignatus modico honoris cauſa conceſſo, non eſt hoc accipiendum, vt quidam interpretantur, de agris priuatorum hominũ, quos princeps eis auferre poſsit, & militibus aſſignare, modico honoris cauſa accepto. Hoc enim tyrannicum eſset & iniquum. Sed intelligendum eſt de agris captis ab hoſtibus, veluti à Germanis, de quibus in dict. leg. Lucius. §. 1. de euict. Et hic videtur origo fuiſſe militarium beneficiorum quæ feuda dicuntur. Hæc de rebus ſoli. Videamus nunc de rebus mobilibus. Mobilia quæ capta ſunt ab hoſtib. dicũtur eſse in præda. Et ſic accipio quod dicitur in dict. l. ſi quid in bello. 28. de capti. De agro, de ſe ſoli, quo minus id accipiatur, vetat lex, ſi captiuus. Cod. eod. Militaris tamen diſciplina exigit vt huius prædæ fiat diuiſio inter milites à duce belli pro cuiuſque merito. Id ſumitur ex leg. ſi quis pro ſedem. Cod. de donat. vbi Imperator ait in donatione neceſsariam eſse inſinuationem, prǽterquã in quibuſdam cauſis, veluti in donatione facta pro redemptione captiuorum, vel prǽda diuidenda inter milites, & hoc in militibus Romanis olim præcipuo obſeruatum fuit, vt prǽda ita diſtribueretur militibus ducis arbitrio. Adduci ſolet locus ex iure Põtificio ex ca. Ius militare, diſtin. 1. Plerunque reperitur fiſco acquiri hanc prædam, vt in leg. Diuus. de iure fiſci. Et huc pertinet quod dicitur in leg. 15. qui prædam. ad leg. Iul. pecul. Peculatus eſt furtũ pecuniæ publicæ, qui ergo ſubripiendo prædam tenetur peculatus, fit ideo quia præda publica eſt. Atque ita intelligenda ſunt quæ Paul. dicit de his quæ capta ſunt ab hoſtibus. De his autem quæ quis hoſti ſurripuit, non in iuſto bello, non in acie, puto ſine vlla diſtinctione earum rerum dominiũ acquiri capienti: id ſæpe accidit inter finitimos, vt inter Picardos & Flandros. Et de his intelligi etiam poteſt quod hic dicitur à Paulo. Bello capto eſſe dicuntur etiam ea quæ capta ſunt tempore belli, bello iam indicto à principe. Ex iam dictis naſcitur quæſtio vulgo agitata de rebus quæ ab hoſtibus captæ ſunt & poſtea recuperatæ. Quæritur an huiuſmodi res ſint in præda, an vero veteri domino reſtitui debeant. Exempli gratia, Galli aliquid eripuerunt à Cæſareanis, illud ſtatim recuperatum eſt, vetus poſſeſſor id vindicare vult. Fiſcus contra id ſibi vendicat, vel milites dicunt id in præda eſſe, captum enim eſt in bello. Ego tamen exiſtimo iure ciuili res ab hoſtibus recuperatas veteribus dominis & poſſeſſoribus reſtituendas eſſe. Id mihi videtur expreſſum eſse duobus in locis. Vnus eſt in l. ſi captiuus. 20. §. Expulſis. de cap. *Expulſis hoſtibus*, inquit, *ex agris quos ceperunt, dominia eorum agrorum ad priores dominos redeunt.* Alius ſimilis locus eſt in l. ab hoſtib. 12. C. eo. ti. de cap. Quidam captus ab hoſtibus effectus eſt ſeruus hoſtium, deinde militum noſtrorum virtute is ab hoſtibus ereptus eſt: quæritur an ſit factus capiẽtis. Capti hoſtes in bello capientis fiunt iure Romano, quod tamen hodie non obſeruatur. Eccleſiæ Chriſtianæ ciues omnes intelliguntur. Ideo bella ciuilia eſse dicuntur quæ geruntur inter principes Chriſtianos, in bello autem ciuili capti non fiunt capientis. dict. l. 12. §. vltim. de capt. Sed tamen in bello quod ciuile non eſt captus ab hoſtibus ſubiicitur dominio capientis. Vnde videtur dicendum hunc qui fuit captus ab hoſtibus & recuperatus, ſubiici dominio eius qui eum recuperauit, ſed aliud in ſeruis eſt. Etiam ſerui capti reſtituuntur dominis ſuis. Subiicit Iuriſconſultus. *Receptos enim eos non captos iudicare debemus, & milites noſtros defenſores eorum, non dominos eſſe, decet.* Alij diſtinguunt an ex interuallo an ſtatim res capta ab hoſtibus erepta & recuperata fuerit, argumento l. 3. § eum igitur. de vi & vi arm. Mihi autem videtur nullus locus relictus eſse argumentis iure perſpicuo. ex dic. leg. ab hoſtibus, & leg. ſi captiuus. §. expulſis. ius apertum eſse puto. Ideoque nihil intereſt an ex interuallo, an ſtatim dominium earum rerum recuperetur: ſeruanda tamen eſt conſuetudo in quibus locis ſeruata eſt contraria: Conſtitutio eſt ducis Mediolanenſis quæ vult vt ſi res pernoctauerit apud hoſtes, ea non reſtituatur veteri domino, veteri poſseſsori contra: conſtitutionem autor vulgaris diſtinctionis videtur ſecut⁹ eſse. Sequitur, *Inſula in mari enata.* Fit etiã occupãtis ĩſula ĩ mari nata. l. adeo, de acq. rer. domi. Alia cauſa eſt ĩſulę quę naſcitur ĩ flumine, nõ in mari, de qua diximus aliquãdo fuſi⁹ ſub tit. de acq. rer. domi. *Gẽma lapilli, &c.* Hic etiã aliud exẽplũ eſt earũ rerũ quarũ dominiũ nobis acquiritur ſola apprehẽſione, exẽplo illi⁹ veteris occupationis, de qua iã diximus: quomodo hęc differãt videte ſub tit. de auro & argẽto, legato. le. & ſi nõ ſint. Idẽ dicitur ĩ Inſtit. § itẽ lapilli, de rer. diu. Niſi quod Iuſtin. ait inuẽtoris eſſe eas res. Et ſolet quęri an ei qui ĩuenerit, qui cõſpexerit aut gẽmas aut lapillos, et ſi poſseſsionẽ earũ rerũ nact⁹ nõ ſit, an earũ dominiũ ipſi acquiſitũ eſse intelligatur. Nã dicit, *Et qui inuenerit.* nõ dicit. *Et qui occupauerit.* Paulus tñ ait eius fieri qui prim⁹ poſseſsionẽ earũ nactus fuerit. Et puto eod. ſẽſu accipiẽdũ eſse quod Iuſtinia. ait ĩ Inſtit. Nã *Inuenire*, etiã apud Latinos ſignificat aliquid nãciſci & apprehẽdere. Et puto hoc verbũ ita ĩtelligẽdũ apud Iuſtinianũ, cũ ait, *Et qui inuenerit &c.* Inuenire verbũ ad apprehẽſionẽ refertur, & eſt ĩſignis locus in. l. 13. Si Barſatorẽ. C. de fideiuſsor. Si quis aliquẽ reũ ĩuenire promiſerit: ſi quis tãquã ĩterceſsor aut fideiuſsor promiſerit aliquẽ ĩuenire, is ĩtelligitur obligat⁹ eſse ad eũ exhibẽdũ ĩ iudicio: videtur hic verbis promiſiſſe apprehẽſurũ illũ & exhibiturũ ĩ iudicio. Et hoc etiã producitur ad alia: vt ſi edicto cautũ ſit aduerſus eũ qui fuerit inuẽtus ferẽs arma noctu, vel interdiu, tũc eũ accipiemus eũ qui deprehẽſus eſt, *qui eſt arreſtẽ.* Nã & ſi forte poſſit probari aliquãdo viſũ fuiſſe ferẽtẽ arma, nõ ideo dicetur ĩcidiſſe ĩ edictũ, ſi ita edictũ vt diximus cõcep tũ ſit. Heſterna die cœpim⁹ dicere de his reb. quarũ dominiũ nobis acquiritur ſola apprehẽſione, cuiuſmodi ſũt ea quę cœlo, mari & terra capiuntur, quæ capiũtur ab hoſtib. inẽti lapilli ĩ littore maris. Itẽ ĩſula nata ĩ mari. Cũ autẽ Paolus res certas recẽſeat quarũ dominiũ ſola poſseſsione acquiratur, dubitari poteſt an res vllę aliæ hoc modo nobis poſsint acquiri. Sed non dubito, quin alię quoq; res ita nobis acquiri poſsint: hæc. n. à Paulo pro exẽplo adducũtur vt oſtẽdat aliquib. exẽplis veſtigiũ antiquæ & naturalis apprehenſionis, ſeu poſseſsionis adhuc remanere in quibuſdã rebus. Nam & adduci quędã alia poſsunt ex ſuperiore tit. de acq. rer. domin. cuiuſmodi eſt theſaurus. Si quis theſaurũ inuenerit, theſaurus occupãtis eſt, ſecũdũ diſtinctionẽ quæ alibi traditur in §. Theſaurus. de rer. diuiſ. Ego hãc diſtinctionẽ explicaui in interpretatione legis fructus. §. ſi fundũ. ſolut. matrim. Adde & res pro derelictis habitas ita ẽẽ nobis acquiri poſse. leg. 1. inſ. pro derel. Dubitatur de aliis rebus vel mobilib. vel ſoli, quę dominũ aut adſertorẽ nõ habẽt, an occupatione & naturali tantũ apprehẽſione nobis acquirãtur: cuiuſmodi ſunt quæ nos lingua Gallica vocam⁹ *Eſpaues*. Gręci vocãt *ἀδέσποτα*, vt ſũt pleraq; animalia aberrãtia. Poteſt etiã dubitari de domo quę deſerta & derelicta eſt à domino, cuius nullus reperitur dominus aut poſseſsor. Si quis eã domũ occupauerit, quęritur an ipſi acquiratur dominiũ ipſius domus hac occupatione. Morib. noſtris receptũ eſt, quod ad ea *ἀδέσποτα* attinet, proclamationib. ſolenniter factis, & nõ apparẽte domino, neq; cõtendẽte ſe eius rei do-

Digitized by Google

minium, vt ea res acquiratur dominio eius territorij, ei qui in eo territorio iuriſdictionem exerceret, ſiue is ſit rex, ſiue princeps, ſiue alius. Sed an hoc iuri conſentaneum ſit quæritur. Et puto non eſse. Ego puto ſi hæ res dominum non habent, ei acquiri qui primus apprehenderit eas, non regi, non principi, non domino territorij. Certi enim iuris eſt, res quæ in nullius bonis ſunt aut dominio, fieri occupantis, ex leg. noſtra. leg. 3. ſupra de acquirendo rerum dominio. Sed hoc accipiendum eſt cum aliquot ex communibus. Excipiuntur in primis agri tributales vel vectigales. Agri tributarij ii deferantur à colonis, quibus hi colendi conceſſi ſunt, vt pendatur vectigal, potior cauſa eſt domini, cui pêditur vectigal. leg. 8 §. & agros. C. de omni agro deſer. lib. 11. Secundo excipiuntur res in quas ſuccedit fiſcus. l. vacantia. 4. Cod. de bon. vac. cum quis defunctus eſt ſine hærede: cum fiſcus legitimus ſit ſucceſsor in iis rebus, non poſſumus dicere eas in nullius bonis eſſe. Quomodo autem probetur res huiuſmodi dominum nô habere, alterius loci eſt: cuiuſmodi ſunt ea quæ ἀδέσποτα dicimus. An ſufficiat proclamatio, vt ſi quis contendat ſe dominum eſse, adſit intra certum diem, vt ius ſuum oſtendat? Nos dicemus de ea quæſtione in leg. item quæ nobis. infra.

Adipiſcimur, &c. Hic locus eſt de perſonis per quas nobis acquiritur poſſeſſio. Vnus locus eſt præcipuus huius tractatus. Et Paulus ait nos acquirere poſſeſſionem non tantum per noſmetipſos ſed etiam per alios, vt per filium, per ſeruum, per procuratorem. Vtrunq; enim dicitur à Paulo in hoc §. & in §. item acquirimus. infra ead. l. qui cum hoc coniungendus eſt. Hoc ergo dixi vt obiter oſtendam quàm inepta ſit quæſtio ab aliis tractata de vi huius particulæ *Ipſe*. Nam cum ait Iuriſconſultus nobis acquiri poſſeſſionem per noſmetipſos, quærunt & diſputant an hæc verba perſonalitatem habeant, vt à perſona recedi non poſſit, vt cum l. ait *per noſmetipſos*, excludi omnes alias perſonas. Et multa hic adducunt valde nugatoria & inepta. Sed hic videtur Iuriſconſultus dicere non tantum nobis acquiri poſſeſſionem per noſmetipſos, ſed etiam per alios: vtitur diuiſione quadam. *Poſſeſſio*, inquit Paulus, *nobis acquiritur vel per noſmetipſos vel per alios.* & prius membrum ſuæ diuiſionis hic explicat: alterum autem in §. item acquirimus.

Verſic. *Sed furioſus pupillus, &c.* His verbis, vt ſummatim omnia complectamur, hoc ſignificat Paulus noſter: Quiſquis animum habet & intellectum aliquem, ipſum ſibi poſſe acquirere poſſeſſionem. Qui vero intellectum non habet, inquit, non poteſt incipere poſſidere, cuiuſmodi eſt furioſus. Furioſi nulla eſt voluntas. leg. furioſi. de regu. iur. Cum dicit Iureconſult. *Non incipere poſſidere*, non dicit, non poſſe poſſidere, ſed dicit non poſſe acquirere poſſeſſionem quam nunquam habuerunt. Poſſunt tamen poſſidere & poſſeſſionem iam acquiſitam retinere. leg. ſi is qui. Sed quomodo hoc accipiendum ſit, dicemus in dict. leg. ſi is qui. Non poteſt incipere poſſidere furioſus, *quia affectionem tenendi, &c.* Poſſeſſio acquiritur non tantum corpore, ſed etiam animo. Vtrunque neceſſarium eſt in acquirenda poſſeſſione, & corpus & animus. Hoc intereſt inter tenere & poſſidere: Tenemus rem etiam ſine animo & affectu poſſidendi, vt hoſpes & amicus qui aliquam domum ingreditur, non habet animum poſſidendi, quamuis rei inſiſtat.

Licet maxime, &c. Accurſ. & alij hinc annotant maximum eſſe & præcipuum in poſſeſſione acquirenda apprehenſionem corporis: quia ait I. C. *Maxime*. Sed hoc eſt puerile, non intelligunt phraſim. *Licet maxime, ſicut ſi quis, &c.* Similitudine vtitur I. C. vt probet eum qui inſiſtit rei, qui contingit rem corpore ſuo non continuo poſſidere, niſi animum habeat & affectum poſſidendi. Nam alias dormiens cui imponitur aliquid in manus, diceretur poſſidere, qui tamen dicitur non poſſidere, quia affectum tenendi non habet. Hinc obſeruandum eſt à nonnullis dormientem furioſo comparari, ſimilem eſſe furioſo eum qui ſomno ſopitus eſt. Atque hinc dicitur ſi dormiens aliquid admiſerit, aliquem percuſſerit, occiderit, nihilo magis puniendum eſſe quam furioſum. Furioſus non plectitur, ſi aliquid admiſerit in furore. l. Diuus. 14. de offic. præſid. Nullus eſt animus delinquendi in furioſo, qui iudicio caret, & qui ſatis ſuo furore punitur. Ergo idem dicemus de dormiente. Et memoriæ proditum eſt, ne quis putet ocioſam eſſe & de nihilo hanc quæſtionem, pleroſque dormientes exiiſſe de domo ſua armatos & interfeciſſe alios. Hoc factum impunitum eſſe debet. leg. diuus. ad leg. Cornel. de ſicar. Hoc tamen ita eſt intelligendum, niſi culpa aliqua eius arguatur qui in ſomnis aliquid commiſit. Non enim nouum eſt, culpam ſine dolo puniri. leg. ſi putatur. ad leg. Aquil. vt ſi forte ſciebat hoc ſibi accidere, vt aliquem dormiens percuteret. Poſſeſſionem igitur is demum ſibi acquirit, qui animum tenendi habet: itaque qui caret mente non poteſt dici poſſidere. Hinc naſcitur quæſtio de pupillo, an pupillus poſſit ſine tutoris ſui auctoritate poſſidere. Hæc quæſtio tractatur in hoc loco, de qua diſſenſio fuit inter veteres I. C. *Offilius quidem & Nerua, &c.* Quidam exiſtimabant pupillum ſine tutoris authoritate non poſſe acquirere poſſeſſionem, niſi tutoris authoritate ſuppleretur animus & iudicium quod deeſt pupillo. Offilius autem exiſtimabat poſſe incipere poſſidere pupillum ſine tutore authore. Quam ſententiam ait Paul. eſſe recipiendam, ſi eius ætatis ſit pupillus vt intellectum habeat. Sententia igitur Pauli eſt, & hoc ſummatim obſeruandum eſt ex hoc capite, pupillum ſine tutore ſuo acquirere poſſeſſionem, ſi intellectum aliquem habeat. Si intellectum non habeat: non poſſe ſine tutore ſuo poſſeſſionem acquirere. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. quamuis. 32. § pupillus, hic. pupillus etiam ſine tutore authore, qui intellectum aliquem habet, quamuis firmum non ſit eius iudicium, tamen poteſt incipere poſſidere. Sic debemus accipere ſententiam Offilij, quamuis Offilius ſimpliciter dixerit pupillum poſse ſine tutore poſſidere: & credibile eſt Offilium ita ſenſiſſe. ratio hæc eſt Offilij expreſſa verbis Pauli. *Eam enim rem non iuris eſſe.* Mouebatur Offilius hoc argumento, quia acquiſitio poſſeſſionis facti eſt, apprehendere rem facti eſt, velle rem habere etiam facti eſt. Si iuris eſſet, poſſet dubitari an pupillus poſſit poſſeſſionem acquirere. In his enim quæ iuris ſunt, pupillus perſonam legitimam non habet ſine tutore ſuo, ſed in his quæ facti ſunt, illa iuris authoritas non ſpectatur. Non poteſt impedire iuris authoritas quo minus rem teneam, quo minus ego velim tenere. Illa enim voluntas facti eſt. Nec voluntate mea, nec apprehenſio corporis vllo iure impedire poteſt. Sed aduerſus hanc rationem Offilij mouetur dubitatio. Nam videmus contrahere obligationem ſine tutore ſuo: non quia obligetur alij, ſed quia alium ſibi obliget, titulo de autor. tut. in princip. Pupillus poteſt ſtipulari rem aliquam ſibi dari ab alio ſine tutore ſuo: obligatio eſt iuris vinculum. Cur igitur non dicemus, etſi poſſeſſio iuris ſit, pupillum poſſe ſine tutore ſuo ſibi acquirere poſſeſſionem? Sed dicendum eſt, in his quæ iuris ſunt admitti perſonam pupilli vt legitimam ſine tutoris ſui authoritate, cum hoc pertinet ad commodum & vtilitatem pupilli, receptum eſt vt deteriorē conditionem ſuam facere non poſsit pupillus, meliorem poſsit. Sed

in his

Digitized by Google

in his quæ facti ſunt non diſtinguitur an ea re pupillus meliorem ſuam conditionem faciat, an non faciat. Ea enim quæ meri facti ſunt ad ius non pertinent, & meminiſſe vos oportet eorum, quæ à nobis diſputata ſunt ſupra, in quæſtione vulgari explicanda, an poſſeſſio ſit iuris an facti, vbi adduximus hunc locum, & diximus poſſeſſionem facti eſſe non iuris, & acquiri pupillo poſſeſſionem quæ naturalis tantum eſt ſine tutore, non etiam quæ iuris eſt.

Sed ſi hoc verum eſt (dixerit aliquis) quomodo hæc poſſeſſio prodeſſe poterit pupillo ad vſucapionem? Nam certum eſt ſine tutore pupillum vſucapere. l. 4. §. pupillus. de vſucapionibus. Si pupillus poteſt vſucapere, cum apprehenderit rem ſine tutore ſuo, conſequẽs eſſe mihi videtur poſſeſſionem non tantum corporalem & naturalem, ſed etiam ciuilem ei acquiri. Nam ciuilis tantum poſſeſſio ad vſucapionem prodeſt. Reſpon. Duarenus. Hoc ea ratione conſtitutum eſt, propter vtilitatem pupilli, quia meliorem ſuam conditionem facere poteſt pupillus, deteriorem non poteſt. In pupillo receptum eſt, vt qualiſcunque poſſeſſio ei proſit ad vſucapionem, quia vſucapione, meliorem ſuam conditionem facit, & conſtitutum eſt quocunq; modo id accidat, eum meliorem ſuam conditionem facere poſſe: quamuis deteriorem non poſſit facere. *Vt intellectum capiant*, &c. Hinc igitur obſeruandum eſt, vt ſi alius infans eius ætatis ſit, vt non intelligat, eum non poſſe poſſeſſionem ſine tutore ſuo acquirere. Hoc ſatis colligitur ex verbis Pauli noſtri hoc loco, *Si eius ætatis ſint*, &c. Simile eſt quod dicitur in d. l. quamuis. §. infans. *Vtilitatis enim cauſa*, &c. His verbis oſtendit Paul. in dict. §. infans. Vtilitatis cauſa id receptum eſſe contra ſtrictam iuris rationem. Nam ſi merum ius inſpiciamus, non poteſt dici poſſidere: quia in acquirenda poſſeſſione animus requiritur. Iudicium enim infantis propter vtilitatem exceptum eſt ab hac ſubtilitate iuris. Sed hic incidit valde difficilis antinomia ex leg. donatarum. 3. Cod. eod. donata eſt res infanti & ei tradita: quæritur an poſſeſſio infanti ſit acquiſita ex traditione? Dubitatio ex eo oritur: quia animo opus eſt ad acquirendam poſſeſſionem: infans non habet animum poſſidendi, ſed tamen Imperator reſcripſit corpore quæri, quia videbat diſſenſionem eſſe inter veteres iuriſconſultos de hac re, vt etiam perſpicuum eſt ex iam dictis. Subiicit, *Quamuis*, &c. *Nec* inquit, Imperator Decius, *mouere non debet quod plenum non eſt iudicium infantis. Nam ſi hac ſubtilitate vteremur, ne per tutorem quidem ei poſſet acquiri poſſeſſio.* Tutor non facit vt firmiore iudicio ſit infans, quam eſſet ſine tutore. Si hanc ſubtilitatẽ amplecteremur, ſi nobis non permittatur recedere ab hac ſubtilitatem. Ait igitur Decius donatarum rerum infanti per traditionem vacuam poſſeſſionem acquiri. Hoc videtur contrarium eſſe iis quæ diximus ex dict. leg. quamuis. §. infans. nam Paulus in leg. quamuis. aperte oſtendit poſſeſſionem non acquiri infanti ſine tutore. Vix hoc receptum eſt vt cum tutore acquiratur pupillo, hoc receptum eſt contra ſcriptam rationem: & tamen ait Decius poſſeſſionem acquiri infanti.

Hic variæ opiniones reperiuntur interpretum vulgarium, quarum receptior eſt eorum qui exiſtimant reſcriptum Decij Imperatoris intelligendum eſſe de re quæ tradita eſt infanti accedente tutoris authoritate. Cum ait Decius *Donatarum rerum*, &c. ſic intelligunt, cum rei donatæ poſſeſſio tradita eſt infanti tutore autore. Si hoc verum eſt, res nullam difficultatem, aut repugnantiam habet. Sed hæc ſententia mihi videtur aliena eſſe à verbis ſcripti: loquitur enim Decius generaliter de poſſeſſione tradita, nec vllum verbum ſit de tutoris authoritate accedente. *Donatarum*, inquit, *rerum*. In tanta diſſenſione & varietate opinionum, magis mihi placet opinio eorum qui putãt ſpeciale eſſe quod dicitur in leg. donatarũ: vt ſic interpretemur vtranq; legem quaſi per ſpeciẽ derogetur generi. hoc frequens eſt vt per ſpecies derogetur generi, leg. in toto, de reg. iur. quod ergo dicitur in dict. leg. quamuis. nos accipimus veluti regulam generalem. Infans nõ incipit poſſidere ſine tutoris ſui authoritate: excipitur ſpecies illa de qua reſcripſit Imperat. in dict. leg. donatarum. Expendenda eſt diligenter ſpecies & hypotheſis Decij. Certum eſt hoc reſcriptum eſſe à Decio in certa cauſa. Atque ideo omnes circumſtantiæ illius hypotheſis diligenter expendendæ ſunt, vt intelligamus quid mouerit Decium vt contra regulam & conſtitutionem iuris veteris reſponderet. Proponebatur in primis Decio rem donatam fuiſſe non venditam, non alio titulo translatam in pupillum. Donatio contractus eſt ex quo non naſcitur mutua obligatio, ſicut ex venditione, locatione, emptione, & cæteris huiuſmodi. Rem donatã accipiendo pupillus nõ viciſſim obligatur ei qui donauit, ſicut vendendo, emẽdo, locando. Hic nõ agebatur de obligando vice verſa pupillum, agebatur de donatione in pupillum collata: itaque res maxime vtilis erat pupillo. Proponebatur deinde pupillo traditam fuiſſe rem donatam in manu.

Tradita fuit infanti res aliqua quam infans manu apprehendere poterat: vt veriſimile ſit infantem affectum aliquem habuiſſe eius rei tenendæ, ſicut fere accidit, vt pueri affectu ducantur in res ſibi donatas: auide accipiunt eum affectu tenendi quod ſibi donatur, cum audiunt ſibi donari. De aliis rebus quæ nõ tenẽtur in manu idẽ dici nõ poſſet, vt ſi forte fundus donatus ſit, & ſi pedem in fundo poſuerit infans, non ideo intelligemus eum poſſeſſionem acquirere. Hæc omnia quæ ego dixi, colliguntur ex verbis ipſius reſcripti. loquitur in primis de re donata, loquitur etiã de re tradita. Sed de his quædam etiam dicemus in dict. §. infans. Ex iam dictis quæſtio naſcitur de furioſo: An ſaltem cum tutoris ſui authoritate incipiat poſſidere. Diximus iam pupillum, ſi intellectũ aliquem habeat, poſſidere poſſe ſine tutore, multo magis cum tutore. Diximus deinde, pupillum qui infans eſt non poſſidere ſine tutore, cum exceptione tamen de qua iam diximus. Opus eſt tutoris authoritate accedente: an idem dicemus de furioſo? Paulus noſter ait, non poſſidere: an id intelligemus cum exceptione, niſi curator authoritatem ſuam interponat? Hæc quæſtio non eſt ſatis deciſa his verbis Pauli. Quidam dicunt hic furioſum diſtingui à pupillo: ita vt quamuis pupillus acquirat, vel cum tutore vel ſine tutore poſſeſſionem, furioſus tamen non poſſideat ne curatore quidem interueniente. Sed aiunt curatorem ipſum furioſi nomine debere apprehendere poſſeſſionem. Adducunt titulum de bon. poſſ. infanti, fur. &c. vbi dicitur, Si bonorum poſſeſſio delata ſit furioſo, curatorem eius petere debere eius nomine bonorum poſſeſſionem, non furioſum. Et dicunt non eandem eſſe rationem furioſi & infantis ex vulgari regula, l. 5. in negotiis. Sed animaduertendum eſt in ea regula I. C. non diſcernere furioſum ab infante, ſed à pupillo qui fari poteſt. *In negotiis*, inquit, *contrahendis alia cauſa habita eſt furioſorum, alia eorum qui fari poſſunt, quamuis actum rei non intelligerent*, &c. De infantibus non loquitur de quibus hic tractata fuit quæſtio: atque ita male adducitur illa lex ab iis qui probare volunt non eandem eſſe cauſam furioſi & infantis. Nam furioſi & infantis videtur eadem ratio eſſe: furioſus ſolet infanti comparari, vt apparet ex titulo quem ego multoties citaui de bon. poſſ. fur. &c. Et quod dicitur furioſum nullum negotiũ contrahere poſſe, idẽ dicitur de pupillo,

§. pupillus. de inut. ſtipu.infans nullum negotium cōtrahere poteſt. Et Iulian. ait in eo.§. pupillum non multum diſtare à furioſo: itaque probabile mihi videtur acquiri poſseſſionem furioſo authoritate curatoris accedente. Si furioſus corpore rem contingat, ſi forte furioſo imponatur in manu res de qua agitur. Et hęc opinio lōge vtilis eſt. Huc accedit, quod curator authoritatem ſuam interponendo videtur acquirere. Quid refert an curator præſens ſit author furioſo, vt apprehendatur, an vero curator ipſe apprehendat? Inter omnes cōuenit, ſi bonorū poſseſſio ſit delata furioſo, eam poſse acquiri per procuratorē nomine furioſi.argumen.eſt quod dicitur in l. filio. C. de iur.delib. Eſt lex quam interpretati ſumus ſupra in interpretatione tractatus de acquirenda hæreditate. Cum filiofamilias delata eſt hæreditas, ea hæreditas non poteſt acquiri patri, niſi filius eam adierit iuſſu patris, in cuius eſt poteſtate. Et oportet iuſſum præcedere, alias iuſsus non eſset. leg. ſi quis. §. iuſtum. de acquirenda hæreditate. Vnde quæſitum fuit: Si pater ipſe pro hærede geſserit volente & conſentiente filio: an videatur ei acquiſita hæreditas? Imperator ait, ei acquiſitā eſſe. quid enim refert, ſi ad vtilitatem & æquitatem magis ſpectemos, quàm ad ſubtilitatem inanem: an pater iubeat filium adire hæreditatē: an vero ſibi acquirat volēte & cōſentiēte filio? Idem dici poteſt in hac ſpecie.

§. *Si vir vxori, &c.* Hic tractatur quæſtio affinis ſuperiori quæſtioni de poſseſsione quæ facti non iuris eſse dicitur. Dictum fuit in ſuperiori capite ex ſententia Offilij Iuriſconſulti, pupillum ſine tutore poſsidere quia facti eſt non iuris poſseſsio. Res facti infirmari nullo iure ciuili poteſt. Ex eo igitur quod dictum eſt de ea poſseſsione pupilli, ſcilicet facti eſse non iuris, quæritur quid ſit dicendum ſi res forte tradita ſit ex cauſa ll. prohibita. Exempli cauſa: ſi maritus vxori ſuæ cōſtante matrimonio donauerit & tradiderit rē donatam, an poſſeſſio transferatur in mulierem? Dominiū nō trāsferri certū eſt, quia hæc alienatio prohibita eſt. l.1.2.& 3. de donat. inter vir. & vxor. Sed de poſſeſſione dubitatum fuit. Ait Iuriſconſultus idem hic dicendum eſſe quod in ſuperiori ſpecie. *Si vir vxori, &c.* Duplex ratio hic adfertur. Vna eſt, quia poſſeſſio facti eſt, & res facti nullo iure ciuili infirmari poteſt. Nullo iure ciuili fieri poteſt vt ego non teneam quod teneo, vt ego corpore meo non contingā quod contingo, nolim habere quod ego volo, &c. Hæc ſunt ex quibus cōſtat poſſeſſio, ſcilicet corpus & animus, vtrunq; facti eſt, & facta non poſſunt vllo iure ciuili infirmari. Hinc notandum eſt illud vulgare: factū non poteſt infectū reddi. leg. in bello. §. facti. de capt. & poſtlim. &c. *Facti*, inquit, *cauſa nullo iure ciuili infecta fieri poſſunt.* Simile eſt quod dicitur in leg. verum. de reg. iur. Imo ne Deus quidem ipſe, infectum facere poſſe dicitur, quod factū eſt. Secunda ratio eſt: *Et quod attinet, &c.* Sententiam ſuam alia ratione confirmat Iuriſconſultus: quia nulla vtilitas exigit vt aliud ius conſtituamus, tametſi id factum non poſsit reddi infectum: tamen probabiliter dici poſset rem quæ tradita eſt pro non tradita habendam eſse, quaſi fictione quadam iuris. Sed nulla hic exigit vtilitas vt fingamus rem apprehenſam non eſſe quæ apprehenſa eſt. Vtilitas eſt iuris ciuilis, quæ apud Horatium dicitur mater æqui & boni, ad quam tanquam ad ſcopum referri debent omnia in iure ciuili interpretando: cuius vtilitatis hoc eſset dicere rem pro apprehenſa non haberi quæ apprehenſa eſt. Nam tametſi dicamus rem pro tradita non eſse, non ideo retinebit poſseſsionem, maritus qui ceſsit poſseſsionem vxori ſuæ, poſſeſſionem amiſit. leg. ſi quis vi. 17. §. differentia. hic. Ego volo à me in te poſseſsionem transferre. Et ſi ea in te tranſlata non ſit, eam tamen amiſi: nulla ergo vtilitas eſset dicere rem pro non tradita habendam eſse. Ex his apparet poſseſsionem naturalem & corporalem tantum hic transferri, non etiam ciuilem, quamuis magna hic ſit contentio quæ poſseſsio transferatur. Ego exiſtimo naturalem tantum poſseſsionem in mulierem transferri. Hic ſola poſseſsio transfertur quæ facti eſt. *Quoniam res facti, &c.* Satis oſtendit his verbis Iuriſconſultus hanc poſseſsionem eſse contra ius ciuile: ſi eſt contra ius ciuile, quomodo ciuilis dici poteſt? Eo pertinet quod dicitur in leg. ſi eum qui. 36. de dona. inter vir. & vxor. Quidam mihi vendidit rem aliquam, ego iuſsi vt eam traderet vxori meæ donationis cauſa: ego cupiebam eam vxori donare, quod non poteram, quæritur an venditor ſit liberatus eam tradendo vxori? Liberatus eſt venditor, quia nihil habet amplius quod tradat, quamuis mulier eam rem iure ciuili poſsidere non poſsit. Hinc conſequens eſt quod dicitur in hoc capite de vera traditione, non autem ficta & imaginaria accipiendum eſt. Loquitur de re tradita & corporaliter apprehenſa ab vxore. Hoc caſu mulier dicitur poſsidere, quia res facti. Et illa corporalis apprehenſio nullo iure ciuili infirmari poteſt. Sed de apprehenſione, quæ ficta eſt, idem dici non poteſt: veluti ſi conſtituerit ſe poſsidere nomine vxoris, transfertur poſseſsio.

Nam is poſsidet cuius nomine poſsidetur. l. Quod meo. in prin. hic. 18. ita transfertur poſseſsio quæ plurimum iuris habet, quamuis dicatur poſseſsio facti eſse & plurimum facti habere. Sed hæc fictio non poteſt hic locum habere, quia hoc totum negotium geritur contra ius ciuile. Quomodo fictio & interpretatio iuris locum habere poteſt in his quæ contra ius ciuile fiūt? Concludendū igitur eſt poſseſ. hoc caſu naturalem tantum & corporalem non etiam ciuilem, transferri in vxorem. Atque hinc facile diluere poſsumus quæ vulgo obiici ſolent aduerſus hanc ſententiam. Primum obiicitur l. inter virum. 46. de don. inter vir. & vxo. *Inter virum & vxorem nec poſſeſſionis vlla donatio eſt.* His verbis ſignificare videtur I.C. cum maritus donat vxori ſuæ, vxorem non poſsidere. Sed hoc nihil ad rem pertinet. Loquitur enim I.C. de donatione ipſa, nō de poſseſsionis trāſlatione. Ecce quod dicitur lege prohibitam eſse donationem inter vir. & vxo. hoc eſt ita intelligēdū ſiue alter alteri donet proprietatem, ſiue poſseſ. tantum. Quia generaliter lex prohibet donationem inter vir. & vxo. cōſtāte matrimonio. Intelligitur itaque prohibita, nō tantū proprietatis donatione, ſed etiam poſseſsionis. Si maritus donet fundum vxori, ita vt fructus tantū capiat, nec hæc quidem donatio poſseſsionis valet, quamuis proprietatis non ſit. Sed ſi ex hac cauſa poſseſsio transferatur in mulierem. alia quæſtio eſt, & nos dicimus hīc poſseſ. naturalem & corporalem tranferri in vxorem, quia res facti nullo iure ciuili infirmari poteſt. Rurſus obiicitur l. 3. §. Sciendum. de don. inter. vir. & vxo. vbi dicitur, *Si alter coniugum alteri quidquam donauerit, ipſo iure irritam eſſe donationem, & traditionem nihil valere.* Ecce I.C. nō tantū loquitur de tranſlatione dominij, ſed etiam de trāſlatione poſseſsionis. Cū ait, *traditionem non valere*, nonne ſatis oſtendit his verbis poſseſsionem nō valere? Sed ego interpretor, *traditionem non valere*, id eſt, effectum iuris nō habere, hāc traditionem facti tātum non iuris eſse. Ipſo iure (ait) nō valet nec donatio, nec traditio rei donatæ. Itaque hac traditione dominium non acquiritur, quamuis alioqui traditione dominiū acquiratur. l. Traditionib. C. de pact. Sed de facto ipſo hoc intelligi non poteſt. Nam nullum ius efficere poteſt, vt quod traditū apprehenſūmve eſt, traditum apprehēſūmve nō ſit. Nō poſſumus dicere traditionem

non

non valere, id eſt, rem traditam non eſſe. Eodem pertinet l. quòd vxor. 16. hic. *Quod vxor* (inquit) *viro*. Ecce his verbis ſignificat I.C. quod vxor viro, aut vir vxori donat, id poſſideri pro poſſeſſore. Poſſeſſio hæc iniuſta eſt, nec eſt comprobata iure ciuili, pro poſſeſſore poſſidet prædo. l. pro hærede enim. §. vlt. de petit. hæred. *Quod vxor*. His pauciſſimis verbis complectitur I.C. quæcunq; à nobis dicta ſunt: nempe hanc poſſeſſioné eſſe iniuſtam. Sunt & alij loci quib. oſtendi poſſe videtur hanc poſſeſſionē iuſtam eſſe, atq; ideo ciuilē poſſeſ. nedum naturalem transferri in vxorem. de his nunc videndum eſt. Primum illud adducitur, quod hæc poſſeſſio ad vſucapionē prodeſt. Vſucapio autem iuris eſt. Ergo hęc poſſeſſio ciuilis eſt, & iuris effectum habet, vſucapio dubiū nō eſt quin iuris ſit, vt dicitur in l. Bonæ fidei. 48. §. 1. de acq. rer. do. Et id ex eo conſtat, quia eſt acquiſitio dominij per continuationē poſſeſſionis. l. 3. de vſuca. Hāc autē poſſeſſionē quæ transfertur in vxorē, prodeſſe ad vſucapionē ſatis videtur expreſſum eſſe duobus in locis, vnus eſt in l. ſed & ſi cōſtante. 25. de don. inter vir. & vxo. Alter ſimilis eſt in l. 3 pro don. Vir vxori ſuæ dedit rem alienā, eam vxor poſſedit longo tempore, an vſucapiat? Et dicitur eam vſucapere, ſi res aliena data fuerit, & hoc apertius explicatum eſt in d. l. Sed & ſi conſtante. Si verum eſt hanc poſſeſſionem prodeſſe ad vſucapionem, cur non dicemus eam ciuilem eſſe? Secundum argumentum eſt, quia mulier rei ſibi donatæ à marito acquirit fructus. Fructuum acquiſitio eſt iuris. vide l. 17. de fructib. de don. inter vir. & vxo. Domina efficitur fructuū perceptorum ex re donata. Ergo hæc poſſeſſio effectum iuris habet. Quod ſi verum eſt, dicenda eſt poſſeſſio non tantum corporalis, non tantū naturalis, ſed etiam ciuilis eſſe. Tertium argumentum eſt, quia propter hanc poſſeſſionem competit vxori interdictum. *Vnde vi* quod eſt recuperandæ poſſeſſionis. l. 1. §. deiicitur, de vi & vi arma. *Deiicitur is qui poſſidet.* Denique & ſi maritus vxori donauit ea quæ vi deiecta ſint, poterit interdicto vti. Propter hanc igitur poſſeſſionem competit interdictum mulieri, ſi vi deiecta ſit. Hoc interdictum eſt actio quædam. Actio eſt ius. Sic videris aliquod ius naſci ex hac poſſeſſione, vnde conſequens eſt hanc poſſeſſionem non tantum corporalem eſſe, ſed aliquid iuris habere. Nunc diluenda ſunt omnia obiecta. Primum quod obiicitur de vſucapione, quod hæc poſſeſſio prodeſt mulieri ad vſucapionem. Ergo iure ciuili confirmatur & comprobatur hæc poſſeſſio, ergo aliquid iuris habet. Hic locus nos admonet vt exceptionem addamus iis quæ ſupra diximus. Quod dicimus hanc poſſeſſionem nihil iuris habere, iure nō confirmari, hoc eſt intelligendum reſpectu ipſius mariti, qui donauit vxori, non autem reſpectu extraneorum. Exempli gratia. Si maritus donauit rem ſuam vxori, non poſſumus dicere effectum habere eam donationem, propter prohibitionem legis. Nam lex prohibet donationem inter virum & vxorem conſtante matrimonio, ne alter pauperior & donatione, alter ditior fiat. Contra legem fiet, ſi dicamus acquiri ex ea donatione vxori vel dominium rei donatæ, vel etiam poſſeſſionem, ciuilem poſſeſſionem quę ciuilis ſit per quam aliquid auferatur marito, quod noceat marito. Eo enim reſpexit legiſlator ne donans fiat pauperior, ne propter mutuum amorem is ad paupertatem redigatur. Sed ſi ponamus rem alienam donatam eſſe, ceſſat hæc ratio: & ſi dicamus acquiri legatario propter longi temporis poſſeſſionem, ea res nihil nocet ei qui donauit. Nam ne euicta quidem re tenetur donator de euictione. l. Ariſto. 18. §. Labeo. de don. l. 2. C. de euict. In re igitur aliena quæ donata eſt, propter cuius donationem nihil amittit donans, dicendum eſt, quod hic diximus locum non habere vt poſſeſſio hæc iuris effectum habeat. Nam cum iuris effectum habet, prodeſt ad vſucapionem.

Ad illud argumētū de fructuū acquiſitione ſic reſpōdeo. Mulier rei donatæ acquirit fructus, in ea acquiſitione fructuū ius aliquod verſatur: cōcedo. Sed id nō fieri propter poſſeſſionē. ſed propter bonā fidem, cōtēdo. Mulier bonā fidē habens acquirit fructus. l. 45. fructus. de vſur. l. de fructib. 17. de don. inter vir. & vxo. Aliud argumentum eſt de interdicto vnde vi. ego reſpōdeo, Interdictū vnde vi, cōpetit mulieri ſi deiiciatur de poſſeſſione. In eo interdicto ius verſatur. Hæc igitur poſſeſſio nō eſt ſine effectu iuris Hoc verū eſt, ſed hic effectus habet locū tātum aduerſus extraneum, aduerſus tertiū à quo deiecta fuit mulier, nō aduerſus maritum. Et breuiter dicēdū, omne ius trāsferri ex hac donatione, quatenus donās ex ea donatione nō efficitur pauperior. Tunc. n. aduerſus legē, quę donationem prohibet, nihil factū videtur. Quid. n. intereſt, vir, an mulier vtatur interdicto aliquis aduerſus eum, à quo deiecti ſunt? Idem igitur hic dicēdum eſt quod de vſucapione. Cætera dicturus ſum in interpretatione d. l. quod vxor.

§. *Idē adquirimus, &c.* Alterū hic mēbrum eſt diuiſionis ſuperius traditæ. *Adipiſcimur autē poſſeſſionē* (inquit Paul.) *aut per noſmetipſos: aut per alios quos in poteſtate noſtra habemus:* Hæc eſt diuiſio: de poſſeſſione quæ per noſmetipſos acquiritur, iā dictū ſuit. Nūc incipit Paul. dicere de ea poſſeſſione quæ nobis acquiritur per alios. *Itē adquirimus*. Hęc poſſeſſio acquiritur nobis nō tantū ſciētibus, ſed etiā ignorātibus, ex cauſa peculiari. Si ex cauſa peculiari ſeruus meus à me poſſeſſus aliquid poſſideat, ea poſſeſſio ſtatim mihi adquiritur etiā ignorāti. Et hæc eſt poſſeſſio quā diximus plurimū iuris habere. Et licet poſſeſſio præcipue facti ſit: hæc tamē de qua loquimur, plurimū a iure mutuatur. Ego nō poſſideo per ſeruū, niſi interpretatione quadā & fictione iuris, vnde dicitur hæc poſſeſſio plurimū iuris habere, plurimū à iure mutuari. Quod non eſt intelligēdum quaſi aliquis actus corporalis nō ſit, ſed quia nō eſt apprehēſio corporalis eius cui acquiritur, ac ne animus quidē: ideo dicitur mere ciuilis eſſe poſſeſſio: acquiritúrque animo & facto alieno. l. 3. §. ſaltus. hic: *Quia noſtra volun.* I.C. addit rationē cur ita cōſtitutum ſit, vt poſſeſſio per alias perſonas, vt per ſeruos in re peculiaria nobis ignorātibus, & inuitis acquiratur. Hæc eſt ratio Pauli, *Quia noſtra volūtate intelligūtur poſſidere quod eis peculiū habere permiſerimus.* Interpretatione iuris intelligitur dominus velle hāc poſſeſ. habere, quāuis ignorās ſit, propter cōceſſionē peculij. quia peculiū quidem aliud eſt quàm quod ſeruus volūtate domini ſeparatum habet à rationibus domini, permittendo ſeruo peculiū habere. Videtur etiā ei generaliter permittere vt ſtipuletur, vt poſſeſſionem apprehendat rei quam viſum fuerit ei acquirere. Ergo interpretatione aliqua iuris dicitur quodāmodò hic interuenire volūtas, quāuis ignorans ſit. *Igitur & ex cauſa.* Ex his quæ diximus apprehenſione acquiri poſſeſſionē ei qui intellectum habet, quamuis alias animus neceſſarius ſit & intellectus ad acquirendā poſſeſſionē: hic tamen intellectus eius cui acquiritur non eſt neceſſarius. Non enim tantū corpore alieno, ſed & animo alieno acquiritur poſſeſſio. Atq; ita intelligendū eſt quod dicitur in § Furioſus. ſupra. vbi diximus Furioſum non poſſe acquirere poſſeſſionem: per ſe quidē nō poteſt acquirere poſſeſſionem, ſed per ſeruum acquirere poteſt. *Et vſucapiunt.* Plerunq; acquiritur poſſeſſio ignorāti, quæ poſſeſſio nō prodeſt ad vſucapionē niſi ſcienti. Exemplum vnum eſt in l. poſſeſſio quoq;. §. vlt. hic. & l. 1. C. eod. poſſeſſio mihi acquiritur per procuratorē, etiam ignorāti, ſed non poſſū vſucapere eā rē, niſi a tempore

ſcientiæ. Sed poſseſſio quæ nobis acquiritur per ſeruum, eam etiam ignorantes vſucapimus. Et hoc eſt ſatis expreſſum in l. Labeo. 8. de vſuc. *Idem Iulianus.* Hæc regula Pedij multum exhibuit negotij in interpretatione huius capitis, ſed ea regula vera non eſt. Regula Pedij cuius meminit Labeo, non eſt vſquequaq; vera, nec eam probat Paul. Hæ enim perſonæ de quib. hic loquimur, ſuo nomine vſucapere non poſſunt per ſeruum, vt hic dicitur. Difficilis quæſtio hic tractari ſolet, an ex quacunque cauſa ſiue ſit peculiaris, ſiue non ſit, poſſeſſio acquiratur ignoranti, quocunque modo ſeruus apprehenderit poſſeſ. rei alicuius ignorante domino, an acquiratur domino? Variæ ſunt opiniones, quarum receptior eſt eorum qui exiſtimant, quacunque ex cauſa etiam non peculiari poſſ. acquiri domino ignoranti per ſeruum. Sed mihi probabilior videtur contraria opinio. Et puto ex cauſa peculiari hoc tantum habere locum. Mouet me quòd hoc ex capite noſtro ſatis perſpicuum eſt hanc fuiſſe Pauli mentem, cũ ait, *Et quidem earum rerum.* Si ex omni cauſa poſſet acquiri poſſ. domino ignoranti per ſeruum, nihil opus erat hæc adijcere. Dixiſſet Paul. Item acquirimus poſſeſ. per ſeruum aut filium qui eſt in poteſtate noſtra etiam ignorantes. Non fuit contentus Paulus dicere, Acquirimus per ſeruum, ſed ait, *Et quidem earum rerum.* Eiuſdem Pauli ſententia reperitur in l. 3. §. ſaltus. hic. Saltus hyberni. *Nec nos mouere debet.* Non potuit manifeſtius exprimere ſententiam ſuam. Paulus alio quoque in loco ipſe idem ſenſit l. peregre. 44. §. quæſitum. Vt doceat cur poſſeſſio ex peculiari cauſa ignoranti domino per ſeruum acquiratur, rationem affert quæ addenda eſt ſuperiori. Duplex enim eſt ratio. Singularis hoc eſt, vtilitas ſuaſit vt ex cauſa peculiari ita domino per ſeruum acquireretur. Verba Pauli toties repetita in tot locis adeò ſunt perſpicua, vt dubium non ſit quin ita ſenſerit. Sed videndum, an quid repugnans reperiatur. Nam alij alijs locis qui repugnantes videntur, mouentur. Supereſt vt obiecta eorum diluamus. Primum obiicitur ſententiæ noſtræ, quod poſſeſſio per procuratorem domino etiam ignoranti acquiritur. l. poſſeſ quoq; §. vl. l. 1. C. eod. Ergo idẽ dicemus de ſeruo, vt ſicut per procuratorem acquiritur poſſeſſio nobis ignorantibus ex quacunque cauſa, ita etiam per ſeruum. Sed diſſimilia hæc ſunt. Diſſimilitudo eſt propter mandatũ quod procurator habet. Procurator eſt qui mandato domini negotia eius adminiſtrat. l. 1. de proc. Seruus mandatum non habet niſi in re peculiari. Mandatum quidem generale habet ſeruus in re peculiari, vt dicitur in l. 1. hic. Hæc igitur ratio ceſſat in ſeruo non habente peculium. Altera obiectio eſt ex l. quod ſeruus 24. *Quod ſeruus* (inquit) *qui in poteſtate tua eſt, ignoranti tibi non corporalem poſſeſſionem, ſed iuſtam poteſt acquirere.* Hic I.C. generaliter ait iuſtã poſſ. mihi ignoranti acquiri per eum qui eſt in mea poteſtate. ciuilis poſſeſſio tantum acquiritur per alium. Naturalis tantum quæ iuſta non eſt non acquiritur per alium, veluti violẽta. Vtitur (vt aiunt) ſimilitudine ad hoc demonſtrandum, *Sicut.* Ergo non tantum ex cauſa peculiari poteſt ignoranti domino acquiri per ſeruum, ſed etiam ex alia cauſa. Reſp. Licet alij alia comminiſcãtur valde nugatoria, meo iudicio, particulam *Sicut*, paradigmaticã eſſe in hoc loco: *Sicut*, puta vt ſit exemplum. Hæc verba ſubiecit I. C. vt oſtenderet, aliquando acquiri poſſeſſionẽ ignorãti domino per ſeruũ, vt ex cauſa peculiari poſſidet ſeruus. Ideo hæc domino acquiritur qui ius non fingit iniuſtũ. Poſſeſſio autẽ ciuilis acquiritur per ſeruũ. Tertiũ argumẽtũ eſt ex §. item nobis acquiritur. Per quas perſo. Inſtit. vbi dicitur domino per ſeruũ etiã ignoranti acquiri & inuito. Subiicit, non tantum acquiri proprietatem, ſed etiã poſſeſſionẽ. vtrunque dicitur in eo. §. Non diſtinguit Imp. cauſam peculiarem ab alia cauſa, ſed dicit, *Nobis acquiritur per ſeruos.* Ergo dicendum eſt, ex quacunq; cauſa, nõ tãtum ex cauſa peculiari nobis per ſeruos noſtros nobis etiã inuitis & ignorantibus acquiri. Reſpondeo, loqui Iuſtinianum in eo loco, cum dicit per ſeruũ domino etiã ignorãti & inuito acquiri, de dominij acquiſitione non poſſeſſionis. Dominiũ iuris merũ eſt, poſſeſſio facti, aut plurimũ facti habet: ideo dominiũ facilius alij acquiritur per aliũ quã poſſeſſio. Duo Iuſtinianus ponit. Primũ per ſeruos noſtros nobis etiam inuitis & ignorãtibus acquiri. Secundũ, ius nõ tantũ dominij per ſeruũ, ſed etiam poſſeſſionem acquiri. In hoc ſecundo dicto verbum, *Inuitis*, nõ reperitur, & ſatis apparet hoc quod dixit, *Inuitis*, intelligendum eſſe de dominio. Quartum argumentũ eſt ex l. ſi me in vacuam. §. vlti. hoc tit. *Seruus quoque meus* (inquit) *mihi ignoranti poſſeſſionem acquiret.* Nõ dicit ex cauſa peculiari. Ergo ex quacunque cauſa per ſeruum nobis ignorantibus acquiritur poſſeſſio. Ego reſpondeo quod ibi dicitur intelligendum eſſe ſecundum diſtinctionem quæ ſuperius tradita eſt, ſcilicet ex cauſa peculiari, cum ſerui noſtri aliquid peculiariter poſſident. Simili diſtinctione vtitur I. C. in §. ſed & per eum, qui proximus eſt, & diſtinguitur acquiſitionis cauſa. Interdum accidit, vt mihi aliquid acquirat, ſcilicet vel ex re mea, vel ex operis ei'. Sed quo modo id intelligendum ſit plenius dicemus, cum peruenerimus ad explicationem d. l. ſi me in vacuam.

§. *Sed & per eum quem, &c.* Ex his quæ iam diximus de ſeruo per quem nobis acquiritur poſſeſſio, variæ quæſtiones naſcuntur. Hic enim quæritur, quid ſi ſeruus alienus ſit non meus, quid ſi ne ſeruus quidem ſit, ſed liber? quæritur etiam quid ſi ſeruus communis ſit: quæritur etiã quid ſi fructuarius ſit ſeruus? Prima quæſtio eſt in hoc §. de eo qui poſſidetur, vt proprius ſeruus. Ego poſſideo alienum ſeruũ, vt meum, vel poſſideo liberum hominẽ tanquã ſeruum, quæritur an per eum acquiratur mihi poſſeſſio? Hoc definitum eſt hoc capite, in quo tria præcipue continentur, de quibus ſigillatim dicturi ſumus. Primum eſt per eũ qui à nobis bona fide poſſidetur poſſeſſionem acquiri: bonæ fidei poſſeſſio habetur pro veritate, bona fide poſſeſſus habetur pro ſeruo. An autem liber homo poſſit poſſidere quæſtio eſt, de qua videnda eſt l. Cũ hæredes. §. vlti. vbi id declaraturi ſumus. Liber homo qui forte creditur ſeruus eſſe, poteſt poſſideri, quo caſu liber homo poſſideri poteſt, tunc verum eſt quod hic dicitur. Si poſſideatur à nobis bona fide, eũ nobis acquirere poſſeſſionem poſſe perinde ac ſi ſeruus eſſet. intelligite quod hic dicitur acquiri nobis per eum quẽ bona fide poſſidemus, ſecundum diſtinctionẽ quæ prius tradita eſt, id eſt, acquiritur nobis etiã ignorantibus ex cauſa peculiari: ex alia cauſa ſcientibus tantum nobis, acquiritur. Addendum eſt præterea acquiri nobis poſſeſſionem ex duab. cauſis per eũ, quẽ bona fide poſſidemus. Puta ſi acquirat ex re noſtra vel ex operis ſuis. Hæc diſtinctio traditur in Inſtitut. §. itẽ placet. per quas perſon. nobis acquir. Et cum hac diſtinctione intelligendum eſt quod hic Paulus ait licet ſimpliciter dixerit. Quarta cauſa addi ſolet, puta ſi me mãdãte, vel certum habente poſſideat, dicitur mihi acquirere poſſeſſionẽ ex hac cauſa. Hoc colligitur varijs ex locis. Colligitur ex l. ſi me in. §. vltim. *Si nomine meo.* Idem colligitur ex leg. Nunquam. 31. §. ſeruus. de vſucap. Sed animaduertendum eſt hunc ſeruum acquirere tanquã procuratorem, vel negociorum geſtorem, non tanquam ſeruum proprium vel alienum. Sicut nobis procurator vel negociorum geſtor acquireret, ita etiam acquirit. Sed an idẽ dicemus ſi filius meus ab alio poſſideatur? Seruus alienus à me bona fide poſſeſſus habetur pro ſeruo

meo

meo io acquirenda poſſeſſione. An idem dicemus de filio? Puto filium meum eſſe qui oon eſt,& dicendum per eum non acquiri poſſeſſionem: etiamſi bonam fidem habeant. Hæc diſtinctio ſerui & filij obſeruanda ex l.per eum,hic. Ratio diuerſitatis traditur in l.Iuſto. de vſucap. *Iuſto* (inquit)*errore*. Vbi enim ratio eſt diuerſitatis,oſtenditur hoc cooſtitutum eſſe, quia frequenter accidit, vt comparentur liberi hominea pro ſeruis. Iura ſolent adaptari ad ea quæ frequenter accidunt inter homines.l.Nam ad ea.de legibus. Sed de eo plenius dicturi iu interpretatione d. l.per eum. Diximus ex hoc §.tria eſſe notanda.

Primum expeditum eſt. Secundum eſt,malæ fidei poſſeſsorem non acquirere poſseſsionem. *Quod ſi mala fide*. Ego poſsideo alienum ſeruum tanquam meum,quem tamen ſcio alienum eſse,is mihi non acquiret poſseſsionem. Ratio non eſt obſcura, non eſt viſum vtile, oeque honeſtum, vt ex delicto ſuo poſseſsor lucrum faciat. In delicto eſt is qui prudens & ſciens ſeruum alienum vel liberum hominem poſsidet vt ſuum. Tertinm eſt, Seruum meum qui ab alio poſsidetur,mihi non acquirere poſseſsionem.Item liberum hominem qui ab alio poſsidetur, ſibi non acquirere poſseſsionem. Si ſeruus meus ab alio poſsideatur, plerunque acquirit poſſeſsioné poſseſsori ſuo, puta ſi bona fide poſſidetur: plerunque non acquirit, puta ſi poſſideatur mala fide. Sed cum hoc caſu non acquirat poſseſſioné poſseſsori, an ſaltem eam mihi acquirat qui dominus eius ſum? hic dicitur non acquirere domino qui ab alio poſſidetur. Et hinc annotanda eſt differentia proprietatis & poſseſſionis in acquirenda proprietate aut poſseſsione. Ecce ſeruus meus qui poſſidetur ab alio bona fide, acquirit ei poſseſſionem ex duabus cauſis. Si acquirat ex re poſseſsoris vel ex operis ſuis,mihi autem vero domino extra eas cauſas acquirit proprietatem, ſed poſseſſionem mihi acquirit,ſi mala fide poſſideatur. Ex quo notandum eſt facilius per aliom acquiri dominium quam poſseſſionem,quia dominium merum ius eſt,vt dixi. Poſseſſio facti eſt, aut plurimum facti habet. Acquirit igitur proprietatem ſine poſseſſione.Sed quomodo fieri poteſt vt dominium acquirat ſine poſseſsione? Oportet apprehendere rem. Traditionibus dominia rerum acquiruntur.l. Traditionibus. C.de pact.§.per traditionem. de rer. diui.in Inſtit. Ecce ego reſpondeo in hoc caſu:is qui bona fide poſtidetur, apprehendit quidem rem:hac apprehenſione acquirit mihi dominium qui dominus eius ſum:quamuis ab alio poſſideatur. Poſſeſtio autem interpretatione iuris ooo intelligitur mihi acquiſita.

§.Per ſeruum communem,&c. Hæc quæſtio de communi ſeruo etiam pendet ex ſuperioribus. Diximus per ſeruum acquiri poſseſsionem. De ſeruo proprio non dubitatur.Quid ſi ſeruus communis mihi ſit cum alio,an mihi,an ſibi acquiret poſseſſionem? Non eſt dubium quin ſeruus mihi & alij communis nobis acquirat poſseſſionem pro parte. Sed dubium eſt an mihi acquirere poſſit poſseſſionem,aut ſocio meo in ſolidum. Hic I.C.ait. in ſolidum poſse acquirere,quod tamen non caret dubitatione. Nam ſeruus communis non eſt ſingulorum totus, ſed pro partibus indiuiſis, quę intellectu magis quam corpore habentur.l.ſeruus communis, de ſtipul.ſer. In ſolidum tamen acquirit. Nam in rationibus acquirendi ſeruus communis duorum ſeruorum perſonam ſuſtinere dicitur. dict. leg. ſeruus communis. Cum non poteſt omnibus acquirere,acquirit tantum vni. Sed quomodo id fieri poteſt? Duo non poſsunt eandem rem poſſidere in ſolidum. l.3.§. ex contrario.hic. Sed hic non dicit duos in ſolidum poſſidere eandem rem, ſed dicit poſse vnum in ſolidum acquirere per ſeruum.

§.Per eum in quo vſumfructum,&c. Hic tractatur alia quæſtio pertinens ad ea quæ ſuperius dicta ſunt. Dictum eſt poſseſſionem nobis acquiri per ſeruum qui eſt in poteſtate noſtra. Vnde quæritur an idem dicendum ſit de eo cuius vſumfructum habemus, non dominium,nõ proprietatem. Ait Paulus per eum in quo vſumfructũ habemus nos poſſidere poſse. Ergo quod dicitur per ſeruum nobis acquiri poſseſſionem intelligendum eſt, ſiue domini ſimus eius ſerui,ſiue vſumfructum tantum habeamus:non quod nihil interſit inter proprietatem & vſumfructum, ſed quod in hac re conueniant. *Sicut ex operis ſuis,&c.* Hæc ſubiecit,vt oſtenderet non acquiri nobis poſseſſionem per ſeruum fructuarium ex quacunque cauſa. Per ſeruum in quo habemus vſumfructum, dupliciter nobis acquiritur poſseſſio, ſi apprehenderit poſseſſionem vel propter rem noſtram,vel propter operas ſuas. Hoc diſtinctius traditum eſt in l.Poſseſſio quoque. *Nec ad rem pertinet,&c.* Hic occurrit obiectioni. Seruus fructuarius à nobis non poſſidetur, is qui habet vſumfructum non poſsidet. Quomodo igitur poteſt ſeruus,cuius vſumfructum tantum, non etiam dominium habemus, acquirere nobis poſseſsionem? Iuriſconſul.ait ad rem non pertinere quod ipſum non poſſideamus. *Nam nec filium,&c.* Non eſt verum inquit Paulus non poſſe nobis acquiri poſseſſionem niſi ab eo quem poſſidemus. Nam acquiritur nobis poſseſtio per filium,qui tamen à nobis non poſſidetur. Filij nulla eſt poſseſtio, vt liberi hominis. Hinc obiter notandum eſt quod vſufructuarius non poſſidet. *Nec ad rem pertinet* (inquit) *quod ipſum non poſſideamus.* Idem dicitur in alijs quibuſdam locis, vt in l.acquiritur. de acq. rer.domi. & alijs ſimilibus. Alibi tamen dicitur vſufructuarium poſſidere. veluti in leg.naturaliter.hic. Naturaliter videtur poſſidere is qui vſumfructum habet: Poſseſsio naturalis eſt ſpecies poſseſſionis. Ego attigi aliquid de hac re in interpretatione ipſius tituli, & dixi eum qui habet vſumfructum tenere naturaliter poſſidere: Omnia quæcunque neceſsaria ſunt ad poſseſsionem, hic concurrunt. Primum interuenit poſseſſio corporalis, deinde accedit animus poſſidendi, ſi non ſibi, ſaltem alij. Diximus eum poſſidere qui animum poſſidendi habet vel tenendi vel ſibi vel alij, vt vſufructuarius: igitur merito dicitur poſſidere naturaliter. Sed ideo dicitur in alijs omnino non poſſidere, nam non ſibi,ſed alij poſſidet. Qui non ſibi poſsidet,ſed alij,is poſtidere non poteſt. & hæc difficultas naſcitur ex homonymia: idque alias oſtendit ſimilitudine. Vſufructuarius igitur naturaliter poſſidet, ſed nõ ſibi poſſidet,verùm proprietario. Hoc vulgare eſt,attamẽ obſeruatione dignum, vſufructuarium haberi pro procuratore eius qui proprietatem habet. l. 1. §.vltim. de ope. noui nunt. De quo dicemus fuſius in interpretatione d.l.naturaliter.in princ.infra eodem.

§.Ceterum & ille per quem,&c. Paulus hic interpretatur ea quæ iam dicta ſunt ab eodem in §. item acquirimus, ſuprà dictum eſt in eo.§.acquiri nobis poſseſſionem per ſeruum qui in poteſtate noſtra eſt, etiam plerunque ignorantibus nobis:veluti ſi ex cauſa peculiari poſseſsio apprehendatur. Hic quæritur qualis eſſe debeat ille ſeruus per quem acquiritur nobis poſseſſio? An nihil referat cuius ſit ætatis? Hic Paulus noſter ait, *Ceterum & ille,&c.* Sicut cum acquirimus poſſeſſionem per noſmetipſos,neceſsarius eſt intellectus noſter,iudiciũ noſtrum in acquirenda poſseſſione: ita etiam cum acquirimus per alium, puta, per ſeruũ noſtrum,neceſsariũ eſt eius iudicium & animus eius poſſidendi. *Et ideo ſi furioſum.* Furioſus qui intellectu caret, non poteſt habere animum acquirendæ poſseſſionis

zz 4

domino ſuo. Quia ad acquirendam poſſeſſionem requiritur animus, intellectus, iudicium. Hoc requiritur in ſeruo, quamuis nihil referat plerunque quem intellectum habeat is cui acquiritur: ex quibus cauſis acquiritur ignoranti poſſeſſio. Tamen requiritur in eo, per quem acquiritur animus & iudicium. *Quod ſi impuberem, &c.* Hæc differentia furioſi & impuberis declarata eſt à nobis in §. ſed furioſus. Sed quamuis pupillus firmum iudicium non habeat, non tamen iudicio prorſus caret, ſicut furioſus. Furioſus nullam mentem habet, nullum iudicium. Nos diximus hanc eſſe differentiam inter furioſum & pupillum. Quæritur apud Accurſ. ſi quis tradiderit ſeruo meo furioſo rem aliquam eo animo vt mihi acquiratur per ſeruum meum furioſum, an acquiratur mihi poſſeſſio, an ſufficiat animus tradentis. Is qui mihi vendidit rem aliquam volebat in me transferre eius rei poſſeſſionem, tradens eam ſeruo meo, an propter eius animum, eius rei poſſeſſio mihi acquiratur? Variæ ſunt rationes & opiniones quæ hinc inde adducuntur. Qui putant animum tradentis ſufficere, vtuntur hoc argumento, aiunt: Qui poteſt nobis inuitis, poteſt etiam nobis non intelligentibus. l. 4. de fideicom. lib. l. qui poteſt. de reg. iur. & l. qui mihi don. 13. de donat. Quidam mihi rem donatam acquiri volens, tradidit eam procuratori meo eo conſilio vt mihi acquireret. Procurator meus eam accepit, non mihi, ſed ſibi potius vel alij acquirere volens. Quæritur an mihi acquiſita ſit? I. C. ait, acquiſitam eſſe mihi etiam procuratore meo inuito propter animum tradentis, qui vult eam rem mihi acquiri inuito ſeruo: in propoſita ſpecie acquireretur domino poſſeſſio. Quid ergo refert an ſeruus furioſus ſit, an non ſit? Quia ſi ſeruus ſanæ mentis eſſet, non poſſet impedire acquiſitionem & tranſlationem poſſeſſionis. Hoc argumento vtuntur qui exiſtimant hoc caſu acquiri poſſeſſionem domino: quibus non aſſentior. Exiſtimo cum pleriſque aliis hoc caſu non acquiri domino poſſeſſionem. Nam verum eſt cum nobis acquiritur poſſeſſio, per alium requiri animum eius per quem nobis acquiritur. Hoc liquet ex verbis Pauli quæ hic interpretamur. Ergo non ſufficit voluntas & conſilium eius qui tradidit rem ſeruo meo, vt mihi acquiratur: ſed neceſſaria eſt voluntas eius per quem nobis acquiritur. Nec ſufficit dicere animum meum qui dominus ſum, interuenire ſimul cum apprehenſione corporali ipſius ſerui, hoc non ſufficit. Nam præter animum domini cui acquirenda eſt poſſeſſio, animus etiam ſerui, per quem acquiritur, neceſſarius eſt. Animus domini neceſſarius eſt, niſi cum acquirit ſeruus ex cauſa peculiari. Extra hanc cauſam non acquiritur poſſeſſio domino præterquam ſcienti. Sed præter hanc voluntatem domini neceſſarius eſt animus eius per quem acquiritur. Nihil refert quo animo is fuerit qui ſeruo rem tradiderit, ſi ſeruus non habuerit animum acquirendi domino ſuo. Sed quid reſpondebimus ad leg. qui mihi donatum. de don. Ad eam l. aliter reſpondeo quàm cæteri: eam legem eſſe accipiendam de acquiſitione dominij, & non de acquiſitione poſſeſſionis. Quærebatur in ea leg. qui mihi donatum, inuito procuratore acquiſitum eſſet dominium domino qui procuratorem conſtituit. Ea quæſtio propria eſt tit. de acq. rer. dom. Quærebatur igitur an dominium eſſet mihi acquiſitum inuito procuratore: & ait I. C. inuito etiam procuratore dominium eſſe acquiſitum. Ego iam ſæpe admonui, facilius nobis acquiri dominium per alium quàm poſſeſſionem. Dominium eſt merum ius, poſſeſſio facti. Cum igitur per aliam perſonam de acquirenda re agitur, multum intereſt inter poſſeſſionem & dominium. Atque ideo & ſi dixerimus inuito procuratore dominium acquiri domino, non ideo conſequens eſt poſſeſſionem acquiri. Ego ſcio quid alij reſpondeant, & ideo videbitur forte [illegible] noſtra opinio. Sed non video cur procurator qui non habet animum acquirendi domino, à ſeruo furioſo diſtinguatur. Ego dicam de hac re plenius & accuratius in §. per procuratorem. infr. hac l.

§. Pupillus per ſeruum ſuum, &c. Hoc pertinet ad ea quæ dicta ſunt in §. Cæterum dictum eſt poſſeſſionem mihi acquiri per ſeruum etiam impuberem, ſi iuſſero ſeruo meo ire in poſſeſſionem. Hinc quæritur quid ſi ego impubes quoque ſim non minus quam ſeruus ille cui iubeo meo nomine poſſeſſionem apprehendere: cum vterque noſtrum ſit impubes, quæritur an mihi impuberi acquiratur poſſeſſio? I. C. ait *pupillus per ſeruum, &c.* Quæ dicta ſunt in ſuperiore capite acquiri nobis poſſeſſionem per ſeruum quoque impuberem, ita intelligenda ſunt, etiam ſi impubes ſit qui iubet ſeruo ſuo impuberi, vt in poſſeſſionem eat; modo tutore autore iubeat. Hoc adiidit Paulus vt oſtenderet ſe etiam loqui de eo pupillo qui infans eſt. Nam in §. ſed furioſus. & leg. quamuis. §. infans. dictum eſt, pupillum etiam ſine tutore acquirere poſſeſſionem. Sed notandum eſt non requiri iuſſum pupilli, nec autoritatem tutoris in cauſa peculiari. Quia ignoranti pupillo, infanti, furioſo acquiritur poſſeſſio per ſeruum ex cauſa peculiari. Acquiritur enim ea poſſeſſio animo & corpore alieno. leg. 3. §. ſaltus. hic. Sed ex alia cauſa quam peculiari non acquiritur niſi ſcienti. Ideoque non acquiritur furioſo, infanti, qui iudicium non habet. Hinc quæritur apud Accurſ. Quid ſi ſeruus pupilli vi occupauerit poſſeſſionem, idque tutore autore, an per hunc ſeruum acquiratur poſſeſſio pupillo? Ego exiſtimo (vt breuiter dicam quod ſentio) poſſeſſionem hic non acquiri. Qua ratione mouear, ego mox oſtendam. Sed interim illud notate quod ſæpe iam repetiui, Poſſeſſionem, quæ nobis acquiritur per alium, ciuilem dici magis quam naturalem. Ciuilis dicitur, quia interpretatione quadam iuris intelligitur poſſidere: Poſſeſſio autem ciuilis non poteſt iniuſta eſſe. leg. quod ſeruus. hic. Atque ius non fingit aliquem poſſidere, niſi eum poſſidere iuſtum ſit. Cum non eſt iuſta cauſa poſſidendi, abſurdum eſſet dicere ciuilem eſſe poſſeſſionem. Quomodo ius aliquid contra æquum interpretaretur? Nec quicquam facit tutoris autoritas in hac hypotheſi. Nihil ad rem pertinet quod dicitur tutoris autoritatem interueniſſe: In re legibus prohibita, quid facit tutoris autoritas? Tutoris autoritas non pertinet ad ea, quæ legibus prohibita ſunt: cuiuſmodi eſt poſſeſſio iniuſta, vi occupata. l. ſi procurator. de condict. indeb. Nec mouere nos debet quod dicitur in l. is qui in puteũ. §. ſi tutoris quod vi aut clam. Ex qua lege argumentum ducunt ij, qui contra ſentiunt. Si tutor vel curator aliquid fecerit vi aut clam in alieno, aduerſus pupillum datur interdictum quod vi aut clam: eo nomine agitur aduerſus pupillum, quia acceſſit tutoris autoritas. Sed dicendum eſt agi aduerſus pupillum: non quod is poſſeſſor ſit eius operis, ſed vt patientiam præſtet demoliendi eius operis quod factum eſt. Hoc interdictum ad patientiam præſtandam datur etiam aduerſus eos qui non poſſident, puta aduerſus colonum. l. Denique, quod vi aut clam. Quem certum eſt non poſſidere, &c.

§. Per ſeruum qui in fuga, &c. Hic quoque tractatur quæſtio ad ſuperius dicta pertinens de acquirẽda poſſ. per ſeruum. Acquiritur nobis poſſeſſio per ſeruum qui in noſtra poteſtate eſt. Sed ſi ſeruus aufugerit à domino ſuo, an is quoque dicetur poſſeſſionem acquirere domino ſi poſſeſſionem alicuius rei apprehenderit? Diſſenſio fuit veterum I. C. in hac re & opinionum va-

Digitized by Google

num varietas. Narua filius exiſtimauit, nihil nos poſſe per ſeruum, qui in fuga eſt, poſſidere: alij diſſentiebant ab eo. Et obtinuit per eum nobis acquiri poſſeſſionem, ſi à nullo alio poſſideatur. Nam nec ſibi, nec alij acquireret, ſi diceremus eum non acquirere domino. Non poteſt alij acquirere quàm domino, quia à nullo alio poſſidetur. Sibi non acquirit, quia eſt ſeruus. Vtilitas igitur ſuaſit vt ita conſtitueretur. Preterea ſeruum qui in fuga eſt, nos poſſidemus, præterquã in exceptis caſibus. Tametſi res alia mobilis, poſtquam deſinimus eam retinere ſub cuſtodia noſtra, eam amittamus. Tamen aliter conſtitutum eſt de ſeruo vtilitatis cauſa iure ſingulari. Hoc dicitur duobus in locis ſub hoc tit. Vnus eſt in leg. Pomponius, 13. in princip. alter in l. rem quæ nobis. *Ego*, inquit Vlpianus in dict. leg. 13. *dominium me, retinere puto, poſſeſſionem non puto.* Facilius amittimus poſſeſſionem rei mobilis quam immobilis. Præterea rei mobilis dominium non amittimus, quod in mare demerſa ſit. Neceſſe ſimile ſugitiuo. Hoc ratione quadam ſingulari conſtitutum eſt in ſeruo fugitiuo, ne alias ei ſit liberum aufugiendo quotieſcunque voluerit, priuare dominum poſſeſſione ſui. Id multum incommodi adferret dominis ſuis. Huic ſimile eſt quod dicitur in dict. leg. rem quæ nobis. Et hæc ratio eſt quare videamur fugitiuum poſſidere, quod is quemadmodum aliarum rerum poſſeſſione n interuertere non poteſt, ita ne ſuam quidem poteſt. Etſi ſeruus mihi ſurripuerit rem aliquam meam, non ideo poſſeſſionem amiſi eius rei, quamuis ſi ſubrepta ſit ab alio, poſſeſſionem amiſerim. Nam ne poſſeſſionem quidem ſuam poteſt interuertere ſeruus. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. 3. §. ſi ſeruus Spertacus, propter quem bellum ciuile ortum eſt Romæ. Seruus igitur qui in fuga eſt, nihilominus poſſidetur à domino ſuo, poſſeſſionem ſuam interuertere non poteſt non minus quam aliarum rerum. Cum poſſideamus eum, mirum non eſt ſi poſſeſſio per eum nobis acquiratur: ſed animaduertendum, in hac poſſeſſione acquirenda domino animum ipſius ſerui neceſſarium eſſe: & ſi plerique aliter exiſtiment. Id apertiſſimè expreſſum eſt, & diſertiſſime in hac leg. quam interpretamur. §. hæc quæ de ſeruis. infra. *Nam ſi ſeruum tuum poſſidere iubeas, &c.* Generaliter loquitur Iureconſul. quæcunque hactenus de ſeruis dicta ſunt in hac prolixa diſputatione de acquirenda per ſeruos poſſeſſione. intelligenda ſunt ſi ſerui ſuis dominis velint acquirere. Et forte ſeruus qui in fuga eſt, habet animũ redeundi ad dominum ſuum, & vult poſſeſſionem acquirere rei alicuius, vt in gratiam eius redeat. His quæ diximus opponitur vt contraria l. ſi ſeruus. de public. in rem actio. Vbi Pomponius ait, *Si ſeruo, qui in fuga eſt, res ſit tradita, publicianam competere domino, licet poſſeſſionem rei traditæ per eum nactus non ſit.* His verbis vtitur Iuriſconſultus. Zaſius ait, nunquam ſe vidiſſe antinomiam explicatu difficiliorem, nec diſſimulat ſe eam explicare non poſſe ſine diuinatione, vt ait. Verba Pomponij ita accipit Zaſius, quaſi diceret per ſeruum poſſeſſionem nobis acquiri non poſſe. Sed non ita dicit. Senſus verborum Pomponij eſt: Publiciana actio competit etiam eo caſu quo poſſeſſio non acquiritur per ſeruum qui in fuga eſt: & certum eſt non ſemper acquiri poſſeſſionem per ſeruum qui in fuga eſt. In primis excipitur caſus in noſtro capite, ſi ſeruus ab alio poſſideatur. Alia exceptio eſt in l. 3. §. ſi ſeruus. Si ſeruus proclamet ad libertatem, & diu in libertate ſit moratus. Quid ergo incommodi eſt in ea re? Publiciana actio mihi competit, licet poſſeſſionem rei traditæ per eum nactus non ſim: etiam eo caſu quo poſſeſſio non acquiritur per ſeruum qui in fuga eſt, datur mihi actio publiciana. Vt competat actio publiciana, ſufficit quæcunque apprehenſio. In ea ſpecie apprehenſa eſt res, aut ab eo qui publiciana agere vult, aut ab eius ſeruo: non eſt neceſſaria acquiſitio poſſeſſionis, vt publiciana actione agi poſſit.

§. *Per ſeruum corporaliter, &c.* Sequitur alia quæſtio pertinens ad ea quæ ſuperius dicta ſunt. Dictum enim fuit poſſeſſionem nobis acquiri per ſeruum noſtrum. Inde quæritur quid ſi ſeruus alicui in pignus datus ſit? Debitor tradidit ſeruum quendam ſuum in pignus, an per hunc ſeruum debitor poſſit acquirere poſſeſſionem? Hæc quæſtio eſt noſtra. Hic dicitur poſſeſſionem non acquiri ex ſententia Iuliani, nec id mirum, cum debitor hunc ſeruum non poſſideat. Debitor qui tradidit ſeruum ſuum in pignus alicui creditori; deſinit eum poſſidere, tradendo pignori transfert poſſeſſionem in creditorem. Nam pignus proprie eſt cum poſſeſſio tranſit. leg. ſi rem alienam. 9. §. proprie. de pignor. actio. Iureconſul. ait debitorem non poſſidere, niſi ad vnam tantum cauſam, ſcilicet ad vſucapionem. Dubitatum fuit apud veteres quiſnam poſſideat rem pignoratam, debitor qui tradidit, an creditor qui accepit. Et receptum eſt debitorem poſſidere ad vnam tantum cauſam, ſcilicet ad vſucapionem: creditorem ad alias cauſas. Sed cur ita conſtitutum eſt? Quia cum quæritur an transferatur poſſeſſio in aliquem, plerunque inſpici ſolet quod actum eſt inter dantem & accipientem. leg. intereſſe hic. Vbi id fuſius explicaturi ſumus. Cum quæritur an ſequeſter poſſideat, inſpicimus quo animo res apud eum ſit depoſita. In pignore contrahendo hoc agitur vt creditor pignore accepto ſecurior fiat. Ita conſulitur creditori pro pecunia credita: quia melius eſt ei in rem incumbere quàm obligatam perſonam habere. Acquirit ius in ipſam rem. Res ipſi obligatur, non tantum perſona. l. pignoris perſecutio. de pignoribus. Hæc rei perſecutio maxime ad eius ſecuritatem pertinet. Securior eſt poſſeſſione in ſe translata creditor, quàm ſi poſſeſſionem non haberet, vt videlicet non tantum poſſit vindicare, ſed interdictum vti poſſidetis, quod eſt retinendæ poſſeſſionis, vel vnde vi, quod eſt recuperandæ, exercere: ſi forte ab eo res auferatur. Vtilia ſunt iudicia poſſeſſoria, quibus non vteretur ſi poſſeſſionem non haberet. Vt autem ita poſſideat creditor, vt poſſit vſucapere rem pignoratam, non eſt credibile hoc agi inter dantem & accipientem, vt hoc agitur vt ſecurior ſit. Atque ideo non poterit vſucapere creditor, etſi longo tempore poſſederit: vſucapit autem debitor ipſe qui dedit, ſi forte dominus non erat. Hoc enim receptum eſt, quantum ad vſucapionem poſſidere debitorem, tantum ad alias cauſas creditorem. & ita accipienda ſunt quæ pleriſque in locis extant ſcripta à iuris autoribus de hac poſſeſſione pignoris. Veluti in leg. pignori. in leg. ſerui. de vſucapion. in l. cum & ſolum. §. pignus. & l. ſi pignus. de pign. act. leg. per ſeruũ de acquir. rer. dom. & l. ſi ſeruus. depoſ. In quibuſdam dicitur creditorem poſſidere, in aliis hæc diſtinctio adhibetur. Hæc quę diximus de pignore, de eo pignore intelligenda ſunt, quod dicitur conuectionale, quod proprie pignus dicitur. Non ſunt intelligenda de prętorio pignore, vt dicemus ad l. 3. §. vltim. hic. In prætorio pignore nulla eſt voluntas contrahentium, autoritate prætoris conſtituitur, non voluntate contrahentium. *Per ſeruum corporaliter pignori datum, &c.* Debitor qui tradidit rem ſuam in pignus nõ poſſidet eam, niſi ad vſucapionem. Sed an ſaltem creditor poterit acquirere poſſeſſionem per ſeruum pignoratum? Hic Iureconſultus ait, *Sed nec creditorem, &c.* Videbatur creditorem acquirere poſſeſſionem, quia poſſidet. Diximus debitorem poſſidere quantum ad vſucapio-

ncm, quantum ad omnes alias cauſas dicitur poſsidere creditor. Cur igitur per ſeruum pignoratum non acquititur poſseſsio creditori? Reſpon. Solam poſseſsionem non ſufficere, vt nobis acquitatur poſseſsio per ſeruum, vt ſupra dixi, non ſufficit ſimplex & nuda poſseſsio ad acquirendam poſseſsionem per ſeruum. Vſuſructuarius acquirit per ſeruum ex re ſna, vel ex operis eins: ſed hoc fit propter vſumfructum, quia illa acquiſitio poſseſsionis eſt in fructu. leg. pignori.13.de vſufruct. *Pignoratum*, (inqnit) *ſeruum non vſucapimus, quia alieno nomine poſſidemus*. Supereſt hic tantum vna quæſtio. Cur hic dicitur pignus vſucapi à debitore? *Ad vſucapionem.* hic dicitur valere poſseſsionem debitoris qui pignus dedit creditori ad vſucapionem. In aliis etiam locis aperte dicitur debitorem vſucapere poſse: Creditorem verò vſucapere non poſse. Sed hoc videtur conſiſtere non poſse. Nam res data in pignus, vel eſt propria eius qui dedit, vel aliena. Si propria eſt, non poteſt eam vſucapere, quia res mea non poteſt amplius mea fieri. Si ſit aliena, non valet pignus. Pignus de re aliena non contrahitur. Quomodo igitur accipiemus quod hic dicitur hanc poſseſsionem prodeſse debitori ad vſucapionem, id eſt, vt vſucapere poſsit? Ego reſpondeo, rem alienam in pignus dari non poſse, niſi bona fide poſsideatur ab eo qui in pignus dat: id enim accipiendum eſt cum hac explicatione: res quæ à me bona fide poſsidetur poteſt à me in pignus dari. l. ſi ab eo.de pignor. Res propter quàm prætor dat mihi publicianam, ea poteſt ita in pignus dari: & ſicut prætor tuetur me per publicianam. ita etiam eum cui pignus dedi tuetur per Seruianam. Atque ita poteſt locum habere quod hic dicitur à Paulo noſtro. Poteſt fieri vt res aliena bona fide poſseſa, detur pignori à debitore. Cætera dicemus ad l. qui pignori.36.hic.

§.Veteres putauerunt. Hic quoque tractatur quæſtio pendens ex his quæ ſuperius dicta ſunt in §. item acquirimus. Dictum eſt à nobis acquiri poſseſsionem per ſeruum. Quæritur quid ſi ſeruus hæreditarius ſit, & agatur de acquirenda poſseſsione alicuius rei hæreditariæ? Hic dicitur ex ſententia veterum iuris autorum non poſse nos per ſeruum rem hæreditariam acquirere quæ ſit eiuſdem hereditatis, *Veteres*, inquit, *putauerunt*. Id eſt, non tantum hæreditas ipſa non poteſt acquiri nobis per ſeruum hæreditarium, ſed nec quicquam quod eius hæreditatis ſit. Seruum autem hæreditarium hic non accipimus qui iure hæreditario obuenit alicui, qui obuenit ei tanquam ſucceſsione in locum defuncti: hoc enim eſt hæredem eſse, de quo fuſius diſſeremus ſub titul. de acquiren. hæred. Hæreditas eſt ſucceſsio.&c.l.nihil aliud. de verb. ſigni. Hæredem eſse eſt eum locum tenere quam teneret defunctus. Ideoqua vere dicitur in leg. hæreditas.de petit.hæred. hæredem eſse, etſi bona nulla ſint in hæreditate. Si cui ſit delata hæreditas, & declarauerit ſe velle hæredem eſse defuncti, non ideo poterit detrectare æris alieni ſolutionem, quod nihil ſit in hæreditate: non poterit ideo cauſari ſe hæredem non eſse, quod nihil reperiatur in bonis defuncti, hæredem enim eſſe eſt repræſentare perſonam defuncti. Seruus hæreditarius eſt qui hoc iure obuenit alicui. Nec verum eſt hæreditatem tantum dici antequam adita ſit (vt plerique putát.) Certum enim eſt hæreditaté dici defuncti etiam poſtquam adita eſt, etſi plerunque res hæreditaria accipiatur ante aditionem hæreditatis, vt in leg. Mortuo.de fideiuſ.l.1.§.1.ſi quis teſtam.lib.&c. Hæreditas dicitur domina, ſed poſtquam hæreditas adita eſt, nihilominus dicitur hæres. Si hæres eſt, ergo hæreditas eſt arg. à coniugatis. Quæſtio eſt enim de ratione loquendi. In hac igitur quæſtione ſequamur vſum loquendi Iuriſconſul. vt in petitione hæreditatis. Petitur hæreditas poſtquam adita eſt. Hæc hæreditas diuiditur familiæ erciſcundæ iudicio inter hæredes. Sic venditur hæreditas adita. Itaque nihil incommodi eſt iudicio meo, ſi dixerimus ſeruum hæreditarium hic accipi etiam poſt aditam hæreditatem: licet aliqui diſſentiant. Regula igitur antiquorum eſt, non poſse nos per ſeruum hæreditarium acquirere quod ſit eiuſdem hæreditatis, non modo hæreditas ipſa non poteſt acquiri per ſeruum hæreditarium, ſed nec quicquam quod ſit eius hæreditatis. Idem dicitur in leg. per ſeruum hæreditarium. 18. de acquiren. rer. dom. & in leg. hæres.43. de acquir. hæred. Sed cur hoc ita conſtitutum eſt à veteribus, vt neque hæreditas, neque alia res hæreditaria poſſit per ſeruum hæreditarium acquiri, cum etiam res empta acquiratur per ſeruum emptum: & per ſeruum legatum acquiratur res legata? Magna eſt controuerſia & diſſenſio de hac re, nec vllus eſt qui affirmare auſit perſpectam ſibi rationem huius veteris iuris. Sed ego ſēper exiſtimaui ex veteris iuris ſubtilitate hoc ortum eſſe. In iure veteri multę erant ſubtilitates quæ magna ex parte emendatę ſunt, vel à prætoribus, vel aliis magiſtrat. vel etiam ab ipſis iuriſprudentibus. Paulus hic veteres citat. *Veteres* (inquit) *putauerunt, &c.* Vt oſtenderet quod hic dicitur veterum autoritate niti magis quam euidenti aliqua ratione. Priſcis illis Iuriſconſul. videbatur alienum & quodammodo abſurdum, vt hæreditas per hæreditatem acquiratur. Id quod adquirit & id quod acquiritur diſtincta eſſe debent ſi ſubtilitatem ſequamur. Hæreditarius ſeruus etſi hæreditas non ſit, tamen hæreditas conſtat ex rebus quæ continentur in patrimonio defuncti. Magna ſolennitas fuit olim in hac re. Hoc ſatis oſtendit ſolennitas illa cretionis, quæ tantum ſolennitas fuit. l. Cretionum. C. de iure delibe. Ex his ſubtilitatibus iuris antiqui quædam emendatæ ſunt vt dixi, quod iniquitatem habere viderentur, aliæ remanſerunt, vt hæc de qua inſtituta eſt à nobis diſputatio, quæ non videbatur aliquid incommodi habere, aut non multum habere, eas immutare neglexerunt prudenter legiſlatores ipſi. Admonet nos Vlpianus in titul. de conſtitut. princip. in nouis rebus introducendis euidentem vtilitatem eſſe debere. Ius vetus, etſi non deprehendatur forte vtile magnopere eſſe, modo non multum incommodi afferat, non debet abrogari. Alia ratione ſibi conſulere poteſt is qui vult acquirere, vel hæreditatem vel rem aliam hæreditariam quàm per hæreditarium ſeruum. Eadem ratione diximus, cum diſſereremus de iure accreſcendi, non eſſe à iuriſprudentibus mutatum illud ius antiquum, quo fuerat cautum ne quis pro parte decederet teſtatus, & pro parte inteſtatus: quamuis hoc ſubtilitatem potius quam euidentem æquitatem habere videatur. Quæ ita ſubtilia ſunt vt iniquitatem habeāt, ea forte mutata & emendata videntur à prætoribus, ſicut in ſeruitute ad tempus conſtituta: ſicut in obligatione ad tempus contracta. leg. ſeruitutes. de ſeruitut. l. obligationum fere, de oblig. & actio. Apud Paulum igitur hic tractatur quomodo ſententia veterum accipienda ſit: An longius produci debeat hæc regula. Exempli gratia. Sicut diximus rem hæreditariam non poſſe acquiri per ſeruum hæreditarium, an idem dicemus de pluribus ſeruis emptis, aut donatis, aut legatis? Vt per vnum ex his alij non poſſint acquiri, vt ſi emptor, vel legatarius per vnum velit acquirere poſſeſſionem aliorum, non poſſit propter regulam veterum. Ait Iuriſconſultus huc producendam non eſſe regulam veterum. Nam regula à veteribus tradita pertinet tantum ad res hæreditarias & ad ſeruos hæreditarios. Ad ſeruos donatos, vel emptos, vel legatos non pertinet. Atq; ideo ad

eos pro-

eos produci non debet interpretatione. Hinc notandum eſt ea, quæ ſubtilitatem habent, interpretatione ad alia producenda non eſſe. l. quod vero. & l. neque res. de legibus. Cum quid lege expreſſum eſt, bona occaſio eſt id ad ea quæ ad eandem vtilitatem tendunt, producere. Sed quod ſingulari iure receptum eſt, id produci interpretatione non debet. Subtilitas non eſt facile ad alios caſus extendenda. Præterea non producitur ad eos qui partim legatarij ſunt, partim heredes. Quidam ex parte me hæredem inſtituit, & mihi prælegauit ſeruum, pro parte meus eſt iure legati, pro parte meus eſt iure hæreditario. Quæritur an poſſeſſio mihi acquiri poſſit per eum ſeruum rei alicuius hæreditariæ? Iuriſconſultus ait poſſe per eum poſſeſſionem acquiri. Sic deflectit Paulus à ſubtilitate ad æquitatem. Simile exemplum eſt in leg. qui abſente. 38. §. vltim. Quod exemplum nos ſequi debemus quoties ſimilis occurrit ſubtilitas.

§. *Hæc quæ de ſeruis diximus, &c.* Ex ſuperioribus quoque pendet hæc quæſtio, id eſt, ex his quæ diximus de poſſeſſione per ſeruum acquirenda, multæ ad eum locum quæſtiones pertinentes à nobis tractatæ ſunt. Ex iam dictis ergo naſcitur quæſtio. Cum dicimus per ſeruum nobis acquiri poſſeſſionem, an ſic accipere debeamus, Acquiri corporali apprehenſione ſerui, etiamſi non adſit ipſius ſerui voluntas & animus? Et videtur ſufficere corporalis apprehenſio ſerui, cuius miniſterio acquiritur domino poſſeſſio. Præſertim cũ domino iubente res apprehenditur. Poſſeſſio quidem corpore & animo acquiritur. Sed cum ſeruus domino iubente & volente rem corporaliter apprehendit, vtrumque hic concurrit, animus & corpus. Animus ſcilicet domini poſſeſſionem ſibi acquiri volentis. Corporalis autẽ apprehenſio ſerui. Sed Paulus noſter hic ait voluntatem ſerui neceſſariam eſſe, non ſufficere factum ipſius, corporalem apprehenſionem ſerui. Ergo duorum voluntas requiritur hic in acquirenda poſſeſſione, vna domini, altera ſerui, volente domino debet ſeruus intrare in poſſeſſionem, debet ſeruus apprehendere poſſeſſionem animo acquirendi domino ſuo. Alias per ſeruum non acquiritur domino poſſeſſio. Hoc eſt quod dicitur corpore & animo alieno poſſeſſionem nobis acquiri, vt dicitur in leg. 3. §. Saltus. hic. *Nam ſi ſeruum, &c.* Dictum fuit à nobis ſupra, hoc locum habere etiam in ſeruo qui in fuga eſt. In ea quæſtione quam tractaui de ſeruo qui in fuga eſt, quæſitum fuit, an ſeruus qui in fuga eſt, qui à nullo alio poſſidetur, acquirat domino poſſeſſionem, etiamſi non habeat animum acquirendi domino. Quidam exiſtimant non eſſe neceſſarium animum ſerui, quia alias nihil per ſeruum, qui in fuga eſt, domino acquireretur. Nam (inquiunt) non eſt credibile ſeruum qui in fuga eſt habere animum acquirendæ poſſeſſionis domino ſuo, quam ſententiam ſupra confutaui. Incidit difficultas ex leg. qui mihi donat. de qua diximus & mox dicemus in interpretatione §. ſequen.

§. *Per procuratorem, &c.* Hic §. pertinet ad diuiſionem ſuperius traditam in §. item acquirimus. Hæc eſt diuiſio Pauli. Poſſeſſionem nobis acquirimus, aut per noſmetipſos, aut per alios qui ſunt in poteſtate noſtra: cuiuſmodi ſunt filij, ſerui: aut per alios qui non ſunt in poteſtate noſtra, veluti per procuratorẽ. Quæſtio igitur hic eſt an per procuratorem nobis acquiratur poſſeſſio? Et videtur acquiri non poſſe, ſi ſubtilitatem iuris ſpectemus. Regula enim eſt per liberã perſonam nobis non acquiri. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. de verborum obligation. Sed tamen vtilitatis cauſa receptum eſt, vt poſſit per liberam perſonam nobis acquiri poſſeſſio. Non tantum valuit in hac re ſubtilitas iuris, quãtum vtilitas communis hominum, Subtilitate refragante hoc receptum eſt & confirmatum. Id ſatis oſtendit lex 8. per procuratorem. C. eod. *Per procuratorem vtilitatis cauſa, &c.* Hoc ſuaſit vtilitas, vt admitteretur: cum ſtricto iure ſecundum ſubtilitatem hoc non videatur recipiendum eſſe. Hoc conſtitutum eſt magna ratione de his qui ſunt in poteſtate noſtra. l. Stipulatio iſta. §. alteri. de verborum obligat. Dicebant veteres quod factum eſſet à filio videri à patre factum, quia filius à patre procreatus eſt: quam rationem imitati ſunt iuris noſtri autores, vt actionem filij ab actione patris non diſtinguant. Non igitur mirum eſt ſi omnes obligationes & actiones acquirantur patri per filiũ in cuius eſt poteſtate. Sed diſtinguunt hic Iuriſconſ. acquiſita ciuiliter, ab acquiſitis naturaliter. Hæc diſtinctio eſt in l. Ea quæ. de acquir. rer. domin. Poſſeſſio actus eſt maxime naturalis. Nihil magis naturale eſt quàm apprehendere rem cum animo retinendi & poſſidendi. Poſſeſſio per quamcunque perſonam nobis acquiri poteſt, nec refert an ſit ſui iuris, an in poteſtate noſtra. Solet quæri quomodo accipere debeamus procuratorem in hoc loco. Cum dicimus per procuratorem nobis acquiri poſſeſſionẽ: an procuratorem accipere debemus cui hoc ſpecialiter à domino mandatum ſit, vt poſſeſſionem acquirat: an vero qui generalis ſit procurator? Ego exiſtimo procuratorem accipiendum eſſe, cui generalis bonorum adminiſtratio mandata eſt, etiamſi nominatim ei mandatum non ſit. Is cui libera bonorum omnium adminiſtratio conceſſa eſt, dicitur procurator, & huic conuenit definitio procuratoris. l. 7. de procurator. *Procurator* (loquit Cicero in oratione pro Cæcinna) *eſt qui alieni iuris vicarius* eſt. Cum ergo de procuratore hic ſimpliciter loquatur Iuriconſul. nec requirat ſpeciale mandatum, dicemus quod hic dicitur ad procuratorem quoque vniuerſorum pertinere, quem Iuriſconſul. vocant aliquando procuratorem vniuerſorum bonorum, totorum bonorum, vniuerſarum rerum. Aliquando procuratorem ſimpliciter eum cui libera adminiſtratio bonorum conceſſa eſt. l. procurator cui generaliter. l. procurator totorum. de procurat. Nec diſtinguendus eſt procurator totorum bonorum, à procuratore, quem vocant cum libera. Hæc diſtinctio fuit incognita veteribus, vt puto. Exiſtimo igitur quod hic dicitur de procuratore, accipi eadem ratione de eo cui libera bonorum adminiſtratio conceſſa eſt. Mouet nos præterea, quod his verbis videtur Paulus noſter procuratorem tutori & curatori comparare. Non eſt dicendum tutori ſpecialiter mandatum quid eſſe, habet tantum generale mandatum. Illud etiam quæſitum eſt, an poſſeſſio per procuratorem acquiratur domino directo & ſine vlla ceſſione. Et breuiter dicendum eſt nullam hic ceſſionem procuratoris requiri, ſed continuo directo poſſeſſionem acquiri domino per procuratorem miniſterio ipſius procuratoris. Procurator hic dicitur miniſterium alienæ poſſeſſionis præſtare. l. Quod meo. 18. hic. §. Dominus acquirit poſſeſſionem per procuratorem, idem miniſterio procurator poſſeſſor efficitur: non ita accipere debemus, quaſi in procuratorẽ poſſeſſio transferatur, deinde eam domino cedat. In actionibus acquirendis hæc ceſſio neceſſaria eſt. l. Poſſeſſio quoque. in fine. hic. Multum ergo intereſt inter actiones ſiue obligationes quæ per procuratorem acquiruntur, & poſſeſſionem. Poſſeſſio ſtatim transfertur miniſterio procuratoris in dominium, non actio, non obligatio. Sed obiecerit aliquis idem de actionibus & obligationibus dicendum videri, quia dicitur in pleriſque locis emptionem, venditionem, aliáſque huiuſmodi obligationes etiam per nuntium contrahi poſſe. l. 2. §. 1. de contra. emp. l. qui autem. de conſtit. pec. Ecce emptio nõ tan-

tum contrahitur inter præſentes, ſed etiam inter abſentes per nuntium vel per epiſtolam. Contrahitur emptio conſenſu. Nihil autem vetat quominus emptor per epiſtolam, vel per nuntium conſenſum ſuum declaret, atque ita contrahant emptionem. Per nuntium contracta venditione certum eſt obligationem & actionem directo domino acquiri. Sed ego alias dixi, quòd ſæpe hoc à nobis repetitum eſt, locos huiuſmodi de nuntio accipiẽdos eſſe, non de procuratore. Hi loci de nuntio non pertinent ad procuratorem. Nobis non acquiritur actio per procuratorem ex emptione, ſed tantum acquiritur nobis per nuntium. Nec obſtat huic ſententiæ regula, à nobis tradita in §. Chryſogonus. Per liberam perſonã nobis nulla obligatio acquiritur, non tamen per nuntium inter abſentes aliqua obligatio contrahitur. Nuntius nobis nun acquirit. Vnde dici non poteſt per liberam perſonam hoc caſu nobis obligatiõ quæſita eſſe. Nuntius qui mittitur non dicitur emere, vt dici poſſit acquirere domino obligationem. Ego mitto nuntium, vt mihi rem aliquam ſiue mobilem ſiue immobilem vendas. Venditio hoc caſu non cum nuntio meo contrahitur, ſed mecum tantum. Ego ei tantum mando vt nuntiet tibi meam voluntatem. Non mando ei vt emat. Hic nuntius officio tantum nuntij fungitur, non ipſe contrahit. Si mandauero ei vt ipſa emat nomine meo, iam non ſimplex nuntius eſt, ſed procurator. Nuntius ſimplex ipſe non contrahit, ſed dominus ipſius potius qui miſit nuntium, emere vel vendere cogitur. Vt hoc demonſtrarem dixi aliquando nuntium hunc ſimilem eſſe epiſtolæ, ſoléque comparari epiſtolę in locis iam adductis. Contrahitur etiam per epiſtolam. Nuntius eſt velut epiſtola loquens. Pone igitur abſentem præſenti mittere epiſtolam qua ſignificet ſe velle emere: atque perfectam eſſe emptionem inter abſentes. Nemo dixerit opinor illam epiſtolam contrahere: ſic nec nuntius contrahit. Multum ergo intereſt an dicamus aliquem contrahere obligationem, an vero miniſterio alicuius vti. Nam ſi mittatur nuntius ad contrahendum, is concipit verba contractus in perſonam domini ſui. Non dicit, *Vendis mihi*, ſed dicit, *Vendis domino meo*. Contra de procuratore eſt dicendum. Cum procuratori meo mando vt emat, non mando ei vt nunciet: & ita contrahit, quaſi ſibi emat, non domino. l. eum qui. §. Iulianus, de conſtit. pecun. l. Quæcunque. de oblig. & actio. *Quæcunque gerimus*. Cum ea noſtro cõtractu originem habent, niſi ex noſtra perſona vires ſumant, irritus eſt actus. De nuntio idem dici non poteſt, quia ipſe non eſt qui cõtrahit, originem non trahit negotium ex contractu nuntij. Per nuntium igitur, id eſt, miniſterio nuntij acquiritur, non ipſe nuntius acquirit. Sed procurator ipſe acquirit actionem, eamque mihi actione mandati cedere cogitur, quia mandatu meo contraxit. Hæc ſubtili differentia nuntij & procuratoris non vſquequaque ſeruatur in acquirenda poſſeſſione: locum tamen habet in his quæ ciuiliter tantum acquiruntur, veluti in obligationibus, in actionibus, &c. In his quæ naturaliter acquiruntur ratio iuris nõ vetat per liberam perſonam nobis acquiri. Ideoque hæc diſtinctio non eſt neceſſaria in poſſeſſione. Deinde locum habet in dominio. Per procuratorẽ igitur nobis acquiritur poſſeſſio non dominium, niſi à poſſeſſione ſeparari non poſſit, vt dicitur in leg. Per procuratorem. C. eod. Si ſeparari non poſſit, id eſt, cum is qui tradit dominus eſt, transferendo poſſeſſionem, transfert etiam dominium, niſi aliud obſtet. Si dominus non ſit, vſucapiendi tantum facultas transfertur. Sed ita demum acquiritur poſſeſſio ad vſucapionem neceſſaria, ſi de ea poſſeſſione per procuratorem quæſita admonitus fuerit, & certior factus dominus, vt dicitur in leg. 1. C. eo. l. poſſeſſio quoque §. vltim. hic. Procurator meus ſimulatque apprehenderit poſſeſſionem alicuius rei, volens eam mihi acquirere, transfert in me poſſeſſionem, etiam ignorantem. Sed ita poſſeſſio ad vſucapionem mihi non proderit, niſi ex quo ſciero eam mihi acquiſitam eſſe. Vſucapio iuris ciuilis maxime eſt, poſſeſſio facti. l. bonæ fidei. de acquir. rer. domi. quod mouit iuris autores vt vſucapionem à poſſeſſione diſtinguerent. Alia eſt ratio: ad vſucapionem neceſſarius eſt titulus, & bona fides, vt dicemus infr. tit. de vſucap. Sine bona fide non eſt vſucapio. In bona fide eſt is qui credit rem ſuam eſſe quæ ſibi tradita eſt ab alio. Itaque bona fides non cadit in ignorantem. Si quis ignoret ſibi quæſitam eſſe poſſeſſionem per procuratorem ſuum, etſi longo tempore permanſerit in ea poſſeſſione, non tamen dici poteſt bona fide poſſediſſe ob ignorantiam. Nam cum ignoret, non credit rem ſuam eſſe. *Alioqui ſi dicamus*. His verbis oſtendit Paulus per procuratorem ita demum nobis poſſeſſionem acquiri, ſi ea mente ſit vt operam ſuam nobis accommodet. Si autem ſuo nomine procurator nanciſcatur poſſeſſionem, nõ dicitur per eum nobis quæſita poſſeſſio, deficit eius voluntas: & cum hac explicatione intelligendum eſt quod ſupra diximus poſſeſſionem nobis per procuratorem acquiri. Subiicit, *Alioqui ſi dicamus, &c.* Oſtendit Paulus vtilitatem exigere, vt dicamus nobis acquiri poſſeſſionem per procuratorem, cum is apprehendit rem animo nobis acquirendi. Abſurdum eſſet (inquit) cum res traditur procuratori meo, vt mihi acquiratur: & procurator habet animum mihi acquirendi poſſeſſionẽ, mihi eam non acquiri. nam cui bono hoc eſſet? Primo certum eſt eum qui tradidit procuratori meo, amittere poſſeſſionem, is qui tradit alij rẽ animo transferendi poſſeſſionem, amittit poſſeſſionem, etſi ea alij non acquiratur. l. Quod meo. infra eod. argumento vſus eſt Paul. in l. ſi vir vxori. ſup. hoc tit. Solo animo amittitur poſſeſſio, vt dicemus ad l. ſi quis vi. 17. §. differentiam. inf. Notandum igitur eſt per procuratorem domino acquiri poſſeſſionem, ſed voluntate procuratoris, & huc pertinet quod dicitur in §. hæc quæ de ſeruis. ſup. Atque ita intelligi poteſt quod dicitur in leg. res mandatu. de acquir. rer. dom. Quod videtur eſſe contrarium iis, quæ iam à nobis dicta ſunt. *Res mandato meo empta* (inquit I.C.) *non prius mea fiet quã ſi ille tradiderit mihi qui emit*, id eſt, non transfertur eo inuito. Huc pertinet quod dicitur in l. Communis ſeruus. 42. §. vltim. hic. *Procurator ſiquidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit poſſeſſionem, quod ſi ſua ſponte emerit, non niſi ratam habuerit emptionem*: ſed hoc intelligendum eſt de negotiorum geſtore qui ſine mandato gerit, & procurator plerunque dicitur, vt dicemus in eius legis interpretatione. Et obſeruaui vnũ exemplum in l. qui negotia. ſup. mand. Difficultas hic incidit ea l. qui mihi dona. de don. *Si procuratori meo*. Quidam tradidit procuratori meo, vt mihi acquireret, procurator accepit tanquam ſibi acquireret. I. C. ait, mihi acquiri. Diximus autem voluntatem procuratoris neceſſariam eſſe ad acquirendam poſſeſſionem. Quidam putant ſufficere voluntatem tradentis, ſed hoc falſum eſt ex hoc loco. Ego admonui ſup. d. l. qui mihi do. intelligendam eſſe de acquiſitione dominij, non de acquiſitione poſſeſſionis, etſi pleriſque non placeat hæc interpretatio. Aiunt acquiri rem domino, non procuratori. Ergo non tantum de dominij acquiſitione, ſed etiam poſſeſſionis legem illam generaliter intelligere debemus. Sed illi non mihi videntur ſatis expendiſſe verba illius legis. Ego volo probare ſententiam noſtram maxime conuenire verbis I.C. cum dicit. *Rem acquiri*. Aliud eſt acquiſitio rei,

aliud ecquiſitio poſſeſsionis eiuſdem rei. l. 3. §. vlt. vti poſſ. *Aliud eſt pretium rei,* (inquit I.C.) *aliud pretium poſſeſsionis.* Sic ſtipulatio rem tradi eſt facti, & differt à ſtipuletione rem dari. l. vbi autem. §. vlt. de verb. obl. Qui ſtipulatur rem dari, non ſtipulatur factum, ſed ſtipulatur dominiom rei in ſe transferri. Qui ſtipulatus rem ſimpliciter, intelligitur ſtipulari rem dari. l. ſi ita diſtrahatur §. vlt. de contr. emp. Quod eſt valde notãdum, ſtipulari poſſeſsionem rei, non eſt ſtipulari rem. Sed cur non intelligamus acquiri quoque poſſeſsionem? Non dicit I. C. rem acquiri, quia res minus noſtra nõ eſt, etſi alius habeat poſſeſsionem, vſumfructũ vel ſeruitutem, l. quod dicimus. de verb. ſign. Dixerit aliquis, etſi diuerſa ſint poſſeſsio & dominium, tamen diuerſam non eſſe retionem. Certum eſt per alium facilius nobis acquiri dominium, quàm poſſeſsionem. Id cum verum ſit, mirum non eſt ſi quod dicitur in l. qui mihi don. dicetur non pertinere ad acquiſitionem poſſeſsionis. Similis differentia acquiſitionis dominij & poſſeſsionis eſt in l. Liber homo. ad fi. de acqui. rer. do. Hinc igitur notandũ eſt non ecquiri poſſeſsionem per procuratorem domino abſque voluntate procuratoris. Et ſi forte volũtas domini interueniat, vel etiam tradentis, quamuis aliud de dominio dicẽdum ſit. Hæc differentia dominij & poſſeſsionis ab alijs confirmari ſolet aliis rationibus, quæ nunc à nobis expendendæ ſunt: in primis vtuntur nonnulli hac ratione, quia ſine contractu dominium non transfertur vel alia cauſa huiuſmodi antecedente. At poſſeſſio acquiritur ſine vlla cauſa. Vtrunque è nobis probandum eſt, nihil verius eſt quam quòd dicimus de dominio: dominium traditione non acquiri, niſi contractus vel alia cauſa quæ idonea ſit ad dominij tranſlationem, præceſſerit. l. Nũquam nuda. 31. de acq. rer. do. ſup. veluti cum ex cauſa donationis aliqua res traditur, poſſeſsio transfertur in alium etiam ſine cauſa exemplum eſt in hac l. §. ſi vir. Cum vir vxori ſuæ donationis cauſa rẽ tradit, hic nulla eſt cauſa ſaltem iuſta & legitima: & nihilominus dicitur poſſeſſionem transferri in mulierem. Hinc conſequens eſt ad transferendam poſſeſſionem nullã cauſam neceſſariam eſſe quæ antecedat, ſicut cauſa requiritur ad tranſlationem dominij. Pone igitur me vendidiſſe rem aliquam Titio, deinde eam tradidiſſe ipſius procuratori eo animo, vt Titio acquireretur. Si procurator hanc rem accepit, non vt eam acquireret domino ſuo, ſed ſibi vel Sempronio potius. Quæritur quæ ſit vis huius traditionis: quomodo res Sempronio acquiri poteſt? Nulla præcedit cauſa in eius Sempronij perſona, nulla traditio eſt. quomodo igitur in eum transferri poteſt dominium eius rei? Iuſta eſt cauſa transferendi dominij in perſonam Titij. Recte igitur dictum eſt in d. l. qui mihi donatum. ad tranſlationem dominij ſufficere animum tradentis. Animus tradentis eſt, vt res acquiratur Titio, cum in perſonam Titij iuſta ſit cauſa transferendi dominij. In perſona vero Sempronij, nõ item: idque vtilitas exigit. Hæc ratio huic hypotheſi congruit, ſed ſolida non eſt nec perpetua: non enim conuenit alijs ſpeciebus. Nam aliæ ſpecies occurrunt, quibus hæc ratio conuenire non poteſt. Quid enim ſi vtrique res donata ſit, Titio & Sempronio? controuerſia eſt inter eos de tranſlatione dominij: in quæſtione dominij potior cauſa eius cui res tradita eſt. l. quoties, C. de rei vend. Quæſtio igitur eſt de dominio inter Titium & Sempronium. Propoſitus, procuratori Titij rem traditam eſſe: propoſitus etiam procuratorem eo nomine accepiſſe vt acquireret Sempronio. In hac hypotheſi non recte diſtingui poteſt ſecundum hanc diſtinctionem dominij à poſſeſſione. Non igitur conuenit hæc ratio omnibus ſpeciebus de hac re, nec perpetua eſt, atque ideo non magni facienda. Alia eſt ratio argutior eorum qui dicunt, vnum dominium eſſe, poſſeſsiones plures. Videamus an hoc verum ſit. Cum ego transfero in te dominium alicuius rei meę ex cauſa donationis vel venditionis, idem dominium quod ego habebam in te videtur transferri: non intelligimus duplex dominium hic eſſe: vnum videlicet quod in me ſit, alterum & diuerſum quod in te transferatur. Sed vnum potius, quod à mea perſona in tuam perſonam transferatur. Dominium non aliter amitto, quam ſi voluntate mea alius acquiſierit. l. Id quod noſtrum. de reg. iur. Non amittitur ſolo animo, ſicut poſſeſsio. l. ſi quis vi. §. differentiam. Sed cum tradit rem vt eius dominium alteri acquiratur tranſlato in eum dominio, deſinit dominus eſſe is qui tranſtulit. Non ergo hic ſpectatur animus procuratoris, ſed tradentis vel domini voluntas vt dicitur in d. l. Qui mihi don. De poſſeſsione idem dici non poteſt: plures poſſeſſiones. quot enim ſunt homines qui poſsidere incipiunt, tot dicemus eſſe poſſeſsiones. Ego poſſideo rẽ aliquam, volo eam in te transferre, nouam poſſeſsionem conſequeris. l. ſi is qui pro. de vſucap. Simulátque conſtitui non poſſidere, poſſeſſionem amitto. l. ſi quis vi. §. differentia. & alius qui apprehẽdit eam poſſeſſionem, conſequitur eam vt vacantem: & ea poſſeſsio quam habebam euanuit. Ergo animus procuratoris hic eſt neceſſarius, vt ſine animo procuratoris acquiri non poſsit. Hæc eſt differentia dominij & poſſeſsionis, quæ his rationibus confirmatur. Satis eſt hæc leuiter attigiſſe ad vtiliora properantes. Alia eſt antinomia non minus difficilis ex leg. per ſeruum. 37. §. vltim. de acquir. rer. dom. In ea lege eadem ſpecies tractatur quæ in dict. leg. quod mihi don. Ego tradidi Titij procuratori vt acquireret domino ſuo, is eo animo accepit vt acquireret vel ſibi, vel alij Iuriſconſul. ait nihil agi. *Si procurator* (inquit) *alia mente accepit, nihil agi.* Cum ait Iuriſconſul. nihil agi, videtur ſignificare nec dominium nec poſſeſſionem transferri hac traditione. Item nihil acquiri nec domino nec procuratori: ſed certum eſt Iuriſconſult. loqui de acquiſitione dominij, non poſſeſsionis. Verba Iuriſconſulti id ſatis oſtendunt, imo titulus ipſe & inſcriptio, de acquir. rer. dom. etſi verba aliquid ambiguitatis habeant, ita tamẽ ſic interpretari debemus, vt conueniant ipſi titulo: argumento ſumpto ex eodem tit. l. de acquiren. rerum domin. non de acquir. poſſeſſione. Sed verba Iuriſconſul. oſtendunt eum loqui de acquiſitione dominij. *Vt rem Titij faciat.* Nam Titij rem facere eſt dominium Titio acquirere. Res non fit mea, cuius poſſeſſionem acquiro, ſed cuius acquiro dominium, *Vt ſuam faceret.* Hæc verba apertiſsime oſtendunt Iuriſconſ. loqui de acquir. re. dom. non de acquir. poſſeſſ. Ponamus igitur eum loqui de acquiſitione dominij. Supererit adhuc difficultas. Supererit alius nodus expediendus. Ait enim Iuriſconſult. nihil agi. in dict. leg. qui mihi donat. aliquid agitur, non acquiritur procuratori, ſed tamen acquiritur domino, cui is, qui tradidit procuratori, acquiri voluit. Ergo aliquid agitur in quæſtione de dominio. In dict. leg. qui mihi donat. dicitur acquiri dominium ei cui voluit acquiri. Hic vero dicitur nihil agi. Sed nos hæc verba accipere debemus cum ait Iulianus, *nihil agi,* quaſi ita dixerit, nihil agi in perſona procuratoris. Id quod expreſsũ fuit apertius in dict. leg. qui mihi donat. Nã quæſtio erat an dominium acquireretur procuratori, & dicitur nihil agi. Verba ſequentia hanc ambiguitatem ſatis declarant cum Iureconſul. ait. *Quod ſi ſeruus communis in parte vnius domini aliquid operetur.* Id eſt, ei acquiratur. Sic dicendum eſt in ſuperiore ſpecie cum procurator ea mente accepit vt ſibi acquireret, nihil agi ſcilicet in perſona procuratoris. Cum aliqua eſt ambiguitas in aliqua lege, ea

eſt explicanda ex his quæ antecedunt vel ſequuntur. l. Si ſeruus plurium. §. vlt. de lega. 1.

§. Si iuſſerim, &c. Hoc caput paulo reconditiorem habet ſenſum quàm vulgo credatur. Ideoque hic diligenter animaduertendum eſt. Quæſtio eſt huiuſmodi: Cum tu mihi rem venderes, & dominium & poſſeſſionem in me transferre velles, cum tu mihi eam tradere velles, ego iuſſi procuratori meo qui præſes erat, vt eam acquireret. Is eam accepit: forte procurator ea mente fuit vt ſibi poſſeſſionem acquireret, non mihi: ideoque de poſſeſſione oritur controuerſia, an ſit mihi acquiſita poſſeſſio. Cauſa dubitationis erat ex eo quod dictum eſt in ſuperiori capite. Nempe per procuratorem mihi non acquiri poſſeſſionem, niſi eo animo fuerit procurator, vt mihi acquireret. In hac igitur ſpecie non videtur mihi acquiſita eſſe poſſeſſio. Sed Paulus noſter in hac ſpecie ait rem mihi videri traditam eſſe, cum res iuſſu meo, me præſente tradita fuerit procuratori meo, *ea videtur mihi tradita eſſe*: quamuis eam forte corpore meo non attigerim. Cum me abſente res aliqua traditur procuratori meo, multum refert quo animo is ſit, & an velit mihi, vel ſibi aut alij poſſeſſionem acquirere. Sed hic nihil refert, ſufficit me præſente rem traditam eſſe procuratori meo, vt mihi tradita eſſe intelligatur. Sic temperatum eſt æquitate ſuadente à iuris autoribus quod iam diximus de corporali apprehenſione neceſſaria in poſſeſſione acquirenda. Non ſemper neceſſe eſt corpore rem attingere, attrectare manibus quã volumus poſſidere. Vtitur Paulus argumento rei demonſtrandæ gratia. *Non enim corpore & actu neceſſe eſt apprehendere poſſeſſionem, ſed etiam oculis.* Pars corporis eſt oculus, ſicut pes, ſicut manus: ideo non minus oculis & aſpectu plerunque acquiritur poſſeſſio, quam ſi quis rem manu contrectauerit, pedem in poſſeſſionem poſuerit. Idem dicitur in leg. quod meo. 18. §. ſi venditorem, infra eodem. *Argumento eſſe, eas res.* Peruulgatũ eſt illud de traditione clauium. l. Clauibus. ſupra, de contrah. empt. Si quis vendiderit vinum aut frumentum quod in horreo eſt, & horrei claues tradiderit, dominiũ ſtatim in me transfertur vini vel frumenti clauium traditione. Et hic actus aliquis corporalis eſt, videlicet acceptio clauium. Quod dicitur de traditione clauium, accipiendum eſt cum id actum eſſe appareat: vt transferatur dominium rei vel poſſeſſio. Videndum enim eſt quid actum ſit inter dantem & accipientem. Nam plerunque claues traduntur cuſtodiæ cauſa. Exemplum eſt in leg. cum pater. 77 §. pater pluribus. de lega. 2. Secundum mores veterum claues plerunque tradebantur ſcriptis à ſe hæredibus. & annulis ſubſignabantur res, quarum cuſtodia neceſſaria erat. Hic annotandus eſt obiter locus communis de præſentia. Cum quid me præſente factum eſt, plerunque ſic accipimus ac ſi à me ipſo geſtum eſſet. Hic mihi res tradita intelligitur propter præſentiam meam, quia me præſente tradita eſt procuratori meo. Sunt alij ſimiles loci, veluti in leg. Si cui libet. 41. de eo quod metus cauſa. *Quod ab alio* (inquit) *nomine ipſius ipſo præſente datum eſt, prope eſt vt ab ipſo datum eſſe intelligatur.* Alius ſimilis locus eſt in leg. pecuniam 79. de ſolutionibus. Cum tu mihi pecuniam deberes, & eã mihi velles ſoluere, ego eam in conſpectu meo deponi iuſſi. Iuriſconſultus ait, dominium eius pecuniæ me acquiſiuiſſe, licet eam corpore non attigerim: ea enim quaſi manu longa mihi tradita eſſe intelligitur, quamuis tradita non ſit. Similis locus eſt in leg. Fulcinius. 44. §. ſed etſi. extr. de furt. vbi Iuriſconſult. loquitur de eo qui indebitum ſciens accepit. & quæritur an furti teneatur? Quæſtio etiam eſt de eo qui delegauit ſciens, non autem accepit: & ait Iuriſconſult. Si me præſente ei ſolutum ſit, furtum à me factum eſſe. Nam cum me præſente ſolutum ſit, perinde eſt ac ſi mihi ſolutum fuiſſet. Alius ſimilis locus eſt in leg. ſi procuratori præſenti. 79. inſt. de verb. oblig. Si procuratori meo me præſente aliquis promiſerit, vtilis actio mihi ex ſtipulatu competit, quamuis ex ſtipulatione procuratoris mihi non detur actio, ſed opus ſit ceſſione. l. Poſſeſſio quoque. §. vltim. hoc titul. Sequens quæſtio eſt an ſit vera & naturalis poſſeſſio, quæ ita acquiritur cum res alij traditur me præſente vel abſente. De hac re magna eſt diſſenſio. Plerique putant fictam eſſe tantummodo poſſeſſionem, eum videri quadam interpretatione iuris poſſidere qui non poſſidet. Hæc quæſtio tractatur propter diſtinctionem l. ea quæ de acquiren. rer. dom. Poſſeſſio quæ naturalis eſt, dubium non eſt quin nobis acquiratur per procuratorem, quamuis libera perſona ſit. Ex ſtipulatione procuratoris nobis non acquiritur, quia actus ciuilis eſt. Quid igitur dicemus de hac poſſeſſione? Videtur ciuilis eſſe. Et certum eſt, in primis rem non poſſe dici proprie mihi traditam eſſe, quæ poſita eſt in conſpectu meo, quę alij tradita eſt iuſſu meo, me præſente, & iuriſconſul. dicunt eam pro tradita eſſe. Sed tamen vera propriáque poſſeſſio hic mihi eſſe videtur, quamuis vera propriáque traditio non ſit. Verum eſt mihi traditam non eſſe, ſed verum eſt mihi poſſeſſionem acquiſitam eſſe, cum ſit receptus vſus procuratoris in acquirenda poſſeſſione. Ego non puto eum improprie loqui qui dicit mihi acquiſitam eſſe poſſeſſionem. Improprie loqueretur qui diceret rem mihi traditam eſſe. Alia enim ratione poſſeſſio acquiritur quàm mihi tradendo rem. Tradendo rem alij videlicet, vel in conſpectu meo ponendo. Sed quẽ tutorem requirimus huius rei locupletiorem quàm ipſum Vlpian. in l. Certe. 6. §. 1. iuſta, de precario. Quinimo in conſtituto idem videtur dicendum eſſe. Eſt ratio acquirendæ poſſeſſionis vſitata moribus noſtris, cum is qui poſſidet rem aliquam eámque in me transferre vult, conſtituit ſe nomine meo poſſidere. Cum quis conſtituit ſe nomine meo poſſidere, ſtatim acquiritur mihi poſſeſſio, quia is poſſidet cuius nomine poſſidetur. l. Quod meo. infra. Non poſſidet colonus meus, non poſſidet procurator meus, ſed ego. Et hæc poſſeſſio naturalis eſt etiam & corporalis. Acquiritur enim corpore meo & alieno, videlicet corpore mei procuratoris vel coloni. Cum poſſeſſio aſpectu meo acquiritur, dicitur acquiri actu corporali. Deinde lex lata eſt de hac ratione acquirendæ poſſeſſionis quæ vtilitatem habet. l. per procuratorem. 8. Cod. eodem. Quæ ob id producenda eſt & adiuuanda interpretatione. l. Nam vt ait Pedius, de legibus. l. hoc modo. 36. de conditio. & demonſtrat. ſed de hac quæſtione quædam alia dicemus, ad leg. quod meo. infra.

§. Municipes, per ſe, &c. Dictum eſt ſupra, poſſeſſionem nobis acquiri vel per noſmetipſos vel per alios. Hinc variæ quæſtiones tractantur, præſertim de ſeruis per quos poſſeſſio nobis acquiri dicitur. Hic alia quæſtio tractatur pertinens ad eundem locum, an municipium vel ciuites poſſidere poſſit per ſe vel per aliam perſonam. Diſſenſio fuit de hac re inter veteres Iuriſconſul. cum alij ſubtilitate iuris, alij æquitate & vtilitate potius mouerentur. Attamen vt intelligatis qua de re hic agatur: animaduertendum eſt ciuitatem, vniuerſitatem quandam eſſe conſtantem ex ſingulis ciuibus à quibus diſcernitur & diſtinguitur. Certum eſt aliud ciuitatem eſſe quàm ſingulos ciues ex quibus conſtat. Argumento eſt quod dicitur in l. in tantum. 6. §. vniuerſitatis. de rerum diuiſ. vbi diſtinguuntur res vniuerſitatis ab his quæ ſunt ſingulorum. Res & poſſeſſiones quæ huius ciuitatis ſunt in qua viuimus, ſin-

Digitized by Google

mus, ſingulorum ciuium non ſunt. Nemo eſt ciuium in hac ciuitate qui poſſit dicere hanc domum in qua profitemur, quæ ciuitatis eſt, ſuam eſſe, ne pro parte quidem. Totius enim ciuitatis eſt, id eſt, vniuerſitatis quæ conſtat ex ſingulis ciuibus, non autem ſingulorum ciuium. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſed ſi hac lege. §. qui manumittitur. de in ius voca. *Qui manumittitur* (inquit Iuriſconſul.) *à ciuitate, ſingulorum ciuium libertus non eſt. Ideoque ſingulos ciues poteſt ſine permiſſu prætoris in ius vocare.* Idem dicitur l. ſicut. 7. quod cuiuſque vniuerſ. quod debet ciuitas, non debent ſinguli ciues. ſicut quod debetur ciuitati, nõ debetur ſingulis ciuibus. eodem pertinet quod dicitur in leg. proponebatur. 76. de iudic. Mortuis ciuibus qui nũc ſunt, & aliis in eorum locum ſubrogatis, manet eadem ciuitas. Sed quid ergo eſt ciuitas? Ciuitas vniuerſitas quædam eſt quæ dicitur fungi loco perſonæ. l. mortuo. de fideiuſſ. Perſona quædam eſt imaginaria, perſona quædam eſt, vt ita loquar, intellectualis, quæ non videtur, ſed intelligitur & animo concipitur. Non magis videtur ciuitas quam Ideæ Platonicæ. Singuli ciues videntur. Dicimus ergo ciuitatem imaginariam perſonam quandam eſſe ex ſingulis perſonis quæ ſunt in ciuitate, conflatam. Proinde ciuitas nihil poteſt agere, imo ne cogitare quidem. Id quod non ſubſiſtit in rerum natura, ſed intelligitur tantum, nihil poteſt agere. Hinc conſequens eſt ciuitatem non poſſe poſſidere. Poſſidemus animo & corpore, horum neutrum eſt in perſona imaginaria, poſſidere igitur non poteſt ciuitas. Imo ne per ſeruos quidem ſuos poſſidet. Quomodo igitur poſſeſſionem alicuius prædij poterit per eos ſeruos acquirere? hoc eſt quod Paulus ait in princip. huius cap. referens opinionem veterum. *Non poſſunt.* Interpretatur Accurſ. id eſt, non facile poſſunt. Similis eſt eius interpretatio in l. vnica. ſup. de lib. vniuerſ. Ego vero intelligo non omnino poſſe: id verum eſt & ſatis perſpicuum ex iam dictis non poſſe ciuitatem poſſidere. Poſſunt quidem ſinguli ciues poſſidere, vniuerſi autem, id eſt, qui conſtituunt corpus illud intellectuale, non poſſunt. Certum eſt ſingulos ciues promiſcue vti rebus ad ciuitatem pertinentibus: ſed non ideo conſequens eſt vniuerſitatem ipſam poſſidere. *Sed Nerua filius ait.* Quorundam fuit ſententia ciuitatem non poſſe poſſidere, ne per ſeruos quidem ex cauſa peculiari, quoniam ſeruos ipſos non poſſideant vniuerſi ciues: quamuis plerunque per ſeruos acquiratur etiam ignoranti ex cauſa peculiari. Conſtat ex his quæ diximus ciuitatem vniuerſitatem non poſſidere. Sed hæc ſecundum ſubtilitatem accipienda ſunt. Nam vtilitas exigit, vt ciuitas & alia huiuſmodi vniuerſitas poſſidere intelligatur. Hic præualuit vtilitas, neglecta ſubtilitate iuris, ad quam vtilitatem interpretatio iuris referenda eſt, quàm non ſine cauſa Horatius vocauit matrem iuſti & æqui. Scopus eſt totius iuris quod interpretamur. Subtilitatem nihili facimus, contra vtilitatem hominum, in iure interpretando. Quoties deprehenditur inutile eſſe, quod ſubtile eſt, tunc præualet vtilitas. Inutile eſſe dicunt Iuriſconſult. quod eſt contra vtilitatem hominum, vt in l. 1. depoſ. Simile hoc eſt exemplum: quod fit à ciuibus publice per maiorem partem, videtur id fieri per ciuitatem. leg. aliud. §. refertur. de reg. iur. Vnde conſentire intelliguntur vniuerſi, cum ſinguli conſentiunt publico nomine: Et ſi vere dici non poſſit vniuerſitas ipſa conſentire. Sed perinde accipimus ſingulorum conſenſum, cum id agitur publico nomine, ac ſi ab vniuerſitate geſtum eſſet. Idem dicendum eſt aliquando, etſi aliquid faciant hi quibus ſumma reip. commiſſa eſt, etiamſi à ciuibus aut maiore parte ciuium non fiat. Si aliquid ageretur ab his, quæ adminiſtratores dicuntur ciuitatis, Syndici, procuratores, l. municipes ad municip. municipes ſcire id intelliguntur. Cùm ij ſciunt quibus ſumma reipu. commiſſa eſt. & ſic accipiendum eſt, quod dicitur in l. 2. hic.

Ad l. 2. Sed hoc iure, &c.

Sic accipiendum eſt, quod dicitur in l. Tigni. §. municipes. ſupra ad exhib. Municipes (inquit) actione ad exhibendum conueniri poſſunt. Nam & eos poſſidere & vſucapere poſſe conſtat. Sic vniuerſitas dicitur conueniri poſſe in l. ſicut. quod cuiuſque vniuerſ. Poſſunt conueniri municipes in iudicio, aduerſus eos datur actio. Item poſſunt bonorum poſſeſſionem agnoſcere ſi ſucceſſio aliqua ipſis delata ſit. l. 3. de bonor. poſſeſ. d. l. ſicut. quod cuiuſque vniuerſ. Quamuis verum ſit, ſi ſubtilitatem ſpectemus, conſentire eos non poſſe, & conſenſum eſſe neceſſarium in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, tamen receptum eſt vtilitatis cauſa, vt poſſint agnoſcere bonorum poſſeſſionem, ſi bonorum poſſeſſio eis delata ſit. Præterea eadem ratione dicuntur municipes iurare: ſi adſcripta ſit conditio iuriſiurandi municipibus, ea non dicitur impoſſibilis eſſe. l. municipibus. de condit. & demonſtra. iurant enim ij per quos res eorum geruntur. Adhæc metum inferre dicuntur municipes, ciues vniuerſi, vt aduerſus ciuitatem detur actio. Quod metus cauſa. l. metum. §. animaduertendum. de eo quod metus cauſa. Quia edictum Prætoris de actione quod metus cauſa, in rem conceptum eſt, nec perſona expreſſa eſt. Ideo ait Iuriſconſul. nihil intereſſe, an ſingularis perſona, an corpus aliquod, velut ciuitas, aut collegium metum intulerit. Sed mirum quod non eadem ratione dicitur municipium & ciuitatem de dolo teneri. leg. ſi ex dolo. de dol. mal. ex dolo municipes conueniri non poſſunt. Quid enim municipes dolo facere poſſunt? Vlpia. ait. Subtilitas iuris non patitur, vt dicamus municipes poſſe aliquid facere dolo, ſicut intelligimus metũ eſſe illatũ à ciuitate. Ego ſuperiori anno ſub titul. quod met. cauſa. & ſub titul. de dolo: hãc differẽtiã doli admiſſi & metus illati, declaraui. Ergo diximus ideo viſum eſſe Vlpiano de dolo non teneri municipes, ſiue municipium, ſiue ciuitatem. (nam de vniuerſitate loquimur, cum dicimus municipes.) Quia municipes non ſolent ea negotia gerere & tractare, in quibus machinatio aliqua adhiberi potuit: hoc enim dolus eſt. Dolus eſt machinatio ad circumueniendum aliquando adhibita, vt dicitur in l. 1. §. 2. de dolo. Singuli ciues, vel maior pars ſingulorum non ſolet ea negotia tractare in quibus dolus admittitur. Gerebatur enim per adminiſtratores, qui ex dolo ſuo tenebantur, & videbatur conſentaneum rationi, vt adminiſtratores tenerentur ex dolo à ſe commiſſo magis, quàm municipium ipſum. Sed alia ratio metus illati, aut vis illatæ: ſolent enim bellum gerere. Si conuocato populo publice, & publico nomine bellum geratur deliberatione antecedente tanquam de re ad publicum ſtatum pertinente, tunc vere dicitur vim inferre ciuitas. Reſpexit igitur Vlpian. ad id quod ſuo tempore viſitatum erat. Non videbatur ipſi idem de dolo dicendum eſſe. Ex his conſequens eſt ciuitatem delinquere poſſe: & eſt quæſtio vulgo agitata, an ciuitas poſſit ob delictum puniri. Oſtendi iam ex delicto teneri. Metus illatus delictum eſt. dict. §. animaduertendum. atque ideo ciuitas ipſa poteſt puniri ob delictum, & alia eſt pœna ciuitatis, quam ſingulorum. Non enim accipiendũ eſt, ciuitatem puniri cum ſinguli ciues puniuntur: & videndum eſt, ab vniuerſis an à ſingulis delictum admiſſum ſit. Si ab vniuerſis, vniuerſi punientur: ſi à ſingulis, ſinguli. Mentio eſt pœnæ quæ inflicta eſt ciuitati de Carthagine, quæ aratrũ paſſa eſt. l. ſi vſusfructus. 21.

Digitized by Google

quibus mod. vſusfructus amit. Et eſt vſitata ignominiæ pœna, mulcta pecuniaria. Idque accidit nuper in iudicio, quod latum eſt aduerſus Burdegalenſem ciuitatem ob motus, & ſeditiones. Solent etiam muri ciuitatis dirui. Vnum hic notandum eſt, quod conſtitutum eſt iure Pontificio de ſent. excomm. in 6. Ciuitatem non poſſe excommunicari, quia ciuitas animam non habet. Et excõmunicatio dicitur ad animam pertinere Quæſitum fuit in vltima lectione an vniuerſitas poſſidere poſſit. Cuiuſmodi eſt ciuitas, municipium, & alia huiuſmodi corpora. Diximus propter vtilitatem receptum eſſe, vt hæ vniuerſitates, hæc corpora poſſidcãt, contra ſubtilitatem iuris. Quia cum acquiratur poſſeſſio corpore & animo: & vniuerſitas neq; corpus nec animã habeat, videtur nõ poſſe per vniuerſitatem acquiri poſſeſſionẽ. Tametſi ſinguli ex quib. cõſtat corpus, poſſint poſſidere. Sed vniuerſitas aliud eſt, quã ſinguli ex quib. ea cõſtat. Huic affinis eſt quęſtio de hęreditate, cur hæreditas poſſidere non poſſit, cum ciuitas poſſit: cũ ciuitas dicatur poſſidere, cur idẽ de hæreditate non dicitur? Hæreditas dicitur poſſeſſionem habere non poſſe. l. 1. §. Scæuola. ſi quis teſtam. lib. &c. Iura hæreditaria hæreditas quidẽ retinet poſt mortem defuncti ante aditionẽ hæreditatis, cuiuſmodi eſt dominiũ, obligationes & actiones hęreditarię, ſed poſſeſſionem non retinet. Poſſeſſio facti eſt, quæ facti ſunt non tranſeunt in hæreditatẽ. Sed cur ita id conſtitutũ eſt? cur diuerſum ius conſtitutum eſt in ciuitate, quam in hæreditate? Vtraque vniuerſitas quædam eſt. Hęreditas vniuerſitas quędam eſt, ſicut ciuitas aliqua. Ideo comparatur ciuitati hæreditas in l. mortuo. de fideiuſſ. Hæreditas (inquit) perſonæ vice fungitur ſicut curia, municipium, ſocietas. Ad quæſtionem propoſitam reſpondeo, magnam eſſe diſſimilitudinem vtriuſque ſcilicet ciuitatis & hæreditatis, tametſi in aliqua re cõueniant: & vt ſimilitudo aliqua reperitur inter hæreditatem & ciuitatem, ſic etiam diſſimilitudo & differentia. Ciuitas ex perſonis tantum conſtat quæ perſonæ viuunt, intelligunt, agunt. Hæ perſonæ corpus habent, animum habent. Quamuis aliud ſit ciuitas quàm ſinguli ciues, tamen ex ſingulis ciuibus conſtat ciuitas. Singuli ciues voiti corpus illud conſtituunt, quod dicimus ciuitatem perſonam imaginariam eſſe. Atque ideo facile receptum eſt, vt conſtet ex hominibus, qui viuunt, qui intelligunt, qui agunt, per eos homines intelligatur ciuitas poſſidere, tametſi ſubtiliter diſputando non dicatur ciuitas poſſidere, quod ſinguli ciues apprehenderint rem aliquam, quia ciuitas à ſingulis ciuibus differt. Alia eſt cauſa hæreditatis. Hæreditas quædam vniuerſitas eſt, ſicut ciuitas: verum eſt: hæreditas nomen vniuerſale eſt, petitio hæreditatis dicitur propoſita de vniuerſitate. l. 1. de rei vindi. Sed hæc vniuerſitas complectitur res hæreditarias, ſi quæ ſint, non conſtat perſonis. Nam ſerui hæreditarij habentur pro rebus. Cum igitur hæc vniuerſitas, quæ hæreditas dicitur, conſtet ea rebus, quæ non viuunt, quæ non intelligunt, quæ non agunt: ea non habet, quæ ad acquirendam poſſeſſionem neceſſaria ſunt, non idem receptum eſt quod de ciuitate, quod ſcilicet hæreditas poſſeſſionem habere poſſit. Et ſic intelligendum eſt, quod dicitur in l. 1. §. Scæuola. ſi quis teſta. lib. &c. Atque hinc conſequens eſt, poſſe hæreditatem poſſidere per ſeruos hęreditarios ex cauſa peculiari. Et quod dicitur in d. §. Scæuola. mihi videtur accipiendum cum hac exceptione, quæ exceptio colligitur ex l. iuſto. § nondum. de vſuc. Ratio autem hæc eſt. Quia quoties neque animus neceſſarius eſt, neq; factũ eius perſonæ cui poſſeſſio acquiritur, nihil prohibet hæreditatem habere poſſeſſionem, quod accidit in ea ſpecie. Per ſeruum ex cauſa peculiari acquiritur domino hæreditatis etiam ignoranti, etiamſi dominus neque corpore, neque animo ſuo quicquam agat. §. Item adipiſcimur. ſupr. Ceſſat igitur ratio propter quam dicitur hæreditas non habere poſſeſſionem, neque animus eius perſonæ cui acquiritur poſſeſſio neque factum aliquod requiritur. Hoc igitur intereſt inter ciuitatem, & hæreditatem, quamuis vtraque vniuerſitas quædam ſit. Similis differentia reperitur in vſufructu acquirendo. Vſusfructus hæreditati acquiri non poteſt. Vſusfructus enim acquiritur perſonæ. l. vſusfructus. de ſtipu. ſeru. At ciuitas poteſt acquirere vſumfru. l. vſusfructus. de vſufruct. leg. & l. vſusfructus. de vſufruct.

L. 3. Poſſideri autem poſſunt, &c.

HOc capite tria præcipue continentur. Primum ad res pertinet quarum poſſeſſio acquiritur. Alia duo ad rationem acquirendi. Primum enim dicitur, quę corporalia ſunt poſſideri poſſe. Alterum eſt, poſſeſſionem nobis acquiri corpore & animo. Tertium eſt cum dicimus corpore & animo poſſeſſionem acquiri, non ita rem intelligendam, quaſi corpore tota res contractanda ſit, cuius poſſeſſionem adipiſci volumus. Vt ſi quis velit adipiſci poſſeſſionem fundi alicuius, non neceſſe ſit ſingulas glebas eius fundi circuire, ſed ſufficiat per quamlibet eius partem introire. Hæc tria nos diſcutiemus & interpretabimur ſigillatim. Primum igitur eſt, Ea quæ corporalia ſunt poſſideri Paulus ſenſit, cum dicit corporalia poſſideri, non quidem omnia quæcunque corporalia ſunt poſſideri, ſed non niſi corporalia poſſideri poſſe. Quid enim ſi res ſacra ſit, ſi religioſa? non dicemus eam poſſe poſſideri. atque idem dicitur in l. Seruus. §. incorporales. de acquir. rer. dom. Nec id mirum, quia poſſeſſio facti eſt. Poſſeſſio acquiritur animo & corpore. At corpore apprehendi nõ poteſt, quod incorporeum eſt. Tangi nulla res poteſt niſi corporalis, vt inquit Lucretius. Quæ ſint corporales & incorporales res, arbitror vos didiciſſe vel ea ipſis Inſtitut. titul. de reb. corpo. & incorpo. & titul. de rer. diuiſ. Incorporales res ſunt, veluti ſeruitutes, quæ apprehendi non poſſunt, quæ intelliguntur, & animo tantum concipiuntur. Hæc iura dicuntur res incoporales. Ideo ſeruitutes dicuntur non poſſideri. l. ſequitur. §. ſi viam. de ſeruit. l. ſi ædes. §. libertas. de ſeru. vrb. præd. Sed tamen eo ventum eſt vtilitatis cauſa, vt harum rerum, quæ incorporales ſunt, vſus habeatur pro poſſeſſione. Ideoque hæ res dicuntur quaſi poſſideri. Vnde diximus in interpretatione ipſius tituli diſtinguendam eſſe poſſeſſionem à quaſi poſſeſſione ex ſententia Theophili in Inſtitut. de interdict. vbi vocat χρῆσιν vſum, non κατοχήν. Poſſumus his rebus vti, idque expreſſum eſt in l. quoties. de ſeruit. vrb. præd. Receptum eſt, inquit Iuriſconſult. ex ſententia Labeonis, vſum ſeruitutis pro poſſeſſione habendum eſſe, atque ideo quadam iuris traditione ius aliquod transfertur in eum cui ſeruitus eſt cõſtituta. Hinc fit, vt pro ſeruitutibus detur interdicta quaſi poſſeſſoria. l. quoties. de ſeruit. l. ſicuti. §. Ariſto. ſi ſeru. vendi. interdictum datur vti poſſidetis. Si quis non patiatur me vti ſeruitute in cuius quaſi poſſeſſione ſum, quia quaſi poſſeſſio quædam eſt harum rerum incorporalium. Et hodie hoc genus experiundi vſitatum eſt apud nos. Dicitur, *Complainte en cas de ſaiſine.* Hinc tractata eſt quæſtio à vulgaribus interpretibus, an lex municipalis, ſiue ſtatutum de poſſeſſione loquens intelligendum ſit etiã de quaſi poſſeſſione ſeruitutum, & aliarum huiuſmodi rerũ quæ incorporales ſunt. Quæſtio eſt multũ vexata, in qua reperitur ingẽs conflictus & contentio, & dubitari poteſt vtra ex opinionibus cõtrariis plures defenſores habeat, aut maiores. Ego

tes. Ego autem non dubito, quin lex huiuſmodi de quaſi poſſeſſione accipi debeat, quo caſu nō ſit diuerſa ratio: cum præſertim verbis interpretatio conueniat. Non enim male dicitur poſſidere, qui quaſi poſſidet. Multę me exemplum veterum Iuriſcōſultorum, quoties agitur de interpretatione legis, aut ſtatuti, Iuriſconſulti veteres quod de poſſeſſione conſtitutum eſt producunt interpretatione ad hanc quaſi poſſeſſionē, idque apparet in interdicto vti poſſidetis. Interdictū vti poſſidetis, ita conceptum eſt, vt appareat prętorem loqui de poſſeſſione: & tamen Iuriſconſul. ſic producunt & extēdunt, vt ad quaſi poſſeſſi onem & ad vſum ſeruitutum pertineat.

Sententia Iuriſconſult. eſt interdictum vti poſſid. dandum eſſe pro ſeruitutibus.d.l. ſicuti.§ Ariſto.Si ſeruitus vindic. Nec nos mouere debent argumenta diſſentiētium, quæ mihi ineptiſſima & leuiſſima eſſe videntur. Veluti quod dicunt verba ſtatutorum proprie & ſtricte accipienda eſſe ex l. 3.§. hæc verba. de negot. geſt. Ego iam ſępe alias oſtendi quàm ſit alienum à ratione id quod ab eis pro certiſſimo axiomate adduci ſolet, ſcilicet verba ſtatutorum proprie & ſtricte accipienda eſſe: quaſi in ſtatutorum interpretatione non magis ſpectare debeamus ſententiā legiſlatoris, quàm verba quibus vſus eſt. In cāque legis interpretatione ſiue ea municipalis ſit ſiue ciuilis, locum ſemper habere debent illa *Ἀνάγκη*: & nemem magis quàm verba legiſlatoris ſpectare debemus. l. ſcire leges. de legibus. Et mirum eſt non ſatis animaduerſam eſſe rationem illam interpretandi qua vtuntur Iuriſconſulti in interpretatione edictorum prætoriorum, ab his qui illud axioma ſuum confinxiſſe dicuntur imitatione Vlpiani d.l.3.de negot.geſt. Si nobis concedant ſequendum eſſe hoc exemplū, concedere etiam debent nobis permittēdum eſſe in interpretatione ſtatutorum id quod Vlpian. fecit in interpretatione edictorum. Dubium enim non eſt quin falſiſſimum ſit quod dicitur, in interpretatione ſtatutorum ſtricte & proprie verba accipienda eſſe. Hæc de primo quod obſeruandum eſſe diximus ex hoc Pauli capite.

Secundum eſt corpore & animo acquiri poſſeſſionem, nec ſolo animo, nec ſolo corpore, ſed vtroque concurrente. Debet interuenire corporalis apprehenſio, debet accedere animus poſſidendi. Loquitur enim de acquirenda poſſeſſione. Nam retinetur poſſeſſio ſolo animo, licet abſit corpore. leg. licet. Cod. eod. vulgo excipi ſolent aliqui caſus in quibus dicitur ſine corporis apprehēſione ſolo animo acquiri poſſeſſionem. Sed in illis fere caſibus ſenſu aliquo corpore vtimur. Iſtos caſus nos ſummatim perſtringemus, eoſdem in aliis locis copioſius explicaturi. Vnus eſt in leg.1.§.ſi inſertim. ſupra hoc titulo. Item acquiritur mihi poſſeſſio, etſi eam non apprehenderim corpore meo, ſed tamen acquiritur ſi non meo, certe alieno, quod ſufficit. Item ſi iubeam rem in conſpectu meo poni, cum quis mihi traditurus eſt rem aliquam, & iubeo in conſpectu meo poni, licet eam corpore meo non contingam, tamen ſolo aſpectu dicor poſſeſſionem acquirere. Sed tamen acquiritur hæc poſſeſſio non ſine conſenſu corporeo. Aſpectus enim ſenſus eſt corporeus. Vnde non poteſt male dici etiam corpore acquiri hoc caſu, quid enim refert an pedes, an oculos in alienum inferas? Paulus noſter videtur diſtinguere hunc aſpectum à corpore cum ait, *Corpore & actu aſpectus meus*, inquit, *ad eam rem peruenit*. Sed nos de verbis admodum ſollicitos eſſe non oportet, ſed magis de rebus ipſis, modo rem ipſam adſequamur. Siue hic dicamus corporalem eſſe actum, ſiue tantum animi ſine corporis, nihil refert. Diſputatio eſt magis de nomine, quàm de rę. Huic non eſt diſſimile exēplum in l. quarundam. ad finem huius titul. Cum quis cuſtodem ponit, cuſtodis corpore dicitur acquirere poſſeſſioneio, hic interuenit actus corporalis, non quidem eius cui poſſeſſio acquiritur, ſed eius qui apprehendit rem. Apprehenſio quædam eſt, quæ fit corpore alieno, non autem noſtro. Simile exemplum eſt in retentione vſusfructus, in l. quiſquis. C. de don. Si quis donauerit mihi rem aliquam retento vſufructu, hac retentione vſuſructus transfertur in me dominium rei donatæ. Sed corpore donantis & retinentis vſumfructum, mihi acquiritur. Idem receptum eſt in conſtituto, ſi quis conſtituerit ſe alterius nomine poſſidere. Ecce ego tibi vendo aliquod prædium hoc animo, vt poſſeſſionem in te transferam: tibi non licet ad eum locum accedere, quia fortè lōgè abeſt. Ego cōſtituo me tuo nomine poſſidere, poſſeſſio tibi acquiritur, Quia is poſſidet, cuius nomine poſſidetur. l. qui meo. infr. hic. l. acquiritur. de acquir. rei. do. de quo ſuſius dicturi ſumus ad dic. l. quod meo. Alius caſus eſt in l. clauib. de contrah. emp. Si quis mihi vendiderit frumentum, quod in horreo eſt, & mihi tradiderit claues eius horrei: traditis clauibus transfert in me dominium frumenti: licet frumentum illud omnino non aſpexerim. Certè interuenit etiam hic aliquis actus in traditione & acceptione clauium. Hoc vtilitatis cauſa receptum eſt, etſi res ipſa non tradatur. Aliud ſimile exemplum eſt in l. 1. C. de don. Si quis vendiderit rem aliquam & tradiderit inſtrumentū emptionis, quo acquiſierat eam rem ab alio, poſſeſſio trāſfertur. Hoc eſt etiam receptum vtilitatis cauſa. Vtilitas hominum exigit, vt paulo benignius hæc, quæ de poſſeſſione transferenda dicūtur, interpretemur. Hi ſunt caſus, qui vulgo excipi ſolent, in quibus vix vnus reperitur, in quo non ſit aliquis actus corporalis, aliqua apprehenſio. Solo igitur animo ſine corpore non acquiritur poſſeſſio, vt Paulus ait. Et quod moribus noſtris receptum eſt de hærede, vt acquirat dominium rerum hereditariarum & poſſeſſionem ſine vlla traditione: hoc contrarium eſt iuri Romano l. cum hæredes. Protinus transfertur poſſeſſio, & continetur à defūcto. Ex iam dictis exiſtit quæſtio an ſufficiat animus retinēdi: veluti poſſidebam fundum, quem mihi traditum putabam ab alio, qui reuera traditus non erat. Sic habebam animum tātum retinendi poſſeſſionem. An hoc animo retinendi fundi mihi acquiſita dici poſſit poſſeſſio? Quæſtio eſt in vtranque partem diſputari ſolita, & vtraque opinio ſuos habet defenſores & propugnatores. Ego autem puto ſufficere animum illum retinendi. Paulus enim vult animum tātum interuenire. Nec obſtat animū hic retinēdi interuenire, nō acquirēdi, hoc enim eſt nimis acutè leges inſpicere. loquitur de animo acquirendi, non retinendi, aiunt, & vtuntur brocardico ſuo axiomate. l. nō omnis. de reg. iur. Actus agentis (inquiunt) non vltra eius intētionem operatur. Ego fateor hūc, qui poſſidet fundum animo retinēdi, habere poſſeſſionem, ſed credibile eſt eum, qui retinere vult, libenter acquiſiturum eſſe, ſi ſciret ſibi nōdum traditum fuiſſe. Alia quæſtio ad eundem locum pertinēs eſt, de quaſi poſſeſſione rerum incorporalium. Diximus enim heſterna die res tantū corporales proprie, & verè poſſideri, Res autem incorporales, cuiuſmodi ſūt ſeruitutes, & alia eiuſmodi iura non poſſideri, ſed quaſi poſſideri. Quia vſus earum rerum habetur pro poſſeſſione, quamuis proprie poſſeſſio non ſit. Vnde quæritur quomodo acquiratur hæc quaſi poſſeſſio rerum incorporalium. Non enim idem poſſumus dicere quod de poſſeſſione. Poſſeſſio dicitur acquiri corpore & animo. Quaſi poſſeſſio rerum incorporaliū non poteſt dici acquiri corpore. Quod incorporeū eſt, non poteſt corpore tāgi. Quid igitur dicemus? Vlpi. noſter in l. 3.§. dare de vſuſt. docet rationem acquirendi: ita ac-

Poteſt dici vna res eſſe ſicut vnus grex dicitur, qui ex multis ouibus conſtat. hæc diſtinctio traditur in l. re-rum. de vſucapio. Ad quæſtionem igitur propoſitam reſpondendum eſt. Tametſi aliqua diſſenſio ſit, & opi-nionũ varietas, mihi tamẽ probabilius videtur ſingu-lorũ prædiorũ, quæ fines diſtinctos habẽt, poſſeſſionẽ apprehẽdendam eſſe, vt ſi in vno ducatu vel comitatu plures ſint pagi, plura caſtella, quæ diſtinctos fines ha-beant, omnia ea apprahendenda eſſe. Alias nõ dicitur totius ducatus, & totius comitatus acquiſita eſſe poſ-ſeſsio. Argumento eſt, quod dicitur in l. 1. §. veteres, quam ſupra declaraui. Si plures ſint ſerui hæreditarij, vel legati, non ſufficit vnius ſerui poſſeſſionem appre-hendere, niſi aliorum quoque apprehendatur poſſeſ-ſio. Qui apprehendit poſſeſſionem vnius ſerui hære-ditarij, eum tantum poſſidere intelligitur, cæteros nõ item. Et tamen hæreditas vniuerſitas quædam eſt, ſub qua vniuerſitate hæc omnia continentur. Sicut caſtel-la, oppida, continentur ſub comitatu & ducatu. Argu-mentum videtur mihi ſatis idoneum à ſimilitudine ad confirmandam hanc ſententiam, vt omnium prædio-rũ, quæ fines diſtinctos habent, apprehendẽda ſit poſ-ſeſsio. Ego ſcio eſſe qui diſſentiant, nec improbabili-ter: horum tamen argumenta facile eſſet mihi diluere. Sed vereor ne nimis verboſus ſim in hac re tractãda. Verũ illud eſt eũ male docere, qui omnia docet. No-tandũ igitur eſt, & memoriæ commẽdandũ illud Æſ-chili poetæ, Sapientem eſſe non qui multa, ſed vtilia nouerit. Hactenus igitur de hac quæſtione.

§. *Etenim incertam partem rei, &c.* Sic enim hæc verba videntur coniungenda eſſe cum ſuperioribus, quis ex eis dependeant. Dictum fuit ad acquirendam poſſeſ-ſionem fundi ſufficere partẽ quamlibet eius introire, dum tamen ea mente ſit & cogitatione, vt ingreſſus, totum vſque ad terminum acquirat. Vnde quæritur, quid ſi hac mente ſit is, qui fundum ingreditur, non vt totum fundum vſque ad terminum poſſideat: ſed vt quicquid Titius habet in eo fundo, poſſideat. Titius mihi vendidit quicquid iuris habeat in altero fundo, ego ingredior fundũ, vt poſſideã quicquid iuris habe-bat in eo fundo. Quæritur an hac ratione ſit acquiſita poſſeſſio? Paulus ait acquiſitam non eſſe: nec enim ac-quiritur poſſeſſio cum quis ea mẽte ingreditur fundũ, vt totũ vſque ad terminũ poſſideat. In quibuſdã libris ita legitur, *At enim incertam rei partem, &c.* In Florẽt. diuerſa lectio eſt, *Incertam partem, &c.* Sed prior lectio magis conuenit huic interpretationi, etſi non multum referat. Prior lectio paulo manifeſtius oſtendit hæc verba pendere ex ſuperioribus, & cum ſuperioribus iungenda eſſe. Incerta pars fundi non poteſt poſſideri, oportet eum qui vult poſſeſſionem alicuius fundi ac-quirere, eo animo eſſe, vt vel totum, vel certam par-tem poſſideat. Si eo igitur animo ſit, vt poſſideat quicquid Titius poſſidet, nihil agit. Sed qua ratione id conſtitutum eſt à veteribus, vt poſſeſſio ita acquiri non poſſit? videtur enim id paulo alienum eſſe à ra-tione. Certum eſt huiuſmodi venditionem valere, ſi quis mihi vendat quicquid iuris habet in aliquo fundo. Valet venditio, etſi incerta ſit pars, quam mihi vendidit. Cur igitur non dicimus partis incertæ mihi acquiri poſſeſſionem? Ego reſpondeo: Vtile viſum non fuiſſe iuris auctoribus, tam late hoc porrigere inter-pretatione ſua, quod conſtitutum erat iure ciuili, de acquirenda poſſeſſione, animo & corpore. Ecce iure veteri cõſtitutum eſt ſubtili iura, poſſeſſionem nõ ac-quiri niſi animo & corpore. Si ius illud omnino ſe-quamur, nihilque temperemus interpretatione, & æ-quitate, neceſſe erit, vt qui volet acquirere poſſeſſio-nem fundi alicuius, omnes eius fundi glebas circum-ambulet, & corpore ſuo apprehendat adeo, vt ſi aliqua particula ſit fundi in quam pedem non intulerit, eius poſſeſſio non ſit ei acquiſita.

Sed contra hanc ſubtilitatem iuris vtilitate ſuaden-te inductum eſt à prudentibus, vt ſufficiat quamlibet fundi partem circumambulare, nec neceſſe ſit in ſin-gulis partibus eius fundi pedem ponere. In hac inter-pretatione ſua, meminerunt veteres I.C. præcepti, *Ne quid nimis.* In hac extenſione S. C. voluerunt veteres modum adhibere: eatenus receſſerunt à ſubtilitate iu-ris veteris: quatenus id vtilitas hominum flagitabat. Satis viſum eſt, conſultum eſſe vtilitati hominum: nec vlterius progredi voluerunt. Ergo nos mouere non debet, ſi contractus emptionis ita initus valeat: Si quis mihi vendat quicquid iuris habet in fundo, id enim non pertinet ad poſſeſſionem. Ex eoque intelligere poſſumus, quod tractatur apud Accurſium: Titius cer-tam partem fundi poſſidebat, is mihi tradidit. Is in me tranſtulit quicquid iuris habebat in ea re: ego qui in-certus ſum quid Titius poſſideat, ingredior fundum a-nimo acquirendi quicquid Titius poſſidet: quæritur an ſit acquiſita poſſeſſio? Et dicendum eſt non acquiri. Igitur incertam partem fundi non poſſumus poſſide-re. Huc pertinet quod dicitur in l. ſi fur. 32. §. vlt. de vſu-fruct. obſeruandus eſt diligenter locus in quo docet nos Pomponius quomodo intelligenda ſit pars incer-ta in hac diſputatione. Mera ſubtilitas iuris veteris hic retinetur, quia alioqui ſatis conſultum eſt vtilitati & commoditati hominum: ſecundum ſubtilitatem iu-ris veteris oportet nullam non partem, nullam non glebam fundi attingere, receſſum eſt quadantenus ab hac ſubtilitate, ſed ita tamen vt certum oporteat eſſe conſilium eius, qui poſſeſſionem adipiſci vult, alioqui nihil agere fundum ingrediendo. *Mera ſubtilitate, &c.* Ergo ſecus de æquitate, vt ait ineptiſſimè Accurſius. Eodem pertinet, quod dicitur in l. locus. 36. ex eo quod diximus incertam partem fundi poſſideri non poſſe, exiſtit huiuſmodi quæſtio. Titius fundum commu-nem cum Sempronio habebat: dimidiam eius fundi partem habebat pro indiuiſo, quæ pars habetur magis animo, quam corpore. l. ſi ſeruus communis. de ſtipul. ſeru. Is partem communem mihi donauit vel ven-didit, ego volo adipiſci poſſeſſionem eius partis, hæc pars incerta eſt, & adeo eſt incerta, vt non poſſit oſtẽ-di diſcreta & ſeparata à parte alterius, cuiuſmodi ſunt partes inter hæredes ante diuiſionem rerum hæredita-riarum. Cuiuſmodi ſunt etiam inter ſocios. Ideoq; cer-ta pars ab incerta diſtinguitur. l. ad certam. de ſeruit. Quomodo igitur poteſt acquiri? I.C. ait acquiri poſſe, & quod dictum eſt de incerta parte, intelligendum eſ-ſe aliter. Hic vocat certam partem propter materiam ſubiectam in hac diſputatione: pars illa indiuiſa dici-tur certa, quamuis alias incerta dicatur. Incerta igitur pars quænam dicitur in hoc tractatu? Multum intereſt, vt ita dicam, vendo tibi tertiam partem fundi, quæ mihi communis eſt cum alio: An vero, tibi vẽdam quicquid iuris habeo in eo fundo, in altero maior eſt certitudo. Iam reſpondendum eſt argumento Accurſiano, quod plerìſque admodum argutum eſſe videtur. Sic ille ra-tiocinatur: Quicquid vindicatur poſſidetur, incerta pars vindicatur: ergo incerta pars poſſidetur. Eſt ſyllo-giſmus Accurſij rei vindicatio datur contra poſſeſſo-rem. l. officium. ſupra de rei vend. Datur domino ad-uerſus eum, qui poſſidet. minor propoſitio vera eſt. l. quæ de rota. §. incertæ. de rei vindicat. & l. 1. Cod. de a-lie iud. mut. cauſa. Incertæ rei admittitur rei vindicatio ex cauſa. Ego reſp. Cum dicimus incertam partẽ vin-dicari, (hæc eſt enim minor propoſitio) intelligimus partem, quę incerta eſt aduerſus alium in iudicio agẽti. Aliquando permittitur ei, qui vindicat, incertam partẽ petere ex cauſa, quia nõ poteſt ei cognita eſſe pars, quã

diuid. vbi dicitur acquiri inuentori. Peruulgatum eſt ſi quis inuenerit theſaurum acquiri inuentori. l. ſi ia qui. l. nũquam. §. theſaurus. de acquir. rer. dom. & d. §. thaſauros. Non autem ei qui occupauerit, qui apprehenderit, qui loco mouerit. Ergo videtur neceſſe non eſſe quod Paulus hic ait vt theſaurua loco moueatur. Huic obiectioni nos ita reſpondemus, quod dicitur in locis iam adductia acquiri inuentori: id accipiendum eſt da dominio & proprietate. Hic autem noa loquimur nõ de acquiſitione dominij ipſius theſauri, ſed quæritur, quomodo acquiratur poſſeſſio theſauri: & dicitur acquiri poſſeſſio theſauri cum theſaurus loco mot' fuerit. Non pertinat hic locus ad acquiſitionem dominij aut proprietatis. Nam ſæpe accidit alias, vt nobis acquiratur dominium ſine poſſeſſione. leg. cum heredes. infra. Ego quidem ſcio dubitari an dominium acquiratur ſola inuentione, an vero neceſſaria ſit corporalis apprehenſio. Eſtq; quęſtio vulgo agitata quæ nihil pertinet ad poſſeſſionem. Ego puto indubitatũ eſſe quod dicimus de poſſeſſione, ſcilicet apprehẽſionem neceſſariam eſſe. Sed cum quæritur de dominio, maior eſt quæſtio & dubitatio. Nos de ea re aliquid attigimus in interpretatione l. 1. *Et vmuenire.* in locis quos adduximus videtur ſignificare occupare. le. ſi Barbaſotam. C. de fideiuſſor. Sed hæc quæſtio eſt de poſſeſſione, nõ de dominio. Hæc de ſententia Sabini & Pauli in hoc loco. Ex his conſequena eſt, non recte dixiſſe Brutum & Manilium vſucapi poſſe theſaurum: ſed hic incidit difficultas. Nam vſucapio videtur hic locũ habere non poſſe, etiamſi theſaurua loco motua ſit, etiamſi theſaurus poſſideatur. Quod ſi verum eſt, inepte diſputatum eſt à veteribus de vſucapione à Manilio & Bruto. Id ego plenius explicaturus ſum. Theſaurus poſtquã inuentus eſt & apprehenſus, ſtatim ſit occupantis. §. thaſauros. Inſtitu. de rer. diuiſion. & aliis locis quos adduximus. Cum ſtatim effectus ſit meua, ineptum eſt quęrere an à me vſucapi poſſit. Nam quod meum eſt, à me vſucapi non poteſt. l. ſequitur. § Lana. infra. de vſucap. §. ſic itaque. Inſtitu. de actio. & l. 3. de vſucap. Res mea fit per vſucapionem. vſucapio eſt acquiſitio dominij. d. l. 3. Certum eſt theſaurum acquiri ei qui inuenerit & qui occupauerit: ſi igitur ſtatim ei acquiratur, quid eſt quod hic tractatur de vſucapione theſauri? nõ fuit opus hac diſputatione. Hic ita diſtinguit Iuriſconſultus, ac ſi theſaurus vſucapi poſſet, poſtquam apprehenſus eſt. Huius nodi explicandi cauſa quidã dicunt theſaurũ dupliciter accipi. Et reuera duplex eſt ſignificatio huius verbi *theſaurus.* Vna eſt in l. nũquam §. theſaurus. de acquir. rei. domin. theſaurua eſt quędam vetus depoſitio pecuniæ cuius non extat memoria. Et ſic Paulua definit theſaurum. & eod. Imperator ſub titulo de theſauris lib. 10. C. Sed aliter accipitur theſaurus apud Iuriſconſultos, pro reb. nempe conditis, etiã ſi extet memoria, & extet fortaſſis dominus, quo ſenſu accipitur in leg. peregre, hoc titul. vocat Iuriſconſult' theſaurum pecuniam quam peregre profecturua recondiderat in terra: ſic etiam accipitur in leg. theſaur'. ad exhib. Hic manifeſtum eſt theſaurum aliter accipi quàm definierit Paul. in d. l. nunquam §. theſaurus. de acquiren. rer. dominio. Theſaurus hoc poſteriore ſẽſu dubiũ nõ eſt quin poſſet vſucapi ab ignorate & bonã fidem habente. Non enim acquiritur ei qui inuenerit. Theſaurus cuius non extat memoria poteſt vſucapi, quia dominium non habet, vt à pleriſq. viſum eſt. Sic hunc [1] nodum diſſoluo, vt quod dicitur de theſauro apud Paulum in hoc capite intelligatur non de eo theſauro, cuius non extat memoria, & qui acquiritur inuentori, ſed de eo potius qui dominum habet, & cuius extat memoria, & qui poteſt vſucapi ab ignorante propter bonam fidem, Nõ enim verum eſt quod Zaſius ait, furtum facere quiſquis theſaurum contrectauerit. l. theſauros ad exhib. Nam poteſt cõtrectare ſine animo furandi. Hæc ſententia mihi videtur ſatis probabilis, ſed fortaſſis locua erat vſucapioni theſauri, cuiua nõ extat memoria tempore Bruti & Manilij. Opinio Bruti & Manilij hic obiter refertur à Paulo: fortaſſis tempore Bruti & Manilij ita conſtitutum non fuerat vt acquireretur theſaurus inuentori: & Iuſtinianus in Inſtitut. ſatis hoc ius quod de theſauro habetur ortum eſſe ex edicto Adriani oſtendit. §. theſauros. de rer. diuiſ. Atque ideo non eſt magnopere contendendum de vſucapione theſauri, de qua Paulus hic non loquitur. Hæc autem ſententia Bruti & Manilij etſi improbetur à Paulo: tamẽ poteſt nobis vſum aliquem adferre. Nam hæ rationes non ſunt omnino improbandæ. Vſus colligitur ex facto quod interdum accidiſſe proponitur, & Iuriſconſultos plerunque ita reſpondiſſe noſtris temporibus. Quidã mercator Lidiæ Senenſis ex Hiſpania reuerſus attulit certam quantitatem ceræ, intra eam ceram incluſa erat pecunia: incluſa erant 4000. ducatorum. Hic mercator inopinato deceſſit, relicto filio, qui totius rei erat ignarus. Filiua imprudena vendidit illam ceram alij mercatori, emptor poſſedit hanc ceram triennio. Deinde vendidit cuidam Pharmacopolæ, orta eſt controuerſia inter hos omnes, quærebatur cuius eſſet hæc pecunia, an emptoris, an vero eius filij qui ceram ſibi à patre relictam neſcius & ignarus vendiderat? Reſponſum eſt ab omnibua hanc pecuniam filio reddẽdam eſſe, quaſi ſemper poſſeſſor manſerit. Idque optima ratione. Nam filius non tranſtulit illius pecuniæ dominium. Nam id ignorabat. Id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro in alium transferri nõ poteſt: id igitur quod tranſtulit in alium ſine facto ſuo, recuperare debet. Deinde vſucapio non poteſt hunc emptorem iuuare, ſi quis forte dicat: etſi non fuerit tranſlatum dominium in emptorem, tamen vſurepiſſe, quia poſſedit bona fide triennio. Nam eo tempore vſucapitur res mobilis. Reſponſ. eſt, vt Paulua noſter de Bruti & Manilij ſententia ſcribit. Hæc pecunia vſucapi nõ potuit triennio ſine poſſeſſione: vtrunque neceſſarium eſt ad vſucapionem, bona fidea & poſſeſſio. Ego probo non potuiſſe vſucapere dictam pecuniam. Nam aut ſciuit aut neſciuit pecuniam incluſam eſſe in cera. Si ſciuit, non potuit vſucapere, quia eſt malæ fidei. Si neſciuit, non potuit, quia non poſſedit. verum ergo eſt quod ab aliis reſponſum eſt,

Ad §. Ex plurimis cauſis, &c.

Hic tractatur quæſtio qua nulla reperitur difficilior aut obſcurior in hoc tractatu de poſſeſſione. An ex plurib. cauſis poſſit res poſſideri? Et animaduertendum eſt in primis varias eſſe cauſas poſſidendi, ſiue poſſeſſionis, de quibus loquitur Paulua noſter in hac l. §. genera. vbi ait, Poſſeſſio iuſta eſſe nõ poteſt ſine cauſa: vt quia iuſte poſſideat oportet eũ rem poſſidere vel vt emptam, vel vt donatam, vel ex alia huiuſmodi cauſa ſibi quæſitam. Hæc cauſa dici ſolet titulus poſſeſſionis. l. cũ res. C. de contrahen. empt. id explicat Theophil. in Inſtit. tit. de interdict. Atq. ideo poſt tit. de vſucapionib. poſiti ſunt à Tribon. cõpoſitore Pandectarum tituli pro emptore, pro donato, pro ſuo, & alij ſimiles. Quoniam vſucapio non procedit ſine iuſta poſſeſſione, oportet rem poſſideri bona fide, & iuſto titulo vt vſucapiatur. Hæ ſunt cauſæ poſſidendi tit. pro donato, pro dote. Difficile id non eſt intelligere in titulo pro ſuo, aliquid eſſe difficultatis, huiua tituli mentio fit à Paulo in hoc cap. Sed hic titulua eſt generalis &

Digitized by Google

etiã ſpecialis Duplex eſt huius verbi ſignificatio. Generaliter pro ſuo poſſidere is dicitur qui poſſidet ex quacunque cauſa ex qua dominium acquiritur. Nã & ſi forte res ipſius non ſit, poſſidet tamen vt dominus, poſſidet animo dominantis. Diximus verã propriámque eſſe poſſeſſionem cum quis dominantis animo tenet.l.ſi ſeruus depoſitus. l.vlti. de itin.actuque priuat. Specialiter autem poſſidetur pro ſuo id quod in aliam ſpeciem non cadit.l.2.& 3.pro ſuo. Exempli gratia, ſi quis poſſideat gemmas aut lapillos in littore maris inuentos, is non dicitur nec pro emptore titulo vel pro donato poſſidere,& tamen iuſta eſt eius poſſeſſio. Res enim huiuſmodi acquiruntur occupanti, vt ſupra diximus in l.1.in prin. Titulus huius poſſeſſionis eſt titulus pro ſuo.hic rem tanquam ſuam poſſidet:& quia hic titulus poſſeſſionis nõ habet aliud ſpeciale nomen, nos dicimus pro ſuo poſſidere: itaq; ſi forte gẽma exciderit domino in littore maris, poterit vſucapi propter iuſtam poſſeſſionem & bonam fidem. Ad propoſitam igitur quæſtionem an ex pluribus cauſis res poſſideri poſſit. Reſpondet Paulus noſter: *Ex pluribus,&c.* Duo exẽpla ſunt huius rei apud Paulum: vnum exẽmplum eſt cum ego emi rem,& poſtea eam vſucepi. Ego emi rem. Cauſa poſſeſſionis meæ eſt emptio: titulꝰ pro emptore. Deinde eam rem vſucepi lõgo tẽpore, eam poſſidendo, alia eſt cauſa poſſeſſionis. Ob eam cauſam eam rem titulo pro ſuo poſſideo. Nam rem quam vſucepi poſſideo vt meam. Hic cõcurrit duplex cauſa poſſidendi, emptio quæ iuſta eſt cauſa, etiamſi res vſucapta nõ eſſet.accedit alia cauſa eáq; iuſtior, ſcilicet vſucapio. Aliud exemplũ eſt cũ ei qui emit rem, ego hęres extiti. Si is cui ego hæres extiti emit rem, poſſidebat eam pro emptore, ego qui hæres extiti, poſſideo eadẽ ea cauſa quod ille emit, cui ego ſucceſſi, videor emiſſe. Ex eadem igitur cauſa ex qua poſſidebatur, & ego poſſideo. Accedit & alia cauſa hæreditaria, ego poſſideo tanquam hęres, etiam ſi non poſſediſſet defunctus eam rem tanquam emptam, ſi tamen eam reperiſſem in eius bonis putans hæreditariam eſſe, quamuis forte nõ eſſet, tamẽ recte & iuſte poſſiderem. Ex his exemplis demõſtratur verũ eſſe, quod Paulus ait, eandẽ rem ex plurib. cauſis poſsideri. Deinde ſequitur: *Nec enim ſicut dominiũ, etc.* Iuriſconſ. occurrit obiectioni. Poteſt hoc obiici ſententiæ noſtræ quod de dominio dicitur, vt hic & alijs in locis, ſcilicet: dominiũ ex plurib. cauſis nõ cõtingere.l. nõ ex plurib. de reg.iur. & leg.& an eandẽ.§. actiones.de excapt.rei iud. Si dominium non poteſt contingere ex pluribus cauſis, idem videtur dicendum eſſe de poſſeſsione, cum magna ſit dominij & poſſeſsionis ſimilitudo & affinitas. Sed huic obiectioni reſpõdet Paulus cũ ait, *Nõ enim ſicut dominij.* His verbis oſtẽdit differre dominiũ à poſſeſsione. Sicut & alias certum eſt dominium & poſſeſſionem multũ differre. Multæ variæque differentiæ reperiuntur inter dominium & poſſeſsionem. Sed quænam ratio eſt huius diſsimilitudinis in hac quæſtione de cauſis, cur poſſeſſio ex pluribus, dominium vero ex pluribus cauſis nõ contingit? Animaduertendum eſt iura conſtitui ad vtilitatem hominum: ius ciuile dicitur quod in quaque ciuitate vtile eſt.l.penul.de iuſtit.& iur. In iure conſtituendo ſemper reſpiciunt legiſlatores ad vtilitatẽ hominum,& plerunque ius varium cõſtituitur, & diuerſum in his rebus quæ primo aſpectu non videntur diuerſæ propter vtilitatẽ hominũ. Vtilitas autẽ viſa eſt hoc requirere in poſſeſsione, vt ex plurib. cauſis poſsit res poſsideri & poſsidendo facile poſsit perueniri ad acquiſitionem dominij: poſsidendo enim acquirimus dominium.leg.1.in princip. hic. Vtile fuit hoc admitti vt ex plurib. cauſis res poſsit poſsideri, vt facilius dominium rerum quas poſsidemus acquirere poſsimus: vt ſi ex vna cauſa interrũpatur poſſeſsio, ex alia cauſa poſſimus vſucapere. Interrumpitur autem vſucapio,& impeditur vt ſuo loco dicemus. Pręterea cum quęritur de acquiſitione dominij rerum aliquarum per vſucapionem & poſſeſſionem, inſpicimus iuſta ſit, an probabilis poſſeſſio. non tantum inſpicimus an quis poſſideat, ſed inſpicimus quàm iuſtam & probabilem poſſidendi cauſam habeat: & ſane iuſtius poſſidet & facilius acquirit dominium vſucapione qui pluribus titulis vtitur, qui pluribus ex cauſis poſſidet. Et ſæpe accidit vt quis ſibi conſulere volens ex pluribus cauſis rem ſibi acquirat propter maiorem certitudinem acquiſitionis. Exempli gratia, Ego emi rem à Titio quem ego putabam dominum eſſe rei venditæ, deinde accepi venditorem eam rẽ prius alij vendidiſſe, ſcilicet Sempronio. Ego ſtatim acceſſi ad Sempronium: ego eam rem ab eo emo, vt ſi quid forte iuris habeat, eo etiam iure mihi conſulatur, vt vter eorum dominus ſit ſiue Titius, ſiue Sempronius, res mihi acquiratur, certum ſit rem mihi acquiſitam iri. Nemo prudens aut cordatus homo negabit fauendum eſſe huius conſilio, qui tot titulis poſſeſſionem ſuam confirmando prudenter ſibi cauet & proſpicit, vt quicquid euenerit, res ſibi acquiratur. Idem dici non poteſt de dominio quod de poſſeſſione. Sufficit vne ex vna cauſa dominium eſſe factum. Nam nihil amplius & maius requirere poſſum, atque ideo non eſt receptum vt dominium vnius rei nobis ex pluribus cauſis contingat. De poſſeſſione idem dici non poteſt. eſt longe diuerſa ratio poſſeſſionis. Differunt in hac re dominium & poſſeſſio, veluti curſus & meta in ſtadio. Is qui poſſidet cupit dominiũ acquirere: poſtquam dominium acquiſitum eſt, nihil amplius poteſt deſiderare. Hæcque eſt differentia dominij & poſſeſſionis in hac re. Sed de vtroque ſpecialiter dicendum eſt. Primum de poſſeſſione: deinde de dominio. Ait Paulus noſter poſſeſſionem pluribus ex cauſis nobis contingere poſſe: & exemplis vtitur quibus oſtendit nihil referre an hæ cauſæ poſſeſſionis cõcurrant in idem tempus, an non concurrant. ecce prius exemplum hoc eſt. Cum quis emit, deinde vſucepit rẽ emptam. In hoc priore exemplo diuerſum eſt tempus vtriuſque cauſæ, non concurrunt in idem tempus: at vſucepit,& pro emptore,& pro ſuo. Non eodem tempore ego poſſideo ex vtraque cauſa. Ego prius poſſideo pro emptore tanquam emptam, deinde ſequitur vſucapio: vſucapio ſequitur poſſeſſionem. In poſteriore exemplo eodem tempore poſſideo ex vtraque cauſa, pro ſuo & pro emptore. Defunctus poſſidebat rem vt emptam, ego illius hæres extiti, & apprehendi poſſeſſionem eius rei eodem tempore. Ego cœpi poſſidere ex vtraque cauſa, ego non poſſum dici prius poſſidere pro tempore quàm titulo pro hærede. Alia eſt poſſeſſio mea, quàm poſſeſſio defuncti, quamuis iungantur, vt dicemus in l. Pomponius, infra. Hæc igitur exempla oſtendũt eandem rem ex pluribus cauſis poſſideri poſſe, ſiue idem tempus ſit earum cauſarum, ſiue diuerſa ſint tempora, ſiue concurrant in idem tempus ſiue non. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. non vt ex pluribus. Ex pluribus cauſis rem eandem deberi poſſe, licet ex pluribus cauſis non poſſit res aliqua mea eſſe: tamen poteſt ex pluribus cauſis mihi debita eſſe. Idem dicitur in leg.& an eædem actiones, de exceptione rei iudicatæ. Idem in leg. non eſt nouum. de actio. empt. & alijs ſimilibus. Poteſt mihi deberi res ab vno ex cauſa venditionis, ab alio ex cauſa legati, ab alio ex cauſa donationis. hæ omnes cauſæ concurrunt, hócque eſt receptum propter vtilitatem hominum, vt facilius poſſit rei dominium quæ debita eſt, acquiri. Etſi obligatus ſit quis ad eandem rem dandam quam alius mihi debet, nõ ideo dominium mihi quæſitũ eſt vtiles

hoc eſt, vt ſi deficiat vna cauſa, ex alia cauſa quis poſſit agere, & ad dominij acquiſitionem peruenire. Inde quæritur ſi quis poſſideat duplici ex cauſa, & ex vna cauſa ſit completa vſucapio, an ex alia adhuc dicatur poſſidere? Diximus pluribus ex cauſis poſſe rem aliquam poſſideri, vt exẽplis quæ ſupra extant apud Paulum noſtrum in hoc loco oſtenſum eſt. Ego cœpi rem poſſidere quam emi ab alio, & poſt aliquod tempus ea res mihi legata eſt ab alio vel donata. Ex priore cauſa eam rẽ vſucepi, eã vſucepi triẽnio (erat forte res mobilis) quęritur an nunc eam poſſideam ex alia cauſa? Ex his quæ iam diximus videtur ex alia cauſa nõ poſſideri. Poſt vſucapionem completã nulla vtilitas exigit vt res à me poſſideatur ex alia cauſa, me iã effecto domino. Id enim nullius vſus, nullius vtilitatis eſſe videtur. Cum iam peruentum eſt ad metam, cum iam acquiſitum eſt dominiũ: quid iam prodeſt poſſidere ex alia cauſa? Cum hæc vtilitatis cauſa conſtituta ſint, videtur dicendũ in hoc caſu rẽ tãtum poſſideri ex cauſa vſucapionis, nõ ex alia cauſa. Verũ Paulus noſter aliud ſentire videtur in priore exẽplo cũ ait, *Etenim qui vſucepit & pro emptore & pro ſuo, &c.* Hic videtis Paulum loqui de vſucapione cõpleta: nõ .n. ferẽda eſt opinio eorũ qui interpretãtur verbũ hoc vſuceperit, vſucapere cœperit. Quaſi de vſucapione cœpta & inchoata loquatur Paulus non de completa. Repugnat verbi proprietas & ſignificatio. *Qui vſucepit & pro emptore & pro ſuo, &c.* Loquitur de eo qui vſucepit, qui longo tẽpore acquiſiuit dominium rei tanquam poſſeſſæ titulo pro emptore. Is dicitur, inquit, poſt vſucapionem poſſidere & pro emptore & pro ſuo. Ego non dubito, quin hæc fuerit Pauli ſententia, tametſi obſcurus ſit locus. Vlpian. dubitare videtur referens Manilij opinionem. l. 1. §. vlt. pro ſuo. *Incipio poſſidere, &c.* Sed an deſinã ex cauſa. &c. Mauritanus dicitur exiſtimaſſe eũ deſinere, cum refert tantum Mauritani opinionem, nec aperiat quid de ea re ſentiat, hic videtur hæſitaſſe, refert eius ſententiam Vlpian. vt in re dubia. At manifeſtior eſt Pauli ſententia in hoc loco. Sed cor, dixerit aliquis, exiſtimauerunt veteres ex alia cauſa adhuc rem poſſideri, cum id nullius vtilitatis eſſe videatur, & iura ad vtilitatem hominum conſtituta ſint, vt iam diximus? Ego exiſtimo cum ſemel conſtitutum eſſet rẽ poſſideri ex pluribus cauſis, facile non adductos fuiſſe veteres Iuriſconſul. vt ex iure conſtituto aliquid immutarent, etſi non admodum vtilis ſit ea poſſeſſio, nec ob eam poſſeſſionem vſucapiatur, vt poſtea dicemus: certũ tamẽ eſt poſſeſſionẽ nihil incõmodi adferre. In iure cõſtituendo. ll. latores eum ſcopum ſibi ponunt, ſcilicet vtilitatem hominum. Sed ius quod conſtitutũ eſt, non ideo facile mutatur, quod inutile deprehẽdatur ll. mutare. l. in nonis. de conſtit. princ. In rebus nouis conſtituendis euidens debet eſſe vtilitas vt à iure conſtituto recedatur, quod diu æquum & vtile viſum eſt. Hæc poſſeſſio de qua nos loquimur ad vſucapionem non prodeſt, effectum non habet vſucapionis: quod meum eſt à me vſucapi non poteſt: hoc pro regula & axiomate certiſſimo notandum eſt ex l. ſequitur. §. lana. de vſucap. Rem meam ego vſucapere non poſſum, deinde id quod meum eſt amplius meum fieri non poteſt. l. proprias. C. de legibus §. ſic itaque. Inſti. de actionib. At vſucapione res efficitur mea: vſucapio eſt adiectio dominij l. 3. de vſucap. Ergo cum res mihi quęſita eſt vſucapione, etiam eam poſſideam ex alia cauſa, ea poſſeſſio non poterit valere ad vſucapionem: ſic videtur accipiendum eſſe quod dicitur in l. 2. §. vlt. pro empt. quę ſolet nobis obiici vt cõtraria ab his qui diuerſum ſentiũt in d. l. 2. §. vlt. pro empt. *Si rem alienam.* Ego rem alienã ab eo emi quẽ putabam dominũ eius rei eſſe: ita cœpi vſucapere: dominus eius rei poteſt à me rẽ vẽdicare, dominus petiit à me rem, dominus vendicauit à me rem vt à poſſeſſore. Quæritur an hac petitione ſit interpellata & interrupta vſucapio? Ait Iuriſconſultus hac petitione & litis conteſtatione non interrumpi vſucapionem. Sed litis æſtimationem ſufferre maluerim, ait mutari cauſam poſſeſſionis ei qui litis æſtimationem ſuſtulerit: veluti ego videns fore vt euinceretur res, malui offerre litis æſtimationem, vt ſæpe fit in iudicio petitorio. Litis æſtimationem accepit aduerſarius, & ita ego rem poſſeſſam retinui. Hoc caſu Iuriſconſul. ait mihi mutatam eſſe poſſeſſionis cauſam. Itaque etſi in priori ſpecie non interrumpatur vſucapio, hic tamen vſucapio non poterit procedere. Quia dominus factus ſum eius rei, quia litis æſtimationem ſolui. litis enim æſtimatio ciuilis emptio eſt. Ponamus itaque eum qui dominus erat, mihi rem vendidiſſe iam antea emptam ab alio non domino. Quæritur an ea vtraque cauſa poſſideam? Quidam exiſtimant me non poſſidere, ſed exiſtimo Iuriſconſultum reſpexiſſe ad vſucapionem. Quamuis non poſſit vſucapi ex altera cauſa, puto tamen eum poſſidere ex veteri cauſa, ſed impeditur vſucapio, quia cauſa poſſeſſionis ſit mutata. Sic mihi videntur hæc accipi poſſe. Alia antinomia eſt ex l. cum res. C. de contrahen. empt. *Cum res tibi, &c.* Titius mihi rem donauit & tradidit, ſicque tranſlatum eſt dominium eius rei in me, quia tradens dominus erat. Eo mortuo, emi eandem rem ab ipſius hærede. Hic concurrit duplex cauſa poſſeſſionis. Donatio ſcilicet facta à defuncto, & venditio facta ab hærede. Ait Imperator non duplicari titulum poſſeſſionis, *Intelligere debebas, &c.* in ſpecie propoſita Imperator ait non duplicari titulum poſſeſſionis. Quod videtur contrarium eſſe ſententiæ Pauli noſtri cum ait, ex pluribus cauſis eandem rem poſſideri poſſe, nec referre an ex vna cauſa dominium ſit mihi quæſitum, an non ſit. Hæc videntur pugnantia eſſe. Sed animaduertendum eſt reſponſum hoc eſſe ab imperatore conſulenti ex facto, cum ex facto conſuleretur Imperat. Cùm ei hypotheſis aliqua proponeretur, de eáque conſuleretur, cuiuſmodi ſunt ſcripta omnia quę in C. Iuſtinia. reperiuntur. In ſpecie propoſita de qua conſultus fuit Imperator, credibile eſt quæſtionem fuiſſe de acquiſitione dominij propter poſſeſſionem, id mihi videntur oſtendere verba Iuriſconſulti. *Dominum factum fruſtra, etc.* Obſcurum eſt & incertum quid libello eo qui oblatus fuit principi, cõtineretur. Sed nos hoc conicimus ex verbis ipſius reſcripti. Ex verbis reſcripti apparet, de acquiſitione dominij conſultum fuiſſe Imperatorem. Item in eo caſu emptio nulla eſt, ideoque titulus ille inutilis eſt irritus. Ideo emptio nulla eſt, quia emi rem à defuncto: proponitur res mihi donata & tradita, ab eo qui dominus erat. Deinde emi eam ab hærede. rei ſuæ nulla eſt emptio. l. neque pignus, de reg. iur. l. rei ſuæ, de contrahen. empt. Ideoque reſcripſit Imperator non multiplicari titulum. Quid ſi vterque titulus ſpecialis, an ſententiæ Pauli locus erit.? Veluti emi rem à Titio, eandem rem emi à Sempronio, vel donata eſt: hi tituli ſunt ſpeciales. Quidam putant ſententiam Pauli locum habere, cum vnus titulus eſt ſpecialis, alter generalis Mouentur exemplis quibus hic vtitur Paulus: in priori exemplo titulus eſt generalis pro ſuo. Titulus ſpecialis eſt pro emptore: titulus generalis eſt hîc intelligendus pro ſuo. In poſteriore exemplo titulus pro hærede eſt vniuerſalis, titulus verò pro emptore eſt ſpecialis. petitio hæreditatis dicitur de vniuerſitate proponi. l. 1. de rei vindic. Hac ratione adducti quidam exiſtimauerunt tunc ſententiam Pauli locum habere cum res poſſideretur ea pluribus titulis, quorum vnus eſt generalis, alter ſpecialis, Sed verius eſt exemplis non reſtringi generalia Pauli

verba. Vulgare illud eſt, exemplis non reſtringi regulam. l. regula §. vltim. de iur. & fact. igno. Paulus ait generaliter ex pluribus cauſis nos eandem rem poſſidere poſſe. Item exemplum eſt in l. cum res. Quod iam à nobis recitatū eſt de duobus ſingularibus titulis. Res eſt mihi donata à defuncto, & ab eius hærede eſt mihi vendita, hic titulus venditionis & donationis vterque eſt ſpecialis: & tamen ex duabus illis cauſis oſtendit manifeſtiſſime Imperator rem poſſe poſſideri, & ideo non prodeſſe ait poſſeſſionem ex poſteriori cauſa, ex cauſa venditionis: nempe quæ contracta eſt cum hærede: quia tradita fuerat res & dominium tranſlatum in emptorem, in donatarium, & alia ratio impedit ne hoc caſu multiplicetur cauſa poſſeſſionis. Quia rei ſuę emptio nulla eſt. Si proponeretur defunctum fortaſſis non fuiſſe dominum qui tradidit, & non tranſlatum eſſe dominium, oſtendit Imperator hoc caſu nihil impedire quo minus titulus multiplicetur. Heſterna die cœpimus declarare id quod Paulus noſter hic ait: *Non ſicut dominium.* Et diximus primo de poſſeſſione. Nūc de dominio dicendum eſt. Regula eſt, dominium ex pluribus cauſis nobis acquiri non poſſe: quæ regula extat non ſolum in hoc loco, ſed etiam in leg. non vt ex pluribus. de reg. iur. & in l. & an eadem. §. actiones. de except. rei iudic. In regula iuris dicitur, vt ex pluribus cauſis eadem res nobis deberi poteſt, ita dominium ex pluribus cauſis nobis contingere poteſt. At eadem res non niſi ſemel mea effici poteſt: & hoc intereſt inter dominium & poſſeſſionem. Diximus heri multiplicationem cauſarum prodeſſe nonnunquam poſſidenti, vt facilius acquiratur dominium. Dominium autē eſſe ex pluribus cauſis, nullam vtilitatem adfert. Hæc ſententia quibuſdam argumentis impugnari ſolet, de quibus quid iudicandum ſit breuiter nunc dicemus. Primum argumentum eſt eorum qui dicunt, Si ex pluribus cauſis poſſidetur res atque vſucapitur, hinc conſequens eſſe videtur vt ex pluribus quoque cauſis dominium nobis acquiratur. Certum eſt poſſeſſionem ex pluribus cauſis nobis acquiri poſſe. Id explicatum fuit heſterna die. Si ex pluribus cauſis res poſſideri poteſt, ex pluribus etiam cauſis res vſucapi poteſt. Quid aliud eſt vſucapere quàm poſſidere longo tempore? l. 3. de vſucap. Continuata poſſeſſione quæ ex pluribus cauſis eſt, longo tempore acquiritur dominium. Vſucapione ergo ex pluribus cauſis acquiritur dominium. Si quis poſſideat legitimo tempore, poſſidendo fit dominus. Illud ergo dominium acquiritur ex pluribus cauſis: acquiritur ex illis titulis ex quibus poſſidet rem is qui eam vſucapit. Qui argutias ſectantur magis quàm res & ſententiam, & conſuetudinem loquendi veterum Iuriſconſultorum non reſpiciunt, his calumniis vti ſolent, & tenebras offundunt rebus per ſe non admodum obſcuris. In quæſtione propoſita vna proculdubio eſt cauſa dominij, ſcilicet vſucapio. Vſucapione dicitur acquiri dominium. l. traditionib. Cod. de pact. hic duplex vſucapio non eſt, ſed vna tantum. Res quidem vſucapitur poſſidendo rem, quæ res poſſidetur ex pluribus cauſis: Sed tamen verū eſt huius dominij acquiſiti cauſam eſſe vſucapionem. Ergo vna tantum cauſa eſt huius dominij. Niſi quis dixerit duplicem eſſe vſucapionem, quod nemo opinor dixerit. Vtar exemplis huius rei demonſtrandæ cauſa, ex quibus cognoſcetur etiam quādo vna ſit cauſa vel duplex dominij vel poſſeſſionis. Ecce ſi quis interrogetur qui dominum ſe eſſe contendit, cur dominus ſit rei de qua agitur. Ego, reſpondeat, ego ſum dominus duabus ex cauſis. Prima, quia rē vſucepi, deinde quia in me dominiū ab eo qui dominus erat trāſlatū eſt: is allegat duas cauſas ſui dominij. Certū eſt has duas cauſas non poſſe concurrere. Ponamus aliud exemplum. Interrogatus cur dominus ſit, ſi ita reſpondeat. Ego ſum dominus, quia poſſedi rem longo tempore vt mihi donatam. certe vnam tantum cauſam allegat dominij ſui. Allegat vſucapionem: vſucapio hic vna eſt, non eſt duplex vſucapio. Vſucapio quidem naſcitur ex continuatione poſſeſſionis. Et poſſeſſio ex pluribus cauſis eſt, ſed vna tantum eſt vſucapio. Atq; ideo vna tātum cauſa dominij in hac ſpecie dicēda eſt. Hæc ſolutio non poteſt ſatisfacere iis quibus nihil eſt adeo certum quin controuerſum reddant. Hac ratione, inquiunt, nihil differt dominium à poſſeſſione, nec poſſeſſio à dominio. Cum tamen in hoc capite Paulus poſſeſſionem differre à dominio oſtendat. Sic enim diceretur poſſeſſionis vnam cauſam eſſe, ſi admitteremus vnam cauſam eſſe dominij ſcilicet vſucapionē. Poſſemus dicere & vnā cauſam quoque in exemplis quibus Paulus vtitur, eſſe: quia vna tantum traditio eſt. Quamuis res tradatur titulo hæreditario, titulo emptionis, tamen vna traditio eſt. Et ea traditio eſt cauſa poſſeſſionis. Sed Iuriſconſultus ait plures cauſas eſſe poſſeſſionis, ergo etiā de dominio idem dicendum eſt, nec recipiendum eſt quod diximus vnam cauſam eſſe dominij, quia vna eſt vſucapio. Sed ego reſpondeo, ineptè hoc dici traditionem eſſe cauſam poſſeſſionis. Cauſam poſſeſſionis non vocamus quia poſſeſſio apprehenditur. Cauſa variè accipitur. Vna eſt remota, altera proxima. Iuris autores poſſeſſionem hic vocant, contractum, qui cōtractū, vel aliā huiuſmodi cauſam ob quā poſſeſſio iuſta redditur, quæ dicitur titulus. l. poſſiderië aut. 3. §. genera. hic. ineptè ergo dicitur traditio cauſa poſſeſſionis, vt cauſā hic accipiunt Iuriſconſulti. Et certum eſt rem poſſe poſſideri ſine traditione. l. 5. hic. Vnde in apprehēdēda poſſeſſione non eſt neceſſaria traditio. Hæ ſunt cauſæ poſſeſſionis. Cauſæ dominij colliguntur ex l. traditionibus. Cod. de pact. Vna dominij acquirendi ratio eſt, cùm dominus rem ſuam in alium transfert. Altera eſt vſucapio. Aliud argumentum eſt æque ineptum aut fortaſſis ineptius. Aiunt in vſucapione requiri titulum & præter titulum requiri bonam fidem, quæ cauſæ ſunt diuerſæ. Hæ cauſæ ſunt dominij acquirendi per vſucapionē: aliud eſt titulus quā bona fides. Aliud eſt bona fides quàm titulus. Ecce hic ſophiſtis nullus eſt modus & finis garriendi: & ſatis eſt reſpōſum huic obiectioni cū ſuperius obiectum diluimus. Ego oſtendi quomodo cauſas accipiant Iuriſconſulti, cum loquuntur de cauſis acquirendi dominij: vna eſt tantum cauſa dominij. Scio plures eſſe cauſas. Verum hæ cauſæ non poſſunt ſimul cōcurrere. Vſus eſt & mos loquendi Iuriſconſultorum hic ſequendus eſt, cum de cauſis loquimur. Alias nullus eſſet finis, nullus modus altercandi. Aliud argumentum eſt l. ſi modo. §. ex eadē & §. ſi quis autē. de except. rei iudic. ex l. & an eadem. §. actiones. eo. tit. Is qui vindicat rem ſimpliciter in iudicio, nulla certa cauſa expreſſa ſuæ petitionis, omnem cauſam in iudicium deduxiſſe videtur, ideoque ſi victus poſtea agere velit ſubmouebitur exceptione rei iudicatæ. Si verò vnam cauſam expreſſerit & victus fuerit, eo iudicio non prohibetur ex alia cauſa poſtea vindicare. Et ſi vindicet, non ſubmouebitur exceptione rei iudicatæ. Hæc ego demonſtro exemplis. Ego vindico à te rem quam dico meam eſſe ex cauſa vſucapionis, vel quia dominus eam rem vendidit mihi & tradidit vnam tantum cauſam: ex primo non poſſum docere mihi ab eo traditam & venditam eſſe. Vincor in iudicio. Deinde comperto errore meo volo denuo experiri, meam eſſe dico quia vſucepi. Nihil prohibet me iterum experiri. Sed ſimpliciter dixi, me dominum eſſe, & hoc genus actionis admittitur cū res vindicatur, nō enim cogitur is qui agit rei vindicatione exprimere cauſam dominij, ſatis eſt dicere: Ego ſum domi-

dominus in actionibus perſonalibus: idem non recipitur, ſi aduerſarius contradicat. Si is qui rem aliquam vendicat, litem perſequatur, docere quidem debet ex certa cauſa ſibi acquiſitum eſſe dominium. Sed loquor de intentione. Cum igitur quis vindicat ſimpliciter, non expreſſa cauſa, ſi vindicatur, nulla ex cauſa poterit eandem rem in iudicium reuocare. Quia ſimpliciter petendo nulla cauſa expreſſa, videtur omnem cauſam ex qua dominus eſſe poteſt in iudicium deduxiſſe. Ex eo colligitur ex pluribus cauſis dominium acquiri poſſe. Nam ſi omnem cauſam in iudicium deduxiſſe intelligatur, ſequitur vnam cauſam non eſſe dominij acquirendi. Sophiſticum hoc eſt, ſed tamen hæc nonnunquam remorantur exercitatiſſimos quoſq. Intelligite quid fallaciæ ſit in hac ratione argumẽtandi. Ergo ex pluribus cauſis acquiri poteſt dominium. Ego id non inficior, verum eſt ex pluribus cauſis acquiri dominium poſſe: acquiritur traditione facta à domino. Acquiritur etiam vſucapione, etſi forte res tradita à domino non ſit. Acquiritur etiam ſi res legata ſit teſtamento. Variæ ſunt cauſæ acquirẽdi dominij, ſed tamen omnes illæ cauſæ non concurrunt in acquiſitione eiuſdem rei. Negamus in acquirendo dominio eiuſdem rei has omnes cauſas concurrere. Petitor poteſt varias cauſas ſuæ rei, ſui dominij allegare: poteſt emptionem, vel ius hæreditarium vel legati vel aliam cauſã dominij allegare. Quæcũq; cauſa ſit dominij ſui, videtur eã in iudiciũ deduxiſſe, cũ nullã certã cauſã dominij expreſſit in intentione ſua. Aliud argumẽtũ eſt ex l. in numerationibus. de ſolut. & l. cum quis. §. de peculio. eod. & ex l. ſi creditor. §. Marcellus. de leg. 1. In d. l. in numerationibus. Iuriſconſultus variis exemplis oſtendere nititur ex vna numeratione plures obligationes nonnunquam oriri. quod verum eſt. Hinc effici aiunt, nonnunquam dominium acquiri creditori ex pluribus cauſis. Quamuis id in ea lege expreſſum non ſit: non dicit Iuriſconſultus ex pluribus cauſis dominium acquiri. Sed tamẽ id colligere nituntur. Si ex pluribus cauſis ſoluitur res, eadem ratione ex pluribus cauſis acquiritur dominium rei ſolutæ creditori ex illis omnibus cauſis. Vtemur exemplis quæ ſunt in l. creditori. Debes mihi rem ex ſtipulatu, eandem debes ex legato. Regula iuris permittit rem ex pluribus cauſis deberi. l. duo eſt nouum. de actio. emp. l. non vt ex pluribus. de reg. iur. Is qui debebat ex pluribus cauſis ſoluit, rei ſolutæ dominium acquiritur creditori. Ergo ex pluribus cauſis acquiritur dominium, videlicet ex cauſa ſtipulationis, ex cauſa legati. Si huc verũ eſt, neceſſe eſt falſam eſſe regulam noſtram: quia dicimus dominium ex pluribus cauſis acquiri non poſſe. Sed iam oſtendi quæ cauſa accipiatur hîc. Cauſa hîc eſt titulus (vulgo dicunt titulum) in hac ſpecie vna cauſa eſt, ſcilicet ſolutio, titulus eſt vnus pro ſoluto. Si interrogetur is qui poſſidet cur poſſidest eam rem, quo titulo, dicet titulo pro ſoluto. De eo ſpecialis eſt titulus poſt titulum de vſucapionibus in recentioribus libris; in veteribus Codicibus eſt l. 46. tit. de vſucapio. Dixerit aliquis non videri ſpecialem eſſe titulum acquiſitionis, pro ſoluto. Quia res ſoluitur ſemper ex aliqua cauſa, veluti ex cauſa dotis, ex cauſa emptionis & ſimilibus. Sed neceſſarius eſt hic plerunque titulus: & plerunque accidit vt omnis titulus deficiat, exempli gratia. Cum aliud pro alio ſoluitur, legata mihi eſt veſtis, liber eſt mihi ſolutus pro veſte. Aliud enim pro alio ſolui poteſt volenti creditori, licet ei inuito ſolui non poſſit. Creditor contentus fuit libro: is liber alienus erat, poſſedi eum longo tempore, quæritur an vſuceperit? Videndum an titulus fuerit iuſtus, quid dicemus? Dicimus valere vſucapionem, quia titulus fuit pro ſoluto. iuſtus eſt hic titulus pro ſoluto, & prodeſt, ad vſucapionem. In his ergo exemplis dicendum eſt vnam tantum cauſam eſſe ſcilicet ſolutionem. Alij huius nodi diſſoluendi cauſa comminiſcunt ur dominium ex pluribus cauſis poſſe acquiri. hæ cauſæ concurrũt in idem tempus quod Paulus ait in hoc capite. Eiuſdem rei dominium non poſſe nobis contingere ex pluribus cauſis, vt aiunt. Sic intelligendum eſt, niſi hæ cauſæ incurrant in idem tempus. Si in diuerſa tempora, ratio non permittit vt ex omnibus his cauſis dominium nobis acquiſitum eſſe dicatur. Ego poſſideo rem ex pluribus cauſis: ex vna cauſa completur vſucapio, vſucapione mihi dominium acquiritur. Deinde ex illa cauſa etiam poſſeſſio continuatur vſque ad legitimũ tẽpus, an ex hac noua cauſa acquiratur dominium? non. Nam iam dominus fui, quod ante acquiſieram, & non poteſt mihi acquiri. Sed cum in idem tẽpus incurrat vtraque cauſa, ita vt continuetur eodem tempore vtraque cauſa, aiunt acquiri ex pluribus cauſis dominium, & cum Paulus hic diſtinguit dominiũ à poſſeſſione, aiunt ita accipiendum eſſe. Cum quæritur de poſſeſſione an ex pluribus cauſis poſſit res poſſideri, dicendum eſt generaliter poſſe ex pluribus cauſis poſſideri, ſiue illæ cauſæ incurrant in idem tempus, ſiue in diuerſa tempora. Sed in dominio hoc accipiendum eſſet cum diſtinctione, & ſic ſi in idem tempus incurrant cauſæ, nihil differt dominium à poſſeſſione. Sed ſententia contraria mihi videtur probabilior eſſe. Nã Paulus ſenſiſſe videtur eiuſdem rei dominium nõ poſſe nobis acquiri ex diuerſis cauſis, ſiue hæ cauſæ in idem tempus, ſiue in diuerſa tempora incurrant. Sed quid refert, dixerit aliquis, an dicamus nobis acquiri dominium ex pluribus cauſis, cum plures cauſæ concurrunt? Cum non concurrunt, ratio ſatis manifeſta eſt: quia quod iam mihi acquiſitum eſt, non poſſum amplius acquirere. Sed quid incommodi eſt, cum concurrunt plures cauſæ, ſi dicamus ex omnibus cauſis dominium nobis acquiri? Videtur hoc prima facie plus ſubtilitatis, quam æquitatis habere. Sed ex hac ſubtilitate alia quædam ſequuntur, quæ vtilitatem habent, per ſe huiuſmodi plerunque videntur inania eſſe. Hoc videtur ita conſtitutum, quia inde conſequuntur alia quædam ex quibus non diſputatur inutiliter. Exemplũ vnum eſt in l. & an eandem. §. actiones. de excep. rei iudic. vbi docet Iuriſconſult. Paulus differentiam actionum in perſonam & actionum in rem. Cum quis agit in perſonam & vincitur eo iudicio, nõ prohibetur denuo agere: ſi modo ex alia cauſa agat. Variis ex cauſis poteſt res deberi. d. l. non vt ex pluribus. At cum quis agit in rem & agit ſimpliciter, non expreſſa certa aliqua cauſa dominij ſui, omnes cauſas videtur ſua intentione comprehendiſſe. Et hac ratione vtitur, quia non poteſt res niſi ſemel noſtra effici: is qui agit in rem cõtendit ſe dominum eſſe. Paulus hoc diſcrimen actionũ in perſonam & actionum in rem oſtendere volens, nihil habet firmius quàm hanc regulam: Res ex pluribus cauſis noſtra fieri non poteſt, & hoc translatum eſt in regulam iuris incip. Non vt ex pluribus cauſis, &c. Eadem eſt inſcriptio d. l. & huius regulæ. Hæ ſunt coniungendæ, quæ à compoſitoribus Pandectarum ſeparantur, vt vſus regulæ magis intelligatur. Alia obiectio eſt ex l. fundum. 4. ad l. Falcid. in qua Iuriſcõſ. ait, Quidam mihi legauit fundum ſub conditione, hæres mihi debet illud legatum ſi extiterit conditio. Hæres ipſe à quo legatum mihi relictum eſt, me hæredem inſtituit teſtamento, & deceſſit nondum exiſtente cõditione legati, adiui eius hæreditatem, aditione hæreditatis factus ſum dominus rerum hæreditariarum. Res illa legata facta eſt mea adita hæreditate, ſicut aliæ res hæreditariæ. Nam res legata erat hæredis pendente conditione. Poſtea extitit conditio legati, ea,

dem res mihi acquiritur ex cauſa legati: legatarius acquirit dominium rei legatæ poſtquā extitit cōditio. l. à Titio. de furt. Hic ex duabus cauſis acquiritur mihi dominium eiuſdem rei, acquiritur mihi ex cauſa hæreditaria: quis ego hæres ſum, acquiritur etiam mihi ex cauſa legati, ergo verum non eſt, quod hic dicitur, Ex pluribus cauſis dominium non contingere. Sed in d. leg fundum. non dicitur ex vtraque cauſa rem legatam acquiri legatario iure legati, & iure hæreditario. Sed Iuriſconſultus ait, *Meus eſſe fundus intelligitur*. Non dicit quod iure hæreditario & iure legati fundus meus eſſe intelligatur. Ego quidem dominus fui rei legatæ conditionis euentum. Sed conditione eueniēte mutata eſt cauſa dominij: ego hic duarum perſonarum vicem ſuſtineo & hæredis & legatarij: pendente conditione ſum dominus ex cauſa hæreditaria, exiſtente verò conditione, ego ſum dominus ex cauſa legati. Sic videtis has cauſas non concurrere, ſed ſe ſubſequi. iure legati tantum mihi acquiritur legatum, non autem iure hæreditatis. Sed cur valet ex poſteriore cauſa? Quia poſterioris cauſæ origo antiquior eſt. Ideoque dicitur legatum valere. Id autem conſtitutum eſſe benignius propter Falcidiam animaduertēdum eſt. Nam ſubtilitas iuris non patitur, vt fundus meus eſſe dicatur iure legati. Dominium enim iam acquiſiueram aditione hæreditatis. Aditione hæreditatis cōfunditur quod debebat hæres, cui ego ſucceſſi.

§. *Ex contrario plures, &c.* Hic tractatur quæſtio difficillima omnium, quæ reperiuntur in hoc tractatu de poſſeſſione. An plures eandem rem in ſolidum poſſidere poſſint. Et Paulus ait, *Ex contrario plures, &c.* Ideo Paulus ait, *Ex contrario*, quia prius de vno poſſidente rem ex pluribus cauſis diſputauerat. Nunc de pluribus poſſidentibus eandem rem loquitur, non ex pluribus cauſis, ſed in ſolidum. Ait ergo Iuriſconſ. *Plures eandē rem, &c.* Rationē ſubiicit. Quippe (inquit) contra naturam eſt. Teneo rem aliquam aut mere, aut corporaliter, aut iuris aliqua interpretatione. Natura non patitur, vt eandem rem alius teneat. Alias hoc non eſſet totam rem & in ſolidum tenere. Tenere in ſolidum eſt totā rem tenere: repugnat ergo natura ne plures in ſolidum eandem rem teneant ſiue poſſideant. *Sabinus tamen ſcribit, &c.* Refert ſententiam Sabini qui non loquitur de eadem poſſeſſione, ſed diuerſa. Si qui ſuam precario petenti dederit, Sabinus exiſtimauit vtrunq. poſſidere, & eum qui precario conceſſit rem vtendam, & eum qui precario accepit. *Sabinus tamen, &c.* Et ſi hoc verum ſit quod diximus eandem rem non poſſe à pluribus in ſolidum poſſideri, nihilominus tamen exiſtimauit Sabinus cum quis precario conceſſit rem ſuā vtendam, vtrumque poſſidere, & eum qui precario conceſſit, & eum qui accepit: quia eſt diuerſa ratio poſſidendi. *Idem Trebatius, &c.* Adiecit Trebatius: non tantum probauit ſententiam Sabini Trebatius, ſed etiam adiecit, quod dictum eſt, plures eandem rem in ſolidum poſſidere non poſſe. Trebatius exiſtimauit accipiendum eſſe cum hac exceptione. Ne vnus iuſte, alius iniuſte poſſideat. Sed hæc ſententia Labeoni non placuit, ac ne Paulo quidē. Improbauit hanc Trebatij ſententiam Paulus poſt Labeonem. *Quoniam in ſumma*. Cum quæritur an quis poſſideat, an non poſſideat, ineptum eſt reſpondere de iuſtitia, aut æquitate poſſeſſionis. Hoc eſt omnino alienum. Cum ego quæro an hi duo poſſideant, quæſtio mea pertinet ad ſubſtantiam poſſeſſionis, num iuſtè poſſideāt, an iniuſte. In ſumma poſſeſſionis, nihil refert, an quis iuſte an iniuſte poſſideat. Hæ duæ quæſtiones non ſunt confūdendæ. *Non enim magis*. Sententiam ſuam cōfirmat ſimilitudine: Sicut abſurdum eſt dicere aliquem ſtare eo loco in quo ego ſto, vel ſedere in quo loco ego ſedeo: ita etiam dicēdum eſt de poſſeſſione, ſcilicet quē non poſſe poſſidere eam rem quam ego poſſideo: poſſeſſio detentio eſt. l. 1. in princ. Simile ergo eſt quod hic adducitur de ſtatione & ſeſſione. Hic eſt ſēſus horum verborum Pauli, quæ nos accuratius & ſubtilius nunc interpretaturi ſumus. Adnotandum eſt igitur ex hoc capite plures eandem rem in ſolidū poſſidere nō poſſe. In ſolidum poſſidere eſt totam rem poſſidere. In ſolidum hoc textu, alij quidam interpretātur valde acute, iudicio meo in ſolidum, ex eadē cauſa. Sed hoc mihi videtur quàm ridiculum eſſe: inaudita eſt hæc ſignificatio, nec vllum poteſt exemplum proferri. Sic ineptum eſt, quod adducunt ex l. ad ea. de reg. iur. in ſolidum, &c. pro hæreditaria parte. Quod autē hic dicitur de poſſeſſione, idem dicitur de dominio. in l. ſi vt certo. §. ſi duob. commod. dominium eiuſdem rei non poteſt eſſe apud duos in ſolidum, id eſt, totius rei. Nō poſſunt plures eſſe domini eiuſdem rei in ſolidū. Naturalis ratio demonſtrat ſatis hoc non poſſe fieri: dominium eſſe totius rei, hoc eſt, plenum & liberum ius diſponendi habere de tota re. Sic accipitur dominium, vt dicemus ad l. ſi quis vi. 17. §. differentia. infra hoc tit. Si quis habeat totum ius in hanc rem, non poteſt fieri, vt illud ius in eandem rē alius habeat. Poſſident quidē duo eandem quā habēt communem vt ſocij: ſed ſocij non ſunt domini in ſolidum rei communis, ſed pro partibus indiuiſis quæ animo & intellectu magis habentur, quàm corpore. l. ſeruus communis. §. 1. de ſtip. ſer. Cum dicimus rem eſſe communem duorum, nō hoc ſignificamus ſingulos eſſe in ſolidum dominos eius rei. Natura hoc non patitur. Sed hoc intelligimus ſingulos habere partes eius rei & partes indiuiſas, quæ magis habentur animo quàm corpore. Partes ſunt incertę, ſic accipiuntur in poſſeſſione ſocij, qui communem habent eandem rem, ſicut domini nō ſūt in ſolidum, ſed pro partibus indiuiſis, ita etiam poſſident. l. ſi finita. 15. §. cum autem de dāno infect. Si plures mittantur in poſſeſſionem æqualiter poſſident, & concurſu partes faciunt. quia fieri non poteſt, vt in ſolidum eandem rem poſſideant. Poſſident rem eādem pro partib. indiuiſis. Hæc quæ ita breuiter & ſummatim à nobis dicta ſunt, exemplis demonſtrāda ſunt & illuſtranda, vt facilius intelligantur, & vt facilius obiecta etiam diluamus. Multa enim obiiciuntur aduerſus hanc ſententiam, quæ ab aliis prolixe tractātur. Ea dicam ſimpliciſſime more meo. Dicam primum de naturali poſſeſſione, deinde de ciuili, poſtremo mixtim de vtraque. Quod hic dicitur duos in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſe, intelligitur primum de naturali poſſeſſione, cum vtriuſque poſſeſſio eſt naturalis, aut duo ſi poſſideant naturaliter & corporaliter eandem rem, & quæratur an dici poſſint poſſidere in ſolidum. Reſpond. eſt ex ſententia Pauli eos non poſſe in ſolidum poſſidere. De naturali poſſeſſione oſtēdit id maxime accipiendum eſſe, cum loquimur de detentione. *Vt cum aliquid ego teneam, &c.* Appoſitum eſt igitur hoc exemplum de duobus naturaliter poſſidentibus. Id autem demonſtrari poteſt exemplo vulgari. Hoc tritum & peruulgatum exemplum eſt: Si Titio abſente nundinarum cauſa, duo ingrediantur eius domum. vt in l. clam poſſ. §. qui ad nundinas. infra hoc tit. Non poſſunt dici poſſidere niſi naturaliter. Nam qui abſens eſt nūdinarum cauſa, poſſidet ciuiliter. Sed illi qui ingreſſi ſunt eius domum, dicuntur poſſidere naturaliter tantum. Hoc eſt exemplum naturalis poſſeſſionis. Sed an poſſideant in ſolidum? Paulus negat in ſolidum poſſidere. Contra naturam eſt, vt cum ego teneo rem aliquam, eam tenere videaris: quomodo ergo dicuntur poſſidere? Hæc poſſeſſio naturalis effectu non caret. Interdicta enim competunt ob hanc poſſeſſio-

poſſeſſionem. l.1.§.deiicitur.de vi & vi arm. Si vterque velit experiri interdicto, non dicemus eos poſſidere in ſolidum, ſed potius dicemus concurſum partes facere, ſicut in d.l.ſi finita.§. cum autem. de dam. infect. Præter hunc Pauli locum alius ſimilis eſt in l.duo rem precario. *Duo* (inquit Iuriſcunſul.) *non poſſunt in ſolidum eandem rem poſſidere vt aut clam*. Huc accipitur de naturali tantum & corporali poſſeſsione, quæ eſt violenta. His argumentis ſatis videtur confirmata ſententia noſtra de naturali poſſeſſione: ſupereſt igitur, vt obiecta diluamus. In primis obiicitur aduerſus hanc ſententiam, quod aſpectu acquiritur naturalis poſſeſſio, vt in l.1.§.ſi iuſſerim. & l.quarundam. hoc tit. Duo poſſunt poſſidere hoc modo naturaliter: quia aſpectus vtriuſque poteſt concurrere, nihil impedit quo minus duo ſimul poſſint inſpicere eandem rem. Cum aſpectus duorum poſſit concurrere, ceſſat ratio propter quam dicitur duos in ſolidum non poſſe eandem rem poſſidere. Ecce huius ſententiæ defenſores id ignorant, quod præcipuum fundamentum eſt huius diſputationis. Illi putant hanc rationem à Paulo adferri cur non poſſideant eandem rem duo in ſolidum. Quia in quo loco ego ſum, alius ſtare non poteſt, aut in quo loco ego ſedeo, alius ſedere non poteſt, nec animaduertunt eſſe ſimilitudinem. Vſus eſt hac ſimilitudine Paulus, vt facilius quod ſubobſcurum erat explicaretur non eſt ratio, ſed ſimilitudo tantum. Ratio eſt in principio capitis cum ait, *Quippe quia contra naturam, &c.* Tenere latius patet, quàm ſtare aut ſedere. Dixi naturalem rationem non pati, vt cum ego teneo rem aliquam totam & in ſolidu, ſiue vere & corporaliter, ſiue iuris aliqua interpretatione, tū eandem rē tenere intelligatis. Si alius tenere eam rem intelligeretur, non ego rem totam tenerem. Quia ergo res videbatur et obſcura & difficilis explicatu, Iuriſcōſul. vſus eſt ſimilitudine. *Nec enim magis, etc.* Rurſus oppugnatur ſententia noſtra argumento ducto ex l. vlt. vti poſſid. Vſuarius & vſufructuarius videntur ſū dum naturaliter poſſidere, experiuntur interdicto vti poſſidetis. Vnus habet vſum fundi, alter vſumfructum eiuſdem, vterque aduerſus alterum experitur interdicto, *Vti poſſidetis, &c.* Ergo vterque poſſidet. non poteſt dici eos poſſidere ciuiliter. Hoc dictū eſt in interpretatione l.ſi duo poſſident. alias non datetur eis interdictum, *Vti poſſidetis*, & poſſident naturaliter. Ergo poſſident naturaliter eandem rem in ſolidum. Sed reſpondendum eſt, diuerſam eſſe rationem poſſeſſionis. Idque poſtea à nobis explicabitur. Vterque experitur interdicto, quatenus id neceſſarium eſt ad ius ſuum conſeruandum. Vſus & vſuſfructus iura ſunt diuerſa. Cum ſit diuerſa ratio poſſidendi, non eſt mirum ſi vterque dicatur poſſidere. Ego id poſtea dicam. Sequitur de poſſeſſione ciuili. Quod Paulus noſter ait plures eandem rem in ſolidum poſſidere non poſſe: hoc quoque intelligendum eſt de poſſeſſione ciuili. Exemplum alterum eſt in poſſeſſione ciuili, in poſſeſſione quæ animo tantum retinetur, non etiam corpore. Cum quis tenet corporaliter, ſed interpretatione iuris ciuilis eam tenere intelligitur: dicimus duos eandem rem poſſe hoc modo in ſolidum poſſidere: ratio qua ſupra vſi ſumus conuenit quoque ciuili poſſeſſioni. Dicimus cum quis tenet totam rem, abſurdum eſſe dicere, eandem rem quoque ab alio teneri, quia hic totam rē non teneret. *Vt videaris*, ait Paulus. Quo verbo vſus eſſe videtur, vt oſtenderet ſe non tantū de naturali poſſeſſione, ſed etiam de ciuili loqui. Id confirmatur argumento à conſequentibus. Nam alias conſequeretur duos vſucapere poſſe eandē rem, & dominos fieri poſſe in ſolidū eiuſdē rei. Pone duos in ſolidum poſſidere ciuiliter eandem rem, cōſequens erit, vt ambo longo tēpore poſſidendo vſucapiant eandē rē. ciuilis poſſeſſio cauſa eſt vſucapionis, non naturalis. l.acquiritur.§.vlt.de acquir.rer.dō. Idē etiam diceretur de acquiſitione fructuū, nā ciuiliter & bona fide poſſidens acquirit fructus. l. qui ſcit. §. alieno de vſuris. Naturalis poſſeſſio quæ naturalis tantū eſt non probatur iure ciuili, niſi quatenus ad publicam quietē pertinere videtur. Huc pertinet quod dicitur in d.l.duo de precario. Cum dicit, *neque iuſte, neque iniuſte duas poſſeſſiones concurrere poſſunt.* Cum loquitur de iuſtis poſſ. intelligendum id eſt de ciuilibus. Ille locus igitur oſtendit ſententiam Pauli noſtri intelligendam eſſe non tantum de poſſeſſione naturali, ſed etiam ciuili. Ad obiecta facile reſponderi poteſt. In primis obiicitur l.clam poſſidere. §. qui ad nundinas, hic. Si quis ad nundinas profectus neminem reliquerit domi ſuæ, & aliquis fuerit ingreſſus domū ſuam. Vterque poſſidet, ſed vterque non poſſidet ciuiliter. Is qui ingreſſus eſt dumum clam abſente domino poſſidet naturaliter. Iure ciuili non probatur hæc poſſeſſio: Imo ſi aliter fortè territus metu non auſus fuerit ingradi domum ſuam, non poſſidet ciuiliter, quia ius ciuile non probat hanc poſſeſſionem. Deinde hæc poſſeſſio, quæ vacua non eſt, non poteſt apprehendi. Non eſt vacua ciuilis poſſeſſio. l.quod meo.§.vlt.infra. Non obſtat etiam ſententiæ noſtræ, quod adducitur ex l.aliena. 20.§.1.de pign. act. & l.ſi fundus, 15.§.ſi duo.de pignor. Ecce his locis pignus obligatur duobus in ſolidum, ergo duo poſſident in ſolidum. Itaque ciuiliter duobus obligatur res in ſolidum, qui ſi apprehenderint, poſſident in ſolidum. Ergo duo poſſunt poſſidere in ſolidum. Ego reſpondeo nihil impedire quominus duobus res eadem obligetur in ſolidum, ſicut perſona duobus in ſolidum obligatur, ſed negamus ideo duos creditores, quibus res eadem eſt obligata, poſſidere in ſolidum. Poſſident quidem æqualiter, ſed non poſſident in ſolidum, vt in l.ſi finita.§.cum autem.de dam. infect. Et in l.vlt. vti poſſid. vbi æquales ius habent: tenent fundum æqualiter vſufructuarius & vſuarius, ſed non in ſolidum, vnuſquiſque eorum poſſidet, quatenus ad ius ſuum conſeruandum neceſſarium eſt. Quomodo poſſideat creditor dixi ad d. l.1. Sufficit igitur oſtendere exemplis eandem poſſeſſionem eiuſdem rei in ſolidum penes duos eſſe non poſſe. Paulus loquitur de eadem poſſione. Alia eſt igitur ratio diuerſæ poſſeſſionis. Duo igitur poſſunt eandem rem poſſidere in ſolidum, cum diuerſa eſt ratio poſſidendi, veluti cum vnus poſſidet animo, alter corpore, id eſt, vnus poſſidet animo tantum & ciuiliter, alter corpore tātum & naturaliter: omnino diuerſæ poſſeſſiones hæ ſunt. Ego ſcio magnum eſſe conflictum opinionū in hac re, an diuerſæ ſint poſſeſſiones, in hoc caſu: ſed puto diuerſas eſſe. Dico igitur nullam rationem prohibere, quo minus eadem res in ſolidum poſſideatur à pluribus, cum diuerſa eſt ratio poſſidendi: nam vnus poſſidet corpore: alius animum tantum habet poſſidendi. Hæc repugnantia non ſunt magis pugnantia quàm cū dicimus vnū habere dominium rei, alterum poſſeſſionem, vel cum dicimus vnū proprietatem habere, alterum vero vſumfructum. Exemplum hoc eſt ex Sabino. *Sabinus tamen, &c.* Ego tibi precario rem meam vtendam conceſſi, Sabinus exiſtimauit vtrunque inſtrumentum poſſidere & eum qui conceſſit, quia animo retinet poſſeſſionem, & eum qui precario accepit, quia tenet rem. Paulus hic ſimpliciter refert opinionem Sabini, eam nec probat nec improbat, & puto accipiendam eſſe Sabini ſententiam, vt in l.& habet. 15. §. cum qui. de precario. vbi hæc quæſtio fuſius tractatur, cum quis precario rogauit, vt ſibi poſſidere liceat. Ergo non intelligimus ſimpliciter, quem eam rem poſſidere, quam precario accepit, vt ſibi poſ-

Digitized by Google

ſed vtrunque eſſe neceſſarium, oportere quoque accedere animum præter corpus: & non poſſe niſi corpore & animo amitti poſſeſſionem. Simile quiddam annotaui ſuperioribus diebus ad leg. 2. de teſta. Explicando difficilem antinomiam in qua declaranda à multis ſudatum eſt, ſed fruſtra. In ea lege dicitur, in eo qui teſtatur ſpectandam eſſe ſanitatem mentis quo tempore teſtatur, adeo vt ſufficiat ſanæ mentis eum eſſe quo tempore facit teſtamentum, licet ante mortem furere cœperit. Nam ſanæ mentis erat quo tempore teſtamentum fecit. l. 1. §. exigit. de bon. poſſ. ſec. tab. Dicitur duo tempora exigi, & tempus teſtamenti & tempus mortis. Hæc videntur contraria, ſed non ſunt. Ego dixi, cum proponitur aliquem idoneum fuiſſe tempore teſtamenti, & quæritur de tempore mortis, recte reſponderi ſufficere illud tẽpus teſtamẽti: ſed cũ ꝓponitur aliquem fuiſſe ſanæ mẽtis tẽpore mortis, & quæritur an hoc ſufficiat? Et recte reſpondebitur nõ ſufficere illud tempus mortis, ſed requiri etiam tẽpus teſtamenti: & quamuis ſubtiliter diſputando poſſit dici nõ requiri tẽpus teſtamenti, tamen ratio loquendi nõ eſt inepta, ſi quis cõſultus de iure in hac ſpecie, ita reſpõdeat. An ſufficiat ſanum aliquem fuiſſe tempore mortis, non etiam tempore teſtamenti, non malè reſpondebit, non ſufficere mortis tempus, ſed neceſſarium eſſe vtrunque tempus. Sic in poſſeſſione amittenda accidit. Si proponamus aliquem deceſſiſſe corpore de fundo, & quæratur an amiſerit poſſeſſionem, recte quis reſpondebit eum non amiſiſſe poſſeſſionem, quia animum habet retinendæ poſſeſſionis. Si integræ eſſent ſententiæ veterum Iuriſconſultorum, dilucida & perſpicua eſſent hæc omnia, quæ omnia ſubobſcura nobis videntur, intelligeremus quorſum id à Paulo dictum eſſet, quo quidque referendum eſſet. Nam hæc ſententia Pauli poteſt dici vera & falſa. Si referamus eam ad ſpeciem quam propoſui, erit vera. Alio exemplo demonſtratur veritas huius ſententiæ, ſi quis vi deiectus ſit de poſſeſſione. Quidã vi depulſus eſt de fũdo ſuo, is animũ habet poſſidẽdi, quæritur an amiſerit poſſeſſionẽ. Conſultus de hac re ita recte reſpondebit, Eum nõ amiſiſſe poſſeſſionem, quamuis deiectus fuerit de poſſeſſione. Quia non ſufficit eum abeſſe à poſſeſſione. Nõ enim corpore amittitur poſſeſſio, ſed animo. Oportuit animum accedere, vt amitteretur poſſeſſio. Non amittitur poſſeſſio hoc caſu, niſi effectum ſit, vt non tantum corpore abſit à fundo ſuo, ſed etiam animum abiecerit poſſidendi, & ſatis credibile eſt Paulum ità ſenſiſſe. Argumento eſt, quod hæc capita ſumpta ſunt ex lib. Pauli ad edictum in tractatu de vi arm. & vti poſſid. Agitur de poſſeſſione extorquenda ab inuito. Cum ius alicui infertur ne poſſideat, & quæritur hoc caſu an is qui deiectus fuerat de fundo, dicatur amiſiſſe poſſeſſionem. Quod corporale eſt ab eo aufertur, ſed poſſeſſio non ſolo corpore amittitur, ſed etiam animo. Aliud obſeruandum eſt, Eũ qui fundum deſeruerit à ſe poſſeſſum, poſſeſſionem amittere. Simile eſt, quod dicitur in l. ſi id quod. §. vl. & in l. clã poſſidere. §. qui ad nundinas. infra. ex his quę diximus facile intelligi põt, quod dicitur in l. 3. C. eo. & videtur quiddam contrarium contineri ea lege, ſed tamen repugnantia ea non ſunt: tunc amittitur poſſeſſio cũ quis metu perterritus, non audet accedere ad fundum ſuum, vt credibile ſit omnem animum abiecisse retinendæ poſſeſſionis. Sed quamdiu non abiecit animum, ſpem & cogitationem poſſidendi, etſi metu deſeruerit fundũ ſuum, non ideo dicitur poſſeſſionem amiſiſſe, vt dicitur in dictis legibus allegatis. Deinde hic obſeruanda eſt lectio Florent. propter quã ceſſant multæ ambages. Legendum eſt, vt dixi, *tradiderint*, non *tradiderint*. Nam vulgari lectioni tam multa obſtant, vt nemo poſſit ſe expedire. Infr. in l. vlti. hoc tit. dicitur, ſeruum non poſſe conditionem domini ſui deteriorem facere quamuis meliorem poſſit. At deteriorem faceret conditionem domini ſui, ſi dominus amitteret poſſeſſionem rei quam per ſeruum poſſidet, ideo quod ſeruus eam alij tradidiſſet. Præterea obſtat l. quamuis 32. §. conductor. hic. Conductor rem meam vendidit & ab emptore conduxit, quæſtio eſt an amiſerim poſſeſſionem. Illa enim conductio habet vim quandam traditionis. Conductor poſſidet nomine locatoris, & diſtinguitur traditio ficta à vera traditione. Sed nihil opus eſt hac diſtinctione ita legendo, vt diximus: An autem domini conditionem deteriorem poſſit facere ſeruus, dicam in loco magis idoneo.

§. *Si ſeruus quem poſſidebam, &c.* Hic tractatur quæſtio non diſſimilis ei, quæ tractata eſt à nobis ad l. 1. §. per ſeruum qui in fuga eſt. Quęſitum ibi fuit de ſeruo qui in fuga eſt, an poſſideatur & an acquiratur per eum poſſeſſio. Hic quæritur de eo, qui ſe pro libero geſſit. Si ſeruus gerat ſe pro libero ſi velit ſe vindicare in libertatem ex ſeruitute, ſi paratus ſit liberale iudicium ſuſcipere & contendere cum domino ſuo, an amittatur poſſeſſio eius ſerui cum dominus deſinat eũ poſſidere? Hic dicitur, *Si ſeruus, &c.* Ita demum dominus amittit poſſeſſionem eius ſerui, ſi diu in libertate moretur. Ergo & ſi ſeruus pro libero ſe gerat, Spartaci exemplo, & paratus ſit ſubire iudicium liberale, non continuo dicitur dominus poſſeſſionem eius amiſiſſe, *vt Spartacus, &c.* Puto hiſtoriam vobis notam eſſe. Bellum geſtum eſt ſeruo duce, qui Spartacus dicebatur, qui tandem victus eſt à Craſſo, vt auctor eſt Plutarchus in Craſſo. Appianus, Claudianus, vilem hunc vocant, cum ſeruilis conditionis eſſet. Nihil enim erat vilius ſeruorum conditione. Hinc ergo notandum eſt: Si ſeruum ſe gerat pro libero, non priuare dominum ſuum poſſeſſione ſui, niſi diu moratus ſit in libertate, aut liber ſit pronuntiatus. Et eſt exemplum in quo inuiti amittimus poſſeſſionem, quamuis alias dicatur poſſeſſio amitti animo. Quid ſit diu morari in libertate à Paulo expreſſum non eſt, verum id videtur relictũ eſſe definiendum arbitrio iudicis. Sed in liberali cauſa decennium receptum eſt. leg. ſi fideicommiſſ. §. Ariſto. qui & à quibus manumiſſ. lib. *Pronuntiatus, &c.* Ergo poſt pronuntiationem deſinit eum poſſidere, etiamſi diu in libertate moratus non fuerit. Et hoc produci poteſt ad ſeruos noſtri temporis. Agricolæ ſunt, qui non minus vindicantur quam res aliæ, qui dicuntur manus mortuæ homines, qui non multum à ſeruis differunt, & de his contendimus in iudicio & actionibus poſſeſſoriis. Itaque vtile eſt noſſe, an poſſideantur à nobis propter edicta poſſeſſoria, ſequendaque erit in hoc diſtinctio, quæ hic traditur à Paulo, vt ſi ſeruus ſe pro libero gerat, & proclamet in libertatem, non ideo dominus dicatur poſſeſſionem eius amiſiſſe, niſi diu in libertate moratus ſit.

§. *Saltus hybernos, &c.* Quæſtio eſt de his, qui ſaltus habent hybernos & æſtiuos, qui tempore hyberno relinquunt æſtiuos ſaltus & ad hybernos ſe conferunt: contra tempore æſtiuo relinquunt hybernos & morantur in ſaltibus æſtiuis. Quæritur quomodo poſſideant hos ſaltus cum corpore abſint? Huic quæſtioni reſpõdet Iuriſconſultus, *Saltus hybernos, &c.* Obſcura hæc non ſunt his, qui nobis operam dederunt, cum interpretaremur capitis primi initium & huius leg. 3. Nam tametſi ſubtilitatem iuris ſpectemus, non videatur res poſſideri ſine corpore, quia poſſeſſio eſt detentio: tamen vtilitatis cauſa receptum eſt, vt animo retineatur poſſeſſio, propter vtilitatem hominum, hoc ita comparatum eſt. Sic viſum eſt iuris auctorib. à ſubtilitate

Digitized by Google

illa iuris antiqui deflectere ad vtilitatem hominum. *Animo noſtro, &c.* Poſſidemus animo noſtro & corpore alieno. hoc intelligendum eſt non tantum de poſſeſſionis retentione, ſed & de acquiſitione per ſeruum, per procuratorem. Acquiritur nobis poſſeſſio corpore ſerui, corpore procuratoris. l. per procuratorem. C. eo. Sed animo noſtro, imo etiam plerunque corpore & animo alieno acquirimus poſſeſſionem. Hoc longius productum eſt, vt cum ſeruus acquirit poſſeſſionem, ex cauſa peculiari. Cum dicimus corpore & animo acquiri poſſeſſionem, hoc intelligendum eſt etiam, vt poſſeſſio acquiratur animo alieno & corpore ex cauſa peculiari. Id aduerſus multorum opinionem defēdi. l. 1. §. item acquirimus. Et hunc locum adduxi, quāuis nobis ignorantibus acquiratur poſſeſſio. Cum ſeruus ex cauſa peculiari aliquid comparauerit. Hoc tamen non eſt contra regulam. Corpore & animo acquiritur poſſeſſio.

§. *Nerua filius ait, &c.* Locus eſt hic proprius rei mobilis in poſſeſſione vel retinēda vel amittēda. Res mobilis in poſſeſſione hoc ꝓpriū habet, ꝙ tādiu dicatur à nobis poſſideri quādiu eſt ſub cuſtodia noſtra, & vbi deſiit ſub cuſtodia noſtra eſſe, deſiit quoque poſſideri. Variis exemplis demonſtrat Paulus in hoc capit. & ſeq. Si pecus aberrauerit, non dicitur eſſe in poſſeſſione noſtra. Pecoris aberrantis amittitur poſſeſſio, quāuis dominium adhuc retineatur. Deſiit eſſe ſub cuſtodia noſtra, non eſt amplius in poteſtate noſtra. Et ſi velimus corporalem poſſeſſionem nanciſci, id poſſimus. Itaque non dicitur à nobis poſſideri. Idem dicitur de vaſe quod ita excidit, vt non poſſit inueniri, tūc enim vaſis dicitur amiſſa poſſeſſio eſſe. Alia ſunt exempla de feris beſtiis, de piſcibus & auibus, & aliis huiuſmodi reb⁹. Feræ beſtiæ ſi incluſæ ſint viuariis noſtris, dicuntur à nobis poſſideri, ſi in naturali libertate maneant, nō dicūtur à nobis poſſideri. Et ſi ſyluæ forte ſint noſtræ in quibus feræ illæ vagātur. Idē de piſcibus dicendum eſt, ſi piſces ſint in magno aliquo lacu, & ſi lacus noſter ſit, non ideo dicuntur poſſideri. Sed ſi in piſcinis incluſi ſint, dicuntur à nobis poſſideri. Eadem eſt ratio aliarum rerum de quibus hic loquitur Paulus. Hæc omnia quæ breuiter & ſummatim perſtrinximus, nunc paulo latius diſcutienda & explicāda ſunt. In primis igitur hic obſeruandum eſt, id quod præcipuum in hac noſtra diſputatione. Res mobiles tandiu à nobis poſſideri quandiu ſunt ſub cuſtodia noſtra, & hoc intereſt inter mobiles res & immobiles. Res immobiles non ſtatim deſinunt poſſideri cū in cuſtodia noſtra non ſunt. l. clam poſſidere. §. qui ad nūdinas. hic. Et ſi quis abſens ſit de fundo ſuo, etſi forte de eo ſit expulſus, is nihilominus dicitur fundum poſſidere, animo retinet poſſeſſionem. Nam etſi amiſerit corporalem poſſeſſionem, tamen dicitur poſſeſſionem retinere, quæ dicitur ciuilis. Interpretatione quadam ciuili intelligitur rem adhuc tenere, quamuis non teneat corpore. Sic facilius amittitur poſſeſſio rei mobilis, quàm immobilis. Hūc pertinet, quod dicitur in leg. ſi rem mobilem. 47. titul. vbi traditur ratio diuerſitatis & differētiæ. *Cuius rei forſitan, &c.* Hic eſt Nerua filius cuius ſententiam Paulus noſter hic quoque refert. *Et deſcribit, &c.* Hic igitur differt res mobilis ab immobili, ſed huius rei ratio quæritur. Mihi ea ratio videtur eſſe, quia facilius abiicitur ſpes & cogitatio rerū mobiliū quam immobilium. Cum amiſſa eſt res aliqua mobilis, ea facilius occultatur, res ſoli, res immobilis non poteſt latere. Ideo cum quis amiſit rem aliquam mobilem, credibile eſt eum animum amiſiſſe, & cogitationem poſſidendi. In re immobili id non tam facile accidit. In iure conſtituendo ſolent legiſlatores ſequi id quod vt plurimum accidere ſolet ſecundum ſententiam Theophr. in libr. de legib. Secūdo obſeruandū ex hoc loco hominem poſſideri ex his, etſi non ſit ſub cuſtodia noſtra. Quod enim dicitur de poſſeſſione rei mobilis, hoc à Paulo noſtro intelligitur excepto homine, vt Paulus ipſe loquitur *Nerua filius excepto homine, &c.* Cur excipiatur homo à nobis poſſeſſus docui in l. 1. §. per ſeruum. ſup. adduxi rationem differentiæ, quæ eſt in l. Pōponius 13. in prin. & l. ſi rem mo. 47. in d. l. Pompon. I C. ait. *Nec eſſe ſimile, &c.* Cum lapis in flumine demerſus eſt, ſtatim eius poſſeſſio amittitur, dominium quidem retinetur, ſed poſſeſſio non retinetur. Nec ſimile eſt hoc in ſeruo fugitiuo. Hoc vtilitatis cauſa receptum eſt in ſeruis, ne priuent ſuos dominos poſſeſſione ſua, quæ ratio ceſſat in aliis rebus, quæ anima carent. Alia ratio traditur in leg. ſi rem mobilem. Sed nos diximus de ea re ſupra. Tertio ex hoc loco obſeruandū eſt, hic diſtingui naturalem poſſeſſionem & ciuilem. Cū ait, *Hactenus poſſideri, &c.* Mendoſa eſt Norica lectio, legendum eſt: *Quatenus, ſi velimus naturalem poſſeſſionē nanciſci poſſimus &c.* Dicuntur res mobiles quādiu ſub cuſtodia noſtra ſunt à nobis poſſideri. Quia ſi vellemus earum rerum naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſemus. Hic diſcrimen naturalis poſſeſſionis, & ciuilis aperte exprimitur. Etſi non teneam corpore rē aliquam mobilem quæ mea eſt, ſi animum adhuc habeam retinendi, & ea euaſerit cuſtodiam meam, ego dicor poſſidere ciuiliter, id eſt, ciuili quadam ratione, interpretatione quadam iuris ciuilis interpretamur eam poſſideri vtilitatis cauſa. Abſurdum enim eſſet & valde incommodum, ſi ſtatim amitteretur poſſeſſio rerum noſtrarum, cum deſinimus corpore incumbere rebus noſtris. Ergo qui habent ciuilem poſſeſſionem propter animum retinendi, ſi apprehenderint rē, nanciſcuntur poſſeſſionem naturalem. Ante igitur naturalem poſſeſſionem non habebant. Dicitur naturalis poſſeſſio, quia actus naturalis eſt, quod poſſidere dicimus eum, qui animum habet poſſidendi, hoc eſt ex iuris ciuilis interpretatione. Sed de hoc diſcrimine vtriuſque poſſeſſionis & ciuilis, & naturalis plenius & accuratius à nobis dictum eſt ad leg. 1. huius tit. Quarto notādum eſt, quod dicitur de pecore aberrante. *Licet à nullo, &c.* Pecus aberrans amplius in cuſtodia noſtra non eſt, non dicitur à nobis poſſideri. Notandum igitur eſt, quod hic dicitur de pecore aberrante. Nam equus vel bos, qui in paſcuis eſt à nobis poſſidetur, non vere dicitur à cuſtodia noſtra deceſſiſſe. Sed cum aberrare & vagari cœpit, tunc dicitur extra cuſtodiam noſtram eſſe, & à nobis non poſſideri. *Diſſimiliter atque ſi, & quia præſentia, &c.* Alij legunt inpræſentia. Et quidā adeo ſunt indocti, vt præſentiam interpretentur abſētiam. Res eſt ſub cuſtodia mea forte, quæ tamen non poteſt inueniri ſtatim, vt plerunque accidit in ſupellectili domeſtica præſens eſt res, ego ſcio rem eſſe in domo mea forte in arca incluſam, & ſi diligens inquiſitio fiat, poterit inueniri. Adhuc dicitur eſſe ſub cuſtodia noſtra, atque ideo non recte dicitur eius poſſeſſionem amitti. Quinto notandus eſt hic locus de poſſeſſione ferarum, piſcium & aliorum huiuſmodi. Præterea & obſeruāda eſt diſtinctio Pauli in hoc loco, &c.

§. *Item feras beſtias, &c.* Feræ quæ ſunt in ſyluis vagantes aut piſces in lacu videntur eſſe in naturali ſua libertate, ideoque à nobis non poſſidentur. Vnde dicitur venationem permiſſam eſſe ferarum, & aucupationem auium, non tantum in fundo ſuo, ſed etiam alieno, quod vulgare eſt in §. Feræ igitur beſtiæ. de rer. diuiſ. eadem eſt ratio piſcationis propter ſimilitudinē rationis, etſi loquatur de aucupatione aut venatione:

licet

licet ingredi fundum alienum piſcandi cauſa, niſi dominus prohibeat. Nam iniuria fit domino cum eo prohibente alius ingreditur fundum ſuum. Vnde aduerſus ingredientem datur actio iniuriarum. Sed tamen receptum eſt ſi quid captum ſit in fundo alieno prohibente domino ingredi fundum, id nihilominus ei acquiri qui cepit. Salua tamen ei actione iniuriarũ aduerſus eum qui prohibente domino fundum ingreſſus eſt. in quibus locis hoc ius non obſeruatur, ſolet fieri publica & generalis prohibitio ne quis ingrediatur fundum alienum, piſcandi, venandi, aut aucupandi cauſa: & tantam vim habet generalis illa denũtiatio quantam habet prohibitio nominatim facta. His exemplis oſtenditur quomodo poſſideantur res mobiles, cuiuſcunque generis ſint, & quomodo ea poſſeſſio amittatur. Huius diſtinctionis vtilitas maxime proſpicitur in interruptione vſucapionis. De hac interruptione locus eſt ſub titul. de vſucap. Vſurpatio eſt interruptio vſucapionis, vt dicitur in leg. 2. de vſucap. Veteres accipiunt vſurpationem, frequentem vſum. Quomodo interrumpatur vſucapio docet I. C. in leg. naturaliter. infr. de vſucap. Cum poſſeſſio interrumpitur non poteſt procedere vſucapio, ea interruptio nocet vſucapioni, quia debet continuata eſſe poſſeſſio in vſucapione, vt apparet ex definitione vſucapionis. leg. 3. de vſucapio. Si ergo non continuata fuerit poſſeſſio, non poteſt vſucapio locum habere, *Il faut encores recommencer*. De hac interruptione locus eſt in iure Pontific. ſub titulo de præſcript. In his exemplis non alia requæritur an ſit amiſſa poſſeſſio rei mobilis propter vſucapionem. Ecce ego poſſidebam rem alienam cum titulo & bona fide quam ego vſucapturus eram poſſidendo triennio. Ea res euaſit cuſtodiam meam. Deinde eam recuperaui: completum eſt triennium, quæritur an vſucapione facta ſit mea? Hic multum confert diſtinctio Pauli in hoc capite: ſine hac diſtinctione non poteſt intelligi an proceſſerit vſucapio, an non proceſſerit: diſtinguendum enim eſt an res extra noſtram cuſtodiam fuerit, an vero ſemper fuerit ſub cuſtodia noſtra. Si cuſtodiam noſtram euaſerit, tunc interrupta dicitur poſſeſſio, ita vſucapio nõ potuerit procedere.

§. Labeo & Nerua filius, &c. Paulus noſter ex ſentẽtia veterũ oſtendit in re quoq; immobili nunnunquã accidere vt poſſeſſio amittatur nobis inuitis, etſi forte nolimus poſſeſſionem amittere. Exemplũ vnum hoc eſt, ſi flumen aut mare occupauerit eum locum quem poſſideo, tunc ego deſino poſſidere, etſi forte id me inuito acciderit: ergo dixerit aliquis, nulla eſt differẽtia rei mobilis & immobilis. Si occupauerit flumen aut mare fũdũ, poſſeſſio fundi amittitur nobis inuitis non videtur alia ratio eſſe rei immobilis quam mobilis. Diximus rei mobilis poſſeſſionem amitti cum in cuſtodia noſtra amplius non eſt, nonne idem hic dicitur de re immobili? Explicatio non adeo difficilis eſt ex iis quæ à me ſuperius dicta ſunt. Rei mobilis poſſeſſio facilius amittitur quam immobilis, veluti cum deſiit eſſe ſub cuſtodia noſtra: Rei autem ſoli amittitur, cum in ea cauſa eſt vt cogitationem & animum poſſidendi depoſuiſſe videamur. leg. clam. poſſidere. §. qui ad nundinas. Quidam me expulit de fundo meo, quæritur an ego ſtatim poſſeſſionem fundi mei amiſerim? Dicitur, ſi conterritus timore nolim ad fundum accedere, ita vt non amplius ſperem nec cogitem de poſſeſſione tunc dicor amiſiſſe poſſeſſionẽ: Alias poſſeſſionem animo retineo. Sic videor retinere poſſeſſionem fundi, tametſi ab alio occupatus ſit fundus & detentus. Simile eſt cum mare aut flumen occupauit fundum quem poſſidebam. In ea cauſa eſt fundus vt non videar cogitationem vllam amplius habere poſſeſſionis recuperandæ. Ideo dicitur amiſſa eſſe poſſeſſio. Hic quæritur quid dicendum ſit ſi inundatus ſit ager meus vt mihi non liceat eum fundum ingredi, mihi non liceat in eum fundum pedem ponere, an tunc amiſerim quoque poſſeſſionem fundi? Non ſine cauſa dubitatum eſt de ea re. Nam Paulus non loquitur hic de eo fundo qui à flumine vel mari eſt occupatus ſeu inundatus. ager plerunque occupatur à mari aut à flumine aliter quam inundatione. Flumen plerunque exit ex alueo, & mutato alueo alium locum occupat. locus eſt de hac occupatione in leg. adeo. §. inſula. de acquir. rer. dom. & §. quod ſi naturali. Inſtitut. eodem. Sed dixerit aliquis: Quid ſi non mutauerit alueum, ſed aliqua tantum ſit inundatio fluminis? Quibuſdam videtur amiſſa eſſe poſſeſſio, atque ita accipienda eſſe hęc verba Pauli, *Cum flumen occupauerit, &c.* Et huc pertinet quod dicitur, ex quo etiam argumentum ab eis ſumitur in leg. cum vnus. §. vltim. de bon. aut. iud. poſſ. Si prætor iuſſerit aliquem poſſidere, & non poſſit poſſidere propter potentiam latronum à quibus fundus occupatus eſt, vel inundatione fluminis, recte dicitur non eſſe quod poſſideatur. Decretum prætoris de poſſidendo hic inane eſt, quia nihil eſt quod poſſideatur propter latronum potentiam. Hæc duo exempla coniunguntur, quaſi ſimilia ſint occupatio, & potentia latronum, & inundatio. Sed male ſumitur ex hoc loco argumentum iudicio meo. *Si non poteſt*, inquit. Aliquando accidit vt propter latronum potentiam non poſſideatur fundus. De inundatione itaque videtur ita quæſtio intelligenda eſſe, ſi res non poſſideatur propter inundationem. Sed an poſſideatur an non incertum eſt. Argumentum eſt firmius ex leg. ſi ager. quib. mod. vſusfruct. amit. vbi edocemur quibus mod. vſusfructus amittatur. Et ait Iuriſcõſultus amitti vſũfructũ ſi fũdus à flumine inũdatus ſit, adiicit etiam ſi piſcamur in eo fũdo nõ retineri poſſeſſionẽ piſcando, quãmuis is qui piſcatur in eo loco qui occupat' eſt inũdatione fluminis videatur corpore tenere eũdem fundum. Corpore non tenet ſolum, ſed aquam, quæ ſuper ſolum eſt. Huc pertinet lex, & alicuius. de ſeruit. ruſt. præd. ergo inundatione fluminis amittitur poſſeſſio fundi. Sed hoc non videtur accipiendũ eſſe de inundatione momẽtanea, de inundatione breuis temporis, cuiuſmodi accidere ſæpe ſolet creſcente flumine, præſertim in ea inundatione quæ vtilis eſt fundo ad irrigationẽ fundi cuiuſmodi eſt inundatio Nili in Ægypto, de quo eſt titulus Cod. de alluuionibus. vtilitas exigit ad quã hæc omnia referenda ſunt, vt de hac inundatione id non accipiamus. Nam cum talis eſt inundatio momẽtanea, quæ plerunque vtilis eſt agris ipſis propter irrigationem certe non videtur depoſuiſſe animum poſſidendi. In alia inundatione non videtur retineri animus rem poſſidendi, ſicut cum exercitus ingreſſus eſt fundum alienum. leg. quod meo. §. vltim. leg. ſi id quod §. vlt. l. clam poſſidere. §. Qui ad nundinas. hoc tit. Hæc ſunt axiomata certiſſima in hac diſputatione de poſſeſſione. Nos inſpicimus an credibile ſit animũ depoſitũ eſſe, cogitationem omnem abiectam eſſe poſſidendi in re ambigua, vt in hac quæſtione, in qua quæritur de inũdatione. Ambiguitas ad hanc regulam referenda eſt. In ambigua oratione ea interpretatio accipienda eſt, quæ vitio caret. Hæc animaduertenda ſunt vt iam admonui in interpretatione ſuperioris capitis, cum de interruptione vſucapionis in poſſeſſione quæritur. Si quis exempli gratia, contendat fundum eſſe ſuum, quia poſſedit decennio inter præſentes, vel 20. annis inter abſentes cum titulo & bona fide, poteſt ei obiici quod aliquo tempore fundus occupatus eſt à flumine vel inundatus. Sed quæritur an aduerſus hanc interruptio-

Digitized by Google

nem, quo caſu interrupta eſt poſſeſſio, poſſit quis re‑ſtitui in integrum à prætore, cum quis poſſederit fundum bona fide, inundatus eſt flumine, deinde diſceſſit flumen. Et ſic rediit fūdus in priſtinum ſtatum, interrupta poſſeſſione non poterit compleri vſucapio. Sed an ſaltem reſtituetur aduerſus hanc interruptionem? Receptum eſt reſtitutioni locum non eſſe, in hoc caſu reſtitutionem locum non habere, quia id æquum non eſt. Æquum non eſt vt is qui voluit vſu rem alienam ſibi acquirere, iuuetur auxilio prætoris extraordinario. Is qui vſucapit rem, acquirit ſibi eam contra naturalē æquitatem & cum iniuria & incommodo alteri*, qui verus & iuſtus eſt dominus. Verum eſt, vſucapionem bono & commodo publico introductam eſſe contra naturalem æquitatem cùm hoc aduerſetur naturali ęquitati, & remedium illud Prætoris extraordinarium comparatum ſit contra ſubtilitatē iuris, contra ſummum ſtrictumque ius pro æquitate, non videtur hic locum habere contra æquitatem cum iniuria alterius. Argumento eſt quod dicitur in l. denique ex quibus cauſ. maio. Poſſeſſio quæ facti eſt non reſtituitur ei qui rediit poſtliminio. l. ait prætor. §. hodie de minor. Difficultas oritur ex l. 1. §. ſi quis aūt. de itin. actúque pri. vbi dicitur interdictum de itinere actúque priuato quod poſſeſſorium eſt, dari ei qui vſus eſt itinere vel actu hoc anno quo experiri vult interdicto. Quæritur ergo, quidā poſſedit ſuperiori anno, nō hoc anno qui vult experiri. Nam non poteſt vti actione vel interdicto propter inundationem fluminis. Ceſſat hoc interdictum prætoris. Hoc anno vſus non eſt. Sed an ſaltem poterit in integrum reſtitui? Iuriſconſultus ait eum poſſe in integrum reſtitui qui non poſſedit hoc anno. Is in integ. reſtituitur, vt videatur poſſediſſe hoc anno. Huius differentiæ quænam eſt ratio? Cur idem non dicemus in hac ſpecie? Huius reſtitutionis fundamentum eſt æquitas. Id ſatis demonſtrat prætor ſuo edicto de maioribus, in integrum reſtituendis. leg. 1. Ex quibus cauſ. maior. Quia prætor edicto ſuo non poterat ſatis complecti omnes caſus ex quibus æquum eſt aliquē reſtitui in integrum, ſubiecit generalem clauſulam, *Denique*, &c. Ergo cum proponitur aliqua hypotheſis, omnes circumſtantię propoſitę hypotheſeos diligenter conſiderandę ſunt. Expendamus igitur ſpeciem de qua propoſita eſt quæſtio in §. ſi quis propter dict. l. 1. de itin. actúque priu. is qui vult reſtitui in integrum in ea ſpecie non contendit de dominio: ſed tantum de poſſeſſione rei. Interdictum de itinere actuq; priuato competit ei tantum qui vſus eſt, de poſſeſſione contendit vt prætor eum tueatur in eo vſu ſuo, non contendit de ſeruitute itineris ſibi quæſita, ſed de vſu & poſſeſſione eiuſdē. in l. deniq. agitur de dominio rei acquirendo. Pręterea in ſpecie d. §. ſi quis propter. quęſita iam erat poſſeſſio, vnde videtur de damno magis pugnare quàm de lucro faciendo. Petit ſe reſtitui magis vt ne damnum patiatur quam vt lucrum faciat. Vſus erat itinere ſuperiore anno: Æquitas magna eſt vt cum vſus ſit poſſeſſione, & contēdat vt prætor eum tueatur, vt det ei interdictū, ac ſi poſſediſſet eo anno, cum ſuperiore anno poſſederit. in d. l. denique. agitur de dominio nondum quęſito, vult vt dominus habeat rē cuius dominiū nunquā ſibi parauit, atque ita cōtēdit de re acquirēda quā nūquā acquiſiuit, cōtēdit de lucro

§. *Si rem apud te depoſitam*, &c. Hic tractatur quæſtio de eo qui rem ſuam apud alium depoſuit cuſtodiēdā, an is facto depoſitarij poſſit amittere poſſeſſionem? depoſitarius rem depoſitam reddere non vult, ſibi poſſidet, non ei qui depoſuit, cum ante poſſederit non ſibi ſed alij, videlicet domino deponenti: quæritur an hac ratione amiſſa ſit poſſeſſio rei? Paulus noſter hic ait amiſsā poſſeſſionē mox atq; cōtrectauerit depoſitari* rē & loco mouerit, id eſt, ſi incepit poſsidere: ante. n.* poſſeſſor nō erat, quia tenebat rē nō ſibi ſed alij qua ratione furtum quoq; cōmitti dicitur, quod alias non cōmittitur: nō enim inficiatione rei depoſitę furtum committitur, vt poſtea dicemus. Sed ita demum ſi depoſitarius rē depoſitā cōtrectauerit & loco mouerit, nec obſtat huic ſentētiæ regula iuris antiqui, præceptum veterū Iuriſcōſultorum. Dicebant enim veteres Iuriſcōſulti neminē poſſe ſibi mutare cauſam poſſeſſionis: hic depoſitarius videtur cauſam poſsionis ſibi mutare contra regulam veterū. Sed reſpondet Paulus aduerſus præceptū veterū, nihil hic fieri. Cū domino non poſſideat depoſitarius, non poteſt dici ſibi mutare cauſam poſſeſſionis. Idq. probat ſimilitudine. Hęc eſt ſentētia totius huius capitis: ſed ſingula diligētius expendēda ſūt. Obſeruādum eſt igitur in primis quod hic dicitur, rei depoſitę poſſeſſionem amitti, ſi depoſitarius ſibi poſſidere inceperit, hoc eſt intelligendū de re mobili. Paulus hic de re mobili loquitur. Hæc verba, *Sed ſi eam loco non moueris*, &c. oſtendunt Paulum loqui de re mobili. Res enim ſoli loco non mouentur, non contrectantur. Ex quo apparet duo neceſſaria eſſe, vt is qui depoſuit, dicatur poſſeſſionē rei depoſitę amiſiſſe. Primū eſt quod depoſitari* incipiat poſſidere: atque ideo hic cōtrectatio dicitur eſſe neceſſaria, quia non fuit poſſeſſor antea. Vnde vt poſſeſſionem acquirat, oportet eum rem contrectare & loco mouere. Acquiritur poſſeſſio corpore & animo, non ſolo animo. l. 3. hic alterum eſt vt ſibi poſſideat: hoc eſſe debet eius conſilium vt poſſideat ſibi, ex quo annotandum eſt vt locum habeant quæ hic diximus oportere depoſitariū animum habere poſſeſſionis interuertendæ. Quamuis igitur alia ex cauſa depoſitum non reddat, etiamſi loco forte mouerit, ſi non ſit eo animo vt interuertatur is qui depoſuit, non amittit poſſeſſionem quod eſt apertius expreſſum in l. ſi quis rem. hic. Hinc cognoſcitur differentia rerum mobilium & immobilium. Rei mobilis poſſeſſio facilius amittitur quā immobilis, vt iā ſępe diximus: cuius rei exemplum hoc eſt. Si res mobilis depoſita ſit apud alium facto depoſitarij, amittitur eius poſſeſſio, ſi animo ſibi poſſidendi eam contrectauerit: rei vero immobilis poſſeſſio animo retinetur. l. clam poſſidere. §. qui ad nundinas, hic. Sed hic incidit difficultas ex l. ſi rē mobilem hic, & difficilis antinomia de qua variæ opiniones ſunt. *Si rem mobilem*, inquit. Quæſtio proponitur in ea lege de depoſitario qui rē depoſitā ſibi poſſidet, neque eam reddere conſtituit, & ait Papinianus in eo tēpore confeſtim amittere poſſeſſionem eum qui depoſuit, etiam ignorantē. Simulatque ergo depoſitarius ſibi conſtituit poſſidere, poſſeſſionem amittit is qui rem depoſuit. Et tamen Paulus noſter hic ait neceſſarium eſſe vt res loco moueatur, nec ſufficere animum ſibi poſſidēdi. *Sed ſi eam loco non moueris*. & *ſi animum*, &c. Variæ ſolutiones excogitatæ ſunt ab aliis quę mihi parum probantur. Ego aliquando conſideraui referre hic opinionem veterū à Paulo, tādem mihi viſū eſt probabili* veterum ſententiam probari à veterib. à Paulo & aliis, nec repugnantia hac eſſe animaduerſa phraſi & ratione loquēdi: videtur facilis eſſe explicatio. In l. ſi quis rem mob. 47. ſchema videtur eſſe figurata locutio cū is quis conſtituit ſibi poſſidere, id eſt, qui volēs poſſidet ſibi, ait Iuriſconſultus, *Si rē mobilē poſſidere tibi conſtitueris*, &c. Is dicitur conſtituere ſibi poſſidere velle qui volens ipſe poſſidet, id eſt cōtrectat & attingit rem, locóq. mouet, id. n. eſt poſſidere. Nam poſſeſſio, vt diximus, acquiritur corpore & animo. Similis locutio eſt obſeruata in aliis locis, veluti in l. vlt. de rer. diuiſ. Vbi dicitur Remū à fratre Romulo interfectū eſſe, quod muros trāſcedere voluerit. Dicitur Remū muros trāſcēdere voluiſſe, id eſt, volētē trāſcendiſſe muros. Nā reuera trāſcēdit muros, ſi Liuio & aliis veterib. fidem habeam*.

Simile exẽplum eſt in l. ſi cõſtituerit. C. fin. reg. Si cõſtiterit aliquẽ ſibi rẽ alienã vſurpare, iã nõ tãtum eam rẽ, ſed duplũ eius reddere cogerur, quod rẽ alienã ſibi voluerit vſurpare, id eſt, ſi volẽs rẽ alienã vſurpauerit. Itaque vidẽtur mihi hęc verba Papiniani ſic accipiẽda eſſe, ſi rẽ mobilẽ tibi poſſidere cõſtitueris, quaſi cõſtituere ſibi poſſidere dicatur is qui volens ſibi poſſidet. Et huc pertinet regula cuius ego mentionẽ heſterna die feci in l. ambigua. de reg. iur. In ambigua oratione ea interpretatio eſt accipiẽda quæ vitio caret. Duplici ſenſu poteſt accipi hæc oratio Papiniani. Nos igitur eã amplectemur quæ vitio caret. Alia interpretatio vitio nõ caret. Nã alias I.C. pugnãtia ſibi ſcripſiſſe videretur. Sed de hoc dicemus fuſius, cũ peruenerimus ad l. ſi rem mobilẽ. 47. Secũdo notãdus eſt obiter locus cõmunis de furto. Furtum fieri cõtrectatione rei alienæ, l. inficiãdo. de furt. l. 1. eo. Nec mouere nos debet quod dicitur de eo cuius ope & conſilio furtum factũ eſt. Is cuius ope & conſilio furtũ factum eſt, furti quidem actione tenetur: quamuis ipſe furtum non fecerit §. interdũ. Inſtitut. de oblig. quæ ex del. naſ. Sed obiicitur nobis lex, alienã. vbi dicitur. Si quis ſeruum alienũ cõtrectet, vel apud ſe retineat, furtũ facere, diſtinctim hoc dicitur ab Imperatore. Ergo alterũ ſufficit nec cõtrectatio eſt neceſſaria, ſed detinere apud ſe ſufficit. in l. alienã. verbũ ambiguũ eſt detinere apud ſe. nã ad apprehẽſionẽ corporalẽ referri põt. Poteſt etiã dici detinere, quia habet vſum domi ſuæ. quare cum ambiguũ verbũ ſit nos eã interpretationẽ accipiemus quæ vitio caret: & credibile eſt Imperatorem adiecisse hæc verba maioris declarationis cauſa. Tertio ex hoc loco notanda eſt regula veterum Iuriſconſultorum, Neminem ſibi poſſe mutare cauſam poſſeſſionis.

§. *Illud quoque à veteribus, &c.* Eadem regula variis in locis repetita eſt, veluti in l. cũ nemo. C. eo. Eadem regula extat etiã plenius declarata in l. nõ ſolum. §. quod vulgo. de vſucap. Exẽplũ vulgare eſt in creditore. Creditor poſſidet pignus niſi quantũ ad vſucapionẽ attinet. l. 1. §. per ſeruũ. hic. quod ſi velit dominus vſucapere an poſſit. Dicendũ eſt nõ poſſe. Non .n. licet ei qui poſſidet mutare cauſam poſſeſſionis. Quod aũt hic dicitur de depoſito, contrariũ nõ eſt regulæ antiquorũ. Si depoſitarius emerit rẽ quæ apud ſe depoſita eſt, non ideo ſi apprehẽderit rẽ vt eius dominiũ ſibi acquirat, nõ dicitur cõtra regulã factũ eſſe: non poteſt dici mutaſſe cauſam poſſeſſionis: quia prius nõ poſſedit. Deinde extrinſecus acceſſit alia cauſa, vt aduerſus regulã iuris antiquæ nihil factũ eſſe intelligatur. d. l. cũ nemo. C. eo. Simile exemplũ eſt in l. quod meo. infr. Ego poſſideo nomine meo, poſſum alieno nomine poſſidere & aliũ poſſeſſorẽ facere. In d. l. quod meo. in verbo, *Nec mutare, &c.* Iuriſconſultus occurrit obiectioni tacitę. poterat enim hoc obiici aduerſus regulam veterum fieri, quia hic ſibi mutat cauſam poſſeſſionis. Poſſidebat enim ſibi prius, nunc alij poſſidet. Sed is qui poſſidet alij, nõ poteſt dici ſibi poſſidere. Nã is poſſidet, cuius nomine poſſidetur. In priore tempore ego non poſſidebam. Ego nunc poſſideo. Itaque non fit contra regulã veterũ qui dicebant nemini licere ſibi cauſam poſſeſſionis mutare. Cętera quę pertinẽt ad huius regulæ declarationẽ, petẽda ſũt ex l. nõ ſolũ. §. quod vulgo. de vſuca.

§. *Genera poſſeſſionum tot, &c.* Paulus noſter vt via & ratione differeret de poſſeſſione, voluit vti non tãtum definitione quæ ſuperius explicata fuit, ſed etiam diuiſionibus quibuſdam. *Genera poſſeſſionum,* inquit, *tot ſunt quot ſunt cauſæ acquirendi.* Poſſeſſio varie diuidi poteſt, cauſæ poſſidendi variæ ſunt, imo plures quàm poſſeſſiones. Nam poſſeſſio quædam iniuſta eſt: vnum tantum explicat Paulus quod nulla obſcuritas videtur eſſe in cæteris. Quid ſit pro ſuo poſſidere docui ſupra ex l. 1. & 2. pro ſuo. Poſſidet pro ſuo cũ ratio poſſidendi in aliam ſpeciem non cadit, veluti ſi quis lapillum inuenerit in litore maris quem credebat nullius eſſe, atque ita eum apprehenderit: is poteſt vſucapere, quia iuſta poſſidendi cauſa eſt pro ſuo. Nullus eſt ſpecialis titulus qui ſpecialem appellationem habeat, vt pro donato: pro dote. Pro ſuo igitur poſſidere dicitur quamuis ille lapillus dominum habuerit, nec fiat occupãtis. Genera & ſpecies apud Paulum non accipimus vt apud dialecticos. Nos genera & ſpecies vocamus hęc omnia vulgari more, etiamſi diuiſio generis in ſpecies, totius in partes, & ſubiecti in accidentia fiat. *Magis vnum, &c.* Malè Zaſius colligit ex hoc loco poſſeſſionem naturalem & ciuilẽ ſpecies non eſſe diſtinctas & ſeparatas. Non ideò plures ſunt ſpecies, quamuis ſit vnum genus poſſidendi. *Vel etiam poteſt diuidi, &c.* Eſt etiam diuiſio ſumpta à cauſis poſſeſſionis. Cauſa poſſidendi eſt emptio bona fide contracta. Si quis interrogetur cur poſſideat, dicet qui ego emi ab eo qui dominus erat. Prædo interrogatus cur poſſideat, non poteſt ita reſpondere, quia poſſideo. l. qui interrogatus, de pet. hæred.

§. *Quod autem Mutius, &c.* Quintus Mutius vetuſtiſſimus iuris autor exiſtimauit . . nus quoddam poſſeſſionis eſſe, cum prętor aliquem mittit in poſſeſſionem, quod variis ex cauſis fit: veluti quia is cuius domus eſt ruinoſa, non cauet damni infecti vicino ſibi petenti caueri, à prætore mittatur in poſſeſſionem eius domus quæ ruinoſa eſt propter contumaciam non cauentis. Hanc ſententiam non probat Paulus. *Ineptiſſimum eſt,* inquit I. C. Tempore Mutij hæc non erant diſtincta adeo ſubtiliter. At tempore Pauli hæc diſtincta fuerunt accuratius. Diſtinxerunt eum qui miſſus eſt in poſſeſſionem ab eo qui poſſidet, in l. ſi quis. 10 hic. *Aliud* inquit, *eſt poſſidere, aliud in poſſeſſione eſſe, & cæt.* Phraſis Iuriſconſultorum obſeruãda eſt à rudioribus. Qui miſſus eſt in poſſeſſionem decreto prætoria non magis poſſidet, quàm qui bonorum poſſeſſionem accepit à Prætore, vt ſuccedat defuncto ex teſtamento vel ab inteſtato. Mirum non eſt ſi dicatur in poſſeſſione eſſe qui non poſſidet: eſt ratio loquendi vſitata apud I.C. *In re &c. cæt.* Hoc eſt qui mittitur in poſſeſſionem rei, cuſtodiam habere & obſeruationem: datur ei cuſtodia rei & obſeruatio, vt tædio huius cuſtodiæ cogatur aduerſarius parere decreto prætoris. Cogitur cauere vel quoddã aliud facere. Sed non conſtituitur poſſeſſor vt poſſit vſucapere, & alia quæ effectus ſunt poſſeſſionis. Vnde in l. ſi duo. §. Creditores. hic. dicitur ei non dari interdictum vti poſſidetis. Addendum eſt Paulo, Et ius quoque pignoris eos habere, hoc dicitur pignus prætorium eſſe. Qui miſſus eſt in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa rem obligatam habet iure pignoris. leg. qui legati. vt in poſſ. leg. l. non eſt mirum. de pign. act. Et hoc dicitur pignus prætoriũ quod diſtinguitur à conuentionali. tit. C. de præt. pig. *Nam qui &c.* Hic obſeruandum eſt aliquando ex his cauſis de quibus diximus, aliquem poſſeſſorem conſtitui nonnunquam à prætore ſed cauſa cognita. Si quis in iudicio vocatus ſe non ſiſtat, ſi damni infecti non caueat, aut nomine legatorum mittitur aduerſarius in poſſeſſionem bonorum eius titulo. Ex quibus cauſis in poſſ. eatur. Sed cauſa cognita plerunque prætor conſtituit eum poſſeſſorem, id eſt, iubet eum poſſidere, vt poſſit longo tempore poſſidendo rem vſucapere & dominium acquirere: Quod eſt apertius expreſſum in l. ſi finita. §. cum autem. de dam. infec. propter nimiam moram eius qui cõtumax eſt, id fit. Hæc nos leuiter attigimus quia extra rẽ ſunt: tituli ſpeciales ſunt de hac re: veluti titulus de bon. aut iud. poſſ. titulus vt in poſſ. l. titulus de dã. infec. tit. Ex quib. cauſis in poſſ. eat. Quæſtio hic eſt

vulgo agitata an hæc miſſio iudicis vel magiſtratus in poſſeſſionem competat iure magiſtratus, an iure Imperij. & cuius imperij. Occaſio diſputandi de hac re arrepta eſt ex eo quod Paulus dicit: *Iuſſu magiſtratus*. Iuſſu magiſtratus poſſidere iubetur, iuſſu prætoris aut præſidis vel ſimilis magiſtratus. Et quod quæritur an competat iure magiſtratus, non eſt dubitandum, quin competat iure magiſtratus, nam refertur hoc inter ea quæ lege, S.C. vel conſtitutione principum tribuũtur, atque ideo mandari poteſt, eſtque Imperij quod mixtum eſſe dicitur. l. iubere cauere. de Iuriſdict. omn. iud. Prætor qui præeſt iuriſdictioni, hoc imperio vtitur propter iuriſdictionem quam habet. Cum primũ prætor creatus eſt Romæ, ei data eſt iuriſdictio: deinde cætera ei permiſſa ſunt quæ ſunt Imperij. Non obſtat ſententiæ noſtræ quod magiſtratus municipalis hoc facere non poſſe dicatur in leg. ea quæ. ad municip. Si competerent hæc iura magiſtratus, competeret & etiam magiſtratibus municipalib. Sed ſæpe admonui illã diſtinctionem iuriſdictionis & Imperij nõ pertinere ad alios magiſtratus quàm qui creantur à pop. Rom. plerunque in cauſa damni infecti, quæ celeritatem deſiderat. l. 1 de damn. infect. cum res magnum periculum poſſit adferre, permittit prætor magiſtratibus municipalibus iubere cauere dãni infecti nomine, & in poſſeſſionem mittere. l. 4. de dam. infec. Hæc omnia ſeparata ſunt à compilatoribus Pandectarum, quæ in eodem loco coniuncta fuerunt & ſcripta ab Vlp.

L. 4. Quicquid filius, &c.

QVod pertinet ad hanc l. id declarani in interpretatione l. 1. §. item acquirimus. Nam in hac l. duo tantum cõtinentur quæ ſupra ſatis explicata ſunt. Primum eſt poſſeſſionem acquiri patri per filium etiam ignoranti ex cauſa peculiari, non ex quauis cauſa. Si filius ex cauſa peculiari aliquid apprehendat, eius poſſeſſionem acquirit patri etiam ignoranti. Plurimum iuris habet hæc poſſeſſio: in primis non interuenit patris corpus, deinde eius animus non interuenit quæ alioqui ad acquirendam poſſeſſionem neceſſaria ſunt. Alterum quod ex hoc capite notari debet, eſt, quod & ciuilius, ſi filius poſſideatur ab alio vt ſeruus, non acquirit ei poſſeſſionem, ſed patri. Simile eſt quod dicitur in l. ſi ex ſtipulatu. ſeq. hic. alia cauſa eſt ſerui. Nam acquirit mihi ſeruus alienus, ſi à me bona fide poſſideatur. ratio diuerſitatis traditur in l. iuſto. §. nondum. de vſucap. Hoc receptum eſt propter frequentẽ comparationem ſeruorum: filij enim non ita ſæpe arrogantur vel venduntur.

L. 5. Si ex ſtipulatione, &c.

HIc tractatur quæſtio pertinens ad diuiſionẽ poſſeſſionis à Paulo noſtro traditam. l. 3. §. genera. ſupra, eodem. Vbi Paulus ait tot eſſe poſſeſſionum genera quot ſunt cauſæ acquirendi dominij, vt pro emptore, pro donato. Ea diuiſione continentur cauſæ ex quibus iuſta poſſeſſio eſſe dicitur, ex quib. poſſeſſio tanquam iuſta prodeſt, vel ad acquiſitionem dominij, vel ad vſucapionem. Inde exiſtit quæſtio quæ hic tractatur. Si quis ſtipulatus ſit rem aliquam, vel ſi quis rem aliquam emerit ab alio, & eius poſſeſſionem apprehenderit: cum res ei tradita non eſſet, aut cum voluntas promiſſoris vel venditoris nõ accederet. hic quæritur an iuſta ſit cauſa poſſeſſionis? Dubitatio naſcitur ex eo quod venditio & alij huiuſmodi tituli inter iuſtas cauſas poſſidendi numerantur: vnde hic iuſte poſſidere videtur, & tanquam iuſtus poſſeſſor longo tẽpore rem vſucapere poſſe. Sed tamẽ Paulus noſter ait prædonem eſſe. Tametſi ei res debita fuerit vel ex ſtipulatione vel ex venditione. Quia tamen vitioſe nactus eſt poſſeſſionem eius rei quia per ſe ſine voluntate vẽditoris poſſeſſionem apprehendit, dicitur eſſe iniuſtus poſſeſſor. Nam quod dicitur eum poſſidere ex iuſta cauſa qui emit rem, hoc eſt intelligendum, ſi voluntate debitoris à quo cauſam habet, poſſeſſionem apprehenderit. *Si ex ſtipulatione, &c. Sed prædo eſt, &c.* Prædo autem varie accipitur in iure ciuili. In primis dicitur prædo is qui nullum titulum aut cauſam poſſidendi habet. l. pro hærede. §. vlt. & ſeq. de pet. hær. l. ſed & ſi lege §. quod autem. eod. Petitio hæreditatis datur aduerſus eum qui poſſidet vel pro hærede vel pro poſſeſſore. Prædo eſt qui ſi interrogetur cur poſſideat, reſponſurus eſt quia poſſideo. Secundo prædo dicitur etiam is qui qui fortè titulum habet, vt is qui emit aut cui res legata aut donata eſt, Sed tamen ingreſſus eſt poſſeſſionem rei ſibi donatæ inuito eo à quo cauſam habet inuito, id eſt, cõtradicante vel non conſentiente. Vnde non tantum prædo is dicitur qui voluntatem ingreditur poſſeſſionem, ſed etiam qui præter voluntatem. Id Paulus noſter ſatis oſtendit his verbis, *Quia prædo es*, id eſt, quia es iniuſtus poſſeſſor. Ideo dicendum, ei non prodeſſe hanc poſſeſſionem ad acquiſitionem dominij. traditione acquiritur dominium. Sed cùm quis ſine traditione, aut ſine voluntate vi aut clam apprahendit poſſeſſionem, dicitur improba eſſe poſſeſſio: cum effectũ non habeat acquirendi dominij. l. improba. Cod. eod. Et ſi quis hoc modo nactus ſit poſſeſſionem rei alicuius, is cogitur eam reſtituere. leg. nec ex vera, C. eod. huc pertinet conſtitutio Imper. quæ extat ſub tit. C. vnde vi. l. inuaſor. ſup. & l. cum quærebatur. hic. Hinc comparatum eſt interdictum quod legatorum. Interdictum quod legatorum. datur hęredi aduerſus legatarium qui per ſe ſine voluntate hęredis apprehẽdit poſſeſſionem rei ſibi legatę, vt eam poſſeſſionem reſtituat. non enim ęquum eſt vt poſſeſſionem per ſe apprehendat & ius ſibi quaſi dicat. Hoc ita conſtitutum eſt de legatario, quamuis dominiũ rei legatę ſtatim in ipſum tranſeat à morte defuncti etiam ſine apprehenſione, vt dicitur in leg. à Titio de furt. Non tamen permittitur ei apprehendere poſſeſſionem propria authoritate, & pro ſe, ſed neceſſe habet ab hęrede petere. Notandum tamen hoc eſt, traditionem non eſſe neceſſariam. Pauli verba id ſatis oſtendunt, vt poſſeſſio iuſta dicatur, non eſt neceſſe rẽ tradi ab eo à quo cauſam habemus. Sed ſufficit voluntate eius poſſeſſionem eſſe apprehẽſam. *Si non voluntate mea nactus ſis &c poſſ. &c.* Sufficit, inquit, rem apprehendi conſentiente venditore. Conſentire autem eum accipimus non tãtum qui verbis exprimit conſenſum ſuum, nam conſenſum etiam tacitũ hic accipimus, vt is qui ſcit & patitur pro cõſentiẽte habeatur. l. 2. C. eo. Nihil refert an venditor tradiderit emptori rem venditam, an verò emptor ipſo ſciẽte & patiente eam poſſideat, atque ita videlicet accipiẽda eſt l. pen. pro leg. l. 1. §. ſi quis rẽ. de excep. rei ven. & trad. quæ pro contrario obiici ſolent in d. leg. pen. pro l. legata res vſucapi poteſt etſi tradita non ſit modo legatarius ingreſſus ſit ſine vitio. Hic locus probat neceſſariam non eſſe rei legatæ traditionem ad acquirandam poſſeſſionem, ſed ſufficere apprehenſam eſſe poſſeſſionẽ ſine vitio. Hoc non eſt contrarium noſtræ legi. Nam fatemur ſufficere apprehenſam eſſe tam ſine vitio, ſi patiente & ſciente eo, à quo cauſam habemus poſſeſſionem ingrediamur. Et Paulus noſter in hac leg. apertè oſtendit voluntatem venditoris ſufficere. Hæc voluntas plerũque cognoſcitur. Nam quomodo voluntas cognoſcatur in vniuerſum definiri nõ poteſt: quæſtio enim facti magis eſt quàm iuris. Sed plerunque cognoſcitur ex clauſulis quæ inſerũtur tabulis

ſiue

ſiue inſtrumentis publicis. Tabelliones aliquãdo ponunt: venditor dedit emptori ſecultatem ingrediendi poſſeſſionem proprie voluntate. His verbis arguitur conſenſus & voluntas venditoris, ita vt etſi nactus ſit emptor poſſeſſionem ſine traditione, iuſta ſit poſſeſſio. Nec dubitandum eſt quin hoc conuenire poſſit inter contrahentes vt apprehẽdatur poſſeſſio. Quamuis tamen hæc lex dicta ſit conſtitui, ſi tamen prohibeatur emptor vi ingredi fundum, per magiſtratum ingredi debet poſſeſsionem fundi. Si vero nemo vi prohibeat eum, poteſt per ſe propria authoritate fundum ingredi. hæcque eſt ſententia Pauli noſtri in hac l. exceptiones quædam ab alijs collectæ ſunt è quibus vna mihi videtur memoratu digna ex l. fiſtulas. § 1. de contrah. emp. Ego rem emi à Titio: vacua poſſeſſio ab eo mihi tradita non eſt, ſed deceſſit antequam adeptus eſſem poſſeſſionem rei venditę. Ego tutor eius pupillo datus ſum quõ poſſeſſionẽ eius fundi mihi venditi acquirere potero? An ſequimur quod à Paulo hic dicitur apprehendendam eſſe poſſeſſionem voluntate tutoris? Hoc abſordum videtur requiri conſenſum pupilli qui forte infans eſt. ideoque I. C. ait ipſum ſibi tradere poſſe rẽ venditam, atque ita poſſeſſionem adipiſci. Non eſt viſum expedire, vt alius tutor vel curator detur in hoc negotio: exiſtimauit in hac re nihil incommodi eſſe etſi ipſe non conſentiente eo cuius intereſt à quo cauſam habet poſſeſſionẽ ingrediatur. Et Pauli dictum cũ hac exceptione intelligendum eſt, ad alios caſus ſimiles produci debet. Supereſt obiectorum quorundam ſolutio. Hic reperiuntur quædam, vt videntur antinomiæ, quæ tamen non ſunt. In primis obijcitur l. eũ qui. §. 1. de furt. vbi dicitur. Si emptor rei alicuius ante traditionem, ante poſſeſſionem ſibi traditam eam rẽ ſurripuerit, eum furti non teneri ſi modo pretium ſoluerit. Nam ita diſtinguit I. C. Si poſtquã pretiũ ſoluit rei venditæ eam ſurripuerit, nõ teneri furti, nõ dicitur fur eſſe. Si fur non eſt, quõ hic prædo dicitur à Paulo noſtro? Fur & prædo multũ differũt apud iuris autores. Et eſt diuerſa horũ verborum ſignificatio. Fur dicitur qui cõtrectat rẽ alienã lucri faciẽdi cauſa. l. 1. de furt. Inſtit. tit. de obl. quæ ex del. naſ. vnde in propoſita ſpecie dici nõ poteſt fur eſſe: nõ cõtrectet rẽ alienã animo lucri faciẽdi: nullũ lucrũ hic facit is qui rẽ emptã cuius pretium ſoluerit clam ſurripuit. Si nihil lucri facit, nõ poteſt dici furti teneri, nõ lucratur ne poſſeſſionẽ quidẽ. Si quis forte obiiciat furtum fieri poſſeſſionis. Reſp. ne poſſeſſionem quidem furari dici poſſe poſtquam ſoluit pretium rei ipſius: venditor enim ei rẽ tradere debet: ergo non tenetur actione furti. Sed nihilominus prædo dicitur. Prædo dicitur qui vitioſe rem occupat quaſi ſibi ius dicens, nec refert an lucri faciendi animo id fecerit necne. Id ſignificat verbum prædo. Prædari, inquit Varro, eſt vi eripere, ſicut prædæ in bello ſolẽt. Atque ideo ſi quis per vim non more legitimo & vitiato nanciſcatur poſſeſſionem rei alicuius, recte prædo nominatur. Rurſus obiicitur nobis reg. iur. Nemo prædo eſt qui pretium numerauit. l. nemo. de reg. iur. Idem dicitur in l. nec vllam. §. qui ſciens. de petit. hær. Quidam emit alienam hæreditatem, ſoluit pretium illius hæreditatis, quæritur an poſſit conueniri tãquam poſſidens rem pro poſseſsore. Petitio hęreditatis datur hæredi aduerſus eum qui poſſidet vel pro hærede vel pro poſseſsore. An igitur conuenietur pro poſseſsore? Poſſidet pro poſſeſſore prædo. Is qui ſciens emit rem alienam prædo eſt. Sed I. C. in ea leg. ait eum vt prædonem conueniri non poſſe qui ſoluit pretium hæreditatis. Non enim eſt prædo qui pretium numerauit, atque hinc ſumpta eſt iuris regula. Inſcriptiones capitum in libris recentioribus hoc oſtendunt. Si nemo prædo eſt qui pretium numerauit, quomodo hic prædo dicitur qui emit rem à venditore cuius poſſeſſionem nactus eſt non voluntate & conſenſu venditoris. Ecce certum eſt indubitatum hęc non eſſe pugnantia ipſo iure, ſed caſu tantum. Duæ. ll. quarum prior hoc habet, prædonem eſſe qui per ſe nanciſcitur poſſeſſionem ſine voluntate eius à quo cauſam habet. Altera eſt emptorem qui pretium numerauit prædonem non eſſe, nulla repugnantia eſt iudicio meo. diuerſa ſunt hæc magis quam pugnãtia ipſo iure. In priori ſpecie non ſit mentio pretij numerationis, nõ dicit ſi emptor apprehenderit poſſeſſionem ſine voluntate & cõſenſu venditoris, etiam ſi pretium numerauit, prædo eſt. In poſteriori ſpecie nulla ſit mentio vitioſæ poſſeſſionis, non dicit nemo prædo eſt qui pretium numerauit: etiamſi vitioſe & per poſſeſſionem nactus ſit. Sicut igitur in priori lege non ſit pretij numerationis mentio, ita in poſteriore lege non ſit mentio apprehenſæ poſſeſſionis. Ergo hæc pugnantia non ſunt ſed diuerſa, ellegando ſpecies in contrarium neceſſe eſt vnam alteri contrariari. Exempli gratia. Quidam emit rem is pretium eius rei numerauit venditori, apprehendit ſine voluntate & conſenſu venditoris. In hac hypotheſi videntur confligere hæ duæ ll. quæ alias non ſunt repugnantes ipſo iure. Itaque vna alteri debet cedere. In hac hypotheſi non quæritur an vitioſa ſit poſſeſſio, an non ſit: videtur iuſta eſſe poſſeſſio, propter reg. iur. in qua dicitur neminẽ prędonẽ eſſe qui pretiũ numerauit. Sed contra facit alia lex quę dicit prędonẽ eſſe qui per ſe apprehẽdit poſſeſſionem: vtra igitur lex ſuperior erit, vtra vincet alteram? Ego videndum eſſe puto de qua re agatur. Nã plerunq; pro prædone habetur is qui pretium numerauit, plerunq; etiã nõ habetur. In petitione hæreditatis pro prædone habendus nõ eſt, ſcilicet cum quæritur an petitione hæreditatis poſſit conueniri. Et idem dicendum eſt in interdicto quorum bonorum. Petitio hæreditatis, datur aduerſus eum qui poſſidet vel pro hærede, vel pro poſſeſſore, ſicut interdictum quorum bonorum. Petitio hæreditatis nõ datur aduerſus eum qui iuſto tit. poſſidet. l. pro hærede. §. vlt. & l. ſeq. de pet. hær. Ergo cum quæritur de eo qui emit hæreditatem ſciẽs alienem eſſe, & pretiũ eius hęreditatis numerauit venditori, an poſſit cõueniri petitione hæreditatis tanquã prędo ſit, tanquam pro poſſeſſore poſſideat? Ait I. C. non poſſe. Nam pro poſſeſſore poſſidere accipim' in petitione hęreditatis qui titulũ nõ habet, cuius titulus fortè irritus eſt in l. pro hær. de pet. hær. Certũ eſt hunc titulum vitioſum non eſſe: & iuſtus tit. eſſe apparet ex pretij numeratione. Atque ideo hic non eſt habendus pro prędone. Is nõ eſt habẽdus poſſidere pro poſſeſſore, ſed pro emptore potius. Hęc etiam colligũtur ex l. nec vllam. in qua eſt diſtinctio de hac re poſita vſque ad §. Si quis ſciens. in quo §. regula extat quę eſt à nobis recitata. In alijs cauſis prędo habetur qui nactus eſt poſſeſſionem ſine voluntate venditoris. Et ſic prędo accipitur in hoc loco apud Paulum noſtrum. Prętерea cum quęritur de reſtituẽda poſſeſſione, dicendum eſt eum cogi reſtituere poſſeſſionem, quia vitioſa eſt poſſeſſio, quod malo more & quaſi ius ſibi dicens apprehenderit eam poſſeſſionem. Hæc euidenter ita diſtinguenda eſt pro conciliatione. Nec dubito, quin apertiſſimè & diligẽter hęc ſint tradita à I. C. veteribus, qui de hac varietate ſcripſerũt eodẽ loco. Iuriſcõſulti veteres, Vlpianus & Paulus de prędone ſcripſerũt ad interdict. Quorũ bonorum. Hoc cap. ſumptum eſt ex lib. 15. ad interdict. Ат eodẽ ex loco ſumpta eſt hæc l. nec vllam. de pet. hær. Dubitandũ nõ eſt quin eodem in loco plenius hęc tractata fuerint atque diſtincta, quomodo in vno quoque argumẽto prædo ſit accipiendus: hic vocat prædonem qui emit, qui ſtipulatus eſt, & vitioſe nactus eſt poſſeſſionem rei

Digitized by Google

ſine traditione & ſine voluntate eius à quo cauſam habet.

L. 6. Clam poſſidere, &c.

HIc locus pertinet ad interpretationẽ Edictorum prętoris, quę de interdictis propoſita ſunt, cuiuſmodi eſt interdictum vti poſſidetis, interdictum de ſuperficiebus, interd. de itin. act. pri. interdict. quorum bon. & alia. Nec dubitandum eſt quin hoc ſcriptum ſit ad interpretationem edicti prætorij, quod de huiuſmodi interdictis propoſitum fuit. inſcriptio id ſatis oſtendit. Sumptum eſt hoc cap. ex lib. 60. ad edictum. Apud Vlpian. reperietis huiuſmodi inſcriptiones ſub tit. vti poſsid. & ſub tit. de ſuperficie. & credere eſt ſcriptũ hoc fuiſse ſub tit. quod vi aut clam. ſub quo reperitur ſimilis interpretatio. Hic quæritur quid ſit clam poſsidere. *Clam poſſidere*, inquit, *eum dicimus, &c.* Ex quibus verbis apparet duo neceſsaria eſse, vt dicatur clandeſtina eſse poſseſsio, primo quod furtiue poſseſſionem ingreſsus ſit eo ignorante, & admonito cuius intereſt. Deinde quod furtiue ingreſsus ſit poſseſ. ne ſi palã ingrederetur poſseſ. fundi, cõtrouerſia ſibi fieret eius poſseſsionis nomine. Similis interpretatio eſt in l. prohibere. §. vlt. & l. ſeq. quod vi aut clam. Alius ſimilis locus eſt in l. quo tutela. §. vt factum, & l. ſeq. de reg. iur. Qui locus ſumptus eſt ex lib. ſing. Modeſtini τῶν ὅρων, id eſt, definitionum. Is autem quidem nactus eſt poſseſs. non clam fortaſsis, nullus erat metus controuerſiæ futuræ quo tempore poſseſsionem apprehendit, ſed poſtea intellexit eum qui dominus eſt eius rei controuerſiã ſibi moturũ, ſi intelligat eum poſsidere: is clam retinuit poſseſ. an dicemus vitioſam eſse poſseſsionem? Hic Paulus ait hanc poſseſ. clandeſtinam dicendam non eſse, & ait: *Non enim ratio obtinendæ.* Non curamus qua ratione poſseſ. obtineat, ſad qua ratione poſseſ. adeptus ſit. Hic quæritur ſi quis iuſtam cauſam habeat poſsidendi, forte emit rem, vel aliam huiuſmodi cauſam probabilem habet poſsidẽdi: quæritur (inquã) ſi furtiue ingreſsus ſit poſseſ. an hæc poſseſsio clandeſtina & vitioſa dici debeat? Hic I. C. ait, clandeſtinã nõ eſse hãc poſseſs. *Aut aliqua ratione bona fide.* Si iuſtam probabilémque habeat rationem ingrediendi poſseſsionem, quamuis intelligat non ſibi expedire palã ingredi poſſeſs. nõ tamẽ dicitur clandeſtina eſse poſſeſsio: quod aptius expreſſũ eſt in l. ſi de eo. 40. §. ſeruũ. hoc tit. inf. Sed ſæpius id ſolet fieri cũ quis putat ſe iuſtam cauſam habere poſſeſſionis ingrediendæ. Etiamſi noctu poſſeſſ. apprehendat, non dicitur clam poſſidere. Vtile autem eſt ſcire quid ſit clam poſſidere. Is enim qui clam poſſidet ab aduerſario nõ poteſt vincere interdicto vti poſſid. Vtile ergo eſt intelligere quid ſit clam poſſidere. Effectus etiam eſt in vſucapione. quia ſi quis clam nactus ſit poſſeſſionem rei alicuius, eam vſucapere non poteſt. l. 1. C. de ſerui. & aqua. & l. ſi ancillam. inſ. pro ſuo. Docuimus quid ſit clam poſſidere, & diximus eum clam poſſidere qui poſſeſſionem ingreditur: cum intelligat aut ſuſpicetur aduerſarium ſibi controuerſiam facturum eſſe. Deinde diximus inſpiciendam eſſe originẽ poſſeſſionis, adeo vt is qui cauſã iuſtã habet acquirẽdæ poſſeſsionis, qui clam non eſt ingraſſus poſſeſſionem, non poſſit dici clam poſſidere, tametſi poſtea ſe celauerit. Fieri enim poteſt, vt quis ab initio iuſtam cauſam habeat adipiſcendæ poſſeſſionis, qui tamen cum iniuſte ſe poſſidere intellexerit, ſe celauerit. Verba Pauli ſatis clara & perſpicua ſunt, ſed difficultas oritur ex d. l. Si ancillam. inſ. pro ſuo. Videtur enim antinomia eſſe difficilis ex noſtra leg. & ea d. l. Si ancillam. Quidam emit ancillam quæ erat furtiua, emit bona fide exiſtimans eam ancillam venditoris eſſe. peperit ancilla apud emptorem: quæritur de vſucapione huius partus. Si poſtea emptor reſciuerit furtiuam eſſe ancillam quam exiſtimabat tempore venditionis contractæ furtiuam non eſſe, ſad eſſe venditoris: Pomp. diſtinguit. *Vt ſi neſcierit intra ſtatutum tempus.* Hic Pomp. ait eum qui emit bona fide ancillam, ſi poſtea cœpit malam fidem habere, qui prius erat bonæ fidei poſſeſſor, non poſſe vſucapere. Ecce quæritur de vitio poſſeſſionis: in ea ſpecie quæſtio eſt an poſſeſſor ſit malæfidei an non ſit. Et dubitatio naſcitur ex eo quod ſi ſpectemus initium, id eſt, tempus contractæ venditionis, eo tempore fuit bonæfidei poſſeſſor. Si vero ſpectemus quod poſtea ſecutum eſt, is dicetur malæfidei eſſe. Et ait Pomp. ſpectandum eſſe quod poſtea ſecutum eſt. Hæc videntur pugnantia eſſe & contraria: ſed videndum eſt vtrum magis diuerſa dicenda ſint quam contraria. Videndum eſt an aliqua diſſimilitudo ſit in vtraque ſpecie: & ſatis diſſimilitudo in eo apparet quod Pomp. in d. l. ſi ancillam. loquitur de re furtiua. *Cognoſceres matrem eius furtiuam eſſe.* Loquitur Pomp. de re quam emptor reſciuit furtiuam eſſe poſt contractam emptionem. Nos autem hic non loquimur de re furtiua, loquimur de alio vitio poſſeſſionis, de re quam reſciuit poſſeſſor vel ad ſe non pertinere, vel ſe aliam iuſtam cauſam poſſidendi non habere. Et certum eſt multa ſingularia iura reperiri in re furtiua pręſertim. l. Attilia. §. Furtiuæ. Inſtit. de vſucap. Res furtiua vſucapi non poteſt, non tantum ab eo qui ſcit rem eſſe furtiuam, ſed nec ab alio quocunque. Alia igitur cauſa eſt rei alienæ, quæ furtiua non eſt, quam quis poſtea reſciuit alienam eſſe, & ſe iuſtam cauſam poſſidendi non habere. Et certum eſt ſi quis reſciuerit rem alienam eſſe quam emit bona fide, eum nihilominus poſſe eam rẽ vſucapere. l. iuſto. de vſucap. Sed huic iuri derogatum eſt conſtitutionibus Pontificiis cap. vltim. de præſcriptio. Dixerit aliquis hanc diſtinctionem rei furtiuæ & alienæ quæ ex alia cauſa poſſideri non poteſt, non ex cauſa furtiua, non poſſe conuenire verbis Pomp. in l. ſi ancillam. Nam Pomp. hac diſtinctione tantum vtitur, quod clam poſſideatur res, non quod res furtiua ſit. *Cum poſſideas clam.* (inquit) non eſt mirum ſi dicaris non poſſe vſucapere. Sed ego reſpon. propter eam cauſam quæ à nobis iam adducta eſt propter odium furti, Pomp. facile adductum eſſe, vt interpretaretur emptorem clam poſſidere. Cum dubia res eſſet, facile inclinauit in eam partem in odium rei furtiuæ. Alias cum quæritur an quis clam poſſideat, non tam facile admittitur hæc interpretatio. Alia difficultas eſt ex l. ſed & ſi lege. §. de eo. de petit. hæredit. vbi dicitur cum quæritur de reſtituenda hæreditate cum fructibus in petit. hęreditatis, nihil referre an quis inuaſerit bona hæreditaria: cum ſciret ad ſe nõ pertinere. Hæc dicta ſunt ab Vlpiano ad interpretationem Senatuſconſulti, cuius verba deſcripta ſunt in l. Item veniũt. §. præter hæc. de petition. hęreditatis. *Ait Senatus, Si quis bona aliena inuaſerit, cum ſciret ad ſe non pertinere, perinde teneri, &c.* Quid ſi aliquis (inquit Vlpianus) putauerit ad ſe pertinere cum inuaderet, ſed poſtea intellexerit, ſe nihil iuris habere, an perinde teneatur? Vlpianus ait ceſſare verba Senatuſconſulti. Sed tamen idem dicendum eſſe in eo caſu propter ſimilitudinem rationis. hic videtis non inſpici initium & originem acquiſitionis, vt Paulus noſter hic ait. Ideoque videntur hęc eſſe contraria, cum quæritur de vitio huiuſmodi poſſeſſionis an vitioſe poſſideat, an non. Multum refert an ab initio vitioſe poſſideat, an poſtea cœperit vitioſe poſſidere. Sed reſpondendum eſt, Aliter vitium poſſeſſionis accipi in petitione hęreditatis, quam in aliis cauſis. Idque demonſtratum eſt à nobis ſuperiori lectione cũ interpretaremur l. Nemo prędo de reg. iuris. & l. ſi ex ſtipulatione, hic. Diximus varie accipi prædo-

prædonem apud I. C. & aliter in petitione hæreditatis quàm in aliis cauſis. ſic itaque dicẽdum eſt. Cum quæritur de vitioſa poſſeſſione an quia clam poſſidere dicendus ſit, an non: multum referre qua de re quæſtio proponatur. In petitione hæreditatis aliter quis clam poſſidere dicitur, hic aliter etiam dicitur. Cum quæritur an quis poſſit conueniri petitione hæred. pro poſſeſſore, dicitur poſſidere prædo. item cum quæritur de reſtitutione rei. Nos vitioſe poſſidere eum quoque dicimus, qui ab initio iniuſtam cauſam poſſeſſionis acquirendæ habet. In aliis cauſis aliter dicimus. Alij quidam dicunt non mutari effectum poſſeſſionis, ſed qualitatem non male. Solet quæri an hæc clandeſtina poſſeſſio habeat vitium reale an perſonale. Quæſtio eſt vulgo agitata, de qua dicemus ad l. Pompon. 13. infra in princ.

§. *Qui ad nundinas.* cum l. 7. *Sed ſi noluit, &c.*

PAulus noſter, vt ego iam admonui in hoc cap. interpretatur edictum prætoris in quo fit mẽtio violentæ & clandeſtinæ poſſeſſionis. Argumento eſt inſcriptio ipſius cap. ex lib. 70. ad edict. Nam lib. 70. ad edict. Paulus interpretatus eſt edictum prætoris de interdictis vti poſſid. de ſuperf. quod vi aut clã. in quib. interdictis fit mentio clandeſtinæ poſſeſſionis. Quæſtio igitur eſt ſi quis ad nundinas profectus ſit nemine domi ſuæ relicto, & alius ingreſſus ſit eius domum, an poſſideat, & quomodo poſſideat is qui furtiue domũ ingreſſus eſt? Hic dicitur eum clam poſſidere. Non eſt dicendus iuſtus poſſeſſor eſſe, non eſt dicẽdus poſſidere ciuiliter & naturaliter. Hæc poſſeſſio non confirmatur iure ciuili, eſt clandeſtina poſſeſſio, atque ideo vitioſa, quod ſi verum eſt, cõſequens eſt eum qui profectus eſt ad nundinas, quamuis neminem domi reliquerit, retinere poſſeſſionem quamdiu habet animum poſſidendi, adeo vt ſi reuerſus dominus non admittatur, poſſit dici vi deiectus de poſſeſſione, nec ante dicitur amiſiſſe poſſeſſionem quàm ſi noluerit in eum fundum reuerti: tunc enim dicitur amiſiſſe poſſeſſionem, hoc verius eſt, & eſt ſummaria huius cap. explicatio, ex quo quędam annotanda ſunt. Primũ eſt, duos in ſolidum poſſe eandem rem poſſidere. Is qui profectus eſt ad nundinas nemine domi relicto, dicitur poſſidere, is etiam qui ingreſſus eſt poſſeſſionem abſente domino dicitur poſſidere: ſed vnus poſſidet animo tãtum, alter corpore: is qui profectus eſt ad nundinas intelligitur animum redeundi habere. Non enim credibile eſt eũ qui ad nũdinas profectus eſt, velle deſerere domũ ſuam, & ſi domi neminem reliquerit. Animo igitur intelligitur retinere poſſeſſionem. Nec quicquã eſt in hac re incommodi. Nam & ſi dicamus nõ poſſe duos in ſolidum eãdem rem poſſidere, cum idem eſt genus poſſidendi, tamen ratio diuerſa eſt poſſidendi, nihil prohibet duos in ſolidum eandẽ rem poſſidere. Nihil prohibet vnum poſſidere corpore, alterũ vero poſſidere animo. Diuerſa hæc ſunt genera poſſidendi & diuerſos effectus habent. Altera poſſeſſio ad vſucapionẽ prodeſt, altera non prodeſt: quamuis is qui eam poſſeſſionem habet poſſit interdicere. Ego dixi in Interpretatione. §. ex contrario. l. 3. ſup. Duos non poſſe dici poſſidere eandem rem animo & corpore. Cũ quis poſſidet rem vnam totam aut vere & corporaliter, aut interpretatione aliqua iuris, qui fieri poteſt vt alius poſſideat eandem rem aut partẽ eius rei, alias totam rẽ non poſſideret. Poſſunt quidem duo eandem rem poſſidere pro parte, ſed non in ſolidum. l. Seruus communis. de ſtip. ſeru. Sed nihil prohibet, vnum poſſidere naturaliter, alterum ciuiliter. Diuerſa ſunt genera poſſeſſionis, diuerſi quoque effectus, vt iam dixi. Sed hæc diſtinctius explicanda ſunt. Et primum videndum eſt de eo qui clam ingreſſus eſt fundum: qui clam ingreditur fundum domino abſente qui ad nundinas profectus eſt, hic poſſidet naturaliter tantum, non ciuiliter. Huic ſimilis eſt alius locus in l. ſi id quod. §. vlt. hic. *Donec alius corpore.* I. C. vocat corporalem poſſeſſionem eius qui clam ingreſſus eſt fundum: corpore tantum poſſidet: non probatur iure ciuili ea poſſeſſio. Si quis dicat, is qui clam ingreſſus eſt fundum animum habet poſſidendi. Ecce is qui animum habet poſſidendi & corpore inſiſtit rei, videtur ciuiliter & naturaliter poſſidere, ſi nihil aliud impediat, ſed alius poſſidet animo: tota res occupata eſt animo eius qui profectus eſt ad nundinas. Fieri igitur non poteſt, vt duo in ſolidum eandem rem omnino poſſideant. Quidam ſic interpretantur poſſidere, id eſt, detinere corporaliter. Sed mihi videtur vera eſſe poſſeſſio, & ſi ciuilis non ſit. Id conſtat ex definitione poſſeſſionis: poſſidere is dicitur qui animum tenendi rem habet vel ſibi vel alij. Cum vtrumque hic concurrat & corpus & animus: hic dicendus eſt poſſidere: is detinet tantum, non etiam poſſidet qui animum tenendi non habet, cuiuſmodi eſt hoſpes, amicus. Rectè igitur Paulus noſter ait eum clam poſſidere. Hactenus de eo qui ingreſſus eſt poſſeſſionem abſente altero. Nunc videndum eſt de eo qui profectus eſt ad nundinas: is qui profectus ad nundinas, & ſi neminem domi ſuæ reliquerit, tamen animo dicitur poſſidere, quamdiu habet animum poſſidendi. Id etiam expreſſum eſt in l. ſi id quod. 25. §. vlt. Ego dixi ſupr. excipi res mobiles in l. 3. §. Nerua. ſup. Rei enim mobilis poſſeſſio non ita facile retinetur, vt rei immobilis. Rem mobilem poſſidemus quamdiu ſub cuſtodia noſtra eſt, vbi euaſit cuſtodiam noſtram, & ſi habeamus animum poſſidendi, tamen dicitur amiſſa eſſe poſſeſſio. Alię hic exceptio additur cum nulla ſpes eſt eiiciendi eum qui ingreſſus eſt poſſeſſionem, tunc etiam dicitur amiſſa poſſeſſio. Sed de eo Paulo poſt dicemus. Prętereà notandum eſt vi deiectum eum intelligi qui poſſidet ciuiliter tantum. *Retinet ergo poſſeſſionem.* Quidam profectus eſt ad nundinas, alius domino abſente ingreſſus eſt poſſeſſionem, eum reuerſus eſſet ex nundinis clandeſtinus poſſeſſor, noluit eum admittere. *Vi magis* (ait) *intelligitur poſſidere, &c.* His verbis oſtendit Paulus poſſe dici vi tunc deiectum eſſe propter ciuilem poſſeſſionem quam retinuit. Hoc clare expreſſum in l. 1. §. deiicitur. de vi & vi arm. Clarius hoc exprimi non poteſt quam in eo loco, vnde quæſtio agitata eſt, an liceat eum qui corporaliter tantum poſſidet vi expellere vt in propoſita ſpecie. Dominus eſt reuerſus è nundinis: reperit domum ſuam clam ab alio occupatam: quæritur an poſſit hunc ſtatim expellere propria autoritate? Plurimorum ſententia eſt licere eum expellere quamuis alij diſſentiant numero pauciores. Mouetur eo argumento, quia vim illatam repellere licet. l. 3. §. cum igitur. de vi & vi arm. l. vt vim. ſup. de iuſt. & iur. Si quis me vi ex domo mea eiiciat, vi illata poſſum eum repellere. At vi deiectus is eſſe dicitur, cuius poſſeſſio clam occupata eſt, eum nundinarum gratia profectus eſſet. Ergo licet ei de domo ſua eũ eiicere qui furtiuè & clam eam ingreſſus eſt. Contrarię opinionis defenſores argumentum ſumunt ex l. ſi alius. 7. quod vi aut clam. Tu feciſti opus in meo fundo vi aut clam, ego id opus demolitus ſum vi aut clam, quæritur de interdicto. Agis aduerſus me quod deſtruxi vi aut clam. Quęritur an poſſim te ſubmouere hac exceptione, quia vi aut clam opus illud feciſti. Hæc quæſtio tractatur in §. belliſſime. l. 1. quod vi aut clam. Et ait I. C. non eſſe dandam hanc exceptionem niſi magna ex

cauſa. Oſtendit I. C. & ſi quis opus fecerit in fundo meo vi aut clam, nõ licere mihi opus illud vi aut clam deſtruere. Idem dicendum videtur in propoſita ſpecie, vt ſi quis mihi vim faciat quia ingreſſus eſt domum meam clam, me abſente, mihi non liceat vim illi inferre. Sed ſi vtraque ſpecies diligenter expẽdatur, magna reperietur vtriuſq; diſsimilitudo. Is in cuius fundo opus factum eſt, non poteſt dici vi deiectus eſſe, ei licet vti retinendæ poſſeſsionis cauſa. At hic deiectus eſt de poſſeſsione per vim. Hic deiicitur de poſſeſsione qui non admittitur in domum ſuam qui ex nundinis reuerſus eſt. *Si autem non reliqueras poſſeſsionem.* Amittit igitur poſſeſsionẽ eam per vim, ideo dicitur vi deiectus eſſe. Quare dicitur poſſe vi illata expellere de domo ſua eum qui vim intulit. Sed in d. §. Belliſsime. non poteſt dici vi deiectus eſſe de poſſeſſ. ſua: is poſsidet ciuiliter & naturaliter vt antea, quamuis opus factum ſit in ſuo. Alij aliter diſſoluunt, ſed quod ego dixi mihi videtur probabilius eſſe. Et interim notandum eſt ex d. §. Belliſsime. mihi non licere niſi ex magna & graui cauſa vi aut clam opus tollere quod vi aut clam factum eſt in meo fundo. Poteſt enim tale opus eſſe quod graue incommodum adferat. l. ſed ſi inter. de ſeruitut. vrb. præd. Ex hoc eodem loco obſeruandum eſt ex clandeſtino poſſeſſore violentum effici. Is qui ingreſſus eſt fundi poſſeſſionẽ domino abſente nundinarum cauſa, cum non admittat dominum, dicitur vi poſſidere. Non obſtat huic ſententiæ l. ſequitur §. Item ſi occupaueris. de vſucap. quæ prima facie videtur contraria eſſe iis quæ ſuperius dicta ſunt. *Item ſi occupaueris* (inquit I. C.) *vacuam poſſeſſionem*, deinde venientem dominum prohibueris, non videris vi prohibuiſſe. Sed illa l. nihil ad rem facit. Loquitur enim Paulus in d. l. de eo qui occupauit vacuam poſſeſsionem. In hac noſtra ſpecie non dicitur occupata eſſe vacua poſſeſſio. Vacua poſſeſſio non eſt quæ animo retinetur. Nam animum retinendæ poſſeſſionis habet is qui ad nundinas profectus eſt. Ideoque non dicitur vacua poſſeſſio. Sed quomodo (inquit aliquis) concurrent clandeſtina & violenta poſſeſſio? Accurſ. ait comparatiue non electiue hanc voculam magis accipiendam eſſe: ego non puto hoc verum eſſe. ego puto eum qui cœpit clam poſſidere, quia furtiue abſente domino ingreſſus eſt eius domum, eum dominum è nundinis reuerſum non admittit, vi poſſidere incipere & deſinere clam poſſidere. Si ſic intelligamus, ceſſabunt innumerabiles queſtiunculæ & ſophiſmata de concurſu poſſeſſionum. Poſtremum eſt, eum qui expulſus eſt de fundo ſuo animo amittere poſſeſſionem, quia deſiit habere animum reuertendi, non habet animum expellendi eum qui ingreſſus eſt, cum adeo territus eſt armis aut vi, vt videatur omnem cogitationem depoſuiſſe poſſidendi, tunc dicitur amiſiſſe poſſeſſionem: idque expreſſum eſt aliis in locis, vt in leg. 3. §. ſi quis. hic. & l. 3. §. ſin autem eum dominus. de vi & vi arm. Sed ſi quia abſens nolit reuerti, an tunc is qui ingreſſus eſt poſſit dici poſſidere ciuiliter? Videtur poſſe dici hoc caſu ciuiliter poſſidere. Diximus eum animo non poſſidere, quia animo alieno res occupata eſt. Sed ea ratio hic ceſſat, quia is qui abſens erat nundinarum cauſa deſiit habere animum poſſidendi. Quid igitur vetat quo minus dicatur hoc caſu non tantum corpore, ſed etiam animo poſſidere? Sed dicendum eſt eum ciuiliter poſſidere non dici, quia iuris interpretatione non dicitur poſſidere. Quomodo iuris interpretatione intelligetur iuſte poſsidere qui clam & iniuſte poſsidet? Iuſtum & iniuſtum pugnantia ſunt. leg. quod ſeruus. hic. Poſſeſſio quæ ex iuris tantum interpretatione oritur, ſemper iuſta eſt. Abſurdum ergo eſſet dicere eum qui iniuſte poſsidet, iuris interpretatione poſſidere intelligi. Sed de hoc dicemus fuſius infr. ad l. quod ſeruus.

L. 8. Quemadmodum. &c.

QVid ergo ſentiam de interpretatione huius capitis, dixi ad l. 3. §. in amittenda. quæ videtur cõtraria huic ſententiæ eſſe. Nam in d. §. in amittenda. dicitur animo ſolo amitti poſſeſſionem, quamuis ſolo animo non poſſit. Hic dicitur eodẽ modo amitti poſſeſſionem quo acquiritur, & quemadmodum acquiritur animo & corpore, ita etiam corpore & animo amitti. *Quemadmodum nulla poſſeſſio.* Ego admonui in interpretatione d. §. in amitt. & videri difficultatem oriri ex eo quod plena integraque non ſunt horum autorum ſcripta, nec ſatis apertum eſt quo ſingula referri debeant: Certe non eſt credibile contraria eſſe quæ ab eodem autore & eodem in libro ſcripta ſunt. Cuiuſmodi ſunt hæc duo capita. Vtrunque eſt ex commentariis Pauli ad edictum. Si diuerſorum autorum eſſent, veriſimilius eſſet pugnantia eos ſcripſiſſe, aut ſi diuerſis in libris hęc eſſent ab eis perſcripta. Sed prę terquam quod eiuſdem autoris ſunt, accedit quod ſũpta ſunt ex eodẽ libro libro: nec credibile eſt ita dormitaſſe compoſitores Pandectarum vt hæc duo capita, ſi pugnantia eſſe intelligerent, ponerent ſub eo. tit. ita vt alterum ab altero nõ longe diſtet, ne quis poſſit cauſari obliuionem & memoriæ lapſum. Ego dixi ſupra quod hic Paulus ait poſſe vere dici, & etiam falſo. Vere dici poteſt poſſeſſionem amitti corpore & animo. Id etiam falſo dici poteſt: ſed tunc cognoſci, falſó-ne an vere dicatur, cum intelligimus quorſum id dicatur & quo referatur. Nam ſi loquamur de eo qui deiectus eſt de fundo per vim, & quæratur an is amiſiſſe poſſeſsionem dicatur: nihil poteſt verius dici quam quod hic Paulus ait animo & corpore poſſeſſionem non videri amiſſam eſſe, quia animus non eſt amittendæ poſſeſſionis. Nam quamuis corpore non inſiſtat fundo, is tamen animum habet retinendæ poſſeſſionis. Ideoque non dicitur amiſiſſe poſſeſſionẽ, nõ amittitur hoc caſu poſſeſſio, niſi præter deiectionẽ, quæ eſt corporis, accedat etiã anim⁹, i. niſi in cõtrariũ vtrumq. agatur & id q eſt corporis id eſt animi. Si aũt loquamur de eo qui nõ vult amplius poſſidere, qui nullũ amplius habet animũ poſſidẽdi, hoc falſo diceretur non amitti poſſeſſionem ſolo animo. Nam verum eſt quod Paulus noſter ait in d. §. in amittenda, vbi aliquis amplius non vult poſſidere, tunc eum amittere poſſeſſionem ſolo animo: & quia hæc tantum probabilia ſunt, nec admodum certa: ego conatus ſum coniecturis oſtendere quam verum hoc ſit. Argumento vſus ſum minime vulgari ex inſcriptione capitum. Ego dixi hoc c. ſumptum eſſe ex iis quæ Paul. ſcripſerat ad titu. de vi & vi armat. & tit. vti poſſid. Inſcriptiones horum cap. demonſtrant. In interpretatione horum edictorum agebatur de deiectione per vim facta, de eo qui per vim deiectus eſt. Aliud argumentum huic ſimile eſt ex coniunctione capitum. In ſuperiori capite quod heri interpretati ſumus, quæſtio eſt de deiectione. *Sed ſi nolit in fund.* Quæſtio eſt an ſi quis deiectus fuerit de poſſeſſione per vim, is dicatur amiſiſſe poſſeſſionem: & ita diſtinguitur, vt ſi animum habeat reuertendi in fundum, animum habeat retinendę poſſeſſionis, is nõ dicatur amiſiſſe poſſeſsionem, quamuis corpore exierit de fundo. Sed ſi non habeat animum recuperandæ poſſeſsionis, quod vim maiorem vereatur, amiſiſſe poſſeſſionẽ (inquit Paulus) videbitur. Deinde ſequitur, *Quemadmodum nulla.* Ego ſcio hæc non fuiſſe coniuncta à Paulo, ſed tamen credibile eſt, hoc conſilio Tribon. & alios compoſitores Pand. hæc duo capita coniunxiſſe, quod intelligerent

poſterius

Digitized by Google

poſter us caput quod interpretamur, ad ſuperius pertinere, & quaſi ex eo pendere. Confirmatur hæc ſententia noſtra ex l. Quamuis ſaltus. 46. hoc tit. Quidam ingreſſus eſt me inuito & ignorante ſaltū quē ego poſſidebā, proposito & animo poſſidendi. Quæritur an egn amiſerim poſſeſſionem? I.C. ait me poſſeſſioaem non amiſiſſe. *Quamdiu* (inquit) *poſſeſſionem ab alio occupatā ignorarei*. Sed cum poſſeſſio non amittatur niſi animū habeam relinquendæ poſſeſſionis, fieri non poteſt, vt alio ingrediente fundum meū me inuito & ignorante, fundum amittam. Iiſdem verbis vtitur Paulus in l. Fere. de reg. iur. cuius l. hoc caput particula eſt. ego iam ſæpe dixi ſomptum eſſe quod hic dicitur à Paulo, ex l. Fere. de reg. iur. Loquitur de eo qui vi deiectus eſt ab alio. His igitur argumentis & coniecturis adducimur vt credamus Paulum ita ſenſiſſe, id eſt, retuliſſe verba ſua ad eum qui deiectus eſt de poſſeſſione, quia conſtat eum corpore deſiiſſe poſſidere, & præter hoc neceſſe eſt animum eius accedere.

L. 9 Generaliter.

HIc locus iam ſæpe à nobis tractatus fuit, præſertim in interpretatione l. 3. vbi diximus vtilitatis cauſa comparatum eſſe contra ſubtilitatem iuris, vt qui corpore non inſiſtit rei, nihilominus eam poſſidere intelligatur. Non potuit aliter conſtitui ſine magno hominum incommodo. Poſſidemus ergo corpore etiā alieno, vt dicitur in l. 3. §. ſaltus. Si quis nomine meo in poſſeſſione ſit, ego per eū poſſidere dicor corpore eius & animo. Is poſſidet cuius nomine poſſidetur. l. quod meo. inf. eo *Generaliter quiſquis*. His verbis Caius oſtendit ex quadā iuris interpretatione hoc eſſe receptū magis quàm ea veritate. *videmur*, id eſt, fingimur poſſidere. Poſſidere verbū actū corporalē ſignificat. Sed tamē interpretatione iuris propter vtilitatem & cōmoditatem hominum effectum eſt, vt is perinde habeatur atque ſi inſiſteret rei, atque ſi occuparet rem. Atque ideo dicitur poſſidere ciuiliter, iuris ciuilis interpretatione. *Nobis volentibus*. Ea eo quod Caius ait: *Nobis volentibus*, poteſt dubitari: quid ſi amicus quidam meus in fundo meo ſit me ignorante, an ego per eum poſſidere dicendus ſim? De procuratore mandatum habente nulla eſt dubitatio. Nam per procuratorem mandatum habentem nobis acquiritur poſſeſſio etiam ignorātibus. l. poſſeſſio. §. vlt. hic. & l. 1. C. eo. Sed quæritur de amico qui nullum forte mandatū habet, qui negotiorum geſtor eſt, licet interdum procurator dicatur, proprie tamen diſtinguitur à procuratore, id oſtēdit diuerſitas titul. de procuratorib. & de neg. geſt.
Quis ſit neg. geſtor. in l. ſi ego. de neg. geſt. Negotiorū geſtor dicitur Procurator, quod gerat & procuret res alienas. Quid igitur de hoc dicemus? Receptum eſt poſſe retineri poſſeſſionem per amicum, per negotiorum geſtorē qui vere procurator non ſit, qui mandatum non habeat. Argumentum ſumitur ex l. Procuratoribus. § non ſolum. de vſufr. Vbi dicitur per hunc poſſe vſumfructum retineri. Conuenit tamen inter omnes, per hunc poſſeſſionē non acquiri qui mandatum non habet: niſi ſit ſecuta ratihabitio, quamuis per procuratorē acquiratur. Vim mandati habet ratihabitio. l. 2. ad Macedon. Opus ergo eſt ratihabitione. d. l. ſi ego. de neg. geſt. Hinc igitur colligendum eſt nos poſſidere non tantū per noſmetipſos, ſed etiam per procuratorem, per amicū, qui rem teneat noſtro nomine, nobis volentib. Sed an hi quoque dicantur poſſidere qui inſiſtūt rei noſtro nomine? Quæſtio iam ſæpe à nobis tractata eſt de procuratore, de colono. Et diximus eum qui animum habet poſſidendi, vel ſibi vel alij recte dici poſſidere, etiamſi animum habeat poſſidendi, alij tamen interdū dicitur poſſidere naturaliter vt colonus. l. 7. §. neque. eom diuid. Sed quia alij poſſidēt proprie nō poſſident. Et ſi ad affectū reſpiciamus dicunt interdū omnino nō poſſidere. Nū is poſsidet cuius nomine poſsidetur. d. l. quod meo. inf. eo. Atque ideo vt hi dicantur poſsidere, aliquando nō poſsidere, ſimpliciter ego dixi hos poſsidere, cum animum habent poſsidendi, vel ſibi vel alij. Nam interdum accidit vt quis in domo alterius ſit, nec tamen animum habeat poſsidendi, vel ſibi vel alij. exemplum eſt l. qui iure. hic. *Qui iure familiar.* Amicus qui iure familiaritatis ingreditur domū amici ſui, is non videtur poſsidere, non eſt hoc animo vt poſsideat ſibi. Nullum ius ſibi vindicat in domo amici ſui in quam familiariter recipitur, ac ne amico quidem cuius domum ingreditur, poſsidet. Non enim eo animo eſt vt rem teneat ipſius nomine, ideo hic dicitur omnino non poſsidere, tenet quidem rem, ſed nō poſſidet. detētio multū differt à poſſeſsione ſiue ciuili ſiue naturali. l. Stipulatio iſta. §. hi. & §. plane. de verb. oblig.

L. 10. Si quis ante, &c.

HÆc quæſtio pertinet ad diſputationē capitis ſuperioris quod nuoe interpretati ſumus. Nam in ſuperiori capite quæritur de procuratore, de hoſpite, de amico & aliis huiuſmodi perſonis an poſſideant, an per eos poſſideamus. Similis quæſtio eſt & de aliis perſonis, cuiuſmodi eſt conductor. Dubitari poteſt, an conductor poſſideat, ſi quis fundum ab eo conduxerit vtendum, an is eius fundi poſſeſſor ſit: & certum eſt ex regula iam dicta locatorē ipſum poſſidere. Is poſſidet cuius nomine poſſidetur. d. l. Quod meo. infr. & perſpicue hoc traditum eſt in l. officium. de rei vend. Vbi dicitur rei vendicationem dari aduerſus eum qui cōduxit, quamuis nō poſſideat. Nam vt quis teneatur rei vēdicatione, ſufficit eum tenere rem & habere rei reſtituendæ facultatem, idque contra opinionem quorundam veterum qui dicebant poſſeſſionem neceſſariam eſſe in rei vendicatione, vt in interdicto vti poſſidetis. Sed exploſa eſt hæc ſententia. Ait igitur I.C. aduerſus cōmodatarium rei vendicationem cōpetere, & depoſitariū, & ſi nō poſſideāt, quia habeot rei reſtituendæ facultatem, ſed vere poſſidet is cuius nomine poſsidetur. Similis quæſtio eſt de cōmodatario, cui res aliqua eſt cōmodata, in l. cōmodatę. ſup. cōmod. Idem dicitur de cōductore in d. l. officium. Idem de eo qui precario rem vtendam accepit. Magna eſt dubitatio & hic magna varietas reperitur, an is qui precario rem vtendam accipit, dicatur poſsidere. Hæc quæſtio tractatur variis in locis ſub tit. de precario. Precariū de- *Quid precarium.*
finit Vlpia. in l. 1. de precar. quod precib. petenti vtendum conceditur tam diu quamdiu is qui conceſsit, patitur. Quod genus liberalitatis ex iure gentiū deſcendit. Quæritur igitur an is qui precario rem vtendam accepit, poſsideat necne? Dicendum eſt multum hic referre, quid actum ſit inter concedentem precario & accipientem. Si dictum ſit, ſi ita precarium cōtractum ſit, vt is qui accepit moretur in prædio cuſtodiæ cauſa, vel quid huiuſmodi, tunc certum eſt hunc non poſſidere. Et ſic eſt intelligendum quod dicitur in l. is qui. de preca. *Is qui rogauit vt moretur*. Hoc actū eſt inter cōcedentē & accipientē precario, vt is qui accepit moretur tantū in fundo, nō vt poſsideat fundū: ideoq; dicitur omnem poſſeſsionem penes cōcedentem remanere, nullam poſſeſsionē in eum qui precario accepit, transferri. Simile eſt in hac lege noſtra. Aliud eſt poſsidere, aliud in poſſeſsione eſſe, vt dixi in leg. 3. §. genera. In poſſeſsione eſſe dicitur qui cuſtodiæ cauſa in poſſeſsionem miſſus eſt, vt is cui damni infecti nomine non cauetur. Aliquando vero ita conuenit in

precario contrahendo, vt is poſſideat qui rem precario vtendam accepit, & hoc dubium non eſt quin poſſeſſio in ipſum transferatur, quamuis aliqua poſſeſſio penes concedentem remaneat. leg. & habet. §. eum qui precario. de precat. vbi I. C. ait, *Vt ſibi poſſidere liceat,* non dicit, *vt moretur in fundo.* Poſſeſſio igitur penes vtrunque eſt. Quia eadem poſſeſſio non eſt, diuerſa ſunt poſſeſſionis genera. Nam tametſi eadem poſſeſſio penes duos eſſe non poſſit in ſolidum, nihil tamen prohibet diuerſam poſſeſſionem penes duos eſſe, vt heſterna die diximus & ad l. 3. §. ex contrario. Quid ergo dicemus ſi non ſatis exploratum ſit quid conuenerit inter dantem & accipientem? non eſt certum conueniſſe inter eos vt moretur tantum in fundo is qui precario accepit, nec etiam certum eſt conueniſſe: vt poſſideat fundum. Hoc tantum conſtat precibus petenti precario côceſſum eſſe fundum. Quid dicemus in hoc caſu? Res multû difficultatis & obſcuritatis habet. Sed videtur hęc ſentêtia fuiſſe veterû, vt is qui rogauit precariû, poſſidere intelligatur. l. 4. § 1. de prec. *Meminiſſe autem nos oportet eum qui precario habet, etiam poſſidere.* Non tantû trâsfertur in eum facultas quædâ vtêdi, donec precarium fuerit reuocatum ab eo qui conceſſit, ſed etiam poſſeſſio in eum transfertur: & ideo ei qui precario rem aliquam habet, datur interdictû vti poſſidetis, præterquam aduerſus eum à quo precario accepit. l. qui precario. 17. eo. tit. *Qui precario.* Et hoc ſatis oſtendit formula interdicti vti poſſidetis. Prætor dat interdictum vti poſſidetis ei qui precario habet, quia poſſidet, modo non agat & experiatur interdicto aduerſus eû à quo poſſidet precario. Is qui precario rem accepit, poſſidet. Sed cur potius poſſidere dicitur quâ cômodatarius? Nam inter cômodatum & precarium non videtur multum intereſſe, vterque tam commodatarius quàm is qui precario habet, rem vtendam accipit. Precarium dicitur quod precibus petenti vtendum conceditur, ſed hoc intereſt quod precarium reuocatur voluntate concedentis, non item commodatum. l. in commodato. 17. §. ſicut. commod. Intempeſtiue commodatum repeti non poteſt cum incommodo commodatarij, ſed ita conceditur res vtenda precario, vt quoties voluerit is qui conceſſit, illud reuocare poſſit. Qui igitur fit vt commodatarius non dicatur poſſidere, cum is qui precario accepit rem vtendam, dicatur poſſidere? Variæ hic ſunt opiniones vt in re obſcura. Sed mihi videtur hæc eſſe natura huius contractus, & ob hanc cauſam pręcipue inſtitutum & comparatum fuiſſe hoc genus contrahendi quod precarium dicitur, vt poſſint res tamdiu poſſideri quamdiu dominus voluerit. Nam cuiuſcunque contractus natura diligenter eſt diſcernenda. Sicut exempli gratia, videmus in contractu mutui hoc agi, vt dominium rei transferatur in accipientem. Præterea vt non idem, ſed tantundem & æque bonum reddatur. l. 2. & l. cum quid. ſup. de reb. cred. Cum quis dat vinum mutuum, hoc agitur inter dantem & accipientem vt vinum conſumat is qui accipit, & tantundem reddat: cuius cauſa inſtitutum fuit hoc genus contractus quod mutuum dicitur. Et expedit interdum nobis poſſidere res alienas commoditatis & vtilitatis noſtræ cauſa. Et propter hanc vtilitatem in vſum venit hoc genus contractus quod precarium dicitur. Non tantum nobis vtile eſt habere facultatem vtendi re aliqua, ſed etiam poſſidendi. Hoc genus contrahendi dicitur precarium. Cum agitur, vt is qui precario rem vtendam accepit tamdiu poſſideat, quamdiu voluerit is qui conceſſit. Hoc dixi, non quod aliter conueniri non poſſit inter dantê & accipientê, ſed quia vt plurimû ita conueniri ſolet. Ex iâ dictis naſcûtur quæſtiones tractatæ in hoc cap. cuius interpretationê aggreſſi ſumus. *Si quis ante.*

Quidam conduxit rem deinde eam precario rogauit, vel è diuerſo precario rogauit rem vtendam, deinde eam conduxit, quæritur, an vtrunque valeat & precarium & conductio, an alterum, an neutrum, & vtrum horum valeat. Hæc quęſtio maxime pertinet ad poſſeſſionem, de qua hic diſputamus. Hæc quęſtio huius loci de poſſeſſione propria eſt. Nam ſi dicamus tenere conductionem, non precarium, dicemus non poſſidere eum qui accepit, conductorem non poſſidere. Si dixerimus valere precarium non conductionem, ex eo côſequitur poſſeſſorem eſſe eum qui accepit. Nam qui precario rem habet, interdum poſſidet, vt diximus. Si dixerimus vtrunque valere, videbitur quædam repugnantia eſſe. Nam poſſidere & nô poſſidere, pugnâtia ſunt. Ecce is qui locat rê eo animo eſt, vt non poſſideat côductor, ſed ipſe qui locat. Is vero qui precario côcedit, eo animo eſt nô tantum vt poſſideat ipſe, ſed etiam poſſideat is qui rem accepit: vterque igitur poſſidet, ſed diuerſa ratione. l. & habet. §. eum qui. infra de precar. Sicut accidit in poſſeſſione pignoris de qua iam diximus ad l. 1. §. per ſeruum. ſupra. Cum quis rem ſuam in pignus dat, ab vtroque intelligitur res poſſideri quæ pignori data eſt, ſed diuerſa ratione. Nam quantum ad vſucapionem attinet, poſſidet debitor: quantum ad alias cauſas creditor. Fieri ergo non poteſt vt ex vtraque cauſa dicamus poſſideri: dicamus vtrunque genus contractus valere & locationem & precarium. Quia repugnantia eſſent. Neceſſe ergo eſt dicere alterum tâtum valere. Sed vtrum valebit an precarium an conductio? Iuriſcôſul. ait, *Potius hoc procedere videbitur quod nouiſſime factum eſt.* Sicut diximus nouiſſima derogare prioribus. l. Pacta nouiſſ. de pact. Ita etiam hic dicitur propter veriſimilem contrahentium voluntatê. Si quis igitur precario rogauerit, deinde conduxerit, quia conductio poſterior eſt, precarium autem prius, facile videtur receſſum eſſe à precario. *Potius enim hoc* Huic ſententiæ contrarium eſſe videtur quod dicitur in l. 3. §. ex plurimis, hic. vbi dicitur, ex plurimis cauſis rem poſſideri poſſe. Idque variis exemplis demonſtratum eſt à nobis in eius loci explicatione. Si ex pluribus cauſis eadem res poſſideri poteſt, cur nô dicemus eum qui conduxit, & deinde precario rogauit, ex vtraque cauſa tenere? ſed quod dicitur in d. §. Ex plurimis, intelligendum eſt cum in illis pluribus cauſis nulla repugnantia, ſicut hic reperitur. Nihil prohibet quem eandem rem & pro emptore & pro hærede poſſidere: hæc enim repugnantia ſunt. Sed repugnantia ſunt valere precarium, & valere conductionem, eo enim animo eſt is qui rem locat vt ipſe tâtum poſſideat, non conductor. Contrarium eſt in precario. Huc pertinet quod dicitur in l. 6. infr. pro emp. Quod autem diximus de precario, intelligendum eſt niſi conuenerit, vt teneat magis quàm poſſideat: tunc enim ceſſat ratio propter quam dicimus vtrunque valere non poſſe: vt puta ſi conuenerit vt teneat tantum, vt moretur in fundo cuſtodiæ cauſa. *Quod ſi factum eſt, vtrunque procedit.* Huius probatio eſt quod reddit obſcuram lectionem, id eſt, ſi hoc conuenerit vt qui precario rogauit non poſſideat, ſed ſit in poſſeſſione cuſtodiæ tantû cauſa. Præterea id intelligendum eſt ſi conductio valeat, nam tunc diſtinctione iſta vtimur cum valet conductio. Si inutiliter contracta ſit conductio, tunc aliud dicendum erit. Vt puta ſi côductio facta ſit in vno nummo. Ficta enim & imaginaria conductio nulla eſt. l. ſi quis conduxerit. locati. Conductio nummo vno eſt genus loquendi I. C. Conducere nummo vno intelligitur is qui non habet animum conducendi: ſed dicis cauſa conuenit de minimo precio, vt videatur conductio eſſe quę non eſt, imago tantum eſt conductionis. Diximus heſterna die ſi quis precario rogauerit, deinde conduxerit, conductionem

Digitized by Google

ctionem valere,non precarium , quaſi poſteriori contractu à priore videatur receſſum eſſe, quod tamen diximus ita accipiendum eſſe ſi vtilis ſit locatio,ſi vtiliter contracta ſit. Nam ſi inutiliter contracta ſit locatio,idem dicendum non erit,vt puta ſi locatio facta ſit vno nummo. Locatio facta vno nummo locatio non eſt, imaginem tantum quandam locationis habet, & donationis inſtar inducit. Huc pertinet quod eſt in l.ſi quis conduxerit.locati. Is qui locat prædium ſuum exempli gratis,vno nummo,videtur de nummo paciſci, & conuenire vt videatur locatio eſſe quæ non eſt,ſicut apud Cice. cootra Verrem. Verrca dicitur imperaſſe cuidam vt vno nummo emeret. Sed obiicitur huic ſententiæ l.ſi vſusfruct.de iur. dot. vbi maritus vendit vxori dotem vno nummo:idque ex ſententia & conſilio iuriſperitorum. Si venditio dotis vno nummo facta valet,idẽ de locatione dicendum eſſe videtur:& tamen hic dicitur locatio facta vno nummo non valere. Pro explicatione huius nodi animaduertendum eſt hos actus imaginarios tunc admitti,cum id vtilitas exigit, ad quam omnia referenda ſunt quæcunque iure & legibus continentur. Aliàs hæ ſubtilitates fere reiiciuntur à iuris autoribus & contemnuntur. Sed pleraq; ſubtilitet inuenta & excogitata ſunt à iuris autoribus propter vtilitatam , quoties hæc ſubtilitas ad vtilitatem hominum ſpectat. In cæteris rebus vtiliter viſum eſt hoc admittere , vt exempli gratia, ſi quis locet vno nummo nulla neceſſitate aut vtilitate adactus. Nam ſi velit donare,liberum eſt ei donare,ſed in d.l.ſi vſusfruct.de iure dot, vtilitas magna verſatur:in ea enim lege quæritur de reſtituenda dote quæ in fructu conſiſtit. Si vſusfructus datus ſit in dotẽ marito ab extraneo,quomodo vſusfructus reſtitui poterit? Conſtat vſumfructum hærere in perſona fructuarij, à perſona fructuarij non ſeparatur. l.ſi vſus fr.4.inf.de nonat. Atq.ideo vſusfructuarius nõ põt alij cedere vſumfructũ niſi domino proprietaris.§.fini tur. Inſt.it.de vſufruct. extraneo cedere non poteſt: ſi non hæreret in perſona vſufructuarij id fieret cum incommodo proprietarij. Quia vſufructuarij morte finitur vſusfructus, & ad proprietatis dominum redit. Quæſtio igitur eſt de vſufructu reſtituendo, qui datus eſt in dotem marito ab extraneo. Difficilis eſt ratio huius reſtitutionis. Quomodo enim transferretur à perſona mariti io perſonam mulieris per ceſſionem? Nam cedi non poteſt niſi domino proprietatis, vt diximus. Quidam (inquit Iuriſconſultus) remedij loco introducendum hoc putauerunt , vt maritus vendat vno nummo vxori ſoluto matrimonio illam facultatem percipiendorum fructuum. Subtiliter hoc excogitatum eſt,quod id vtilitas & neceſſitas poſtularet,quamuis vera venditio non ſit,ſed imaginaria , & ſpeciem quandam & imaginem venditioni tantum habest. Placuit tamen, huiuſmodi venditionem in hoc caſu propter vtilitatem valere.

PAVL. LXV. AD EDICTVM.

L. 11. Iuſtè poſſidet qui,&c.

Breuis eſt aphoriſmus, *Iuſtè poſſidet qui autore prætore poſſidet.* Huic non diſſimilis eſt alius ſub titulo de reg. iur. l. qui autore iudice comparauit, bonæ fidei poſſeſſor eſt. Hæc autẽ reg. ſumpta eſſe videtur ex titu. vti poſſidet. & cum l.2. illius tit. vti poſſid. coniungenda: vbi diſputatio eſt de iuſta & iniuſta poſſeſſione. In illa l.2. vti poſſidet. dicitur,nihil referre in interdicto vti poſſ. iuſta,an iniuſta,ſit poſſeſſio aduerſus alios:nõ nocet ergo clam aut vi iniuſte poſſidere in interdicto vti poſſid. Niſi ſi quis poſſideat ab eo aduerſ° quem interdicto vult experiri. Paul. lib. 65. ad edict. de iuſta & iniuſta poſſeſſione diſſeruit , oſtenditque exemplis quæ ſit iuſta & iniuſta poſſeſſio. Et ait iuſta poſſidere eum qui autore prætore poſſidet , licet alias iniuſta dici poſſit poſſeſſio. Id variis exemplis demonſtrari poteſt, ego ex tantum referam quæ mihi priora eſſe videntur ad eius explicationam. Vnum eſt de eo qui poſſidet iubente prætora ex cauſa damni infecti vel alia ſimili,in l.ſi finita. §. Iulianus. de dãno infect. Si is cuius dominus vitioſa aſt aut ruinoſa , nolit vicino iubẽte prætora cauere damni infecti nomine, mittitur aduerſarius in poſſeſſionem eius domus cuſtodiæ cauſa. Deinde aduerſarius ob nimiam eius contumaciam ſecundo decreto prætoris poſſidere iubetur. Si quis ob hanc cauſam iuſſus ſit poſſidere domum autoritate prætoris,dubium non eſt quin is iuſtam poſſidẽdi cauſam habeat. *Nam iuſte poſſidet,* (vt ait Paulus) *qui autore pratore poſſidet.* Is qui officio prætoris ac autoritate iubetur poſſidere. hoc anim fit à Prætore,is iuſtus eſt poſſeſſor. Aliud exemplũ eſt in l. & generaliter. ad finem. de nox. actionibus. *Si iuſſu* (inquit) *Prætoris, &c.* Ago noxali actione ad damnum mihi iniuria datum à ſeruo aduerſus dominũ ipſius ſerui: dominus ſeruũ ſuum non defendit, prætor iubet ma hũc ſeruum ducere: ſeruum duco iuſſu prætoris, ſeruum iuſſu prætoris à me ductum poſſideo. *Iuſtam* (inquit Iuriſconſultus) *poſſidendi cauſam habeo.* Hinc igitur notandum eſt autoritatem prætoris iuſtum eſſe titulum ad vſucapionem. Cum dicitur in vſucapione iuſtum titulum eſſe neceſſarium , iuſtum titulum accipere debemus autoritatem magiſtratus, quia iuſte poſſidet qui prætora autore poſſidet. Non minus eſt hic titulus,quam titulus pro emptore,aut pro donato,aut alij huiuſmodi. Itaque ſi quis rem accepit ex hac cauſa , ſtatim acquirit dominium,ſi dominus fuerit is à quo res proficiſcitur, vel ſaltem in eum transfertur vſucapiendi facultas. d. l. ſi finita. §. Iulianus. Et hoc proprium eſt tit. qui iuſtus eſt vt dicitur in l. Claud. de contrahen. empt. Si rea mihi tradita ſit à domino,ſtatim in ma transfertur dominium:& ſi nõ fuerit dominus, iuſta tamen eſt poſſeſſio. Sic exẽplis illuſtratur regula noſtra: quæ exempla ad autoritatem prætoris pertinent , non iudicis. Paulus hic de prætore loquitur, *Iuſte poſſidet qui pratore autore poſſidet.* De ſententia igitur cuiuſuis iudicis dubitari poteſt. Quoniam certum eſt prætorem diſcerni à iudice. Apud iuris autores diſtinguũtur prætoriæ ſtipulationes à iudicialibus. l. 5. de verbor. obliga. Officium iudicis ab officio prætoris , vt ego alias demonſtraui ſub tit. da iuriſd. diſtinguitur. Prætor non dicitur iudicare nec ſententiam ferre, niſi interdum extra ordinem : iuſſus prætoris à ſententia diſtinguitur. l. Quod iuſſit. de re iudic. Decretum dicitur pronuntiatio prætoris,vel præſidis. l. Æmilius. de minor. l. nec quicquam. §. vbi decretum. de offic. procon. Sed an idẽ dicemus de ſententia iudicis? Nonne iuſtus eſt titulus poſſidendi? ego non dubito quin iudicis ſententia iuſtus titu. ſit. l. Pomp. §. ſi iuſſu. hoc titu. vbi id plenius dicemus. §. vltim. da offic. iudic. Sententia iudicis dicitur ius facere, quãuis forta ſit iniuſta. l. Cum putarem. fam. erciſc. Nihil refert, an iuſta, an iniuſta ſit ſententia, modo lata ſit ſeruato ordine iudiciario, modo cognoſcens iudex ritè pronuntiauerit. Nam alias ſentẽtia nullam firmitatem obtinet. l. prolatam. C. de ſent. & interl. Alia additur exceptio , niſi ſententia contineat iuris errorem expreſſum. l. 1. C. quæ ſent. ſin. appel. Si pronunciatum ſit da iure à iudice, ita vt expreſſus appareat error iudicis, dicitur ſententia nulla eſſe, ſed alias iniuſta ſententia ius facit, ideoque tribuit iuſtam cauſam poſſidendi. Ruſus addendum eſt , cũ

dicimus iuſtam eſſe cauſam poſſidendi, ſi quis autoritate prætoris vel iudicis poſſideat: hoc ita eſſe accipiendũ, ſi aduerſarius in poſſeſſionem inductus ſit autoritate prætoris vel iudicis. Non enim ſufficit magiſtratus aut iudicis pronunciatio: ſed oportet eum qui hanc ſententiam obtinuit, induci in poſſeſſionem à magiſtratu vel à iudice. Nec aliter accipienda videntur hæc verba, *Iuſte poſſidet qui aut præto. poſſid.* vel qui iudicis autoritate inductus eſt in poſſeſſioné, vel qué miſit prætor, non qui propter pronuntiationem iudicis vel prætoris propria autoritate occupauit poſſeſſionem. Sed de ſententia iudicis plenius dicemus ad l. Pompon. §. ſi iuſſu. infra hoc titu. Quæri ſolet, quid ſi ex falſa cauſa decretum prætoris ſit interpoſitum, vel res iudicata, ita vt appareat abreptum eſſe prætori, an tunc iuſte poſſideat is quem prætor induxit in poſſeſſionem? Magna hic eſt diſſenſio & opinionum varietas propter iuris varietatem. Exiſtimant pleri que non eſſe locum regulæ noſtræ, cum ex falſa cauſa decretum eſt interpoſitum. Alij diſtinguunt pronuntiationem prætoris à decreto, & adducunt l. Cum vero, §. ſubuentum. de ſtatulib. l. t. §. hæc verba. Ne vis fiat ei qui. in l. magis puto, de reb. eor. qui ſub tut. C. Sed hæ ll. non mihi videntur ad rem multum pertinere. Non enim dicimus decretum ob falſam cauſam interpoſitum per omnia vim & effectũ habere. Nos dicimus aũ qui hoc titulo nititur iuſtam cauſam poſſidendi habere: fieri poteſt vt res auferatur ab eo qui iuſtam cauſam habet poſſidendi. Sed de vi & effectu huius decreti, & autoritate prætoris hic in vniuerſum diſputare non eſt huius loci. Ego ſcio vt decretum prætoris valeat, vt vim & autoritatem communem habeat, multa eſſe neceſſaria. Cum quæritur de effectu huius decreti, opus eſt diſtinctione ſicut in d. l. cum vero. §. Subuentum. quæritur de fideicomm. lib. an fideicomm. libertas valeat, in l. magis puto. de reb. eorum. Quæritur de alienatione rerum quæ ad minores pertinent, an valeat alienatio? Non de eo non loquimur. Sed vtcunque diſputetur de aliis effectib⁹ huius autoritatis prætoris & hui⁹ decreti prætorij. Dubitãdũ tamẽ nõ eſt quin ſiue falſa ſit cauſa, ſiue vera, iuſta ſit cauſa poſſidendi, & facultas ſit vſucapiendi, translata in eum qui poſſidet, tanquam iuſtum titulum habeat.

IN TIT. III.
DE VSVRPATIONIBVS ET VSVCAPIONIBVS.

Titulus de acquirenda poſſeſſione huic eſt præpoſitus, quia vſucapionis præcipua cauſa eſt poſſeſſio. Hui⁹ aũt tituli de vſucapionib. ſunt duæ partes, altera de vſucapione, altera de vſurpatione. de quib. cũ ſeparatim ſit facilius dicere, de vſucapione primũ dicemus. Definitio vſucapionis eſt in l. 3. Cum quis dominiũ alicuius acquirit poſſeſſione tantũ & lõgo vſu, is dicitur vſucepiſſe: & hoc genus acquiſitionis dicitur vſu quia res capiatur. Et vſucapio recte dicitur, vt pignoris capio, vt ſcribit Gellius libro ſeptimo, capite 10. Introductum eſt autẽ hoc ius propter publicam vtilitatem, l. 1. hic. nec enim eſt iuris gentium, aut naturalis, ſed inter eas acquiſitiones quæ fiunt iure ciuili annumeratur. Non enim naturale eſt, & naturali æquitati conſentaneum quemquam fieri alieni incommodo ditiorem, l. iura naturæ. ff. de regul. iur. ſed propter vtilitatem publicam, vt diximus, introducta eſt huiuſmodi acquirendi ratio, vt ſcilicet certa eſſent dominia. Res enim eas, quarum eſt incertum dominium, facile deſerimus: quod ne fiat Reipub. intereſt. Præterea inducta eſt, vt eſſet litiũ finis. l. vſucapio. infra pro ſuo. Et recte Cicero vſucapionẽ periculi & ſolicitudinis litiũ finẽ appellat in Orat. pro Cæcinna. Et Iſocrates, Hæreditates

Vſucapere & vſucapio quid.

vſucapione confirmari, ait. At qui cum non naturalis aut iuris gentium ſit vſucapio, æquitatem in ſe aliquam habere quî fieri poteſt? Quid? an tantum rigore iuris nititur? Hæc quæſtio magni vſus eſt. quoties enim aliquid obſcuritatis accidit in legibus, id benignius & humanius explicari ſolet, ſi res æquitate nititur: cum autem res rigore iuris nititur, non tam fauorabiliter interpretamur. Vnde quæri ſolet an ſi iudex ex æquitate iudicare iubeatur, vſucapionis rationem ſit habiturus? In qua quæſtione diſtinctione videtur eſſe vtendum æquitatis. Æquitas enim eſt duplex, ciuilis & naturalis, vt intelligitur ex l. ff. ſi is qui teſta. l. bona fides. ff de bon. poſ. Æquitatem habet ciuilem vſucapio. Quid enim eſſet iniquius, quàm eum qui fundum emerit, nunquam compertum habere an ſit eius dominus? At contra obiicitur. Nouella de præſcript. centum annorum. vbi Iuſtinianus vocat impiam & improbam vſucapionis allegationem. Sed hæc Iuſtiniani Nouella, multis doctis viris ſuſpecta admodũ viſa eſt, & ſubreptitia videri poteſt, vt I. C. verba non ſint, quippe qui hoc modo loqui nõ ſoleat, ſed Pontificis cuiuſdã. Quæritur hic an idem ſit præſcriptio & vſucapio? Sed conſtat veteribus idem non fuiſſe: quod arguit titulorum diuerſitas: alius enim eſt titulus de præſcriptionibus. Præſcriptio autem nihil aliud eſt quam exceptio: niſi quod generalius eſt exceptionis nomen. Præſcriptio enim eſt temporis exceptio. His autem vocabulis vtuntur promiſcue I. C. vt oſtendit titul. de annal. except. Vnde conſtat diſtinctionem eorum eſſe ridiculam, qui dicunt præſcriptionem eſſe immobilium, vſucapionem vero mobilium. nam dicitur fundus vſucapi. l. 23. In definitione vſucapio dicitur *acquiſitio*, *vel.* quæ duo verba in codicibus Florentinis non ſunt: deinde ſequitur, *adiectio*, quod praua literarum iniectione videtur eſſe immutatum, vt legendum ſit, *adeptio dominij*, vt à Iuſtiniano in Inſtit. Deinde dicitur, *Per continuationem poſſeſſionis*. vbi enim deſiit poſſeſſio, deſiit & vſucapio. l. 25. hic. Additur in fine, temporis lege definiri. quodnam ſit tempus illud lege definitum, explicat Iuſtinianus Inſtit. de vſucap. §. 1. biẽnium in rebus mobilibus, in immobilibus longi temporis poſſeſſionem. Longam autem poſſeſſionem exponit decem annorum inter præſentes, inter abſentes viginti. Neque vero omnes cauſæ vſucapionis hac vna definitione continentur, quæ cum debeat eſſe breuis, tam multa complecti non potuit. Sed intelligendum vſucapi rem hoc modo, ſi in ea omnia præceſſerint ſine quibus non poſſit acquiri: titulus enim eſt legitima cauſa poſſidendi, tituli autem deſcribuntur in leg. 1. 2. 3. 7. ff. de publi. in rem act. Quod ſi quis rem ſibi legatam, donatam, venditam, quæ legata, donata, vendita nõ erat, exiſtimans, vtrum vſucapit? Dubitatum fuit de hac re apud veteres: ſed tamen conſtitutum eſt tum nullum eſſe vſucapioni locum, cum titulus eſſet nullus, leg. 2. infra pro emptore. leg. 6. infra pro derelicto. quod tamen cum huiuſmodi exceptione eſt intelligendum, niſi ſit error iuſtus, l. quod vulgo. infra pro hærede. nam ſi iuſtus eſt titulus, error poſſidentis nunquam nocet vſucapienti, leg. nunquam in vſucapionib. §. vltim. hic. Quod ſi ſanæ mentis non fuerit venditor, eritne iuſtus vſucapiendi titulus? nam cum venditio ſit titulus, venditio autem nulla ſit, ſequitur, vt titulus quoque nullus videatur. ſed eſt receptum locum eſſe vſucapioni, leg. pignoris. §. cum qui. leg. 4. ſi à pupillo. Si à furioſo autem non licet, antinomia erit de publiciana act. leg. 8. vbi ait I. C. ei qui à furioſo emit, cum non putaret eum furere, publicianam actionem dari. Sed reſpondendum eſt locum non eſſe actioni publicianæ, ne vſucapioni quidem, ſummo iure, ſed vtilitatis cauſa eam dari: vel non dari huiuſmodi actionem contra furioſum venditorem:

Æquitas duplex.

Præſcriptio & vſucapio quid.

rem, ſed contra extraneum. Bona fide igitur eſt opus ad vſucapiendum: bonæ fidei autem quid ſit, vide leg. bonæfidei. de verb. ſignificat. exempla ſunt in leg. poteſt. & in leg. ſi fur. Malæfidei poſſeſſor eſt is qui non ignorat eum, qui vendidit, dominum non eſſe, aut ius non habere, leg. ſi quis ab alio. hic. l. qui fundum. §. qui ſciens. pro empt. Hic quæritur, ſi is qui bona fide emit, vel rem ab alio accepit, cœperit eſſe malæfidei, an poſſit vſucapere. Reſpondeo initium eſſe ſpectandum poſſeſſionis, vt in l. iuſto. §. etſi poſſeſſio. Et in vetere iure pontificio in canon. placuit. quæſt. 3. Sed quæro, an initium contractus ſit inſpiciendum, an vero traditionis, & bonafides vtriuſque temporis conſideranda ſit, vt in leg. pro empto. ff. pro empto. & l. 3. pro ſolut. vbi aperte ponitur differentia inter contractus conuentionis, & alios. Quod autem dicitur in leg. ſi aliena. traditionis tempus eſſe ſpectandum. hoc ſic eſt accipiẽdum cum comparatione non ſolum emptionis, ſed & traditionis: quod etſi paulo durius videatur, tamen ex aliis locis ſic eſt intelligendum. ſumptus eſt enim hic locus ex leg. 7. de public. in rem actio, qui ſi coniungatur, ſenſus erit clarus & integer. Quod autem dicitur bonam fidem in initio ſufficere, hoc intellige ex iure pontificio, vt capit. vlti. de præſcriptio. Hæ ſunt cauſæ vſucapionis, ſine quibus non poteſt vſucapi. Proximus locus eſt de rebus, quæ vſucapi poſſunt. *Res quæ vſucapi poſſint.* In primis quæritur de rebus incorporalibus an poſſint vſucapi, leg. vſucapionem. dicitur autem vſucapionem non recipere, in l. ſeruus. de acquir. rer. dom. Exemplum eſt in ſeruitutibus, leg. ſi aliena. §. ex hoc iure. & leg. ſeruitutes ſupra de ſeruit. ruſt. præd. nec obſtat huic ſententiæ lex, 4. §. vltim. & lex, ſi ædes. §. vlti. de ſeruit. verborum. præ. Nam hęc dicuntur mero iure, quod ſeruitutes vſucapi non poſſunt, quia non poſſunt poſſideri: ſed iure ciuili vt quaſi poſſidentur, ſic & quaſi vſucapiuntur, & ab hac iuris ſubtilitate propter vtilitatem eſt deflexum, & damus ei actionem l. quoties. de ſeruit. & l. ſi quis diuturno. ſi ſeruit. vind. Nam vetuſtas poſſeſſionis vicem legis habet. leg. 1. ſupra de aqua & aqua pluuia arcend. Itaque datur actio vtilis quaſi in rem. Nec enim eſt ſeruitus, ſed quaſi ſeruitus: qui locus magis proxime conuenit cum leg. ſi quis diuturno, quæ adhibenda eſſe videntur ad finem leg. 1. quia vtraque eſt ex lib. 53. ad edictum. De hac ſeruitutis acquiſitione locus eſt in leg. 1. & 2. C. de ſeruit. & aqua. Idque generaliter de omni ſeruitute eſt accipiendum, ſiue vt alii diſtinguunt, continuam cauſam habeant, ſiue non, vt intelligi poteſt ex leg. vlt. de præſcript. longi temporis. Hic alia quæſtio erit, de reb. quæ non ſunt in hominum commerciis, vt res ſanctæ, ſacræ, religioſæ, publicę: addidit autem ciuitatum, ne de rebus populi Romani publicas tantum, dicere crederetur. Nam cæteræ res ciuitatum priuatę cenſebantur. Publicæ res duobus modis dicuntur: aliquando enim appellantur res illæ, quæ ſunt in patrimonio ciuitatis, quæ vendi & alienari poſſunt, & in ſtipulationem deduci. aliquando ſignificantur res quæ ſunt in perpetuo & quotidiano vſu ciuitatis, vt campus Martius. l. in ſtipulantem. §. ſacram. de verbor. obligat. Similis locus in leg. cum ſponſus. §. ſi res. ſupra de public. in rem act. quas tamen res qui prætore auctore poſſidet, vſucapere videtur poſſe, l. ſi finita, §. ſi de vectigali. Qui tenet domum vectigalem, non eſt dominus, & tamen datur actio vtilis.

Alia quæſtio eſt de locis gentium publicis in l. præſcriptio. hoc titulo: vbi occurrit antinomia ex l. ſi quiſquam. de diuerſ. & temp. præſcript. quæ adeo difficilis & obſcura viſa eſt, vt quidam addiderint negationem. Cum ſic reſponderi poſſit, eum qui longo temporis ſpatio locum piſcandi in diuerticulo tenuerit, aut caſam in littore poſſederit, quatenus occupat, poſſe alium prohibere. at ſi deſierit, non poſſe. Quod ſignificare videtur Vlpianus, cum dicit quod ita procedit. Ita vt hæc l. non quiſquam, cum hac exceptione ſit intelligenda. vt videre licet ex leg. in tantum. de rerum. diuiſ. vnde videtur deſumpta lex, ſi quiſquam. *Ad obtinenda.* hæc verba ſignant dominium, vnde apparet, quod dici ſolet vrbs Venetorum ſi euerteretur, à quouis iuſte poſſideri poſſe, cum in mari ſita ſit quod iure gentium commune ſit. Sed quæritur de iure & rebus fiſci, an vſucapi poſſint? Quæſtio eſt in l. quamuis. ad quam eſt reſpondendum, vſucapi non poſſe, vt dicitur in tit. de reb. fiſci, quod intelligendum eſt de rebus, quæ fiſco iam ſunt acquiſitæ & incorporatæ. De actionibus autem, quæ fiſco competunt, hæc intelligi non poteſt. Nam aduerſus actiones fiſci eſt præſcriptio 20. annorum, l. in omnib. de diuerſ. & temp. præſcript. ſed hęc diſputatio non eſt huius loci: ad hunc locum pertinent res furtiuę & vi poſſeſſę, de quibus dictum in l. 4. §. quod autem. & in leg. Pomponius. §. cum quis. de acquir. poſſ.

Proximus eſt locus de perſonis, quæ poſſunt vſucapere, de quibus pauca ſunt dicenda: quia ſi nouimus, qui poſſint poſſidere, nouimus & qui poſſunt vſucapere, de quibus in l. ſequitur. §. 1. & leg. iuſto. §. cum qui de tempore. *Qui poſſint vſucapere.* deinde agendum eſt ſecundum ordinem à Paulo propoſitum in leg. 4. dicitur enim in definitione, *temporis lege definiti.* Ac tempus quidem illud tempore horum I. C. ex quorum ſcriptis Pandectæ ſunt compoſitæ. erat vnius anni in mobilib. biennii in immobilibus, vt docet Iuſtinianus in Inſtitut. & tit. Codic. de vſucap. Sed mutata eſt ratio temporis per Iuſtinianum, & pro anno in mobilibus triennium, in immobilibus pro biennio, decennium inter præſentes, vicennium inter abſentes. Poſtea vero inuecta eſt triginta annorum præſcriptio, quæ viſa eſt condocere, propterea quod vtile non ſit, ei qui iuſtum titulum, vel iuſtam cauſam habet, rem per tres annos poſſeſſam adimere, leg. ſicut. Codic. de præſcript. 30. annorum. Hinc quęſtio oritur, quomodo annus ſit computandus, quæ eſt in l. vſucapione. de diuerſ. tempor. pręſcript. vbi dies poſtremus cœptus habetur pro completo, in leg. ad remp. infra de munc. & honor. Aliquando dies totus cedit vt in fauorem minorum, leg. denique. §. minore. ſupra de minoribus. in iis enim æquum eſt diem numerari à momento ad momentũ, vt in pręſcriptionibus numeramus à momento ad momentum. vt dicitur in leg. in omnibus. infra de oblig. & actio. & hæc ita diſtinguenda ſunt. de quibus in leg. à qua ætate. ſupra de teſtam. Præterea animaduertendum eſt, vt continuum ſit tempus poſſeſſionis ad vſucapionem, l. nunquam. §. in vſucapionibus. Non eſt tempus vtile, ex quo remouentur dies nephaſti. Ad vſucapionem nobis prodeſt acceſſio, de qua eſt dictum in leg. Pomponius. infra de acquir. poſſeſſ. Poſtremo vacuum tempus, quo nondum adita eſt hęreditas, accedit, vt in leg. nunquam. §. vacuum. effectus autem vſucapionis eſt maximus, id eſt, dominij adeptio, vt conſtat ex vſucapionis definitione, hic. Vulgo quæritur, an verum dominium vſucapione acquiratur? Et res mobiles quidam & immobiles diſtinguunt: ſed ante dictum eſt veriſſimũ, iuſtiſſimúmque dominium acquiri non tantum in mobilibus, ſed & in mobilibus tempore à legibus definito poſſeſſionis: & ſtultum eſt, quod quidam dicunt, vſucapionem eſſe mobilium, pręſcriptionem verò immobilium, cum ſępe res immobiles vſucapi dicantur à Iuſtiniano, & Pandect. compoſitorib. vt in l. eum qui ędes. Itaque non ſolũ exceptio, ſed & dominiũ acquiritur per vſucapionem. Huc pertinet lex, ſi conſtitutio. de vſucap. transfer. Nam ſi antiquo iure acquirebatur dominium rei cuiuſque ſiue

mobilis ſit ſiue immobilis, anno, vel triennio, vt conſtat ex Inſtitutionibus, cur non & triennio & decennio, vel 20. annis, in quæ tempora transformata eſt vſucapiendi ratio? Vnde veteres dicebant rem vſu mãcipari, id eſt, vſucapi. Horatius:

Quædam ſi credas conſultis mancipat vſus.

Poſtremus locus eſt, De vſurpationibus, de quo titulus eſt coniunctus cum tit. de vſucapionibus: vnde apparet differre vſucapionem ab vſurpatione: quamuis in quibuſdam codicibus legatur, ſeu vſurpat. Vſurpatio autem definitur l. 2. hoc tit. verbum autem hoc, vſurpari, ex duodecim eſt tabulis translatum, vt docet Gellius lib. 3. c. 2. Diſputatio autem de vſurpatione maxime ad hunc locum pertinet, quia continua debet eſſe poſſeſſio cum vſucapione. Itaque videndum eſt, quibus ex cauſis interrumpatur poſſeſſio & vſucapio. Duplex eſt interruptio, naturalis & ciuilis. l. naturaliter. naturalis eſt, cum quis amittit poſſeſſionem, vt enim nihil eſt tam naturale quam poſſidere eum, qui inſiſtit, ſic eſt naturale interrumpi poſſeſſionem cum vi deiicitur. Exemplum vnũ eſt in l. naturaliter. Quod cum hac exceptione eſt intelligendum, ſi is qui deiicitur, animum poſſidendi deponat & abiiciat. In hac l. notãda eſt noua huius vocis, *aduerſus*, ſignificatio quæ ſit in iure pro, ſecundum leges vt & ſæpe apud Senecam obſeruaui.

Aliud exemplum huius interruptionis eſt in l. & à quo. Rarum autem eſt quod in eo exemplo dicitur, vt is qui dominus non ſit, locet domino. Simile exemplũ in l. ſi aliquam rem. ſupra de acquir. poſſ. in l. ſi is qui pro emptore. Quæſtio eſt, an poſſeſſio per captiuitatẽ eius, qui poſſidebat, reſtituatur per ius poſtliminij. Dubitatum fuit olim apud veteres, vt ex hac l. & ex l. in bello. § facti. infr. de capt. & poſtlim. reuerſ. hic autem videtur Paulus opiniones tantũ referre & non definire. quamuis Iuliani ſententiam probet, in d. l. in bello. Pro huius autem legis interpretatione eſt aduertendum, captiuitate amitti poſſeſſionem, quod exprimitur apertiſſime in l. cum hæredes. §. 1. infr. de acquir. poſſ. dummodo is, qui eſt captus, per ſe poſſideat. Nã ſi per ſeruum aut filiumfam. ex cauſa peculiari poſſidet, etiam ignarus poſſidere poteſt, vt dixi in l. peregre. infr. de acquir. poſſ. & ſatis expreſſum in l. iuſto. § vult.

Alia eſt cauſa, ſi per ſuũ ſeruũ dominus, aut per filiumfam. pater non poſſideat. Sed quæſtio eſt an reſtituatur poſſeſſio poſtliminio. Certum eſt poſſeſſionem quam quis per ſe habuit, ita amitti, vt nullo iure reſtituatur, vt dicitur in l. denique. ex quib. cauſ. maior. quia poſſeſſio multum facti continet. Cauſa vero facti non continetur poſtliminio. Quare ea, in quibus fuit factum neceſſarium, iure poſtliminij non reſtituuntur, vt in poſſeſſione. Quod autem autem attinet ad dominium reſtituitur, l. bona. §. pen. de capti. & poſtlim. reuerſ. Primo ſequenda eſt lex, in bello. §. factæ. cum. l. iſta. Si quis pro emptore, conferenda. Nam in illa Tryphoninus ſententiam Pauli interpretatur: hic autem explicantur opiniones Iuliani & Marcelli, vbi diſputat Marcellus, & oſtendit captiuum vſucapere poſſe iuſto titulo poſſideri cœptam, & ad hæredes mortuo captiuo peruenire hæreditatem non aditam. Hæres vſucapit, quamuis non poſſideat, nec interrumpitur poſſeſſio, quia hæreditas vice perſonæ fungitur. Quid igitur nouum ſi captiuitate durante vſucapio cœpta procedat? ad cuius legis finem vulgo legitur, nõ habere, quæ lectio repudianda eſt. nec enim conuenit Marcelli ſententiæ, vt merito Accurſio ſuſpecta ſit, qui & in quibuſdam legi ſignificat ſine negatione: & quod teſtatur Alciatus, quæ lectio mihi magis probatur. Sunt & alia exempla, velut in l. non ſolũ. § qui pignori. & ſeq. Hic quæritur, an rerũ miſtura vſucapionem interrumpat. Exemplum eſt, ſi tegulæ, quas quis vſucapere cœpit, in ædificium aliquod coniectæ fuerunt, & interrumpatur. Dubitatio hinc profecta videtur, quia qui domũ poſſidet, nõ poſſidet tegulas, parietes, trabes & reliquas res ſingulas, l. cũ qui ædes. Si igitur qui ædes poſſidet, tegulas non poſſidet, quomodo vſucapiet? iure enim ciuili vſucapi non poſſunt, ſed vtilitatis cauſa ab illa iuris ſubtilitate eſt receſſum, nec miſtura hujuſmodi interrumpit vſucapionẽ l. rerum miſtura. neque enim eſt nouum cœptam vſucapionem perfici, etſi res à nemine poſſideatur. Nondum. n. aditæ hæreditati tempus vſucapioni eſt datũ, vt dicitur in l. nunquam. §. vacuum & l. iuſto. § nõdũ. Et hæc de naturali poſſeſſionis interruptione. Altera quędã eſt interruptio quæ ciuilis appellatur, à naturali diſtincta, vt ea quæ fit per litis conteſtationem, vt dicitur in l. nemo. C. de acquir. poſſeſ. & l. moræ. C. de rei vendicat. l. ſicut. de præſcript. 30. vel 40. anno. Per denuntiationem quoque interrumpitur vſucapio, l. vt perfectius. C. de annali except.

IN EVNDEM TITVLVM EIVSDEM DVARENI ALTER COMMENTARIVS.

HVius tituli duæ ſunt partes, vna eſt de vſucapionibus, altera de vſurpationibus: de vtraque dicemus ſeparatim. Primum de vſucapionibus. In hac diſputatione de vſucapionibus princeps quæſtio eſt: quid ſit vſucapio. Itaque ab ea exordiemur.

Quid ſit vſucapio.

Cap. I.

VSucapionem definit Modeſtinus in l. 3. huius tituli hoc modo, Vſucapio eſt acquiſitio, vel adiectio dominij per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. *Vſucapionis definitio.* Cum quis acquirit dominium rei alicuius poſſeſſione tantum in ipſum translata propter longam poſſeſſionem, propter longum vſum, is dicitur rem vſucepiſſe, hoc genus acquirendi dicitur vſucapio. Dicitur autem vſucapio, quia vſu, id eſt, poſſeſſione res capi & acquiri dicitur. *Cur vſucapio dicatur.* vnde Gellius lib. 7. c. 10. ait, ſicut pignoris capio dicitur à capiendo & à pignore, ita dicitur vſucapio, quia res capitur vſu. Et certum eſt, ſi is, qui mihi tradit rem non ſit eius dominus, dominium in me non transferri. Nemo enim plus iuris in alium transferre poteſt, quam habet. l. nemo. de reg. iuris. Sed ſi continuetur poſſeſſio, dominium poſſeſſioni accidit & adiicitur. Hoc genus acquirendi dominij introductum eſt iure ciuili propter bonum publicum, propter vtilitatem publicam. Numeratur inter eas acquiſitiones, quæ ſunt iuris ciuilis, non gentium, non naturalis. §. vult. Inſt. de vſu & habitat. vbi Iuſtinianus ait ſe tranſire ad eas acquiſitiones, quæ ſunt iuris ciuilis, poſtquàm diſputauit de his, quæ ſunt iuris gentium: incipit autẽ ab vſucapione. hoc igitur genus acquirendi nõ eſt iuris gentium naturalis. Imò videtur hoc genus acqirẽdi alienum eſſe à ratione & æquitate naturali. Nã æquitati naturali conueniens non eſt, aliquem fieri locupletiorem cum incommodo alterius, vt dicitur in l. iure naturæ de reg. iur. & leg. nam hoc natura. ſupra de condict. indeb. Sed cum publica vtilitas id exigit, id viſum eſt maxime ad bonũ publicũ pertinere, vt docet Caius in l. 1. hic. *bono publico*, inquit, *introducta eſt vſucapio.* Publice expedit dominia rerum incerta non eſſe, res quarum domi-

nium incertum eſt nobis, an domini ſimus facile eas res negligimus, quod maxime contrarium eſt publicæ vtilitati, ne dominia rerum incerta ſint. Ideo introducta eſt vſucapio, non nihil repugnante iure naturali propter bonum publicum.

Ius ciuile non per omnia naturali ſeruit.

Non per omnia ius ciuile naturali ſeruit, ſicut non per omnia ab eo recedit. l. ius ciuile. 6. ſupra de legibus. Si locus non eſſet vſucapioni, incerta eſſent rerum dominia. Cum quis mihi vendit rem aliquam, incertum eſt mihi, an ſit dominus. Atque ideo Cicero pro Cecina vocat vſucapionē finē periculi, & ſolicitudinis litium.

Vſucapio finis litium & quomodo.

Nam poſt vſucapionē nullum eſt amplius periculum ne res poſſeſſori auferatur à domino. Eodem pertinet quod ait Neratius in leg. vlt. infra pro ſuo, conſtitutam eſſe vſucapionem, vt aliquis eſſet litium finis, *Conſtituta*, inquit, *vſucapio, vt aliquis litium finis eſſet.* Inde quæri vulgo ſolet, an æquitatem habeat vſucapio, an vero rigore tantum iuris nitatur? Quæſtio hæc inutilis non eſt, ſed magni vſus. Ea quæ æquitatem habent, nos quoties aliquid obſcuritatis accidit, plenius, benignius & fauorabilius interpretamur: quæ autem nituntur aliquo rigore iuris contra interpretamur, non tam benigne, non tam plene, non tam fauorabiliter. l. quod vero. de legib. Ideoque vtile eſt inquirere, an vtilitatem, an æquitatem habeat, an vero contra tenorem rationis introducta ſit vſucapio. Et ſpecies eſt vulgo agitata. Si iuſſus ſit iudex, aut arbiter iudicare ſecundum æquitatem, an debeat habere rationem vſucapionis? Controuerſia eſt de re aliqua inter duos, datur iudex, qui iubetur iudicare ſecundum æquitatem, domino vindicat rem ſuam aduerſarius allegat vſucapione factam eius eſſe, ſe neſcire an tradentis fuerit, ſed ſe vſucepiſſe, an huius vſucapionis habenda ſit ratio in eo iudicio, in quo æquitati tantum locus eſt, in quo iudex ſecundum æquitatem iudicare iubetur? In hac quæſtione mihi videtur diſtinctione vtendum eſſe æquitatis, quam ego alias declaraui, ad leg. 1. in Commentariis, de pact. Deſcripſi duplicem eſſe æquitatem: naturalē & ciuilem.

Duplex æquitas.

Naturalis æquitas diſtinguitur à ciuili in leg. 1. ſi quis teſta. liber. Cum de æquitate diſſerimus, nō tantū eā æſtimare debemus ex præceptis naturalib. ſed etiā ex ciuilib. ſi eā ex præceptis ciuilib. nō æſtimaremus, ſed merū ius tātū gētiū ſpectaremus, magna eſſet iniquitas. l. bona fides. depoſiti. itaque non dubito quin recte dicatur vſucapio habere æquitatem ciuilē, quamuis nonnihil recedat à ratione naturali.

Vſucapio habet æquitatem ciuilem.

Quid enim iniquius eſſet, quam eum, qui emit rem aliquam, nunquam poſſe dominij ſui certitudinem aliquam habere, nunquam poſſe compertum habere ſe dominū eſſe rei, quam emit iuſto titulo? Sed nobis obiici ſolet Nouella Iuſtiniani de præſcriptione centum annorum contra Eccleſiam Romanam. Auctor eius cōſtitutionis de ea præſcriptione loquens, vocat *impiā allegationem, impium præſidium.* Hoc multo maius eſt, quam ſi diceret rigidum & durum hoc eſſe. Ecce ego quodam in loco dixi ex ſententia virorum iuriſprudētum, ſuppoſititiam eſſe eā conſtitutionem. Nā nec hodie reperitur in Codice Græco: & illa verba hoc ſatis arguunt, verum eſſe. Videtur hoc genus loquendi alicuius pontificia, non Iuſtiniani, aut Iureconſulti alicuius: nec recte nec vere impium dici debet præſidiū vſucapio. Illa igitur conſtitutio tanquā merito ſuſpecta & ſuppoſititia parū nos mouere debet. Vſucapio igitur eſt acquiſitio dominij, & cæt. Quæritur, an idem ſit præſcriptio & vſucapio? Videtur quibuſdam idem eſſe, & quod dicimus vſucapionem, barbari homines in foro præſcriptionem dicunt. Sed certum eſt apud veteres differre præſcriptionem ab vſucapione. Id in primis arguit titulorum diuerſitas.

Quid præſcriptio.

Præſcriptio apud iuris auctores nihil aliud eſt, quàm exceptio. Titulus inſcribitur de exceptionibus, & præſcriptionibus & præiudiciis, niſi quod exceptio generale nomen eſt. Titulus de diuerſ. & tempor. præſcript. ſequitur titulum de exception. Cum res ab aliquo vindicatur, is opponit exceptionem temporis, allegat ſe lōgo tempore eam rem vſucepiſſe, atque ita eius dominium ſibi acquiſiſſe. Sic accipitur fere præſcriptio. Vt præſcriptio fori eſt exceptio fori, quam declinatoriam vulgo dicimus in l. vltim. de exceptio. dicitur moratoria in leg. penult. Cod. eodem. leg. quia litis. de exceptio.

Exceptio moratoria.

Is qui allegat ſententiam latam eſſe ex falſis inſtrumentis, præſcribere dicitur, & ſic exceptione & præſcriptione vtuntur promiſcue Iuriſconſulti. Id oſtendit titulus de annali exceptione. Annalis exceptio eſt præſcriptio temporis: ſic dicitur longi temporis præſcriptio in leg. ſi quis emptionis de præſcriptio. 30. annorum. Male igitur dicunt, & ſentētia eorum eſt explodenda, qui putant vſucapionem eſſe rerum mobilium, & præſcriptionem immobilium. Vſucapio eſt tam rerum mobilium, quam immobilium. Definitio Modeſtini ad omnes res pertinet. Et in leg. qui ædes. hic dicitur fundus vſucapi. Vſucapio igitur, &c. Melius, eſt, vt ſingula verba huius definitionis breuiter & ſummatim explicemus.

Explicatio definitionis vſucapionis.

Dicitur adiectio dominij, in quibuſdam libris, & hæc eſt Florentina lectio: in aliis legitur acquiſitio. Neutra lectio quicquam abſurdi, aut incommodi habet. Recte dicitur acquiſitio. Acquiritur dominiū vſucapione. l. traditionib. C. de pactis. dicitur etiā non malè adiectio dominij. Nā dominiū poſſeſſioni lōgi temporis accedit. Sed diu nō eſt, quod admonui hūc locū mihi ſuſpectū eſſe, & dixi legendū eſſe adeptio. Facilis eſt lapſus Monet me, quod Vlpian⁹ in Inſtitutionib. hoc verbo, adeptio, vtitur, ſed hoc nō eſt magni momēti. hic rudis ſufficit verborū explicatio. Alias quæſtiones, quæ hic tractari ſolēt, ſuo loco tractabimus. Primū igitur poſſeſſio, deinde cōtinuatio poſſeſſionis. Poſſeſſionē neceſſariā eſſe docet Iuriſcōſult⁹ in l. ſine poſſeſſione. 25. hic. Eſtq; hoc diligēter notādū, quod etſi videatur leue eſſe, tamē eſt magni momēti: ex eo enim multa colliguntur, de quib. poteſt eſſe cōtrouerſia & dubitatio. Quoties ergo deſiſtit poſſeſſio, dicēdū eſt vſucapionē ceſſare. Ad quā rē magnopere vtilis eſt ſuperior diſputatio de poſſeſſione, ideoq; antecedit titulus de acquirenda poſſeſſione hūc titulū. Nā ſi nō intelligamus, quomodo quæq; res poſſideatur, nō poterim⁹ intelligere quādo quæq; res vſucapta ſit. Ego hic attingā tantū ea exempla, quæ reperiūtur ſub hoc titulo pertinētia ad poſſeſſionē. In his exēplis quæritur an is, qui vſucepit, poſſideat, an nō poſſideat. Et ſic argumētantur Iuriſcōſulti: Res poſſeſſa non fuit, ergo vſucapta nō fuit. Vnū exemplum eſt in l. ſi fur. 32. §. vlt. hoc tit. hunc locū nos ſupra attigimus ſub titul. de acquir. poſſeſſ. ad leg. 3. §. 1. vbi diximus incertam partē fūdi poſſideri nō poſſe. Addit Iuriſcōſultus mera ſubtilitate non poſſideri, quia hic ſequimur meram ſubtilitatē iuris. Hic adhuc ſuperſunt reliquiæ veteris ſubtilitatis in acquirenda poſſeſſione, vt admonui in l. 3. §. 1. de acq. poſſ. Dixi vtilitatis gratia receſſum eſſe à ſubtilitate iuris, vt exēpli gratia: Cū quis vult acquirere poſſeſſionem fundi, non eſt neceſſe in ſingulas glebas circūambulare: id vtilitatis cauſa contra ſubtilitatē receptū eſt. In his autē, in quibus nō videtur magna vtilitas eſſe, in quibus Iuriſcōſultis viſum eſt vtilitati publicæ ſatis cōſultum alioqui eſſe remāſerunt ſubtilitates veteris iuris. Et ideo hic Iuriſconſultus ait, *Mera ſubtilitate, & cæt.* Non oportet igitur dicere: ergo ſecta eſt de æquitate, vt hic Accurſius ait.

Aliud exemplum eſt in l. eum qui 23. hic. vbi quæritur de vſucapione, & poſſeſſione domus, Si quis mercatus

8

Digitized by Google

ſit domum aliquam, is non dicitur ſingulas res, quibus domus conſtat poſſidere, ſed dicitur domum ipſam poſſidere. Aliud eſt domus quam ſingulæ res, ex quibus conſtat, puta lapides, cæmenta. Nam domus vniuerſitatem quandam ſignificat, vt hic Iuriſconſultus ait. Et ſi dicamus poſſideri res ſingulas ab eo qui domũ emit, inde multa conſequũtur abſurda. Nã hæ res quę mobiles ſunt, puta lapides, cęmẽta vſucaperẽtur breuiori tempore, quam ſolũ, q̃ eſt etiam pars domus, & abſurdum eſt, vt eadem domus diuerſis temporibus vſucapiatur. Aliud exemplum eſt in poſſeſſione pignoris in l. ſerui nomine. 16. & leg. pignori. 13. hic. Hæc quæſtio ſæpe à nobis tractata eſt de poſſeſſione pignoris, vter poſſideat pignus an debitor, an creditor: ſequenda diſtinctio quã tradidi ad l. 1. §. per ſeruum pignori. ſupra de acquiren. poſſeſſio. poſſidet vterque diuerſa ratione. Poſſidet debitor quantum ad vſucapionem attinet: quantum vero ad alias cauſas creditor. Ratio huius iuris à me tradita eſt ad leg. 1. §. per ſeruũ. 58. Deinde dicitur in definitione noſtra *per continuationem*. Acquiritur hoc dominiũ, de quo loquimur, non tantum de poſſeſſione, ſed etiam de continuatione. Non ſufficit poſſidere, ſed oportet poſſeſſionem continuatã eſſe. Hinc dicitur interruptionem ſiue vſurpationem nocere vſucapioni, vt in leg. naturaliter. Iuriſconſul. vſurpationem, vſucapionis interruptionẽ vocãt, vt leg. 2. hic. ſed de hac vſurpatione nos ſuo loco dicemus. Nam commodius eſt ſeparatim tractare de vſucapionibus, & de vſurpationibus.

Præterea dicitur in definitione, *temporis lege definiti*. Tempus lege definitum quod ſit, docet Iuſtinianus in Inſtitutionibus ſub titul. de vſucapion. in princip. & videtur hæc verba vt vere dicã quod ſẽtio, Iuſtiniani eſſe, vel Triboniani potius, quam Modeſtini ipſius *temporis lege definiti*. Mouet me, quod Vlpianus in Inſtit. & Paulus in ſententiis dicunt vſucapionem eſſe adeptionem dominij per cõtinuationẽ poſſeſſionis anni, vel biennij. Nã iure veteri ante Iuſtinianũ in rebus mobilibus annus erat definitus, in rebus immobilibus biẽniũ. Sed hoc ius antiquũ ab Imperatoribus emendatũ eſt, extat titulus in Codice Iuſtiniani, de vſucapionb. transfer. ad quem titulũ referuntur verba Iuſtiniani temporis lege definiti. Vnde abſurda eſt differẽtia inter res mancipi, & res nõ mãcipi. Non enim in vſucapione differentia erat inter res mancipi, & res non mãcipi. ſed de his dicemus ſuo loco. Erit enim proprium caput de tẽpore, quo res vſucapitur. Sufficit breuis hæc & rudis verborum declaratio huius definitionis, quę tradita eſt à Modeſtino in hac l. 3. ex qua definitione colligi poſſunt, quę neceſſaria eſſe dicãtur in vſucapione, ſiue quę ſint cauſa vſucapionis.

Quæ neceſſaria ſint ad vſucapionem.

Cap. II.

POſſeſſio in primis neceſſaria eſt in vſucapione. Deinde cõtinuatio poſſeſſionis, pręterea tempus quod lege definitũ eſt. Nõ tamẽ omnes cauſę continẽtur hac definitione, nec etiã fuit propoſitũ Modeſtini, qui definiebat vſucapionẽ, vt omnes cauſas cõplecteretur. Hæ cauſæ reſpiciũt effectũ, ne quis miretur nullã hic fieri mẽtionẽ tituli, nullã etiã bonę fidei. Oportet definitionẽ eſſe breuẽ deſcriptionẽ & declarationẽ rei, quæ definitur. Cum ergo quæritur de cauſis vſucapionis, qui proximus eſt locus præter ea, quæ diximus, neceſſarius eſt titulus, id eſt, iuſta cauſa poſſidẽdi: Iuris auctores titulũ vocãt, ex quo dominiũ acquireretur, ſi tradẽs dominus eſſet: ſine hoc titulo nõ procedit vſucapio, vt dicitur in l. vlt. C. de vſucap. pro hærede. Veræ cauſæ poſſidẽdi, ex quib. res vſucapitur variis in locis huius tituli deſcribũtur. veluti in l. 3. §. genera ſupra de acquirẽd. poſſeſſio. Tituli ſunt ſpeciales de his cauſis, qui ſequuntur. Deſcribuntur etiã in l. 1. 2. 3. de public. in rẽ actio. & in leg. 7. eodẽ. vbi dicitur: ex quibus cauſis competit publiciana actio, vſucapioni locũ eſſe, ſi cõtinuata fuerit poſſeſſio tẽpore lege definito. Addẽdum eſt, tunc etiã iuſtã eſſe cauſam poſſidẽdi cũ res aliqua per ſentẽtiam alicui adiudicata eſt, vt docuimus ad leg. iuſte poſſidet. ſupra de acq. poſſ. Et locus vnus eſt de hac re in l. ſi per errorẽ. hic. Alius ſimilis locus eſt in l. 7. in princip. de publiciana in rem actione. Quid ergo, dixerit aliquis, ſi quis putet ſibi legatam eſſe, vel donatam, aut vẽditam eſſe, quæ nec legata, nec donata eſt, nec vẽdita, an procedet vſucapio? Ego cũ crederem mihi venditam eſſe rẽ, quæ vendita non erat, eam longo tẽpore poſſedi, quæritur, an mea facta ſit quaſi vſuceperim? de hac re fuit diſſenſio inter veteres Iureconſultos quæ extat in l. Celſus. 27. hic. Sed tandem obtinuit vſucapioni locũ nõ eſſe, quia hic deficit titulus. Bonam quidẽ fidem habet, qui credidit rẽ ſibi venditam eſſe: ſed hic deficit titulus. Vtrunque igitur eſt neceſſarium ad vſucapionẽ, titulus, & bona fides. Celſus improbat eorum ſententiam, qui exiſtimabant nihil referre, an quis emerit, an quis ſe emiſſe exiſtimauerit, atq; ita poſſederit rẽ. Alij loci ſunt ſimiles, veluti in l. 2. pro emptore. l. 1. pro donato. leg. nemo. pro derelicto. Oportet re vera rem donatam eſſe. Hoc tamen intelligendum eſt cum exceptione, niſi iuſtus error interuenerit. l. quod vulgo. pro emptore. in hoc exemplo iuſtus eſt error. Ego mandaui ſeruo meo, vt emeret rem: is renunciauit ſe emiſſe, quamuis falſo. hic. hic iuſtus eſt error. Et propterea dicit, *magis eſt, vt vſucapio ſequatur*. His verbis oſtendit hoc certi iuris non fuiſſe, ſed æquitatem ſuadere, vt ſententia recipiatur. Sine titulo igitur nõ procedit vſucapio. Et animaduertẽdũ eſt cũ titulus iuſtus eſt, puta emptio, legatum, aut alius huiuſmodi, errorẽ hęredis nõ nocere vſucapioni. leg. nunquam. 31. §. vlt. hic. *Si defunctus emit, & cæt.* Defunctus emit rem, hęres autem poſſedit eam vt donatã. Iureconſultus ait nihilominus eum vſucapturũ, iuſtus enim eſt titulus, nec tantus eſt error, vt debeat impediri vſucapio, quia etſi donata eſſet, poſſet eam vſucapere. Inde quæritur, quid ſi ſanæ mentis nõ fuerit vẽditor? Res mihi vẽdita fuit ab homine furioſo, ego eam poſſedi lõgo tempore, quæritur, an ſit vſucapta? Dubitatio ex eo naſcitur, quod titulus neceſſarius eſt in vſucapione, vẽditio quidem cõtracta fuit, ſed hæc venditio perinde habenda eſſe videtur, ac ſi nunquam contracta fuiſſet. De eo probabiliter dubitatum fuit à veteribus, ſed receptum eſt vſucapioni locum eſſe. leg. pignori. 13. hic. & leg. 2. §. ſi à furioſo. infrà tit. pro emptore. *Si à furioſo, & cæt.* hæc verba demonſtrant, ſi meram ſubtilitatem ſpectemus, non eſſe locum vſucapioni, quia nulla venditio. Quid refert, an res omnino mihi vendita non ſit, an ſit vendita à furioso qui omni iudicio caret? ſed vtilitatis cauſa hoc receptũ eſt inquit, hic reperitur antinomia difficilis. Nam, ait, nec competit publiciana in l. 7. §. Marcellus de publicia. in rẽ actione. diſerte ſcriptũ eſt, *publicianam poſſe vſucapere* & competere ei, qui emit rẽ à furioso, *ergo & publicianam habere*. hic vero dicitur. *Nec publiciana competit*. Nõ poſſũt dici magis pugnãtia eſſe ſe duo capita, quàm hæc. Quid igitur dicemus? Ego reſpondeo non eſſe locum publicianæ, ac ne vſucapioni quidem mero iure, mera ſubtilitate iuris: ſed vtilitatis cauſa receptum eſt, vt & procedat vſucapio, & competat publiciana. Hic mihi videtur ſenſus eſſe verborũ Iureconſulti in d. §. Si à furioso, *quamuis nulla eſt*

la eſt

la eſſet emptio. Re vera nulla emptio eſt, ſi merū ius ſpectemus. Si nulla eſt emptio, quæ contrahitur cū furioſo, nō naſcitur actio de euictione, nō cōpetit publiciana, imo ne vſucapio quidem procedit. Sed conſtitutum eſt vtilitatis cauſa. Extitit de eo aliqua conſtitutio Imperatoris tempore horū Iureconſultorū, quā quia videbant meram rationē repugnare, voluerunt auctoritate confirmare, vt, ſique cōtrarium poſſit defendi. *Conſtitutū eſt.* Hæc igitur verba etiam ad publicianam referenda ſunt, quamuis de publiciana non loquatur: quia diſputatio de publiciana actione ad hunc titulum non pertinet. Conſtitutum eſt vtilitatis cauſa publicianæ locum eſſe & procedere vſucapionē, quāuis mero iure non ſit emptio, atque ideo non ſit locus vſucapioni, non competat publiciana atque alia huiuſmodi.

Heſterna die cœpimus pauca demonſtrare de vſucapione, & diximus in vſucapione neceſſariā eſſe poſſeſſionē, eámq. cōtinuatā ſpacio temporis lege definiti: diximus præterea titulum eſſe neceſſarium, id eſt iuſtā cauſam poſſidendi. Pręterea addendū eſt bonā fidē interuenire debere. Non ſatis eſſe eum habere titulum, qui vſucapere cupit, ſed oportet eum habere bonam fidē. vt Iuſtinianus ait in princip. tit. de vſucap. in Inſtit. Nā fieri poteſt, vt qui vult vſucapere, habeat titulū puta venditionis, aut legati, ſed tamen bonā fidem nō habeat, vtrunq. neceſſariū eſt. Sed quæritur quis bonā fidē habere dicatur? Bonam fidem habere is dicitur in hoc tractatu, qui rem emit ab eo, quē exiſtimat dominū eſſe, aut vendendi ius habere. Sic definit Iurecōſultus in l. bonę fidei emptor. de verborum ſignificat. Exempla ſunt ſatis trita & vulgaria in l. poteſt. 36. & in aliis quibuſdam capitibus huius tituli. Simile exēplum eſt in l. ſi fur. 32. §. 1. Quid ſit mala fide poſſidere, hinc facile cognoſci poteſt propter naturā cōtrariorum. Si quis intelligat, quid ſit bona fide poſſidere, is facile etiā intelliget, quid ſit mala fide poſſidere. dicimus eum bona fide poſſidere qui exiſtimat eum, à quo rem cōſequitur dominum eſſe, aut alienandi ius habere. Ergo dicemus eum eſſe poſſeſſorem malæ fidei, qui non ignorat eum, à quo rem emit, dominum non eſſe, aut ius vendēdi non habere: hæc prioris exēpla obſcura non ſunt: poſterioris autem exempla ſunt in l. ſi ab eo. 12. hic. Si cui bonis interdictum ſit, vt non liceat ei res ſuas alienare, in mala fide eſt, qui ab eo emit, licet intelligat rem eius eſſe, qui vendit: ſed quia ſcit eum non habere ius alienandi, dicitur in mala fide eſſe. Hæc poſſeſſio eſt iniuſta, ſicut dicitur iuſte poſſidere, qui à prætore inductus eſt in poſſeſſionem, qui auctore prætore poſſidet. l. iuſte poſſidet. ſupra de acquirenda poſſeſſione, ita qui vetante prętore poſſidet rem aliquam, dicitur iniuſte poſſidere.

Alud exēplum ſimile eſt in l. qui fundum. 7. §. qui ſciens. infra pro empt. Siue prætor interdicat bonorū adminiſtrationem alicui, veluti prodigo, ſiue furioſo, quocunq. modo vetet eum alienare, quiſquis ſciens ab eo emit, dicitur in mala fide eſſe, ideoq. non poſſe vſucapere. Hinc quæritur, ſi is qui bona fide emit, vel rem bona fide accepit ab alio, poſtea cœpit eſſe in mala fide, an poſſit vſucapere? Res mihi vēdita, quā putabā eius eſse, qui vendebat, deinde reſciui alienā eſſe: & nihilominus poſſedi ſpacio temporis lege definito: quęritur, an res vſucapta ſit? Et breuiter reſpōdēdum eſt, initium poſſeſſionis inſpiciēdū eſſe. Iure ciuili procedit vſucapio, ſi quis ab initio fuerit in bona fide quāuis in ea non perſeuerauerit, licet poſtea habuerit cōſcientiā rei alienæ. Idem ſcriptum extat in veteri iure pontificio in can. placuit. 16. quæſt. 3. in decreto Gratiani. Hæc igitur res dubitationem non habet, ſed quæſtio eſt, an quod dicitur inſpiciendum eſſe initium, intelligendum ſit de initio poſſeſſionis, an vero repetēdum ſit à contractus ipſius initio, an lōgius repetemus ante traditionem? Tempore contractus quis fortaſſe fort te in bona fide, & tempore traditionis erat in mala fide, vel contra an habebitur ratio traditionis an contractus? Iuriſcōſultus in lege iuſto. § Etſi poſſeſſionis, ait, initium poſſeſſionis non contractus ſpectandum eſſe. Idque verum eſt, ſed tamē non ſine exceptione intelligendum. Excipitur enim contractus venditionis in l. 2. in tit. pro emptor. In ceteris cōtractibus ſufficit traditionis tempus, vt in donatione, ſtipulatione, &c. *Si ſciens, &c.* vtrunque tempus & contractus & traditionis in venditione, in cæteris contractibus ſpectatur tantum traditionis, ſiue poſſeſſionis tempus. Idem dicitur in l. 3. infra pro ſolut. *Si exiſtimans, &c.* Hic contractus emptionis & venditionis viſus eſt cęteris frequētior eſſe & vtilior hominum generi, & ideo id conſtitutum eſt, vt vtrinſque temporis bona fides exigatur, vt ſpectetur vtrumque tempus, cum quæritur de bona fida, & tempus contractus, & tempus traditionis ſiue poſſeſſionis, quia compertum eſt ex eo maiora incōmoda ſequi, quam ex aliis contractibus, qui non adeo frequentes ſunt. Eodem pertinet, quod dicitur in l. 2. pro emptor *Eius temporis*, quo traditur. In ſtipulatione & aliis huiuſmodi contractibus ſpectatur tantum tempus, quo res traditur, in venditione non item. ſic accipiendū eſt quod dicitur in l. ſi aliena. 10. in princip. hic locus videtur ceteris contrarius quos adduximus. Ait enim traditionis initium ſpectandum. Quæritur, an initium inſpiciemus traditionis in vēditione, an cōtractus? Et ait, obtinuit ſententia traditionis initium ſpectādum eſſe. Sed hoc ita accipiendū eſt, vt diximus, non tantum contractus initium, ſed etiam traditionis ſpectandum eſſe, in venditione. *Traditionis*, id eſt, etiam traditionis. Et licet hæc verba aliquid ambiguitatis habeant, tamen hęc ambiguitas ex aliis locis explicari debet. Inſcribitur hoc caput lib. 16. ad edictū, in quo libro ſcribit Vlpianus ad edictum propoſitum à prætore, de publiciana in rē actione. in l. 8. de publiciana in rē actio. Eadē eſt inſcriptio & diſputatio, & ſi quis coniunxerit hæc duo capita, quæ aliquando coniuncta fuerūt, deinde ſeparata à copoſitorib. Pandectarū, facile hæc intelliget. Quod autē diximus bonā fidē ſufficere in initio ſiue cōtract⁹, ſiue traditionis, nec cōtinuationē bonę fidei ſpectādam eſſe, hoc intelligēdū eſt ſecundū ius ciuile non ſecundū ius pōtificiū. Nam iure pōtificio bona fides omni tēpore iuuat. Vulgares ſunt de hac re conſtitutiones pontificiæ c. poſſeſſor. de reg. iur. in 6. & cap. vlt. de pręſcript. Bona fides requiritur quocūq; tempore currit vſucapio. Itaque ſi ſuperuenerit mala fides nō poterit procedere vſucapio. hę ſunt cauſę ſine quibus nulla res vſucapi poteſt.

Secundum gl. ſ. hic. in verb. traditionis initiū

De rebus quæ vſucapi poſſunt, aut non poſſunt.

Cap. III.

DE quibuſdam rebus dubitatum eſt, an hæ vſucapi poſſent. In primis quæritur de rebus incorporalibus, an res incorporales vſucapi poſſunt? hæc quæſtio tractatur in leg. vſucapionem. 9. hic. vſucapionem igitur non recipiunt res incorporales. Nec id mirum videri debet, cum non poſſideantur. leg. ſeruus. §. incorporales. de acquir. rerum domin. patientia in iis eſt traditionis loco. At ſine poſſeſſione non procedit vſucapio. Ergo rerum incorporalium non eſt vſucapio. exemplum eſt in ſeruitutibus prædiorum in leg. ſi aliena. 10. §. hoc iura. hoc tit. *Seruitutes*, inquit, *longo tempore capi non poſſunt.* Idem dicitur in l. ſeruitutes prædiorum. ſupra. de ſeruitutibus vrba-

norum prædiorum. Duplex ratio adſeritur huius iuris, vel quia poſſideri non pōt ſeruitus, vel quia nō continuo poſſidetur. Nec obſtat huic ſententiæ, quod libertas ſeruitutum vſucapi poſſit. leg. 4. §. libertatem. hic. Nulla enim ratio prohibet libertatem ſeruitutis vſucapi, quia poſſeſſio neceſſaria non eſt ad eam vſucapionem ſufficit fundum poſſidere liberum omni ſeruitute, dubium autem non eſt quin fundus poſſideri poſſit. Si quis poſſideat fundum, in quo nemo longo tempore vſus ſit ſeruitute, dicitur libertatem ſeruitutis vſucepiſſe. Idem dicitur de hac libertate, in lege, ſi ædes. §. 1. de ſeruitutibus vrbanorum prædiorū. Et hæc ſecundum merum ius accipienda ſunt. Mero iure ſeruitutes dicuntur vſucapi non poſſe, quia poſſideri non poſſunt, ſed vtilitatis cauſa receptum eſt, vt ſicut quaſi poſſidentur, ita etiam quaſi vſucapiantur. Vſus ſeruitutis habetur pro poſſeſſione. leg. quoties. ſupra de ſeruitut. Atque ideo, ſi quis lōgo tempore vſus fuerit ſeruitute, is acquirit ſibi vtilem actionem: directam autem actionem non poteſt: quia hæres, ſi merum ius ſpectemus, non poſſidentur. Sed propter vtilitatem ei, qui longo tempore vſus eſt ſeruitute, datur vtilis actio. leg. ſi quis diuturno. ſupra ſi ſeruit. Idem dicitur in leg. 1. §. vltimo. de aqua pluuia arcenda. Eſt locus communis de temporis vetuſtate: vetuſtatē vicem legis obtinere. Quamuis non dicatur proprie ſeruitus quæſita, quia non eſt vſucapio, eſt tamen quaſi vſucapio. Et ideo datur quaſi in rem vtilis actio. hæc verba Vlpiani maxime conſentanea ſunt iis, quæ extant in leg. ſi quis diuturno. hic. Nec mirum, cum in eodem loco hæc ſcripta fuerint dict. leg. ſi quis diuturno. ſumpta eſt ex l. 1. & ideo ei ſubiicienda eſt. Inſcriptio vtriuſque capitis eſt, *Vlpianus lib. 53. ad edictū.* De hac ſeruitutis acquiſitione per vſum longi temporis ſimilis locus eſt in leg. 1. & 2. Codic. de ſeruit. & aqua. Et hoc generaliter accipiendum eſt de omnibus ſeruitutibus, licet vulgo diſtingui ſoleant ſeruitutes, quæ cauſam continuam habent, ab his, quę non continuam habent. Ego multis argumentis inueteratam illam opinionem refutaui: hoc eſt ſatis expreſſum conſtitutione Iuſtiniani in leg. vlt C. de præſcript. longi tempor. ſtatuit Iuſtinianus ſpatium longi temporis, decennium inter præſentes, viginti annos inter abſentes ad vſucapionem.

Deinde ſubiicitur alia quæſtio de rebus, quæ non ſunt in commercio hominum, vt ſunt res ſacræ, religioſæ, ſanctæ. hæ res non poſſe vſucapi dicuntur, quia non ſunt in commercio hominum *Deinde publicis populi Romani & ciuitatum.* Publicę res cum in commercio hominum non ſint, nec liberi homines, mirum nō eſt, ſi vſucapi non poſſint. Adiecit *& ciuitatum*, ne ſi dixiſſet ſimpliciter *publicis*, nos id intelligeremus de populo Romano tantum. Nam publici appellatio ad populum Romanum proprie pertinet, cæteræ ciuitates priuatorum loco habentur. leg eum qui vectigal. infr. de verb. ſignif. Nec dubium eſt de his rebus, quæ ſunt in publico vſu magis, quam in pecunia populi, aut in patrimonio ciuitatum. Publica res duplicem habet ſignificationem. Publicam rem aliquando vocamus, quę eſt in patrimonio populi. vel ciuitatum: & huiuſmodi res alienari poſſunt. leg. ſed Celſus. de contrahē. empt. Paulus in leg. inter ſtipulantē. §. ſacram. de verb. obl. vitandæ ambiguitatis cauſa alio verbo vſus eſt: *res ſacra, & in perpetuum vſibus publicis relicta in ſtipulatum deduci non poteſt.* His verbis vſus eſt Iureconſultus. Nā ſi dixiſſet ſimpliciter, publica res in ſtipulatum deduci non poteſt, ambiguitas obſcuritatem aliquam peperiſſet. Exemplum titulo de campo Martio, in d. leg. ſed Celſus. de contrahend. emption. Non igitur mirum eſt, ſi hæ res dicantur alienari & vſucapi non poſſe, cū non ſint in commercio hominum. Similis locus eſt in leg. cum ſponſus. de public. in rem actio. *In vectigalibus,* inquit, *publiciana actio in rem locum habet.* Vectigalia quædam erant, quæ non poterant alienari, cuiuſmodi ſunt ea, quæ non poſſunt vſucapi. Notandū tamē eſt res huius generis ab eo, qui decreto prætoris iuſſus eſt poſſidere vſucapi poſſe. l. ſi finita. §. ſi de vectigalib. ſup. de dān. infect. loc. eſt. qui obſcurus eſſe videtur *Si de vectigalib. &c.* viſus eſt hic locus obſcurus & difficilis pleriſque. Alciatus mutauit veterem & receptam lectionem, & ait legendum, ſi mancipes non caueant, hæc lectio omnino reiicienda eſt, quia eſt contra fidem omnium exemplarium, & contra rationem ſatis apertam, vt mihi videtur. Quidam habebat domum vectigalem à municipio aliquo, cuius domus nomine certū vectigal pendebat municipio, is non eſt dominus domus, quamuis actionem in rem habeat. Ponamus, eum qui vectigalem domū habebat à municipib. nō cauere damni infecti nomine, quomodo coercebitur à prætore? an aduerſarius iubebitur poſſidere? Non iubebitur poſſidere, ſed cuſtodiæ tantum cauſa mittetur in poſſeſſionē. Non enim petitur hæc cautio damni infecti à municipibus, ſed ab eo, qui domū habet. Hoc eſſet iniurioſum municipibus ſi iuberetur poſſidere aduerſarius. Eodem iure is erit, qui mittitur in poſſeſſionem quo qui domum vectigalem habebat. Quid ſi cautio petatur ab ipſis municipibus? dicēdum eſt, inquit, dominium per lōgum tempus acquiri.

Alia quæſtio eſt de locis iuregentium publicis, an vſucapi poſſint? hęc quęſtio tractatur in l. vlt. hic. Quędam ſunt loca publica iuriſgentium ſicut mare, flumina: quæritur igitur, ſi quis occupauerit hæc loca, an poſſit illa vſucapere? Et iuriſconſultus in dicta leg. vlt. hic ait, *quod ita procedit, ſi quis in litore ædificauerit*, & diruto ædificio alius ædificium in eodem loco extruxerit: vetus poſſeſſor non poteſt eum ſummonere ab eo loco propter longi temporis præſcriptionem.

Aliud exemplum adfert, *alterum eodem iure.* Si quis diuerticulum huiuſmodi lōgo tempore habeat, cuiuſmodi hodie vſitata ſunt, ſolent auertere aquam à flumine publico, & poſtea omiſerit hanc piſcationem, & alius in eo loco piſcari velit, an poſſit impediri ab alio? ſed hic difficilis antinomia occurrit ex leg. ſi quiſquam. de diuerſ. & tempor. præſcriptio. *alterum eodem iure.* Adeo difficilis & obſcura viſa eſt quibuſdam hęc antinomia, vt quidam non dubitauerint addere negationem verbis Marciani. Alij aliter immutant, aut corrumpunt verba Martiani. Si integra eſſent verba Iurecōſultorum, minus profecto hic laboraremus. Ego ita conciliare ſolitus ſum, vt qui huiuſmodi locum occupauit, quandiu poſſit eius vſu alium prohibere: cum autem deſiit occupare, tenere & vti, id non poſſit alium prohibere vti eodem iure. Mouent me Papiniani noſtri verba in hac lege, *Quod ita procedit*, cum dixit præſcriptio, &c. ne videretur iuri conſentaneum non eſſe, ita dictū ſimpliciter ait, *Quod ita procedit.* Quidam ædificauit in litore in loco publico iuriſgentium, deinde dirutum eſt illud ædificium, aut ab eo omnino derelictum deſiit occupare & tenere eum locum, quē prius occupauerat: alius extruxit in eo loco: Iureconſultus ait præſcriptionem longi tēporis ad alterum ſummouendum ei non prodeſſe. Idē de piſcatione dicendum eſt, ſi quis deſierit in eo loco piſcari, in quo longo tempore piſcatus erat, non poteſt prohibere alterum eodem iure vti. Quod ergo Martianus ait, intelligendum eſt cum hac exceptione, quaſi generi per ſpeciem derogetur: vt quod generaliter dicitur in l. ſi quiſquam. intelligatur cum hac exceptione. Hanc ſententiam noſtram confirmant verba

eiuſdem

Digitized by Google

eiuſdem Martiani in l. in tantum. de rerum diuiſio: Martianus in d.l. in tantum, idem dicit quod Papinianus in hoc capite. Imo aliquanto apertius de ædificio diruto, quandiu manet ædificium, alius non poteſt in eo loco quicquam ponere, ſed poſt quam dirutum eſt ędificiũ efficitur occupantis. Quiſquis eũ locum occupauerit, habet ius ædificãdi in eo loco & in d.l. ſi quiſquam. & l. in tantũ. coniunctæ aliquãdo fuerũt: vt unque enim caput ſumptum eſt ex lib. 3. Inſtit. Præterea argumentum mihi videtur, non bene eſſe ex ipſis titulis, ſub quib. vtrunq; caput poſitũ eſt à compoſitoribus Pandectarũ. Non ſine cauſa compoſitores Pandectarum videntur hoc caput poſuiſſe ſub titulo de vſucap. & illud. Martiani ſub tit. de diuerſ. & tempor. præſcrip. Capita tituli de diuerſ. & tempor. præſcription. pertinent ad exceptionem acquirendam, non ad dominium acquirendum. Fieri poteſt, vt quis exceptionem acquirat, dominium non acquirat, vt dicemus infra. Poſtquam deſeruit rem & alius occupauit, iam non habet exceptione, ſed cum adhuc occupat, ſi alius velit quicquam in eo loco ponere, exceptionem habet, ſed cum quæritur, an dominium acquiſierit, hoc pertinet ad vſucapionem. Vnde quidam dicunt, ſi vrbs Venetorum diruta eſſet, & alius occupaſſet eum locum, eos non poſſe vti præſcriptione. In tractatu de vſucapione cœpta eſt dyſputatio de rebus, quæ vſucapi poſſunt, aut non poſſunt, & diximus de rebus ſacris, religioſis, publicis: an vſucapiantur, an non vſucapiantur. Nunc quæritur de rebus fiſci, an res fiſci vſucapiantur? hæc quæſtio tractatur in l. quamuis. 18. hic. Ad quæſtionem igitur propoſitam reſpondendum eſt, res fiſci vſucapi non poſſe. Idem dicitur in Inſtit. tit. de vſucap. §. res fiſci. hoc ius ſingulare habet fiſcus, vt multa alia, vt res, quæ ſunt fiſci, non poſſint vſucapi. hoc eſt intelligendum de rebus, quæ vere ſunt fiſci, quæ iam ſunt quæſitæ fiſco. De actionibus, quæ competunt fiſco hoc intelligi non poteſt, ſi quam actionem habeat fiſcus, ſi quam extraordinariam perſecutionem forte aduerſus hanc perſecutionem fiſci competit præſcriptio temporis, vt eſt præſcriptio viginti annorum, niſi in certis quibuſdam caſib. l. in omnib. 13. de diuerſ. & tempot. præſcrip. Et ſic eſt intelligendum, quod dicitur in hac lege. *Quamuis nondum nunciatis.* Sed hæc diſputatio de præſcriptionibus non eſt huius loci. De præſcriptione aduerſus actionem competente titulus eſt proprius de diuerſ. & tempor. præſcr. hic tractatus ad vſucapionem proprie pertinet, non ad præſcriptionem. Et certum eſt, præſcriptionem ab vſucapione multum differre, vt ego iam dixi. Ad hunc locum referri poſſunt res furtiuæ, & vi poſſeſſæ, quæ non vſucapiuntur, de quibus abunde diximus ad l. Pomponius. 14. §. cum quis. ſupra. de acquir. vel amit. poſſ. hactenus de rebus.

Quæ perſonæ vſucapere poſſint, aut contra.

Cap. IV.

OMne ius noſtrum dicitur pertinere, aut ad res, aut ad perſonas, aut ad actiones. l. 1. de ſtatu hom. Nam quæcunque quæſtio tractatur, ea fere vel ad perſonas refertur, vel ad res, vel ad actiones. Sed de perſonis pauca hic dicuntur. Locus de perſonis paucis perſtringitur in l. 4. in princip. & l. iuſto. §. eum qui. hic. *De vſucapione, &c.* hac ratione & methodo diſſeruit Paulus de vſucapionibus pauca hic dicuntur de perſonis, quia ſi cognouerimus, quæ perſonæ poſſint poſſidere, cognoſcemus etiam, quæ perſonæ poſſint vſucapere. Quæ autem perſonæ poſſidere poſſint, tractatur ſupra ſub tit. de acquir. poſſeſ. Sequitur igitur alius locus huius tituli, in quo tractatur de tempore.

De tempore quo res vſucapi poteſt.

IN definitione vſucapionis dicitur vſucapio eſſe adeptio dominij per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. *Quod vſucapio.* vnde quæritur, quodnam ſit hoc tempus lege definitum, quo res vſucapi poteſt? Tempore Vlpiani, Pauli, & aliorum Iureconſultorum, ex quorum ſcriptis libri Pandectarum compoſiti ſunt, annua erat in rebus mobilibus, in rebus ſoli erat biennium. Vlpianus in Inſtitutio. Cicero in Topic. Conſtitutione autem Iuſtiniani titu. Cod. de vſucapion. transforman. hoc ius antiquum immutatum eſt, cuius conſtitutionis meminit Iuſtinianus in tit. Inſtit. de vſucap. in princip. Ea transformatione vſucapionis, quæ inducta eſt à Iuſtiniano in locum anni in rebus mobilibus ſucceſſit triennium, in locum vero biennij in rebus immobilibus ſucceſſit tempus decem vel viginti annorum inter præſentes, viginti annorum inter abſentes. Compoſitores Pandectarum certi temporis non meminerunt, & credibile eſt eos ſuſtuliſſe tempus anni vel biennij ea Vlpiano, quod intelligerent hoc conſtitutionibus Iuſtiniani immutatum eſſe: hoc igitur tempus eſt legitimum, de quo intelligenda eſt definitio vſucapionis, id eſt, huius vſucapionis, de qua hic diſſerimus & qua requiritur titulus; requiritur bona fides. Sed poſtea introducta eſt præſcriptio 30. annorum, de qua titulus eſt in C. Iuſtiniani de præſcriptione 30. annorum. Viſa eſt vtilis eſſe hæc præſcriptio: quia aliquãdo accidit, vt quis iuſtum titulum non habeat, nec bonam fidem & tamẽ poſſideat longiſſimo tempore. l. ſicut. C. de præſcript. 30. annor. Ex iam dictis exiſtit quæſtio, de ratione tẽporis computandi, quomodo hic annum computare debeamus, an debeamus computare à momento ad momentum: adeo vt ſi ſuperſit momentum vnius diei, non dicatur completa eſſe vſucapio? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi vſucapionibus. 6. hic. *In vſucapionibus,* non à momento ad momentum nos computamus totum poſtremum diem, tanquã quiduis totum, non tanquam in particulas diuiſum: non tam ſubtiliter illum diuidimus in horas & momenta, ſed computamus totum diem tanquam vnum & indiuiduum. Idem dicitur in l. in vſucapione. inf. de diuerſ. & tẽpo. præſcript. Hac ratione fit, vt cœptus dies vltimi anni habeatur pro completo: vt quis anno poſſediſſe dicatur, ſufficit trecenteſimum ſexageſimum quintum diem cœptum eſſe, etſi completus non ſit. Idem receptum eſt in honoribus. l. ad rempub. de muner. & hono. Alibi tamen computatio fit à momento ad momentum, veluti in reſtitutione minoris. l. 3. §. minorem. ſupra de minor. Prætor ait, *Quod cum minore 25. annis geſtum eſſe dicetur, vti quæque res erit, animaduertam.* Cum minore intelligitur geſtum eſſe, etſi vltimo die 25. anni aliquid cum eo geſtum ſit. Dicitur adhuc minor eſſe, atque ideo reſtituitur in integrum. hoc ſuaſit fauor ætatis, ſicut ſuaſit hoc fauor vſucapionis, propter titulum & bonam fidem, & vt vitetur incertitudo dominiorum quæ magna incommoda parit. Sic in præſtationibus temporalibus computatur tempus à momento ad momentum. l. in omnibus. de obligat. & actio. Non eſt credendum tantum fauorem verſari in præſcriptione, quantum in vſucapione. Et hæc diſtinguenda ſunt, vt ego plenius diſſerui in l. qua ætate. ſupra, de teſtamẽt. In cuius legis explicatione ego admonui, hæc olim ita diſtincta fuiſſe ab Vlpiano & aliis iureconſultis, in interpretatione edicti de minoribus. Quicquid hic dicimus ſcriptum fuit ab Vlpiano eodem in loco, ad edi-

Digitized by Google

ctum ſcilicet. De minoribus: hæc igitur omnia coniungenda ſunt, vt planior ſit diſtinctio. Præterea animaduertendum eſt hoc tempus de quo loquimur cōtinuum eſſe, non vtile, vt dicitur in l. nunquam. §. in vſucapionibus. 31. hic. Non eſt tempus vtile ex quo feriati dies deducantur, & alii quibus agendi poteſtas non eſt, vt dicitur in leg. ſi ſeruus. 4. infr. de diuerſ. & tempora præſcript. Olim de hac re fuit iuris varietas, ſed deciſum de ea re tandem fuit conſtitutione Iuſtiniani, l.vlt.de præſcript.longi tempor. Deinde acceſſio temporis, quo alius poſſedit, plerunque nobis prodeſt ad vſucapionem. l.ſi hominem.hic.& l.ſi duobus.§.vlt. de diuerſ. & tempor.præſcript.Sed de acceſſione temporis nos ſatis diſſeruimus ad l. Pomponius. ſupra de acquir. poſſeſſ. Poſtremo adiiciendum eſt de tempore, tempus vacuum, quo à nemine res poſſeſſa eſt, plerunque hæredi proficere. l.nunquam.§.vacuum. & l.cœptam.hic.hæc de tempore ſufficiant.

Tempus continuum.

De effectu vſucapionis.

C A P. V.

HIc quæritur quis ſit effectus vſucapionis. Et ſane magnus eſt effectus vſucapionis, videlicet acquiſitio dominij. vſucapione acquiritur dominium, quod conſtat vel ex ipſa definitione vſucapionis. l.3.hic. vulgo tractari ſolet hæc quæſtio an verum, directúmque dominium acquiratur vſucapione; Et quidam hic diſtinguunt res mobiles ab immobilibus. Sed ego iam admonui ſupra, verum, iuſtum, directúmque dominium acquiri vſucapione ſine vlla rerum diſtinctione, ſiue res ſint mobiles, ſiue immobiles, ſiue res mobiles poſſideantur triennio, ſiue res immobiles poſſideantur decem vel viginti annis. Hoc demonſtrat definitio vſucapionis. Non enim oportet intelligere, definitionem tantum ad res mobiles pertinere. Stultũ eſt quod quidam dicunt vſucapionem eſſe rerum mobilium, præſcriptionem immobilium. Nam vſucapio eſt etiã rerum immobilium. vnde in l.traditionibus. C. de pactis. generaliter dicitur, Traditionibus & vſucapionibus dominia rerum acquiri. Et in l. cum qui ædes. 23. hic. I. C. loquens de ædium longa poſſeſſione ait mutare dominium. Conſtat autem ædes res immobiles, non mobiles eſſe. Et Iuſtinianus in initio tituli de vſucapionibus loquitur de rebus iam immobilibus, quam mobilibus. Ait enim ſimpliciter dominia rerum acquiri vſucapione. & huc pertinet conſtitutio illa Iuſtiniani de vſucapione transformanda, cuius iam meminimus. Iuſtinianus ita transformat vſucapionem, vt loco anni in rebus mobilibus conſtituat tempus triennij, loco biennij in rebus immobilibus decem vel viginti annos. hæc eſt transformatio. At conſtat iure veteri, quo ſtatuebatur annus in rebus mobilibus, biennium in rebus ſoli, conſtat inquam acquiri dominium illo iure veteri. Vlpianus in Inſti. tit. de acquir. rer. dom. hæc ſatis demonſtrat definitione. *Vſucapio*, inquit, *eſt adeptio dominij, per continuationem poſſeſſionis, anni in rebus mobilibus, biennij vero in rebus immobilibus.* Cum igitur illo iure veteri certum ſit acquiri dominium cuiuſcunque rei, ſiue mobilis ſiue immobilis, & ita transformata ſit vſucapio à Iuſtiniano, vt tempus mutatum ſit, & in locum biennij ſucceſſerit tempus decem vel viginti annorum, in locum anni triennium, dubitandum non eſt quin idem dicendum ſit de hoc tempore trium annorum, vel decem, vel viginti annorum, ſi tanto tempore res poſſeſſa ſit. Veteres dicebant mancipare mancipatio alienatio quædam eſt, vt docet Vlpianus ſub tit. de acquir. rer. domi. in Inſtit. Hactenus de prima parte huius tituli, reſtat vt alteram aggrediamur, quæ eſt de vſurpationibus.

De vſurpationibus.

C A P. VI.

TItulus noſter ita inſcribitur, de vſucapionibus & vſurpationibus: ex quo apparet vſucapionem differre ab vſurpatione. *De vſucapionibus & vſurpationibus*, ſic enim legendum eſt: licet in quibuſdam libris legatur de vſucapionibus ſeu vſurpationibus.

Primum igitur videndum eſt, quid ſit vſurpatio. Vſurpationem definit Paulus in l.2.hic. *vſurpatio eſt vſucapionis interruptio.* Oratores autem, &c. his verbis oſtendit aliter accipi vſurpationem apud Iureconſultos, quam apud oratores. Vſurpatio verbum eſt ex lege duodecim tabularum ſumptum, vt teſtatur Quintus Mutius apud Gellium lib. 3. cap. 2. vbi loquitur de mulierum vſurpatione. Diſputatio de vſurpationibus maxime pertinet ad hunc tractatum de vſucapion. quia in vſucapione debet eſſe continuata poſſeſſio, ita vt ſi interrumpatur poſſeſſio, ſi non continuetur poſſeſſio, non poſſit procedere vſucapio. Ergo videndum eſt quibus modis interrumpatur vſucapio vel poſſeſſio, vtrunque dicitur à Iureconſultis, interrumpi vſucapionem, & interrumpi poſſeſſionem.

Quotuplex ſit interruptio.

C A P. VII.

ANimaduertendum eſt duplicem eſſe interruptionem vſucapionis, ſiue poſſeſſionis, vna eſt naturalis, altera eſt quæ dicitur ciuilis. l. naturaliter. 5. hic. Cum I. C. ait, naturaliter interrumpi vſucapionem, oſtendit aliter quoque interrumpi poſſe quàm naturaliter. Vnde nos diuidimus interruptionem poſſeſſionis & vſucapionis in naturalem & ciuilem. Nos de vtraque dicturi ſumus ſeparatim.

De naturali interruptione.

C A P. VIII.

NAturalis interruptio eſt cum quis poſſeſſionem amittit. Nihil iam naturale dici poteſt quam vt cum dicimus aliquem poſſidere cum tenet, ita amittere poſſeſſionem cum non tenet, eum non poſſidet. Exempla huius rei varia ſunt ſub tit. de acquir. poſſeſ. Nam quibus modis interrumpitur poſſeſſio, iiſdem modis vſucapio dicitur interrumpi. Sed nos exemplia vtemur, quæ ſub hoc titulo repeviuntur & inſignioribus. Vnum exemplum eſt in l.naturaliter.5.hic. *Naturaliter, &c.* hoc eſt intelligendum cum quis ita deiicitur de poſſeſſione, vt nullum amplius animum, aut cogitationem habeat recuperandæ poſſeſſionis, vt ſupra diximus ſub tit. de acquir. vel amitten. poſſeſ. vel cum res mobilis eripitur. *Quo caſu aduerſus omnes.* Notanda eſt ſignificatio verbi aduerſus, ſub hoc titulo. Nõ tantum aduerſus eũ qui eripuit, id eſt, pro eo qui eripuit. Sic apud Senecam ego pleriſque in locis obſeruaui.

Aliud exemplum eſt in l. ei à quo 21. Ego poſſidebã fundum tuum titulo pro hærede, repertus ille fundus fuerat inter res hæreditarias, ego cœpi vſucapere, deinde eundem fundũ tibi locaui, hac locatione dicitur interrumpi poſſeſſio. Et in primis Iuriſconſult. ait nullius momenti eſſe locationẽ. Nam locatio rei propriè

non

non valet, & ideo non prodeſt ad retinendam poſſeſſionem: ſed dixerit, quomodo poteſt dici amiſſa poſſeſſio, cum animum videatur habere poſſeſſionis retinendæ is qui locauit? Is qui locat domino rei propriæ, videtur hoc animo eſſe, vt rem retineat, & hoc animo retinetur poſſeſſio. hoc per quam rarum eſt, & ſingulare quod hic dicitur, ſed hoc plenius explicabitur à nobis in interpretatione l. ſi aliquam rem. 28. de acquir. vel amitt. poſſeſ. Eſt nouum genus loquendi durare vſucapionem & præſcriptionem. Quidam ex hoc loco hauſerunt errorem, niſi fallor, qui præſcriptionem non accipiunt pro exceptione. Si exceptio eſſet, dicunt, quomodo diceret, durabit exceptio? Sed æque abſurdum eſt, quod dicit vſucapionem durare, cum res vſucapta eſt tempore legitimo, nulla interruptio poteſt valere, ſed abſurdum eſt, ſcilicet poſſeſſionem durare, quæ cauſa eſt vel vſucapionis vel præſcriptionis longi temporis.

Aliud exemplum eſt interruptionis naturalis in l. ſi is qui pro emptore. 15. hæc eſt lex celeberrima & obſcuriſſima. Paulus, qui vulgo habetur obſcurus, nihil vnquam ſpurcius aut obſcurius ſcripſiſſe creditur. Quæſtio hic eſt, an poſſeſſio amiſſa per captiuitatem eius qui poſſidebat reſtituatur iure poſtliminij, de qua re diſſenſio fuit inter veteres Iureconſultos, præſertim inter Iulianum & Marcellum, qui notas in Iulianum ſcripſit: quæ opiniones hic referuntur à Paulo & à Triphonino in l. in bello. §. facti. infra de capti. & poſtlim. reuerſ. variæ ſunt interpretationes & variæ opiniones. In hac tanta varietate ego, qui omnia ſurſum & deorſum volui quæcunque ab aliis ſcripta ſunt, ſemper exiſtimaui Paulum noſtrum hic opiniones auctorum referre, ita vt ipſe nihil affirmet, ſed alibi probari Iuliani ſententiam vt veriorem, nempe in dict. leg. in bello §. facti quoque. Pro explicatione igitur huius capitis animaduertendum eſt & pro probanda Iuliani ſententia poſſeſſionem amitti captiuitate: cum ſcilicet quis per ſe aliquam rem poſſidet. Huc ſatis expreſſum eſt in l. cum hæredes. §. 1. de acquiren. poſſ. Sequitur ergo ſi quis poſſideat rem aliquam & vſucapere incipiat, deinde capiatur ab hoſtibus, illa captione deſinit poſſidere, & interrumpitur poſſeſſio: quoniam, inquit Iuriſconſultus, non poteſt poſſidere videri. Qui ab alio poſſidetur omnia iura amittit quæcunque habuit ante captiuitatem. Primum eſt illum non poſſidere corpore, neque intelligitur animum poſſidendi habere. l. ſed ſi nuntiet. leg. peregre. l. clam. poſſidere. de acquiren. poſſeſs. Si rationem habeamus animi, vel corporis, non poſſidet. De interpretatione iuris ciuilis nulla eſt dubitatio: is amittit omnia quæ iuris ciuilis ſunt, quia deſinit ciuis eſſe: ſed ſi poſſidebat per alium, puta per ſeruum, vel filiumfamil. ex cauſa peculiari, aliud dicendum eſt. Dominus poſſidet ex cauſa peculiari per ſeruum vel filiumfamilias, etiam ignorans, & vſucapit: quamuis animus neceſſarius ſit in poſſeſſione. Poſſidet quis non tantum corpore alieno, ſed etiam animo alieno, nempe ſerui, vel filiifamilias. Et dixi hoc tantum locum habere in cauſa peculiari, illud ſatis expreſſum in leg. iuſto. §. vltim. hic. an ei teneri incipiat, cuius ſcientia non eſſet in ciuitate neceſſaria. Ergo & ſi captus ſit ab hoſtibus, nihilominus dicendum eſt eum poſſidere & etiam vſucapere. Si vero hoc non eſt receptum ex alia cauſa quam peculiari, vt poſſideat vel vſucapiat dominus per ſeruum ſuum. Sed quæſtio eſt an hæc poſſeſſio reſtituatur poſtliminio. Certum eſt poſſeſſionem, quam quis habuit per ſe non per alium, ita amitti, vt nullo iure poſtliminij reſtituatur. leg. denique. ſupra ex quibus cauſis maio. poſſeſſio plurimum facti habet. Cauſa facti non continetur iure poſtliminij. Fieri non poteſt, vt is qui eſt apud hoſtes, feciſſe intelligatur quod non fecit. dict. leg. in bello. §. facti quoque. de capti. & poſtlim. Ea igitur in quibus factum eius qui captus eſt ab hoſtibus requiritur, non ſupplentur iure poſtliminij: dominium quidem retinet. nam ſi manſiſſet in ciuitate retinuiſſet dominium ſine facto ſuo. Idem dicitur in l. bona. §. pen. de capti. & poſtlim. reuerſ. Nunc ego ſingula verba explicaturus ſum huius legis, ſed in primis videnda eſt dict. lex, in bello. §. facti. de capti. *facti cauſa*. Hoc iam explicatum eſt à nobis. Ideoque Triphoninus hic multum intereſſe oſtendit an quis per ſe poſſederit, an per ſeruum ex cauſa peculiari, *quia certum eſt.* quia certum eſt eum deſiiſſe poſſidere, & facti cauſa non reſtituitur poſtliminio. Loquitur enim Iuriſconſult. nominatim de eo, qui poſſidet per alias perſonas ſuo iuri ſubiectas. *Iulianus*. Hic refert Iuliani opinionem, quam etiam refert Paulus in lege noſtra. *Iulianus ſcribit credi*, & ita legendum eſt, non hæredi, vt Accurſius legit. Et dicit credi, quia tempore ſuo de eo dubitabatur, ſed tamen videbatur inclinari in hanc partem. Quid mouerit Iulianum hic non exprimitur, ſed exprimitur in lege noſtra. initium eſt ſatis perſpicuum. *Si is, qui pro emptore.* nam vſucapio interrumpitur, etſi ipſi reuerſo. Si iure poſtliminij reuerſus eſſet, non prodeſſet ei vſucapio. Quomodo igitur ſi deceſſerit apud hoſtes proderit eius hæredi? *Quod ſi ſeruus.* Hic Iuriſconſul. diſtinguit an per ſe poſſederit, an vero per ſeruum, & eadem eſt diſtinctio, quæ eſt in l. in bello §. facti. de capt. hic refertur opinio Iuliani ſicut & à Triphonino in dict. leg. in bello. §. facti quoque de capt. & eſt eadem opinio Iuliani. *emeru*, accipe ex cauſa peculiari, vnde hoc. Qui contrariam opinionem tuentur, dicunt nullum hic eſſe verbum de cauſa peculiari. Sed certum eſt hic non eſſe plenam Iuliani ſententiam. Triphoninus in l. in bello. §. facti. referens hanc Iuliani ſententiam loquitur nominatim de cauſa peculiari. Cur ergo id non ſupplebitur ex eo loco? *Nam ſi dominus, &c.* Obiter tantum & ſtrictim attingit opinionem Iuliani. Accurſius ait non dubitari in dicto §. facti. hic autem dubitari. Accurſius incidit in codices mendoſos, & legendum eſt, *Credi*. Iulianus dicebat credi tempore ſuo: his verbis oſtendit ſe in hanc partem propenſiorem eſſe, ſed tamen dubitari an per legem Corneliam ad ſucceſſores eius pertineat. *Marcellus poſſe.* Iulianus diſtinguebat an is, qui captus eſt ab hoſtibus poſſederit per ſe, an vero per alias perſonas iuri ſuo ſubiectas ex cauſa peculiari. Marcellus vero exiſtimauit plenius fictionem legis de poſtliminio accipiendam eſſe, id eſt, vt non tantum reſtituatur poſſeſſio, cum quis poſſedit per ſe, ſed & cum per alium. *Quemadmodum enim.* Non perſpiciebat Marcellus rationem diuerſitatis inter hos duos caſus, cum quis poſſidet per ſe, & cum per alium, & exiſtimabat plenius fictionem legis accipiendam eſſe. *Nam hæreditas, &c.* hæc eſt ratio quæ mouit Marcellum, quæ non exprimitur apud Triphoninum in d. §. facti. inquit, *Marcellus*, & eſt ſuſpenſa vſque ad finem ſententia. *Hæreditates*, hic ab aliis diſſentio. Mihi videtur hoc argumento vti Marcellus: hæreditate non adita poſt mortem defuncti vſucapit hæres, quamuis non poſſideat. l. nunquam. §. vacuum. & l. cœptam. hic non interrumpitur vſucapio, etſi non poſſideat hæres, quia hæreditas vice perſonæ fungitur. vnde alienum non eſt dicere, quamuis propter captiuitatem vſucapio ſit interrupta, nihilominus compleri vſucapionem. Alij intelligunt, Paulũ loqui de hærede eius qui captus eſt ab hoſtibus. Alij addunt negationẽ, *locum non habere vſucapionem*: ſed ſi ita legamus, hæc verba nõ poſsũt cohære-

re cum præcedentibus iudicio meo. Alioqui niſi intelligamus hucuſque ſententiam ſuſpenſam eſſe, nullus ſenſus erit. Accurſius admonet in quibuſdam vetuſtis codicibus legi ſine negatione, & ita teſtatur Alciatus, quam lectionem magis probo, & ſequendo hanc lectionem nos ita Paulum interpretamur, quaſi referat tantum opinionem Iuliani & Marcelli, non probet, nec improbet. Triphoninus in d.l. in bello. §. facti. aperte dicit ſequendam eſſe Iuliani ſententiam: coniungendæ ſunt igitur hæ duæ leges, & omnia plana erunt.

In vltima lectione cœpimus diſſerere de naturali interruptione: diximus poſſeſſionem naturaliter interrumpi cum quis de poſſeſſione deiicitur, vel cum alicui res mobilis eripitur, deinde cum quis fundum, quem pro hærede vſucapturus erat, locauit ei à quo vſucapere vult. Præterea cum quis ab hoſtibus captus eſt. Multa alia exempla ſunt huius interruptionis, quæ lectionem tantum deſiderant, veluti in l. non ſolum. 33. §. qui pignori. & §. ſeq. Si quis dederit alteri rem ſuam in pignus & poſſeſſionem ei tradiderit, I. C. ait interrumpi vſucapionem.

Hinc exiſtit quæſtio an rerum mixtura vſucapionem interrumpat: veluti ſi tegulæ, quas quis cœpit vſucapere, coniectæ fuerint in ædificium aliquod, hic eſt commixtura quædam rerum. Domus componitur ex cæmento, ex lapidibus, ex tegulis & aliis huiuſmodi rebus: in compoſitione domus fit mixtura quædam coniunctione harum rerum. Quæritur ergo an hæc mixtura interrumpat vſucapionem? Et in primis certum eſt eum qui poſſidet domum non poſſidere tegulas, nec alias huiuſmodi res ſingulas, quibus conſtat domus. Multa inde incommoda ſequerentur, ſi diceremus ſingulas res domus à poſſeſſore poſſideri: vna enim res diuerſis temporibus vſucaperetur: tegulæ vſucaperentur triennio, ſolum autem non niſi decem aut viginti annis. l. eum qui ędes 23. hic. Si poſſeſſor ædium non poſſidet tegulas, videtur vſucapio interrumpi eum tegulæ, quas quis cœperit vſucapere, in ædificium coniectæ ſunt: ſed tamen vtilitatis cauſa contra ſubtilitatem iuris receptum eſt, vt vſucapio non interrumpatur, vt ſi quis cœperit tegulas poſſidere, non interrumpatur vſucapio quod eas in ædificium coniecerit. l. rerum mixtura, hic. Similis diuiſio corporum eſt apud Plutarchum in lib. de præcep. connubial. Similis etiam eſt apud Senecam lib. 17. epiſtolarum in epiſtola 103. nouum autem non eſt cœptam vſucapionem perfici, & ſi forte res deſierit poſſideri. Nos ſupra adduximus exempla ex l. cœptam. ex l. nunquam. §. vacuam. & l. iuſto. §. nondum, hic.

Aliud exemplum eſt in furore ſuperueniente in l. nunquam. §. ſi ſeruus, hic. Per ſeruum vſucapit dominus etiam ignorans ex cauſa peculiari, ſi ſeruus animum habeat poſſidendi & corpore rei incumbat. Similis caſus eſt in l. iuſto. 44. §. eum qui. hic. *Vtilitate, &c.* His verbis oſtendit ſubtilitatem iuris refragari quominus hoc admittamus, ſed propter vtilitatem hoc receptum eſt, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat. Hactenus de naturali interruptione.

De ciuili interruptione.

Cap. IX.

Ciuilis quædam interruptio eſt, quæ diſtinguitur à naturali, aliquando ciuili quodammodo interrumpi dicitur vſucapio & præſcriptio, veluti per litis conteſtationem. Si quis litem conteſtatus ſit cum eo, qui poſſidet rem ſuam, dicitur interrupta eſſe poſſeſſio. l. nemo. Cod. eod. *Tamen ex interpoſita.* Similis locus eſt in l. more. Cod. de rei vindic. Imo plerunque ſufficit ſola conuentio, veluti in præſcriptione triginta annorum. l. ſicut. Cod. de præſcript. 30. anno. ſed prolixa eſt de hac re diſtinctio, quæ non eſt huius loci propria. Interim videte l. ſi poſt acceptum. ſupra de rei vind. l. vt profectus. Cod. de anna. except. & ſimiles. videte d. l. ſicut

TIT. IIII. LIB. XLI. PANDECT.

PRO EMPTORE.

HI tituli ſequentes pendent ex ſuperiori titulo de vſucapionibus, & continent iuſtas poſſeſſionis cauſas, propter quas res vſucapitur. Ego hos titulos ſummatim complectar. Hic ergo variæ cauſæ deſcribuntur poſſeſſionis, ſine quibus res vſucapi non poteſt, de quibus diximus ad l. 3. §. genera. ſupra de acquir. poſſeſſ. has cauſas vocamus titulos. Cum dicimus rem vſucapi non poſſe ſine titulo: titulus eſt cauſa. Prima igitur cauſa eſt emptio. Iuſtus eſt hic titulus, emptio. Cum quis emit rem alienam ab aliquo bona fide, poſſidet pro emptore, non acquiſiuit dominium traditione, quia dominus non erat venditor. Ideoque non potuit in eum plus iuris transferre quàm habebat: ſed transfert in eum vſucapiendi facultatem. Requiritur omnino vera emptio. Error non excuſat eum qui putabat ſibi venditam eſſe rem quæ vendita non eſt l. 2. hic. & l. Celſus. ſupra de vſucap. Fuit diſſenſio de hac re inter veteres Iureconſultos, vt conſtat ex d. l. Celſus. Sed obtinuit ſententia eorum qui dicebant veram emptionem neceſſariam eſſe: ſi quis ergo putet ſe emiſſe, cum non emerit, ille error non proderit ei ad vſucapionem, quod intelligendum eſt niſi magna ſit & iuſta cauſa erroris. Cum valde probabilis eſt & iuſta cauſa erroris, vtputa cum mandaui ſeruo meo vt emeret & is renuntiauit mihi ſe emiſſe. l. quod vulgo. 11. hic. Sed hic bona fides requiritur duobus temporibus, quod eſt notandum. Requiritur tempore venditionis & tempore traditionis factæ, vt dicitur in l. 2. in princ. Ecce ſi is qui promiſerat rem alienam, eam mihi tradat, ſufficit me tempore traditionis in bona fide eſſe, vt dicitur in l. ſi is qui pro emptore. § vltim. de vſucap. Ego ſciebam eius non eſſe qui forte promittebat quo tempore ſtipulatus ſum, hoc non nocet vſucapioni. Cum ſtipulor rem alienam, hoc agitur inter nos vt obligeris ad rem dandam alienam, quam fortaſſis tibi licet à domino comparare, cum mihi tradidiſti: comparaſti forte ab eo qui verus dominus eſt, ſufficit. At in venditione requiritur. bona fides tempore venditionis & traditionis. Huius rei ratio & cauſa videtur eſſe frequentia huius contractus. Ideoque hoc facilius receptum eſt in emptione quàm in aliis contractibus, vt requireretur fides in emptione & tempore venditionis, & tempore traditionis, Ad hunc locum pertinet litis æſtimatio. l. 1. hic. & l. 3. Litis æſtimatio venditio quædam eſt. Ego petij à te rem meam, quia forte non habes reſtituendi facultatem quo tempore peto: damnaris à iudice ad mihi ſoluendam rei æſtimationem: ſoluis pretium, & præterea quod intereſt, hoc eſt litis æſtimatio: & hoc cauſa non minus iuſta eſt quàm titulus venditionis & emptionis, non minus vſucapitur quam ſi vere res empta eſſet.

IN TIT. V. LIB. XLI. PANDECT.

PRO HÆREDE.

ALia iuſta cauſa poſſeſſionis eſt pro hærede, cum quis poſſidet rem aliquam hæreditariam, quia

iure

iure hæres eſt. Hæres qui rem aliquam velut hæreditariam poſſidet, quæ forte aliena eſt, quæ nunquam forte defuncti fuit, propter iuſtum titulum eam vſucapit, ſed oportet eum re vera hæredem eſſe, vt dicitur in l.1.hic. ſi re vera hæres non ſit, non poterit hoc titulo rem vſucapere. Hæreditas non eſt viuentis, etſi quis me inſtituerit hæredem, ſi viuat, non poſſum dici hæres, quia hæres non eſt, non poteſt dici poſsidere pro hærede, atque ideo non poteſt vſucapere. Simile exemplum eſt in l.vlt. hic. de eo qui non eſt capax hæreditatis. Oportet igitur re vera hæredem eſſe, nec ſufficit ſi putet ſe hæredem eſſe, niſi error iuſtiſſimus interuenerit. vt ſupra diximus. Aliter ſumitur pro hærede poſſidere in tractatu de petitione hæreditatis. Poſſidere pro hærede in petitione hæreditatis accipimus eum qui contendit ſe hæredem eſſe, quamuis forte hæres non ſit. l. pro hærede. de petit. hæred. varie igitur accipitur pro materia ſubiecta. Primum animaduertendum idem dicendum eſse de iuſto errore quod diximus de aliis titulis, ſi iuſta erroris cauſa interueniat, vſucapit is qui putat ſe hæredem eſſe, etſi hæres non ſit. l. non ſolum. §. quod vulgo. de vſucap. Sed quæritur an hoc genus poſseſſionis & vſucapionis in ſuis hæredibus locum habeat? Vulgo dicitur in ſuis hæredibus locum non habere. Suus hæres, inquiunt, non poteſt dicere titulum habere pro hærede, & ſic interpretantur l. 2. tituli de vſucap. pro hæred. in Codice Iuſtiniani, ſed ego alias dixi alium eſse ſenſum horum verborum, *nihil pro hærede poſſe vſucapi ſuis hæredibus exiſtentibus obtinuit*, id eſt, quandiu ſui hæredes exiſtunt, alij non poſſunt vſucapere pro hærede: alij enim hæredes non ſunt, quandiu ſunt ſui hæredes. Alij perinde accipiunt ac ſi Imperator dixiſset ſuos hæredes non poſse vſucapere, non hoc dicit, ſed ait, nihil poſſe vſucapi ſuis hæredibus exiſtentibus, quandiu exiſtunt ſui hæredes. An autem ſui hæredes ſine poſſeſſione apprehenſa vſucapiant, nos dicemus ad l. cum hæredes. de acquir. poſſ. Quæſtio eſt an ſicut dominium ipſo iure habent rerum hæreditariarum ſine apprehenſione, ita etiam an vſucapere poſſunt.

TIT. VI. LIB. XLI. PANDECT.

PRO DONATO.

Alia poſſidendi iuſta cauſa, eſt donatio. Is cui donata eſt res aliena tanquam propria, propter titulum & bonam fidem poteſt eam vſucapere. Titulus iuſtus poſſeſſionis eſt donatio, non minus iuſtus eſt quam venditio. l.1. huius tituli. Oportet re vera donatum eſſe, nec ſufficit ſi exiſtimet ſibi donatum eſſe. Donatio autem dicitur etiam ea quæ venditionis colore velata eſt, vt dicitur in l.1. huius tituli. Aliquando venditio fit donationis cauſa. Velatur & adumbratur donatio colore & prætextu venditionis, vt videatur venditio eſſe, cum tamen ſit donatio. Nos autem inſpicimus potius quod agitur quam quod ſimulatur, quam quod ſimulate concipitur. & de eo eſt titulus in Codice, plus valere quòd agitur quam quod &c. Simulata venditio eſt quæ non eſt: ſed hic reperitur antinomia ex l. 9. in ædibus. §. vltim. ſupra de donat. *Donari non poteſt niſi quod eius fit cui donatur.* Perinde eſt ac ſi Iuriſconſultus dixiſſet donari non poſse rem alienam. res tantum propria donationis fit eius cui donatur. Ergo donatio rei alienæ inutilis eſt, ſi donatio rei alienæ inutilis eſt: quomodo prodeſſe poteſt ad vſucapionem? Nos tamen hic dicimus ad vſucapionem prodeſſe: ſed hic quædam eſt homonymia. Homonymia intellecta, difficilis non erit explicatio. Aliquando donare is dicitur qui rem accipientis facit. l. Senatus. de donat. Sed plerunque accipitur donatio in hoc titulo pro conceſſione rei etiam alienæ, per quam tamen alieno iuri non præiudicatur. Non eſt exiſtimandum eum, qui donat rem alienam, auferre proprietatem vero domino, ſed interim is qui accepit, eam rem poſſidet: & interim longo tempore poteſt vſucapere. Valet ergo donatio rei alienæ, ſicut venditio. l. rem alienam. de contrahen. empt. Is qui mihi vendidit rem alienam obligat ſe ad rem tradendam, ſi non poſſit in me transferre dominium eius rei, is qui obligatus eſt, ſoluit mihi id quod intereſt. Non valet autem hypotheca rei alienæ, quia qui hypothecæ dat, obligat rem, non perſonam ſuam, ſicut qui vendit. Itaque noceret domino ſi hypotheca valeret rei alienæ. Eadem ratione videtur dixiſſe donationem non valere in l. In ædibus. §. vltim. qua ius conſtitutum eſt de obligatione rei alienæ. Plerunque ita donat aliquis vt non obliget perſonam ſuam. Ecce qui dicit eam rem tibi dono, non obligat ſe ad tradendam rem: nam rem tradit, nec re euicta poteſt conueniri. l. Ariſto. de donat. niſi dolus interuenerit. Vnde Iureconſulti exiſtimauerunt niſi res fiat eius cui donatur, donationem non eſſe, ſed etiam conceſſionem rei alienæ exiſtimauerunt donationem eſse, cum agitur de tit. pro donato.

TIT. VII. LIB. XLI. PANDECT.

PRO DERELICTO.

Si quis poſſideat rem aliquam quæ ab alio derelicta eſt, dicitur etiam iuſta eſse poſseſſionis cauſa, & ea cauſa prodeſt ad vſucapionem. Et animaduertendum eſt ſi res derelicta ſit ab alio qui eius rei dominus ſit, eam ſtatim occupantis fieri. l. 1. pro derelict. quia iiſdem &c. Idem in l. ſi id quod 5. §. vltim. hic. ſicut cum quis mihi vendit rem cuius dominus eſt, ſtatim acquirit mihi dominium traditione: ſed ſi dominus non ſit is à quo res derelicta eſt, non ſtatim fit occupantis. l. 4. hic. ſed poteſt is qui occupauit vſucapere. Sed oportet rem vere derelictam eſse: non ſufficit opinio eius qui occupauit. l. nemo. 6. hic. Sed quid eſt rem derelinquere? Quid ſit rem derelinquere quæſtio magis facti eſt quam iuris. Eo animo oportet rem amitti vt omnino abiiciatur. Vnde is qui abiicit merces in mare, non videtur derelinquere. §. vltim. Inſtit. de rerum diuiſione, ſed potius vt ſalua ſit nauis. l. ſi quis merces. 7. hic. quæſtio tractatur in l. vltim. huius tituli de eo qui negat alimenta, & dicitur eum intelligi pro derelicto habere.

TIT. VIII. LIB. XLI. PANDECT.

PRO LEGATO.

Iuſta eſt etiam cauſa & iuſtus titulus poſseſſionis pro legato. Si res aliena legata ſit, legatarius poterit eam vſucapere. l. 4. hic. Hoc verum eſt ſi vere legata ſit, vel ſi iuſta ſit cauſa erroris. l. vltim. hic. Magna fuit de hoc errore quæſtio & controuerſia apud veteres. l. Celſus. de vſucap. Sed hoc obtinuit. Poſt magnam varietatem cum eſt probabilis cauſa erroris, habetur res legata, etſi res legata non ſit. l. 2. & 4. hic. l. vlt. hic.

TIT. IX. LIB. XLI. PANDECT.

PRO DOTE.

Titulus etiam iuſtus eſt poſseſſionis pro dote, cum quis rem vt dotalem poſſidet. Vlpianus vocat

eum titulum iuſtiſſimum. Ego hanc quæſtionem de vſucapione dotis tractaui nudius tertius ad l. Pomponius. ſupra de acq. poſſ. Ego dixi ſi mulier dederit marito in dotem rem alienam vt propriam, maritum eam poſſe vſucapere. Eſt enim poſſeſſor fictione iuris, intelligitur & dominus & poſſeſſor eſſe, & vſucapit ad commodum ſuum quandiu durat matrimonium, ſoluto autem matrimonio ea vſucapio cedit commodo vxoris: vſus ſum argumento ex l. ſi alienam. 3. de donatione cauſa mortis. Cum res aliena donata eſt interim eam vſucapit donatarius, ſed reſoluta donatióne ea vſucapio non prodeſt donatario, ſed donatori potius.

TIT. X. LIB. XLI. PANDECT.

PRO SVO.

Titulus eſt etiam iuſtus pro ſuo. Pro ſuo autem poſſidere dupliciter quis dicitur. hoc verbum & generaliter & ſpecialiter accipitur. Quandoque dicitur poſsidere pro ſuo quiſquis poſſidet ex quacunque cauſa ex qua dominium acquiritur. l.1. huius tituli: veluti ex empto, ex legato. Specialiter autem dicitur pro ſuo poſsidere, cum iuſta eſt cauſa poſſeſſionis, ſed alius titulus deficit, conſtat iuſtam eſſe cauſam poſſidendi, l.2. hic. l.1.2.& 3. ſupra de acquir. rer. dom. Quæ in cœlo, terra marive capiuntur fiunt occupantis. Quid ſi forte gemma quæ inuenta eſt in littore maris, erat aliena? credebam eam nullius eſse in bonis. Proderit mihi ea poſſeſsio ad vſucapionem, acquiritur mihi facultas vſucapiendi, ſicuti ſi in nullius bonis eſſet, ſtatim eius dominium mihi acquireretur. Is etiam poſſidet pro ſuo, qui iuſto errore ductus pro ſuo ſe putat poſsidere.

TIT. PRO SOLVTO.

In quibuſdam codicibus titulus Pro ſoluto præcedit titulum pro emptore, ſed in veteribus codicibus, maxime in Pandectis Florent. nullus eſt ſpecialis titulus pro ſoluto: & poſt titulum de vſucapionibus ſequitur titulus pro emptore. Et quæ leguntur in libris noſtris, ſub titulo pro ſoluto in Florentinis Pandectis pars ſunt tituli de vſucapionibus. Quia pauca ſcripta erant de hoc titulo pro ſoluto, non eſt viſum neceſſe proprium titulum de eo conſcribere, veluti in l.1. pro ſolut. Sed dixerit aliquis, hic titulus non videtur neceſſarius: quia ſemper præcedit aliqua cauſa poſseſsionis, puta emptio vel legatum. Ergo ſufficit ille titulus vel emptionis, vel legati. Cur ergo dicitur eſse ſpecialis titulus pro ſoluto? Hoc ideo fit, quia aliquando res alia quam quæ debetur ſoluitur, ſi ſit aliena non mea: qui ſoluo tibi, in te transfero facultatem vſucapiendi, veluti alium librum quam eum quem tibi vendi, in ſolutum do. in l. ex cauſa. Cod. de vſucap. Pro emptore dicitur ex cauſa tranſactionis rem poſse vſucap. In Digeſtis nulli ſunt alij tituli ſpeciales præter hos quos enumerauimus, quòd quemadmodum accipiendum ſit tractatur in l. ſi pro fundo. 33. Cod. de tranſact. Res etiam iudicata titulus iuſtus eſt poſseſsionis, vt diximus ad l. 2. Pomponius. & l. iuſte poſsidet. ſupra de acquir. poſs.

FRANC.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLII. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM.

AD TIT. I. DE RE IVDICATA.

PRAEFATIO.

DVABVS de cauſis ſuſcepi interpretandum hunc tractatum De re iudicata: primum me mouet vtilitas materiæ, qua in fora, & Iudiciis nulla eſt frequentior & magis vſitata: Deinde cogitaui ſtudioſiſſimum quemque à me expectare vt locos iuris noſtri obſcuriores declarem, non vt conſumam tempus in iis qui leuiores ſunt, & lectionem tantum deſiderant. Nam vix vlla pars eſt iuris ciuilis in qua nodi reperiantur difficiliores, quàm in hoc tractatu, qui ad res iudicatas pertinet: in cuius interpretatione perſequar ſingula capita, quo deſcripta ſunt ordine à compoſitoribus Pandect. ſicut à me factum eſt ſub tit. de legatis. Quæſtiones omnes quæ ad rem pertinere videbuntur, accuratè tractabo: ſed more meo & omiſſis inutilibus argutiis, quibus fere libri aliorum referti ſunt. Ac ſpero fore vt ex labore diligentiáque noſtrà auditores attenti atque aſſidui fructum minimè vulgarem capiant.

PRÆLECTIO. I.

INSCRIBITVR hic tractatus De re iudicata & de effectu ſententiarum, & de interlocutionib. iudicum, &c. Et complectitur ea quæ ſub variis titulis deſcripta extant lib. 7. Cod. tit. quom. & quan. iud. tit. de ſent. & interloc. & pleriſque aliis, &c. Pro huius explicatione videndum eſt in primis, quid ſit res iudicata. Eſt enim declaranda vis verborum in initio cuiuſque diſputationis, propter rudiores, quibus etiam nos conſulere oportet: ignoſcant mihi cæteri, qui magis promouerunt in ſtudio iuris ciuilis. Sequentur paulo poſt alia capita, in quibus ſpero me iis ſatisfacturum eſſe. Ait Modeſt: *Res iudicata.* Quibus verbis oſtendit non quauis pronuntiatione iudicis rem iudicatam intelligi, ſed cum finitur lis, &c. & à tota controuerſia receditur. Huc pertinet quod dicitur in l. qualem. 19. §. dicere. ſupra de arbit. Dicere ſententiam exiſtimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, vt diſcedere eos à tota controuerſia velit. Ex quo apparet interlocutionem iudicis proprie ſententiam non eſſe, nec pro re iudicata habendam eſſe. Ac in inſcriptione hac noſtra diſtinguitur interlocutio à ſententia & re iudicata: ſicut & in tit. Cod de ſentent. & inter. omn. iud. Interloqui enim dicitur iudex eum aliquid pronuntiat pertinens ad præparationem cauſæ, magis quam ad deciſionem, d. l. qualem. §. dicere. de arbit. Iudex iubet litigatores adeſſe calendis, mox idibus, &c. hanc pronuntiationem vocare ſolent Iureconſulti interlocutionem. Cod. de ſentent. & interlocut. &c. Iuſtin. διάλαλιαν vocat, Nouel. 112 de litigio. περὶ τῶν διαλαλιῶν. Item pronuntiatio quæ poſt ſententiam fit in executione, recte dicitur Interlocutio, l. à diuo Pio. §. in venditione. hic. Interloqui autem dicitur iudex, quaſi interim loqui, id eſt, dum fuerit ſententia dicta, vel executio facta: ſicut interdictũ pleriq; dici exiſtimant, quaſi interim dictum, interpret. & Pauli ſententia. lib. 5. tit. de interdict. Nã in interdictis pronũtiatur de poſſeſſione, nec deciditur lis quæ de proprietate eſt vel eſſe poteſt. Interdicta ferè præparãt cauſam, vt dicitur in l. 1. §. vlt de aqua quot. Sed de interdictis diſputatio eſt alterius loci: hoc tantum meminiſſe nos oportet. Sicut pronuntiatio de poſſeſſione in interdictis præiudicium non facit proprietati, ita interlocutio cauſam plerunq; non perimit, l. poſt ſententiam. C. de ſent. & interloc. cur autẽ lex dicat, plerũq;, dicemus ad l. quod iuſſit, & alibi. Hic quæri ſolet an pronuntiatio iudicis de poſſeſſione poſſit dici res iudicata, vel ſententia diffinitiua. In hac quæſtione expendenda eſt definitio Modeſt. Si principaliter de poſſeſſione actũ ſit, vt hodie fit, non video cur res iudicata dici non poſſit: quoniam terminatum id eſt, de quo principaliter agebatur in iudicio: non agebatur de proprietate, ſed de poſſeſſione. Si vero inciderit quæſtio de poſſeſſione, & pronuntiatũ ſit ordinãdæ litis gratia, erit interlocutio, &c: vt in l. exitus. 35. de acq. poſſeſ. Ex iam dictis apparet, appellatione ſentẽtiæ, aut rei iudicatæ proprie nõ contineri interlocutioné. Proprietas ſermonis cognoſcitur ex vſu. l. Labeo. de ſupell. leg. Vſum hic intelligimus nõ vulgi, ſed iuriſperitorum. Nã alij hæc nũ adeo ſubtiliter diſcernũt: quinimo & ipſi autores iuris plerunq; abutũtur his verbis, & ſententiã vocãt diffinitiuã, & interlocutionẽ paſſim ſub tit. C. de ſent. & interlocut. omn. iudic. Vnde quæritur ſi reperiatur mentio ſententię, an intelligi debeat de diffinitiua, an de interlocutoria. Ego ſæpe admonui tales quęſtiones nõ poſſe in vniuerſũ diffiniri. Expẽdẽda eſt diligẽter quæque ſpecies propoſita. Conſiderãda ſũt ea, quæ alias à nobis tradita ſunt de explicatione ambiguitatis ſub tit. de legib. Hac via poterit homo iudicio mediocri pdit⁹ vide

te quid iudicandum ſit in quaque ſpecie: quid acciderit. Qui hoc non animaduertunt, accumulant quæſtiones quæſtionibus, & confundunt omnia atque obtuſũt verius, quàm docent. Sequens quæſtio eſt, An aliud ſit res iudicata, quàm ſententia: de qua re magna eſt apud interpretes contentio. Sed vitanda eſt in omni diſputatione λογομαχία inanis, vbi de verbis contentio eſt, magis quàm de rebus, ſicut fere hic accidit. Modeſt. noſter oſtendit cauſam ipſam, & litem, quæ deciditur, rem iudicatam dici magis, quàm pronuntiationẽ, &c. Res pro cauſa & lite interdũ accipitur. l. 5. de verbor. ſignificat. l. 1. de trãſact. Cice. pro Mure. Huc pertinet quod ait Cice. lib. 2. de Inuent. Iudicatũ eſt id de quo alicuius, aut aliquorũ ſententiis cõſtitutũ eſt: ſẽtẽtia eſt ipſa pronuntiatio iudicis, ſic dicta, quia quod ſentit, pronuntiat. Sed quia hæc ita cõiuncta ſunt, vt ſeparari nequeant, alterum pro altero interdum accipitur per metonymiam quandam: vt cum dicimus executionem rei iudicatæ, titul. Cod. de executio. rei iudic. Rebus iudicatis parendum eſſe, l. 1. de re iudic. Cod. Primo iudicis ip[?]ſa ac ſententiis res inter alios iudicatas, aliis non nocere. Cod. quibus res iudic. non noc. Alij plerique hic diſtinguunt rem iudicantem à re iudicata, ſed inepte. Vere quidem loquuntur, ſed non aptè nec appoſite ad docendum. Quæritur de pronuntiatione arbitri compromiſſarij: an ſententia recte dicatur? Dicitur ſententia, ſub titul. de arbitr. Imo in ipſo prætoris edicto, *Sententiam dicere cogam.* Nec vllum eſt aliud nomen Latinum, quo appelletur hæc pronuntiatio laudum: quo enim vocabulo vtuntur Itali doctores barbari, & ineptum eſt: dicendum tamen eſt rem iudicatam non eſſe ex definitione Modeſtini. Mode. loquitur de pronuntiatione iudicis, non arbitri compromiſſarij. quanquam arbiter pro iudice nonnunquam accipitur, & contra, vt dicam ad l. à Diuo Pio. in princ. Hinc Paul lib. 5. ſent. tit. 5. Ex compromiſſo iudex ſumptus rem iudicatam non facit. Vlpianus in l. quid ergo. § ex compromiſſo. de his qui not. infamia. Ex compromiſſo arbiter infamiam non facit quia non per omnia ſententia eſt. Ex ea ſententia non naſcitur actio iudicati, nec exceptio l. 1. Cod. de rece. l. 2. ff. eo. niſi in caſibus exceptis, l. 4. & l. 5. Cod. eo. Eſt ergo hic homonymia quædam: nam aliter accipimus hic ſententiam, cum loquimur de arbitro, & cum loquimur de iudice.

Alia quæſtio eſt, an res iudicata recte dicatur, ſi appellatum ſit, vel appellari poſſit. Variæ ſunt opiniones. Puto non male dici rem iudicatam ex Modeſtino, quia iudex finit negotium quantum in ipſo eſt. Spectatur conſilium iudicis, arg. dict. leg. qualem. §. diecte. hic. Video iuris auctores ita loqui, l litigatoribus. Cod. de appell. Litigatoribus licet appellare illico viua voce, cum res popoſcerit iudicata. Interdum dicitur res iudicata quæ nullo remedio attentari poteſt. l. eleganter. §. 1. de cond. indeb. Cum dicimus poſt rem iudicatam tranſigi non poſſe: quaſi non videatur finis impoſitus, &c. In priore ſignificatione ſpectatur factum iudicis, in poſteriore ſpectatur quod euenire poteſt. Sic accipiendum illud quod ait Cic. pro Silla, Rebus iudicatis rempub. contineri, ne reſcindantur iudicia, à quibus prouocari non poteſt. Hac ratione videtur diſtingui tit. de re iud. à titul. de ſentent. in C. Huc etiam pertinet vulgare illud ex iure pontificio: Poſt decem dierum ſpatium ſententiam tranſire in auctoritatem rei iudicatæ, c. quod ad conſultationem. de re iud. Et hæc hacten⁹ de homonymia: de re ipſa quid iudicandum ſit, breuiter dicam. Certum eſt appellatione nihil nouandum eſſe, tit. nihil innoua. appel. nec intra id tempus, quod datur ad appellandum, c. non ſolum, de appell. in 6. Hic eſt effectus iuris, quocunque nomine res appelletur. Nam de nominibus nos non admodum ſolicitos eſſe oportet, auctore Platone. Vnde dicitur appellationis remedio extingui pronuntiatum, l. 1. §. vltim. ad Turpil. Alibi tamen dicitur ſuſpendi ſententia, l. ſi cauſa cognita. C. de tranſact. cap. venientes, de iureiur. Sed nulla hic eſt repugnantia in re, diuerſitas quædam eſt in ratione loquendi. Qui dicunt extingui, habent rationem ſtatus præſentis. Non habet maiorem vim ſententia, quàm ſi omnino lata non eſſet, l. 1. nihil innou. appel. l. furti. de his qui not. inf. l. ſi quis filio. §. hi autem. Qui dicunt ſuſpendi, reſpiciũt ad futurum euentum: incertum eſt an iudex appellationem confirmaturus ſit, &c. Quæritur apud Accurſ. ex qua ſententia detur actio iudicati, an ex ſententia confirmante, an ex confirmata? Sed remotior eſt hæc quæſtio à propoſito: tractabimus eam loco magis idoneo. Ex iam dictis obſeruandum eſt, cur exceptio rei iudicatæ vulgo dicatur litis finitæ exceptio: nam res iudicata ad finiendas lites pertinet. Qua ratione quidam putant non improbabiliter poſitum eſſe hunc titulum poſt tit. de vſucapion. Cice. pro Cæcin. ait vſucapionem eſſe finem periculi & ſolicitudinis litium. Huius exceptionis hæc eſt vis, vt impediat litis conteſtationem. l. eleganter. §. ſi quis poſt. de condict. indeb. Sicut & exceptio iuriſiurandi, & tranſactionis, c. 1. & 2. de litis conteſt. in. 6. fines non procedendi vocant pragmatici in foro. De ratione pronuntiandi. Condemnatio aut abſolutio neceſſaria eſt. leg. præſes. C. de ſent. & interloc. quibus verbis hoc fiat, dicemus ad leg. in ſententiis. hic. Duo interim obſeruanda ſunt, vnum eſt de præiudicio, in quo non requiritur condemnatio. Theoph. §. præiudiciales. inſtit. de act. ſcripſi lib. 2. diſp. c. 2 alterum, iudices pronuntiabant interdum de facto, interdum de iure: ſcripſi lib. 1. diſp. c. 41. l. 1. quæ ſent. ſine appellat. Dicam ad l. cum probabilis. hic. Imo pronuntiabant tibi videri de interdicto vti poſſidetis.

Ad l. Qui pro tribunali.

PRÆLECTIO. II.

PRo declaratione huius cap. videndum eſt de tempore iudicati, intra quod tempus iudicatum facere debeat reus. In Digeſtis fit mentio tempor[?]s quod reis indultum eſt poſt condemnationem, vt in l. ſi debitori. de iudic. vbi certum tempus non exprimitur. Quæ lex ex hoc tractatu ſumpta eſt: inſcriptio eius legis id oſtendit, Vlpian. lib. 70. ad edict. à 50. ad 70. tractatum fuit de re iudicata, &c. Inſcriptiones id demonſtrant ſub hoc tit. At videtur inſcriptio huius cap. Vlpian. lib. 66. ad edict. etſi in quibuſdam libris legitur, 6. ad edictum. Alius eſt locus in leg. ſi eum militi. de compenſ. humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis. *Solutionis iudicati dilatio.* Non fit certi temporis mentio in l. debitoribus. 31. infra hoc tit. duo menſes dantur non ad ſoluendum ſed ad vendenda pignora. Aliunde igitur diſcendum eſt quodnam hoc tempus fuerit. In 12. tabulis reperitur ſtatutum tempus triginta dierum. Gellius lib. 20. ca. 1. Aeris confeſſi rebúſque iure iudicatis, triginta dies iuſti ſunto. Poſtea auctum eſt hoc tempus, & ſtatutum eſt tempus duorum menſium, l. vlt. C. de vſur. rei iudic. Antiquitas, inquit, reis condemnatis laxamentũ duorum menſium præſtabat. Huius bimeſtris laxamenti mentio eſt in C. Theod. lib. 4. tit. 17. de vſur. rei iudic. tandem Iuſtin. conceſſit tẽpus quatuor menſium, dict. leg. vlti. Eſtque ius hoc nouiſſimum de hac re: verum moribus cuiuſque loci, ſtatutis, & edictis varie coarctatum eſt: adeo vt conſtitutio Iuſtinia. parum vſitata ſit. Et animaduertendum eam conſtitutionem locũ nõ habere in actione in rem. Nam in ea ſtatim fit executio & reſtituere cogitur reus rem alienã, quam poſſidet.

Iuſtin.

Iuſtin. loquitur de eo qui damnatus fuit ad ſoluẽdum. Solutionis verbũ non conuenit rei vindicationi: nec loquitur de vſuris. Quæritur, an tempus hoc legitimũ poſſit mutari, aut longius aut breuius tempus dari? Ait Vlpian poſſe ex cauſa, ſed parce, & raro tempus coarctandum eſt, non niſi ex magna & graui cauſa. Oppo. l. 4. §. ſi quis condemnatus. hic. Variæ ſunt opiniones, quas neceſſe non eſt hic referre. Exiſtimo diuerſa hæc eſſe magis, quàm contraria. Nam Vlpia. in l. noſtra loquitur non de quouis iudice, ſed de eo qui pro tribunali cognoſcit: huiuſmodi eſt Prætor vrbanus, qui iuriſdictioni præeſt: hic cognoſcit plerunque extra ordinem, tit. de extraord. cog. quamuis aliàs iudices det litigantibus magis, quàm iudicet. Dixi ſuperiore loco, ſub tit. de iuriſdict. Iudex datus à Prætore priuatus eſt, nullum imperium habet, ac ne iuriſdictionẽ quidem. Quare ſententiam ſuam non exequitur, l. à diuo Pio. in princ. hic. Ideo non poteſt præfinire tempus magiſtratui, ad quem pertinet executio. Simile eſt quod alias notaui ad explicationem l. qui iuriſdictioni. de iuriſdict. l. in priuatis. 77. de iudic. Scripſi lib. 1. Diſput. cap. 51. & fuſius declaraui ſub tit. de iuriſdict. Supereſt, vt diſſentientium argumenta expendamus: primo delegatus fungitur vice delegantis, l. 1. §. qui mandatam de offic. eius cui manda. eſt iuriſdi. ergo idem poteſt, &c. Reſpondeo falſum id eſſe quod pro certo aſſerũt, ſententiæ ſuæ confirmandæ cauſa. Iudex datus non fungitur vice magiſtratus qui dedit, &c. nec imperiũ habet nec iuriſdictionem, arg. l. à diuo Pio. hic. differt ab eo, cui mandata eſt iuriſdictio. Secundo, poteſt in minorem ſummam, aut maiorem condemnare: ergo & breuius, vel longius tempus ſtatuere. nam eſt eadem ratio temporis, quæ rei aut quantitatis. §. plus autem. Inſt. de act. Reſpõdeo iudici dato non licere à formula ſibi præſcripta recedere. Scripſi ad l. iuriſgentium. §. 1. de pact. quod ab iis intellectum non eſt, qui hoc argumento vtuntur. Tertio, arbiter compromiſſarius iubet intra certum diem ſolui. l. ſi cum dies. §. vltim. de arbi. ergo & iudex datus. Reſpondeo, diſſimilia hæc eſſe: longe enim diſſimilis eſt arbiter compromiſſarius iudici dato, id ſatis oſtendit locus Senecæ lib. 3. de benefic. Melior videtur conditio cauſę bonę, ſi ad iudicem, quàm ſi ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos nõ excedat, terminos ponit: huius libera, & nullis aſtricta vinculis religio, & detrahere aliquid poteſt, & adiicere, & ſententiam ſuam nõ prout lex, ſed prout humanitas, aut miſericordia impulit, regere. Satis probatum arbitror, iudicem datum non poſſe ſententia ſua tempus moderari, &c. Poteſt tamen id magiſtratus, qui pro tribunali cognoſcit. Sed cauſæ cognitio hic requiritur. Bartol. & alij conantur enumerare cauſas propter quas iudex poteſt hoc tempus moderari, &c. Sed hæc non poſſunt generaliter diffiniri, quę conſiſtunt in ſola æquitate, l. de acceſſionibus. inſt. de diuerſ. temp. præſcrip. Totum hoc committitur arbitrio iudicis, qui de eo ſtatuet, conſideratis diligenter omnibus circumſtantiis, vt hic dicitur, & in l. nonnunquam. ſupra de iudic. Quæſtio eſt, an idem dicendum ſit de quouis alio tempore legitimo. Exempli gratia, decem dies dantur ad appellandum. Nouel. de appel. annus ad perſequendum. Cod. de tempor. appel. quadriennium, &c. l. vlt. C. de tempor. in integ. reſtit. Magna hic eſt varietas opinionum: alij ſcriptum tuentur, alij pro æquitate pugnant. Vtraque pars tot defenſores habet, vt vix poſſit diſcerni, vtra ſit magis recepta. Qui contendunt hoc tempus non poſſe mutari, his fere argumentis vtuntur. Primo quia nulla lege id cautum reperitur: Prætoris factum iuri derogare non oportet, l. 1. ſupra de feriis. Secundo adducitur l. 5. C. de adult. vbi dicitur, Præſcriptiones legibus teis datas auferri non oportet. Tertio adducitur l. nemo. C. de temp. appel. vbi tempus illud ne reſcripto quidem prorogatur. Contraria opinio, quam ego veriorem puto, defenditur his argumentis: primum argumentum ducitur ex lege noſtra, vbi tempus legitimum iudex ex cauſa moderatur, &c. Et ineptum eſt quod alij dicunt ſpecialiter id conſtitutum eſſe de tempore dato ad ſoluendum. Non enim lex eſt, aut conſtitutio, ſed interpretatio prudentum: quam imitari debemus in iure interpretando. Æquitas illa ſiue ἐπιείκεια à nulla parte iuris ciuilis ſeiungi debet, l. 1. de iuſt. & iur. l. placuit C. de iud. Deinde occurrunt exempla, in quibus iudici idem permiſſum reperitur. Nec de eo dubitatur, cum lex non ſtatuit tempus ſimpliciter, ſed iubet ſtatui à iudice. vt in l. ad peremptoriũ. de iudi. l. 2. C. de dilat. l. oratione. de feriis. Idem obſeruatur & cum lex ſimpliciter ſtatuit tempus, &c. vt in tẽpore exceptionum opponendarum. l. exceptionem. Cod. de probat. l. peremptorias. C. ſent. reſcind. tamen hoc tempus mutatur arbitrio iudicis, cap. paſtoralis. de exceptio. ſi iudex animaduertat malitioſè differri oppoſitionem exceptionum, & probandæ litis gratia. Aliud exemplum in tempore ſtatuto ad agendum, l. ſicut. l. cum nouiſſimi. C. de præſcrip. 30. anno. Inſtitut. de perpet. & temp. Poteſt tamen ex cauſa præſtitui aliud tempus. l. diffamari. C. de ingen manumiſſ. l. cum Titia. de accuſ. Alia exempla breuitatis cauſa omitto. Ex his apparet iudicem poſſe æquitate & vtilitate ſuadente tempus lege præſtitutum mutare, id eſt, quatenus æquitas & ratio id patitur. Exempli cauſa, Tempus datum ad appellandum non poteſt ita coarctare, vt legem dicat ſuperiori. cap. ex inſinuatione. de appel. vt iubeat cauſam iudicati intra, &c. ſed ſtatuet tempus, intra quod reus ſe præſentet iudici, & appellationẽ perſequatur. Id enim fit ſine offenſa ſuperioris, c. oblatæ. de appel.

Ad l. Qui damnare.

PRÆLECTIO III.

Sententia valet ab eo lata, qui iudicandi habet poteſtatem. C. ſi à non compet. iud. leg. ait Prętor hic. Iudicandi ſic accipimus, condemnandi & abſoluendi, leg. ſup. eo. Sed quid ſi data ſit facultas iudici condemnandi tantum? Exempli gratia, Prætor dedit iudicem & formulam ita concepit: Si paret Titium dare oportere condemnationem, an poſſit abſoluere? Dubitatio naſcitur ex eo, quod dixi in vltima lectione de præſcripto formulæ, a quo recedere non licet, ait Paul. poſſe abſoluere. Nam eadem eſt ratio abſolutionis, licet expreſſum id non ſit. Prætor qui alterum concedit, intelligitur tacite & alterum permittere. Hoc exẽplo ideo vſus ſum, quia mihi videtur hoc cap. ſumptum ex leg. cum Prętor. de iudic. Oſtendit inſcriptio vtriuſque cap. Paulus libro decimoſeptimo ad edict. in l. cum Prætor. agitur de iudicib. dãdis à Prętore: Qui dare poſſunt, qui dari, & quõ. Coniũcta etiã fuerũt cũ hoc duo alia cap. huius tit. l. Põponius. 36. l. inter pares. 38. hic. vbi quæritur an valeat ſententia lata ab vno, ſi ſint plures dati iudices: ſed hoc declarabimus, cum peruenerimus ad eum locum. Huc pertinet l. nemo. de reg. iur. Nemo qui condemnare poteſt, abſoluere non poteſt. Sic legitur in Florentinis, in aliis aliter. Lectio Florent. eundem habet ſenſum quem lex noſtra: nemo non abſoluere poteſt qui condemnare poteſt: id eſt, quiſquis condemnare poteſt, is abſoluere poteſt. Eſt autem ea regula ex Vlpia. lib. 51. ad Sabin. & Coniũgi debet cum aliis aliquot locis, in quib. eadem reperitur inſcriptio, l. eum qui. ſup. de iuriſd. l. ſi locus. 58. de iud. l. iudex. hoc tit. In quibus omnibus quæritur

de officio,& poteſtete iudicis. Opp.huic regulæ. Ex ea colligi videtur: Nocentem damnare poſſum, ergo & abſoluere. Sophiſticum eſt: regule ad perſonam iudicis refertur. Non ita dicimus, quem poſſum damnare, vel ex qua cauſa poſſum damnare: ſed ita qui poteſt damnare. Huic regulæ affines ſunt quædem aliæ, veluti hæc, Eius eſt nolle qui poteſt velle, leg. 3. de regulis In quibuſdam legitur. Non nolle: ſed locus vnde ſumpta eſt regula, indicat legendum ebſque negatione. Sumpta eſt ex leg.4. de ecquirenda hæreditate. Nolle edire hæreditatem non videtur, qui non poteſt. Vlpian.lib.3.ed Sabinum, Alia eſt huic affinis regule in leg.qui vetante. §.eius.de regulis iuris. Eius eſt actionem denegare qui poſſit & dare. Sicut ſe habent condemnare,& ebſoluere in iudice deto: ita in magiſtratu actionem dare,& ectionem denegare. Cum enim permittitur magiſtratui actionem dare, permittitur ei & denegare. Quæritur an viceuerſa, qui poteſt abſoluere, poſſit & condemnare? Reſpondeo non tam facile hoc edmittendum eſſe: fauorabilior enim eſt abſolutio, quàm condemnatio. leg. fauorabiliores. de reg. iur. leg. Arrianus. de obligat.& actio. leg abſentem. de pœnis. Et ſane caſus reperiuntur, quibus licet ei abſoluere, cui non licet condemnere. Vnus eſt in leg. quoties. §. edeo. Codic. vbi ſenator. vel clariſ. Non poſſunt damnari, niſi conſulto principe, & temen poſſunt abſolui. Ratio diuerſa eſt condemnationis, & abſolutionis, propter eorum dignitetem & amplitudinem. Alius caſus eſt in Nouel. 83. vt cler. apud propr. epiſc. Magiſtratus clericum non poteſt ob erimen damnere, niſi prius fuerit exauctoratus, & degradatus ab epiſcopo ſuo: Et tamen abſoluere poteſt, inconſulto epiſcopo. Ex his apparet non recte colligi ita: Non poteſt condemnere, ergo non poteſt abſoluere. Nec obſtat huic ſententiæ l. ſolent. de offic. proconſul. Legatus non poteſt reos liberare, quoniam apud eum accuſati non poſſunt: quie nullam habet cognitionem: in ſuperioribus caſibus poſſint eccuſari apud magiſtratum. Ex iam dictis naſcitur quæſtio vſitate hoc tempore, pertinens ed interpretetionem conſtitutionis Clementinæ de hæreticis. Iure veteri poteſt epiſcopus cognoſcere, & ſententiam ferre ſine inquiſitore, & contra, cap. perdere. de hæret. in 6. Clementina derogat iuri antiquo, & ſtatuit, vt alter ſine altero non poſſit ſententiam ferre contra reum hæreticæ impietatis, de abſolutione nihil dieit: Quæritur an poſſit abſoluere? Variæ ſunt opiniones. quidam enim putant ne abſoluere quidem poſſe, &c. Nam etſi ebſolutio nominatim prohibita non ſit, tamen ex mente conſtituentis tacite prohibita intelligitur, quia eedem eſt ratio ebſolutionis & condemnationis. Lex noua eadem quoque correctoria extenditur interpretatione ad caſus ſimiles. Similes aliqui caſus ſunt ſecundum ius antiquum, not. ad leg. ſi quis ſeruo. Codic. de furt. Alij exiſtimant ebſoluere in hoc caſu licere, quibus ego magis aſſentior. Mouet me in primis quod poſterioris conſtitutionis euctor nullum verbum facit de abſolutione, ſed tantum de condemnatione. Ergo in ebſolutione ſeruandum erit ius entiquum, leg. præcipimus. Codic. de appel. Nec verum eſt quod dicunt eandem eſſe rationem abſolutionis, &c. Nam fauorabilior eſt abſolutio, vt iam oſtendi, leg. abſentem. de pœn. cum aliis ſimilibus. Pleriſque ex cauſis licet abſoluere, quamuis condemnare non liceet.

Ad l. Si ſe non obtulit.

PRæcipuus effectus rei iudicatæ eſt executio eiuſdem. Huius executionis cauſa prodita eſt actio, quæ dicitur iudicati, de qua dicemus ad leg. miles. infra hoc titulo. Datur hæc actio contre reum, qui damnatus eſt, &c. Inde quæritur ſi damnatus ſit procurator, &c. Nem ſententia fertur in procuratorem. l. 1. C. de ſent. & interloc. Sed tamen hic dicitur non teneri eum ectione iudicati, Iniquum eſſet enim eum teneri, qui non litigauit nomine ſuo, ſed alieno. l. 1. de procur. Additur exceptio, niſi ſe obtulerit. Idem dicitur de tutore, curetore, actore, ſiue ſyndico. Obſerue procuratorem non teneri. Videtur tamen nec iure teneri, ſed propter æquitatem competere exceptionem. l. ſi procurator. 28. de procur. Procurator agens actione iudicati ſummouetur exceptione, Idem dicendum eſt de procuratore, qui contraxit, &c. l. vlt. de inſt. act. Nec obſtat l. procuratori qui pro euictione. 67. de proc. loquitur de eo, qui fidem ſuam obſtrinxit. Non obſtat etiam l. ſeruum Titij. 49. ſup. mand. Loquitur de eo qui rem ſuam pro aliena vendidit mandatu alterius. Ait obſtrictum emptori eſſe, quamuis quaſi procurator vendiderit. Excipitur is qui ſe liti obtulit, qui procurator dicitur non proprie, ſed per abuſionem. l. 1. ſupr. de proc. Nam hic decipit actorem, qui nullam eo nomine ectionem habet aduerſus dominum, qui nullum mandatum habens, vltro ſe ingerit, & offert iodicio. facit l. eum qui. 46. de minor. Qui ex voluntete minorem defendit in iudicio, conueniri poteſt nec prodeſt ei ætas, &c. hoc accipe niſi errore ductus id fecerit, putens ſibi mandatum eſſe. l. Plautius. 61. de procur. Item niſi ſciebat actor eum non habere mandatum, &c. l. qui ſe litl. 45. de petit. hæred. Actor iſto modo non eſt deceptus: Alias poteſt coueniri is, qui ſe obtulit. Ex quo epparet iudicium omnino nullum eſſe cum falſo procuratore, leg. licet. Cod. de proc. nocet enim procuratori falſo, quamuis non noceat domino, niſi ratum habuerit. leg. 3. §. falſus rem ratam habe. leg. licet. 56. ſupr. de iudic.

PRÆLECTIO IIII.

DIxi procuratorem non teneri actione iudicati, Addidi exceptionem, Si ſe obtulit liti, &c. Alia except. eſt, ſi ſit procurator in rem ſuam, l. Plautius. ſupra de procur. Nem hæc conſtitutio procuratoris non vera eſt, ſed imeginaria. Ortum habet hæc ſubtilitas ex veteribus formulis iudiciorum. Actiones non transferuntur, ſicut res corporales: Quie impetranda eſt actio à Prætore, qui dat ectionem ex formule edicti ſui, &c. huc pertinet leg. 1. 23. ſupra. pro ſoc. leg. planè famil. erciſc. Simile eſt quod elias ennotaui ad lib. 1. ff. de emanc. Lex vetus hæc erat: Si pater filium tervenundedit, filius à Patre liber eſto. Vlpianus in Inſtitu. titu. 10. Declarat planè & copioſè Dionyſ. Halicar. liber. 2. antiq. Rom. Vnde ortus mos triplicis venditionis, manumiſſionis in emancipetione. Caius, Vlpian. Theop. in Inſtitu. ſuis facta eſt veluti quædam fraus legi, vt faciunt nonnunquam Iureconſ. propter vtilitatem: Sicut accidit in hac procuratoris conſtitutione. Itaque non ſimpliciter dicitur procurator, ſed in rem ſuam. leg. qui ſtipendia. Cod. de procur. Notandum tameo eſt poſſe conueniri dominum ipſum, ſi hoc malit ector, leg. ſi actor. ſupre de procur. Cedendo ius ſuum alteri, non poteſt quis præiudicare creditoribus ſuis. leg. Cod. de pact. cum ſimil. Secundo obſeruandum eſt contra tutorem aut curatorem non dari actionem iudicati, quie non ſuo nomine, &c. nec poſſunt dici offerri ſe liti, propter munus publicum, quod gerunt. facit lex vlti. ſupra ſi quis caut. leg. 1. Cod. quando ex facto tut. Idem in actione ex contractu leg. illud. ſupr. de euictio. leg. poſt mortem.

mortem.§.tutor.ſupr.quando ex facto tut. Excipe niſi quis factus ſit auctor dolo malo, cum tutor non eſſet, &c.leg. nouiſſime.ſupra quod falſ. tuto.auct. dat. datur In eum actio,quanti ea res eſt. Similis eſt ei qui ſe offert liti de quo hic loquimur. Adde quod tutor,aut curator damnatur interdum ad ſumptus litis nomine ſuo propter calumniam, &c. l.non eſt ignotum Cod. de admini.tuto. ſi id expreſſum fuerit pronuntiatione iudicis. Alias datur actio in minorem, quamuis ex culpa tutoris id acciderit.leg.qui ſolidum.78.§.etiam.de lega.2. Sed id poſtea repetit & recuperat à tutore, &c. dict.§.etiam. Idem dicendum eſt de procuratore. Procurator enim condemnari poteſt nomine ſuo ob culpam aliquam,dicta leg. non eſt ignotum. Nec nouum eſt procuratorem teneri ex facto ſuo,&c. ſupra ſi quis ius dic.non obtem.§ ſi procurator. Tenetur ſane dominus non procurator, ſi ſpecialiter mandatum eſt, &c.l.3.§.ſi procurator.ſupra quod quiſque iur.damnatur etiam dominus,ſi quid omiſſum ſit à procuratore, quod facere dominum oportebat:imputandum eſt ei, qui talem procuratorem elegit,leg.ſi procuratorem.§. ſi tutores,ſupra mand. Non ſunt excuſati quod contutori mandauerint,quia emere debuerunt. Tertio notandum eſt, actorem municipum non teneri actione iudicati:dicitur etiam ſyndicus l.1. quod cuiuſque vniuerſ.eadem ratio eſt, quæ procuratoris, &c. quia non nomine ſuo,&c.Intellige niſi ſit datus in rem ſuam, l. item eorũ §.actor.ſupra quod cuiuſque vniuer. Actio datur in municipes, idem in municipium ipſum, ſeu ciuitatem Nam ciuitas ipſa obligatur & conuenitur,l. 1.quod cuiuſq. vniuer. l.ciuitas.ſupra.de reb.cred.quæ ſcripta eſt ex tit.quod cuiuſq.vniuer.nomine.Vlp.lib. 10.ad edict.Sed quõ poteſt teneri ciuitas? Ciuitas cõſentire nõ põt vt ex cõtractu aliquo teneatur,l.1.§.vlt. de acq.poſſ. Quare ne ex delicto quidem teneri videtur,l.ſed ſi ex dolo.ſupra de dol.mal. Vniuerſitas quædam eſt conſtans ex ſingulis ciuibus: aliud eſt ciuitas, quam ſinguli ciues, l.in tantum.§. vniuerſitatis. de rerum diuiſ.l.ſed ſi hac.§.qui manumittitur. l. ſicut. §.ſi quid vniuerſitatis. quod cuiuſque vniuerſ.l.proponebatur.de iud. Mortuis ſingulis ciuibus, manet eadem ciuitas:dicitur fungi vice perſonæ, l. mortuo. de fideiuſſo. Corpus eſt intellectuale, quod non videtur,ſed intelligitur, veluti imaginamur perſonam quandam eſſe ex pluribus conflatam:nihil poteſt agere, ac ne cogitare quidem: nullum poteſt negotium contrahendo obligari. Vniuerſi non conſentiunt, licet ſinguli conſentiant. d. l. 1.§. vlt.de lib.vniuer. Et hæc ſecundum ſubtilitatem ita ſe habent: Sed nihilominus dicitur ciuitas obligari,&c. Vtilitatis cauſa interpretamur factũ à ciuitate qood fit à ſingulis,aut maiore parte. &c, l.aliud.§. refertur.de reg.iur. publice, id eſt, non priuatim,ſed publico nomine facere aliquid dicũtur vniuerſi,cum ſinguli faciunt publico nomine, eo animo vt geratur negotium vniuerſitatis: idem ſi aliquid faciant,id eſt,quibus ſumma reipub.commiſſa eſt,l.municipes,ſup.ad munici. Quomodo fiet executio contra ciuitatem? Quod cõmune eſt poſſidetur.l.1 §.quod ſi nemo.ſupra quod cuiuſq.vniuer.Quid ſi nihil commune ſit,an capientur bona ſingulorum? hoc ratio nõ patitur,quia ſinguli non ſunt dãnati,vt iam diat. Vulgo receptum eſt, vt cogantur cõferre ſinguli, vt ea collecta pecunia ſatis fiat,&c *Faire vne taille*.Arg. ducitur ex l.3.ſup.de alim.& ciba leg. Diuiſio fit libertorum inter hæredes, ne cogãtur liberti à ſingulis minutatim alimenta petere: ſic cogitur vniuerſitas indicere ſingulis collectionem,ne creditor cogatur partem petere à ſingulis,&c. Non eſt creditor ſingulorum, ſed vniuerſitatis, &c. dict.leg.ſicut.§ ſi quid. An principis permiſſu opus ſit? Quidam ita exiſtimant l.2.C.no.vectig. & tit.tit.niſi non poſſ. Nulla indictio permiſſa eſt ſine conſenſu principis.l.placet.C.de excu.munet C. de ſuperindict. Alij exiſtimant non eſſe id accipiendum de indictione quæ fit æris alieni exoluendi cauſa. Sed tutius eſt principem adire vt hodie fit:Nam & facile impetrari hoc ſolet, nec quicquam petenti negatur: an conferet æqualiter in capita, an pro modo facultatum? Mihi placet quod vulgo probatum, receptúmq; video, vt inſpiciatur cauſa indictionis. Pone: acceptum fuit mutuum à ciuitate,ne ſolueret principi,quod princeps exigebat pro viribus patrimonij cuiuſque. Æquum eſt ſingulos conferre pro modo facultatum,leg.ſecundum naturã.de regul.iur. Pone:ſoluta eſt pecunia Principi, ne ſinguli ciues cogerentur militare, &c. Conferent æqualiter in dubio, conferent pro modo facultatum, *Le fort portant le foible*.l.omnes.11.Cod.de oper. pub.l. vltim.C.de immunit.nem.conced.id enim eſt æquius, quia magis æquale,ſecundum proportionem Geometricam alias æqualitate nihil eſſet inæqualius.Quædam alia hic dicuntur ab aliis, de muner. & collationibus, ſed mihi videntur extra rem eſſe.

Ad §. Ait prætor.

PRÆLECTIO V.

Incipit Vlpian. interpretari edictum Prætoris de re iudicata, cuius edicti pars quædam extat in leg. ait Prætor.hic. Vnde colligimus hoc fuiſſe cautum edicto vt condemnatus pecuniam ſoluat ab eo cuius de ea re, &c.iudicatum faciat.Si non fecerit, aduerſus eum gatur iudicati vel coerceatur à Prętore,& c.hoc edictum interpretatus eſt Vlpian.lib.55.ad edict.& Paul.lege 56. hic. id apparet ex capitum inſcriptionibus. In hoc autem loco interpretatur Vlpian.verbum, ſoluat. Soluere dicitur is, qui pecuniam debitam numerat creditori.leg. ſolutum. 49. de ſolut. hæc eſt proprietas verbi quæ ex vſu cognoſcitur.leg. Labeo. de ſuppellect.leg. Inde videtur nomen hoc deductum eſſe, quia numerat debitor,vt ſoluatur.& liberetur,l.ſolutionis.54. de ſolut. Obligatio iuris vinculum eſt. Inſtit.de obliga.in princ. Eſt autem ſumptum illud caput ex hoc tractatu, vt inſcriptio indicat,Paul.56.ad edict. Huc etiam pertinet l.liberationis.47.de verbo.ſignificat, Liberationis verbum eandem vim habet quam ſolutionis.Quę coniungenda eſt cum leg. ſolutionis. Proinde quod ſcriptum eſt de ſolutione, ſic interpretamur plerunque, vt locum habeat in acceptilatione, & aliis modis quibus tollitur obligatio.Inſtitutis,quibus modis tollitur obligatio. Quanquam proprie ſatisfactio hic dicatur eſſe magis,quam ſolutio.dict.leg.ſolutam. 49. de ſolutionibus.Sed ſatisfactio loco ſolutionis eſt, l. ſatisfactio, 52.de ſolut.l.ſolutionis.de verbo. ſignifi. Et hoc certam rationem habet, cum ſatisfactionem accipimus, qua contentus fuit debitor.Quo ſenſu accipitur plerũque hoc verbum.l.1.ſupr.qui ſatiſ.cog.§.vltim.de perp. & temp.act.Sic etiam interpretatur Vlpian.l.ſi rem alienã §.omnis.de pign.act.Satisfactum accipimus quẽadmodum voluit creditor,licet non ſit ſolutum.Sic etiam interpretatur idem Vlpian.in l. item liberatur. §. qui paratus.ſupr.quibus mod.pign,vel hypoth.Sibi imputare dicitur creditor, qui ſatisfactionem admiſit vice ſolutionis. Sed verbũ ſatisfacere interdũ aliter accipitur,nempe pro ſatisdare.Satiſdare,eſt fideiuſſorẽ aut pignus dare.l.1.qui ſatisda.cogan. Satisfacere ita videtur aliquando accipi,vt in l.promiſſor Stichi. §. vlti.de cõſtit.pecu.Si quis conſtituat ſatisfacturũ,& fideiuſſorẽ,vel pign.det,nõ tenetur.Hic non diſtinguitur,an cõtentus fuerit debitor fideiuſſore, aut pignoribus: quaſi ſatisfacere,nihil aliud ſit,quã ſatisdare.Et ſanè etymologia eſt eadẽ vtriuſque verbi.Hinc naſcitur quęſtio,ad

interpretationem edicti pertinens. Prætor loquitur de ſoluente, an idem dicendum ſit de ſatisfaciente, id eſt, ſatiſdante? Labeo exiſtimat diuerſa hæc eſſe. Et reuera diuerſa ſunt, vt apparet ex dict. leg. promiſſor. Deinde exiſtimabat Labeo eãdem eſſe rationem ſatiſdationis. Non putabat ſatis expreſſum fuiſſe à Prætore, ſed debuiſſe adiici hæc verba, &c. Sufficit ergo ſecundum Labeonem dare expromiſſorem, id eſt, fideiuſſorem. Sic accipitur plerunque expromiſſor, ſicut adpromiſſor, l. 5. §. ſatis exceptio. de verb. oblig. quamuis alias expromiſſor diſtinguatur à fideiuſſore. *Expromiſſor plerunque dicitur is, qui obligationem ſuſcipit pro eo, qui obligatus non eſt.* l. & eleganter. §. ſeruus. de dol. l. aliquãdo. ad Velleia. Sententiam Labeonis non probat Vlp. Ait pecuniæ ſoluendæ merito feciſſe mentionem. Nec verò æquum, aut vtile eſſe reum liberari dando expromiſſorem, ne obligatio ex obligatione oriatur, & lites ex litibus naſcantur, l. terminato. C. de fruct. & lit. exp. Poſt abſolutum, dimiſſúmque iudicium, nefas eſt litem alteram conſurgere ex litis primæ materia, d. l. terminato. Res iudicatæ ad finiẽdas lites comparatę ſunt, l. 1. ſupr. Cauendum eſt ergo ne ex ea lites oriantur, vt accidere ſolet ex fideiuſſione. *De plage plaid.* Idq; maxime ad remp. pertinet. Huc pertinet quod Iſocrates ait, eas leges optimas eſſe, quæ pauciſſimas lites gignãt. Et quod Iulian. ait, ad officium. Prætoris pertinere lites diminuere. l. quidam exiſtimauerunt. cred. illud ergo præcipue hic obſeruandum eſt, ſatiſdatione nõ impediri executionem rei iud. Vlp. hic nominatim loquitur de fideiuſſoris datione. Idem de pignore dicendum eſt, & eſt expreſſum iure põtificio. c. cum aliquibus. de ſent. & re iud. Nõ obſtat l. nemo dubitat. de reg. iu. Nemo dubitat ſoluendo videri eum qui defenditur. Nam aliud eſt ſoluere, aliud ſoluendo eſſe. Addit exceptionem Vlpian. niſi ex magna aliqua cauſa fideiuſſor accipiendus eſſe videatur. Hinc annotandus locus communis de interpretatione legum. Ea magna cauſa recedimus interpretando à verbis legis. Dixi ſub tit. de legib. Quod legibus omiſſum eſt id ſuppletur interpretatione: vt dicitur in l. quęſitum. ſupra de teſtib. alioqui ſummum ius, ſumma eſſet iniuria. Dubitatur ex qua cauſa id fieri debeat. Reſpondeo, id committi arbitrio iudicis. Non poſſunt in vniuerſum diffiniri, quę conſiſtunt in ſola æquitate. l. de acceſſionibus. de diuerſ. temp. præſcri. Dixi ad l. 2. ſupra eod. Exemplum ſumi poſſe videtur ſatis apertum ex l. interdum. de iud. Cum aliquid inopinatum, ac fortuitum accidit propter quod non poteſt ſtatim ſolui iudicatum. Quam ob cauſam etiam literæ impetrari ſolent à principe, quas Status vocamus.

Ad §. *Si ex conuentione.* Nouatio quæ fit conſentiente actore, impedit executionem ſententiæ. Simplex cautio ſine nouatione non impedit. &c. Cautio dicitur ſtipulatio. l. ſancimus. C. de verb. ſign. Nouatio eſt veteris obligationis in nouam transfuſio. l. 1. de nouat. Non intelligitur nouata obligatio, niſi ſpecialiter id expreſſum ſit, d. l. vlt. de nouat. §. præterea. Inſtit. quib. quib. mod. toll. oblig. Scripſi ad l. qui vſumfructum. de ver. oblig. Ob hanc cauſam minor reſtituitur, l. minor. 40. ſupra de min. Moribus tamen noſtris hæ obligationes habẽt promptam executionem, ſicut ſententiæ, ſi de iis confectæ ſint publicæ tabulæ: ſed hoc alienum eſt à iure Romano. Varia lectio hic reperitur: in quibuſdam libris legitur *Recedatur.* non malè, id eſt, recedatur à re iudicata, vt verba ſequentia oſtendunt. in Flor. legitur, *retendatur à re iudicata*, ſed mendum eſt. fortè in archetypo Iuſtiniani erat, *Accedatur*, ſcilicet ad Labeonis ſententiam. Sed non magni intereſt, quia idem eſt ſenſus obſerua, qui eligit vnam viam pro executione rei iudicatæ, non prohiberi ad aliam redire: vt captio pignorum, prehenſio perſonæ, &c. Oppon. regula brocardica, Prouiſio hominis prouiſionem legis excludit. l. vlt. C. de pact. conuen. Sæpe admonui, quàm ſint fallaces hæ regulę, & theſes. l. omnis definitio. de reg. iur. Expendenda eſt vtraque ſpecies, & videndum quæ ſimilitudo, aut diſſimilitudo ſit. Ibi agitur de hypotheca tacita, quæ contra ius commune inducitur fauore mulieris. hic agitur de executione rei iudicatæ, quæ iure communi, non ſingulari nititur. Sunt & aliæ differentiæ quas facile erit cuiuis mediocriter rem conſideranti animaduertere.

Ad §. Si quis condemnatus.

PRÆLECTIO VI.

VEriſimile eſt in edicto mentionem factam eſſe temporis quod datur iudicatis, vt puta, niſi intra legitimum tempus ſoluerit, &c. hoc tempus hodie quadrimeſtre eſt, vt dixi ad l. 2. Eam partem edicti nũc interpretatur Vlp. Quæritur ſi iudex ſtatuerit certum tempus ad ſoluẽdum, vnde computari debeat tempus illud legitimum, &c. Diſtinguit Vlp. vt hic legimus. In hac diſtinctione magna reperitur difficultas & obſcuritas. Nam in primis videtur hæc eſſe Vlp. ſententia, vt nõ poſſit arctari à iudice tẽpus iudicati, cõtra l. 2. ſupra eo. Deinde dicitur prorogari: cum ratio diuerſa nõ appareat arctationis, & prorogationis. Variæ hic ſunt opiniones interpretum. Sed meminiſſe oportet eorũ, quæ à nobis dicta ſunt ad l. 2. ſupra. Dixi, magiſtratum qui iuriſdictioni præeſt, poſſe arctare, & prorogare ex cauſa: iudici dato non idem licere diximus, propter formulam qua excluditur eius poteſtas. Excipiendus tamen videtur iudex datus actioni bonæ fidei. l. cuius eſt latior poteſtas. §. in bonæ fidei. Inſtit. de actio. Idem ſi iudex additus ſit actioni arbitrariæ, l. quod ſi Epheſi. ſup. de eo quod cert. loc. Sed quicunque iudex ſit, valet ſententia, niſi ab ea ſit appellatum. Non eſt hæc ſententia ex genere earum, quæ ſine appellatione reſcinduntur, vt in l. 1. infra quæ ſentent. ſine appel. Sed quæritur quo caſu valet ſententia, vnde computatur tempus: forte nõ eſt appellatum: nec dubitatur quin competat actio iudicati: ſed dubiũ eſt ex quo incipiat currere tempus legitimũ, &c. quomodo accipere debeamus ſententiam ſiue iure, ſiue iniuria latam. Vlpia. ita interpretatur, vt rem æquitate temperet. Diſtinguit duos caſus. Vnus eſt, cum iudex ſtatuit breuius tẽpus quã legitimũ. Pone iudicẽ ſtatuiſſe duos menſes. Obſcuritas eſt in hac ſentẽtia. Poteſt ita accipi, vt ſex menſes habeat reus, poteſt ita accipi, vt habeat duos tantũ: poteſt ita accipi, vt habeat quatuor. Vtram ergo interpretationem ſequemur? Prima interpretatio non videtur ſatis æqua, vt tantum habeat duos menſes, quia non expreſſit, nec tempus legitimum excluſit. Et poſſumus aliter interpretari pro reo, vt tẽpus legitimum ei ſaluũ ſit. Altera interpretatio de ſex mẽſibus durior eſt, & alienior à verbis ſententiæ. Res ergo ſic temperatur, vt repleatur, &c. Ergo quatuor menſes habebit reus, duos ex definitione iudicis, totidem ea lege. Secundus caſus eſt, cum iudex ſtatuit longius tempus legitimo, puta ſex menſes: in qua pronuntiatione aliqua etiã obſcuritas reperitur. Nã videtur ita poſſe accipi, vt decẽ mẽſes habeat reus, nempe ſex ex ſententia, & quatuor ex lege. Verum dura eſt hæc interpretatio in re dubia & obſcura. Humanius eſt ita interpretari, quaſi iudex in ſex menſium ſpatio tempus legitimum comprehenderit. Ad tempus legitimum breuius, aut etiam ad tempus legitimum, verba ſententiæ referri non poſſunt, quoniam iudex aperte ſtatuit maius tempus legitimo. Ergo ſex menſes ha-

bebit reus. Ex bis intelligitur non proprie hic quæri an iudex poſſit tempus arctare, vel prorogare, &c. Sed quo caſu, id fiat, & pronuntiatio habet autburitatem rei iudicatæ, quomodo accipienda ſit. Simile quiddam eſt in l.1 § biduum. infr. quãdo appel. non eſt neceſ. Si ſententia dicta ſit ſub conditione vnde incipiat computari tempus. Hac interpretatione noſtra multæ inanes ſubtilitates tolluntur, quibus ſane libri vulgarium interpretum referti ſunt. Obſeruandum eſt tempus datum ad ſoluẽdum, currere à die ſententiæ latæ, l.2. C. de vſu. rei iud. Si appellatum ſit à die confirmationis ſententiæ, ſi deſerta ſit appellatio, vulgo receptum eſt, ex die ſententiæ, à qua eſt appellatum: quoniam deſerta appellatione, perinde eſt ac ſi omnino appellatum non eſſet, l. vlt. § illud. C. de temp. appell. Non obſtat, quoniam nonnulli. C. de appella. vbi dicitur deſerta appellatione, mox debitum exigẽdum eſſe. Loquitur de fiſcali debito, nec debet extendi ad priuatos, l. quod vero. l. ius ſingulare. ſupr. de legib. Quæritur de ſententia conditionali. Certum eſt tẽpus ad appellandum currere ex die latæ ſententiæ. dict. l. 1 §. biduum. Vnde videtur idem dicendum in hoc tempore dato ad ſoluendum. Sed longe diuerſa eſt ratio: nam ante conditionis euentum nulla eſt nata obligatio, nec actio, leg. cedere diem. de verbo. ſignificar. Nec imputari poteſt reo condemnato, quod pecuniam interim non parauerit, propter incertitudinem. Sperat fore vt conditio non exiſtat: non poteſt interim cogi ad parandam pecuniam ſine iniuria, & incommodo. Diuerſa ratio eſt in appellatione. Appellari interim poteſt ſine vllo incommodo, ſolo verbo, &c.

Ad §. *condemnatum*. Interpretatio eſt edicti Ait prætor, Condemnatus, &c. Supplet interpretatione quod videtur deeſſe verbis edicti: ſed ratio non patitur vt condemnationem intelligamus quæ effectum non habet. Sic interpretati ſolent hoc verbum Iureconſulti, l.1. §. vltim. ad Tertull. l.2. § vltim. de pœnis. Sic etiam interpretatur pontifex ipſe Rom. in clemen. paſtoralis. de re iudic. loquens de ſententia Henrici 7. Lucemburgenſis, contra Robertum Siciliæ Regem: ſic etiam generaliter dicimus verba cum effectu accipienda eſſe. leg. 1. §. hæc autem. quod quiſque iur. Quibus ex locis ſententia ſit nulla, ex aliis locis colligi poteſt. Hinc annotandum eſt ſi dicatur ſententia nulla, executionem impediri, leg. ſi prætor. §. Marcellus. ſupra de iudic. leg. vltim. Codic. ſi ex fal. inſtrum. etiamſi ſit talis ſententia, à qua non poſſit appellari: cuiuſmodi ſunt iudicia curiæ parlamenti: Nam ſententia pro nulla habetur, vt ne nomen quidem habeat ſententiæ. Quod eſt intelligendum niſi iudici appareat, calumnioſe id allegari, morandæ ſolutionis cauſa. leg. 2. Codic. de falſ. item niſi res longiorem requirat inquiſitionem, nec in promptu ſit probatio. In executione ſententiæ cognitio debet eſſe ſummaria, l. à D. Pio. §. ſi ſuper rebus. infr. At in cauſis huiuſmodi exceptiones, & allegationes quæ longioris inquiſitionis ſunt, non remorantur pronuntiationem vel executionem. l.3. §. ibidem. ad exhib. l. ille à quo. §. ſi de. ad Trebel. l. ſi is à quo. vt in poſſ. leg. l. vltim. C. de ord. cog. lib. 7. Alia exceptio eſt ex Pontificia conſtitutione, de re iud. Si quis obtinuerit tres ſententias, vt non poſſit appellari, aduerſarius poteſt nullam dicere ſententiã: ſed interim nõ differtur executio ſentẽtiæ. cle. 1. de re iud. nec diſtinguitur, an ſtatim probare paratus ſit. Hoc facit multitudo rerũ iudicatarũ. Quando dicatur ſtatim probari, multa hic dicũtur ab aliis leuia iudicio meo. Ego ſæpe admonui quæ poſita in æquitate ſola ſunt, nõ poſſe in vniuerſum definiri, l. de acceſſionib. de diuerſ. tempor. Cõmittitur arbitrio iudicis, arg. l.1. de iure delib. Quæſtio hic agitãda eſt de reſtitutione in integrum, an impediat executionem ſententiæ. Et certũ eſt iure ciuili impedire. C. in integ. reſt. poſtula. ne quid noui fiat. omnia debẽt manere in eodẽ ſtatu. Similis eſt appellationi tit. nihil noua. appellat. inter. Idẽ dicitur in l. ſi cauſa cognita. C. de tranſact. Altera exceptio ex iure põtificio. Niſi ex circũſtantiis cauſæ appareat, interim ſententiam exequendam eſſe, cap. ſuſcitata. de in integ. reſti. vt puta, cauſa reſtitutionis requirit altiorem inquiſitionem: apparet ex coniecturis malitioſe peti reſtitutionem & cauſam impediendæ executionis: aduerſarius offert cautionem, interim ſententia mandabitur executioni. Hac æquitate temperatur rigor iuris ciuilis. Sed longius receſſerunt mores noſtri à iure ciuili, quam iure pontificio vt dicitur. Hoc iure vtimur in Gallia, vt non differatur executio ſententiæ. Vſu compertum eſt ſolere has reſtitutiones impetrari morandæ ſolutionis, & executionis cauſa. in l. 2. C. de falſ. Damnatus ergo cogitur ſoluere lite pendente ſuper reſtitutione. Summouetur exceptione is, qui reſtitutionem impetrauit: quæ exceptio dilatoria eſt, & inter fines non recipiendi numeratur.

Ad §. Soluiſſe.

PRÆLECTIO VII.

VLpianus interpretatur eam partem edicti, in qua ſolutionis ſit mentio, §. Ait prætor. ſupra. Sed quo modo accipiatur hoc verbum, ſatis ante docuimus. Addendum eſt noxæ deditionem pro ſolutione eſſe in actione noxali, l. miles. infra eodem. Huc pertinet quod dicitur in §. præterea. Inſtit. de act. non minus abſoluendũ eũ, qui noxæ dedit, quã qui reſtituit. Atque ita ſuppletur interpretatione edictum prætoris de metu, leg. ſi cum exceptione. 14. §. quatenus. de eo quod met. cauſ. Alij aliter interpretantur, quaſi noxales actiones ſint arbitrariæ. Ego, iam octodecim anni ſunt, oſtendi in hac ſchola quàm falſa ſit ea opinio: ac noſtram ſententiam ſecuti ferè ſunt eruditi, qui poſtea ius ciuile interpretati ſunt. Inde quæritur, Si quis dederit noxæ ſeruum in quo vſusfruct. alienus eſt, an ſit liberatus? Ait Vlpian. poſſe adhuc agi iudicati, qui ſoluit hominem in quo vſufr. alienus eſt, l. cum quis. 38. §. qui hominẽ. de ſolutio. quoniam non ſit perfectè accipientis. Quoties aliquid iuris rei deeſt, adhuc res peti poteſt, l. ſi rem meam. 20. l. etiam. 27. de ſolut. Et hæc ſententia Celſi extat plene deſcripta in l. ſi hominem. 69. de ſolut. Inſcribitur, Celſus lib. 24. Digeſto. Oppon. l. locum. §. proprietarius ſupra de vſufr. vbi tenetur vſufructuarius ipſe, quaſi proprietarius omnino ſit liberatus: idq; videtur conſentaneum rationi. nam proprietarius facit quod in ſua poteſtate eſt. Variæ ſunt ſolutiones apud Accurſ. & alios. Exiſtimo duplici remedio conſuli ei, qui noxæ accipit. Nam in primis poteſt agere iudicati, vt hic dicitur aduerſus proprietarium. Item ſi fructuarius petat, poterit eum ſummouere, niſi ſoluerit æſtimationem litis pro parte ſua. Nam certum eſt actione noxali teneri etiã vſufructuariũ. l. ſi cum vſufructuario. ſupra ſi ex cauſ. noxal. agat. l. ſi ex duobus. 17. §. ſi plores. ſupra de noxa. act. Rurſus opponitur lex, ſi oleum. §. & ſi tu ſeruum, de dol. vbi datur actio de dolo non iudicati, in ſimili ſpecie loquitur de ſeruo pignerato. Sed eadem eſt ratio in ſeruo cuius eſt vſusfructus alienus. Reſpondeo diuerſas ſpecies eſſe: quoniam hic damnatus fuit reus noxali iudicio: Quare merito competit aduerſus eum iudicati actio. Verum in §. & ſi tu ſeruum. nulla fuit condemnatio. Vltro dedit reus noxæ ſeruum, & abſolutus eſt. Omnia iudicia ſunt abſolutoria. §. vlt. Inſti. de perpe-

Digitized by Google

tuis & tempo. actio. Itaque ſola ſupereſt actio de dolo.

Ad l. *Aut prætor.* Interpretatur Vlpian. verba edicti quæ coniungenda ſunt cum ſuperioribus. §. eit prætor. Oſtendit prætorem proprie loquutum non eſſe, cum meminit iuriſdictionis, debuit dicere *Notionis*. Iuriſdictio eſt magiſtratuum qui non iudicant, ſed iudicia dant, niſi extra ordinem: notio complectitur iuriſdictionem quam habent iudices dati, ſine iuriſdictione. leg. notionem. de verbo. ſignificat. De hac re diſſerui ſatis fuſe in ſuperioribus, ſub titul. de iuriſdict. Oſtēdi iuriſdictionem conſiſtere magis in iudice dādo, quàm in iudicando, ſecundo ius antiquum, l. imperium. Iudicis licentia dandi, l. 1. eod. tit. iudices litigantibus dare. Cognoſcebāt magiſtratus de quibuſdam cauſis extra ordinem, l. 1. de extraord. cog. l. 1. de rei vindic. l. pecuniæ verbum. §. actionis. de verbo. ſignific. Et hoc oſtēdit ſatis hic locus Vlpia. Si officiū prætoris eſſet iudicare, nō recte corrigeret edictū Vlpi. produceret interpretatione ad iudices datos. Sed ideo reprehēdit eū qui cōcepit edictū, quoniam verbum iuriſdictionis nō cōuenit iudicibus datis, quorum proprium munus eſt iudicare, &c. Vera eſt igitur opinio veterum de iudicibus datis, quam Accurſi. & Accurſiani improbant. In eo autem maxime falluntur, quod putent iudicem datum eſſe eum, cui mandata eſt iuriſdictio. Mandare ſuam iuriſdictionem alicui multo plus eſt, quàm eum iudicem dare. Is cui mandata eſt iuriſdictio, fungitur vice eius qui mandauit. leg. ſolet. de iuriſdictione. leg. etſi prætor. de offic. eius cui manda. Eſt locumtenentem ſuum facere, vt verbo vulgari vtar. Itaque is, cui mandata eſt iuriſdictio, habet iuriſdictionem & imperium quod cohæret, &c. leg. 1. de offic. eius cui mand. Poteſt exequi ſententiam, quoniam executio illa eſt iuriſdictionis. leg. iubere caueri. de iuriſdictio. Iudex datus habet tantum cognoſcendi & iudicandi facultatem, ſine iuriſdictione aut Imperio. l. à iudice. C. de iud. Iudiciario munere fungitur. Non poteſt exequi ſententiam ſuam. l. à diuo Pio. in princip. infr. eo. Aliæ differentiæ colligūtur ex aliis locis: ego quaſdam ſtrictim commemorabo. Is, cui mand. iudicem dare poteſt. l. cum prætor. de iudic. At non poteſt mandare. l. more. de iuriſdictio. Alia differentia, is cui manda. iudicem dat, l. cum prætor. at iudex datus iudicem non dat. d. l. à iudice.

Alia differentia, ex l. 1. infra quis à quo appell. A locumtenente Baillivi, non appellatur Baillivus, quia idem eſſe intelligitur: ſed ſi iudicem dederit Baillivus, poteſt ad eum appellari, ſi ius Rom. ſequamur, & veterem Galliæ morem. Nam hodie locumtenentes magiſtratus ſunt regij. Ex iam dictis apparet aptum & idoneum exemplum eſſe de iudicibus datis, qui non habēt iuriſdictionem, ſed cognitionem de quauis alia cauſa, quæ non eſt iuriſdictionis, id eſt, propria magiſtratus, qui iuriſdictioni præeſt. Vulgares interpretes, qui fere antiquitatis ſunt rudes, nullum poſſunt idoneum exemplum afferre: nam ineptum eſt quod dicunt de arbitro compromiſſario. Ex arbitri ſententia hoc iure non datur actio iudicati, l. 2. ſupra de arbitr. Conſtitutionibus quidem Iuſtiniani datur actio ex quibuſdam cauſis, l. ne in arbitris. l. cum antea. Cod. de arbitr. Si homologia acceſſerit. Sed abſurdum eſt verba Vlpiani ſic interpretari, vt ad nouas illas conſtitutiones referantur.

Ad §. *Si iudex.*

PRÆLECTIO VIII.

Hic etiam locus pertinet ad interpretationem edicti: Condemnatū in edicto accipimus recte, &c. §. condemnatum. ſupra. Si ſententia non contineat certam quantitatem, non dicitur recte condemnatus. C. de ſentent. quæ ſine certa. Inde quæritur, ſi vt quod habet ex teſtamento, &c. Certum eſt propter demonſtrationem teſtamenti. l. certum. de reb. cred. Similis eſt locus de ſententia. l. in ſententiis. 59. Similia exempla reperiuntur in teſtamentis, & contractibus. l. aſſe toto. 77. de hæred. inſtit. Quem hæredem codicillis fecero, hæres eſto. l. ſi ita ſcripſero. 38. de cond. & demonſ. Quantum codicillis Titio legauero. l. hæc venditio. §. huiuſmodi. de contrahen. empt. Quanti tu eum emiſti. Quantum pretij in arca habeo, l. vbi autem §. illud. Vinum vel triticum quod in horreo eſt, &c. ff. de ver. oblig. Ex iam dictis colligitur certam dici ſententiam, quę refertur ad acta: aut ad ſcripturam quę apud acta probata eſt l. 3. C. de ſentent. quæ ſi. cert. quāt. l. in ſententiis. inf. hoc tit. Credibile eſt Vlpi. loqui de teſtamento quod prolatum fuit in iudicio, aut ſaltem quod reus confeſſus eſt, &c. Confeſſio eſt ex actis iudiciariis. Hic nectunt nodos plerique. Dicunt videri incertitudinem. quia non pronunciat iudex, vt quod eſt relictum, &c. ſed quod habet. Hæc autem longè latéque differunt: quia fieri poteſt, vt non habeat quod ſibi relictum eſt. l. Imperator. 72. de leg. 2. Poſſumus reſpōdere non fuiſſe hic controuerſiam an haberet, &c. fortè non inficiabatur ſe habere. Deinde etſi non habeat rem legatarius, tamen cogitur cedere actionibus ſuis. d. l. Imperator. Cod. de edend. non malè dicitur reſtituere quod habet. Annotandum eſt igitur ſententiam non valere, quæ non continet certam quantitatem. C. de ſentent. quæ ſine certa quant. §. curare. Inſtit. de actio. Proprium eſt ſententiæ, quod dubium eſt, controuerſum, incertum, obſcurum, id certum & clarum reddere. Hoc maxime pertinet ad officium iudicis. §. curare. Inſtit. de act. etiamſi de incerta quantitate actum ſit. nā plerunque incerta petitio admittitur: ſed nihilominus certa ferenda eſt ſententia. Vt ſi quis petierit condemnari, quantum ex bona fide præſtari oportet: certam tamen quantitatem iudex definire debet. Quid autem ſit certum aut incertum, facti magis quæſtio eſt, quam iuris. Nec facile poteſt in vniuerſum definiri. argum. leg. mora. de vſuris. Hoc relinquitur iudicandum boni & prudentis viri arbitrio. Exempla tamen aliquot proponi vtile eſt docendi cauſa, de quibus probabilis eſt dubitatio. Quæritur, an valeat hæc ſententia: Solue quod debes. Quidam exiſtiment valere, ſi ex actis probatoriis appareat, quantum debeatur. Mouentur argumento ducto ex hoc capite, & ex leg. in ſententiis. Sed verius mihi videtur hanc ſententiam non valere. Mouet me in primis, quod Vlpian. alibi hoc exemplo demonſtret, incertam ſententiam non valere. l. quid tamen. §. Pomponius. de recept. arbit. Quantum ei debes, redde. Nec diſtinguitur an ex actis appareat, quantum debeatur: nam iudicis eſt pronuntiare, an debeatur. Quomodo ſolebant olim iudices pronuntiare, vt dixi ad l. 1. hic. Ita eſſe, aut non eſſe. l. 1. qua ſentent. ſine appell. alias incertum eſt, quanta fides habenda ſit teſtibus, aut tabulis. l. 3. de teſtam. l. Lucius. de his qui not. infra. Totum hoc pendet ex prudentia iudicis. Cicero pro Fonteio. Nec nos mouere debet quod hic dicitur. & in l. in ſententiis, hæc enim ſimilia non ſunt. Maior eſt incertitudo in hac ſentētia. Quod debetur ſolue. In hoc exēplo apparere poteſt ex nuda inſpectione teſtamenti, quid relictum ſit, nec opus eſt alia inquiſitione. Sic etiam in exemplo l. qui ſententiis, poteſt apparere ex formula petitionis. Sed quantum debeatur non cognoſcitur ex ſola inſpectione, & lectione actorū, vel teſtamēti: multa plerunque examinēda ſunt tā de iure, quàm de facto. Similis diſtinctio extat in l. vbi autem. §. illud. de verbo. oblig. Stipulatio hæc certa eſt, Vinum, aut triticum quod in hor-

in horreo eſt dare ſpondes. Hæc eſt incerta, quod mihi Seius debet: Quod ex teſtaměto mihi debes. Quamuis hæc ſit certa. Quod ex teſtamento mihi relictum eſt: facilius & expeditius eſt cognoſcere quid relictũ ſit, quam quid debeatur. Ex iam dictis apparet falſum eſſe quod Barto. & cæteri aiunt valere hanc ſententiã, Condemno ſi eſt probatum, &c. Stulta eſt inepta hæc pronuntiatio, vt ex ſuperius dictis conſtat. Sueto. ſcribit in Claud. Cęſar. Claudium Cęſarem ita pronũtiaſſe, ſecundum eos ſe ſentire, qui vera propoſuiſſent. Et ait eum contemptui habitum eſſe, nec immerito, cum nihil poſſit ſtultius pronuntiari, nihil ab officio iudicis alienius. Quid ſi iudex ita pronuntiauerit, Vt reſtituatur poſſeſſio aduerſario, quam habebat tempore litis motæ? Receptum eſt hoc genus pronuntiationis cap. vlt. de reſt. ſpol. in decre. Nec tanta hic eſt incertitudo, vt in ſuperioribus exemplis: nec facile eſt iudici ita pronuntiare. Facit §. curare. quantum ei poſſibile eſt. Male tamen Accurſius, & Accurſiani putant iudicem ita pronunciare, vti poſſidetis ita poſſideatis, &c. l. 1. C. vti poſſid. quia non dirimit controuerſiam, &c. Verba hæc ſunt prætoris iudicem dantis, non iudicis pronũtiantis. Theophil. Inſtitut. de interdict. in princ. Item receptum eſt, vt pronũcietur generaliter de expenſis litis fructib. acceſſionib. l. terminato. C. de fructib. & tit. expẽd. §. 1. Inſtit. de offic. iud. Deinde in executione ſẽtẽtiæ inquiritur quantum impenſum ſit, vel quantũ perceptum ſit fructuum, &c. Item iudex pronuntiat hæredem Titium eſſe pro tertia parte, &c. l. non poſſumus, ſupra ſi pars hęredit. pet. non poteſt aliter pronuntiare, §. curare, quantum poſſibile eſt. Sic pronuntiat, decem aut noxę dedere. l. miles. infr. eod. Stichum aut Pamphilum dandum eſſe. Talis eſt petitio, §. huic autem. de actio. Nec aliter poteſt iudex pronunciare, quia reus non cogitur eligere ante ſententiam, argu. l. miles. infra. Sufficit eam certitudinem eſſe, quam rei & cauſæ natura exigit. Adde ſupradictis, quod in re dubia, & incerta iudex interdum pronũtiare poteſt ſibi non liquere, l. Pomponius. 36. infra. hoc quomodo accipiendum ſit nos ad eam legem dicemus.

Ad l. Miles. 6.

PRÆLECTIO IX.

HIc locus continet interpretationem edicti, Condemnatus vt pecuniam ſoluat, &c. Ex verbis edicti oritur quæſtio, Quid ſi reus condẽnatus non habeat vnde ſoluat totum quod debet, videtur totum exigi debere ex verbis edicti. Iudicati detinentur carcere donec ſoluerint. l. 1. C. qui bon. ced. poſſ. dicemus ad l. ſi verbum. infra eod. Sed excipiuntur quædam perſonæ, de quibus ad l. ſunt qui in id inf. Huius generis eſt miles: ius ſingulare eſt propter fauorem militię. Nam & aliis pleraq. priuilegia repetiuntur eis conceſſa eſſe præſertim ſub tit. de teſt. milit. Hinc variæ quæſtiones exiſtunt: & quæritur inprimis, an hoc beneficio vtantur aduocati, doctores, clerici, qui milites dicuntur. Et vulgo id receptum video: quia militum appellatione continentur. l. aduocatũ. C. de aduoc. diuerſ. l. fori. eo. tit. de magiſtris & doctoribus. l. vlt. C. de inoff. teſtam. Mihi autem hæc opinio probari nunquam potuit nec etiã vſu recepta eſt. Nã Vlp. hic loquitur non de quauis militia, ſed de armata tantũ: nec credibile eſt fruſtra hoc adiectum eſſe. Deinde ius ſingulare non eſt facile producendum ad conſequentiã, etiã ſi eadẽ forte ſit ratio. l. quod vero. ſupra de legib. Simile eſt quod dicitur in l. 1. C. de iuris & fact. ignor. Miles exceptionẽ perẽptoriã opponit poſt rem iudicatã, propter ſimplicitatẽ armatæ militię. loquitur nominatim de armata militia: non de hac inermi, & togata: ſic eã vocare ſoleo, alij malunt literatam appellare. ex l. proximos. C. de proximis ſacro. ſcrin. Sed ego alias admonui, hoc verbum accipiendum de iis, qui ſcriptioni dant operã. Scripſi lib. 1. cap. 3. Quid de clericis dicemus? Nã & hi militibus comparari ſolent, l. ſacroſanctæ. C. de epiſc. & cler. Sed durum eſt hoc ius ſingulare extẽdere interpretatione, vt iam dixi, cũ præſertim verba adeo plana ſint, & perſpicua. Non loquitur ſimpliciter de militia. Præterea iure pontificio cedunt, quod fruſtra fieret, niſi totum ab eis exigi poſſet, cap. Odoardus. de ſolut. Scio variam eſſe interpretationem cõſtitutionis illius pontificię, verum breuiter narro, quod mihi probabilius videtur, quódque etiã magis probatũ cæteris video. Huc pertinet quod dicitur in cap. peruenit. de fideiuſſo. in Decretal. de reditibus clericorum ſoluendum eſſe quod debetur creditoribus. Moribus tamen noſtris eſt receptum vt bona eorum mobilia capiãtur. Sed de eo dicemus ad l. à diuo Pio. hic. Exiſtimo tamẽ, vbi magna, & euidẽs eſt vtilitas, quod ſcriptum eſt de militibus produci poſſe ad clericos: vt in quæſtione illa vulgari, an clericus poſſit donare concubinæ. nam dubium non eſt, quin alias donatio collata in concubinam valeat, l. affectionis. de donatio. ff. Sed excipitur miles, l. 3. C. de donat. inter vir. & vxor. Milites meos à focariis ſuis fictis adulationibus ſpoliari nolo. Idem de quácunque muliere, in quam turpis ſuſpicio poteſt cadere. l. miles ita. §. mulier. ſupra de milit. teſtam. An ad clericos porrigi debeat, quæritur. Ego vtilitate præſentis temporis motus ſæpe reſpondi ex facto donationem non valere. Et eo facilius admittitur ea interpretatio, quia in illis legibus nihil exprimitur nominatim de armata militia. Deinde ait Vlpian. Stipẽdia meruerit. Ex quo apparet honorarios milites, & titulo tenus hoc beneficio frui nõ debere. arg. l. qui ſub prætextu. C. de ſacroſanct. eccleſ. Nõ aſſentior tamen Accurſio, & cæteris, de eo qui in caſtris cõtraxit, &c. Nam verba Vlpiani cõcipiuntur in præteritum tempus, qui meruit, &c. Nec contrarium eſt quod dicitur de teſtamento, l. pen. Cod. de teſtam. milit. Nam alia ratio eſt teſtamenti: quis in caſtris & expeditione non facile eſt militi ſolennitatem adhibere, &c. Ergo locus eſt huic beneficio, & ſi miles amplius in expeditione non ſit. Hoc accipe niſi ignominia miſſus ſit. l. teſtamenta eorum. ſupra de milit. teſta. l. qui cum vno. §. ignominia. de re milit. l. milites. §. miſſionum. eo. tit. Sequitur, Eatenus qua facere poteſt. Hæc verba interpretatur Vlpi. in l. in condit. de reg. iur. Non totum quod habent extorquendum eſt, ſed ipſarum ratio habenda, ne egeãt. Sumpta ex l. ſunt qui. Vlp. lib. 63. ad edict. nõ cogitur, &c. Quid ſi vltro ſoluerit? Exiſtimo repetere nõ poſſe, l. nam & maritus. de cond. indeb. Sed de his plenius ad l. ſunt qui. hic.

Ad § *Decem*. Locus eſt pertinens ad interpretationem edicti, Condemnatus vt pecuniam ſoluat. Quid debeatur, debetur id quod in condemnationem deductum eſt. Tamen ſi quis ſit ex cauſa noxali damnatus, liberatur noxæ dedendo. Quid ergo ſi iudex ita pronuntiauerit, decem, aut noxæ dedere. Hæc enim eſt ratio pronuntiandi vſitata, Inſtitut. de offic. iud. in princ. Quid poſſit exigi actione iudicati, ait Vlpian. decem tãtum in obligatione eſſe. Actor igitur recte decem petet. Quamuis alias illud aut illud peti debeat diſiunctim, §. huic autem, Inſtit. de actio. Verũ cum ita iudex pronuntiat, non intelligitur mutare naturã obligationis. Videtur hæc verba cuiuſdam declarationis cauſa adieciſſe, vt admoneat poſſe liberari reum noxæ dedendo. Hoc autem beneficium habet reus, donec iudicati actione conueniatur. l. idem veniunt.

§.idem recte.de petit.hæred. Proprium hoc eſt actionis noxalis:alias id quod eſt in ſolutione, poteſt ſolui vſque ad litem cõteſtatam in cauſa principali. l.ſi quis ſtipulat.fuer.decem in melle.de ſolutionibus. Oppon. l.Paulus reſpondit.infra. Species diſſimilis eſt:diſſimilitud · ibi à nobis declarabitur. An idem dicemus, ſi quis ſtipulatus ſit decem,aut noxæ dedere? Ait Vlpian. vtrunque deberi ſub alternatione, & alterutrum peti non poſſe §. huic autem.Inſti.de actio. Stipulatio mutat naturam obligationis,non ſententia. Ratio diuerſitatis,quia in ſtipulationem ſingulæ partes per ſe veniunt.Siue quis ſtipuletur decem,ſiue noxę dedere, valet ſtipulatio. At ſi iudex pronuntiet ſimpliciter noxæ dedere,non valet ſententia,cõtra ſolitum iudiciorum ordinẽ. Inſt.de offic.iud in prin. Dixerit aliquis,Quid refert an dicamus eſſe in obligatione,an in ſolutione? Nam ſemper debitoris eſt electio.l.plerunque.de iur. dot.ſiue ſit ſententia,ſiue ſtipulatio. Ideo inanis videtur eſſe hæc diſputatio. Reſpondeo, otioſam non eſſe hãc diſputationem, primum propter rationem petendi:ex ſententia petuntur decem ex ſtipulatione vtrunque. Deinde ſi poneremus ex ſententia vtrunque deberi, ſicut cum quis ſtipulatur illud, aut illud, mortuo altero non liberaretur reus,l.Græce.§. ſi quis Stichum. de fideiuſſor. Hic autem mortuo ſeruo liberatur reus.l.ſi plurimum ſeruus,§.vlt.de noxal. Vtrunque nõ eſt in obligatione principaliter,ſed pecunia debetur propter ſeruum,quia eſt in ſolutione tantum.

Ad §. Qui iudicati.

PRÆLECTIO X.

INterpretatio edicti, *Actionem dabo,&c.* Ideo datur actio,quia in ciuile eſt propria auctoritate res capere,&c.hæc actio dicitur iudicati. Hoc nomen ſortita eſt à iudicat · quia datur ex iudicato. Accurſ ait in factum agi,quaſi nulla ſit propria actio. Sed proprium nomen eſt huius actionis id,de quo iam diximus: non minus quàm ex empto,ex ſtipulatu,ex teſtamẽto:nam ita loquuntur paſſim Iureconſulti. Itaque non eſt neceſſe confugere ad actionem in factum, l. 1. ſupra de præſcrip.verb.Mouit autem Accurſ.lex, actoris. C. de reb.cred. Ad ſimilitudinem iudicati actio in factum competit.Verum illa lex magis iuuat contrariam opinionem. Oſtendit in factum agi ex iureiurando,ſicut agitur iudicati ex ſententia. Iuſiorãdum ſimile eſt quadantenus rei iudicatæ,ſed differt tamen, l. 1. & 2. ſupra de iureiur. Actio ex ſentẽtia arbitri eadem ratione dicitur in factum,l.cum antea.C.de arbi.non per omnia ſententia eſt,l.quid ergo.§. ex compromiſſo. de iis qui not.infa.Oppon.l.ſi familiæ.C.famil. erciſc. Vbi cohæres cohæredi tenetur re euicta, actione præſcriptis verbis. Reſpondeo rebus diuiſis, & traditis hinc inde factam eſſe executionem.&c. ideo iudicati nõ agitur, ſed agitur ex ſtipulatu, ſi fuerit interpoſita ſtipulatio de euictione,&c. Qua ratione cautiones interponuntur in executione nonnunquam,l.5.de verb. oblig. Si non fuerit interpoſita ſtipulatio,videndum eſt, an cõtractus ſit initus,ex quo aliqua competat actio.ſicut in ſpecie l.ſi familiæ.ſi famil. furt. feci. dic. Contractus quidam eſt nomine proprio carens, & quaſi quædam permutatio rerum:ideo præſcriptis verbis agitur. Hodie non eſt magnopere laborãdum de nomine actionis:agi ſolet in factum,non expreſſo nomine,&c. Eſt autem vtilis admodum hæc actio. Primum, quia non quæritur niſi an iudicatum ſit.l.poſt rem. 56.hic. Sicut in actione ex iureiurando, §. item ſi quis poſtula.te. Inſti.de actio. Alia vtilitas eſt,quia per hanc actionem petitur executio ſententiæ. argu. l.cum antea.C.de arbitr. Quod accipiendum eſt ſecũdum tempora Iuſtin. quia magiſtratus tunc cognoſcebant, & actiones apud eoſdem inſtituebantur, qui & poterãt exequi ſententiam: ante illud tempus non erat eiuſdem & iudicare, & exequi.Iudices dati à prætore cognoſcebant : iidem non exequebantur,l.à diuo Pio,infr.eo. Adibatur magiſtratus,qui extra ordinem exequebatur ſententiam, l.ſi pignora,de euict. Dicemus ad l. à diuo Pio. an ſit neceſſarius ordo iudiciarius,& quæ cauſæ cognitio,dicemus alio loco magis idoneo. Hinc annotandum eſt, non ſufficere ſententiam, ſed neceſſariam eſſe executionem eiuſdem per magiſtratum,&c. Vim facit, qui auctoritate ſua, qui & facit in re contentioſa. Simile eſt quod dicitur de contractibus in leg. ſi ex ſtipulatione. ſupra de acquirenda poſſeſſione. Receptum tamen eſt, licere victori rem capere iudice permittente: quia tunc non videtur id facere authoritate ſua,l. non videtur. §.qui iuſſu.de reg.iur.hæc ſententia confirmatur duobus locis:vnus eſt in l. dotis. C.ſolut. matr. Ingrediendi in poſſeſſionem rerum dotalium ſine authoritate competentis iudicis, nullam habeat facultatem.Alter eſt in l.pignoris.Cod.de pign act. Creditor citra conuentionem aut præſidialem iuſſionem, res debitoris arbitrio ſuo auferre non poteſt. Non videtur tamen permittendum,vt poſſidenti,ac reſiſtentĩ vim adferat,argumento l.non eſt ſingulis.de reg. iuris. Obſeruantur aliqui caſus, in quibus executio ſententiæ non eſt neceſſaria: veluti ſi ſententia contineat abſolutionem. Sufficit exceptio rei iudicatæ,de qua titul.eſt infra ſeparatus ab hoc titulo,argumen.eſt l.3.§. ſi debitor. vt in poſ. leg. Si debitori legatio ſit relicta, non eſt exigenda cautio.quia habet penes ſe legatum, &c. exceptione doli vti poteſt. Et ſane prætor in edicto loquitur de condemnato, l.4.ſupra. idem in pronuntiatione,aut declaratione iuris alicuius,in quo factum nullum requiritur. Prætor loquitur de eo, qui pecuniam ſoluere debet. Si iudex pronuntiauerit Titium dominum eſſe,&c.in actione reali,l.Pomponius. de procur.hæc ſentẽtia trahit ſecum executionem,niſi de poſſeſ.transferenda agatur. Puto tamen vtilem hic eſſe actionem iudicati,& competere ex edicto argum. l nam poſtea,§.vlt.de iureiur. Vtile hoc eſt victori, ne denuo cogatur probare ſe dominum eſſe. Sed interim pro domino habetur,abſque vlla executione, l. ingenium.ff.de ſtat.hominum,l.res iudicata.de reg.iur.

Ad §. Iudicati.

PRÆLECTIO XI.

COEpta eſt diſputatio de actione iudicati : pergit Vlpian.& ait eam perpetuã eſſe.huiuſmodi quæſtiones fere tractantur de quacunq; actione,an ſit perpetua,an temporalis: an rei perſecutionem contineat, an pœnam:an tranſeat ad hæredem,&c. Dubitatio autem probabilis eſt in actione iudicati: quia videtur naturam retinere veteris actionis ſuper qua iudicatum eſt.Quæ modo temporalis eſt,modo perpetua eſt, &c. Diſtinguuntur actiones ciuiles à prætoriis. Inſtitut.de perpet.& tempor. leg.in honorariis.34. de obligat. & act. Vlpian.hic oſtendit hanc actionem propriam naturam habere: nec refert qualis fuerit vetus actio. Quod apertius declaratur l.3.§. idem ſcribit. de pecul. Non origo,inquit, ſpectanda eſt, ſed ipſa iudicati velut actio. In iudicio quaſi contrahitur.Simile eſt,quod dicitur de conſtit.pecun. l. item illa. §.quod adiicitur, de conſtitut. pecun. Si obligatus actione temporali conſtituerit,&c. Oppon. l.ſi eum. §. qui iniuriarum. ſupra ſi quis cautio. actio ex ſtipulatu quæ ſurrogatur in locum actionis iniuriarum, naturam eius retinet:non tranſit ad hæredem. Reſpondeo,hæc diſſimilia eſſe,

Digitized by Google

hæc diſſimilia eſſe, vbi ſtipulatio iudicio ſiſti, interponitur propter actionem, quæ ad hæredem non tranſit, & ipſius litis experiendæ gratia. Quid opus eſt, iudicio ſiſti eum, in quo iudicio damnari non poteſt? Ex iam dictis naſcitur quæſtio, an per ſententiam fiat nouatio, ſi ſententia continet condemnationem: nam de abſolutione non dubitatur. Et certum eſt proprie nouationem non fieri, quia manet vetus obligatio. l. 2. infra eod. de nouat. Sed poteſt dici nouatio, quia veteri obligationi noua accedit. l. aliā. de nouat. huc pertinet quod dicitur in leg. nouatione, de nouat. & in leg. lite. de vſur. Quas duas leges coniungo, vt olim coniunctæ fuerunt apud Paulum lib. 57. ad edictum. Ex illis legibus coniunctis duco argumentum: Nouatione facta vſuræ non currunt, lite conteſtata vſuræ currunt. Ergo litem conteſtando non fit nouatio. Sed plenius de hac re tractatur ad leg. 1. C. de iudic. Quæritur etiam, an hæc actio ſit ciuilis, an prætoria. Plerique dicunt actionem prætoriam eſſe, quia oritur ex edicto prætoris. l. 4. ſupra eodem. Quod ſi admittamus, nulla erit actio non prætoria: edicto prætoris continentur omnes actiones. l. 2. §. eodem tempore. de reg. iuris. Prætor actiones dabat, etiam quæ ex legibus competerent, actionem dabo, &c. Dabat autem quaſdam legibus, & iure ciuili: alias ipſe nouas introducebat. Scripſi ad l. iuriſgentium. de pact. Qui hoc non intelligunt, magnis erroribus ſæpe implicantur. Ergo non iudicatur actio prætoria, ex eo quod datur à prætore, vel prætoris edicto proponitur. Si veteres leges extarent, non laboraremus. Sed credibile non eſt rem tantam quæ ad iudiciorum executionem pertinet, legibus omiſſam eſſe. Illud etiam argumento eſt, quod dicitur perpetuam eſſe, & ad hæredem tranſire, &c. Hæc ſunt ſigna actionum ciuilium propria. Inſtitut. de perpet. & tempor. deinde lege 12. tabul. licebat iudicatum ducere in carcerem. docet Gellius lib. 20. cap. 1. Multo magis aduerſus eum experiri iudicio, quod ciuilius ac humanius eſt.

Ad l. Intra. 7.

CAius interpretatur edictum prætoris de tempore. Nā fuit facta mentio temporis in edicto. dixi ad leg. 4. §. ſi quis condemnatus. ſupr. Naſcitur ergo quæſtio ex edicto, an interim poſſit reus ſoluere, vel ſe aliter liberare. Pone ita, condemnatus intra dies 30. ſoluere debet. Et ait Caius poſſe: quia pro iudicato, &c. l. quod fauore. C. de legib. interpretatio eſt ex mente legiſlatoris, quamuis ſubtilitas verborum repugnare videatur. l. ſcire leges. de legibus. Hi loci communes obſeruandi ſunt, qui ad interpretationem pertinent: in qua verſatur ars noſtra. Facit lex, quod in diem, de ſolut. l. ſi ita relictum. § Pegaſus, de leg 2. Et eſt locus proprius de hoc tempore iudicati in l. ſi cum militi. §. cum intra, de compenſation. Opponitur compenſatio etiam intra diem iudicati.

Ad l. Si homo. 8.

LOcus de officio iudicis in pronuntianda ſententia. Certum eſt officium iudicis hoc eſſe, vt debentē cōdēnet, nō debētē abſoluat. §. 1. de offic. iudic. Inſt. Inde quæritur, ſi homo petitus, interim moriatur Dubitatio hinc oritur, quia interitu liberatur debitor, ſine culpa ſua. l. ſi ex legati cauſa. 23. de verb. obli. l. ꝙ te. de reb. cred. Quare videtur abſoluendus eſſe. Facit §. vltim. Inſti. de perpet. & temp. Paulus tamen ait, abſolutionem non eſſe faciendam, &c. Sententia ferenda eſt, non propter rem, ſed propter fructus rei. Duo ſunt alij ſimiles loci eiuſdem Pauli: vnus eſt in l. ſi ſeruus, infra iudic. ſol. An fideiuſſores pro lite dati teneantur, dubitatur, quia nulla iam res ſit. Expedit fructuum nomine reum iudicari.

Alter locus eſt in l. vtique. de rei vindic. Vtiq; mortuo homine, neceſſaria eſt ſententia, propter fructus, & partus, & ſtipulationem de euictione. Hic mihi videtur eſſe verus ſenſus, quamuis alij plerique aliter interpretentur. Quorum obiectis reſpondendum eſt. Primum obiicitur litem hic conteſtam fuiſſe, ideoque reum non liberari mortuo homine d. l. ſi ex legati cauſ. Itaque dicunt iſti condemnandum eſſe reum ad æſtimationem hominis, & fructus: quam ſententiam adiuuat lectio Florentina. Sed fructuum hic fit mentio quaſi dubitatio aliqua fuerit de fructibus. Hoc argumentum maioris eſſet ponderis, ſi verum eſſet, morā ſemper fieri lite conteſtata. Qui probabilem habent cauſam ad iudicium prouocādi, non dicuntur moram facere. l. ſi quis ſolutioni. de vſur. l. paratum. eod. tit. l. qui ſine dolo. de reg. iur. forte ſucceſſit in locum debitoris is, qui conuenitur: & ideo iuſtam ignorantię cauſam. l. qui in alterius, eod. Aliud obiectum: Actione principali nō ſubſiſtēte, nō de fructib. cognoſci aut iudicari non poteſt, l. eos. C. de vſur. l. 4. C. de poſſ. l. qui per colluſionem. de act. l. centū Capuæ, de eo ꝙ cert. l. terminato. C. de fruct. Reſpōdeo, homine ſoluto aut mortuo, non poteſt inſtitui actio. Sed cœpta actio durat, nec finitur inſtantia, &c. hinc apparet quam diſſimilia hæc ſint. Hoc receptum eſt propter vtilitatem, cum lis cœpta erat. Aliud obiectum. Repugnantia hęc videntur eſſe: non deberi æſtimationem, quaſi mora facta non ſit, & deberi fructus, quaſi mora facta ſit. Reſpondeo, quantum ad fructus attinet, eos deberi indiſtincte poſt litem conteſtatam. l. videamus. de vſur. l. cum fundus. de reb. cred. Nec diſtinguitur an reus iuſtā habuerit cauſam litigandi, l. ſed & ſi lege. §. ſi ante. de petit. hęred. Sed nō ideò tenetur re' ad æſtimationē poſt interitum rei. Ratio diuerſitatis afferri ſolet, quia prudentis hominis eſt lite mota cōſiderare euentum iudicij, qui dubius eſt, & fructus conſeruare, &c. Quæ ratio ceſſat cum agitur de periculo interitus. Nec debet propter metum huius periculi temerè indefenſū ius ſuum relinquere. l. illud. ſupr. de petit. hærad. De ratione pronunciandi quæritur apud Accurſ. Et certū eſt ita pronūnciandū, vt reus nō æſtimationē præſtet, ſed fructus, &c. Poteſt pronunciare, ſe ideo condemnare ad fructus, quia conſtat reum debiturum fuiſſe hominem, ſi non deceſſiſſet lite conteſtata. Summa, Mortuo homine poſt litem conteſtatam, non finitur inſtantia, propter fructus, &c. Nā ſūmarium hic vitioſum eſt.

Actione principali ſubſiſtente de fructibus iudicari nō poſſ.

Fructus debentur poſt litem conteſtatam.

Ad l. furioſo. 9.

PRÆLECTIO. XII.

LOcus de officio iudicis in ferenda ſententia: & pertinet ad interpretationem edicti, *Condemnatus, &c.* l. 4. §. condemnatum ſupra. Quæritur, an valeat ſententia pro furioſo dicta. Certum & indubitatum eſt in furioſum non valere: quia eſt abſentis loco. l. de vnoquoque. infra eod. l. 2. §. furioſus. ſupr. de iur. codicil. ſed dubitatur de ſententia pro furioſo dicta. Ait Iureconſul. ne furioſo quidem dici poſſe, quod pleriſque durum videtur: nam quod fauore furioſi cōſtitutū eſt, non debet in eius perniciem conuerti, l. intra. ſupra. Quare nonnulli interpretantur etiam idem in aure: ſed vis verborum repugnat huic interpretationi. Ego adhuc iuuenis ſic interpretatus ſum, quaſi iudex furioſus non poſſit ſententiam dicere. l. cum furioſus. 39. ſupr. de iudic. Sequebar regulam, quæ traditur de ambiguitate explicanda, l. in ambigua. ſup. de legib. Nūc

Sententia ſ. in furioſum nulla.

mihi probabilior videtur recepta interpretatio, ſententiam pro furioſo dictam non valere: conuenit enim proprietati verborum, nec aliena eſt à ratione. Nam furioſus habetur loco abſentis, d. l. 2. §. furioſus. de iur. codicil. l. diem. §. coram. de recept. arbit. Abſenti autem ſententia non rectè dicitur, l. certum. §. ſi quis abſente. infra. de confeſſ. Hic locus me ſententiam mutare coegit. Magis hic reſpicimus ad ſolennem ordinem iudiciorum, quam ad commodum litigatoris vel furioſi. Ordo iudiciorum ſeruandus eſt, leg. prolatam. C. de ſentent. & interlocut. Hodie ſententia dicitur pro abſente, qui rite vocatus eſt ad iudiciũ: ſi appareat ex actis eum bonam cauſam habere. Hoc eſt inductum noua conſtitutione Iuſtiniani, l. properandum §. fin. autem. C. de iudic. ea conſtitutio eſt edita Lampad. & Oreſte coſſ. Eſt & alius caſus, in quo ſententia fertur abſente accuſatore, l. quamuis indubitari. C. de adulter. Miles ab excubiis euocandus non eſt. Oppon. l. non eo minus. C. de procurat. Sententia valet pro fœmina minore, quæ defenſa non fuit iudicio: Minoribus ętas in damnis ſubuenire, non enim rebus proſpere geſtis obeſſe conſueuit. Idem & de furioſo dicendum videtur, quia comparatur minori, l. Fulcinius. §. plane. quib. ex cauſ. in poſ. eat.

Ordo iudiciorum ſeruandus.

Reſpondeo, aliam eſſe cauſam furioſi, quàm adoleſcentis. Furioſus habetur loco abſentis omnino, vt iam dixi: minor adultus non poteſt dici omnino abſens, cum ipſe cauſam ſuam, vel per ſe, vel per alium defendit, d. l. non eo minus. Furioſus comparatur pupillo & infanti, magis quam adulto. dict. leg. Fulcinius. §. plane. pupillus infans nullum intellectum habet. l. pupillus. ſupra de acq. hære. Ideo rectè comparatur furioſo, quamuis non omnino ſimilis ſit. Eſt aliqua differentia pupilli & furioſi. l. in negotiis. de reg. iur. Furioſus nullum negotium contrahere poteſt: pupillus omnia negotia tutore auctore agere poteſt. Pupillus aliquem habet intellectum, ſi infantiam exceſſerit, furioſus nullum. l. furioſi. de reg. iur. Et eſt illa regula ſumpta ex leg. pupillus. de acq. hæred. Apparet ex inſcriptione capitum, Paulus lib. 2. ad Sabinum. Præterea opponitur l. ſi à furioſo. 23. infra de oblig. & act. l. ſi à furioſo, de reb. cred. vbi acquiritur obligatio furioſo ex quaſi contractu. Vnde videtur idem dicendum in ſententia. Iudicio quaſi contrahit. l. 3. §. idem. de pecul. Reſpondeo furioſo acquiri obligationem, ex qua cauſa acquireretur abſenti & ignoranti, dict. leg. ſi à furioſo. Id accidit interdum vt acquiratur abſenti & ignoranti obligatio: ſed in ſententia id locum non habet, quia publice expedit ordinem iudiciorum ſeruari, d. l. prolatam.

Furioſus comparatur pupillo, & infanti.

Pupillus infans nullum habet intellectũ

Ad l. Qui cum ſe. 10.

LOcus eſt pertinens ad interpretationem edicti. Quæritur quid ſoluere, & quantum debeat condemnatus. Dixi quoſdam eſſe, à quibus ſolidum non exigitur, l. miles. hic. Hic locus illi ſimilis eſt. Pro cuius declaratione ſciendum eſt, filiumfamil. ex omni contractu obligari, &c. leg. tam ex. de iudic. l. filiumfamil. de oblig. & act. l. ſi quis cum. de pecul. Excipitur mutuum, propter S. C. Maced. Item votum. l. ſi quis rem. §. voto. de pollicit. Si tamen filiusfamil. emancipatus ſit, aut exheredatus, non tenetur niſi eatenus quatenus facere poteſt. Id expreſſum eſt edicto prætoris, leg. 2. ſupra quod cum eo. l. & exheredatum. 49. infra eod. vbi id plenius declarabimus. Prætor autem edicto ſuo addit, *Cauſa cognita.* dict. l. 2. nam interdum condemnatur in ſolidum. Exemplum hic eſt, cum ſe patremfamil. mentitus eſt, &c. Idem dicitur in leg. 4. ſupra quod cum eo. Punitur propter mendacium ſuum. Hoc autem non eſt accipiendum de eo, qui falſo dixit ſe patremfam. fortaſſis aliquo errore doctus: ſed qui dolo & malitia fecit. Iureconſultus hic loquitur de eo, qui fingit. Quod verbum in malam partem accipitur: ſicut in l. 4. ſupra, quod cum eo. Mentiri nemo dicitur ſine dolo & fraude. Oſtendit Nigidius Figulus apud Gellium lib. 11. c. 11. Qui mentitur, ipſe non fallitur, ſed alterum fallere conatur: qui mendacium dicit, ipſe fallitur. Vir bonus præſtare debet ne mentiatur: prudens, ne mendacium dicat. Huc pertinet quod dicitur de vaſallo in lib. 2. feudorum. tit. 26. ſi de feu. defun. conten. ſit inter dominum. §. ſi vaſallus. Si vaſallus ſciens abnegauit feudum, illud amittit: ignoranti ſubuenitur: dubitans debet dubitanter reſpondere. Quæritur, an quod hic dicitur de mendacio, producendum ſit ad alios caſus. Receptum eſt producendum non eſſe: quod & mihi probatur. Nam ius ſingulare eſt, quod non debet extendi, l. quod verò. ſupra de legib. Caſus igitur iure expreſſi diligenter notandi ſunt, quibus ob mendacium quis ius ſuum amittit. veluti in l. ſed hoc ita. 22. infra eod. Si quis negauerit ſe ſocium eſſe, &c. Alius in leg. ſi dubitur. §. ita demum. de fideiuſſor. Non permittitur beneficium diuiſionis, ſi negat ſe fideiuſſiſſe. Alius in l. vltim. ſupra de rei vindicat. Qui negat ſe poſſidere, transfert poſſeſſionem in aduerſariatum. Alius in l. 1. C. ad Macedon. mentiens ſe patremfamil. amittit exceptionem Senatuſconſulti. Alij ſunt caſus, qui poſſunt legendo obſeruari: ſed non producuntur ad conſequentiam, vt iam dixi. Non omnia quæ peccant homines legibus complectuntur. Conniuent legiſlatores quædam hominum peccata, quæ videntur ſanari facile non poſſe. Vnde dicitur in leg. etſi quis. §. diuus. de relig. hæredem, qui prohibet funerari ab eo, quem teſtator elegit, non rectè facere: pœnam tamen in eum ſtatutam non eſſe. Valeria lex apud Liuium lib. 10. Improbe factum videri. Sic de mendacio videtur dicendum eſſe. Tanta eſt vanitas in vita humana, vt omnia omnium mendacia non poſſint puniri ſine maximo incommodo. Adde quod ſcribit Seneca de actione ingrati.

Mentiri nemo dicitur ſine dolo.

Ad l. Si Calendis. 11.

PRÆLECTIO XIII.

LOcus de officio iudicis, in pronuntiatione ſententiæ. Condemnat ad æſtimationem in obligationibus faciendi, l. ſi quis infrà eo. Cuius temporis habenda ſit ratio in æſtimatione ineunda: nam tempore mutatur ac variatur æſtimatio, l. pretia rerum. 63. ad l. Falcid. Videtur ſpectandum eſſe tempus accepti iudicij, quia ſtrictum eſt iudicium. l. cum fundus. de reb. cred. Celſus tamen ait ſpectandum tempus ſolutionis, quod anteceſſit litem conteſtatam quia eo tempore nouiſſimo ſolui potuit. Factum ſolui poteſt vſq; ad calendas, poſt calendas pecunia eſt in obligatione, d. l. ſi quis. l. ſtipulat. non diuiduntur, 72. de verb. oblig. Poſt moram fit quædam transfuſio obligationis, &c. l. obligationũ ferè. §. vlt. de oblig. & act. Nec obſtat quod admittitur purgatio moræ vſque ad litem conteſtatam. l. ſi inſulam. de ver. oblig. Id enim fit repugnante mero iure, propter æquitatem, & humanitatem. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. de ver. oblig. Igitur à iure illo non recedimus, cum quæritur de æſtimatione, &c. hîc mihi videtur eſſe ſenſus verborum, *Ex eo enim tempore, &c.* Idem alibi dicitur de obligationibus dandi. Si quis promiſerit dare vinum calendis. Interdum enim veniendum eſt ad æſtimationem: debitor fortè non habet vinũ, vel creditor non vult poſt moram vinum habere:

Et hoc

Digitized by Google

Et hoc caſu ſpectatur tẽpus calandarũ.l.vinum, ſuprà de reb.cred. Idem dicitur in l.vlt.de cond.tritic. Quid ſi tempus adiectum non ſit? Iulia.ait in d.l.vinum.ſpectandum eſſe tempus iudicij accepti. Idem in l. vlt. de cond.tritic. Sed magna iuris varietas hic reperitur: nec vllus locus creditur difficilior explicatu in iure ciuili. Modò tempus litis conteſtatæ, l.vinum, modò tempus contractus, modò tempus rei iudicatę, l.3.de cond.trit.l. ratio.ſi per venditorem.de act.empt. Vulgares interpretes ita nodum expediunt, vt dicant hæc omnia tẽpora ſpectari debere. Et eius temporis habendam eſſe rationem, quo res plurimi fuit poſt moram: vulgo dicunt, *Quanti plurimi*. Diſtinguũt tempus à quo, tempus ad quod. Interpretantur legem, vinum, de lite conteſtata: niſi vinum carius fuerit alio tempore. Sed hæc interpretatio manifeſta repugnat verbis Iuriſconſul. deinde iniquitatẽ continet, quia poteſt magnum ſpatium temporis intercedere inter moram, & ſententiam: nec poſſunt tamdiu res aſſeruari. Itaque nihil ad rem pertinet, quod adducitur ex leg. cum fundus. de reb.cred.l. præterea. de rei vind. vbi dicitur reſtituandum id eſſe, quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtatæ tempore ſolutus fuiſſet. In vtraque lege loquitur de fructibus, & acceſſionibus, quas proculdubio habiturus eſſet, &c. Fructus qui proueniunt ex re quoque anno cedunt in vtilitatem poſſeſſoris, qui fruitur, quãdiu manet ipſa res. Non eadem eſt ratio æſtimationis vini & frumenti: quia vinum non ſeruatur tanto tempore, &c. Sic etiam reſponderi poteſt ad leg. Iulianus. 17. de rei vindicat. vbi dicitur fructuum rationem vſque ad rei iudicatæ tempus ſpectandam eſſe. Longe diuerſa eſt ratio fructuum, quam æſtimationis in hac re: fructus colliguntur ſigulis annis quandiu res durat. Alia quibuſdam argumentis vtuntur: ſed non magni ponderis ſunt, vt oſtendimus ad leg. vinum. Certe vſu forenſi recepta non eſt vulgaris opinio: repudiatur à iudicibus propter iniquitatem ac duriciem: dicunt ſe ius Romanum non obſeruare. Mihi etiam hoc commentum non probatur, quia non tantum ab æquitate mihi videtur alienum, ſed etiam à ſententia veterum iuris auctorum. Ne vulgaribus quidem interpretibus hoc probari exiſtimo: ſed in tanta difficultate nullum habent aliud perfugiom. Ego quid ſentiam alias declaraui ad leg. vinum. & nunc quædam repetiturus ſum. Diſtinguere ſoleo iudicia ſtricta & bonæ fidei: ſicut diſtinguit Vlpianus in leg 3.§. in hac. commod. African. leg. hominem. 37. mand. In ſtrictis ſi de tempore non conuenit, ſpectatur tempus litis conteſtatæ, l. vinum. l. vltim. de tritic. act. dict. le.3.§. in hac idem in dict. leg. hominem. tempus quo agitur, petere, agere, ad litem conteſtatem refertur, l. amplius non peti. rem ra. hab. Nec mirum eſt hic ſpectari tempus litis conteſtatæ, cum idem conſtitutum ſit de fructibus, & aliis acceſſionibus, dict. leg. cum fundus. l. videamus. §. ſi actionem. de vſur. quia natura horum iudicorum eſt, vt ſtricta interpretatio fiat. Certum tempus definitum eſt, puta litis conteſtatæ: cuius habeatur ratio: quamuis aliquid interſit inter fructus, & æſtimationem, vt iam diximus. Si conuenerit tempore, eius habenda eſt ratio, vt hic dicitur. Idem in dict. leg. vinum. dict. l. vltim. de tritic. act. Quamlibet ſtrictum ſit iudicium ſeruari debet: quod actum eſſe apparet ex conceptione verborum: l. quicquid. de verb. oblig. Oppon. Accurſ. l. quie 21. infra de obli. & act. vbi ſpectatur tempus contractus, non tempus ſolutionis. Variæ ſunt ſolutiones apud Accurſ. & alios. Ego ſemper exiſtimaui tunc id locum habere, cum fideiuſſor cõuenitur ob moram rei. Mora rei nocet fideiuſſori. l. mora. 88. de verb. oblig. non tamen auget obligationem, centum Capuæ. de eo quod cert. loc. Si ſpectaretur tempus quo moram fecit reus, poſſet augeri obligatio fideiuſſoris. Mouet me, vt ſic interpretor quod ſumptum videtur illud caput ex l. centum Inſcriptio Afri. lib 3. Quæſtion. hoc exemplum conuenit regulæ dict. leg centũ. Aliæ quædam antinomiæ hic reperiuntur. Vna eſt ex leg. fundi. de nouat. ſecunda ex leg. vbi. § is autem. de eden. tertia ex l.3. de tritic. act. quarta ex l. in re furtiua. de condict. furt. Sed de his diximus plene & accurate ad l. vinum. Puto excepta fuiſſa à multis, quæ ego tũ dixi, vt repetitio non videatur neceſſaria eſſe. Oſtendi l.3. accipiendam eſſe cum res ipſa mutata eſt, in l. vinũ, &c. æſtimatio creuit, aut decreuit, ſtatu rei non mutato iniquum eſt debitorem liberari, qui reddit rem factam deteriorem poſt moram: idẽ ſi contra furem agatur. l. in re furtiua. l. ex argento. l. pen. rer. amot. Nunc vidẽdũ eſt de bonę fidei iudiciis. Mira hic varietas deprehenditur. Tempus rei iudicatæ. l.3.§. in hac. commod. Tempus venditionis, aut condemnationis, l.3.§. ſi per venditorem, de act. emp. Alibi dicitur creſcere obligatio, l. ſi ſterilis. eo. Alibi tempus quo ſolutum eſt, leg. hominem. hæc varietas oritur ex natura bonæ fidei iudiciorũ. Latiſſima poteſtas. l. t. de act. emp. §. in bonæ fidei. de actio. Inſtit. modo illud tempus, modò aliud: prout iudici æquum viſum fuerit. in l.3.§. in hac. *res iudicata*, id eſt, etiam rei iudicatæ. l. in ambiguis. de legib. Sic interpretatur Vlpian. dictum Seruij in leg 3. de trit. act. Spectari condemnationis tempus, niſi res deterior facta ſit poſt moram. Sic in l. qui hominem. non quo agatur, id eſt non tantum, quo modo ſæpe accipitur.

Ad l. in depoſiti. 12.

LOcus de effectu ſententiæ referendus eſt ad titulum. Damnatus eſt depoſitarius, &c. propter dolum ſuum iuratum eſt in litem: iuxta l. in actionibus. de in lit. iurand. damnatus eſt non ad rem, ſed ad æſtimationem, &c. hæc æſtimatio, venditio quædam eſt. leg. 51. ſupra. pro empt. Si reus poſſeſſor eſſet, dominiũ ei ſtatim acquireretur: ſi actor erat dominus. leg. eiue rei. ſupra de rei vindic. In hac autem ſpecie proponitur rem abeſſe, nec à reo poſſideri. Itaque dubitari poteſt quomodo ei ſuccurendum ſit vt ſequatur rem, ſi reperta aliquando fuerit. Et certum eſt, ſi diuerſa ſit in poteſtatem domini, poſſe depoſitarium agere contrario iudicio, leg. in commodato §. vltim. commod. Poteſt etiam exigi cautio, vt repertam rem dominus præſtet. leg ſi quis. in princip. eod. tit. Sed quæritur, quomodo cõſulendũ ſit reo: ſi forte res poſtea peruenerit in poteſtatem alterius extranei. Ait Marcellus *Dominum cedere actionibus ſuis*, &c. Actione ſibi ceſſa, id eſt, ei vindicatione, aget reus contra poſſeſſorem. Soluta ergo æſtimatione litis, nõ tranſit in eum rei vindicatio, niſi ceſſa & mãdata fuerit. in ſpecie autem noſtra hoc diſceptatur in actione iudicati. Loquitur Marcell. de condemnato., &c. aduerſus quem fit executio ſententiæ. Is opponit exceptionem cedendarum, vt vulgo dicitur. Exceptiones, quæ non impugnant ſententiam, plerunque opponuntur in exceptione ſententiæ. leg. ex diuerſo §. vlt. ſol. matr. Hic occurit antinomia difficilis ex l. is qui dolo. 69. ſup. de rei vind. Paulus: is qui dolo fecit quo minus poſſideret: hoc quoque nomine punitur, quod actor ei cauere nõ debet, actiones quas eius rei nomine habeat, ſe ei præſtiturum. Oſtendit ita demum cedendas eſſe actiones, ſi dolo non abſit res. Et rationem affert: quia propter dolum ſuum dignus eſt hac pœna, vt & pretium rei ſoluat, nec rem conſequatur. At in ſpecie noſtra dolo rei abfuit res, &c. Variæ excogitatæ ſunt ſolutiones ab Accurſio & aliis. Vna eſt magis probata vulgo &

Digitized by Google

recepta: quod Paulus in leg. Is qui dolo. loquitur de actione in rem, Marcellus de actione ex contractu, &c. quæ eſt in perſonam. Addunt alij Marcell. loqui de actione ex contractu bonæ fidei, depoſiti, commodati, &c. Verum ego iam oſtendi hoc non diſcepari in actione depoſiti, &c. ſed in actione iudicati: quæ actio non eſt ex contractu, nec ex bonæ fidei. Non origo iudicij ſpectanda, ſed ipſa iudicati, veluti obligatio, l. 3 §. idem ſcribit. de pecul. dixi ad leg. miles. §. qui iudicati. ſupra. Quærenda eſt igitur alia diſſolutio nodi. Exiſtimo diuerſa hæc eſſe magis, quam repugnantia. Nec id difficile erit intellectu, ſi quis paulo diligentior vtrunque locum expenderit. In leg. is qui dolo. quæritur de cautione, ſiue ſtipulatione iudiciali, quæ exigitur, cum iudex eſt pronuntiaturus, &c. Et Paulus ait actorem non cauere, & iudicem, qui cognoſcit nõ debere eum cogere ad cauendum, ſed ſimpliciter dãnare reum ad æſtimationem in ſpecie noſtra. Marcellus non loquitur de cautione illa, qua exigitur in ſententia, &c. Oſtendit non aliter faciendam eſſe executionem, quàm ſi actor ceſſerit actionibus ſuis: ſi forte actor petat litis æſtimationem actione iudicati. Sed fortaſſis eam petere non vult, quia ad nimiam ſummam redacta eſt taxatione iudicis: mauult recuperare rem ſuam, quam intelligi ab alio poſſideri. Duo igitur ſunt notanda & diſtinguenda: Primum eſt, quod reus damnatus ad litis æſtimationem propter dolum, &c. recte petit in executione ſententiæ ſibi mandari actiones, &c. ſi actor petat executionem ſententiæ: nã liberũ eſt ei non petere (vt iam dixi) ſiue in rem actũ ſit, ſiue in perſonam, ſiue iudicium ſit ſtrictum ſiue bonæ fidei: nam nulla bona & firma ratio diuerſitatis adduci poteſt. Secundum eſt, quod in omni actione, ſiue in rem, ſiue in perſonam, in qua litis æſtimationi locus eſt, propter dolum iudex pronunciat non exacta cautione ab actore, &c. Pronunciat ſimpliciter, non cogit eum cedere, vel cauere ſe ceſſurum, &c. hac pœna plectitur reus ob dolum ſuum: vt liberum ſit actori, vel poſt latam ſententiam contemnere litis, & rem ipſam vindicare. Hæc facultas & libertas adimeretur actori, ſi iudex pronuntiatione ſua cogeret eum, vel mandare actiones, vel cauere mandaturum. Argumento eſt l. ſi culpa. 63. eod. tit. de rei vindic. Si culpa, &c. non eſt facile audiendus actor, ſi velit pecuniam, quam ex ſententia iudicis periculo iudicati recepit, reſtituere. Oſtendit ſi dolo poſſeſſionem amiſerit reus, licere actori litis æſtimatione neglecta, rem ſuam retinere, aut vindicare. &c.

Ad l. ſi quis ab alio. 13.

Locus de officio iudicis in pronuntiatione, &c. Spectãda eſt natura cuiuſque obligationis & actionis. In obligationib. dãdi fit cõdẽnatio ad id quod intereſt. Et iudicis eſt videre, quatenus interſit, l. quaten⁹, de reg. iuris. Exẽplũ hic eſt cũ quis ſtipulat⁹ eſt ſatiſdari, itẽ fideiuſſorẽ dari. l. 1. ſupra qui ſatiſda. cogũt. hæ obligatio facti eſt: non promittit dare decem. qui promittit ſatiſdare pro decem: ſicut qui promittit curari decem, l. vltim. de reb. credit. Quæ lex olim fuit coniuncta cum noſtra, vt inſcriptio oſtendit, Celſus lib. 6. ff. Igitur in ſpecie noſtra ſpectandum eſt, an interſit, & quatenus interſit. Similis locus eſt in l. ſi quis ſtipulatus. 112. §. vltim. de verbor. obligat. Quid ſi quis dicat ſe timere, ne reus labatur facultatibus? ait Celſus, *Vani timoris*, hinc ſumpta eſt regula iuris, l. vani. de reg. iur. Legendum eſt lib. 6. vbi legitur 7. id eſt, nulla fit æſtimatio eius, quod intereſt, &c. Regula non poteſt commode explicari, niſi ad hunc locum referatur. Huc pertinet quod alibi dicitur, aduentitios caſus ſpectandos non eſſe. l. Iulianus. ſupra qui & à quib. Et eſt obiter notandus locus communis de metu, ſeu timore: de quo in l. 5. & ſequenti, ſupra de eo quod met. cauſa. An ſit iuſtus metus, & probabilis, an vanus, non poteſt in vniuerſum diffiniri: facti quæſtio eſt, & committitur arbitrio iudicantis. l. mora. de vſur. Opponitur l. diuortio. ſupra de negot. geſt. Sed etſi facere poſſit maritus, actio nego. geſt. inducitur: quia forte periculum eſt, ne facere poſſe deſinat. Illa ſpecies longe diuerſa eſt. Qui ſuſcipit procuratorẽ rerum alienarum, exigere debet, &c. nec prudentis eſt ideo differre exactionem quod ſoluendo ſit debitor. In hac ſpecie nihil eſt ſimile. Aliæ quædam ſpecies occurrunt: veluti in leg. cum qui. §. Papinianus. de furt. Sed in quaque ſpecie, quæ ratio ſit, homini paulo magis acuto, non eſt difficile iudicare.

Ad §. ſi quis promiſerit.

PRÆLECTIO XV.

SPecies eſt ſimilis ſuperiori de obligatione faciendi. Quæritur, an ſit damnandos ad faciendum: dubitatur, quia promiſit & obligatus eſt, &c. Sed Celſ⁹ ait eum condemnari in pecunia numerata. Et addit, generale hoc eſſe in omnibus faciendi obligationibus. Hæc fuit ſententia Tuberonis veteris Iureconſul. quã refert idem Celſus, l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. obligat. Exiſtimarunt veteres inciuile, imo ſeruile quodammodo eſſe quenquam ad faciendum poſſe cogi: argu. l. Titio centũ. 70. de cond. & demonſtrat. Deinde res exitum habere non poteſt, ſi quis iam obſtinato animo ſit, vt nunquam velit facere. vtilitas ergo, & commoditas hominum exigit, vt pecunia in locum facti ſuccedat. Quæritur an factum, an pecunia ſit in obligatione. Nam Celſus hic loquitur de condemnatione tantum. Variæ ſunt opiniones apud Accurſ. & alios: Ego iis aſſentior, qui putant vtrunque eſſe in obligatione factum ab initio, pecuniam poſt moram. Id oſtendit Celſus ex Tuberonis ſententia, in dict. l. ſtipulat. non diuiduntur. vbi quid fieri ſtipulemur, ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere. Similis locus in leg. quoties quis. 81. de verbor. obligat. Quanti intereſt iſti ſuſtinetur ſtipulatione. Similis locus in leg. ſi pœnam. 68. de verbor. obligat. Pecuniam te mihi crediturum ſpõdes. Id venit in ſtipulationem, quod mea intereſt. Similis locus in l. vltim. ſupra, ſi quis in ius vocat. incerti agendum in id quod intereſt. Similis locus in §. non ſolum. de verb. obligat. Inſtitut. Optimum erit pœnam ſubiicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, &c. Similis locus in leg. ſtipulatus es. 45. d fideiuſſor. Stipulor à te opus fieri, & à fideiuſſore pecuniam, &c. Conſequens eſt pecuniam eſſe in obligatione: quia diuerſa non poteſt eſſe obligatio rei & fideiuſſoris. l. Græce. de fideiuſſor. Ex iam dictis apparet duas quodammodo obligationes eſſe quę alternationem habeant. Perinde, ac ſi quis promiſerit facere, & ſi non fecerit, pecuniam. l. quoties quis. Itaque cum moram fecit reus, transfunditur obligatio facti in obligationẽ pecuniæ. l. obligationum fere. §. vlt. de obligat. & act. Sequens quæſtio eſt de ratione agendi. Et hoc mihi videtur commodiſſimum, vt disiunctim petatur, vt faciat reus, vel pecuniam ſoluat. Nam talis petitio quamuis incerta plerunq; admittitur. l. 1. §. quia autem. infra, quod legator. Cum incertitudo oritur ex facto rei magis, quam actoris. Poteſt etiam interdum ſola pecunia peti. Queadmodũ ſi factũ ſit huiuſmodi, vt amplius non poſſit præſtari. Si quis certam operam mihi promiſerit, ſi quãdo. de oper. liber. me comitari in iti-

in itinere aliquo, non eſſet eadem opera. l. ſi non ſortẽ. §. de libertus, de cond. indeb. Simile exemplum eſt in leg. 6. de vſufr. leg. ſupra. Vſusfru. in biennium à morte teſtatoris. Prẹterito biẽnio petetur ęſtimatio, quia alius eſt vſusfructus. Et hæc ratio agendi neceſſaria eſt: cum ſtipulatio in non faciendo concepta eſt, quia facta non poſſit fieri infecta. l. in bello. §. factæ. de capt. & poſtlim. reuerſ. Exiſtimo & hanc rationem agendi probandam eſſe cum factum ipſum adhuc præſtari poteſt, vt ſimpliciter pecunia petatur. Quia verũ eſt pecuniam eſſe in obligatione poſt moram, vt iam oſtendi: factum eſt in ſolutione vſque ad litem cõteſtatam. l. ſi inſulã. 84. de verbor. oblig. Ea petitio non adimit reo facultatẽ faciendi, quinimo factũ ipſum peti poſſe exiſtimo. Ea petitio debet ſecundũ ius intelligi, quaſi æſtimatio peti intelligatur. l. ſi quãdo. de op. liber. Prẹterita opera, quæ iam dari non poteſt, petitur item æſtimatio. Ex iam dict. l. 1. de act. empt. conſequitur, vẽditorem liberari præſtando quod intereſt, quia obligatur ad faciendum, idem tradendum. Tradere nudũ factum eſt, l. ſi rem tradi, de verbor. oblig. d. l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. eo Sed difficilis quæſtio, an cogatur præciſè tradere, cum habet facultatẽ rei tradendæ. Recepta opinio mihi non videtur ab æquitate abhorrere, quæ ſpectãda eſt in iudiciis bonæ fidei. Cũ venditor eſt dominus & poſſeſſor rei venditæ. Sicut in rei vindicatione manu militari poſſeſſio aufertur, l. qui reſtituere. de rei vindicat. Atque ita defẽdi poteſt ſententia illa, de qua extat conſtitutio pontificia, c. cũ Ioannes. de fide inſtrum. Vt dominus poſſeſſionem vacuam traderet, &c. Oppo. l. ſi traditio. C. de act. emp. Si traditio procacia venditoris non fiat, damnatur venditor, quanti intereſt emptoris. Reſpondeo, poſſe iudicẽ vtrumlibet facere prout æquum eſſe viderit. In quaq; cauſa lata eſt iudicis poteſtas, nec vllis finibus, prẹterquam æquitatis, circumſcripta. §. in bonę. de act. Inſtitut. Sed conſultius erit à iure ordinario non recedere, niſi magna aliqua ratio, & euidens æquitas id ſuadeat. d. l. ſi traditio. Sequens quæſtio eſt, an obligatus ad dãdum liberetur ſoluẽdo id quod intereſt. Vulgo receptum eſt, eum cogi debere ad dandum præciſe. Nam Celſ. hic loquitur de obligationibus faciendi, quæ diſtinguuntur ab obligationib. dandi. l. 2. in prin. de verbor. oblig. quamuis *Facere*, verbum, alias generaliter accipiatur. Præterea non eſt eadem ratio facti, quo dationis. Inciuile eſt quemquam cogi opus facere manibus ſuis ac ſeruile: dare pecuniam non æque inciuile eſt. Itaque pecunia hic non eſt in obligatione, nec in petitione: ſed tantum res ipſa, &c. Hinc vulgo dicitur incarcerandum eſſe eum, qui nõ dederit. l. 1. C. qui bon. ced. Exiſtimo tamen officio tamẽ iudicis cõuenire, vt reus interdum abſoluatur, qui æſtimationẽ præſtet. Hoc pertinet ad minuendas lites, vt non facile audiatur litigans is, cui offertur ęſtimatio rei petitę. Et hoc vtilitatem habet in vino, frumento, & aliis rebus, in quibus nulla probabilis cadit affectio, l. vinum, de reb. cre. & l. quoties. 59. de verb. obl. Reus contendit ſe non habere vinum. Vtile nõ eſſet ſcrupuloſe inquirere an habeat, cum poſſit pecunia vinum æque bonũ comparari. Si tamen vinum quod debetur, non poſſit facile comparari, æquum eſt cogi debitorem præciſe dare. In magna caritate annonæ non reperitur frumẽtum: ſicut de frumento Siculo ſcribit Cic. li. 5. in Verr. Beneficij loco, & gratiæ conceſſum ciuitatibus, vt nũmos pro frumento darent: quia populo Rom. annona erat neceſſaria. Obſeruaut huic litis æſtimationi locũ eſſe in ſpeciebus etiam & corporalibus. Exempla aliquot collegi ad l. vbi autem. §. vlt. de verb. oblig. Conſiderarunt veteres res omnes pecunia compenſari & æſtimari. Ideoque non multum incommodi eſſe in ea ſolutione: vt Ariſtot. ait lib. 5. Et hic. quamuis aliud pro alio non ſoluatur. l. 2. ſupra de reb. cred.

Non ſoluitur aliud pro alio.

Ad l. Quod iuſſit. 14.

PRÆLECTIO XVI.

Locus de affectu ſententiæ. Sententia finem imponit liti, l. 1. ſupra eod. inde quæritur, an poſſit reuocari à iudice, ſi forte cognouerit ſe erraſſe, &c. dubitatio naſcitur ex eo, quod ſi quid prætor iuſſerit, an vetuerit, id mutare poteſt, &c. Sed Celſus oſtendit, aliam eſſe cauſam ſententiæ, qua res definitur, &c. Non quęuis pronunciatio, qua iubetur aliquid, aut vetatur, ſẽtentia eſt: docuimus ad leg. 1. ſupr. Interlocutio diſtinguitur à ſententia. C. de ſentent. & interlocut. omniũ iudic. Duo igitur hic notanda ſunt, & ſeparatim examinanda. Vnum eſt de iuſſu prætoris, alterum de ſententia. Obſeruandum eſt igitur quod iuſſum eſt, aut vetitum à prætore, id mutari poſſe. Accurſ. affert exemplum ex leg. qualem. §. dicere. ſupra de recept. arb. Iuſſit adeſſe calendis, mox idibus. Sed hoc exemplum non conuenit prætoris officio, ſaltẽ cũ imperio vtitur. Prætor non cognoſcit de cauſis priuatis, niſi extra ordinem in certis caſib. Nec verſatur imperium prętoris in ea cognitione. Dixi ſuperiore loco ad tit. de iuriſd. Neceſſe, vt intelligamus hæc verba de imperio mero, aut mixto: quare aliud exemplum inueſtigandum eſſe. Videtur ſatis appoſitum eſſe in leg. 10. de prętor. ſtipul. Præſes caueri iuſſit damni infecti in triennium, deinde in longius tempus. Hæc cautio imperij eſt, l. iubere caueri. de prætor. ſtip. & pertinet ad officium iudicis. l. 5. de verbor. obli. Hic mutat iuſſum ſuum præſes cõtrario imperio. Hoc decret prætoris non eſt ſententia: non enim inſtituta fuit actio coram eo, &c. Aliud exemplum ſimile in l. ſi opus. de oper. nou. nunt. Prætor iuſſit nouum opus nuntiare, deinde prohibuit. Hic nulla intenditur actio, nec ea pronuntiatio eſt ſentẽtiæ. dicitur ergo tolli & reuocari. Aliud exemplum ex leg. quamuis de reb. cred. qui ſub tut. Prætor decreuit prædia venundari: deinde ipſe, aut eius poſſeſſor id decretum mutauit. Nulla hic ſententia, nec actio. itaque hæc permiſſio prætoris reuocatur. An idem dicendum ſit de interlocutionibus iudicum cognoſcentium, &c. Reſpondeo, has interlocutiones reuocari poſſe. idque expreſſum eſt de arbitro. l. qualem. dicere. ſupra de recept. arb. ſi iuſſerit adeſſe calendis, mox idibus. Cum iudex aliquid pronunciat pertinens ad prępparationẽ & ordinationẽ litis magis, quã diffinitionẽ ac deciſionẽ. Vlp. in l. ſi opus. hic oſtendit idẽ eſſe in decreto prætoris, quod in iudicis interlocutione. Nam ſumptum eſt illud caput ex titu. de recept. arbitr. Vlpian. lib. 13. ad edict. id dicendum de iudice quod de arbitro, propter ſimilitudinem rationis. Vtilitas exigit, vt hæc mutatio, & correctio permittatur iudici. Crebræ ſunt huiuſmodi interlocutiones in quaque lite: & celeriter expediuntur à iudicibus, ac ſine magna deliberatione, plerunque in magno tumultu & ſtrepitu. Vtilitas igitur ſuadet, vt ſi quid huiuſmodi imprudenter exciderit, vt ſi iudici id corrigere liceat. In iis, quæ lite ordinata pronunciantur finiendæ controuerſiæ cauſa, id exemplum pernicioſum eſſet. Quod dixi de interlocutione, accipiendum eſt etiam, ſi ab ea appellatũ ſit. c. cũ ceſſante. de appell. Quoties mutari, aut reuocari poſſit interlocutio, nullo certo iure definitũ eſt: quare id relinquitur arbitrio iudicis, ita vt nimia variatio, & inconſtantia vitetur. Verba legis noſtræ generalia ſunt, ſicut & l. qualem. §. dicere. hic. Idem

Interlocutio diſtinguitur à ſententia.

dicendum eſt de tempore intra quod mutari poteſt. arg. l. 1. de iur delib. hæc quæ poſita sũt in ſola æquitate & vtilitate diffiniri non poſſunt in vniuerſum. l. de acceſſionibus. infra de diuerſ. temp. præſcrib. Secundo obſeruãdũ eſt ſentẽtiã ſemel latam reuocari nõ poſſe. Reuocare dicitur, qui ſententiã mutat magis, quã verba l. actionum. 46. infra. hic. Idque præcipue locum habet in iudice dato. quia iudex eſſe deſinit. l. iudex. 55. infra eod. idem in arbitro compromiſſario. d. l. qualẽ. §. dicere. Idem & in magiſtratu. quem vulgo dicimus ordinarium l. Paulus. 42. infra eod. etiamſi eodem die iudicet, l. cum quærebatur, 62 infra eo. etiamſi de pœna infligenda agatur in iudicio criminali. l. acta. 45. §. 1. infra eod. Si forte iudex cognouerit innocentem eſſe eum, quem damnauit. l. diui fratres, de pœn. l. moris. §. ſed eum. eod. l. 1. §. vlt. de quæſt. Iuſta eſt cauſa differendæ executionis, ſed non mutandæ ſententiæ, donec princeps conſultus reſcripſerit. Quæritur, ſi iudex mulctam dixerit alicui an poſſit eam remittere. Nulla hic eſt ſẽtẽtia: mulcta eſt pœna pecuniaria, qua magiſtratus contumaces & inobedientes coercerent. l. 2. ſupra. ſi quia in ius voc. l. 2. C. de epiſco. aud. l. aliud. l. ſi qua pœna. de verb. ſign. Videtur mutari poſſe, quia non fruitur, &c. Sed hoc permittitur tantum propter inopiam. illicitas. §. præſes. de offic. præſid. l. eos. ad fi. C. de mod. mulct. Colligunt alij pleroſque caſus, in quibus ſententia reuocari poteſt. De iis dicemus ad capita quædam ſequentia. Bart. male excepit viros illuſtres. ex leg 2. C. de ſent. ex libel. recit. Quæritur, ſi ſententia nulla ſit, an iudex, qui eam tulit, poſſit mutare. Diuerſæ hic opiniones reperiuntur, quas ſuperuacaneum eſſet referre. Dicã breuiter quod ſentio. Exiſtimo iudicem datum denuò pronunciare non poſſe. l. 4. C. quo modo & quando iud. Officium iudicis dati pronuntiatione ipſa finitur. l. iudex. infra eod. quomodocunque iudicauerit. Magiſtratus, qui vulgò dicitur iudex ordinarius iterum pronunciare poterit. l. ſi præſes. C. quomodo & quando iudex. non finitur eius officium, ſicut & iudicis dati. Idem dicitur in l. 4. C. de accuſa. Idem in l. 1. Cod. de ſentent. & interloc. Oppo. l. abſentem. 6. eod. tit. de acc. vbi præſes nõ emendat ſententiã ſuam, &c. ſed ſuperior magiſtratus, idem præfectus prætorio. Variæ ſunt opiniones. Exiſtimo ſuperiorem magiſtratum adeundum eſſe, cum inferior erratum ſuum non emendat. In ea ſpecie non proponitur præſidem voluiſſe cognoſcere, ſed tamen damnaſſe, &c. Hodie in Gallia ſuperior cognoſcere non poteſt ſine appellatione. Denique animaduertendum eſt, ſuperiorem ad quem appellatum eſt, poſſe etiam cognoſcere, & pronunciare de nullitate. l. quædam mulier. 41. famil. erſc. l. vltim. de iur. patro. Sunt ex eodem loco, & poſita ſunt ſub diuerſis titulis verbis paulum immutatis. Paul. lib. 1. Decret. ſeu imperia. ſententiar.

Ad l. à Diuo Pio. 15.

PRÆLECTIO XVII.

Hoc capite continetur diſputatio de executione ſententiæ admodum vtilis. Huius duo ſunt præcipui loci: vnus de perſonis, &c. alter de modo, & ratione exequendæ ſententiæ, &c. Primum ergo quæritur, qui poſſint exequi ſentẽtiam. Pone datum eſſe iudicem à prætore, qui cognouit & iudicauit: an poſſit exequi, &c. diuus Pius reſcripſit non poſſe: nam neque imperium habet, neque iuriſdictionem. vt dixi ad leg. ait prætor. ſupra. Simplicem notionem habet, & iudicandi facultatem: niſi aliud ei permiſſum ſit. l. à iudice, C. de iudic. Exequitur ergo ipſe magiſtratus, qui iudicem dedit, non alius. Non enim ſimpliciter ait D. Pius executionem competere magiſtratibus, ſed iis, qui iudicem dederunt. Nec vero dubiũ erat ante D. Pium quin magiſtratus exequerentur: ſed dubitabatur an is tantum, qui dedit, exequi poſſit, &c. itaque reſcripſit magiſtratibus populi Romani, &c. Quod eſt intelligendum (vt poſtea dicemus) niſi alius fuerit iuſſus, aut rogatus, &c. De ſententia arbitri quid dicẽdum ſit, docui ad leg. ait prætor. Admonui hoc non poſſe intelligi de arbitro compromiſſario, cuius ſententia tempore horum Iureconſultorum non habebat executionẽ. l. 1. C. de arbit. Arbitrum hic accipere debemus datum à prætore. Arbiter pro ſocio arbiter familiæ erciſcundæ, arbiter communi diuidundo. locus Cic. pro Murena. Obſeruandum hinc eſt iudicem datum, ſiue delegatum, non poſſe exequi ſententiam ſuam. Functus eſt officio ſuo cum iudicauit, l. iudex. infra eod. Et hoc intereſt inter iudicem datum, & cum cui mandata eſt iuriſdictio. Non enim eſt ferendus error eorum qui putant ea, quæ ſunt mixti imperij nõ poſſe mandari: cuiuſmodi eſt executio ſententiæ, &c. l. cognitio. de offi. eius cui mand. eſt iuriſd. Nec ad rẽ pertinet, quod obiicitur de magiſtratibus municipalibus. l. ea quæ ad municip. Eſt enim maior poteſtas eius, cui mand. quam duumuiri alicuius municipalis. Is cui mandata eſt iuriſdictio, fungitur vice mandantis. &c. l. etſi prætor. de offic. eius cui mand. Omnia poteſt quæ magiſtratus, exceptis iis quæ ſpecialiter, &c. l. 1. de offic. eius qui mand. Accurſ. & Accurſiani, qui hæc non diſtinguũt, incidunt in multos errores in hac diſputatione. Ita diſſerunt de his rebus, quaſi nihil intereſſit inter iudicem datum, & eum cui eſt mandat. Aduerſus ea, quæ diximus multa opponuntur à ſophiſtis, & parum eruditis interpretibus. Primum oppo. Nouella conſtitutio de exhiben. reis. §. ſi vero. quæ conſtitutio ſi recte intelligatur, ſuffragatur noſtræ ſententiæ, magis quam aduerſatur. Oſtendit Iuſtinian. reum, qui promiſit iudicio ſiſti. & poſtea aufugit, exhibendum eſſe, &c. Et ita diſtinguunt, ſi adminiſtrator ſit, idem magiſtratus poteſt eum iubere exhiberi. Si ſit iudex datus, debet referre ad eum, à quo datus eſt. In vulgari interpretatione legitur, Renunciare ad eum, à quo datus eſt. In ea, quæ adſcribitur Iuliano, referre, Græce, [illegible] nũciare, iudicare, referre. Præterea obiicitur lex, etſi non cognitio. C. ſi contra ius vel vtilitatem. vbi mandata executione, mãdatur cognitio. Inde argumentũ ducũt, ſi ei cui mãdatur executio, & cognitio quoque intelligitur mãdata: idẽ eſſe dicendũ è conuerſo, vt mandata cognitione, intelligatur mandata executio. Verum hæc paria non ſunt: quæ ſit diſſimilitudo, nunc demonſtrabo. Cũ cui cõmittitur cognitio, nõ ideo committitur eidem executio: quia plus eſt exequi, quam cognoſcere & iudicare. Executio eſt imperii cuiuſdam, vt iam diximus. Cui conceditur quod minus eſt, non continuo ei conceditur quod eſt maius. Cum autem committitur alicui executio, intelligitur commiſſa cognitio, dict. l. etſi non cognitio. Vt ſi princeps reſcribat Titio, vt Mæuium deiectum à Seio de poſſeſſione, reſtituat, &c. Poterit cognoſcere, an Mæuius à Seio deiectus fuerit: non enim eſt credibile principem aliter ſenſiſſe: veriſimile eſt principem id velle, ſi appareat verum eſſe, quod ei expoſitum eſt. Sic eſt intelligenda lex 12. ſi non cognitio. Non loquitur de executione ſententiæ: nam qui exequitur ſẽtentiã, non cognoſcit de toto negotio: alioqui eluſoria eſſent iudicia. leg. ſi prætor. ſupra de iudic. [illegible] Cognoſcit an iudicatum ſit. Item de rebus quæ capiuntur, vt dicemus ad §. in venditione, & ſequent. Quæſtio hic tractari ſolet de iudice de legato à principe an poſſit

an poſſit exequi ſententiam. Qua in re tertius eſt ius pontificium quam ciuile. Iure pontificio ſatis expreſſum eſt poſſe. c. paſtoralis. de officio. de leg. c. ſignificaſti. c. quærenti. eod. Et de hoc conuenit inter omnes interpretes. An autem hoc ius ſit contrarium iuri ciuili dubitatur: & variæ opiniones reperiuntur. Quidam cenſent delegatum à principe exequi poſſe, quaſi non ſimilis ei, qui datus eſt à magiſtratu. arg. l. à iudice. C. de iudic. Citant Nouel. Iuſtin. de exhib. reis. §. ſi vero. item l. vltim. C. de iudic. Ego vero exiſtimo idem dicendum eſſe de iudice dato à principe quaſi ſimilis ſit in hac re iudici dato à magiſtratu. Nullam aliam differentiam reperio, quàm quę eſt in leg. à iudice. C. de iudic. Vnde verba Vlpian. producenda ſunt ad delegatum à principe: Diuus Pius ita reſcripſit: quia de eo tum erat dubitatio. Reſcribebant principes, prout in quaq. cauſa id neceſſarium videbatur. Maxime autem me mouet conſtitutio Nouella, qua nos oppugnant aduerſarij. d. authent. de exhib. reis. § ſi vero. loquitur enim Iuſtinianus tam de iudice dato à principe, quam à magiſtratu. Et ait referre debere ad eum, à quo datus eſt. Ergo datus à principe, referre debet ad principem. Sic aduerſarij confodiuntur armis propriis. Non eſt contrarium noſtræ ſententiæ, quod dicitur in leg. vltim. C. de iudic. Executore negotij, cui mandata eſt huiuſmodi cauſæ executio ſeu exactio, imminente, & ſtatuta ab arbitris effectui mancipante, &c. Executorem intelligunt iudicem datum à principe, qui recuſatus eſt. Et aiunt eum exequi ſententiam arbitrorum, quamuis non cognoſcat. Hæc interpretatio ſi recipiatur, idem erit dicendum de iudice dato à magiſtratu. Nam de vtroque Iuſtinianus loquitur in initio conſtitutionis. Verius ergo eſt Iuſtinianum loqui de eo, cui mandata eſt executio: mandari enim poteſt, vt iam oſtendi. Vni mandata eſt cognitio, alteri executio, ſiue exactio. Vnus eſt iudex, alter executor. Iudex recuſatur, eliguntur arbitri: quorum ſententiam exequitur, non iudex, ſed ille executor, &c. Quidam exiſtimant fuiſſe quoſdam executores publicos, qui ſententias iudicum exequerentur: hoc commentum ſuum confirmare nituntur Nouel. conſtitut. de iudic. §: is qui. Ibi loquitur Iuſtinia. non de executoribus, ſed de exceptoribus, ſiue actuariis ὑπογραφεῦ dicitur à Iuſtin. in Codice Græco: nos pauium græciſantes, *Grephiers*, vocamus. Probabilius eſt ergo, quod diximus executionem competere cui mandata eſt, ſi forte mandata ſit, &c. Plura hic tractantur ab aliis, ſed parerga & extra rem.

Ad §. ſententiam.

PRÆLECTIO XVIII.

Dictum fuit magiſtratus, qui dederunt iudices, poſſe eorum ſententiam exequi: alios non poſſe. Quod eſt accipiendum, inuitis magiſtratibus qui iudicarunt, vel iudices dederunt. Quid enim ſi magiſtratus iubeat alteri, vt exequatur. Et hoc demonſtratur reſcripto principis, quod Vlpianus hic refert. Varia hic eſt lectio. In Florentinis legitur, *Si hoc iuſſi fuerint*. Quod ſic accipe, iuſſi fuerint præſides, ab iis qui iubēdi habent poteſtatem: puta magiſtratibus aliis, qui Romæ iudicarunt, vel iudices dederunt. In quibuſdam libris legitur, *Si hoc viſum fuerit*. Hæc litera aliquid ambiguitatis habet, ſed defendi tamē poteſt. Si hoc viſum fuerit magiſtratui, qui Romæ eſt. Vtraq. igitur lectio eundē habet ſenſum, poſſe magiſtratū exequi ſententiam alterius permiſſu cuiuſdam: hoc vtilitas publica exigit, vt facilius, & expeditius res iudicatæ mandentur executioni. Nec poteſt aliter fieri: quia præceptū vel decretum vnius magiſtratus vltra fines prouinciæ quam regit, vel ditionis, non porrigitur. l. cum vnus. 12. §. is qui infra de bon. auct. iudic. poſſ. Et ſimile eſt exēplum in leg. argentarium. §. nomine. ſupra de iudic. Tutores in prouincia condemnari, curatores Romæ iudicatum facere coguntur. Eſt autem receptū, vt magiſtratus literas ſcribat ad alterum magiſtratum, &c. vulgo literas rogatorias vocamus. de quibus in authēt. vt nul. iud. §. ſi vero quis. & in c. Romana, §. contrahentes, de foro compet. in 6. Quod diximus, maxime locum habet in iis iudicibus, qui nullum habent territorium, non habent eam coercitionem, quæ neceſſaria eſt in executione ſententiæ. Exemplum eſt in leg. epiſcopale. C. de epiſcop. aud. Per iudicum quoque officia, ne ſit caſſa epiſcopalis cognitio, diffinitioni executio tribuatur. Quod Accurſius monet notandum eſſe pro ſententia doctorum: doctores habent iuriſdictionem in diſcipulos ſuos, vt Iuſti. ait in prooemio ff. & Fridericus OEnobardus in conſtitutio. quę incipit, habita. Sed ſi bona capienda ſunt pro executione ſententiæ, aut perſona ipſa prehendenda: id pertinet ad officium magiſtratus. Item poſſunt doctores exequi ſententiam, cum nulla vi opus eſt, nec manu militum, aut lictorum. Exemplum eſt in c. ex literis. de conſtit. De quodam magiſtro Gulielmo qui magiſter erat in artibus Pariſiis: hic magiſter contumax erat, & ſtultus, nec volebat parere decreto doctorum. Doctores tandem eum priuarunt communione & ſocietate ſua. Hæc ſententia poteſt ab ipſis mandari executioni, nō admittendo eum in ſocietatem ſuam, denegando ei beneficia ſocietatis, &c. Sicut prætor denegat iuriſdictionem. Eſt genus quoddam coercitionis prætoriæ. l. ſed etſi per prætorem. ſupra ex quibus cauſ. maio. Quęſtio eſt, an hæc locum habeant in iudicio criminali. Plerique putant reum damnatum remittendum eſſe ad magiſtratum loci, in quo deliquit. & hoc videtur ſenſiſſe Accurſ. Sed hoc non puto verum, quia nullo iure probatur. Remiſſio quidem fit ad locum delicti ante cognitionem, aut condemnationem. l. ſi cui crimē. §. vlt. de accuſat. infra. authent. vt nul. iudic. §. ſi quis vero comprehenſor. Eſt enim facilior probatio in loco delicti: idque publice vtile eſt, ne delicta maneant impunita. auth. quia in prouincia. C. vbi de crimi. agi opor. Hoc ius quatenus ſit receptum moribus noſtris, ſæpe alias docui. Remiſſio fit à loco delicti ad locum domicilij, aut originis: ſed non extra prouinciam vocant, quæ continetur finibus cuiuſque Parlamenti. id declarandum eſt exemplo.

Ad §. *In venditione*. Hęc verba referuntur ad id, quod dictū eſt de pręſidibus, ſcilicet eos poſſe exequi. &c. Iā incipit demōſtrare, quomodo exequātur. Et ait, *Iubēt*, ſcilicet præſides, de quib. prius dixit. Primū igitur capiūt pignora. Pignora vocāt res, quæ capiuntur pro executione. quia iure pignoris obligantur creditori. C. de prætor. pign. l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. l. qui legati. C. vt in poſſ. leg. l. non eſt mirum. de pig. act. Ordo ſeruandus in hac captione pignorum deſcribitur ab Vlpian. Poſt quod tempus diſtrahi debeant, dicemus ad l. debitoribus. hic. Addunt aliqui in ſingulis quoque rebus tam mobilibus quàm immobilibus delectum habendum eſſe, & ab iis incipiendum eſſe, quarum ademptio minus eſt grauis ac damnoſa reo. Argu. ducunt ex l. 1. §. diminutio. ſup. de vētre in poſſeſ. mit. Mulier in poſſeſſionem miſſa ali debet, &c. Diminutio ad hos ſumptus fieri debet primum ex pecunia numerata: ſi ea non fuerit, ex iis rebus, quæ patrimonium onerare magis impendio, quàm augere fructibus conſueuerunt. Verum mihi non videtur hoc ſimile eſſe. Nam in executione ſententię illud præcipue

ſpectandum eſt, vt promptius & expeditius fiat, vt poſtea dicemus. Ac imputatur reo, qui non ipſe bona diſtrahit, & ſatisfeçit creditori. Liberum eſt ei ea diſtrahere, quorum omiſſio ipſi futura eſt minus damnoſa. Puta igi poſſe capi ea quæ vtiliora, & commodiora viſa fuerint pro executione ſententiæ. Argumẽto quoq; illud eſt quod Iuſtin. ait in Nouel. de fideiuſ. §. quod autem. Cum pro auro debito res aliæ dantur in ſolutum, quæcunque meliores ſunt dandas eſſe, deteriores apud debitorem manere. Hic fauetur creditori, vt ratio poſtulat, ne alias iniuria afficiatur. Fateor tamen ciuili modo hęc accipienda eſſe: inciuile eſt ea capere, quorum captio nihil profutura ſit creditori, & multũ nocitura debitori. Exempli gratia, ſi exigua ſit pecunia debita, & res magni pretij diſtrahatur. argu. l. ſi cui de ſeruit. ſupra. Per quamlibet partẽ ire licebit, ciuili tamen modo: nam quædam in ſermone tacita excipiuntur. Non enim per villam ipſam, nec per medias vineas ire, agere ſinendus eſt, cum id æque commode per alteram partem facere poſſit, & minore fundi ſeruientis detrimento. Sic in propoſita ſpecie permittitur ſimpliciter res capere, ſed tamen ciuili modo: alias poterit appellari ab executore, quaſi excedat modum. l. ab executione. Cod. quorum app. non reci. Ex hic vulgo annotari ſolet, prius perquirenda eſſe mobilia, &c. Hodie in Gallia hæc perquiſitio mobilium non eſt neceſſaria, propter edictum regis quod de ea re factũ eſt anno 1539. A quo tamen edicto excipi ſolent minores damnati propter l. magis puto. §. non paſſim. ſup. de reb. eorum qui ſub tut. Cum igitur de prædiis minorum vendendis, prius inquirendum eſt, an pecunia ſit in numerato, vel in nominib. Et hoc vulgo receptũ video: quanquam videtur diſſimilia, ſi quis paulo diligẽtius rem expenderit. Sed de eo dicemus alibi. Quod autem continetur edicto regio, alias defendi non eſſe contrarium huic iuri, in quo verſamur. Moueor, quia hic ordo videtur creditoris gratia introductus eſſe magis quam debitoris. quod hac ratione facilior ſit & expeditior executio. §. item quod, infr. hoc tit. Nemo eſt qui ignoret facilius inueniri emptorem mobiliũ, quam immobilium: item vtilius eſt debitori nominibus executionem fieri, quàm in rebus ſoli, l. magis puto. §. non paſſim. Tamen ad hæc non peruenitur niſi deficientibus, &c. Argumento eſt hunc ordinem non pertinere ad fauorem debitoris. Quod ſi verum eſt poterit executor à rebus ſoli initium facere. Nec ad rem pertinet l. vlt. vbi autem. C. de bon. quæ liber. quia nõ loquitur de executione ſententiæ: ſed de vendendis rebus filiifa. vt ſoluatur æs alienum. Illud certum & indubitatum, ob contumaciam rei actorem ſtatim mitti in poſſ. rerum ſoli. tit. ex quib. cauſ. in poſſ. eat. Et hoc conuenit inter omnes, quia non eſt executio ſententiæ: atque ita accipiendum eſt quod dicitur in l. vlt. §. cum autem. C. de iis qui ad eccleſ. confug. Adde non tantum res poſſe capi, ſed etiam perſonam. l. t. C. qui bon. ced. Sed hoc quomodo accipiendum ſit, dicemus ad l. ſi victum. 34. infr.

PRÆLECTIO XIX.

Diximus ſupra, quomodo ſententię executio fieri debeat: & quid capiendum ſit, &c. Nunc tractãtur quæſtiones aliquot ad eandem rem pertinentes: vna eſt, an vocatio partis ſit neceſſaria. Variæ ſunt opiniones. Exiſtimo neceſſariam eſſe: quia iudex pronuntiat cauſa cognita. facit l. de vnoque. lex. nã ita diuos. ſupra de adoptio. Intereſt patris aduerſæ, quæ multas exceptiones poteſt opponere: Quod à non competenti iudice: Quod die feriato: Quòd non ſeruato ordine. Item exceptiones de quibus not. ad leg. 1. Codice. de iure & facti ignoratio. Item perit executionem per actionem iudicati. Dixi ad l. miles. ſupra. Ergo vocanda pars aduerſa, leg. 1. ſupra de edend. Verum ergo non videtur. Nonnulli putant cùm ſententia lata eſt de certa ſpecie, nec alia re capitur, &c. quia tunc (inquiunt) auferenda eſt manu militari, leg. qui reſtituit. 68. de rei vind. Non ideo conſequens eſt vocandum non eſſe aduerſarium: & ratio ſupradicta oſtendit vocandum hic quoque eſſe: quia ipſius intereſt, & poteſt exceptionem opponere, &c. Præterea locus eſt apertus de hac vocatione patris in l. meminerint. C. vnde vi. Probabilior eſt igitur ac tutior hæc opinio, quamuis plerique diſſentiant. Altera quæſtio eſt, an ob priuilegium aliquod ceſſet hæc executio. Ercoſſ. hic quoſdam locos citat de ciuitate, minore, dote, Eccleſia. Sed hoc paulo pleniorem diſputationem exigit. Ac in primis dicendum eſt, ciuitates eodem iure vti quo homines priuatos. leg. ciuitate. ſupra quod cuiuſque vniuerſ. loco priuatorum habentur. l. cum qui vectig. de verbo. ſignific. Minoris etiam bona capiuntur, l. 1. Cod. de præd. min. l. 3. §. item quæri poteſt. ſupra de rebus eor. qui ſub tute. quia hæc alienatio non eſt voluntaria. ſed neceſſaria. De dote quæritur, quæ multum fauoris habet. l. 1. ſupr. ſolut. matr. Et certum eſt, ſi fundus dotalis adiudicatus ſit, ipſum poſſe capi. l. 1. de fund. dot. Lex Iulia non pertinet ad hanc alienationem, quæ voluntaria non eſt. Damnato autem marito actione perſonali non poteſt fundus dotalis capi. l. 1. C. de priuileg. fiſci. Rectè petit mulier dotales res ab aliis ſeparari. l. ob maritorum. Cod. ne vxor pro mar. Excipitur cauſa primipilaris. dict. l. 1. Si maritus habeat curam annonæ in exercitu, & ob eam rem conuenia‑tur: res eſt maximi momenti in libello. Itaque cauſa primipilaris eſt maxime fauorabilis, & dote ipſa fauorabilior. Et hoc iure nos vtimur in Gallia. atque ita cauſam primipilarem intelligũt qui in foro verſantur, rectius quam Accurſ. & alij interpretes. Sed res dotales capiuntur deficientibus aliis rebus. l. 4. Cod. in quibus cauſ. tac. pign. contr. Quid ſi vxor damnata ſit? Dicendum eſt non poſſe auferri dotem à marito, quia fieret ei iniuria. Dotis dominus eſt quandiu durat matrimonium. l. pro oneribus. Codic. de iur. dot. l. doce. Cod. de rei vind. Publicatur tamen certis ex cauſis l. 3. infra, de bonis damnator. Quid de Eccleſia? Nec eccleſia quidem excipitur, ſi damnata ſit. l. iubemus nullam. C. de ſacroſanct. eccleſ. Sicut diximus de minore ex l. 1. Cod. de præd. minor. Secus ſi lata ſit contra epiſcopum, aut alium paſtorem nomine proprio. Executio fit in reditibus qui ſunt vſuſfructuarij. c. peruenit. de fideiuſ. leg. cõmodis. 40. infra. vbi plenius dicemus. In Gallia non capiuntur bona clericorum mobilia propter conſtitutionem Philippi Pulchri: quæ conſtitutio iuri ciuili, & pontificio contraria eſt. Quædam hic obiter annotantur, & veluti παρέργως. Vnum eſt de diſtinctione bonorum mobilium, & immobilium. Vlp. hic oſtendit nomina ſiue iura diſtingui à bonis tam mobilibus, quàm immobilibus. Similis locus in leg. quam Tuberonis. §. in peculio. ſupra de pecul. Res mobiles, & ſoli: hoc amplius & nomina debitorum. Bonorum tamen appellatio complectitur nomina. l. bonorum appellatio. 49. de verbo. ſignifi. leg. princeps. eod. titul. Sed hic quærimus quid mobilium, aut immobilium appellatione contineatur. Si cui igitur donem bona mea mobilia & immobilia, non continentur nomina. Hoc eſt intelligendum niſi appareat de omnibus bonis actum eſſe, vt neceſſe ſit ſub altera harum ſpecie contineri nomina. Et vulgo receptum eſt eius rei, quæ per actionem petitur, rationem habendam eſſe: vt ſi mobilia ſit, actio quoque iudicetur, mobilis, &c. Pone lege municipali cautum, vt omnia bona ad agnatos & cognatos pertineant, mobilia ad cognatos immobilia ad agnatos.

Primipilaris cauſa priuileg.

Mobilia clericorum non capiuntur.

agnatos. Ratio huius interpretationis eſt, quia qui actionẽ habet, rẽ ipſam habere videtur. leg. qui actionem. 15. de reg. iuris. Alterum quod hic annotatur, eſt de ſententia conditionali. Iudex hic interloquitur ſub conditione. Difficultas naſcitur ex l. 1. § biduum. infra. quando appellan. ſit. vbi Vlpianus ait non eſſe dicendam ſub conditione ſententiam. Sed hoc eſt intelligendum, niſi conditio ſit de natura negotij, & actus, niſi ad actum ipſum pertineat: vt in hoc exemplo Vlpiani, ſi inuenta non ſint. Vulgo diſtinguitur conditio intrinſeca ab extrinſeca: ſed hæc diſputatio non eſt propria huius loci.

Ad §. *Si pignora*. Quæſtio hic tractatur, quæ ex iam dictis pendet. Quid ſi pignora non inueniant emptorem? Addicenda ſunt creditori, pro ea quantitate quæ debetur, ſiue maior ſit, ſiue minor. Sic omnes interpretantur: cum tamen hoc perquam abſurdum videatur. Quod cum animaduerteret Alciat. conatus eſt colore aliquo hanc iniquitatem excuſare. Scripſit de hac re lib. 6. Paradox. cap. 3. & ad l. creditor. de reb. cred. Ego alias ſcripſi quid ſentiam libro 1. Diſput. & nuper ad l. creditor. ſup. de reb. cred. Semper exiſtimaui recipiendam non eſſe hanc interpretationem, *ea quantitate*, id eſt, pro ea quantitate. Nemo ita loquitur qui Latine loquitur. Sic ego interpretor, *ea quantitate*, id eſt, ad quantitatem quę debetur. Vel ad tantam quantitatem, quanta eſt ſumma, quæ debetur: vel (vt vulgo loquimur) vſque ad concurrentem quantitatem. In hac interpretatione ſequimur proprietatẽ verborum, à qua non eſt facile recedendum, l. 1. §. vlt. de exercit. actio. deinde æquitatem in qua verſatur ars noſtra, l. 1. ſup. de iuſtit. & iure. Quid eſt æquius, quam pignora addicere pari quantitatis, & æſtimationis? contra quid iniquius, quàm capta omnia addicere, nulla habita ratione æſtimationis? Præterea ſequimur conſuetudinem loquendi & vſum forẽſem. l. minime. ſup de leg b. Omnes fatentur hoc receptũ eſſe moribus, & ius Roman. non ſeruari. Quæ ſequuntur apud Vlpia. conſentanea ſunt his, quæ diximus. Confirmat ſententiam ſuam alio reſcripto. Eo reſcripto cautũ eſt, vt creditor nihil amplius poſſit petere, ſi fuerit contentus, &c. cuiuſcunque æſtimationis ſint pignora capta. Aperte loquitur de eo qui contentus fuit: aliter igitur interpretari debemus ſuperius reſcriptum, in quo ceſſat hæc ratio, quia non fuit contentus. Eſt & alia ratio ſatisfaciendi creditori, cùm pignora non inueniunt emptorem: vt Accurſ. & alij hic annotarunt, vt res pignoris iure teneatur ſine diſtractione. l. 1. C. ſi in cauſ. iud. pign. cap. ſit. Sed hac via non ſatis conſulitur creditori, quia fructus imputantur in ſortem. l. 2. Cod. de pignor. actione. Item poteſt emere creditor, vt quiuis extraneus. l. 2. C. ſi in cauſ. iud. pign. Addictio autem de qua loquimur, tunc fit cum non eſt qui velit emere, l. vltim. C. ſi in cauſ. iudi. & impetratur à principe, dicta l. vltim. Vel fit authoritate magiſtratus, vt hic, & l. ordo. C. de execut. rei iud. in l. vlt. Ait, ſolet, non debet. l. vlti. C. de iure dom. impetr. ad hoc genus pignoris non pertinet.

PRÆLECTIO XX.

Diximus ſi pignora non inueniant emptorem, ea addicenda eſſe creditori, &c. Aonotant Accurſ. & alij hanc eſſe viam, qua conſulatur creditori, ſed nõ vnam. Nam alia ratione poteſt ei ſatisfieri: vt puta, vt rem pignoris iure teneat ſine diſtractione, l. 1. Co. ſi in cauſ. iud. pign. hoc quidem fieri poteſt: ſed nemo auctore me hoc remedio vtetur: hac via non ſatis conſultum eſt creditori: fructus rei pigneratę imputantur in ſortem. l. 2. Cod. de pign. act. Præterea emere creditur, vt quiuis extraneus: cum alius non reperitur, l. C. ſi in cauſ. iudic. pign. Sed nullum eſt remedium vtilius, aut commodius, quam hæc addictio, de qua diximus: modo recte intelligamus, vt pignora addicantur vſque ad quantitatem debitam. Ea autem addictio non fit, ſi quis ſit, qui velit emere, vt hic dicitur, & l. vlt. C. ſi in cauſ. iudi. An hoc impetrandum ſit à principe, dubitatur: propter l. vltim. C. ſi in cauſ. iud. Vlpian. hic ſatis oſtendit ſufficere auctoritatem magiſtratus. Similis locus in l. ordo. Cod. de execut. rei iud. Non obſtat d. l. vltim. Ait, ſolet, non debet. Non pertinet etiam ad rem. l. vlt. C. de iure dom. impetr. Loquitur de alio genere pignoris, nempe conuentionali.

Ad §. *Si ſuper rebus*. alias, *Si rerum*. Docet Vlpian. quod ſit officium eorum, qui exequuntur, &c. quæ ſit eorum cognitio, ſi controuerſia fiat ſuper rebus captis, &c. Ea quatuor hic dicuntur ab Vlpian. quæ diſtinguenda ſunt. Primum eſt quod cognoſcit de proprietate, &c. Secundo, quod ſummatim debet cognoſcere. Tertio, quod ſententia non facit præiudicium iis, qui iure ordinario petere volunt rem, &c. Quarto, quod hæc ſententia prodeſt ad vſucapionem, quia iuſtus eſt titulus. Iam ſingula hæc plenius & accuratius examinanda ſunt. Notandum eſt in primis executionem impediri, ſi controuerſia moueatur de rebus captis: etiam ſi contradicat is, qui non fuit in iudicio, *vnȩ vero oppoſunt*, quia ipſius intereſt propter res. Oppo. huic ſententiæ l. is à quo fundus 57. de rei vind. vbi res reſtituuntur exacta cautione. Species longe diuerſa eſt. Vindicata eſt res, cognitio de proprietate eius rei. In iudicio de eadem re fit executio: hic autem loquimur cum res aliqua adiudicata eſt, & alia res capitur, de qua nihil actum fuit in iudicio. Quæritur v. et incumbat probatio, an ei qui contendit res eſſe ſuas an creditori, qui d. eas eſſe debitoris? Vulgo traditum eſt id iudicatum eſſe ex poſſeſſione. not. ad l. ob maritorum. C. ne vxor pro marito. Nam probatio non incumbit ei qui poſſidet §. retinendæ. Inſtit. de inter.

Alia quæſtio eſt, an impediatur executio, mota controuerſia de poſſeſſione. Vlpia. loquitur de proprietate: ſed idem receptum eſt in poſſeſſione. quia non debet quis priuari poſſeſſione ſua, ſine cauſæ cognitione. l. vltim. C. ſi per vim vel alio modo. Quid ſi dolo debitoris fuerit in eum tranſlata poſſeſſio? Plerique putant iure ordinario experiendum eſſe, quo reuocantur alienata in fraudem creditorem. titu. quando in fraud. cred. inſ §. item ſi quis in fraudem. Inſtit. de actio. l. 1. §. neceſſario. ſupra ſi mulier ventr. nom Hoc & aliis probatur, niſi poſſeſſio tranſlata ſit in fraudẽm executionis ipſius, ſcilicet poſt ſententiam, aut litem motam. Quæ ſententia vtilitatem habet, quamuis certo iure non probetur. Adducitur l. is cui. §. qui in poſſeſſionem. ſupra vt in poſſ. legat. l. certa forma. C. eo. ſed non multum ad rem pertinet, vt Bart. oſtendit. Singulare ius eſt in legatis, & fideicommiſſis, notandum tamen eſt cum alius poſſidet, &c poſſe ita executionem fieri, vt dominium quod eſt debitoris, transferatur in creditorem, ſaluo iure poſſeſſoris. argum. l. ſi finita. §. ſi de vectigalib. de damno infect.

Secundo notandum eſt executoris cognitionem porrigi ad eas perſonas de quibus actum non fuit in iudicio principali: etiamſi alias iudex competens non ſit, vt dicemus ad §. ſi poſt addictum. Si quis forte Lugdunenſis intercedat, & ſe opponat coram vrbis huius Biturigis magiſtratu. Reſpondeo, quia iudex cognoſcit de quæſtione incidenti inter quaſconque perſonas. l. quoties. C. de iud. l. 1. C. de ord. iud.

Tertio notandum eſt, in executione ſententiæ ſummariam eſſe cognitionẽ. ne lites ex litibus eruantur. l. 4. §. ait pretor. ſup. eo. l. terminato. C. de fruct. & lit. expe. Itaq; admittitur qualis qualis probatio, licet plena

non ſit, l.3.§.cauſæ.ſupra.de Carbon.edict.l.1.§.ſi ea.de vent.in poſſeſ. mitt. Et eſt locus communis de ſummaria cognitione.

Quarto, notandum eſt ſententiam latam in iudicio ſummario non præiudicare in ordinario, l. ſi quis à liberis.§.ſi vel parens.ſupra de lib.agnoſ.l.ſi iudex.ſupra de his qui ſunt ſui,c.veniens.2. ſupra de teſtibus. Hæ ſententiæ vulgo dicuntur prouiſionales. Nam iudex non plene cognita cauſa pronuntiat, quaſi neceſſariæ cuiuſdam prouiſionis & cautionis gratia: interim oportet prouideri,& conſuli actori.

Quinto, obſeruandum eſt rem iudicatam prodeſſe ad vſucapionem. Iuſtus eſt hic titulus, l.iuſtæ.ſup.de acquir.poſſeſ.l.Pomponius.§.ſi iuſſu.eod.tit. Si igitur iudex dimiſerit rem penes eum, qui controuerſiam fecit de proprietate, & is eam poſſederit legitimo tempore, non poterit amplius ab eo peti propter vſucapionem. Hic videtur eſſe veros ſenſus horum verborum: in quorum interpretatione variatum eſt. Excepta vſucapione omnia manent integra: quia liberum eſt cuius iure ordinario experiri,&c.

Ad §.Sed & illud.

PRÆLECTIO XXI.

DEclarauit Vlpian. officium executoris, cum rei captæ in cauſam iudicati ſit controuerſia: nunc id plenius declarat, addita exceptione. Vtilitas hoc exigit, vt promptius & citius fiat executio ſententiæ. Recte tamen admonent nonnulli, videndum eſſe quæ controuerſia ſit, & an tractum habitura ſit. Nam ſi ea ſit lis vt primo quoque tempore expediri poſſit, quia probatio eſt in promptu: tunc non vtile pignus captum dimittere. Hoc enim totum pendet ex arbitrio executoris §.item quid.infra.

Ad § *Quod ſi res.* Quæſtio affinis ſuperioribus. Dictum fuit de quæſtione mota ſuper proprietate: nunc de iure pignoris. &c. Et ait Vlp.aliam eſſe cauſam pignoris: non differetur executio, nec vlla adhibebitur cognitio,ne ſummaria quidem. Alia eſt ratio commodior exequendi, vt ex pignore vendito ſatisfiat priori creditori, ſuperfluum in cauſam iudicati conuertatur. Hyperocha vocatur alibi. l.quærebatur, qui potio.in pigno.huc ſit ſine detrimento prioris creditoris, & cũ aliquo commodo poſterioris: ſi forte pignus pluris venundari poſſit ea ſumma, ob quam fuit obligatum. Nota creditorem non cogi vendere pignus, quamuis poſſit,&c. Cogitur tamen pati vt vendatur,& oſtendere debitori qui id vendere velit. l. quãuis.de pig.actin. Nota caſum, in quo ſecundus creditor aufert pignus à primo, propter rem iudicatam: alias primus creditor inſtante ſecundo non cogitur vendere pignus, etiamſi ſufficiat vtriuſque ſolutioni.arg l.nulla.C.de ſolut.

Ad §.*Si poſt addictum.* Declaratio eſt eorum quæ ſuperius dicta ſunt, & quaſi exceptio. Dictum fuit executorem cognoſcere ſummatim de proprietate rei captæ. Vlpianus docet hoc ita accipiendum eſſe, ſi res adhuc ſit integra, id eſt, ſi neque addictum pignus eſt, neque emptor miſſus in poſſeſſionem, &c. hæc addictio vel ſolo verbo fieri poteſt. Tribus verbis prætoriis iuriſdictio abſoluebatur, Do, dico, addico. Macrob. lib.1. Satur. c.16 Ouidius 2.Faſt.

Ille nefaſtus erit, per quem tria verba ſilentur:
Faſtus erit, per quem lege licebit agi.

Quid ergo ſi pignus iam addictum ſit: *Eſtrouſſe.* Iam pronunciatum eſt, vt detur licitatori alicui, vel creditori. Ait Vlp. ceſſare ſummariam illam cognitionem, & veniendum eſſe ad ius ordinariũ. Graue eſt id, quod ita geſtum eſt reſcindere, vnde retardetur executio ſententiæ. Rationem affert Vlpia. quia emptio perfecta eſt,& periculum vertitur emptoris. Poſt venditionem perfectam res perit periculo emptoris, l. neceſſario.de peric. & commodo rei vend Accurſ.& alij plerique aliter interpretantur, vt re euicta emptor actionem non habeat. Verum ſane illud eſt, re euicta non competere actionem emptori aduerſus venditorem, l. ſi ob cauſam. C.de euic.l.ſi plus. 34. ff. eod.tit. Sed tamen competit eo nomine actio aduerſus debitorem, d.l.ſi plus. d.l.ſi ob cauſam. Nullum igitur eſt periculum emptoris in hac re, quia actionem habet,&c. Probabilior eſt ergo interpretatio noſtra de periculo interitus, vel alio ſimili periculo: quam & nonnulli, quamuis numero pauciores, ſequuntur.

Ad §.*Certe.* Vtcunque dubitur de pignore adiecto, certum eſt iudicum partes ceſſare, vbi emptor inductus eſt in poſſeſſionem. Cum non modo perfecta eſt emptio, ſed etiam res tradita. Legendum eſt igitur. *Nonne*, vt in Pandect. Florentin. & aliis codicibus emendatioribus: alij habent, *non.* Sed verum eſt ceſſare partes iudicis exequentis, vt iam diximus. Non ignoro priſtinam obligationem remanere, ſi euicta fuerit res ſoluta, leg.ſi quis aliam. 46.de ſolut. Sed ordinaria eſt cognitio de hac re, nec ad officium executoris pertinet.

Ad §.*Sed ſi emptor.* Alia quæſtio pertinens ad declarationem eorum, quæ iam dicta ſunt. Pone licitatori cuidam addictum eſſe pignus, nec ſolutum pretium. Dictum fuit ſupra ceſſare partes executoris poſt perfectam venditionem: ſed hoc videtur accipiendum, modo pretium ſoluerit, &c. Non transfertur dominium in emptorem, niſi pretio ſoluto. §. venditæ. Inſtitu.de rer.diuiſ. Verum hæc ratio Vlpiani non mouet. Nam alias res longe abiret, nec finis aut exitus facile reperiretur. Concludit igitur, melius eſſe vt ſe non interponat: & maxime cum nec habeat, &c. Contextus orationis exigit, vt hæc verba referamus ad emptorem. *Habeat actionem is*, ſcilicet emptor. Sed lectio Florentin.probatior eſt, *Is eius iudicatum fieri &c.* Emptor nullam actionem habet aduerſus creditorem, vt iam dixi, d.l.ſi ob cauſam. C.de euictionib. d. l. ſi plus. de euict.de ff.nec creditor aduerſus emptorẽ. ſecundũ lectionem Florent. Ita fit, vt pretij nulla ſit perſecutio aduerſus emptorem. Hinc igitur annotari ſolet, creditori non cõpetere actionem ex vẽdito aduerſus emptorem. Nõ enim vẽdidit: ſed executor ipſe potius. l.ſi pignora de euict. Nec ad rem pertinet l.ſi ob cauſam. C. de euictio.quam nõnulli obiiciunt. Sed opponitur nobis regula brocardics, quam colligunt ex ea lege. Factum iudicis reputatur factum partis. Regula eſt fictitia, quæ perquam fallax eſt, & indigna quæ hic à nobis refellatur. *Nec iniuria adficietur.* Occurrit tacitæ obiectioni. Nam ſi hanc ſententiam Vlpia. admittamus, videtur aliqua affici iniuria creditor,&c. quia nõ poterit cogi emptor ad ſoluendũ pretium pro executione rei iudicatæ. Sed huic malo paratum eſt remedium, vt præſenti pecunia res diſtrahantur: Græca fide, vt Plautus ait, in Aſinaria. Temperat Vlpian. quod à ſe dictum fuit,&c. Nota rẽ duob. vendi, nec locus eſt huic pœnæ. l.qui duobus. de falſis. quia hoc receptum eſt vtilitatis cauſa in executione ſententiæ, cum pretium non ſoluitur. Auferetur ergo res manu militari, l.qui reſtituere. de rei vendic. l.non eſt ſingulis. de regul.iur. Quid ſi contendat ſe ſoluiſſe? Iniurioſum videtur ei rem auferri, ait Vlp. capiendã eſſe rem, &c. Ex quo intelligimus niſi euidẽter doceat,& ſtatim doceat ſe ſoluiſſe, fungi debere executorẽ partib. ſuis. Ex hoc loco annotari ſolet eum qui rem vendit alieno nomine, nõ poſſe transferre dominium habita fide de pretio: iuxta l.quod vẽdidi. ſupra de contrahen. empt. Sed ſingularis ratio eſt in exe-

Adiiorre Gall. de liurer au plus offrant.

Digitized by Google

in executione ſententiæ, &c. Idem ſi res fiſci veneat. l. 5. infra de iur. fiſci. Idem de minore & eccleſia eſt dicendum. Valet tamen venditio eatenus vt poſſit agi: l. cum vendente. Cod. vbi cauſ. fiscal. Alias procurator generalis poteſt vendere fide habita de pretio. l. 1. §. 1. de except. rei vendit. leg. 5. §. ſi ei quem. de inſtitor. action. Nihil facit contra mandatum, nec contra bonam fidem: quia id ciuile & vſitatum eſt, imo plerunque neceſſarium. Hoc & in creditore pignus vendente receptum eſt, l. eleganter. §. ſi vendiderit. de pign. actio. Si ſit procurator ſpecialiter ad vendendum datus, videndum eſt quid actum ſit. Si mandatum ſit, vt vendat ſimpliciter, ne hoc quidem caſu videtur contra mandatum facere: fortaſſis eo pluris rem vendit. Si certum pretium definitum ſit, videtur excedere fines mandati. l. diligenter. mandat. Nam qui vendit in diē, quaſi pretio minori vendere intelligitur. §. plus autem. Inſtitut. de action. l. ſi prædio. de in diem addiction. Sed hæc quę poſita ſunt in æquitate, non facile poſſunt in vniuerſum definiri. l. de acceſſionibus. de diuerſis temporum præſcriptionibus & acceſs. poſseſs.

Ad §. Sic quoque.

PRÆLECTIO XXII.

DEclarat Vlpian. quod prius dixerat perueniri ad iura. §. in venditione. Iura illa ſunt nomina, item edictiones, & obligationes. Ea capiuntur ſicut res corporales. Nam & in pignus dari poſſe conſtat. leg. nomen. Cod. quæ res pigno. l. ſi conuenerit. §. de pign. actio. Addit Vlpian. nomen tantum confeſſum capi. Subtiliter dici poteſt poſſe executorem cognoſcere, an debeatur, &c. Sed hoc receptum non eſt propter vtilitatem. Nam iſta cognitio de nomine longum tractum habet. Si quis ergo neget ſe debitorem condemnati eſſe, non fiet executio, ſed opus erit ordinario iudicio. leg. 3. Cod. quand. fiſc. vel priua. Hoc accipe niſi euidens ſit calumnia debitoris inficiantis, & in promptu ſit probatio, argum. l. vlt. C. de compenſ. Compenſatio admittitur, ſi cauſa liquida ſit, & non multis ambagibus innodata: ſed poſſit iudici facilem exitum ſui præſtare: vt ſi inſtrumentum ſit de eo debito confectum, idque executionem habeat, vt moribus noſtris eſt receptum contra ius Rom. l. minor 25. annis, de minoribus. Huc pertinet quod dicitur in l. 2. Cod. ad leg. Corn. de fal. Debitor cogitur ſoluere, cum apparet ex inſtrumento, &c. Etiamſi falſum dicatur inſtrumentum cauſa morandæ ſolutionis. Huc accedit quod dicitur in leg. ſi is à quo. ſupra vt in poſſeſſ. leg. Si is à quo ſatis petitur offerat cognitionem, & dicat, Hodie conſtat de fideicommiſſo, hodie agamus: ceſſat ſatiſdatio. In ſumma executoris officium conſtet ſequi, quod expeditius ac commodius eſt ad exequendum, vt poſtea dicitur. Non enim hæc poſsunt aliter definiri in vniuerſum. Hoc autem caſu, quo negat debitor, vulgo receptum eſt dari curatorem bonis: qui aduerſus debitorem experiatur. l. 1. & 2. de curat. bo. dand. Additur & alia exceptio ſi annua penſio debeatur: nam eadem eſt ratio, quæ corporalium rerum, nec refert an debitor neget ſe debitorem aut fateatur, &c. Reditus annui pro rebus ſoli accipiuntur: & hoc hodie receptum eſt. l. iubemus. 14. in prin. C. de ſacroſanctis eccleſ. Annonæ ciuiles comparantur prædiis, nec poſsunt alienari. Et vulgo citatur conſtitutio Pontificia, quæ de regula fratrum minorum facta eſt, clement. exiui. §. cumque annui. de verb. ſignifi. Ego receptam ſententiam ita probo, ſi cauſa ſit huiuſmodi, vt cauſa videatur poſse breui tempore finem accipere, alioqui verius eſt executionem dimittendam eſſe, & tranſeundum ad ius ordinarium, vt iam dixi.

Compenſatio quando ſit.

Reditus annui pro rebus ſoli.

Ad §. *Item quod dicemus.* Demonſtrat Vlpianus rationem exequendi, cum nomen confeſſum capitur. Vendet nomen præſente pecunia: niſi forte viderit ſtatum exigi poſse, &c. Sequi debet quod facilius videtur. Vix poteſt vlla certa lex præſcribi executoribus: ſed multa ſunt committenda eorum arbitrio. Multa occurrunt in ipſa executione, & cognitione, quę non poſſunt cogitari à legiſlatore: ideoque nihil in vniuerſum præcipi, aut definiri poteſt: ſicut dicitur de mora. l. mora. de vſur.

Ad §. *Sed & ſi pecunia.* Declarat Vlpian. quod prius dixit de rebus mobilibus. Dubium non eſt quin rectè capiatur pecunia, ſi quam habeat condemnatus. Nec refert, an apud eum ſit, an apud alium, puta argentarium. Argentarij erant veluti proxenetæ quidam, apud quos pecuniæ deponebantur, &c. Mentio eſt ſub tit. de eden. l. filiæ. infra de ſolu. Et nota pecuniam ipſam hic capi, non nomen: quia eſt in dominio rei condemnati. Hoc eſt intelligendum, ſi conſtet pecuniam depoſitam eſſe, &c. Quid enim, ſi id neget argentarius? Locus eſt diſtinctioni ſuperiori. Quo pertinere videtur dictio, Æque, deſtinata tamen ei. Exemplum poteſt adduci ſatis appoſitum: ſi quis mihi pecuniam obtulerit, & eam depoſuerit obſignatam, &c. Iuxta l. obſignatione. C. de. ſolut. l. acceptam. C. de vſur. l. vlt. de leg. commiſ. Si fiat contra me executio poterit capi. Sed de hoc dicemus plenius ad l. commodis. inf. eod.

Argentarij qui ſint.

Ad §. *Hoc amplius.* Adeo verum eſt, quod iam dictum fuit, vt locum habeat in pecunia pupillari, quæ depoſita eſt, &c. Probabilis tamen fuit de hac re dubitatio: quia pecunia pupilli depoſita ad prædiorum comparationem, prædiorum loco habetur. leg. quid ergo. §. vſura. ſupra de contraria & vtili act. tut. Non poteſt tutor ex ea pecunia ſoluere æs alienum ſine permiſſu prætoris. Veruntamen Vlpia. ait poſse capi hanc pecuniam, &c. Nec id mirum videri debet: nam & prædia ipſa diſtraherentur pro executione. l. 3. item quæri poteſt. de reb. eor. l. 1. C. de præd. minor. Hæc alienatio non eſt voluntaria, ſed neceſſaria.

Depoſita pecunia nature.

Ad l. Sunt qui. 16.

HOc cap. continetur interpretatio edicti prætorij de actione iudicati, Condemnatus vt pecuniam ſoluat, &c. Quibus verbis ſignificatur totum exigendum eſſe: ſed excipiuntur quædam perſonæ de quibus hic diſserimus. Et credibile eſt in aliqua parte edicti prætores de iis meminiſſe: hæ perſonæ conueniri dicuntur, quatenus facere poſsunt. Quod quemadmodū accipiendum ſit, docet regula iuris, quæ ex hoc loco ſumpta eſt, vt inſcriptio oſtendit lib. 63. ad edict. l. in condemnatione. de reg. iur. Non totum quod habent extorquendum eſt, ſed & ipſarum ratio habenda eſt, ne egeant. Solet quæri an poſſit peti ſolidum, &c. quaſi debeatur ſolidum niſi reus exceptionem opponat ex beneficio iuris. Vlpian. hic vtitur verbo, conueniuntur. Similis locus in leg. 4. ſupra quod cum eo. Alibi fit mentio condemnationis, & exactionis. Itaq; animaduertendum eſt olim variam fuiſse rationē agendi. Ab initio poteſt reus petere à prætore, vt addatur exceptio: tunc datur iudicium non purum, & ſimplex, &c. eamque formulam ſequitur iudex datus condēnando. Poteſt & iudiciū ſimplex dari, nō cōtradicente reo, per errorem forte aliquem. Sequetur condemnatio in ſolidum: ſed in actione iudicati addetur exceptio. l. item miles. inf. l. Neſennius. 41. §. vlt. hic. l. ex diuerſo. §. vlt. ſol. matr. De his perſonis ſigillatim dicendū eſt. In hūc numerum refertur inprimis ſocius. Viſum eſt indecorum ſocium à ſocio ſpoliari omnibus fortunis ſuis. Magna eſt neceſſitudo ſociorū, & ſpeciē fraternitatis habet. l. verum. ſupra pro ſocio. Socium interpretatur

Digitized by Google

Vlp. omnium bonorum. Maior eſt neceſſitudo & coniunctio in genere ſocietatis. Sed hic occurrit antinomia ex d. l. verum. Verum eſt & ſi non vniuerſorum bonorum ſocij ſint, ſed vnius rei, &c. Non eſt tamen credendum contraria eſſe, quæ eiuſdem auctoris ſunt, nempe Vlpiani. Vlpia. hic dicit, locum habere in ſocio omnium bonorum: addit in l. verum. idem eſſe in ſocio vnius rei. Plus, & minus dicere, non eſt contraria dicere. Simile quoddam annotaui de iudiciis bonæfidei & ſtrictis, ad l. iuriſgentium. §. quinimo. de pact. Si hæc eſſent ſcripta in eodem loco, nulla repugnantia reperiretur.

PRÆLECTIO XXIII.

COepimus diſſerere de perſonis, à quibus ſolidum non exigitur, &c. Ac primum de ſocio, etiamſi ſit vnius rei ſocius, ex l. verum. hic. Sic enim interpretati ſumus duos locos Vlpian. quaſi in vno ſuppleat quod in altero omiſſum eſt. Coniungere igitur debemus eos locos, perinde ac ſi dixiſſet Vlpian. ſocium omnium bonorum accipere debemus: nam & ſi vnius rei ſocius ſit, verum eſt eum conueniri quatenus facere poteſt, &c. Sic interpretati ſumus alias quod dicitur de iudiciis bonæfidei, & ſtrictis, in l. iuriſgentium. §. quinimo. de pact. & in l. lecta. de rebus cred. Nec fortaſſis aliter ſenſit Accurſ. cum ait, Vel illa lex ad iſtam trahitur. Ex eo numero eſt etiam *Parens*, propter reuerentiam quæ ipſi debetur. l. liberto. de obſ. à libert. Filio ſemper honeſta & ſancta perſona patris videri debet. Aurea eſt ſententia Vlpiani ſumpta ex hoc loco, vt inſcriptio oſtendit, lib. 36. ad edict. Hoc non eſt accipiendum de filiis in poteſtate. Nam filiusfamil. non poteſt agere, &c. l. lis nulla. de iudi. Quo caſu poteſt conuenire filius patrem, item patronus, &c. Debetur etiam reuerentia patrono, propter grande illud beneficium libertatis, quam ſeruo dedit. d. l. liberto. adde l. 5. eod. titul. de obſeq. Vbi non datur actio famoſa, ſi ob negotium faciendum, vel non faciendum pecuniam acceperit, &c. Quæ etiam coniungenda eſt cum hac lege. Inſcriptio vtriuſque eſt lib. 10. ad edict. ac vtrunque caput ſumptum eſt eod. tit. de calumniat. Quæritur, quid ſi patronus amiſerit ius patronatus? Videndum eſt quomodo amiſerit. Si illud ius remiſerit ſpōte, nihilominus ei debetur reuerentia. l. vltim. Codic. de bon. libert. Quare beneficium hoc quod competit propter reuerentiam, non videtur ei adimendum eſſe. Si vero priuatus ſit iure patronatus ob culpam ſuam, etiam hoc beneficium amittit. d. l. vltim. ad fin. Quæritur an idem dicendum ſit de domino & vaſallo. vtor autem verbis vulgaribus, & receptis docendi cauſa. Et certum eſt reuerentiam deberi, &c. ex quo colligit Zaſius non poſſe ab eo ſolidum exigi. Quæ opinio probabilis eſt, quamuis certi iuris non ſit. Nam in libro feudorum, vbi iura huiuſmodi clientelæ plene deſcribūtur, nihil tale reperitur: & durum eſſet ad omnes eos, quibus aliqua debetur reuerentia, hoc ius producere: cuiuſmodi ſunt magiſtri, præceptores, magiſtratus, ſeniores, &c. Sed magna illa coniunctio & neceſſitudo, quæ eſt inter dominum & vaſallum, facit vt hæc ſententia mihi non improbabilis videatur. Et receptum eſt, ac vſitatum argumentum à libertis ad vaſallos propter ſimilitudinem coniunctionis & neceſſitudinis. Sequitur, Si liberi, eorum parentes. Parentes & liberi hic accipiuntur in infinitum. l. 4. §. parentes. de in ius voc. l. ſed ſi hac. §. liberos. eod. titu. facit lex, appellationem. de verbor. ſignifi. Par reuerentia his omnibus perſonis debetur. Non obſtat l. Iuriſconſultus. §. parentes. de gradibus. Parentes vſque ad tritauum proprio vocabulo nominantur. Non negat vltra tritauum parentes dici; ſed ait proprio vocabulo non nominari. Verius hoc eſt, quam quod Accurſius ait, *proprie vſque ad tritauum, &c.* Quanquam negare non poſſumus de proprietate horum verborum diſſenſionem fuiſſe inter veteres Iureconſultos, vt apparet ex dicta l. 4. de in ius voc. Præterea maritus hoc beneficio vtitur in exactione dotis. l. maritum. ſol. mat. Cautio ab eo exigitur de ſoluendo, ſi ad meliorem fortunam peruenerit. C. de rei vxo. actio. §. cum autem. Cautionem nudam accipe, l. ſancimus. C. de verb. ſign. nō facile reperiret inops Maritus. Nec eſt contrarium quod dicitur Inſtit. de actio. §. item ſi de dote. In quantum facultates patiuntur. Non enim ſignificat facultates omnes ei auferendas eſſe: ſed quatenus facultates patiuntur, id eſt, quatenus facere poteſt. Sophiſticum eſt aliter interpretari, præſertim cum ex verbis antecedentibus & conſequentibus id ſatis intelligatur. Ex his multæ exiſtunt quæſtiones, de quibus dicemus in capitibus ſequentibus. Item miles hoc beneficium habet propter vtilitatem reip. Sed hic locus de milite ſatis tractatus eſt ſup. ad l. miles. Accurſ. addit alias perſonas, cuiuſmodi eſt donator. l. inter eos. inſ. indignum viſum eſt eum, qui conuenitur ob liberalitatem ſuam omnibus bonis ſuis ſpoliari à donatario. l. & exhæredatum. 49. cum l. ſeq. infr. eo. Quod eſt intelligendum de donatione ſimplici, non ob cauſam. l. 1. ſup. de don. Item is qui cedit bonis. l. 4. Cod. qui bon. ced. poſſ. Inhumanum eſt ſpoliatum fortunis ſuis, in ſolidum damnari. §. vlt. inſtit. de action. Item filiusfam. qui emancipatus eſt à patre. l. 2. ſupra quod cum eo. Item, ſi exhæredatus eſt à patre, vel ſe abſtinuit ab hæreditate: hæc omnia continentur edicto Prætoris. dubitatur de fratre, an frater conueniri poſſet à fratre in ſolidum. Et quidam exiſtimant hoc beneficium non competere: quia non numeratur inter has perſonas: nec debet ius ſingulare extendi interpretatione. l. quod vero. de legibus. Alij putant competere fratri propter neceſſitudinem & coniunctionem fraternam. Quæ ſententia humanior eſt. Deinde confirmatur hæc opinio argumento ducto ex l. verum. pro ſocio. ſocio conceditur hoc beneficium, quia fratris loco habetur: ergo multo magis fratri. Item Vlpian. hic loquitur de liberis parentis, quia fratres ſunt. Addunt aliqui, Chriſtiani hominis eſſe, à nemine Chriſtiano homine ſolidum exigere, cum fraterna quædam coniunctio & neceſſitudo ſit inter omnes Chriſtianos. Ego vero non puto ab hominis Chriſtiani officio alienum id eſſe quod legibus eſt permiſſum, ſi nulla alia id ratio ſuadeat. Fruſtra diſtinguerentur actiones, quæ dantur in ſolidum ab aliis. §. ſunt, præterea. de actio. Et ſatis norunt homines politici, non eſſe id publice vtile, vt debitor prætextu noxiæ non poſſit damnari in ſolidum, &c. Fides maxime continetur, & conſeruatur rerum debitarum ſolutione, vt ait Cicer. Quæritur an in hac condemnatione, & exactione deduci debeat æs alienum. Vlpian. ait, *Non deducto ære alieno.* Idem dicitur in l. maritus. 55. ſupra ſol. mat. Excipitur donator, dicta leg. inter eos. inſ. l. & exhæredatum 49. & l. ſequent. infra. Quæritur an pactum valeat, vt in ſolidum conueniatur. Expreſſum eſt non valere inter virum, & vxorem. l. alia. §. eleganter. ſupr. ſolu. matr. Contra bonos mores, & receptam reuerentiam inter alias perſonas pactum valet, ſi nihil bonis moribus contrarium ſit. l. ſi quis in conſcribendo. C. de pact. puta ſi ſocius cum ſocio paciſcatur, donator cum donatario. Dicemus ad l. ſi conuenerit. 26. infra. eod.

Ad l. Inter eos. 19.

PRÆLECTIO XXIV.

DIximus quaſdā eſſe perſonas, quæ conueniuntur quatenus facere poſſunt: cuiuſmodi ſunt ſocius,

parens,

parens,patronus,&c. Inde naſcitur quæſtio,an deduci debeat quod alijs debetur, pone maritum conuentum eſſe primum ab vxore, deinde à ſocio. In actione de dote quæritur, quatenus facere poſſit: ſic etiam in actione pro ſocio. Cum quæritur de facultatibus rei, videtur inquirendum quid debeat alijs: in actione pro ſocio, quid debeat vxori: in actione de dote, quid debeat ſocio. Non poteſt aliter cognoſci modus facultatum,& patrimonij. Itaque dubitatur vtrius potior conditio ſit futura. Paulus ait occupantis meliorem eſſe conditionem, ſicut in actione de peculio. Occupantem intelligimus in hac re eum, qui primus ad ſententiam peruenit, l. ſi vero. de pecul. Quamuis alias hoc verbum varie accipiatur pro ſubiecta materia. leg. ſi pluribus. 33. de l. 1. Igitur in priore ſententia non habebitur ratio eius, quæ ſecutura eſt: vt ſcilicet deducatur, quod poſterior petit, qui nondum peruenit ad ſententiam iudicis. In poſteriore autem ſententie habebitur ratio prioris. Deducetur id quod priore ſententia continetur, vt ſit melior conditio occupantis. Itaque deducitur æs alienum, de quo lata eſt ſententia: quamuis alias non deducatur, vt ſupra diximus. Sed cur ait Paul. *Ex eadem cauſa, &c. & eiuſdem conditionis hominibus.* Quia inter eos tantum qui eiuſdem conditionis ſunt, locus eſt occupationi. Nam ſi quis priuilegiarius ſit, ſemper eius cauſa potior eſſe debet. l. 3. ſup. quod cum eo. l. ex facto. de pecu. huiuſmodi eſt cauſa dotis ſuoe raria,& aliæ ſimiles, l. 2. infra de priuil. cred. Et hæc intelligenda ſunt de actionibus perſonalibus: in hypothecaria actione ſpectatur quis prior ſit tempore. l. potior. l. qui balneum. ſup. qui pot. in pig. hab. Atque ita intelligenda eſt l. vlt. §. exceptis. C. qui pot. in pig. Cuius meminit Accurſ. Cum vtraque mulier petit dotem, quia vtraque hypothecam habet. Quæ prior eſt tempore, &c. Hic occurrit antinomia ex l. in iudicati. 61. infr. eod. Verum hæc diuerſa ſunt magis, quam contraria. Iulianus ibi loquitur de actione iudicati,& executione ſententiæ. Cum plures concurrunt in executione ſententiæ, pariter ſatisfit omnibus: alias potior eſt cauſa eius, qui prior venerit ad executionem: non ſpectatur tempus quo quæque ſententie lata eſt. Sed nihilominus verum eſt, meliorem eſſe conditionem occupantis, vt hic Paul. ait, quia admittuntur pro rata parte cuiuſque debiti,& quatenus ſententia cuiuſque continetur. Sed de hac re plenius dicemus ad d. l. in iudicati. 61. Sequitur, *Is, quoque, &c.* Hoc ſingulare eſt in donatore, quod deducitur æs alienum. l.& exhæredatum. infra, eod. Alij nihil deducunt, niſi de quo ſententia iam lata ſit, vt iam dictum eſt. *Quibus ex ſimili cauſa,* id eſt, ex cauſa donationis. Ex his nouiſſimis verbis ſumpta eſt l. in condemnatione, infra de reg. iur. Quæritur apud Accurſ. an exceptio huius beneficij ſit perpetua, an dilatoria. Variæ ſunt opiniones: ſed videtur dilatoria magis dicenda eſſe, quàm perpetua,& peremptoria: quia non perpetuo agenti obſtat, nec cauſam perimit. §. appellentur. Inſtit. de except. Differtur ſolutio,& exactio, donec peruenerit debitor ad meliorem fortunam. §. cum autem. Cod. de rei vxor. act. Item hæc eſt differentia dilatoriæ exceptionis,& peremptoriæ: Quod tutus exceptione dilatorie ſoluens non repetit, l. in diem. 10. ſup. de cond. indeb. Tutus exceptione perpetua repetit. l. qui exceptionem. 40. eod. tit. At propter hanc exceptionem non datur repetitio ſoluti. l. quod nomine.& l. ſeq. de cond. indeb. habet tamen aliquid commune cum exceptionibus peremptoriis. Peremptoriæ opponuntur vſque ad ſententiam. l. peremptorias. C. ſent. reſcin. non poſ. Cum dilatoriæ opponantur in initio. l. litis exceptionem. C. de probat. Quinimo & poſt ſententiam quoque opponitur hæc exceptio. l. Neſennius. §. vlt. inf. l. ex diuerſo.

Priuilegiarij cauſa potior.

In ſententia executione qui præferendus.

17. §. vlt. ſup. ſol. mat. Non eſt autem hic magnopere laborandum de nomine, ſed de effectu, qui ex iam dictis cognoſcitur.

Ad l. Non tantum. 20.

DIctum fuit ſupra, maritum conueniri dotis nomine, quatenus facere poteſt, &c. l. patronus. ſupra.& veriſimile eſt id expreſſum fuiſſe edicto Prætoris. Quid ergo ſi conueniatur maritus ex alia cauſa, &c. Non videtur edictum produci poſſe interpretatione ad alios contractus, l. quod vero. ſupr. de leg. Sed ita conſtitutum eſt, &c. Sine conſtitutione non facile admiſſa fuiſſet hæc extenſio. Hæc conſtitutio, quæ iam pro iure certo habebatur tempore Modeſtini, extenditur interpretatione ad mulierem. Nihil ergo refert, ex quo contractu agat maritus contra vxorem, non magis quam cum vxor agit contra maritum. Locus communis eſt de æquitate, in qua verſatur interpretatio iuris, leg. 1. de iuſtit.& iure. l. placuit. Cod. de iud. Reperitur hic antinomia, ex l. diuortio. ſup. de neg. geſt. vbi datur actio negotiorum geſtorum contra maritum in ſolidum. Sed conſtitutio eſt accipienda cum hac exceptione: niſi contractus initus ſit ſoluto iam matrimonio. Ait enim Scæuola, *diuortio facto:* Nec nos mouet quod hic Modeſt. loquitur de contractibus ſimpliciter. Nam ſic interpretari debemus, vt vna lex trahatur ad aliam, leg. non eſt nouum. ſup. de legib. facit l. in toto iure. de reg. iur. Si diceret Modeſt. ex aliis contractibus etiam conuentis ſoluto matrimonio, manifeſta eſſet repugnantia. Non poſſet addi hæc exceptio; quæ ſine vllo incommodo hic additur. Quod autem dictum eſt maritum teneri in ſolidum ex contractu inito poſt diuortium, ſic accipiendum eſt, niſi ex conſtituto conueniatur. l. quod ſi maritus. de conſtituta pecu. Obligatio de conſtituto in locum prioris obligationis ſuccedit,& eſt eiuſdem naturæ. Quid iuris ſit, ſi agatur ex delicto, dicemus ad l. ſi rerum. 52. inf.

Ad l. Sicut autem. 21.

QVod dictum eſt de marito, producitur ad ſocerum, id eſt patrem mariti. Idem honor ei habetur, quia parentis locum obtinet. l. rei iudicatæ. 15. §. vlt. & l. ſeq. ſol. mat. dubitatur de patre vxoris. Et ait Paul. hoc receptum non eſſe, quamuis aliqua æquitas id ſuadeat. Additur exceptio, niſi matrimonio adhuc manente dos petatur ex promiſſione. Oppon. huic ſententiæ l. ex diuerſo. 17. ſol. mat. Neratius & Proculus ſcribunt hoc iuſtum eſſe. Variæ ſunt opiniones,& interpretationes. Ego alias ſcripſi hiſtoricam narrationem eſſe, quæ nullam repugnantiam continet. Coniungendi ſunt hi loci, qui ſeparati ſpecies repugnãtiæ habent. Ego plene & dilucide ſcripſi de hac re, ad l. ex diuerſo. ſol. matr. vbi etiam docui quomodo accipienda ſit l. penul. de iure dot. Hinc annotandum eſt prætextu æquitatis, aut iuſtitiæ non licere nobis à certo iure recedere. l. proſpexit. qui & à quib. Æquitatem ſequimur, vbi ius certum deficit in ſpecie de qua quæritur, l. placuit. C. de iud. vbi male legitur, ſcriptę,& contra fidem omnium veterum exemplarium.

Æqualitatis prætextu non licet à iure recedere.

Ad l. Sed hoc ita. 22.

NIhil obſcuritatis habet, eáque ex ſuperioribus explicata fuit.

Ad §. Quod autem.

PRÆLECTIO XXV.

INterpretatur quod prius dictum eſt de ſociis, in l. ſunt qui. ſup. Et addit exceptioné, niſi negauerit ſe

ſocium, aut dolo fecerit, &c. Idque colligit ex Prætoris edicto, vbi ſcriptum fuit, *Cauſa cognita, ſi ſocius ſocio, &c. actionem, cauſa cognita, dabo in id quod facere poteſt.* in cauſæ cognitione hoc verſatur, modo ſocius negauerit ſe ſocium, &c. aut dolo aliquid fecerit. hoc receptum fuit interpretatione prudentum. Doli clauſula, quæ ioſeritur in contractibus, ita concipitur, *Dolum malum abeſſe, abſuturúmque eſſe.* l. ſtipulatio iſta. 38. §. ſi quis dolū. de verb. oblig. l. ſtipulationes. cōmod. 53. l. doli. 119. eod. tit. l. nouiſſima. iud. ſol. Et hæc clauſula adiicitur cautionis maioris cauſa in ſocietate: nam in iudiciis bonæ fidei tacite intelligitur, quia nihil eſt tā contrarium bonæ fidei quam dolus. l. 3. ſup. pro ſoc. Hinc dicitur exceptio doli ineſſe bonæ fidei iudiciis. l. I ſed & ſi. ſolu. matr. l. huiuſmodi. §. qui ſeruum. de legat. 1. hæc igitur eſt interpretatio edicti de ſociis. Similis eſt interpretatio edicti de filio emācipato. l. 4. ſup. quod cum eo. Dixi ad l. qui cum ſe. 10. ſupr. Idem dicitur de fideiuſſore, qui inficiatur ſe fideiuſſorem. l. ſi dubitet. §. ita demum. de fideiuſſor. amitti beneficium diuiſionis. Vulgo receptum eſt, idem ius eſſe in marito, qui negauit ſe maritum eſſe, quaſi eadem ſit ratio mariti, quæ ſocij. l. non poſſunt. l. neque leges. ſup. de legib. Sed huic opinioni non auſim ſubſcribere, tametſi neminem reperio diſſentiētem. Nam Pomponius hic diſerte loquitur de ſociis, & ita loquitur, quaſi ſentiat diuerſum ius eſſe in aliis. Deinde hoc ius quod ſingulare eſt, & paulo durius atque odioſius, non debet produci ad conſequentiam. l. quod vero. ſup. de legib. l. cum quidam. ſupra, de liber. & poſth. Non eſt contrarium noſtræ ſententiæ quod in l. etiam. §. licet. ſolu. matr. maritum teneri, ſi dolo facere poſſe deſiit: id enim generale eſt in omnibus perſonis, quæ hoc beneficium habent. l. verum. §. tempus. ſupra pro ſoc. Facere poſſe videtur, qui dolo fecit quo minus poſſit. Nec enim æquum eſt dolum ſuum quenquam releuare. Hoc vero dicitur de eo, qui dolo fecit, quo minus facere poſſit: ſed de inficiante nihil tale reperitur ſcriptum. Itaque obſeruandi ſunt caſus, in quibus ita punitur mendacium, & falſa inficiatio: nec temere producendi ſunt ad conſequentiam, vt dixi ad l. 10. ſupra. Hoc iacto fundamento poſſunt decidi multæ quæſtiones, de quibus magna eſt diſſenſio in ſcriptis vulgarium interpretum. Huius generis eſt illa, Si neget ſocius ſe debere, cum fateatur ſe ſocium eſſe, &c. Iuriſconſulti loquuntur non ſimpliciter de eo qui negat, ſed qui negat ſe ſocium eſſe. Non quoduis mendacium hic punitur, ſed certum mendacij genus. Hoc ius igitur quod ſingulare eſt, non extendemus ad alium caſum: cum præſertim non ſit eadem ratio: quia qui negat ſe ſocium, id negat quod cauſa eſt beneficij. Non eſt ergo mirum ſi propter eam negationem beneficium amittat. Quid ſi poſtea fateatur quod negauerat? Et receptum eſt vſque ad litis conteſtationem pœnitentiæ locum eſſe: nam humana eſt hæc interpretatio, quæ in re dubia admitti debet. l. benignius. ſup. de legibus. Nec aliena eſt à verbis edicti in quib. dicitur. *Cauſa cognita, &c.* Deinde hoc confirmatur exemplis in quibus ſimilis admittitur interpretatio: vnum eſt in l. quamuis. ſupra de in ius voc. Si pœniteat libertum, & actionem remittat. Et hæc interpretatio admittitur, quamuis Prætor non adiiciat ſe cauſa cognita iudicium daturum. Ergo multo magis in hoc caſu, in quo Prætor id adiicit. Aliud exemplum, in l. electio. 26. §. neque. ſupr. de noxal. act. Si negaueris ſeruum in tua poteſtate eſſe, poſtea fateri poteris, niſi iam lis aduerſus te conteſtata ſit. Ille caſus eſt ſimillimus noſtro: quia qui negat ſeruum in poteſtate ſua eſſe, hac pœna punitur propter mendacium ſuum vt damnetur in ſolidum, & ſine noxæ deditione. l. quoties. §. Prætor ait. eo. tit. Sed hanc pœnam vitat reus, fatendo poſtea quod negauit. Ergo idem & hic dicendum, quia fauorabilis eſt & humana hæc interpretatio. d. l. cum quidam. Aliud exemplum in l. de ætate. §. vlt. de interroga. actio. Licet reſponſi pœnitere, ſi nulla captio ſit, ex eius pœnitentia actoris. Et hic quoque caſus ſimilis eſt noſtro. Nam ob mendacium & falſum reſponſum tenetur in ſolidum, qui alias non teneretur. Sed huic pœnæ eximitur pœnitentia ſua, &c. Alia quæſtio eſt de eo, qui negat ſimpliciter, & generaliter quod actor intendit. Duo continentur intentione actoris: vnum eſt, quod ſocietas contracta ſit, &c. Alterum quod reus debeat ex ſocietate. Negat reus ſimpliciter, nec aliud exprimit. Variæ hic ſunt opiniones. Duriores interpretes & ἀκριβοδίκαιοι exiſtimant hoc beneficium amitti propter inficiationem: quaſi ſatis inficietur ſe ſocium eſſe is, qui ita loquitur. Sicut in l. ſi is qui. §. vtrum. de reb. dub. Eorum quid, quæ tibi obiiciuntur feciſti? non feci, id eſt, nihil horum feci. Similis locus in l. ſi ſine interrog. §. qui interrog. ſupra de interrog. act. Interrogatus an ex dimidia parte hæres ſit, reſpondit, hæres ſum. Intelligitur reſpondiſſe ad interrogatum. Ergo idem & hic dicendum eſt, vt reſponſio referatur ad intentionem actoris. Similis locus in §. præterea. Inſtit. de inutil. ſtipula. Dabis calendis? dabo. Hæc quidem ſubtiliter dicuntur, & mero iure defendi poſſunt: ſed longius recedunt ab humanitate, quam hic dicimus ſequendam eſſe. Durum eſt interpretari, reum his verbis generalibus id complecti voluiſſe, quod veriſimile eſt ſpecialiter dicturum non fuiſſe. argu. l. obligatione generali. de pign. Non eſt veriſimile reum ſpecialiter id dicturum fuiſſe propter quod in pœnam incideret. Sic interpretatur Vlp. edictum Prætoris de eo qui nouum ius impetrauit. l. 3. ſi procurator. ſup. quod quiſque iur. Impetratio procuratoris non nocet domino, niſi ſpecialiter mandauit, &c. Non eſt credibile in mandato generali eum non ſenſiſſe de eo, propterea quod pœna edicti teneretur. Præterea huius orationis interpretatio eſt rei ipſius qui id accipiet quod ei eſt vtilius. l. ſi quis intentione. ſupra de iud. Potuit autem reus ſentire ſe non debere ex ſocietate, quamuis ſocius ſit. Ambigua igitur oratio eſt. Conſulte ergo fecerit actor ſi petierit à reo, vt ſpecialiter declaret, an ſit ſocius: ſicut ſpecialiter declarare debet actor, &c. l. 1. ſupra de eden. ita etiam reus, cum ſit eadem ratio.

Ad l. Si cum procuratore.

INterpretatio edicti prætorij de marito, &c. *Quid ſi actum ſit cum procuratore.* Verba deficiunt edicti, ſed ſententia non deficit. Nihil refert an conueniatur procurator, an maritus. quia procurator non conuenitur nomine ſuo, ſed mariti: modo condemnatio fiat viuo adhuc marito, quia perſonale beneficium eſt, &c. vt mox dicemus in c. ſeq. Mortuo domino manet adhuc procurator, cum quo lis conteſtata eſt, quia eſt effectus dominus litis. l. procuratoribus. Cod. de procur. Cœpto igitur iudicio ante mortem rei, condemnatio fit contra procuratorem, vel in ſolidum, vel quatenus: vt hic diſtinguitur. Idem dicitur de defenſore, l. alia. ſolut. mat. de hoc defenſore extat edictum prætoris, in leg. ſeruum. §. ait prætor. ſup. de procur. *Cuius nomine quis actionem ſibi dari poſtulabit, is eum boni viri arbitratu defendat.* Quo pertinet inſcriptio illa. de procurator. & defenſor.

Ad l. Et ſi fideiuſſor.

PRÆLECTIO XXVI.

DIctum fuit, procuratorem aut defenſorē mariti, non condemnari in ſolidum, &c. Quæritur an idem

Idem dicendum ſit de fideiuſſore? Pompon. ait, fideiuſſorem damnandum eſſe in ſolidum rei vel actionis, id eſt, dotis, vel actionis, quę pro dote competit. Damnatur nomine ſuo, non vt procurator nomine alieno: actio iudicati contra eum datur. Exceptio cohærens perſonæ rei non prodeſt fideiuſſori. l. exceptiones. infrà de except. §. vltimo. Inſtitu. de replicat. Dixerit aliquis: fideiuſſor plus debere non poteſt, quàm reus. leg. græce. § illud. de fideiuſſor. & l. centum Capuæ. de eo quod certo loco. Reſpondeo, huic ſubtilitati locum non eſſe in hac re, quæ ſola humanitate, & benignitate nititur. Si ad ſubtilitatem iuris reſpiciamus, dicemus, & reum quoque teneri in ſolidum: ſed humanitate ſuadente, iuuatur hoc beneficio contra rigorem iuris.

Alia difficultas hic exiſtit: nã quod ſoluit fideiuſſor, id poſtea exigit à reo actione negotiorum geſtorum. l. quod dictum. ſuprà de pact. Sic effectu ſolidum præſtat reus, & beneficio iuris priuatur: quod videtur iniquum. Quid enim refert, qua via, aut recta an indirecta, mihi quod meum eſt auferatur? l. vltim. ad fin. Co. de vſur. rei iud. Excogitatum eſt remedium à noſtris interpretibus quo vtrique ſuccurratur: vt reus ipſe opponat exceptionem pro eo quod ſua intereſt. Quam fideiuſſor non poteſt opponere: fideiuſſor enim conuentus debet denuntiare reo, vt ſe defendat, & iudicium ſuſcipiat: alias nullam habebit actionem contra reum. Deinde reus opponit exceptionem, & oſtendit ſua intereſſe, ne fideiuſſor condemnetur. Hæc colliguntur ex leg. idémque. §. generaliter. ſupra mand. Vbi dicitur, cum exceptio competit reo tantum, non etiam fideiuſſori, debet fideiuſſor denuntiare reo, vt ipſe iudicium ſuſcipiat. Hoc commentum adeo placuit interpretibus, vt nullus ſit, qui non magnopere probet. Ego tamen aliàs hoc refutaui & aliter diſſerui de hac re quam cæteri vulgò ſoleant. Primum me mouet, quod nullo iure probatur hæc cautio, quam ipſi *Cautelam* vocant, nec ad rem pertinet d. lex, idémque, §. generaliter. Non enim loquitur de exceptione cohærente perſonæ, cuiuſmodi hæc eſt. d. leg. exceptio. Et ſi ita intelligeremus, eluſoria eſſet ac plane nugatoria diuiſio illa exceptionum: nulla eſſet exceptio competens reo: quæ non prodeſſet vtrique. Nec arbitror auctores huius commenti, ac defenſores id tueri ſine ſcrupulo aliquo, ſi qui ſint inter eos ſanioris iudicij. Sed fortaſſis hoc dicunt, quod nihil habeant aliud, quod obiectis reſpondeant, vt fieri ſolet. Verum ego aliter reſpondeo, ſolidum quidem hac ratione præſtari à marito, ſed vxorem id non exigere, imò fideiuſſorem. Et fortaſſis vxor, quæ conuenit fideiuſſorem, ignorat an is à marito ſit petiturus. Poteſt donandi animo fideiubere. leg. quod dictum, ſupra de pact. Si quis ergo dixerit, nihil referre, qua via, &c. Reſpõdeo, hic multũ referre: quia cũ vxor exigit ab ipſo marito: indignitas ac turpitudo maior eſt. Nec vero nouum eſt ab his perſonis ſolidum exigi in ſimilibus caſibus. Dicemus ad leg. Neſennius. infrà.

Exceptio cohærens perſonæ.

Alia difficultas hic reperitur ex eo, quod dicitur de fideiuſſore, &c. nam fideiuſſor dotis nomine inutiliter accipi dicitur. Cod. ne fideiuſſ. dot. dentur. Accurſ. ait Pomp. non loqui de marito. Contrarium facile appaſet ex iis quæ antecedunt, & ſequuntur. Aliis placet Pomp. loqui de fideiuſſore accepto poſt ſolutum matrimonium: nam fatentur ſoluto matrimonio fideiuſſorem obligari. dictæ leg. exceptiones. de except. l. ſi conſtante. 24. §. quoties. ſolut. matr. §. non autem, Cod. de rei vxor. act. Ego aliàs oſtendi falſam hanc eſſe opinionem vulgatam: & ſcripſi in epitome tractatus de iure dot. Demonſtraui multis argumentis fideiuſſorem obligari, quamuis maritus non cogatur fideiuſſorem dare.

Ad §. Si maritus. & ad l. Sciendum. 25.

Hoc beneficium perſonale eſt, nec tranſit ad hæredem. Idem dicitur in l. maritum. §. vltim. & l. ſeq. ſol. mat. l. in omnibus. de regul. iur. quæ ſumpta eſt ex illo loco, vt inſcriptio indicat: idémque eſt in omnibus aliis perſonis, &c. leg. 4. ſuprà quod cum eo. l. verum 63. pro ſoc. Filiis ſane mariti prodeſt hoc beneficium, ſi ex eodem matrimonio ſuſcepti ſint. l. etiam. 18. in prin. ſol. matr. Si nouerca agat contra priuignum, non iuuabitur hoc beneficio. In filiis ergo aliarum perſonarum, cuiuſmodi ſunt ſocius, donator, diuerſum ius eſt. De nepotibus mariti ſcripſi ad l. etiam.

Ad l. Si conuenerit. 26.

Locus de ratione ferendæ ſententiæ. Quid pronuntiare debeat iudex, non poteſt diffiniri in vniuerſum, propter varietatem negotiorum, de quibus iudicia exercentur. Ex quaque re & cauſa id facilius iudicari poteſt. Sed maxime ſpectandum eſt, quid inter litigatores conueniat, etiamſi fortè minus iuſtum videatur. Vtilitas hoc ſuadet, quamuis alias iudex datus à præſcripta formula non debeat recedere. Hoc præcipue debet eſſe propoſitum iudici, vt controuerſias litigatorum tollat. l. 1. §. inde quæritur. de noui. oper. nun. huc pertinet l. iudicem. ſuprà commun. diuid. quod omnibus vtiliſſimum eſt, vel quod maluerint litigatores. Ac in locis quibuſdam tabelliones tali munere iudicandi funguntur. Iudicant enim ex conſenſu partium: itaq; inſtructam habent executionem. Hinc colligi poteſt, ob conſenſum litigatorum iudicem ſequi debere conſilium prudentis alicuius, ac iureconſulti. Qua de re diſputatio prolixa hic eſt: ſed nimis euagantur à propoſito. Adduntur quædam exceptiones, de quibus eſt breuiter dicendum. Excipitur conuentio bonis moribus contraria. Sed interpretatio eſt neceſſaria, quia de conuentione iuſta neceſſe eſt, vt hoc intelligamus, leg. iuriſgentium. §. prætor ait. de pact. l. pacta quæ contra. Cod. eod. Inde efficitur in iudicio criminali locum hoc non habere, quia ius publicum læditur tali conuentione. l. locatio. §. quod illicitè. ſuprà de public. & vectigal. Quædam alia inde deducuntur, ſed ſuperuacaneum eſt tam multa exempla commemorare. Deinde excipitur iudex compromiſſarius, qui arbiter dicitur. l. qualem. ſupra de arbitr. Si ſic compromiſſum ſit, vt certam ſententiam dicat, nullum eſt arbitrium, nec cogitur ſententiam dicere. Reſponſio non vna eſt: nam in primis repugnantia quædam hic reperitur. quia arbiter non eſt, qui arbitrio ſuo non pronuntiat: cognoſcitur ex etymo. Seneca lib. 2. de beneſic. Huius libera, & nullis aſtricta vinculis religio, non prout lex, ſed prout humanitas impulit, &c. Deinde hæc pronuntiatio arbitri nullam afferret vtilitatem, quia non datur actio iudicati, l. 1. C. de recept. arb. Quæſitum eſt, an hæc conuentio valeat inter maritum & vxorem, aut perſonas quibus hoc beneficium tribuitur propter reuerentiam. Receptum eſt non valere hanc conuentionem, quaſi contraria bonis moribus ſit. l. alia. §. eleganter. ſolut. matrimonio. vbi quid ſentiam ſte hac re ſcripſi. Oſtendi non eſſe hoc vſquequaque verum. Nã maritus poteſt amittere hãc exceptionem, nec cogitur ea vti. Pactio ante iudiciũ facta nõ valet, niſi in ea perſeuerauit, &c. Simile de Senatuſconſ. Velleia. Mulier nõ poteſt renũtiare Senatuſc. Velleia. quia tã facile ad renuntiandum quàm ad fideiubendũ inducitur. Si tamen poſt interceſſionem exceptioni ſibi competenti renuntiare voluerit, ac iudicium accipere, valet renuntiatio: l. vlt. §. vltim. ad S. C. Velleianum.

Arbiter nõ eſt qui arbitrio ſuo non pronuntiat.

PRÆLECTIO XXVII.

Ad l. Praeſes.

Locus de effectu rei iudicatæ. Effectus rei iudicatæ eſt executio eiuſdem & exactio pecuniæ, &c. Si quis ita condemnatus ſit vt ſententia valeat. l. 4. § condemnatum. ſuprà. alias non eſt opus prouocatione, C. quando prouoc. non eſt neceſſ. Inde quæritur, *Si iudex condemnauit ad vſuras vſurarum, &c.* Non eſt appellatum, vel non eſt rite appellatum: fortè non eſt appellatum intra decem dies. Nouel. de appel. Quæritur an poſſit executio fieri. Actor contendit faciendam eſſe, &c. Quoniam, inquit, appellatum non eſt, aut non eſt rite appellatum. Reus contra, ſententiam eſſe nullam ipſo iure, nec opus eſſe appellatione. Itaque non nocere condemnato quod non rite appellauerit: quia ſi non omnino appellaſſet, nullam vim haberet ſententia. Modeſtin. ex facto conſultus, reſpondit pro actore, iudicati eum agere poſſe. Ex quo apparet nullam non eſſe hanc ſententiam, quamuis iniuſta ſit. Sed obiicitur l. 2. C. quando prouoc. non eſt neceſſ. ſententia nulla eſt contra manifeſti iuris formam data, vtputa ſi iudex pronuntiauerit: potuiſſe minorem 14. annis teſtamentum facere. Nihil eſt certius in iure, quam vſuras vſurarum non deberi. Apud Accurſ. variæ ſunt diſſolutiones ex quibus animaduertere licet, hominem imperitum antiquitatis parum intellexiſſe morē proferendarum ſententiarum. De hoc more ſcripſi lib. 1. Diſp. c. 41. In ſtatu coniecturali de facto pronuntiabat, in iuridiciali de iure: vt colligitur ex l. 1. infra quæ ſent. ſine appell. non reſcin. Accurſ. de hoc more aliquid attingit, ſed quaſi ſomnians magis, quam intelligens, more ſuo. Cum igitur pronuntiatur de iure, & contra ius certum, ſententia eſt nulla: ſicut in exemplo d. l. 2. C. quan. prouo. non eſt neceſſ. Minorem 14. annis teſtari poſſe. Alias valet ſententia, licet contra ius lata ſit. l. cum prolatis. 32. infra atque ita accipiendum eſt hoc reſponſum Modeſt. Ex quo notandum eſt executionem ſententiæ non retardari ob appellationem nō rite interpoſitam. Nihil refert an aliquid non fiat omnino, an vitioſe fiat. l. quoties. 6. ſuprà qui ſatiſd. cog. Idem videtur dicendum, etſi appellatio ſit deſerta, quæ rite interpoſita fuit. Citatur l. vlt. §. illud. Cod. de temp. appel. ad effectum perduci, tanquam ſi ab initio minime fuerit prouocatum. Facit l. ſi contra maiorem. 8. C. de appel. l. quoniam. 18. eo. tit. Sed quomodo iudicabit de appellatione is, qui ſententiam tulit? hoc enim magis pertinere videtur ad officium ſuperioris iudicis. C. de appel. Reſpondeo, poſſe petere victorem executionem vocato reo, &c. Si reus alleget ſe appellaſſe, actor quaſi replicando hic dicet tempus lapſum eſſe, &c. Atque ita cognoſcet iudex de appellatione deſerta, qui principaliter ob eam cauſam non poſſet adiri: ſicut aliàs ſæpe accidit. l. quoties. C. de iud. Poteſt etiam reus vocari ad iudicem ſuperiorem, ſi actor hanc viam elegerit quæ trita eſt & vſitata. Petet appellationem pronuntiari deſertam, dicta l. eos. Cod. de vſur. rei iud. Et poſt eam pronuntiationem fiet executio ſententiæ. Præterea obſeruandus eſt obiter locus communis de vſuris. Quamuis enim vſuræ permiſſæ ſint iure ciuili ad certum modum, C. de vſur. tamen vſuræ vſurarum non poſſunt exigi. l. ſi non ſortem. §. 1. ſupra de cond. indeb. Hic Anatociſmus * mergit miſeros debitores: multaque incommoda affert tum publice, tum priuatim, vt docet experientia. Cice. vocat. Anatociſmum in quadam epiſt. ad Attic. Dicitur improbum fœnus. l. improbum. Cod. ex quib. cau. irrog. infa. Et notanter infamia: nulla alia pœna reperitur certo iure definita. Sed quia graue crimen eſſe conſtat, & graui animaduerſione dignum, puniri ſolent pœna arbitraria. l. 1. infra de effracto. & expil. Nec refert, an vſurarum petantur vſuræ, an ſortis, in quam redactæ ſunt vſuræ. l. vlt. Cod. de vſur. Alias verba magis lex impoſita eſſet, quam rebus. Nihil facilius eſſet, quam legem eludere, conuerſis vſuris in ſortem.

Vſura vſurarum non deberi.

*Anatociſmus * mergit miſeros debitores: & vſuragia ...* [illegible]

Ad l. Duo iudices. 28.

Locus de effectu ſententiæ. Sententia debet mandari executioni, ſi valeat, nec ſit appellatum, &c. Si plures ſint pronuntiationes, plurium iudicum maior pars minorem, vincit, leg. Pomponius. infra, eod. Sententiæ numerantur, non ponderantur, ait Plinius in epiſt. Idemque de arbitrio iuris eſt. l. item ſi vnus. §. vlt. de recept. arb. l. diem proferre. §. ſi plures. eod. tit. Quid ſi pares numero ſint iudices? Modeſt. ait, in pendenti eſſe, &c. Contrarium videtur quod dicitur in l. inter pares. 38. infra eod. vbi fauetur reo. l. fauorabiliores de regulis iur. Hoc ſpeciem habet repugnantiæ: eſt ἰσοψηφία, vt dicitur in Baſilico recens edito. Vulgo dicitur reſponſum hoc Modeſtini intelligendum eſſe de iudicibus datis, ait enim, *Duo iudices dati*. Expectatur ergo confirmatio eius, qui iudices dedit: in aliis iudicibus ſequimur regulam l. inter pares. Atque ita diſtinguit Rom. Pontifex in c. vlt. de ſentent. & re iud. in Decret. Poteſt etiam reſponſo Modeſtini locus eſſe in iudicibus duplicibus. leg. in tribus. de iudic. l. 3. infra vti poſſid. Et animaduertendum eſt tempus appellationis currere ex die confirmationis: quia ante confirmationem incertum eſt à qua ſententia ſit appellandum. Argum. etiam illud eſt quod dicitur in l. 2. Cod. de vſur. rei iud. Tempus currit non à die condemnationis, ſed confirmationis, ſi fuerit appellatum: quia ante confirmationem nondum eſt certum qui ſolui debeat.

Ad l. Tempus. 29.

Locus de tempore quod datur iudicatis, de quo dixi ad l. 2 ſupra. Tranſit ad hæredem, quia beneficium perſonale non eſt. l. in omnibus l. priuilegia. de regul. iur. Quod ex quadrimeſtri deeſt. Nihil ad rem pertinet l. vlt. C. ſi pend. appel. vbi vltra illud tempus dantur quatuor menſes. Loquitur de tempore dato ad proſequendam appellationem: hic autem de tempore dato ad ſoluendum.

Ad l. Cum ex cauſa. 30.

Locus eſt de actione iudicati. Datur quatenus facere reus poteſt certis ex cauſis, de quibus iam dixi. Sed quæritur an ſit habenda ratio facultatum in ipſa actione, an vero in condemnatione, aut executione. Pomp hic ait, *Si dubium ſit, &c.* Sic interpretor, alij aliter. Hanc quæſtionem tractaui ad l. ſunt qui. ſupra. Quæ hic tractantur de donatione, parerga ſunt, & extra rem: An fiat pacto, an ſtipulatione. Et quid de donatione cauſa mortis? an l. ſi argentum. §. vlt. C. de donat. habeat locum in donatione cauſa mortis.

Ad l. Debitoribus. 31.

PRÆLECTIO XXVIII.

Locus de executione rei iudicatæ, de quo iam diximus ſuprà ad leg. 2. Cum quis damnatus eſt, non ſtatim cogitur ſoluere, ſed ei humanitatis cauſa conceditur dilatio ad ſoluendum. l. ſi eum militi. ſupra de compenſ. Item ſi quis confiteatur ſe debere, vt hic Calliſtrat. ait. Nam confeſſio rei iudicatæ comparatur.

Dilatio iudicato ſoluendi.

l. poſt

l.poſt rem. infra eo. & d. l.1.de conſtit. Hoc tempus olim fuit 20.dierum ex 12. Tab. Condemnatis ad ſoluendũ triginta dies iuſti ſunto. Gel. lib. 20. ca.1.Poſtea auctum eſt,& ſtatutũ tẽpus duorum menſium. l.vlt. C. de vſur. rei iud. C. Theod.lib.4.tit.17. de vſur.rei iud. Ad extremum Iuſtin. ſtatuit tempus quatuor mẽſium, d.l.vlt.Hoc autem tempus poteſt ex cauſa mutari,dando vel longius, vel breuius tempus,d.l.2.Et D.Pius hic oſtendit dandum eſſe arbitrio iudicis. Quod nonnulli autem dicunt non fuiſſe certum tempus, falſum eſſe conuincitur,d.l.2. vbi prorogatur,&c.Poſt lapſum eius temporis pignora capiuntur,vt diſtrahantur executionis cauſa. Verum non ſtatim fit diſtractio pignorum, poſtquam capta ſunt, ſed expectantur duo menſes.Ex quo apparet iure in Pand. relato dari duos menſes ad vendenda tantum pignora. Quod plerique non intellexerunt. Nunc de vtroque tempore paulo accuratius dicendum eſt.Datur iudicato,vel confeſſo à lege tempus quatuor menſium:niſi iudici viſum fuerit breuius, aut longius dare, vt iam dixi:nam hoc pendet ex arbitrio iudicis. Datur autem hoc tempus tantum petenti, vt hic Calliſtratus ait. Nam ſummo iure ſtatim cogi debet ad ſoluendum victori, ſed humanitatis cauſa conceditur hæc dilatio. d. l.ſi cum militi.Iniquum igitur eſſet atque iniurioſum dari tempus reo qui non petat:quia forte nulla eſt ei opus dilatione.Quod plerique hinc colligunt,iudicem non impertiri officium, niſi poſtulanti, falſum eſt & ineptum, ſi quis regulam vniuerſalem facere velit. Nec magis ad rem pertinet l.4.§.hoc autem.de damno infect. Manifeſta ratio eſt in eo caſu,cur poſtulari debeat: ſed ineptum eſt generalem conficere regulam ex illa hypotheſi. Officium ſuum impertitur plerunque vltro, etſi non petatur,vt dicitur in l.nec quicquam. §. obſeruare. ſupra de offic. procõſ. & aliis ſimilibus. Non poteſt autem hoc in vniuerſum diffiniri. leg. omnis definitio. de reg. iur. Sed in quaque re & cauſa videndum eſt quid æquitas atque vtilitas exigat. Præterea animaduertendum eſt hanc dilationem concedi iudicato,vel confeſſo exacta cautione, &c. d l.ſi debitori.cum competenti cautela. quod receptum eſt de ſatiſdatione intelligi: quia licet appellatione cautionis contineatur nuda ſtipulatio ſine fideiuſſore, aut pignoribus.leg.ſancimus.C. de verbor. ſign. Tamen cautio competens, vel idonea de ſatiſdatione intelligitur. l. ſi mandato Titij.§. vlt. ſuprà

Dilatio iudicij arbitralis. mand.leg.4.§.addici.de fideic.liber. Quæritur,an hoc tempus indulgeatur ei qui damnatus eſt ſententia arbitri. Plerique exiſtimant idem ius eſſe, quia compromiſſum ad ſimilitudinem iudicij redigitur.leg.1.de recep. arb. Sed hæc ratio videtur mihi non ſatis firma & idonea eſſe: quia certum eſt non per omnia ſimile eſſe arbitrium iudicio: Hac ſententia enim arbitri non datur actio iudicati.l. 1. Cod. eod. dicitur eius pronuntiatio non per omnia ſententia eſſe, l.quod ergo.§. ex compromiſſo, de iis qui not. infam. Deinde mouet me quod dicitur in l. ſi cum dies. aliàs, quid tamen, 21.§. vlt. de recept. arb. ineſſe modicum tempus, quod vbi præterierit, pœna ſtatim peti poteſt. Non aliter loquitur Iureconſ. de ea ſententia, quam de quauis obligatione, &c. l. quod dicimus. de ſolut. Quæritur ſi ſententia lata ſit à perfect. prætorio intra quod tempus exequi debeat. Vulgo dicitur, intra decem dies ſententiam exequendam eſſe, cum lata eſt ab eo iudice à quo appellari non licet. Citatur auth. vt ſponſ. larg. Nouel. 119. §. aliud. nec vllus eſt interpretum qui non id probet. Verum, (vt vere & ingenue dicam quod ſentio (nihil tale vnquam colligere potui ex ea conſtitutione. Neſcio an hebetior ſim omnibus aliis, qui huius opinionis auctores ac defenſores ſunt. Duo dicuntur à Iuſtin. Primum eſt, quod oblato libello intra decem dies, ſententia non mandatur executioni ſine ſatiſdatione: alterum, quod non oblato libello intra id tempus,ſententia mandatur executioni, ſine ſatiſdatione. Iuſtinianus non exprimit intra quod tempus ſit executio facienda, ſed intra quod tempus ſit offerenda ſupplicatio. Quæritur,an hæc dilatio detur in cauſa criminali, ſi quis forte capitis damnatus ſit. Tiberius Imperator ſtatuit tempus decem dierum, vt ſcribunt Dion & alij hiſtorici.Sed iure noſtro nullum reo damnato ſpatium datur. l. cum reis. Cod. de pœn.niſi ex magna aliqua & graui cauſa: veluti ſi mulier prægnans damnata ſit. leg. prægnantis.de pœnis.l. Imperator.de ſtatu hom. Quod ab Areopagitis obſeruatum fuiſſe Ælian. ſcribit libro 5. de varia hiſtoria. Idem dicendum eſt, etſi ratio innocentiæ conſtiterit poſt ſententiam. l. 1.§. vltimo.de quæſt. Principi enim ſcribere oportet, interim dilata executione. Aliud exemplum memorabile in l. ſi vindicari. C. de pœn. de quo ſcripſi lib. 2. de benefic. ex hiſtorica eccleſiaſt. Theod. Quid ſi condemnatio ſit pecuniaria in cauſa criminali,an hoc caſu danda ſit dilatio,&c. Et probabilius eſt dandam non eſſe.Leges de hoc tempore latæ pertinent ad iudicia priuata, & ciuili:quod conſtat ex loco Gellij iam citato. Oſtendit enim legem 12.Tab. latam eſſe aduerſus eos qui fidem non ſeruant,&c.Nec vlla alia eſt lex aut conſtitutio de cauſa criminali, ſed de ciuili tantum. Nec producendum eſſe hoc ius ad cauſas criminales,cum præſertim non ſit eadem ratio, quamuis in vtroque ſit condemnatio pecuniaria. Humanitatis cauſa conceditur hoc tempus reis. d leg. ſi cum militi.quia humanitate dignus non eſt,qui ob delictum ſuum damnatus eſt, arg. l. ſi reum.infra.eo.l.4. §.quanquam. ſupra quod cum eo. Nec contrarium eſt noſtræ ſententiæ quod dicitur item in leg. ſi cum excep.14.§. quatenus. loquitur de actione ciuili, quæ ex delicto competit: non de criminali actio quod metus cauſa. Alterum tempus eſt quod datur ad vendenda pignora, &c. duorum menſium.Interim manebit res obligatá iure pignoris.l.1.Cod.ſi in cauſ.iud.pign. An hoc tempus locum habeat in pignore prætorio, quæritur:& variæ ſunt opiniones.Sed verius exiſtimo nullum certum tempus definitum eſſe, & committendum eſt arbitrio prætoris. l.ſi finita. §. non autem.de damn. infect. De pignore conuentionali extat conſtitutio Iuſtin. C.de iure domi.impet.

Ad l.Cum prolatis.32.

VAria eſt lectio & interpretatio huius ł. Quidam legunt, *Cognitionibus.* Et videtur hic error ortus ex notis compendiariis. In codicibus emendatioribus legitur, *Conſtitutionibus*,quam lectionem ſequor.Quæſtio igitur hic tractatur pertinens ad interpretationem eorum quæ dixi ad l.præſes.ſupra. Sententiam nullam eſſe contra leges aut conſtitutiones, ſi de iure pronuntiatum ſit: hoc eſt intelligendum,ſi contra ius certum iudicatum ſit,non dubium,non controuerſum.Profertur aliqua lex vel conſtitutio,ex qua aliquid colligitur per ratiocinationem, quod ad cauſam pertinere videtur.Iudex non putat ad cauſam pertinere, & pronuntiat,&c. Non eſt ſententia nulla, quamuis imperite id faciat iudex, & aliquis peritus iuris aliter iudicaturus fuerit. Nec ratio nec vtilitas patitur vt ſententiam nullam eſſe dicamus, quæ lata eſt de iure non certo ſed dubio, &c. præſertim cum tanta ſit controuerſia, & diſſenſio in legum interpretatione. Hæc mihi videtur eſſe ſententia Calliſtrati. Alij aliter interpretantur. Confirmatur hæc interpretatio duobus locis: vnus eſt in leg.ſi expreſſum.Inf.de appell. Si expreſſim ſententia contra iuris rigorem data ſit, valere non debet. Alter

eſt in leg. 2. C. quando prouoc. non eſt neceſſ. Sententiam contra tam manifeſti iuris formam datam nullas vires habere palam eſt.

Ad l. Diuus.33.

PRÆLECTIO XXIX.

LOcus de effectu rei iudicatæ. Res iudicata finem imponit liti, l. 1. ſupra eo. Nihil amplius quæritur, quàm an iudicatum ſit, l. poſt rem. inf. eod. idque vtilitas exigit, cum rebus iudicatis reſpub. maxime contineatur, vt alias dixi, ex Cicer. pro Sylla. Facit l. ſeruo inuito. 65. §. cum prætor. ad Trebel. Reperiuntur tamen caſus excepti, in quibus de negotio adhuc quæritur poſt rem iudicatam. Vnus eſt, quē refert hic Calliſtr. ex reſcripto Adriani. Cum quis obtinuit ſententiam circumuento iudice, falſis teſtibus pecunia corruptis. Huius admiſſi grauitas facit, vt denuo cognoſcatur de cauſa, & animaduertatur in teſtes, & eorum corruptores. Itaque duplex iudicium eſt poſt rem iudicatam: vnum eſt criminale, quod pertinet ad animaduerſionem, &c. alterum ciuile, in quo quæritur de eo negotio, de quo ſemel lata eſt ſententia. De iudicio autem criminali nulla eſt dubitatio: de ciuili, in quo plus eſt difficultatis, nunc dicendum eſt. Obſerua igitur neminem cogi parare ſententiæ, quæ lata eſt ex falſis teſtimoniis, præſertim ſi pecunia corrupti fuerint. Idem dicitur alibi de ſententia lata ex falſis inſtrumentis. C. ſi ex fal. inſtr. iud. ſit. Sed an hoc locum habebit, ſi appareat falſos teſtes eſſe tantum, non etiam corruptos, &c. Probabilius eſt ſufficere alterum, quamuis vtriuſque hic mentio fiat. Nam ita ceciderat in ea ſpecie, de qua conſultus fuit Adrianus. Qui idem reſponſurus fuit, etſi propoſitum fuiſſet teſtes falſum teſtimonium dixiſſe ſimpliciter, &c. Arg. eſt quod ſufficit ex falſo inſtrumento iudicatum eſſe, nec aliud quicquam quæritur. Co. ſi ex falſo inſtr. Eadem eſt ratio teſtium quæ inſtrumentorū, l. in exercendis. C. de fid. inſtr. Inſtrumentorum appellatione continentur teſtes, l. 1. de fid. inſtru. Deinde tit. ille C. pertinet etiam ad teſtes, vt oſtendit ipſa inſcriptio. Si ex falſ. inſtr. vel teſtimonio iud. ſit. Videndum tamen eſt quid probandum ſuſceperit is, qui ſententiam oppugnat. Nam ſi vtrunque allegauerit, & ad vtrunque probandum ſe adſtrinxerit, non aliter obtinebit, &c. Idque eſt expreſſum conſtitutione Pontificia. c. licet cauſam. de probation. in Decretalib. An autem is, qui vtrunque allegat, videatur ſe adſtringere ad vtrunque probandum, quæſtio eſt facti, quæ boni & prudentis iudicis arbitrio dirimenda eſt. Alij prolixe diſſerunt de hac re. & conantur in vniuerſum id diffinire: quod vix fieri poteſt. Receptum quoque eſt vt ſufficiat probare corruptionem teſtium, licet non oſtendatur eos falſum teſtimonium dixiſſe. Idque colligi ſolet ex his verbis. *Si tibi probauerit, &c.* Sed mihi aliter accipiendā eſſe videntur. Nam cum ait, *expreſſum eſſe, &c.* manifeſte oſtendit falſum fuiſſe eorum teſtimonium. Scio lege Cornelia teneri eum, qui ob teſtimonium dicendum pecuniam accepit. l. 1. infrà ad leg. Cornel. de fal. Sed vereor ne iuſta cauſa hęc non ſit retractandæ ſententiæ. Poteſt enim admiſſum puniri ſine retractatione ſententiæ: ſicut accidit in periurio, l. quod ſi deferente. & l. ſeq. ſuprà de dul. Verius eſt ergo ob ſolam conſpirationem, &c. non retractari ſententiam, niſi ſecutus fuerit effectus. Hoc amplius etiam videtur aliud neceſſarium eſſe: quod his teſtimoniis iudex motus ſit ad iudicandum: aliàs non poteſt dici motus eſſe his teſtimoniis, contra quem lata eſt ſententia. Et hoc eſt conſtitutum de inſtrumentis in l. 3. C. ſi ex fal. inſtr. Præterea animaduertendum eſt hodie retractionem receptam non eſſe, vbi teſtimonia ſunt publica: vt plerunque fit, cum altera pars id petit. Videtur hoc periculoſum eſſe propter ſubornationem, & corruptionem teſtium. §. quia vero. auth. de teſtibus. Is cui cognita ſunt teſtimonia, facile adducitur vt teſtes alios corrumpat, ſi videat primam teſtationem idoneam non eſſe. Itaque conſtitutum eſt, vt non modo in cauſa principali non liceat producere nouos teſtes, ſed etiam in cauſa appellationis. clem. 2. de teſtibus ſuper eiſdem vel directo contrariis articulis. Quod hic accideret: atque ita intelligitur vulgo quod dicitur in l. per hanc. C. de tempor. appellat. Quæritur an ſententia ſit nulla ipſo iure, an vero ſit neceſſaria reſtitutio? Quæſtio eſt magni momenti propter tempus petendæ reſtitutionis in integrum. l. vlt. C. de tempo. in integ. reſt. Et variæ opiniones reperiuntur apud Accurſ. & alios. Sed magis probatum receptumque eſt, reſtitutionem hic neceſſariam eſſe, propter verba Calliſtrati, & Adriani. Qui diſſentiunt, mouentur aliquibus argumentis, de quibus quid iudicandum ſit breuiter dicemus. Horum argumentorum quædam nobis videntur leuia, & nullius fere ponderis. Cuiuſmodi eſt quod ducitur ex l. ſi prætor. §. Marcellus. de iudic. Si per dolum ſciens, falſo aliquid allegauerit, &c. iudicem debere querelam rei admittere. Solutio. Loquitur de ſententia lata aduerſus abſentem, vt apparet ex antecedentibus & conſequentibus. Nota eſt Marcelli, quæ referenda eſt ad ſuperiora Iuliani verba. Simile argumentum eſt ex leg. cum vero. §. ſubuentum. de fideicommiſ. libert. Si obreptum ſit prætori de libertate, libertas non competit. Hoc ſit propter verba Senatuſconſul. Si ij à quibus libertatem præſtari oportet, euocati à prætore, adeſſe noluiſſent. Hoc ſenatuſconſ. factum eſt contra tenorem rationis, vt ſententia feratur in abſentem indicta cauſa. Non temere à verbis eius recedendum eſt interpretando. Simile argumentum ex titulo C. ſi tut. vel curat. falſ. alleg. Decretum nullum eſt, Fauor ætatis, &c. Non debet produci ad conſequētiam. Alia ſunt argumenta multo firmiora, & vt ita dicam, neruoſiora. Vnum eſt ex tit. C. ſi ex fal. inſtr. vbi nulla eſt, ne minima quidem mentio reſtitutionis prius impetratæ. Alterum eſt in leg. qui agnitis. infrà de exceptionibus. vbi dicitur non obſtare exceptionem rei iudicatæ: nec vlla eſt mentio reſtitutionis prius impetratæ. Conſentanea eſt huic interpretationi, conſtitutio Pontificia, c. cum venerabilis. de except. Ego huic ſententiæ ſubſcribo, quod ea probabilior ſit, ac plus vtilitatis, & minus inanis ſubtilitatis habeat. Nec me mouet quod dicitur de conſtitutione. Nam nō ſemper accipitur pro auxilio illo extraordinario prætoris: de quo in tract. de in integr. reſt. Reſtitui dicitur cauſa cum interim de ea cognoſcitur. Reponitur in priſtinum ſtatum, quantum ad factum attinet, licet iure ipſo ſtatum non mutauerit. Non diſſimile exemplum obſeruaui in l. ab emptione. de pact. Reſtituis in integrum iis, quæ præſtita ſunt. Huc pertinet l. in ambigua. ſuprà de legib. Hodie in Gallia impetrantur literæ in forma requeſtæ ciuilis: eſt neceſſaria auctoritas principis contra iudicia ſupremæ curiæ. De iudicio criminali videnda eſt l. diui. de pœnis. quæ cum hac coniungenda eſt, vt apparet ex inſcriptione.

Teſtes nouos produci non licet.

In ſententia an ſit neceſſaria reſtitutio.

Ad l. Si victum.34.

VAria eſt interpretatio huius cap. Dicam breuiter, quod mihi verius cenſetur. Videtur hoc poſitum eſſe interpretationem edicti de rē iudicata. Edicto cautum eſt, vt qui iudicatum non fecerit, in carcerem coniiciatur. non enim dubium eſt, quin id fuerit conſtitutum iure veteri, l. 1. Cod. qui bon. ced. poſ. Ac

verba

verba legis 12. Tabul. de hac re extant apud Gell. lib. 20. cap. 1. Ni iudicatum faxit ſecum ducito, vincito, aut neruo, aut compedibus. Hoc fuit ius Rom. quo hodie non vtimur, niſi in cauſis criminalibus. Cautum fuit etiam iure veteri de victu præbendo. Si volet, ſuo viuito: ni ſuo viuit, qui eum vinctum habebit, libras farris in dies dato. Opinio igitur Accurſ. ad leg. vlt. C. de erog. milit. anno. conſentanea eſt legi 12. Tab. Si quis incarceratus ſit ob æs alienum: ſi ob maleficium, publice dandus eſt victus, ſi non habeat, l. iudices. Co. de epiſ. aud. inde quæritur, ſi quis victum non patiatur inferri. Ait Licinius dandam actionem vtilem, ſiue in factum, deficiente alia actione. leg. quoties. de præſcr. verb. l. liber homo. ad leg. Aquil. Quantum iudici æquum videbitur. l. ſi reum. de custo. reo. Vel iniuriarum, quæ ex ſimilibus cauſis, l. iniuriarum actio. 15. de iniuriis. Interpretatio reliquorum verborum petenda eſt ex l. verbo victus. & ſeq. de verb. ſign. quæ ſumptæ ſunt ex hoc tractatu, vt planè inſcriptio oſtendit.

Incarcerato victus dandus.

Ad l. Imperatores. 35.

PRÆLECTIO XXX.

Locus de effectu rei iudicatæ. Res iudicata non facile reſcinditur, alioqui nullus litium finis eſſet. l. 2. Cod. de re iudic. Inde quæritur, quid ſi poſt ſententiam repertum eſt inſtrumentum quod non habebat condemnatus, &c. An ſaltem hoc caſu? Reſcriptum eſt non poſſe. Noua inſtrumenta hic vocat, quæ poſtea reperta ſunt: atque ita interpretatur Gordianus in l. ſub ſpecie. Cod. de re iudic. ſimiles ſunt conſtitutiones de hac re, quæ videntur ex his legibus ſumptæ. c. inter monaſterium. c. ſuborta. de re iud. in decret. Idem dicitur de tranſactione, l. ſub prætextu. Cod. de tranſact. Quid ſi non teſtes producantur? Et receptum eſt idem eſſe, quod eadem ſit ratio teſtium quæ inſtrumentorum. l. in exercendis. Co. de fide inſtru. adeo vt appellatione inſtrumentorum teſtes plerunque contineantur. l. 1. ſupra de fid. inſtr. Quid ſi teſtamentum poſtea repertum ſit? Variæ ſunt opiniones. Ego iis aſſentior, qui putant reſcindi ſententiam poſſe. Nam tranſactio rata non eſt, ergo nec ſententia, l. de his. ſuprà de tranſactio. item nec iuſiurandum. Similis eſt tranſactio rei iudicatæ, quia ad finiendas lites pertinet vtraque. Idem iuſiurandum retractatur propter teſtamentum poſtea repertum. l. vlt. C. de reb. cred. Ergo & ſententia, l. 2. ſuprà de iureiur. Animaduertendum tamen eſt, ſi interuenerit dolus aduerſarij, poſſe de hoc dolo quæri poſt ſententiam, ſi forte dolo aduerſarij factum eſt, quominus inſtrumenta reperirentur. d. l. ſub prætextu. Co. de tranſact. Huc pertinet l. ſi fideiuſ. §. in omnibus ſupra mand. Quamuis non detur repetitio ſoluti poſt ſententiam, tamen aduerſarius tenetur crimine ſtellionatus ob dolum ſuum. Quæritur an poſſit reſtitutio in integrum impetrari ob hanc cauſam? Et ſciendum eſt, reſtitutionem in integrum concedi cum æquitas prætorem mouerit. leg. 1. ad ſi ſuprà ex quib. cauſ. maio. Nec poteſt aliter diffiniri, quia poſitum eſt in æquitate. leg. de acceſſionibus. ſup. de diuerſ. temp. præſcr. Nihil ergo poſſum aliud reſpondere, quam reſtitutioni locum eſſe in hoc caſu, ſi appareat ex circumſtantiis cauſæ id æquum eſſe. Pone reum conuentum, qui ſucceſſerat in locum alterius, diligentiam magnam adhibuiſſe in quærendis inſtrumentis, &c. Probabilius eſt ignorantia, &c. l. qui in alterius. de regulis iuris. Non erit iniquum ei reſtitutionem concedi, præſertim ſi reus ſit. Reo non poteſt vitio verti, quod inſtructus non venerit ad litigandum, ſicut actori. l. pure. §. vltim. infrà de dol. excep. Alias non poteſt reſcindi ſententia vllo remedio extraordinario: ne principis quidem reſcripto, arg. l. cauſas. Cod. de tranſac. In cauſa tamen criminali ſuccurritur reo innocenti per principem. leg. 1. §. vlt. de quæſtio. leg. diui fratres. de pœn. Facilius hoc admittitur, quia agitur de capite hominis. Verum in priuata cauſa non idem permittitur, &c. Excipitur caſus in l. admonendi, de iureiurand. Si reus abſolutus ſit exacto iureiurando in dubia cauſa, non prodeſt ei exceptio rei iudicatæ, ſi aduerſarius noua inſtrumenta inuenerit, &c. Hoc ideo fit, quia dubia fuit probatio: vt oſtendi libro 2. Diſputat. cap. 33. Idem dicitur in iure Pontificio de ſententia lata contra matrimonium. cap. lata de re iudic. fauor matrimonij. Hæc de cauſis priuatis: quid de publicis? Verba reſcripti oſtendunt in negotio publico id ex cauſa permitti, fauor reipub. Non dicitur ſimpliciter, in negotio publico: ſed ex cauſa: vbi euidens vtilitas id ſuaſerit: quod non poteſt aliter diffiniri, ſed committitur iudicantis arbitrio. Si potuiſſet hoc facile diffiniri, non fuiſſet adiectum, ex cauſa. Certum tamen eſt intra triennium tantum ſententiam reſcindi poſſe. C. de ſentent. aduerſ. fiſc. lat. retract. lib. 10.

Reſtitutio conceditur ex æquitate.

Reus abſolutus iuramento iterum poteſt condemnari.

Ad l. Pomponius. 36.

Locus de effectu ſententiæ. ſententia valet dicta ab eo, qui iudicandi habet poteſtatem. l. ait Prætor. ſuprà. Quid ſi plures ſint iudices, & quidam iudicauerint, quieſcente vno, qui non vult pronuntiare, quod ei non liqueat de re de qua pronuntiandum eſt, &c. Ait Pomp. valere ſententiam eorum, qui numero plures ſunt. Non cogitur ergo pronuntiare de cauſa is qui iurat ſibi non liquere. Hic mos erat veterum in dubiis cauſis, vt docet Aſcon. Ped. A. C. N L. Ac tametſi iudicare alias cogatur iudex. l. vltima. §. iudicanti. de muner. tamen hæc neceſſitas remittitur iudicanti. Locus ſimilis eſt in l. idem Pompon. 13. §. vltimo. de recep. arb. Si arbiter iuret ſibi de cauſa nondum liquere, ei ſpatium datur ad pronuntiandum. Et eſt exemplum non indignum animaduerſione apud Gellium lib. 14. cap. 2. Iuraui mihi non liquere, atque ita iudicatu illo ſolutus ſum. Diſputatur apud Accurſ. & cæteros, qui fieri poſſit, vt de cauſa non liqueat: quia aut probat actor, aut non probat, &c. Ita diſſerunt de hac re, quaſi quotidiana non ſint exempla cauſarum dubiarum. Id accidit vel ob inopiam probationis, vel ob ius controuerſum. Sic in dubiis cauſis exigitur iuſiurandum. dicta l. admonendi. Sic in dubiis quæſtionibus contra fiſcum impune reſpondetur, l. non puto. de iur. fiſc. Notandum eſt ſententiam plurium obtinere in iudicando. l. diem proferre. §. ſi plures. de recept. arbitr. An ſit habenda ratio dignitatis, auctoritatis, ſenectutis, antiquitatis, eruditionis? Quidam ita opinantur, arg. l. maiorem. ſupra, de pactis. ſed hæc ſententia non mihi probatur, quia Iuriſconſ. loquitur de ſententia plurium, quod de numero eſt accipiendum, ex vſu loquendi. Cum ſit mentio maioris partis, ambiguitas aliqua eſt hic nulla. Sententiæ ergo numerantur magis, quàm ponderantur, vt Plin. ait in epiſt. ad Arria. lib. 2. Nec aliud, inquit, in conſilio publico fieri poteſt, in quo nihil eſt tam inæquale, quàm æqualitas ipſa. Nam cum ſit impar prudentia, par omnium ius eſt. Hoc autem ideo viſum eſt magis expedire, ne contentiones oriantur inter iudices de ipſorum dignitate, & conditione.

Sententia quando valeat.

A. litera eſt abſolutionis. C. condemnationis. N L. ampliationis.

Ad l. Tunc autem. 37.

Omnes adeſſe debent, nec locus eſt regulæ, Qui poteſt inuitis aliquib. alienare: multo magis, & ignorantibus & abſentibus poteſt, &c. l. qui poteſt. de reg. iur. quia poteſt præſentia vnius trahere alios in

ſenteutiam ſuam. l. ſi in tres. ſupra de recept. arbit. Item pronuntiare debent omnes, niſi quis iurauerit. l. duo. infra. l. cum magiſtratus. Cod. quan. prouo. non eſt neceſſ. Hoc eſt accipiendum niſi poteſtas tributa ſit ſingulis magiſtratibus in ſolidum, vt in l. 1. de offic. conſ. Seorſum & ſinguli manumittunt. Præterea conſideranda eſt forma reſcripti, quo iudices delegantur. cap. prudentiam, de offic. de leg. in Decret. c. cum plures. eod. tit. lib. 6. Quid ſi non omnes? Hodie receptum eſt, vt ex pluribus iudicibus vnus nomine communi pronuntiet. Quod ſumptum videtur ex c. cum ab vno. de re iudic. in 6. Nam in iure ciuili nullum exemplum reperitur talis pronuntiationis. Quæritur de interlocutione. Accurſ. putat vnum ex iudicibus interloqui poſſe, arg. l. vlt. C. de auth. præſt. Sed hæc nemo non videt diſſimilia eſſe. Sic extendere legem non eſt interpretis, ſed legiſlatoris officio fuogi. Iouianus Pontanus hoc comparat coriariis, qui dentibus producunt corium, & pellem: & conſtitutio Pontificia huic interpretationi repugnat, dict. cap. prudentiam.

Ad l. Inter pares. 38.

PRÆLECTIO XXXI.

TRactatur hic quæſtio pertinens ad ſententiarum diuerſitatem, de qua iam dicere cœpimus. Quid ſi pares numero ſint iudices, & diuerſas proferant ſententias? Non poteſt dici plurium ſententiam obtinere, vt ſuprà dictum fuit. quia ſunt pares numero (ait Paul.) in liberalibus cauſis, &c. Libertas eſt res fauorabilis. libertas. de reg. iur. §. vltim. Inſtitut. de donat. l. generaliter. §. ſi quis ſeruo. de fideicom. libert. fauorabilis eſt cauſa rei magis quam actoris, vt Ariſt. docet in problem. ſect. 19. l. fauorabiliores. de reg. iur. l. Arrianus. de oblig. & act. c. ex literis. de prob. Hinc facile intelligitur nihil referre cuius dignitatis, conditionis, ſint iudices. Ita diſtinguit Paul. quaſi nihil interſit. Sed hoc declaratum fuit ſuperiori loco. Hic reperiuntur quædam antinomiæ. Vna eſt ex l. duo iudices. ſupra eo. De hac antinomia iam diximus ſuprà. Alia eſt ex l. ſi pars. ſupra de inoffic. teſta. vbi in alia cauſa iudicatur, idem ſeruatur, nempe cum agitur de inofficioſo teſtamento. Reſpondeo, quod hic dicitur de libertate, ſic accipiendum eſſe, quaſi dictum pro exemplo cauſæ fauorabilis. *In aliis*, id eſt, quæ non ſunt fauorabiles cauſæ: cuiuſmodi eſt cauſa teſtamentaria: fauorabilis eſt conſeruatio teſtamenti. l. vel negare. quemad. teſta. Idem in cauſa dotis. l. in ambiguis. de iur. dot. Sunt autem coniungenda hæc capita cum d. l. ſi pars. vt ex inſcriptionibus cognoſcitur. Et hæc interpretatio confirmatur conſtitutione Pontificia, cap. vltim. de re iudic. in Decret. Quæritur, an idem dicendum ſit de cauſa fiſci. Plerique putant contra fiſcum iudicandum eſſe: Citant l. non puto. de iure fiſc. quaſi velit Modeſt. contra fiſcum in dubio reſpondendum eſſe. Sed certum eſt cauſam fiſci fauorabiliorem eſſe cauſa priuata. leg. Imperatores. ſupra de re iud. Cauſa publica ſemper nobis antiquior eſſe debet. Nouell. de reſtit. & ea quæ parit decimo menſe. Reſpu. incolumis priuatas res facile ſaluas præſtat: publica prodendo tua nequicquam ſeruas. Liuius dec. 3. lib. 6. Sicut in naue vectores ſinguli magis ſtudent conſeruationi nauis quam rerum propriarum. Publicam autem rem tueri non poſſumus ſine fiſco: vnde tributa vectigalia dicuntur eſſe nerui reipub. leg. 1. §. in cauſa tributorum. infrà de quæſt. alibi dicuntur pertinere ad vtilitatem publicam. l. 1. de loc. public. fruend. Nec contrarium eſt, quod dicitur in d. l. non puto. Non enim negat Modeſt. in dubio iudicandum pro fiſco: ſed oſtendit eum non eſſe puniendum quaſi delinquentem, qui contra fiſcum reſponderit. Hoc ideo, quia nonnulli aſſentatores malorum, & auarorum principum hoc in crimen vocabant: quaſi graue facinus eſſet contra fiſcum reſpondere. Oſtendit Plin. in Panegyric. ad Traianum, Quæ præcipua tua gloria eſt, ſæpius vincitur fiſcus: cuius mala cauſa nunquam eſt, niſi ſub bono principe. Quæritur an idem ſit dicendum ſi teſtes diſpari numero ſint. Hermog. oſtendit idem eſſe. l. lege Iunia. ſupra de manumiſ. Quod eſt intelligendum, ſi reliqua omnia ſint paria: ſi teſtes ſint eiuſdem honeſtatis & æſtimationis. l. ob carmen. §. vltim. de teſtibus. Non enim ad multitudinem reſpici oportet, ſed ad ſinceram teſtimoniorum fidem, & teſtimonia quibus potius lux veritatis aſſiſtit. Poſtremo quæritur, an idem dicendum ſit, ſi arbitri diſſentiant. Reſpondeo diuerſum ius eſſe in arbitris. Si diſſentiant duo arbitri, neutra ſententia tenet. l. item ſi vnus. §. principaliter. ſup. de recept. arb. Coguntur tertium eligere, cuius auctoritati pareatur. Hæc diſtinctio iudicum & arbitrorum diſerte etiam traditur in c. vlt. de re iud. in Decret. Hodie in Gallia id fere ius ſequimur, quod de arbitris conſtitutum eſt: nam aſſumuntur alij iudices, *Quand il y a partages*. Leges regiæ quædam ſunt latæ de hac partitione, quibus vtimur.

Fiſci & publica cauſa fauorabilior priuata.

Tributa ſunt nerui Reipublicæ.

Iudicum & arbitrorum diſtinctio in Gallia.

Ad §. *Si diuerſis.* Ex iam dictis naſcitur quæſtio hic tractata: Si diuerſis ſummis condemnēt iudices, vnus in quinque, alius in decem, alius in quindecim, quid iuris ſit. Videtur hic ſequenda conſtitutio D. Pij, de qua iam diximus: ſed non ita eſt: quia conſentiunt in minorem ſummam, niſi aliud actum appareat. Nam in maiore ſumma minor continetur, l. in eo quo plus eſt. de reg. iur. Idem dicitur de arbitro. l. diem proferre. §. ſi plures. de arb. vbi refertur etiam opinio Iuliani: nec dubito quin Iulianus hæc ſcripſerit eodem in loco. Quid ſi duo condemnauerint in decem, tertius in quinque? Dicendum eſt ſententiam valere in decem, & plurium ſententiam obtinere. Nam Iulian. loquitur cum omnium iudicum ſententiæ ſunt diuerſæ: & hoc eſt expreſſum conſtitutione Pontificia cap. 1. de arb. in 6.

Ad l. Duo ex tribus. 39.

INterpretatio eſt ſuperius dictorum. Dictum fuit plurium ſententiam obtinere, &c. Hoc eſt intelligendum, ſi omnes ſint præſentes, & iudicent. Nam omnes debent pronuntiare quod ſibi videtur. Cum dantur iudices, iubentur omnes iudicare. At nihil minus eſt verum, quam omnes iudicare, cum vnus eſt abſens. Idem dicitur in l. ſicuti. ſupra de recept. Quid ſi vnus iudicum datorum mortuus ſit? In conſtitutione Pontificia dicitur aliorum officium expirare, niſi aliud in datione fuerit expreſſum, cap. vno delegatorum. de offic. deleg. in decret. hanc conſtitutionem putant nonnulli contrariam eſſe iuri ciuili, quo cautum eſt, vt alius iudex detur. l. ſi longius. ſupra de iud. l. pen. de vaca. muner. l. placuit. C. de pedan. iudic. Sed hæc repugnantia non ſunt: expirat quidem officium, ſed dato alio iudice conualeſcit. Alia quæſtio, Si vnus ex iudicibus nolit adeſſe requiſitus, & vocatus à cæteris, an poterunt iudicare? Receptum eſt, ne hoc quidem caſu id eis licere: quia dicitur eos vno abſente iudicare non poſſe, nec vlla ſit diſtinctio. arg. l. de pretio. ſupra de public. in rem. act. Idque de arbitris dicitur in dict. l. ſicuti. de arb. Sed iure Pontificio aliud conſtitutum eſt de arbitris. cap. vltim. de arbit. in 6. quod ius ſeruatur in iis locis, qui ſunt Pontificiæ ditionis ac iuriſdictionis.

Iudice vno abſente, vel mortuo, [illegible]

Ad l.

Ad l. Commodis. 40.

LOcus de rebus, quæ capiuntur pro executione. Quæritur de præmiis, quæ præſtantur athletis, qui victores fuerunt in ſacris certaminibus: harum coronarum mentio eſt C. de athletis. & in l. athletas. de his qui not. infa. leg. ſpem. C. quæ res pigno. oblig. Locus eſt Suetonij in Nerone: Sacras coronas in cubili circum lectos poſuit. Quæritur ergo an hæc præmia poſſint capi in executionem ſententię. Dubitatio naſcitur ex eo, quod non videntur eſſe in bonis debitoris, antequam ei præſtita ſint: ideo non poſſunt pignorari, d. l. ſpem. Tamen vtile viſum eſt ea capi propter executionem rerum iudicatarum. Idem dicitur de ſtipendiis militum. in l. ſtipendia. C. de exec. rei. iud. Sed additur exceptio, ſi non poſſit aliis rationibus executio fieri. Papinian. autem non diſtinguit, nec puto diſtinguendum eſſe. Nam alia cauſa eſt ſtipendiorum militum qui fauorabiliores ſunt athletis. Idem dicitur de præbendis clericorum. de qua recitatur vulgo conſtituto pontificia, c. peruenit, de fideiuſſor. Mirantur vulgares interpretes quod hic capiatur pecunia, cum potius nomen capi debeat. l. à diuo Pio. §. ſic quoque iudices. ſupra eo. Vulgo dicitur pecuniam hic paratam eſſe ſolutioni, &c. Quæ diſtinctio nec iure vllo, nec vlla firma ratione fulcitur. Nec vero hi non ſentiunt ſe nugari, niſi fallor: ſed ineptire malunt, quam fateri, ſe id ignorare: quaſi turpis ſit ignorantiæ confeſſio. Puto non capi nomen: quia nullum nomen eſt, nulla obligatio. Sed ſi reperiatur pecunia id deſtinata, receptum eſt vtilitatis cauſa, vt capiatur quaſi debita: non ſunt ſtipendia ſicut militum. Male & inſcite hæc confundunt Accurſ. & Accurſiani omnes.

Ad l. Neſennius. 45.

PRÆLECTIO XXXII.

LOcus de beneficio competente certis perſonis, ne conueniantur in ſolidum, &c. de quo dixi ad l. ſunt qui. Diximus hoc beneficium eſſe perſonale, & non competere neque hæredi neque fideiuſſori. l. etſi fideiuſſor. & leg. ſeq. ſupra. l. maritum. §. vlt. ſol. mat. Hic autem Paulus oſtendit perſonale eſſe beneficium, etiam ex parte eius, contra quem competit. Species de qua conſultus fuit à Neſennio Apollinari, eſt huiuſmodi: Donare volebas mihi certam pecuniam, puta centum: debebam Titio tantundem, à quo cupiebam liberari: itaque petij à te, vt patereris te delegari Titio illi creditori meo, id eſt, te reum vice mea dari, l. delegare. de nouat. Hinc oriuntur variæ quæſtiones. Vna eſt, an creditor meus poſſit te in ſolidum conuenire. Videtur non poſſe, quia non poſſem, &c. l. inter eos. leg. cum ex cauſa. ſupra eo. Donator à donatario non poteſt ſolidum exigere: ergo nec is, qui vtitur iure meo, &c. Sed Paul. reſpondet, *nulla creditorem exceptione ſummoueri.* Donatarius ipſe poſſet exceptione ſummoueri: ſed alius non poteſt, quia hoc beneficium non egreditur perſonam donatarij. Ac certum eſt creditorem hunc donatarium non eſſe. Exceptio igitur, quæ opponitur deleganti, non continuo opponitur ei cui facta eſt delegatio. l. doli. Infrà de nouat. Dixerit aliquis: Ergo liberum erit donatario beneficium hoc adimere donatori, nempe delegando, &c. Reſpondeo id non pendere ex ſola eius voluntate, ſed donatoris qui delegatur. d. l. delegare. Volenti nulla fit iniuria. Hinc exiſtit alia quæſtio: Volebas mihi donare centum, petij à te vt patereris te delegari à Titio, cui donare volebam, tametſi nihil ei deberem: An hoc ſaltem caſu donatarius Titius poſſit exceptione ſummoueri? Videtur poſſe, quia donatarius eſt, &c. Tamen Paul. generaliter ait reum damnandum eſſe in ſolidum. Si conueniatur à ſecundo donatario, damnabitur in ſolidum: non enim ei donauit, ſed primo, &c. hoc plenius declaratur in l. qui id quod. 34. § vltim. de donat. ſupra. Tertia quæſtio eſt: Quidam volebat donare mulieri, promiſit eius marito dotis nomine. Sic delegatus eſt hic donator marito, maritus petit eam dotem promiſſam. Quæritur an poſſit ſolidum exigere. Et ait Paul. poſſe, quamuis ab vxore non exigeretur ſolidum, l. ſicut autem. ſupra eo. Nam hoc beneficium non egreditur perſonam: nec poteſt dici maritus in hac ſpecie donatarius eſſe. Cauſa dotis oneroſa eſt magis quam lucratiua. l. ex promiſſione. infrà de oblig. & actio. l. pro oneribus. Co. de iur. dot. Non eſt ergo mirum, ſi is à quo exigitur dos, beneficio nō vtatur quod donatori eſt conceſſum. Hic occurrit duplex antinomia. Vna eſt ex l. ſi extraneus. ſuprà de iur. dot. vbi extraneus dotem promiſit pro muliere, & conuenitur non in ſolidum, ſed quatenus facere poteſt. Variæ ſunt ſolutiones, quas ſuperuacaneum eſſet referre. Sufficiet in medium adducere quod mihi verius videtur. Exiſtimo ſpecies diſſimiles eſſe, atque ideo ius diuerſum eſſe. In ſpecie Pauli proponitur diſerte dotem promiſſam eſſe contemplatione mulieris tantum non etiam mariti: *Pro muliere, cui donare volebat, &c.* Proinde marito nihil donatum eſſe dici poteſt. Quid ergo vetat eum exigere ſolidum à promiſſore, idque maxime, ſi conſtante matrimonio agatur? ſoluto matrimonio agitur nomine mulieris. Ergo exceptio videbatur obſtare marito, quæ obſtaret ipſi mulieri agenti. Sed tamen Paul. oſtendit, nihil referre, an conſtante, an ſoluto, &c. In ſpecie Vlpian. in l. ſi extraneus, proponitur ſimpliciter dotem promiſſam eſſe ab extraneo, non proponitur eum donare voluiſſe mulieri. Quare donatio non tantum in mulierem, ſed etiam in maritum ipſum collata eſſe intelligitur Fortaſſe hoc eſt propoſitum donatori, ne maritus indotatam mulierem habeat. arg. eſt l. Titio centum. §. Titio genero. de cond. & demonſtrat. Titio genero meo futuro centum dotis nomine do lego. Gener petere poteſt legatum, quia non tantum mulieri, ſed genero quoque conſultum videtur. Alia antinomia eſt ex leg. ſi prior. ſupra ſolut. matrim. vbi prior maritus, qui promiſit dotem poſteriori, non tenetur in ſolidum. Diuerſæ hæ quoque ſpecies ſunt in l. ſi prior. Prior maritus promiſit vt debitor mulieris. Itaque intelligitur promiſiſſe quod debebat. At non debet niſi quatenus facere poteſt effectu. l. 1. de dote prælég. In ſpecie noſtra promiſſa eſt certa quantitas dotis nomine, nec adiectum eſt quod debet promiſſor, &c. Tota igitur ſumma exigitur. Nam etſi hic dicatur promiſſam dotem ſimpliciter; tamen accipere debemus certam quantitatem, &c. Alias promiſſio inutilis eſſet, l. 1. Cod. de dot. promiſ. Id non eſt expreſſum in hac ſpecie, quia de eo non quærebatur. Accipimus promiſſam dotem ita, vt valeat promiſſio. Et ſimilia exempla occurrunt vbique legentibus, vt in l. re coniuncti. de leg. 3. Titio & Seio fundum lego: coniuncti ſunt ſi certus fundus ſit legatus. Oppon. contra hanc diſtinctionem l. etſi fideiuſſor. ſup. eo. vbi nihil refert an rei, an actionis ſit fideiuſſor. Si promittat quod debetur actione de dote; condemnatur in ſolidum. Reſpondeo, eſſe aliam cauſam fideiuſſoris, quam eius qui principaliter ſe obligat. Fideiuſſor accipi ſolet, vt magis conſulatur creditori, ſi forte reus non fuerit ſoluendo. §. vlt. Inſtit. de replicat. 4. Veriſimile eſt igitur actum eſſe, vt ſolidum ille ſoluat, niſi contrarium euidenter appareat.

Ad §. *Fundum.* Declaratio eſt eorum, quæ iam dicta ſunt de donatore. Donator conuentus rei vindicatio-

ne, non vtitur beneficio, &c. Si forte rei donatæ & traditæ poſſeſſionem nactus eſt aliquo caſu, actio in rem datur contra poſſeſſorem. l. officium. de re vindic. Non conuenitur vt donator, nec vlla fit mentio donationis in petitione, &c. Quid ſi agatur de reſtitutione non fundi, ſed fructus? Nam certum eſt fructus præſtari hac actione etiam ante litem conteſtatam. l. videamus. de vſur. Cum peto quod meum eſt. Reſtituuntur in ſolidum fructus, iuratur in litem: ſicut in aliis actionibus in rem pro æſtimatione fructuum. l. in actionibus. de in lit. iur. Et hoc certum eſt, cum fructus conſumpti non ſunt: ſi conſumpti ſunt, diſtinguendus eſt bonæ fidei poſſeſſor à malæ fidei poſſ. l. certum. C. de rei vind. l. mala fide. C. de cond. ex leg. §. ſi quis à non. de rer. diuiſ. Inſtitu. 2. Sed diſputatio de fructibus non eſt huius loci: dixi ad tit. de vſur. & nouiſſime ad tit. de leg. 3. l. cum ſeruus.

Tractatur hic quæſtio, an maritus conuentus actione in rem pro dote, vtatur hoc beneficio? Ratio exigit, vt idem dicamus de marito, quod de donatore, quia idem beneficium competit marito: quod eſt intelligendum, ſi maritus conueniatur, vt quiuis poſſeſſor, vt puta quia fundum dotalem reſtituit, deinde poſſeſſio ad eum reuerſa eſt. Sed ſi conueniatur vt maritus, aliud dicendum. Poteſt conueniri, vt maritus actione in rem. l. in rebus. C. de iur. dot. Mulier agit tanquam vxor, & dicit ſe vxorem fuiſſe, & rem dotalem eſſe, &c.

Ad §. *In ſolidum.* Hæc exceptio opponitur poſt condemnationem in executione, &c. Interpretatio huius loci petenda eſt ex commentariis noſtris, ad l. ex diuerſo. §. vlt. ſupra ſolut. matrim.

Ad l. Paulus reſpondit. 42.

PRÆLECTIO XXXIII.

Iudex non poteſt ſententiam mutare.

LOcus de ratione ferendæ ſententiæ. Non poteſt iudex, quem forte pœnitet errati ſui, mutare, aut corrigere ſententiam. l. quod iuſſit. ſupra. Poteſt tamen ſupplere quæ deſunt, ſi conſequentia ſint, modo id in eodem die faciat. Exemplum eſt in fructibus, vſuris, & aliis huiuſmodi acceſſionibus. Mutare tamen aut reſcindere nihil poteſt, ne in acceſſoriis quidem. Quod ergo dicitur officium iudicis ceſſare & expirare poſtquam tulit ſententiam, l. 4. Cod. depoſ. eſt intelligendum cum hac exceptione, niſi eodem die ſuppleatur, &c. Sic etiam eſt accipienda l. terminato. C. de fructibus. Sed receptum eſt, vt iudex, qui condemnauit ad expenſas, poſtea quandocunque poſſit eas taxare: nec id contrarium legi noſtræ. An idem dicendum ſit de iudice dato quæritur. Nam Paulus hic loquitur de prætore. Dicemus alibi ad l. iudex. infra.

Ad l. Paulus. 34.

Sententia in plures an ſit in ſolidum.

LOcus de effectu rei iudicatæ. Actio iudicati datur aduerſus reum iudicatum, vel ad reos, &c. ſi forte plures ſint. An in ſolidum, an pro virili parte? Paul. ait teneri non in ſolidum, ſed pro parte virili. Idem in l. 1. Cod. ſi plur. vna ſenten. cond. Ideo iudicis eſt addere, vt in ſolidum, &c. Idem dicitur in l. ſi qui ſeparatim. §. quoties. infra de appell. Hoc eſt accipiendum, etiamſi alias plures rei tenebantur in ſolidum, l. 2. C. ſi plur. vn. ſentent. Iudex ita pronuntiauit per imperitiam, aut malitiam Similis locus eſt in l. ſi mandato Titij. §. 3. ſupra manda. Vnus ex mandatoribus in ſolidum eligi poteſt. Poſt condemnationem autem in duorum perſonam collatam, neceſſario ex cauſa iudicati ſinguloa pro parte dimidia conueniri, ratio hæc eſt: quia in dubio humanius eſt interpretari, vt non in ſolidum teneantur plures rei, &c. l. reos. §. cum in tabulis. infra de duobus reis. Idem in ſtipulatione locum habet: ergo idem & in ſententia intra tempus legitimum. Poſt tempus vero elapſum quod appellationi præſtitutum eſt, ſtandum eſt rei iudicatæ, & ſententiæ, quæ nullam aliam interpretationem recipit. Dixerit aliquis, Ergo res iudicata prodeſt ei, contra quem iudicatum eſt; quod eſt iniquum, l. euidenter. infra de except. rei iudic. quia ante condemnationem tenebatur in ſolidum, nunc tenetur pro parte virili. Reſpondeo, hic non omnino iudicatum eſſe contra reum: nam ex parte abſoluitur quodammodo, ſcilicet à ſolidi exactione. Res iudicata non prodeſt iudicato quatenus condemnatus eſt: ſed hic tacita quædam eſt abſolutio, quoad ſolidi exactionem attinet. Rurſus obiicitur vulgare illud, Sententia debet eſſe conformis libello. l. vlt. fundus. ſupra com. diuid. l. vlt. Cod. de fideicommiſ. liber. Reſpondeo, theſem illam generalem mihi videri ineptè admodum colligi ex illis locis: quo in genere ſæpe errari ſolet à noſtris. Verum eſt iudicem non poſſe de eo pronunciare, quod non eſt deductum in iudicium. d. l. vlt. fundus. Verum eſt iudicem, cum petitur ſeruus legatus, non debere condemnare ad æſtimationem, d. l. vlt. Co. de fideicom. libert. ſed inde nihil effici poteſt, quod ſit contrarium noſtræ ſententiæ. Non enim hic dicimus recte iudicare iudicem, qui ita pronunciet. Male iudicat, qui pronuntiat ſimpliciter, cum debeat condemnare in ſolidum, vt petitum eſt. Sed quæritur de interpretatione ſententiæ, quæ auctoritatem habet rei iudicatæ, à qua appellatum non eſt, nec appellari poteſt. At enim debet intelligi ſecundum petitionem, &c. Huius rei probationem requiro: non enim id poteſt colligi ex legibus iam adductis. Colligitur tantum ex regula illa, quam nos vt ineptam, & commentitiam repudiamus. Et ſane durum eſſet, ac periculoſam hanc interpretationem ſententiæ admittere in executione: quia incertum eſt quid iudicem mouerit. Hoc eſſet iterum cognoſcere de iudicato, contra l. ſi prætor. de iud. Rurſus opponitur l. miles. §. decem. ſupr. eo. Hæc verba ſententiæ, *Decem, aut noxa dedere*, intelliguntur ſecundum naturam obligationis, de qua iudicatum fuit. Sed caſus diſſimiles ſunt, ac in vtroque caſu benigna admittitur interpretatio pro reo: iuxta l. fauorabiliores. de reg. iur. In ſpecie §. decem. ſic interpretamur, vt reo beneficium legis ſaluum maneat, quia verba hanc interpretationem admittunt. In hac ſpecie interpretatio etiam ſit pro reo, vt potius pro virili, quam in ſolidum damnatus intelligatur. Humanius id eſt, nec eſt aliena à verbis hæc interpretatio. Si ergo poneremus è contrario plures eſſe condemnatos in ſolidum, fortaſſis non male diceretur poſſe nihilominus opponi exceptionem diuiſoriam, vt Bart. hic ait, nam fauorabilis eſt hæc interpretatio pro reo. Sed hoc tractabitur alio loco. Solent addi quædam exceptiones, de quibus dicam breuiter & ſummatim. Excipitur in primis caſus, cum plures ſunt condemnati, vt vniuerſi, non vt ſinguli. Non enim tunc facta diuiſio intelligitur, niſi aliud expreſſum ſit. Conueniuntur ciues, doctores & conſtituentes corpus, collegium, vniuerſitatem. Actio iudicati non datur in ſingulos, l. 4. §. actor. ſup. eo. l. in tantum. §. vniuerſitatis. ſup. de rer. diuiſ. Interpretatione iuris intelligitur vna quodammodo perſona condemnata eſſe, non plures, l. mortuo. inf. de fideiuſ. Alia exceptio eſt cũ plures condẽnantur ex maleficio. Citatur l. 1. C. de cõd. furt. ex qua lege id non recte colligitur. Oſtẽdit Diocletianus rationẽ ferendæ ſententiæ: nos autem hic aliud quærimus, &c. Sed de maleficiis opportunius dicemus alibi. Certior eſt alia exceptio, ſi de re indiuidua agatur: nõ interpretabimur iudicẽ diuidere voluiſſe quod diuidi nõ poteſt, l. ea quæ in partes. de reg. iur. Exemplum eſt in l. qui in aliena. §. vlt. de neg. geſt. Aliud in l. rẽ hæreditariam, de euict.

Sententia debet eſſe conformis libello.

Condemnati plures quomodo conueniantur.

Ad l.

Digitized by Google

Ad l. Ex contractu 44.

LOcus de actione iudicati. Datur contra iudicatum, vel eum, qui in eius locum ſucceſſit. Id demonſtratur hac ſpecie. Non obſtat l. ſæpe. infra, quia videtur eadem eſſe perſona propter ſucceſſionem, &c. Hinc igitur colligendum eſt, geſta cum minore hærede rata manere, licet in integrum reſtituatur propter vtilitatem: intellige tamen ea tantum rata manere, quę bona fide geſta ſunt. l. quoties. 44. de acquiren. hæred. l. tutores. de condict. indeb. l. pupillus. quæ in fraud. cred. ſit. Nota reſtituto minore aduerſus aditionem, locum eſſe ſubſtitutioni: quamuis alias ſubſtitutio vulgaris expiret adita hæreditate. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut. Nam perinde eſt, ac ſi adita non fuiſſet propter reſtitutionem. Hæc opinio vulgo recepta eſt: quæ mihi non vſquequaque probatur. Quia minor non deſinit hæres eſſe impetrata reſtitutione, l. ait prætor. §. ſed quod. de muneribus. Benigne tamen dicitur locum eſſe ſubſtituto, ſi hæreditas non ſit ſoluendo, ex ſententia Vlpian. in d. §. ſed quod. Nec contrarium eſt hoc reſponſum Pauli: hic nō exprimitur ex qua cauſa peruenerint bona ad ſubſtitutum. Fortaſſis hæreditas non erat ſoluendo. Alias non eſt credibile, tutores abſtinuiſſe pupillam. Ideo autem id non eſt aliter expreſſum, quia non quærebatur, an bona peruenire poſſent ad ſubſtitutum. Quæſtio erat de executione ſententiæ: Quo caſu bona peruenerunt, &c. Hæc diligenter animaduertenda ſunt in reſponſis. Similis quæſtio eſt de iure accreſcendi: quia pars ſemel acquiſita vel nunquam accreſcit alteri. l. 1. §. interdum. de vſufruct. accreſc. Sed reſtitutio omnia reponit in priſtinum ſtatum. Scripſi lib. 1. de iur. accreſc. c. vlt.

Pars acquiſita non accreſcit alteri.

PRÆLECTIO XXXIV.

DIxi reſtituto minore admitti ſubſtitutum, vel cohæredem, &c. Quæritur apud Accurſium, Si non habeat ſubſtitutum, vel cohæredem, ad quem perueniēt bona, an ad cognatos, an ad fiſcū? Quidam putant fiſco deferri, arg. l. vlt. de ſucceſ. edict. Reſtituto priore cognato, qui bonorum poſſ. acceperat, non admittitur inferioris gradus cognatus: ſed fiſco bona vacantia deferuntur. Puto fiſcum admitti in ea ſpecie, de qua Papinia. reſpondit: nec temere id producendum ad conſequentiam, cum ſit ius ſingulare. l. quod vero. ſup. de legibus. Proponitur bono. poſſeſſionem fuiſſe delatam vni ex cognatis defuncti, qui erat prioris gradus, idque contra ius ciuile, &c. deinde eum abſtinuiſſe impetrata reſtitutione: an ſequens cognatus admitti debeat? Ait Papinian. non admitti, ſed fiſcum potius. Exiſtimauit Papin. in ea ſpecie ſucceſſionem non admitti de gradu in gradum, ſed tantum de capite in caput. Primum, quia hi cognati admittuntur contra ius ciuile ad hæreditatem: ideo boni conſulere debent hoc ſuccedendi genus. Magnum eſt eos admittere ad ſucceſſionem contra ius ciuile: maius permittere ſucceſſionem inter eos de gradu in gradum. Ea ſucceſſione inter agnatos quidem permittebatur iure veteri. §. placebat. Inſtitutio. de legitim. agnator. ſucceſſion. Non obſtat quod prior abſtinuit, impetrata reſtitutione: ideo perinde eſt, ac ſi ſtatim delata fuiſſet ſecundo. Nam benignior hæc eſt interpretatio, & latior: quia in ea ſpecie non admittitur propter rationes quas adduxi: ſtrictior ſit interpretatio, vt ſimulátque petierit prior, ſequens excludatur. An excludatur ſequens ordo? Puto non excludi: quia hoc ius ſingulare non extenditur. In hac ſpecie Papin. non erat quæſtio de viro, & vxore fortaſſis. Eſt ea lib. 6. reſpōſorum. Qui hoc non animaduertunt, ij in grauiſſimos incidunt errores. Sed iam forte plus ſatis de hac re. Ait igitur Scæuola, *Niſi culpa, &c.* In horum verborum interpretatione diſſentiunt interpretes. Puto ſic commode accipi poſſe, quaſi velit Scæuola, ita demum dari actionem iudicati contra ſubſtitutum, &c. ſi iuſta fuerit defenſio, &c. Nam alias ſententia eſt nulla, vt ne contra pupillum poſſit agi actione iudicati. l. cum & minores. C. ſi aduerſ. rem iudic. ſiue defenſus non ſit omnino, ſiue iuſta non fuerit defenſio.

Ad l. Acta. 45.

VAria eſt interpretatio huius capitis, quod ſubobſcurum videtur. Puto id maxime pertinere ad declarationem eorum, quæ dicta ſunt ad l. quod iuſſit. ſupra, vbi dicitur iuſſum vel interlocutionem poſſe mutari, ſententiam non poſſe mutari: veluti iuſſit iudex adeſſe calendis, non idibus. Inde quæritur, an iudex poſſit iubere acta circumduci, id eſt, deleri, *Rayer.* Quaſi nihil referat, an ipſe verbo declaret ſe reuocare, quod prius fecerat: an vero id incidat, deleat, circumducat. Cum ſimpliciter pronunciat, vtrunque reperitur in actis, & quod iuſſit, & quod vetuit. Sed poſterius præceptum præualet. d. l. qualem. ſupra de recept. Hic autem acta continentia prius præceptum, quod reuocatum eſt, inciduntur, circumducuntur. Ait Paul. acta hæc circumduci poſſe permiſſu iudicis, ſi partes conſentiant, modo id fiat eodem die. Hæc cautio neceſſaria eſt, quia maius periculum eſt in hac circumductione, quam in ſimplici reuocatione, quæ verbo fieri ſolet. Si verò contineatur actis ſententia, qualis finita eſt, non licet ea acta circumducere: Nam ne mutare quidem ac reuocare poſſet. d. l. quod iuſſit. Nec quicquam refert, quod conſenſus forte partium interuenit. l. 1. §. inde quæritur, de oper. no. nunciation. quia mali exempli res eſt, monumenta rerum iudicatarum incidere ac perdere, & ad rem publicam pertinet.

Ad §. *De ampliando.* Dixi iam ſæpe ſententiam reuocari non poſſe, &c. Quid ſi damnatus ſit iudicio criminali, & poſt ſententiam appareat iuſta cauſa minuendæ, vel augendæ pœnæ? Quæſtionem facit, quia non omnino reſcinditur res iudicata, non abſoluitur condemnatus, nec abſolutus condemnatur. Et ait Paul. de hoc quidem licere ſine principis auctoritate. Conſulendus eſt princeps, ſicut dicitur in *l. 1. §. vlt.* de quæſt. Quædam igitur hic colligenda ſunt. Primum eſt, quod iudex poſt ſententiam non poteſt pœnam augere, vel minuere. Poteſt tamen mulctam remittere propter inopiam. l. illicitas. §. præſes. ſup. de offic præſid. l. eos, ad fin. Cod. de mo. mulctan. Mulcta differt à pœna, l. aliud eſt fraus. l. ſi qua pœna. de verb. ſignifi. Mulcta eſt pœna pecuniaria, qua magiſtratus contumaces & inobedientes coercent. l. 2. ſupra ſi quis in ius vocat. non ierit. cum ſimil. Quod autem alibi dicitur, pœnam grauiorem imponi poſſe, id eſt accipiendum, ante quam lata ſit ſententia. l. quod ergo. §. pœna grauior. de his qui not. infam. & l. ſi ſeuerior. C. ex quib. cauſ. irrog. Ex cauſa poteſt iudex pœnam à lege ſtatutam augere, vel minuere, poſt ſententiam non poteſt. Ac ita puto accipiendum in l. non poteſt. 64. de furt. quæ eſt coniungenda cum l. Diuus. de iniur. vt ex inſcriptionibus cognoſcitur. Secundo hinc colligitur, principis auctoritate pœnam minui vel augeri, &c. Nec dubiū eſt, quin parendum ſit reſcripto, quo princeps pœnam minuit, vel etiam remittit, atq; indulget. l. reſcripta. C. de precib. imper. offer. quamuis alias reſcriptis cōtra ius obtentis iudices parere non debeāt. Nihil eſt magis vſuatum quā hæc indulgentia & reſtitutio: de qua vidēdus eſt tit. de ſenten. paſ. & reſtitu. in Pandect. & C. Vſitata eſt etiam reſtitutio famæ, quæ ſoli principi competere dicitur, aut ſenatui. leg. 1. ad fin. de poſtul. Ampliatio

Mulcta remittitur propter inopiā: differt a pœna: & eſt pecuniaria.

pœnæ eſt rarior & odioſior, nec facile debet iudex parere tali reſcripto principis. argum. d. l. reſcripta. Duo exempla vidimus illuſtria huius pœnæ auctæ poſt ſententiam noſtro tempore, condemnatis duobus reis, quorum alter Cancellarius erat, alter magiſter libellorum principis. Quod ægre tulerunt iudices adeo, vt neceſſe fuerit eos tandem vi cogere ad parendum auctoritati principis.

Ad §. *Contra indefenſos.* Locus de ratione ferendæ ſententiæ. Et notandum eſt hanc ſententiam nullam eſſe. l. contra pupillum. 54. infra eod. Idem dicitur in l. cum & minores. C. ſi aduerſ. rem iud. Nihil autem refert, an minor curatorem habeat, vt hic Paulus oſtendit. Opponitur l. ſi curatorem habens. C. de in integ. reſtit. vbi valet contractus cum minore, qui curatorem non habet. Reſpondeo, aliam eſſe cauſam iudiciorum, quam contractuum. Sententia lata contra ſolitum ordinem, eſt nulla. l. prolatam. Cod. de ſenten. & interloc. At hoc eſt neceſſarium in ordine iudiciario, vt adſit curator. C. qui legit. perſ. ſtan. in iud. hab.

Ad l. Actorum. 46.

INterpretatio eſt eorum, quæ alibi dicuntur de ſententiis non reſcindendis, nec mutandis, l. quod iuſſit. l. Paulus. ſupra. l. iudex. infra eod. Ait Iureconſultus non eſſe ita reſecandum ad viuum, vt non permittatur emendatio verborum: ſi quid forte ineptum, barbarum, ſolœcon reperiatur, modo tantum verba mutentur, non res, &c. Id accidebat frequenter ſuperioribus annis in parlamento Pariſienſi, & aliis, cum ſententiæ præſcriberentur Latino ſermone, non vt nunc, Gallico. Huius genus eſt illud. *Curia debotauit, & debotat*, Præſtat emendatè loqui: ne quis putet curiam damnato ocreas detraxiſſe pedibus. Hæc emendatio verborum permiſſa eſt in ſententia: quod & ad contractus, & teſtamenta producendum eſt. Exemplum in l. contractus. C. de fide inſtru. Quid ſi neq; inepta ſint, neque barbara, aut inemendata, ſed tamen obſcura ſit ſententia, & mens proferentis: an liceat interpretationem addere? Vix eſt, vt hoc admitti debeat, ne hoc prætextu facile reſcindatur iudicatum. Fateor tamen, cum in executione ſententiæ oritur talis controuerſia, magiſtratus eſſe interpretari, qui exequitur ſententiam, l. ab executione. infr. de appell. Hac interpretatione non mutatur ſententia iam lata, nec vllum ei verbum additur. Falluntur ergo, qui colligunt ex ea lege, poſſe iudicem aliquid inſerere ſententiæ, declarandæ obſcuritatis & incertitudinis cauſa. Sed de hac emendatione fuſius diſputaturi ſumus in comment. ad legem, edicta. C. de edendo.

Sententiam poteſt executor interpretari.

Ad l. De vnoquoque. 47.

PRÆLECTIO XXXV.

LOcus de ratione ferendæ ſententiæ. Sententia debet ferri præſentibus iis, quos cauſa contingit: Sententia lata aduerſus abſentem non valet. Sententia lata contra præſentem non nocet alij, qui abſens fuit. Sed locum habet non tantum in ſententiis, ſed etiam in aliis quibuſcunque actibus, l. nam ita diuus. ſupra de adoptionibus. Hoc adeo vulgare eſt, vt Bart. dicat omnes, qui forum attigerunt, hoc noſſe: ſed & alij quoque communi ſenſu præditi illud norunt, quod natura id homines doceat. Vnde Seneca in Medea:

Qui ſtatuit aliquid parte inaudita altera,
Æquum licet ſtatuerit, haud æquus fuit.

Phocylides:

Μήτε δίκην δικάσῃς, πρὶν ἀμφοῖν μῦθον ἀκούσῃς.

Quem verſum refert Plato in Demodoco. Similis eſt ſententia Euripidis in Heraclid. Reperiuntur & Menandri, & aliorum veterum verſus, vt mirum non ſit quod Bart. ait etiam iuris imperitis hoc notum eſſe. Numeratur inter κοινὰς ἐννοίας: quas pro legibus accipere debemus: etiamſi de iis nulla lex ſcripta eſſet. Ac ne quis hoc putet parui momenti in republica eſſe, Athenis iurabant iudices ſe partem vtranque ex æquo audituros. Dubitabatur de principe, an principi liceat altera parte non vocata, condemnare. Variæ ſunt opiniones. puto ne principi quidem licere hoc ius quod gentium omnium, & naturale, violare. Citantur conſtitutiones pontificiæ. cap. 1. de cauſ. poſſeſſ. *Georgius.* Nec nos contra inauditam partem aliquid poſſumus diffinire. Et vulgo nota eſt conſtitutio Clementis ſup. de Henrico ſeptimo imperatore, & Roberto rege Siciliæ. Pronuntiat nullum, & irritum quod iudicatum eſt ab imperatore, quod Robertus non rite vocatus fuerit. Principis eſt igitur ſequi exemplum Aleſandri illius magni, qui altera aure occluſa audiebat accuſatorem: eamque dicebat ſe abſenti ſaluam & integram ſeruare. Quare non eſt parendum reſcripto principis, qui mandat abſentem deiici de poſſeſſione ſua. l. vlti. C. ſi per vim. Idem ſi princeps natalibus reſtituat libertum, abſente & non conſentiente patrono. l. vlt. de natal. reſtit. Notum eſt autem ex his verbis ſufficere præſentiam ſine vocatione. Quo enim vocatur reus niſi vt adſit? Hanc ſententiam puto veriorem & æquiorem eſſe, licet aliqui diſſentiant. facit l. etiam ſi patre. §. vlt. ſupra de minor. Nemine de creditoribus præſente, vel ad agendum euocato. Ergo alterum ſufficit. Poteſt tamen reus, ſi paratus, & inſtructus ad iudicium non venerit, petere dilationem vſitatam ad deliberandum. in authen. de exhib. & introd. reis. §. ſancimus. Dicet ſe non veniſſe in iudicium vocatum, vt illi petitioni reſponderet, &c. Hinc etiam annotari ſolet, iudicem in cauſa communi poſſe quoſdam condemnare, dilata condemnatione aliorum: quia videlicet alij præſentes, alij abſentes ſunt. l. non idcirco. ſupra de iudic. Excipitur iudicium diuiſorium. l. in hoc iudicio. ſup. famil. ercisc. aliàs adiudicationes non poſſunt fieri. Plura dicemus de hac re ad l. ſæpe. infra.

Ad §. *Qui ad fiſcum.* Excipit caſum, in quo ſententia fertur in abſentem: ſi conuentus non adſit: facit l. contumacia infrà. Quomodo autem feratur ſententia in abſentem, docet Iuſtin. in l. properandum. C. de iudic.

Ad l. Decreta. 48.

LOcus de ratione ferendæ ſententiæ. An Latine decerni, an pronuntiari debeat decretum: dicitur quod pronunciat prætor, ſiue iudicando, ſiue non iudicando: vt ſæpe alias docui. Ideo vult Latine pronunciandum eſſe, quia Latinus ſermo erat vulgaris Romę, & imperitæ multitudini etiam communis. Hinc igitur colligimus ſententias proferendas eſſe vulgari lingua cuiuſque loci. Permiſſum eſt tamen proferre etiã Græca lingua. l. iudices. C. de ſent. Hoc poſtquam imperium tranſlatum eſt Byzantium. Scripſi de hac re ad l. 1. §. vlt. de verb. oblig.

Sententia quibus verbis.

Ad l. Et exheredatum. 49.

LOcus iam ſæpe tractatus de iis, qui condemnãtur non in ſolidum, ſed quatenus, &c. Extat edictum prætoris de hac re, l. 2. ſup. quod cum eo. Emancipatus, exhæredatus, abſtinẽs. Datur actio reſciſſoria aduerſus emãcipatũ, repugnãte ſubtilitate iuris, l. 2. de c. minut. ſed datur cũ hac moderatione, *Eatenus qua facere poteſt.* Idem in eo, qui non eſt hæres patri, &c. æquiſſimum hoc viſum eſt. Acquiſiit ex eo contractu, cùm eſſet in pote-

in poteſtate, l.1. ſi à parent. quis man. Nunc factos ſui iuris, nihil capit ex bonis patris. Durum eſſet teneri in ſolidum. An deducto ære alieno? Ait Paulus, &c. Contraria tamen videtur eſſe l.3 ſupra quod cum eo Sed ea declarat potios quod hic dicitur: addit ſcilicet exceptione. Non deducitur quo debetur aliis creditoribus, niſi poſtea contraxerint, quàm is factus eſt ſui iuris. Primi creditores hanc deductionem boni conſulere debent: quia admittuntur contra ius, vt iam dixi. Secundo autem iudicio admittuntur mero iure ad agendum.

Ad l. Nec ex liberalitate. 50.

VErba Tryphon. manca ſunt: apud quem tamen plena fuit hac de re diſputatio. Et pars quædam eſt in l. ſi filiofam. 53 ſolu. matr. Eadem inſcriptio eſt.

Ad l. Si quis dolo. 51.

QVod dictum eſt teneri non in ſolidum, ſed quatenus, &c. ſic accipiẽdum, niſi dolo fecerit, quominus ſoluendo eſſet. Curauit bona ſua vendi ex induſtria, quo minus reperiretur in bonis ſuis poſt condemnationem. Punitur ob dolum ſuum, ſicut in l. ſed hoc ita. § quod ait. ſupra eo. Dolum accipimus adhibitum, non propter quemlibet creditorem, qui nunc agit iudicati, arg. l. eriſm. § 1 ſol. matr.

Ad §. *Si quis creditarem.* Varia eſt interpretatio. Dicam quod mihi videtur magis conuenire verbis, & rationi iuris. Creditor iuſſus eſt, &c. tit. quib ex cauſ. in poſ. eat. non eſt admiſſus à debitore. Ob hanc contumaciam vendita ſunt bona. tit. de bon. auth. iud. petiit creditor quod ſua interera ſe admiſſum non eſſe: idque præſtitum eſt, & ex bonis venditis. Pergit creditor experiri, & petere ſummam prius petitam. Cauſa dubitationis, qui conſecutus eſt eam pecuniam ex cauſa debiti, &c. Sed propter dolum debitoris, qui non admiſit. Solutum hoc eſt creditori in pœnam contumaciæ debitoris. facit l. id quod pœna. 74. de ſol. Id quod pœnæ nomine à debitore exactum eſt, lucro debet cedere creditoris. Paulus tamẽ ait improbũ eum eſſe, qui vult iterũ cõſequi quod iam accepit. Oſtendit ſecundum ſubtilitatem eum petere poſſe: ſed æquum id nõ eſſe, quaſi odio digna ſit hæc πλεονεξία, & improbitas. facit l. bona fides. de reg. iuris. Non eſt autem hic mera pœna, quia ſolutum eſt quod intereſt creditoris. Oppon. l. etiam. §. pen. de petit. hæred. Sed hic petitur idem, ibi aliud petitur: repetitur hic ab vno, ibi à diuerſis. Opponitur l.3. §. condemnatio. de tab. exhib.

Ad l. Si rerum. 52.

PRÆLECTIO XXXVI.

QVæſtio hic tractatur pendens ex iis, quæ dicta ſunt ad l. qui ſupra. & ad l. ſeq. Dictũ fuit, ſi maritus ab vxore conueniatur, aut contra, damnari nõ in ſolidum, ſed quatenus facere poteſt. Inde quæritur, quid ſi alter coniugum aduerſus alterum agat rerum amotarum, ob res amotas cauſa diuortij? Prodita eſt hæc actio loco actionis furti, duplici ratione: Vna, quia ſocietas vitæ quodammodo eam dominam facit, l.1. de act. rer. amot. Secunda, quia in honorẽ matrimonij turpis actio dari nõ debet. in l.2. eo. tit. Pone igitur mulierẽ agere cũ viro rerũ amotarum, an debeat maritus damnari in ſolidũ? Tryphon. ait in ſolidũ damnari. quoniam ex malo contractu & delicto oritur. Nõ vtitur hoc beneficio iuris, qui cõuenitur ex maleficio. l. ſed hoc ita. ſupra eod. l. 43. quod cum eo. Et nota contractum hic accipi late pro delicto: ſicut apud Ariſtot. συνάλλαγμα li. 5. Et hic. Scripſi ad l. iuriſgent. de pact. Veteres, Labeo & Ariſto contractum, ſiue ſynallagma accipiunt pro mutua, & reciproca conuentione, &c. l. iuriſgent. in prin. l. Labeo. de verb. ſignifi. horum ſententia refertur ad Vlpi. qui non exprimit quid de ea re ſentiat. Poſteriores iureconſulti latius acceperunt contractum, cum obligatio contracta eſt, licet non mutua nec reciproca. Et in ſtipulatione. l. non ſolum. de oblig. & act. §. vltim. Inſtitut. de oblig. vbi Theoph. Eſt & alia latior ſignificatio pro obligatione, quæ non naſcitur ex conuentione. l. ſed cum aliquis ſupra de negot geſt. Delictum quoque appellatur hic contractus κατακεχρημένον. Et eſt rara hæc locutio, quæ videtur ſumpta ea Ariſtotele. Dixerit aliquis, hæc actio datur ob præcedentem ſocietatem vitę. d. l.1. rer. amot. nec datur actio furti, quaſi furtum non ſit. Ergo & hic haberi non debet pro furto. Reſpondet Tryphon. huic obiectioni. Quamquam videatur, &c. Reuera oritur hęc actio ex furto: ſed propter honorẽ matrimonij conſtitutum eſt, vt temperetur actio verbis, vt fiat mentio non furti, ſed amotionis. Sic in ea actione, quæ datur filio aduerſus patrem. l. non debet. ſupra de dol. l. honori. ſupra de obſeq. Et eſt notandus locus de ſocietate vitæ, quæ eſt inter coniuges. Similis locus in l.1. ſupra de ritu nupt. Nuptię ſunt coniunctio maris & fœminę, conſortium omnis vitę diuini & humani iuris communicatio. Similis locus in l. aduerſus. Cod. de crim. expil. hæred. Socia rei diuinæ *Coniugum ſocietas diuerſis moribus Gallic. & iure Romano.* atque humanæ domus. Similis locus in d. l.1. de act. rer. amot. Societas vitæ quodammodo eam dominam facit. Ego tamen alias admonui non eſſe veram illam ſocietatem, propter quam datur actio pro ſocio. tit. pro ſoc. ſupra. & conſuetudinem Galliæ contrariam eſſe iuri Roma. quia mobilia communicantur, & con quæſtus, &c. Scripſi de hac re ſub tit. de nupt. Oſtendi non leuibus argumentis non eſſe talem ſocietatem inter coniuges, qualis eſt recepta moribus noſtris.

Ad l. Contumacia. 53.

LOcus de contumacia, maxime pertinens ad hunc titulum. Sæpe enim quæritur, quomodo ſint coercendi contumaces, & qui non parent præcepto iudicis. Ait Hermog. *Contumacia, &c.* Quod ſane durum & graue eſſe videtur, vt qui non fuit ad iudicium vocatus, cauſa cadat, cauſam amittat. Quare varia eſt excogitata interpretatio, vt in re obſcura. Quidam dicunt damno litis affici, quia mittitur aduerſarius in poſſeſſionem, deinde poſſidere iubere decreto prætoris. tit. quib. ex cauſ. in poſſeſ. eat. Alij quia non auditur appellans. l. & poſt edictum. §. vlt. ſupra, de iud. Ego aliquando docui hæc verba referenda eſſe ad edictum, de eo, qui ius dicẽti non obtemperat. Quo edicto, non obtemperans damno litis afficitur. ſi quis ius dicenti non obtẽper. Si adeo perſeuerauerit in cõtumacia ſua vt quod extremum eſt in iuriſd. non fecerit, datur aduerſus eum actio in factum: in qua quæritur non quid debeatur, ſed quid petitum ſit, de quo ſit controuerſia. Pœna igitur edicti eſt perditio litis, &c. Si actor contumax ſit denegatur ei iuriſdictio, l. ſed etſi per prætorem. §. ſed etſi decreto. ex quibus cauſ. maio. quia pœna contempta maieſtas prætoris vindicatur. Non enim ad quemcunque iudicem pertinet edictum. Ius dicens dicitur prætor. l.1. de iuriſd. l. ſi filius qui patri. de vulg. l.1. de iure delib. Credibile eſt autẽ Hermog. hęc ſcripſiſſe ad interpretationẽ eius edicti. Inſcriptio lib. 1. epitom Hermog. veterum ſcripta ad edictum redegit in epitomen: in eáque epitome ſecutus eſt ordinem perpetui edicti. l.2. de ſtatu hom. Scripſi de hac re lib.1. Diſputat. cap. 50. Aliorum interpretationes, *Contumaces quomodo coercendi & qui ſint.*

etſi rationem aliquam habeant, tamen longius racedunt à proprieiate verborum. facit l. in ambigua. de legib. Variia ex cauſis contumax quis dicitur. Quia nõ comparet in iudicio, vt in §. ſaq. quia non reſpondet interroganti, l. de ætate. §. qui tacuit. de interrog. act. Quia non raſtituit, &c. l. tutor. de in lit. iur. l. qui reſtituere. de rei vind. l. ſi cum dos. §. vltim. & l. ſeq. de act. rer. amot. quia non exhibet. l. creditor. §. iuſſus. infra de appel. In hac varietate & ambiguitata accipienda eſt interpretatio, quę vitio caret. quę conuenit verbis, nec abhorret à rationa iuris, vt dixi: idque multo magis eſt admittendum, quia Hermogenia. non loquitur ſimpliciter da contumacia, ſed addit, *Eius, qui ius dicenti non obtemperat*, vt intelligamus referri ad edictum illud prætoris. In quo edicto hoc verbum, *Non obtemperare ius dicenti*, peculiarem quãdam habet ſignificationem. Qui quod extremum aſt in iuriſdictione, &c. Hæc ſunt coniecturæ noſtræ, quæ ſatis videntur habere ponderis ad tollendam ambiguitatem, ſi qua forte hic reperiatur. Vulgo hic annotari ſolet, contumaciam eſſe delictum, quia punitur: ſed hoc ſatis inepte annotatum eſt. Non loquitur Hermog de quauis contumacia, ſed, &c. Cõtumacia ea aduerſus magiſtratũ, de qoa iam dictum eſt. Atrocior redditur cõtumacia ob perſonam cui non obtemperatur. Sic cõtumacia aduerſus ducem in bello capite plectitur. l. omne delictũ. §. cõtumacia. de re milit. Nihil eſt tam neceſſarium in bello, quàm obedientia militum, nihil pernicioſius quàm contumacia, &c.

Ad §. *Contumax.* Hermog. hic videtur interpretari quod dicitur contumacem damnãdum eſſe, quaſi præſentem, l. de vnoquoque. §. 1. ſupra eod. docet quis ſit contumax. Ait contumacem eſſe eum, *qui tribus edictis propoſitis, vel vno ex tribus, &c.* Mos hic fuit priſcus vocandi per edicta publice propoſita, l. 1. §. item cum ex edicto. infra quæ ſent. ſine appel. l. conſentaneum. C. quomodo & quan. auth. de litig. §. omnem. Hodie nõ vtimur hoc genere vocationis, niſi ex magna cauſa, & ex permiſſu principis. clem. 1. de iud. Nota ergo tribus edictis opus eſſe, vel tribus denunciationibus, vt ſententia feratur in aliquem. l. ad peremptorium. ſupra de iud. d. l. conſentaneum. l. tres denunciationes. cod. tit. Differunt edicta à denunciationibus. l. abſentem. de pœnis. in l. nonnunquã. de iud. d. l. conſentaneum. Quidam dicũt ſufficere vnam monitionem iudicis in iudicio factam. l. 2 C. quomodo & quando iud. ſed id non recte colligunt. Vult Gordianus non eſſe neceſſarium peremptoriom edictum: ſufficere moniſſi reum, &c. ſcilicet tribus monitionibus, l. tres denunciat. C. eod. Hermog. noſter hic ſatis oſtendit alterum horum ſufficere. Hodie in Gallia ſufficit duplex vocatio, & denuntiatio legibus Regiis.

Ad §. Pœnam.

PRÆLECTIO XXXVII.

Dixi contumacem eſſe, &c. Nulla eſt ergo contumacia ſine contemptu. Inde conſequitur contumacem habendum non eſſe eum, qui adeſſe nõ poteſt propter aduerſam valetudinem: quod à nobis declarabitur plenius ad l. quæſitum. infra. Idem dicendum eſt, etſi quis maiore aliqua cauſa occupatus ſit. Idem dicitur in l. ſeq.

Ad §. Contumaces. Aliud exemplum iuſtæ excuſationis, ſi quis non ſit alienæ ſubiectus iuriſdictioni eius, cui non vult obſequi. Hic occurrit antinomia ex l. ſi quis ex aliena. de iudi. l. 2. ſi quis in ius voca. non ier. Receptum eſt tunc venire nõ debere, cum certum eſt, & vulgo omnibus notum, eum qui vocatur, alienæ iuriſdictionis eſſe: Hæc diſtinctio ſpeciem aliquam veritatis & rationis habet. Sed verbis non conuenit autorum, quod maxime neceſſarium eſt in iuris ciuilis interpretatione. Ego aliter conciliare ſoleo, quaſi diuerſa hæc ſint, magis quàm pugnantia. Venire debet in ius, & allegare ſe alterius eſſe iuriſdictionis. Id cum fecerit, & prætor aliquid decreuerit, impune ei non obtẽperabit. facit l. vlt. ſupra de iuriſd. Quæ videtur referẽda ad edictum de eo, qui ius dicenti non obtemperat: vt apparet ex inſcriptione. Venire ergo debet, vt cognoſcat prætor, an ius dicere in eũ debeat, an ad iudicẽ ſuum potius remittere. Dixi ad l. vlt. ſupra de iuriſd.

Ad l. Contra pupillum. 54.

Declaratio eſt ſuperioris c. de contumacia. Contumax eſt euocatus edicto peremptorio, &c. Excipiuntur hi tres caſus: de his ſeparatim, & diſtincte eſt dicendum. Ac primum de ætate. Minor ergo indefenſus damnari non poteſt. l. acta. §. vlt. ſupra eod. Et ſententia aduerſus eum lata, nulla eſt. l. cum & minores. C. ſi aduer. rem iudic. Poteſt tamen aduerſarius mitti in poſſeſſionem, ſi minor non defendatur. l. 3. & ſeq. inſt. quib. ex cau. in poſ. eat. Hæc miſſio non eſt magni præiudicij, quia cuſtodia tantum datur rei, &c. Item non poteſt aliter conſuli creditori, cui ſubueniendum eſt, ne debito fraudetur. Nunc videndum eſt de abſentia. Paulus ait, *Cõtra abſentem indefenſum propoſitum peremptorium non valere.* Quod tamen videtur non recte dici, quia alibi dicitur abſentem reſtituendum eſſe in integrum. l. 1. ſupra ex quibus cauſ. maio. l. quia abſente. Cod. de procura. Et ſane ratio diuerſa eſt minoris indefenſi, & abſentis: quia abſens mittere poteſt procuratorem, minor indefenſus non poteſt propter imbecillitatem ætatis. Ratio igitur poſtulat, vt ſententia contra abſentem ita demum ſit nulla, ſi omnino vocatus non ſit. vt in l. 1. §. item eum ex edicto. infra quæ ſent. ſine appel. reſc. Cum edictum neque propoſitum eſt, neque ad notitiam peruenit.

Abſens indefenſus nec vocatus non eſt damnandus.

Alia cauſa eſt edicti propoſiti, de quo hic Paulus loquitur. Pro declaratione animaduertendum eſt hæc verba aliquam ambiguitatem habere. Nihil momenti habent quatenus ad abſentem referuntur, de quo nũc diſſeruimus. Ambiguum eſt, an ſit ſententia ipſo iure nulla, an vero non ſit neceſſaria appellatio, vel reſtitutio, an vero per appellationem aut reſtitutionem poſſit reſcindi. Verba clara eſſent, ſi ita diceret, nullum ipſo iure, &c. æque clara eſſent, ſi diceret, Reſtituẽdam eſſe cauſam, &c. Neutrum ſatis aperte ac diſerte exprimitur. Quare in ambigua oratione ſequenda eſt ea interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. ſupra de legib. l. quoties idem ſermo. infra de regu. iur. Ego igitur ſic interpretor, quaſi Paul. ad effectum reſpexerit, loquens de abſente: quia poteſt abſens reſtitui in integrum. Nec vero nouum eſt hoc genus loquendi, vt cum dicimus actionem non competere alicui, quod exceptione poſſit ſummoueri, l. nihil intereſt. de reg. iur. tunc ad effectum reſpicimus, quem habet oppoſita exceptio. Si ad ius ipſum reſpiceremus, falſum id eſſet. Sic dicimus nullam eſſe ſententiam, vel edictum, reſpicientes ad effectum reſtitutionis, &c. Similia exempla alibi reperiuntur: veluti in l. vniuerſa. C. de precib. imper. offer. Reſcripta non valẽt ſine fideiuſſione: quia poteſt aduerſarius petere fideiuſſionem, ſi velit. Hic eſt effectus petitionis illius, vt reſcriptum non valeat, &c. Simile exemplum in l. poſtram. C. de teſtam. Si teſtator linum vel ſignacula inciderit, vel abſtulerit, nõ valet teſtamentum. Non valet, quia petens exceptione ſummouetur. l. 1. de his quæ in teſtam. delen. Ad §. *Is qui ad manu.* Alia eſt declaratio, & exceptio ſuperius

ſius dictorum. Qui abeſt non per contemptum, ſed iuſta de cauſa, non dicitur contumax, vt ſi ad maius auditoriū vocatus ſit. Nota ergo poſſe quem in vno auditorio ad aliud vocari. Sed oppon. l. 1. 2. 3. 4. ſupra de in ius voc. qui cauſam agit apud prætorem. Accurſ. non recte mihi videtur reſpondere: Ait non poſſe vocari niſi ad maius, &c. Nun intellexit vir bonus, quid ſit cauſam agere: putauit idem eſſe quod litem habere. Cauſam agere dicitur orator, cauſidicus: interim, dum is eam cauſam orat, indecorum eſt, eum vocari in ius. Sed litem habens poteſt vocari, niſi neceſſe habeat ſe ſiſtere, vt dicitur in d. l. 4. quique litigandi cauſa neceſſe habet in iure vel certo loco ſiſti.

Ad l. Iudex. 55.

Locus iam ſæpe tractatus de ſententia non reſcindenda, etiam ſi male iudicatum ſit. Hac aperta feneſtra res iudicatæ facile reſcinderentur arbitrio aut libidine cuiuſque iudicis: quo nihil eſt pernicioſius. Alias æquum videtur iniquitatem ſententiæ ſuæ corrigere. Sed hoc exemplum pernicioſum eſt, ideoque prohibetur: cuiuſmodi ſunt alia in iure ciuili. Et hoc locum habet in iudice dato, qui poſtquam iudicauit functus dicitur officio, &c. Sed idem de prætore dictum fuit ſupra l. quod iuſſit. l. Paulus reſpondit. l. imperatores. l. diuus. l. acta. l. actorum hic. Quæ hic tractantur apud Accurſ. declarata ſunt à nobis in eorum capitum interpretatione.

Ad l. Poſt rem. 56.

Locus inſignis de vi & effectu rei iudicatæ. Ex ea datur actio, in qua nihil quæritur, niſi an iudicatū ſit: hæc eſt vtilitas eius actionis. Idem dicitur de iureiurando, & de confeſſione. De primo iam ſatis dictum eſt ſupra de iureiurando, de confeſſione aliquid dicendum eſt. Actio naſcitur ex iureiurando, ſicut ex ſententia. l. actori. C. de reb. cred. Actio in factum ad ſimilitudinem iudicati, in qua quæritur an iudicatum ſit. §. item ſi quis poſtulante. Inſtit. de act. Idem dicitur in l. 5. §. dato. ſupra de iureiur. ſub eo. tit. copioſa eſt diſputatio de hac actione. Vnde ſumptum eſt hoc caput, apparet ex interpretatione Vlp. lib. 27. ad edict. Quid ſi iuratum fuerit in contractu? An contractus executionem habebit, vt res iudicata? Vlp. hic loquitur de lite deciſa, & diffinita iureiurando. Oportet igitur litē motam eſſe, quæ dirempta ſit iureiurando, quamuis nonnulli diſſentiant.

Confeſſio in iure facta rei iudicatæ vim habet. De confeſſione. Confeſſio in iure facta vim habet rei iudicatæ. l. 1. de confeſ. Lex 12. tab. æris confeſſi. Nec condemnatur, nec ad iudicium accipiendum cogitur. l. ſi domus. 71. § in pecunia. de leg. 1. l. ſi reus. de procur. Nullæ ſunt iudicātis partes in confitentē. l. proinde. ad l. Aquil. Datur tēpus ad ſoluendū ſicut iudicato. l. ſi debitori. de iudic. l. certum. §. vlt. de confeſſ. Æris cōfeſſi. Hæc regula accipienda eſt de confeſſione, quæ ad deciſionem litis & controuerſiæ pertinet. tot. titul. de interrog. act. Secundo de confeſſione quæ fit in iure, vt hic dicitur, & in l. vnica. C. de confeſſ. Quæ fit extra iudiciū, probationis loco eſt. l. publia. §. vlt. depoſ. Quid ſi confeſſio contineatur inſtrumento quod confectum eſt à publico tabellione? Habet vim rei iudicatæ, in quibus locis hi tabelliones iuriſdictionem habent voluntariam ex conſuetudine. Hodie in Gallia omnia huiuſmodi inſtrumenta executionem habent, ſicut res iudicatæ. Quid ſi quis confeſſus ſit ſe hominem occidiſſe? Idem ſi in iudicio ciuili. l. 4. de confeſ. Diuerſum in iudicio criminali. l. 1. §. diuus. de quæſt. l. non tātum. de appel. l. ſi confeſſus. de cuſtod. & exhib. reor.

Ad l. Quidam conſulob ant.

PRÆLECTIO XXXVIII.

Multum refert, à quo feratur ſententia vt valeat. l. ait prætor, ſupra eodem. Neceſſe eſt, vt iuriſdictionem aut notionem habeat. Inde oritur quæſtio de minore 25. annis iudice. Diſtinguit hic Vlpian. cuius diſtinctio paulo obſcurior eſt iis, quibus nota non eſt differentia iudicis, & magiſtratus. Ait ita demum valere ſententiam, ſi 18. annorum ſit: infra eam ætatem iudicare non poteſt, niſi ſit magiſtratus à principe creatus: item niſi ex conſenſu partium datus ſit, &c. Vt autem hæc commodius declarentur, ſeparatim dicēdum eſt de iudice dato, & de magiſtratu. Iudex dari poteſt minor 25. annis. modo ſit 18. annorum, &c. Eſt hæc ætas plenæ pubertatis, l. Mela, de aliment. & cibar. leg. §. minorem. Inſtit. de ad opt. Ad poſtulandum ſufficit ætas 17. annorum. l. 1. §. pueritia. de poſtul. Impubes ergo non poteſt iudex dari. leg. cum prætor. ſupra de iudic. leg. 2. de reg. iur. Antinomia ex l. cum lege. de recept. arbitr. Cum lege Iulia cautum ſit, ne minor 20. annis iudicare cogatur. Sed ex verbis Calliſtrati apparet quid reſpondendum ſit. Ait enim cogendum non eſſe. Nam alias munus iudicandi eſt neceſſarium d. l. vlt. §. iudicandi. de munerib. Oppon. etiam conſtitutio pontificia, qua definitum eſt tempus 20. annorum. c. cum viceſimum. de offi. delegat. in Decretal. Sed dubium nō eſt, quin ius pontificium hic diſcrepet à iure ciuili. Et fortaſſe legit pontifex non 20. ſed 18. & facilis error fuit in numeris propter notas compendiarias. Fortè etiam Vlpian. vult dandum quidem non eſſe iudicem minorem 20. annis. Sed ſi datus ſit, & ſententiam dixerit, tuendam eſſe eius ſententiam, propter æquitatem. Cum ait æquiſſimum eſſe, oſtendit ſummo iure id non licere. Æquitas atque vtilitas, exigit, ne hoc prætextu res iudicata reſcindatur, ſi 18. annorum ſit. Excipitur iudex, qui datus eſt conſenſu, cum ſcirent eum eius ætatis eſſe. Parum refert cuius ætatis ſit, qui ipſorum conſenſu probatus eſt.

Nota ergo partium conſenſu confirmari dationem iudicis: quamuis priuatorum conſenſus non tribuat iuriſdictionem, &c. l. priuatorum. Cod. de iuriſd. omn. iud. Excipitur etiam iudex delegatus à principe. d. c. cum viceſimum. Ratio diuerſitatis intelligitur ex iis, quæ mox dicturi ſumus. Hactenus de iudice dato, ſiue delegato. Magiſtratus minor 18. annis poteſt ius dicere, & ſententiam ferre. Iuriſdictio interdum accipitur pro decreto ipſo magiſtratus ius dicentis. l. quamuis. ſupra de in ius voc. Quamuis alias pro iure & facultate accipiatur. l. imperium. ſupra de iuriſd. Rationem affert Vlpia. quia princeps, qui ei magiſtratum dedit, &c. Magiſtratuum creatio principis eſt, l. 1. ad leg. Iuliam de ambit. Certa quidem ætas definita eſt legibus cuique magiſtratui, vt oſtendit Ouidius his verſibus in Faſtis:

> ---*Finitáque certis*
> *Legibus eſt ætas, vnde petatur honos.*

Scribit Liuius lib. 40. rogationē latam eſſe à L. Villio trib. pleb. quot annos nati quenque magiſtratum peterent, caperentque. Inde cognomen familię inditum, vt Annales appellarentur. Sicut leges annales dicuntur à Cicerone. Sed principis eſt ſoluere magiſtratum his legibus, &c. l. princeps. ſupra de legib. Nos vulgo dicimus diſpenſare, id eſt, gratiam legis facere. Itaque ſi princeps & prudens magiſtratum dederit minori, videtur ei legis gratiam feciſſe: idque ſolet annotari ex hoc loco. Nam tunc dubia non eſt voluntas principis, nec eius poteſtatem licet in dubium vocare.

Et ſimilis eſt locus in l. Barbarius. ſupra de offic. præto. Sed etſi ſciſſet ſeruum eſſe liberum eum effeciſſet. Quod ius in imperatore multo eſt obſeruandum, id eſt, ſi eius conditionis non ignarus, creaſſet eum prætorem, eo ipſo liber effectus fuiſſet. Scientia principis omnem maculam delet: omne vitium tollit, propter quod non poteſt quis aſpirare ad magiſtratum. Similis locus eſt in l. idem Vlpian. §. 1 de excuſat. tutor. Liberatur tutela, qui domicilium aliò tranſtulit, principe permittente, & ſciente eum tutorem eſſe. Cùm princeps ignorans id facit, non creditur velle contra leges facere. l. vlt. Cod. ſi contra iura vel vtil. publ. Huc pertinet tit. C. ſi ſer. aut liber. ad decur. aſpir. Si dubitatur, an neceſſe ſit id ſignificari reſcripto Principis, ſcilicet Principem id ſcientem feciſſe. Variæ ſunt opiniones. Sed magis recepta eſt opinio eorum, qui putant id literis exprimendum eſſe. Vnde mos hic inoleuit in Cancellaria principis *De noſtre certaine ſcience*. Et hanc ſententiam iuuant verba Vlpian. in dict. l. idem Vlpian. Modo princeps vtranque literis ſignificauerit, idem de ratione, & de ſcientia ſua. Sic enim legendum eſt, quia in Græco legitur *ἰσ́ημεν*. Sed vt eo redeamus, vnde huc digreſſi ſumus: Princeps poteſt magiſtratum creare minorem, &c. quia ſupra leges eſt. Prætori iudicem talem dare non licet: quia inferior eſt legibus. l. cum ſponſus. de public. l. 1. ex quibus cauſ. maior. Ex iam dictis apparet in magiſtratibus municipalib. hoc locum non habere. Verba Vlpiani id ſatis oſtendunt. Ad munera ſiue honores municipales, minor 25. annis non admittitur. l. ad remp. de munerib. l. ſpurij. §. minores. de decur. Non permittitur ciuibus contra leges magiſtratum creare: niſi ciuitas ſit libera, & regia poteſtate ſoluta. Quæritur, ſi princeps magiſtratum dederit impuberi, an valeat? Plerique exiſtimant dationem non valere, quaſi princeps tollere non poſſit vitium, quod naturale eſt. Impubes natura prohibetur iudicare, quia iudicio caret. l. cum prætor. de iudic. l. 2. de regul. iur. Sed illa lex loquitur de iudice dato, non de eo, qui creatur à principe. Et graue eſt poteſtatem principis in dubium vocare. l. 2. C. de crim. ſacrileg. Legimus puero conſulatum à principe datum eſſe. l. nemo. Codic. de religio. Honorio nobili puero, & Euodio Coſſ. & in leg. vltim. Cod. de teſtam. milit. Tribunatus militum datur pupillo. Aliæ leges, quæ adducuntur, pertinent ad honores municipales. l. 2. §. impuberes. de iur. immuni. l. Lucius. §. pro infante. ad municip. Non poteſt facere princeps, vt rectè iudicet impubes, vel imperitus homo: ſed poteſt probabilis cauſa interdum mouere principem, vt tales patiatur magiſtratus gerere, perinde ac ſi digni eſſent. Malum quidem hoc eſt per ſe, ſed poteſt vtile eſſe interdum reip. maioris alicuius incommodi vitandi gratia. Iaſo Theſſalus dicebat in paruis rebus violandam eſſe interdum iuſtitiam, vt in maximis melius conſeruari poſſit. Sic iuriſdictio beneficiaria & hæreditaria transfertur in pupillum: exercetur per tutorem. argum. cap. grandi. de ſuppl. negl. prælat. De rege Portugaliæ & demente, & prodigo Carolo 8. datus tutor. De ætate eorum, qui ad ſacra munera promouentur, ſcripſi lib. 4. de benef. cap. 9. vbi quædam ad diſputationem noſtram pertinentia leguntur. Hic annotari ſolet, ſententiam latam à iudice incompetenti nullam eſſe. C. ſi à non compet. iud. Hoc eſt accipiendum, niſi partes in eum conſenſerint, vt iam dixi. Initio opponenda eſt except. l. vltim. Cod. de excep. l. ſed etſi. ſupra de iud. Poteſt tamen litigare quis, non conſentiens: quia forte ignorat eius ætatis eſſe. Quæſtio facti eſt, an conſenſerint. Nota de donatione Conſtantini ſecundum Raphaelem. cap. fundamenta. de elect. in 6.

Ad l. Si cum nulla.

PRÆLECTIO XXXIX.

MAgna vis eſt ſententiæ, ſiue rei iudicatæ, vt iam ſæpe diximus. Sine ſententia non poſſumus cõſequi quod nobis debetur. Nemo ſibi ius dicere, & alij vim inferre debet, l. extat. ſupra, de eo quod met. cau. Capi igitur non poſſunt pignora antequam res iudicata ſit cauſa cognita. Non eſt ab executione incipiendum, ſed ſententia debet præcedere: executio ſequi ſententiam. l. 1. C. de execut. rei iudica. Hinc prohibita eſt ſequeſtratio pecuniæ. C. de prohib. ſequeſtrat. pecun. Species quædam executionis eſt, quæ ante ſententiam fieri non debet. Inde quæritur, an pignora ita capta, & diſtracta poſſint recuperari. Cauſa dubitationis eſt, quia res non eſt integra. Et non poſſunt recuperari ſine graui fortè incommodo emptorum: verum nihilominus (ait Vlpianus) poſſe recuperari, quia nullo iure capta ſunt, nec deſiit dominus eſſe, qui prius erat. Itaqua vindicabit à poſſeſſore, ſiue emptore. Vnde cõſulium videtur plerisq; , vt emptor pignorum captorũ in executione habeat acta, & ſententiam, vt poſſit ſe tueri aduerſus eum, qui vindicauerit pignora. Sed graue ac durum hoc viſum eſt aliis: idque merito, vt cogatur omnia acta ſeruare pro emptione rei diſtractæ, auctoritate publica, in auctione publica. Sufficit præceptum iudicis, pro quo præſumitur, niſi contrarium quis probauerit. c. ſicut. de re iud. Hic occurrit antinomia ex l. vlt. §. vlt. de eo quod met. cau. Quãuis nõ extra ordinem, ſed ciuiliter exactionem fieri oportuit: quæ tamen ſolutioni debitarum ab eo quantitum profecerunt, reuocari, inciuile eſt. Reſpondeo, non reuocari quod geſtum eſt: quo caſu apparet pecuniam debitam fuiſſe, & interuenit iuſſus iudicis, &c. Fortè non inficiatur reus ſe debuiſſe pecuniam: vel in promptu eſt probatio. Vtilius eſt ratum manere quod geſtum eſt: quamuis non rectè fecerit iudex. Aliud dicendum eſt, ſi neget reus ſe debuiſſe pecuniam, nec id poſſit ſtatim probari: vel ſi fortè ſine iudicis auctoritate capta ſint pignora, tunc poterunt recuperari. Hæc igitur non ſunt pugnantia, ſed vna lex per alteram declaratur. Hinc colligunt nonnulli non eſſe admittendam hanc intentionem in iudicio: Peto reum cogi, & compelli ad ſoluendum, &c. Quaſi hæc verba ad executionem referantur, magis quàm ad condemnationem. Huius opinionis defenſores magnæ ſunt auctoritatis: ſed tamen aſſentior iis, qui putant hanc petitionem reiiciendam non eſſe: quia commodè impetrando poteſt iuſta & ciuilis eſſe. Non malè dicitur iudex cogere, qui iubet ſolui pecuniam. Miſſus in poſſeſſionem, id eſt, mitti iuſſus. l. ſi quis miſſus. infra ne vis fiat ei. Ac verba dubis, & obſcura intentionis, ſiue actionis, debemus interpretari pro actore, &c. l. ſi quis intentione. de iudic. Verbum cogere, poteſt referri ad condemnationem magis, quàm ad executionem. Qui aliter interpretantur, nimis acute verba reſpiciunt contra ſententiam Menandri. Ait ſycophantam eſſe, qui nimis acutè leges inſpicit, & verba conſectatur magis, quam ſententiam: *ὁρῶν τοὺς νόμους λίαν ἀκριβῶς συκοφάντης φαίνεται*. Meminiſſe debemus *ἐπιείκειαν* in omni re neceſſariam eſſe, l. In omnibus. de reg. iur. l. de iuſtit. & iur. Hæc autem executio interdum permittitur ſine ſententia, vt ſuperius diximus, l. poſt rem. ſupra hoc tit. Sed hoc ideo, quia tam iuſiurandum, quam confeſſio vim habet rei iudicatæ. Sic in Gallia cum inſtrumentum publice confectũ eſt, eſt receptum moribus, vt executio fiat ſine ſententia: iure Rom. id non permittitur, niſi neceſſitas aliqua id exigat: vt puta ſi debitor qui nullas poſſeſſiones habet, fugiat, & pecuniã ſecum ferat, licet eũ perſequi.

Sine ſententia non poſſumus noſtrum conſequi.

& auferre pecuniam,l.ait prætor.§.ſi debitorem. infra quæ in fraud.cred.

Ad l.In ſententiis.59.

HOc capite continetur declaratio quædã capitis primi,in quo dicitur iudicem,vel abſoluere, vel condẽnare,&c.Idem in l.3. C. de ſentent. & interloc. Hoc non eſt ita accipiendum quaſi necaſſe ſit iudici certis quibuſdam & ſolennibus verbis vti: hæc ſerupuloſitas, & ſuperſtitioſa obſeruatio, quam iure ſuo ridet Cicero in orat.pro Murena, ſublata eſt interpretatione prudentum. Olim in actionibus & iudiciis certa erant, ac ſolennia verba, quibus neceſſario erat vtendum.C.de formul.& impetrat.ſublat.ſic in ſtipulationibus.l.omnes.C. de contra.& commit.ſtipul.ſic in teſtamentis,vt alibi demonſtrauimus.Sufficit igitur in ſententia iudicem his verbis vti,ex quibus appareat eum alterum condemnare, alterum abſoluere.Exemplum in l.qui tamen.§.ſi arbiter.ſupra de arbitr. Nihil videri Titium debere Seio. Hæc verba vi ipſa abſolutionem quandam habent. Deinde interpretatur Vlp. quod dicitur de certa quantitate.C. de ſenten. quę ſine cer.quant. Hoc à nobis declaratum fuit non indiligenter ad l.ait Prætor.ſupra.

Ad §.*Qui fortu*.Etiam in acceſſoriis ſententia debet continere certam quantitatem. Hinc annotant plerique nõ poſſe peti vſuras, aut alias huiuſmodi acceſſiones generales.Eſt eadem fere ratio petitionis,quę ſententiæ. Citant l.3.§.armamenta.de rei vindic. Armamenta nauis ſingula erunt vindicanda Non ſufficit generaliter petere armamenta nauis. Alij diſſentiunt, quorum opinio eſt probabilior, ſi recte & ſine cauillatione intelligatur. Et loci ſunt clari & aperti de hac ratione pronuntiandi,tam in iure ciuili, quam in pontificio. Vnus eſt in §.1.Inſtit. de offic.iud.ſi contra poſſeſſorem iudicet, iubere debet ei vt reſtituat rem omnem cum fructib. Alius eſt locus in l.3.C.de inutilibus ſtipulat.vbi petitur id,quod intereſt generaliter. Alius eſt locus in l.terminato.C.de fruct. & lit.expen.Condẽnatur reus ad expenſas generaliter.Ergo & peti poſſunt generaliter.Alius eſt locus in c. cum ad ſedem.C. de reſtit.ſpol. Caſtrum cum pertinentibus.c.cum venerabilis.de excep. Verius eſt igitur neceſſariam non eſſe expreſſionem harum acceſſionum, neque in petitione, neque in ſententia. Non obſtat quod dicitur hic,quia iudex non cognouit,an debeãtur vſuræ. Stultum eſt ita pronuntiare,*Si quæ debeantur vſuræ,aut fructus,aut expenſæ.*Iudex pronuntiare debet vſuras deberi, fructus, expenſas, &c. Sed neceſſe non eſt certam quantitatem definire. Sic accipienda eſt l.3. C.de ſentent.quæ ſine cert. quant. cum vſuris competentibus, id eſt,ſi quæ competant vſuræ.Species l.1.eo.tit. longe diuerſa eſt.Hic interuenit cauſę cognitio.& cauſa cognita pronuntiat vſuras debari. Nec poteſt aliter exprimi quantitas,etiam ſi iudex vellet.facit § curare.Inſtit.de act.Non obſtat §.armamenta.Non enim ait Iureconſultus peti armamenta,vt acceſſoria: poſſunt peti principaliter ſine naue.Si quis poſſideat armamenta nauis,mea petere debeo ſingula, &c. l.ſi in rem. de rei vind.ſupra.

Ad §.Si quis ex edicto.

PRÆLECTIO XL.

DE edicto peremptorio diximus ſupra ad l.contumacia. Citauimus l.ad peremptorium.68. de iudic.cum ſeq. Cũ quibus debet coniungi lex noſtra:inſcriptiones capitũ id oſtẽdũt:Inde igitur naſcitur hæc quæſtio:Lite conteſtata vocatus eſt reus edicto propoſito mox deceſſit:deinde lata eſt ſententia. Quæritur, an valeat? Vlpian.ait non valere. *Quia morte rei peremptorium ſoluitur,&c.* In mortuum non poteſt ferri ſententia.l.2. infra quæ ſent.ſine appell. l. de qua re 74.§. cum abſentem.de iudic.ſupra. In hæredem poteſt ferri,quia tranſit in eum inſtantia. l. ſi eum hominem. 33. de fideiuſſor.Sed nullam vim habebit ad eum condemnandum edictum illud quod ſolutum eſt morte rei. Quid ergo? Vlpia ait:*Vt in re integra cognitio cauſa adhibebitur, & quod optimum videbitur ſtatuetur.* Debet vocari hæres,vt cum eo repetatur cognitio *En reprenſe de proces.*.l.1.C.ſi pend.appell. mors interuenit.deinde ex eiuſdem actis ſantentia feretur,non in defunctum,ſed in hæredem. Si quis tamẽ fuerit procurator datus à defuncto, & dominus litis factus, poterit adhuc cauſam agere nomine hæredis,ſine alio mandato.l.nulla.C.de procur. Occurrit antinomia ex l. cum quaſi. de fideicomm.liber.in princ. Decretum fuit interpoſitũ, cum iam mortuus eſſet,&c.Transfertur decretum in hæredis perſonam. Perinde eſt, ac ſi prætor hunc ipſum ex iuſta cauſa abeſſe pronuntiaſſet. Reſpondeo, multa ſingularia cõſtituta eſſe de libertate.l. generaliter.eod. titu. Ea non ſunt producenda ad conſequentiam. leg. quod vero.ſupra de legib. Quod ergo conſtitutum eſt de decreto interpoſito libertatis cauſa,non pertinet ad ſententiam, da qua hic diſſeruimus: quæ mortuo reo lata non valet,&c.

Ad l. quæſitum.60.

LOcus de ratione ferendæ ſentẽtiæ, de quo iam ſæpe diximus. Sententia ferri debet præſentib.litiga&c. l.de vnoquoque. hic. Non nocet ſententia abſenti,niſi vocatus fuerit, &c. d.l. de vnoquoque. l. contumacia.hic. Inde quæritur, Vocatus quis eſt ad iudiciũ: ſed non adfuit propter febrem, qua fuit correptus: an ei nocaat ſantentia? Reſpondet Iulian. *Morbum ſonticum etiam inuitis iudice & litigatoribus diem differre.* Hoc raſponſum ſumptum eſt ex ipſa lega 12. Tabul. cuius meminit Vlp.in l.2.§.ſi quis in iudicio 3. ſi quis caution. Si index, vel alter ex litigatoribus morbo ſontico impediatur, lax iubet diem iudicij diffiſſum. diffindere diem(id eſt,differre) veteres dicebant.Gell.lib. 14.c.2.Loquitur autem non de quocunque morbo, ſed de ſontico,id eſt,maiore,ac vehementiore, qui impedimento eſt na quis rem ſuam agat.l.morbus.de verb. ſignif.l.vlt.edict.Declarat Gellius lib.20.cap.1. Sontes nocentes vocamus. An autem ſonticus morbus ſit, quæſtio eſt facti, quæ iudicatur ex coniecturis, vt hic Iulian.oſtendit.Conſulendi etiam ſunt medici.Obſeruandum eſt ergo, ſententiam nullam eſſe aduerſus abſentem, qui propter infirmam valetudinem adeſſe non poteſt. Contrarium tamen eſſe videtur quod dicitur alibi, valere ſententiam, ſed reſtitui poſſe in integrum.l.vlt.ſupra de reſtit.in integ. Idque conſentaneũ eſſe rationi, quia potuit per procuratorem defendi.l.1. ſupra de procur. Bart. & fere ceteri reſpondent, tunc ſententiam nullam eſſe, cum iudex ſciuit eum infirmum eſſe,&c.Secus autem ſi ignorauit iudex. Nam eo caſu valet ſententia mero iure, ſed reſtituitur. Vnde mos inoleuit,vt mittatur excuſator, ſiue exoniator, ne iudex cauſetur ſe ignoraſſe.Ac ſi iudex pronuntiauerit, tam iuſta excuſatione contempta,non valer ſententia, Hæc opinio vulgo recepta eſt,quę mihi non probatur, Nam hæc diſtinctio ſcientiæ, & ignorantiæ, non conuenit verbis Iuliani.Nulla hic eſt ſcientiæ mentio,nulla mẽtio ignorãtiæ in aliis locis. Deinde conſiderandũ eſt quod ait Iulianus:*Inuito iudice,&c.*ergo & eo ignorante.l.qui poteſt.de reg.iur.Imo fortè id dictum præ

Sententia non nocet abſenti niſi vocatus fuerit.

pter abſentiam iudicia, quæ cauſa eſt etiam diei differendæ. l. 2. ſi quis cautio. Verius eſt igitur ſententiam nullam eſſe, etiam iudex ignorauerit. In abſente cauſa reipub. diuerſum ius eſt, d. l. vlt. ſed de eo poſtea dicemus. Huc pertinet quod dicitur in l. apud Celſum. §. ſi in arbitrum. de doli mali excep. Petens pœnam ſummouetur doli exceptione ſine vlla reſtitutione. Nec diſtinguitur, iudex ſcierit, an ignorauerit. Quid ſi ſit lōga infirmitas (vt plerunque accidit) nonne iniquum erit interim differri iudicium? Reſpondeo ex ſentētia quorūdam, poſſe dari curatorem bonis, cum quo iudiciū exerceatur. l. ſi quis inſtituatur. §. vlt. de hæred. inſtit. Valetudine ita impediti, vt in ius produci nō poſſint, nec defendantur. Addenda eſt hæc interpretatio iniquitatis vitandæ cauſa, ne ſummum ius, ſumma fiat iniuria: ſi *τὸ ῥητὸν* ſimpliciter accipiamus de diei dilatione, &c. Nec diſſimile eſt, quod dicitur in l. ſi longius. de iudic. l. penul. de vacat. mun. Diceret aliquis, Poteſt per procuratorem defendi infirmus, ergo non videtur excuſatione dignus. arg. l. ſed etſi per Prætorem. §. 1. ex quib. cauſ. maior. Relegato nō ſuccurritur, quia potuit procuratorem relinquere. idem in l. Papinianus. de minor. Reſpondeo diſſimilia hæc eſſe. Relegatus facile poteſt procuratorem dare: morbo graui correptus non æque: impedimento eſt hic morbus, & procuratoris dationi, & cuique rei agēdæ. Itaque huic etiam plenius ſuccurritur, quàm abſenti cauſa reipub. Abſens cauſa reip. reſtituitur. d. l. vlt. Nec diſtinguitur an procuratorem dimittere potuerit. d. l. ſed etſi. §. vlt. Fauor reip. facit, vt plenius ei ſuccurratur, quàm relegato. Sicut & ei qui abſens eſt cauſa ſtudiorum, l. necnon. eod. tit. Sed his omnibus dignior eſt fauore infirmus, &c. Alij omnes poſſunt procuratorem dare, hic non poteſt ne cogitare quidem de lite, aut procuratore. Nam hic de morbo tantum ſontico loquimur. Itaque non aduerſatur ſententiæ noſtræ quod ait author Rhetor. ad Herēnium lib. 2. Ex æquo & bono ius conſtat, quod ad vtilitatem communem videtur pertinere. Quod genus vt maior 60. annis, & iā morbus cauſa eſt, cognitorem det. Loquitur ſimpliciter de morbo, non de ſontico. Sicut l. 12. Tabul. quam refert Gell. lib. 20. c. 1. *Si in ius vocatur, ſi morbus, æuitasve vitiū eſt, qui in ius vocabit, iumentū dato: ſi nolet, arcerā ne ſternito.* Huius legis rigor tēperatur æquitate, vt non cogatur venire, ſed cognitorē det. Si vero ſit morbus ſonticus, nec venire, nec procuratorē dare tenetur. Quod autem dixi non ſuccurri relegato, & alia huiuſmodi, quod liceat eis procuratorem mittere: hoc accipe, niſi ex magna, & graui cauſa, &c. dicta leg. ſed etſi. §. 1. Ex cauſa tamen puto ipſi ſuccurrendum. Grauis eſt cauſa, quæ præſentiam domini maxime requirat. Reſpondi pro Landgrauio Haſſio incarcerato. Dicebatur potuiſſe dimittere, &c. Ideoque reſtitui non debere. Ego cōtra. Cauſa erat magni ponderis. Comitatus potēs aduerſarius, & gratioſus apud Cæſarem.

Morbus ſonticus ex cuſat abſentem in iudicio.

Ad l. In iudicati. 61.

Declaratum hoc fuit ad l. inter eos, ſuprà eodem.

Ad l. Cum quærebatur. 62.

PRÆLECTIO XLI.

Locus iam ſępe tractatus, An iudex, qui male iudicauit, poſſit iterū iudicare, ſaltē eodē die. Ait Alfenus, nō poſſe hoc accipe niſi ſupplēdo circa acceſſoria. l. Paulus. ſupra. Et hoc certum eſt ac indubitatū, cū ſentētia valet; quamuis forte ſit iniuſta. Atque ita poteſt accipi dictio *Perperam*. Sed dubitatur cū ſententia eſt ipſo iure nulla, an poſſit denuo iudicare. Diuerſæ ſunt opiniones: ſed alias dixi diſtinguendum eſſe iudicem datum à magiſtratu. Iudex datus non poteſt amplius iudicare. l. 4. C. quomodo & quando iud. facit l. iudex. ſupra eod. Magiſtratus iterum poterit iudicare. l. ſi præſes. C. quomo. & quan. iud. non finitur eius officium ſicut & iudicis datio. idem dicitur in l. 4. C. de accuſat. idem in l. 1. C. de ſent. & inter loc. Ad l. abſentem. Co. de accuſ. quid reſpondendum ſit dixi ad leg. quod iuſſit. ſupra. Quæritur an iudicabitur ex eiuſdem actis, an tota cognitio ex integro repetetur? Mihi placet diſtinctio, quę vulgo recepta eſt, vt videamus, an vitiū ad ſententiā tātum pertineat. Quo caſu iudicabitur ex eiuſdem actis: vt ſi die feriata lata fuit ſententia, l. 4. C. quomod. & quand. iud. non fuit condemnatus procurator, ſed dominus. l. 1. C. de ſent. & interloc. nō fuit expreſſa certa quantitas. C. de ſent. quæ ſine cert. quāt. Aliquando vitium reſpicit omnia quæ geſta ſunt in iudicio, vt ſi minor indefenſus, l. acta. §. vlt. l. contra pupillum. ſupra eod. Et hoc caſu omnia ex integro ſunt repetenda. Aliquando vitium reſpicit partem actorum tantùm: & repetenda erunt pro ea parte. In ſumma, ſi denuo partes ſuas interponit propter nullitatem: ergo quatenus nullum eſt id quod geſtum eſt. Debet autem prius cognoſci de nullitate (vt vulgo receptum eſt) quam iterum pronuncietur de cauſa. Vt factum eſt in Senatu Pariſienſi ſuperiore anno in cauſa nobili, cum diceretur iudicium quoddam curiæ parlamenti Diuionenſis nullum eſſe: ideoque peteret damnatus, vt res denuo iudicaretur. Debet igitur prius cognoſci de nullitate: vtar forēſi verbo docēdi cauſa. Ratio eſt, quia alias incertum eſt iudici, an ſit iudex. Non debet de eo pronuntiare, de quo non liqueat, l. Pomponius. ſupr. eodem. l. hæc autem. quibus ex cauſ. in poſſ. Quod eſt intelligendum, niſi vitium appareat ex ſententia ipſa, nullo alio probato extrinſecus: vt quia non eſt certa quantitas, quia non eſt damnatus procurator. Sed an debeat pronuntiari de nullitate, an vero ſufficiat de ea cognoſcere, & ſententiam principalem ferre? Notate ſequentem diſtinctionem, qua vtimur in foro. Si principaliter petitum ſit, vt pronuncietur ſententia nulla, pronuntiatio eſt neceſſaria, arg. leg. incerti. Cod. de interd. vbi principaliter quæritur de poſſeſſ. Interdicto vti poſſidetis. Deciditur quæſtio de poſſeſſione, & de poſſeſſione pronunciatur. Aliquando petitur principaliter vt iterum iudicetur quod ſententia ſit nulla. Et hoc caſu non eſt neceſſaria pronuntiatio de nullitate: ſufficit de ea cognoſcere. arg. l. 1. C. de ord. iud. De incidente quæſtione nō cognoſcit iudex, ſed de eo tantum principali pronuntiat. Itaque in iudicio illo Pariſienſis parlamenti, de quo iam dixi, duplex fuit cognitio, & duplex pronuntiatio: vna fuit de nullitate iudicij Diuionenſis, altera de cauſa principali, &c. Hæc notanda ſunt diligenter, quia vſitata, & cognitu neceſſaria iis qui in foro verſari cupiunt.

Sententia vitium ſi dicitur idtum in actis.

Iudicij nullitas prius inquirenda eſt, & ſi ea appareat.

Ad l. Sæpe. 63.

IAm aggredior celeberrimam, & difficillimam legē totius huius tractatus. Huius legis eſt varia lectio in aliquot locis, ſed ſequor vbique lectionem Florentinam, quæ verior eſt, vt mox oſtendam. Exponam autem primum ſimplicius & craſſius, deinde ſingula accuratius examinabo. Locus ergo hic tractatur pertinēs ad vim & effectum ſententiæ, ſiue rei iudicatæ. Res iudicata pro veritate habetur, l. res iudicata. de reg. iur. l. ingenuū. de ſtatu hom. ſupra. ſed inter eaſdē perſonas tātum, &c. Sed quæritur, an indiſtincte verum ſit, quod ita conſtitutum eſt: an aliis interdum noceat, quibus ſciētibus eſt iudicatum, licet nō litigauerint in iudicio.

Iudicata res pro veritate habetur inter eaſdem perſonas.

Altius

Altius repetit Macer, & ait ſententiam interdũ ſcientibus nocere, interdum non nocere. *Etiam ſcientibus non obeſſe.* Sic legitur in Pandectis Florent. alij codices non habent negationem: ſed Florentinam lectionem probo. Non nocet etiamſi ſciuerint, &c. imo etiam ſi contra ipſos iudicatum ſit. Parum refert contra quem iudicatũ ſit, ſed refert quis cauſam egerit in iudicio. Id oſtendit Macer duobus exemplis. Primum eſt de hæredibus debitoris, quorum vnus conuenitur altero ſciente. Alter intelligit rem ſuam agi, cum quæritur an defunctus debuerit, cuius eſt hæres. Eſt eadem cauſa condemnationis vtriuſque: nempe quia defunctus debuit. Videtur ergo imputandum ei, cur paſſus ſit cohęredem damnari, ſi putabat defunctum non debuiſſe. Aliud exemplum eſt de duobus hæredibus creditoris, quorum vnus agit, & vincitur. Cur hæc ſententia alij non nocet, oſtendit poſtea Macer: quia propria eſt cuiuſque cohæredis actio, vel defenſio, nec poteſt vnus prohibere vel impedire, &c. Actio diuiditur inter cohæredes, l.1. C. ſi cert. pet. res ſunt ſeparatæ, & perſonæ ſeparatæ, quamuis eadem ex cauſa pendeat vtriuſque condemnatio.

Ad §. *Sed ſcientibus.* Alterum eſt membrum diuiſionis qua vſus eſt Macer. Oſtendit quando ſententia aliis noceat: *Cum quis de ea re, &c.* Id oſtenditur tribus exẽplis, quæ longe ſunt diſſimilia ſuperioribus: prius eſt cum creditor experiri debitorem patitur de proprietate pignoris. Hæc eſt Florent. lectio, quam Accurſ. vocat Piſanicam, quæ mihi videtur verior. Mouetur controuerſia inter creditorem, qui pignus accepit, & debitorẽ qui contendit pignus ſuum. Primũ competit defenſio creditori, ſed patitur debitorẽ auctorẽ ſuum experiri. Eſt enim hoc congruum rationi, vt in lite de proprietate experiatur is qui ſe dominum eſſe cõtendit. Hæc igitur ſententia nocebit creditori, quia ipſo ſciente & cõſentiente acta eſt cauſa à debitore. Aliud exemplum de marito, qui patitur ſocerum experiri de proprietate dotis. Aliud exemplum de poſſeſſore, ſiue emptore, qui patitur venditorem experiri.

Ad §. *Cur autem.* Oſtendit quæ ſit diſſimilitudo horum caſuum, & ſuperiorum. Nam etſi demonſtrat verum id eſſe, adducta ſimilitudine, me interueniente, & aſſiſtente in iudicio, quamuis neque actor, neque reus eſſem: diuerſa cauſa eſt hic, nõ vindico ex eo iure, quo Citius victus eſt. Contra in exemplo de creditore, & debitore, & aliis duobus. Similior ergo hic caſus ſuperiori de cohærede. Obſeruanda eſt vulgaris regula: Res inter alios iudicata, &c. l. Modeſtinus. de exceptio. leg. cum quæritur. de except. rei iudic. cap quamuis. de re iudic. in Decret. hoc pertinet tit. C. quibus res iud. non noc. Accedit alius titulus generalior, C. res inter alios. Exempla vulgaria ſunt in l.2. C de fid. inſtrum. item in l. Lucius. de his qui not. cap. 2. de except. item in l.1 C. quibus res iud. de filio qui non eſt procurator. leg 3. §. ſi forte. iudic. ſol.

PRÆLECTIO XLII.

EX hoc capite quędam obſeruãda ſunt: primum eſt obſeruanda vulgaris regula, Res inter alios iudicata, &c. hæc regula traditur in locis aliis plurimis, l. Modeſtinus. de excep. tut. C. quib. res iudic. non noc. & in iure Pontificio, c. quamuis. de re iud. in Decret. Ratio huius regulę eſt, quia res alia eſt propter diuerſitatẽ perſonarum, l. cum quæritur. de excep. rei iudi. quamuis forte petitum ſit idem corpus, vel quantitas, de qua nunc agitur: tamen diuerſitas perſonarum facit, vt alia res, & alia quæſtio eſſe intelligatur. Recte ergo dicimus, hanc rem nunquam iudicatam fuiſſe, d. l. cũ quæritur. Ad hanc regulam pertinet quod dicitur in l.2. C. de fide inſtr. Conſequitur quoque ex eadem regula, quod dicitur in l. Lucius. ſupra de his qui not. infa. c.1. de except. Quod autem ad perſonas attinet, animaduertendum eſt, ſi quis litiget per procuratorem, tutorem, &c. eos pro eadem perſona haberi: quia hi rem in iudicium deducunt. l.4. l. ſi mater. §. hoc iure. de except. rei iud. Non idem dicendum de patre, & filio, l.2. C. quib. res iud. non noc. & ſi filius agat pro patre, ſine mandato, non eſt tamen procurator. l.3. §. ſed ſi fortè. iud. ſol. Ex his poteſt intelligi, cur in popularibus actionibus locus non ſit huic regulæ. l.3. de popul. action. l. eum qui. §. in popularibus. de iureiur. Si vnus egerit, &c. alius ſummouetur exceptione rei iudicatæ. Sed ratio eſt, quia eadem perſona eſſe videtur, nempe populus, cuius quaſi cognitores, & procuratores ſunt ſinguli, &c. Idemque ius eſt, & ſi quis abſolutus ſit iudicio publico. l. ſi cui crimen. §. iiſdem. de accuſ. vbi additur exceptio, niſi quis ſuum dolorem perſequatur, &c. nam tunc non tam pupilli nomine quam ſuo videtur experiri: Idemque dicendum eſt & de popularibus actionibus. de quibus ſupra. Hic reperiuntur quædam velut antinomiæ: vna eſt ex l. ingenuum. de ſtat. hom. Si quis pronuntiatus fuerit ingenuus, ea ſententia ius facit inter omnes, niſi colluſio interuenerit. l 4 de colluſ. de teg. quæ duæ leges coniungi debent, vt admonui ſub tit. de ſtatu hom. Reſpondeo, hoc receptum eſſe in certis cauſis, veluti in cauſa ſtatus. Quare ſi iudex pronũtiauit rem meã eſſe, ſententia non nocebit vero domino, &c. In cauſa ſtatus ſufficit pronunciatum eſſe iuſto contradictore præſente, vt valeat ſententia inter omnes. l.3. de colluſ. deteg. Et hoc hodie obſeruatur in quæſtione de nobilitate: Nam ad ſtatum quoque pertinet. Alia antinomia eſt ex l. Papin. §. ſi ex cauſa. de inoffic. teſtam. Si teſtamentum fuerit pronuntiatum inofficioſum contra hæredem, nocet ſententia legatariis. Idem dicitur in leg. qui repudiantis. §. vlt. eod. tit. Reſpondeo, hoc etiam eſſe receptum in cauſa inofficioſi teſtamenti contra regulam: quia principalis perſona eſt hæres, quo contradicente ſufficit pronunciatum eſſe: niſi interuenerit colluſio. l. ſi perluſorio. de appellat. Secundo obſeruandum eſt ſententiam latam contra vnum ex hæredibus, alteri non nocere: hoc conſequitur ex regula iam declarata: etiam ſi ſciuerit cauſam agi: vtriuſque enim propria defenſio eſt: neuter ab altero cauſam habet: neuter alterum impedire poteſt ne experiatur. Obiicitur l. à ſententia, infra de apel. Sentẽtia inter alios dicta appellari non poteſt, niſi ex iuſta cauſa: veluti ſi quis in cohæredum præiudicium ſe condemnari patiatur. Ergo ea ſententia pręiudicat cohæredibus. Reſpondeo, præiudicium hic eſſe, quod adfert ſuſpicionem aliquam, & præſumptionem contra cohæredes. Præiudicium hic aliter accipitur, quam in d. l. à ſententia. Nec id aduerſatur regulæ prius traditæ: non ideo alij cohæredes habentur pro condemnatis: idque oſtendit Iuriſconſ. in eodem loco, quamuis & ſine appellatione tutus eſt cohæredes. Nemo dubitat, quin condemnato iam cohærede, cuius eſt eadem defenſio, iudex propenſior ſit ad condemnandum, &c. plus fidei & auctoritatis habet aduerſarius, vt verbis vtar Iureconſulti, in l. ſi duo patroni, ſupra de iureiur. in re non ſimili. Qua ratione ait Cicer. 5. in Verr. Metellum noluiſſe dare iudicium de vi & metu aduerſus Apronium miniſtrum & interpretem Verris in expilanda prouincia. Dicebat, inquit, Metellus præiudicium ſe de capite Verris per hoc iudicium nolle facere. Maior enim fuiſſet & grauior ſuſpicio aduerſus Verrem, damnato Apronio: licet id non ſufficeret ad condemnationem. Sic præiudicium accipitur in d. l. à ſententia. de appel. Ambigua vox eſſet, ſed verba ſequentia declarant ambiguitatem. An hæc coniectura

Digitized by Google

faciat ſemiplenam probationem, quæritur: an poſſit deferri iuſiurandum neceſſarium iuxta l. admonendi. ſupra de iureiur. Puto id relinquendum eſſe iudicis arbitrio, ſicut & alia quæ in facto conſiſtunt, & ad probationem pertinent. l. 3. ſupra de teſtib. Præterea obiicitur l. quidam. 12. de euictio. vbi venditio facta ab vno hærede, nocet cæteris, ſi præſentes fuerunt, & conſenſerunt, &c. Ergo idem dicendum eſt & in ſententia, vt noceat cohæredi præſenti & ſcienti. Reſpondeo hæc diſſimilia eſſe: ibi quæritur de venditione in qua ſufficit conſenſus etiam tacitus. Tertio annotandum eſt, ſententiam alij nocere cui primum defenſio competit, ſi auctorem agere patiatur. Idē dicitur in c. quamuis. de re iudic. in decretal. quod hinc ſumptum videtur. Exemplum eſt de debitore condemnato patiente creditore, &c. non ad auctorem, ſed ad ſucceſſorem competit primum defenſio: quamuis alij aliter ſentiant, vt poſtea dicemus. Hinc ergo colligendum eſt, ſententiam latam contra debitorem præiudicare creditori. Id colligitur ex lectione Florent. de qua dixi alibi. Hæc lectio conuenit verbis Iureconſulti ſequentibus. Loquitur Macer vbique de lite mota, de proprietate: at debitoris eſt nō creditoris litigare de proprietate rei pignoratæ, vt poſtea dicemus. Itē cōuenit aliis verbis: *Qui priorē dominium, &c.* Neceſſe eſt vt hæc verba referantur ad debitorem potius, quàm creditorem. Ratione etiam oritur hæc interpretatio: lata eſt hic ſententia iuſto contradictore, ſciente & patiente eo, qui ab illo ius habet. Præterea alij ſunt loci in iure ciuili de hac re: vnus locus eſt in l. ab executore. §. 1. infra, de appell. vbi dicitur ſententiam latam de pignore aduerſus debitorem nocere creditori, ſi præſens fuerit: nam abſenti nullum præiudicium debitor facit. Alius locus eſt in l. præſes. C. de pign. vbi dicitur nō nocere creditori ſententia in duobus caſibus: ſi debitor colluſerit cum aduerſario, item ſi non cauſa cognita, ſed præſcriptione, ſuperatus ſit. Alius locus in l. iudicatę. §. vlt. de execut. rei iud. vbi nō nocet ſentētia, ſi debitor non admonito creditore cauſam egerit: ergo à contrario, &c. Nam certum eſt ſententiam non nocere creditori abſenti, niſi ſententia præceſſerit conuentionem pignoris. l. ſi ſuperatus. ſupra de pignor. An è contrario ſententia lata contra creditorem noceat debitori ſcienti, &c. Hoc vulgo receptum eſt paucis diſſentiantibus, ſed non puto hoc verum eſſe. Primū nullo iure probatur: iam enim oſtendi verba Macri non nō poſſe referri ad creditorem damnatum, ſed potius ad debitorem. Macer vbique hic loquitur de quæſtione proprietatis, quæ eſt cum domino: adde quod nulla quæſtio de proprietate pignoris poteſt eſſe cum creditore, ſaltem principaliter, ita vt non pronuntietur de dominio, &c. Abſurdum eſt igitur ſententiam latam contra eum nocere debitori. Forte ſuccumbit, quia nō probat obligationem contractam fuiſſe: nam vtrūque probare debet. l. ante omnia. de probat. ſed principalis quæſtio eſt de obligatione. Obiiciunt aliqui, debitorē poſſe prohibere ne creditor experiatur, &c. Quod non puto verum: nam inuito debitore poteſt pignus ſuum tueri. d. l. ante omnia. d. l. ſi ſuperatus. Si quis forte dicat debitorem adeſſe iudicio: Reſpondeo, non ideo poſſe prohibere, &c. Item cohęres poteſt adeſſe iudicio, &c. leg. à ſententia. de appellatio. non ideo tamen ſententia ei nocet.

PRÆLECTIO XLIII.

Oſtendimus ſupra quando ſententia inter alios lata nocet aliis ſcientibus: diximus ſententiam latā aduerſus debitorē de proprietate pignoris, nocere creditori: imputandum eſſe creditori, cui primū actio, vel defenſio competit, ſi debitorem experiri patiatur. Idem dicendum eſt de ſententia lata aduerſus vxorem de proprietate dotis. Actio vel defenſio primum, & principaliter competit marito, leg. doce ancillam. Cod. de rei venditæ. leg. in rebus. Cod. de iur. dot. Sed maritus videns ſibi moueri controuerſiam de proprietate, laudat ſuum auctorem, qui magis inſtructus eſt forte: *Son garent.* Huic auctori primum nō competit defenſio, ſed ſecundario. Idem eſt dicendū de venditore, contra quem iudicatum eſt, &c. Sententia lata contra venditorem non nocet emptori, &c. Emptori primum competit actio, vel defenſio: is agit & conuenitur, ſed denuntiat auctori ſuo, i. venditori, *Il l'appelle à garent.* l. ſi cum venditor. de euict. Apud Accurſ. quæritur, an idem ſit dicendum, ſi venditor ipſe agat: & hoc ita quæritur, quaſi poſſit agere. Quod eſt verum, vt dicitur in l. ab executore. §. alio. de appel. Sed quomodo poteſt agere, cum non ſit dominus? l. in rem. de rei vind. Receptum eſt poſſe agere nomine emptoris, in quem eſt translatum dominium. Et qui ſciente & patiente emptore agit, videtur eius nomine agere, l. Caius de pig. act. quia cum prohibere poteſt. Itam ſi emptor ageret, deberet venditori denuntiare, vt cauſam defendat, l. ſi plus. §. quæſtione. de euict. Ergo ſi ſciens & prudens patiatur eum experiri, id ei mandata intelligitur nomine ſuo inepte ageret vēditor, quia deſiit dominus eſſe. Eadémque dicēda ſunt de ſocero, aut vxore: agunt nomine mariti non ſuo. dicta leg. doce ancillam. Nihil ergo refert, an agat venditor, an conueniatur: vtroque caſu nocet ſententia emptori ſcienti, &c. Id oſtendunt verba Macri, qui paſſim vſurpat hoc verbum agere, pro experiri, &c. Et notandum eſt executionem fieri poſſe contra has perſonas, creditorem, maritum, emptorem, idque vulgo receptum eſt. Verba Macri intelliguntur de actione iudicati, vel exceptione, &c. vt referantur ad titulum. Sed hoc titulo agitur de actione iudicati, vt conſtat vel ex ipſo Prætoris edicto, de quo dixi ſupra, l. 4. §. ait Prætor. hic. Præiudicium hic accipimus, quaſi iam iudicatum ſit aduerſus emptorem, &c. Ex iam dictis colligimus, ſi proteſtetur creditor, maritus, emptor, ſe non conſentire auctori agēti, &c. ſententiā nō nocere. Nā Macer hic loquitur de eo, qui patitur, auctorē agere, & qui voluntatē ſuā accōmodat. Ergo ſi nō patiatur nō cōſētiat, ſed diſſentiat potius, nō debet ei nocere. arg. l. ſi debitor. §. 1. quib. mod. pign. Creditor conſentit, vt debitor vendat pignus ſaluo iure ſuo. Idem in l. ſicut. §. non videtur. eod. titu. Sufficit ergo proteſtatio. Nonnulli diſſentiunt, ſed leui ratione moti, nec ſatis conſiderantes verba Iureconſul. horum tamen opinio poteſt defendi, cum cauſa huiuſmodi eſt vt ſententia ius faciat inter omnes: vt in l. ingenium. ſupra de ſtatu hom. Cū iudicatur de ſtatu hominis. Non enim ideo nocet ceteris, quod patiantur, &c. ſed quod vtile viſum ſit, vim rei iudicatæ ad omnes pertinere, etiam ignorantes. Hoc igitur caſu non poterit aliter conſuli aliis, niſi vt ipſi adſint iudicio propter ſuſpicionem, &c. l. ſi ſuſpecta. de inoffic. teſtam. Præterea notandum eſt ſententiam latam contra libertum nocere patrono: ſi interueniente patrono, id eſt ſciente, patiente, præſente, vt ante diximus. Sic enim loquitur alibi idem auctor de debitore & creditore diſſerens, in l. ab executore. de appell. Ac vereor ne hæc coniuncta fuerint apud Macrum, & erratum ſit in inſcriptionibus hic. lib. 2. de appell. ibi lib. 1. Et notandum eſt hanc cauſam principaliter eſſe liberti, conſequenter etiam patroni, propter ius patronatus. l. principaliter. Cod. de liber. cauſ. Ratio eſt, non ſolum quia magis intereſt liberti, ſed etiam lis mouetur de ea re contra libertum ipſum, non contra patronum.

§. præiu-

§.præiudiciales.Inſtit.de act. Dixerit aliquis, hæc verba non cohærere cum ſuperioribus. Prius dixerat Macer, ſententiam nocere ei, ad quem actio, vel defenſio primum pertinet, ſi petatur, &c. hic autem fertur ſententia contra eum, ad quem pertinet principaliter, & dicitur nocere aliori. Veræ ſunt opiniones: ſed puto non fuiſſe hoc additum à Macro, quaſi omnino ſimile ſit. Similitudo in eo eſt, quod in vtroque caſu ſententia fertur in alios: in vtroque caſu alij interueniunt tantum, non defendunt: & dicitur eis nocere. Adde quod particula *Nam*, non ſemper cauſalis eſt, ſed plerunque diſcretiua, vt docent Grammatici: ſed hoc viderint magiſtri in artibus.

Ad l. Negotiorum. 64. & vlt.

RESponſum hoc Scæuolæ quod ſubobſcurum eſt, propter entinomiam, quæ refertur ſub tit. de appell. verbis paulum immutatis, cap. 14. Quod ideo monere volui, quia collatio vtriuſque prodeſt ad vtriuſque declarationem. Dicam ſimpliciter quod ſentio de declaratione verborum, & explicatione entinomiæ. Sciendum eſt in primis lite conteſtata vſuras currere, l. lite, ſupra, de vſur. l. 1. C. de iudic. l. cum ſtipuleti. 90. de verb. obligat. nam hoc genere nouationis non tollitur obligatio. l. aliam. de nouat. Quamuis ea nouatione, quæ per ſtipulationem fit, tollitur prior obligatio: ideo vſuræ deſinunt currere. l. nouatione. de nouat. quę coniungenda eſt cum d. l. lite. Non currunt tamen lata ſententia. l. 1. ſupra, de vſur. l. vlt. C. de vſur. rei iudic. nam ſufficiunt centeſimæ, quæ ex lege competunt victori, d. l. vlt. Succedunt in locum vſurarum primi contractus, ſi quæ forte fuerint debitæ, &c. Inde quæritur: negotiorum geſtor condemnatus eſt ad ſortem, & vſuras nam iudicium bonæ fidei eſt, ex quo debentur vſuræ. l. mora. §. in bonæ fidei, de vſur. De vſuris futuri temporis poſt condemnationem, nihil dixit, quia non pertinet ad eius officium, &c. l. 1. ſupra de vſur. Reus appellauit ab ea ſententia, & diu negotium tractum eſt: tandem ſententia pronuntiata eſt iniuſta, adeo vt competat actio iudicati, &c. Nec dubium eſt, quin poſſit exigi quod eſt deductum in ſententiam: id eſt ſors, & vſuræ præteriti temporis. Sed dubitetur de vſuris medij temporis: facit quæſtionem, quod nihil dictum eſt in poſteriore ſententia de vſuris huiuſmodi. Quamuis potuerit eum ad eas condemnare vſuras iudex appellationis. l. tutor. in princ. de vſur. Scæuola tamen ait, dandam vtilem actionem iudicati, deficiente directa. Quod dicitur, non currere vſura poſt ſententiam: verum eſt, ſi res ita ſit iudicata, vt finem acceperit. d. l. vlt. C. de vſur. rei iud. Aliud eſt dicendum ſi appellatum ſit, & iniuſta ac fruſtratoria fuerit declarata appellatio: ſic enim ex bono & æquo interpretamur poſteriorē ſententiam, repugnante ſubtilitate. Quod ſatis oſtendit Scæuola, cum ait, vtilem actionem dari. Non obſtat l. 4. C. de poſ. l. in bonę fidei. C. de vſur. cum ſimilib. vbi non petuntur vſuræ poſt ſententiam. quæ non fuerunt in obligatione, ſed præſtātur officio iudicis. Satis enim iam reſponſum eſt. Nam prima ſententia damnatus fuit reus ad ſortem, & vſuras. Sic interpretamur verbum, *Deducta*, quod ambiguum eſt, l. in ambigua. de legib. Iudex igitur appellationis, qui appellationem iniuſtam pronuntiauit, videtur etiam ad vſuras condemnaſſe. Perinde accipimus, ac ſi dixiſſet, condemno ad vſuras totius præteriti temporis, id eſt, medij. Et admittitur hæc interpretatio ex bono & æquo: propter appellationem, qua negotium protractum eſt, vt iam dixi. Deinde videntur quodammodo fuiſſe in obligatione vſuræ propter priorem ſententiam. l. 3. §. idem ſcribit de pecul. Et certum eſt, vſuras quæ ſunt in obligatione, recte peti poſſe poſt ſententiam. leg. centum Capuæ. ſupra de eo quod certo loco. tit. 4. li. Pandectar. 13.

Vſura currunt lite conteſtata & non lata ſententia.

EIVSDEM IN EVNDEM titulum, Methodica Partio.

DE re iudicata, id eſt, quæ pronuntiatione iudicia finem controuerſiarum accipit, tractaturi: qua quidem re, vt in oratione pro Publio Sylla ait Cicero, Reipublicæ ſtatus maximè continetur: De perſone iudicis primum: deinde de ipſa pronuntiatione diſſeremus.

De perſona iudicis.

CAP. I.

QVi rem iudicat, vt de ea notionem habeat neceſſe eſt. Eſt autem notionis verbum generale, ſignificans non modo iuriſdictionem quæ propria eſt magiſtratuum, ſed & cognitionem quæ ad priuatos quoque iudices pertinet. l. ait Prætor. l. notionem. inf. de verb. ſignif. Præterea ſanæ mentis eum eſſe oportet, l. cum prætor. l. cum furioſus. ſupra de iudic. Et hoc ſenſu verba Pomponij accipienda eſſe aliquando cenſuimus. Furioſo ſententia à iudice, vel ab arbitro dici non poteſt. l. furioſo. hic. quæ ſic ab aliis intelliguntur, quaſi Pomponius velit iudicem non poſſe homini furioſo ſententiam dicere: id quod falſum meo iudicio atque iniquum eſt. An autem ſententia à minore 25. annis lata valeat, quæſitum eſt. Sed cùm hæc res diſtinctionem recipiat, certis regulis commodius explicabitur.

Prima, Impubes neque iudex eſſe, neque ſententiam dicere poteſt. l. cum prætor. ſupra de iudiciis. l. 2. de reg. iur.

Secunda, Minor 25. annis adultus magiſtratum gerere poteſt, leg. quidam conſulebant. hic. Factum enim Principis improbandum non eſt, ad quem magiſtratuum creatio pertinet. l. 1. ad leg. Iul. de ambitu.

Tertia, Ad munera ſiue ad honores municipales minor 25. annis non admittitur, l. ad Remp. de muner. & honorib.

Quarta, Minor viginti quinque annis dummodo ſit maior 18. rectè iudex datur, ſcilicet à Prætore, aut alio magiſtratu, qui ius dandorum iudicum habeat. Non enim tantum periculi in ea re eſt, quantum in adminiſtratione Reipublicæ, d. leg. quidam conſulebant. in princ. Non tamen ante vigeſimum annum poteſt quis inuitus cogi ad iudicandum. l. cum lege. ſupra de arbit. licet alioqui munus iudicandi detrectare nequeat, l. vlt. §. iudicandi. de muneri. & honorib.

De modo & forma pronunciationis.

CAP. II.

SEntentia præſentibus iis quos cauſa contingit ferenda eſt, nec abſenti nocet, niſi contumax fuerit. Sed & ſi dicta fuerit abſenti aut furioſo, idem dicēdum eſt, l. certum. §. ſi quis abſente. infr. de confeſſis. & l. furioſo. Contumacem autem eum accipimus, qui rite & legitime euocatus non obſequitur, cum id facere poſſit & debeat. Nam qui ad maius auditorium vocatur, aut quē valetudo, vel alia iuſta excuſatio defendit, contumax non dicitur, l. de vnoquoque. l. contumacia, & l. contra pupillum. & l. quęſitum. hic. Sed & ſi ſententia aduerſus mortuū vel minorem indefenſu lata ſit, idē

ſe licet magiſtratui qui ius dicit & ſententiam exequi tur: iudici autem dato non licet, l.2.& l.4 §.ſi quis. Itẽ reale potius quam perſonale beneficium eſt, & iudicato eiuſdémque hæredibus & ſucceſſoribus præſtatur, l.tempus.hic. Quod vtique non eo pertinet vt intra id tempus ſe liberare non poſſint, ſed vt ne inuiti id facere cogantur, l.intra dies.hic.

Iudicatum exigitur per per carcerẽ etiã ſolidũ. Sequens quæſtio eſt, an actione iudicati ſolidum exigatur integrũmque debitum, etiam ſi iudicati facultates id commoda non patiantur. Reſpondeo regulariter à reo victo ſolidum exigi, vt ne teruntius quidem ei reliquatur, & quod lege acerbius eſt, in carcerem quoad debitum perſoluerit, coniici poſſe, l. 1. C. qui bon.ced.poſſ. Sed ſi in eum carceram victum vel ſtratum inferri quis iudicato non patiatur, actio aduerſus eum dabitur. l. ſi victum. Nec ſufficit expromiſſorem dare, niſi pecuniam ſoluat, aut ea obligatione ſe liberet, quæ ex cauſa iudicati deſcendit, l.4.§ 1.& §.ſoluiſſe Excipiuntur certæ perſonæ, quarum in executione habetur ratio, ne egeant, etiam ſi in ſolidum condemnatio facta ſit, l.in condemnatione. infr. de reg.iur. Ex eo numero in primis ſunt parens & patronus qui à filio vel liberto conueniuntur. Non enim decet vt quos omni officio & honore proſequi tenentur, eos egere ſinant, & victu neceſſario ſpolient, l.ſunt qui. hic.l,ſ.§.de obſequiis. Proximus eſt iis maritus dotis nomine conuentus ab vxore.l Patronus.hic. Ea enim marito reuerentiam quoque debet, l.alia.§.elegãter, ſup ſolut.matr. Ideoque iuris eſt, etſi non de dote, ſed de quauis alia re, præterquam ex maleficio, agat, leg.non tantum.& l. ſi rerum. Idem dicimus etſi maritus non conueniatur, ſed ſocer, aut viuo marito eius procurator vel defenſor, l.ſicut. cum ſequentibus.

Alia cauſa eſt fideiuſſoris aut hæredis, ad quos hoc beneficium non tranſit, l.etſi fideiuſſor.& l. ſciendum l.maritum.ſupra ſolut.matrim. Adde militi hoc quoque priuilegium concedi, l.miles. Illudque præterea, vt ne ſtipendia eius in cauſam iudicati capiantur, extra quam ſi nulla alia ſententiæ exequendę ratio ſuperſit: idque reſcripto Antonini continetur, l.ſtipendia.C.de execut.rei iudic. Principis vero noſtri edicto cautum eſt, quantum ad hæc ſtipendia attinet, vt quæſtores ea retineant, & annonam militibus creditam perſoluant ſi à militibus ipſis exoluta non fuerit. Porro ſocius aduerſus ſocium hoc beneficio vtitur, niſi ſe negauerit ſocium eſſe, dicta l.ſunt. qui l.ſed hoc ita. l. verum. ſupra pro ſocio. item filius emancipatus à patre, vel exhæredatus, ſi ex eo negotio conueniatur quod in poteſtate patris cõſtitutus contraxit, l. & exhæredatum. Quod beneficium amittit, ſi tum ſe patremfam. eſſe mentiatur cum cõtrahit, l.qui cum ſe. Poſtremo loco eſt donator, qui conuenitur à donatario ex liberalitate ſua, non ab alio cui fortaſſis donator ipſe delegatus eſt, l.diuus Pius.de reg iur.l. Neſennius.in princ. hic. Damnatur enim in quantum facere poteſt, & quidem is ſolus deducto ære alieno, vt eo videlicet exoluto, ſi quid præter alimenta reſque alias ad vitam honeſtè degendam neceſſarias reliquum ſit, id donatarius conſequatur. Nam cæteri quorum prius mentio facta eſt, æs alienum non deducunt, ac inter creditores eorũ ſi pares ſint, melior eſt conditio occupantis, l.inter eos, l.& exhæredatum.& l.cum ex cauſa. Quod de donatore dictum eſt, ſic accipe, niſi rei donatæ & traditæ aliquo caſu poſſeſſionem nactus fuerit, & ſic vt quiuis poſſeſſor conueniatur, l.Neſennius.§. fundum.

Qui ſententiam exequantur.

CAP. V.

MAgiſtratus nõ modo ſuam, ſed iudicum etiam, ſiue arbitrorum à ſe datorum ſententias exequuntur, l.à diuo Pio.in princ. Qua re in ea apparitorum opera vti ſolent, l. ſi pignora. ſupra de euict. Nam iudices dati, qui etiam arbitri à veteribus conſultis dicuntur, quod vel ex Oratione Ciceronis pro Muræna cognoſci poteſt, cum neque imperium vllum habeant, neque iuriſdictionem, ſed notionem tantum, id eſt, ſimplicem cognoſcendi facultatem, ſẽtentiam à ſe dictam exequi non poſſunt, l. ait Prætor. hic.§.ſi vero. Authent.de exhib.reis.

Executio igitur magiſtratuum tantum eſt, non iudicis priuati. Puto tamen eum cui à magiſtratu mandata eſt iuriſdictio ſententiam exequi poſſe. Is enim iuriſdictionem habet, imperiũmque cohærens iuriſdictioni, quod mixtum appellatur, fungitúrque per omnia vice eius qui mandauit, non ſua, l.etſi Prætor. & l. vltim. de offic. eius cui mand. eſt iuriſdict. & lege. ſolet. ſupra de iuriſdictione Præterea ſententiam ab vno magiſtratu dictam ipſo poſtulante poteſt alius executioni mandare, idque nonnunquam eſt neceſſarium: veluti cum is, qui Romæ damnatus eſt, prædia alibi & poſſeſſiones habet, d.l. à Diuo Pio. §. à ſententia. Vel Epiſcopus qui caret territorio, aut rector vniuerſitatis ſcholaſticæ, tulit ſententiam, l. epiſcopale.C.de epiſcop.audient.

Forma executionis ſententiæ.

CAP. VI.

VLpianus hunc ordinem à Præſidibus prouinciarum ſententias exequentibus ſeruari ſolitum tradit, vt res mobiles primo & animales, iiſque omnino deficientibus vel non ſufficientibus, immobiles quoque capi ac diſtrahi iubeant. Quid ſi harum omnium ſit penuria? Ad iura tandem & nomina, velut ſubſidium peruenietur. l.à diuo Pio. §. in venditione. Et hoc ita fere interpretes accipiunt, vt fas eſſe negent hunc ordinem peruertere, & formam quæ debitoris fauorem reſpiciat, in eius præiudicium immutare. Mihi autem probabilius videtur id gratia creditoris introductum, quod hac via commodius & expeditius executio fiat, arg.§.Itẽ quid dicemus. ead.l. Res enim mobiles facilius quam cæteræ emptorem reperiunt. Huc accedat quod debitori eſt vtilius in nominibus executionem fieri, arg.l.magis puto. §. nam paſſim. de reb.eorum. Ea tamen eo ordine ſeruato poſtrema omnium in executionem veniunt. Quamobrem facile adducor vt credam: executori liberum eſſe vel hoc ordine neglecto quod promptius duxerit ad ſententiã exequendam id ſequi. Quod & iudiciariæ legis recẽs in Gallia promulgatæ 1539. capite ſeptuageſimo quarto nominatim cautum eſt. Hinc variæ oriuntur quæſtiones, vt cum quæritur, Quid iuris ſit, ſi pignora capta & ſubhaſtata emptorem non inueniant: Quid ſi ſuper rebus captis controuerſia fiat? & aliæ huiuſmodi permultæ, quas ab Vlpiano tractatas copioſè viua præceptoris voce tractari ſufficiet. Ad extremũ illud adiiciendũ eſt, quod vulgo dici ſolet, ab executione nõ eſſe incipiendum, ſed præcedere ſententiam oportere, l.ſi cum nullam. hic. l.1. C.de execu. rei iudic. Verum nos alio iure vtimur, & inſtrumenta apud nos nõ minus quàm res iudicatę promptam habent executionẽ, nouiſſima conſtitutione cap.65. *Ab executione non eſt incipiendum niſi ſit inſtrumentum obligationis.*

AD TIT II. DE CONFESSIS.

TOtus hic titulus nihil aliud quàm vnam regulã, eiuſdémque explicationem continet, Regula eſt,

Digitized by Google

Confeſſum pro iudicato eſſe,id eſt,confeſſionem vim rei iudicatæ obtinere. l.1.hic.& l.poſt rem.ſupra de re iudic. Ex quo conſequitur,eum qui conuentus ſtatim bonam fidem agnoſcit, & ſe debere fatetur, nec condemnari, nec ad iudicium ſuſpiciendũ cogi,l. ſi domus.§. ſi pecunia.ſupra de leg.1.l.ſi reus,ſupra de procur. Nullæ enim ſunt iudicantis partes in confitentem,l.proinde. ad leg.Aquilian. Poſt confeſſionem ergo tempus abſoluendum habebit reus idem quod iudicatis lege præſtitutum eſt,l.certum.§.vltim.hic. l. ſi debitori. ſupra de iudiciis. Plerunq.tamen iudex, ſiue arbiter in confitentem dari ſolet, litis æſtimandæ vel computationis faciendæ,vel rei cuiuſpiam ſimilis gratia,d. l. proinde.l.Iulianus.& l.qui Stichum.§.pen.hic.Hæc regula in primis accipienda eſt de ea confeſſione quæ ad deciſionem litis & controuerſiæ pertinet.Nam interrogationes aliquando fiunt in iudicio,non de re principali,ſed alia quapiam,cuius incertitudo actori obeſt,quominus litem mouere aut motam cœptámque peragere poſſit.Quo caſu confeſſio expreſſa à reo, ſententiæ poteſtatem non habet,toto titulo de interrog. in iure faciend.ſupr. de quibus fit mentio Conſtitutionis nouiſſimæ c. 37.

Secundò,hæc regula non procedit in iudicio criminali.Nam confeſſus crimen,quamuis ciuiliter ex confeſſione ſua teneatur.l.4.hic.vt tamen de eo ſuppliciũ ſumatur inquiſitione aliqua ac probatione opus eſt. Videndũmque num forte mortis cupidine magis quã facinoris cõſcientia ductus, id confeſſus fuerit,l.1.§. diuus Seuerus, infra de quæſtione leg. non tantum, de appellation. Sed tantiſper in vinculis conijcitur, dum fuerit de eo pronuntiatum,l. ſi confeſſus. de cuſtod.reor.infra.

Confeſſus crimen ſine probatione criminaliter non tenetur.

Tertiò,confeſſionem hic intelligimus in iure factã. l.vnica.C.eo.Etenim quæ extra iudicium fit, non ſententiæ,ſed probationis tantum loco eſt,& ita demum valet ſi cauſam contineat,l.Publ.§.vlt.de ſup.poſ.& l. cum de indebito.ſup.de probat.

Quartò,Regulam accipimus de eo qui certum confitetur,l.certum.in princ.idque merito,cum ne ſententia quidem valeat,quæ certam non continet quantitatem, §. curare. Inſtit. de act.& toto titulo de ſenten. quæ ſine certa quantitate.

Quintò,in huiuſmodi confeſſione præſentia aduerſarij neceſſaria eſt,d.l.certum.§.ſi quis abſente, l. fin. de interrog.actio.l.nuda.ratio.de donat. Ne iudicis præſentis confirmatur,niſi abſentis nomine conſentiat & acceptet confeſſionem,arg.l.1.§.exigere.de magiſt.conuenien.

Confeſſio facta per errorem vſque ad ſententiam reuocatur.

Sextò,confeſſio facta per errorem facti non iuris minime nocet confitenti,leg.1.hic.&.reuocari poteſt vſque ad ſententiam, l. error. C. de iuris & facti ignor. Compertóque errore ab eo magiſtratu coram quo confeſſus eſt reus,non à iudice poſt confeſſionem dato abſoluitur.l.pen.hic.

Confeſſio procuratoris, tutoris, curatoris non ſufficit.

Septimò,confeſſio procuratoris tutoríſve aut curatoris non ſufficit,vt quis pro condemnato habeatur,d. l.certum.§.ſed an ipſos.l.ſi defenſor.ſupr. de interrog. in iure faciend.l.proinde.ad leg.Aquil. Nam licet bonam fidem agnoſcere, nec iniuſtam cauſam tueri debent,l.quoties.§.ſicut.de admini.tuto. non continuo tamen domino aut pupillo præiudicat talis confeſſio: alioqui ipſis rem quodammodo alienam donandi præberetur occaſio.

Octauò, confeſſio facta à pupillo citra tutoris auctoritatem,nulla eſt: ab adulto quidem mero iure valet,ſed captus in integrum reſtituitur, leg.certum. ad fin. hic.

AD TIT. III.

DE CESSIONE BONORVM.

CAP. I.

CVm priſcis temporibus debitores qui iudicatum non facerent,conijci in vincula & ſuppliciis affici moris eſſet, lege Iulia tandem hæc aſperitas eſt mitigata. Eſt enim ea lege cautum vt inopes debitores bonis & ſubſtantia ſua creditoribus cedendo, à moleſtiis carceris & quacunque alia pœna liberentur.l.1. & 4.C.qui bonis ced.poſſ.& C. Th. qui bonis cedere ex l. Iul. De ceſſione igitur tractaturi in primis ea quẽadmodum fiat videamus, reliquos huius argumenti locos quam breuiſſime fieri poteſt,exequuturi.

Quomodo fiat ceſſio.

CAP. II.

IVre Romanorum nullus exigitur in bonorum ceſſione ritus,aut ſolennitas, ſufficitque ſola voluntatis profeſſio.Nec quicquam intereſt, in iure, an extra ius:præſens an abſens:per nuntium videlicet,aut epiſtolam debitor cedat, id eſt, bona ſua omnia,ſi quæ ſint creditorib.ſe relinquere ac veluti dedere profiteatur.leg.vlti.hic.l.in omni.Cod.eod. Sed cùm ea res in Gallia decoctoribus nimiam fraudandi anſam daret, Ludouici.12.conſtitutione cap.70.ſancitum eſt vt nemo niſi præſens,& in iudicio, diſcinctúſque ac nuda ceruice bonis cedat:vt huius ignominiæ & dedecoris metu pauciores in perniciem creditorum ad tam fœdum & miſerabile ſubſidium confugiant. Notandum autem eſt quod in bonorũ ceſſione cõſenſus creditorũ neceſſarius non eſt: niſi cũ ipſis reſcripto Principis datur electio,vel quinquennale ſpacium indulgendi, vel bonorum ceſſionem admittendi : quo caſu maioris partis creditorũ cõſenſus præualet minori.l. vlt.C.eo. Antequam tamen admittatur hæc ceſſio, audiendi sũt ſemper creditores,cauſaturi forte neque damnatum neque confeſſum eſſe reum,vel ex maleficio eum teneri,aut quid aliud ſimile, propter quod ceſſio reijci debeat.l.penult. hic.l. 1. de pœnis. l. ſed ſi ex parte. §, quod cum eo.

Ceſſionis bonorum in Gallia ſolennitas.

Quis cui cedat.

CAP. III.

DEbitor cedit creditori, vt ex iam dictis liquet: nec diſtinctio perſonarum adhibetur, ſed cuinis cedere permiſſum eſt,ſiue maſculo,ſiue fœminę:ſiue patriſamilias,ſiue filioſamilias.l.eum.§. filij. Cod. eod.nam & eccleſia ſi ſoluendo non ſit, hoc vtitur beneficio, idque ad quamcunque etiam vniuerſitatem porrigitur.auth.vt deter.ſit num.colla.1.

De effectu ceſſionis.

CAP. IIII.

LEge duodecim Tabularum debitores qui ſoluendo non eſſent,in ſeruitutem temporariam addicebantur creditoribus:quib.ſi plures forent, reum ſibi addictum diſſecare ac partiri licebat,vt notat Gell.lib. 20.c.1.& Tit.Liuius lib.8. Verum hoc ſeruitutis genus iamdudum merito ſublatum eſt, l. ob æs alienum.C. de actio. & obligat.Quo iure conſtituto pœna carceris & vinculorum adhuc remanſit,& aliæ fortaſſis nõnullæ,quarum apud veteres eſt mentio.Nam lege Roſcia certum in ſpectaculis locum decoctoribus conſtitutum fuiſſe ſcribit Cicero in ſecunda Philippica,

quamuis

quamuis fortunæ vitio non ſuo decoxiſſent. Adrianus quoque Imperator eoſdem, ſi ſuæ authoritatis eſſent catamidiari in amphitheatro iuſſit: cuius rei auctor eſt Spartianus. Sed legis Iuliæ beneficio cuius ante meminimus, aliarúmque poſteriorum legum cedens omni pœnæ atque infamiæ eximitur, l.1.& 4.C.eo.l.debitores. ex quib. cauſis infam. irrogat. & tantum ei bona fortunæ, ſi qui extant, auferuntur: ita tamen vt creditores ea inter ſe non diuidant, aut iure dominij non retineant: ſed vendant potius: niſi pœnitentia ductus is qui ceſſit eorum diſtractionem impediat.l.3.& 5.hic l.2.& 4.C.eod. Quod ſi bona ad totius debiti ſolutionem non ſufficiant, non liberatur hac ceſſione debitor.l.1.C.eo.ſed locupletior effectus, poſtea quatenus facere poteſt, non in ſolidum conuenitur, vt victu neceſſario & alimentis non careat, l.qui bonis.& l. ſi debitoris.hic.§.vlt.de action.c.Odoardus. de ſolut.

AD TIT. IIII.

QVIBVS EX CAVSIS IN POSSESSIONEM EATVR.

Cap. I.

QVia hoc iure indicta cauſa abſens non damnatur, ſed in poſſeſſionem bonorum eius mittitur aduerſarius: conſentaneum eſt vt poſt tractatum de re iudicata, de hac miſſione quoque eius cauſas generaliter inquirendo, tractemus. Quod vt commodius fiat, à declaratione verborum eſt incipiendum. Igitur in poſſeſſionem mittere, conſuetudine loquendi à Iureconſultis recepta, nihil aliud eſt quàm rei alienæ cuſtodiam & obſeruationem concedere. Is enim qui Prętoris decreto mittitur in poſſeſſionem alicuius rei ob cauſas inferius dicendas, non poſſidet, cum nomine tantum alieno, velut cuſtos, rem detineat.l.cum legati hic. Nec vllum aliud ius in ea re, præterquam pignoris habet, l.qui legati.C.vt in poſſ.lega. itaque dominũ & poſſeſſorem expellere nequit, ſed ſimul cum eo rẽ tenere, vt tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueat ab eo quod petit, l.is qui.ſupra vt in poſſ.legatorum. Eadem ratione fit vt nec fructus perpetuos lucrari, nec etiam alij ex eis debeat: præterquã in exceptis caſibus, l. Fulcinius.in princ.hic.& l.quæ legato, ſupr.vt in poſſ. legat. Agrorum nihilominus cultura fructuúmque collectio, ac denique totius rei tutela ad ipſius curam & officium pertinet, l.in venditione.& leg. Prætor ait.infra.tit.proximo, d.l.is cui. §. qui legatorum. Quod ſi fructus perpetuos poſtea non reſtituat, aut eius dolo deterior cauſa poſſeſſionis facta ſit, actio in factum ex edicto aduerſus eum dabitur.

De cauſis in poſſeſſionem miſſionis.

Cap. II.

CAuſæ huius miſſionis variæ ſunt: hic obiter, & primorib.(vt aiunt) digitis tactæ.l.1.hic. præter eam de qua potiſſimũ agitur. Vna eſt, cum damni infecti nomine non cauetur, de qua ſuperius abundè tractatum eſt ſub tit. de damno infecto.

Altera eſt, cum legatorum à ſe relictorum nomine hæres, poſtulante legatario non ſatiſdat: idque non tantum ſi eiſdem dies aut conditio adſcripta ſit, ideoq. peti nondum poſſint, ſed etiam ſi pure ſint relicta, propter moras quas executio iudicij habet, l.etiam. vt legati nomine caueat.& ſupr. toto tit.vt in poſſeſ.legat. l.1.& l.ſi quis creditorem.& l.ſi filiofa. hic. Nec peti tib. tantum legatarijs, verum etiam quibuſcunque aliis creditoribus hæc cautio locum habet, eáque non præſtituta, in poſſeſſionem miſſio, ſi vel ſuſpectum hæredem habeant, vel diu hæreditatis aditio differatur, l. ſi diu, cum ſequenti hic.& l.ſi creditores. infr. de priuileg.cred.

Quarta verò & præcipua cauſa eſt, neque huic loco maxime congruit, cum reus in iudicium vocatus deſerit vadimonium. id eſt, neque ſui poteſtatem facit, neque à quoquam defenditur, l.2.hic. Lite enim nondum conteſtata ob contumaciam damnari non poteſt, ſed hac pœna viſum eſt antiquis eum à iudice coerceri, vt in omnium eius bonorum poſſeſſionem aduerſarij inducantur. Quod & Cicero in oratione pro Quinto aperte declarat, cum ait, Bonorum poſſeſſionem ſpectari non in aliqua parte: ſed in vniuerſis quæ teneri & poſſideri poſſunt. Verum ex nouiſſima Iuſtiniani cõſtitutione, non niſi pro modo quantatis debitæ, & ſũmatim negotio diſcuſſo in poſſeſſionem itur, §. ſi vero. in authen. de exhibend. reis. collat.5. Et hoc genere coercitionis aduerſus pupillum quoque & alias ſimiles perſonas Prætor vtitur, ſimodo ipſi liqueat eas nõ defendi: ſed ſimulatque recte defendi cœperint, de poſſeſſione erit dicendum, leg. 3. cum ſequenti. Tametſi ab aliis nunquam non defenſio exigatur, l.2. hic. Eſt præterea notandum quod creditore in poſſeſſionem miſſo, ſi quæ actiones tempore petituræ ſint, dandus eſt bonis curator, aduerſus quem agi poſſit, l. creditore. tit. ſequenti. Item ſi plures creditores miſſi ſint, vnum eligi oportet, à quo inſtrumentorum deſcriptio fiat, & qui rationum curam & ſolicitudinem ſolus habeat, ne à ſingulis tractatæ corrumpantur, l.vlt. eo.tit. Hactenus de miſſione in poſſeſſionem iam de bonorũ venditione videndum eſt.

AD TIT. V.

DE REBVS AVCTORITATE IVDICIS POSSIDENDIS,

SEV VENDENDIS.

BOna in abſentis qui non defenditur, pignoris tantum loco detineri poſſe ſupra diximus. Eius verò qui fraudationis cauſa latitat, bonorum venditio, non ſolum poſſeſſio Prætoris edicto permittitur.l. Fulcinius.§.1. hic.l.item ait Prætor. ſupr. ex quib. cauſ. maiores. In qua venditione vſusfructus quoque venit, ſi quem debitor habeat.l.in venditio, tit.ſeq. Statuæ vero in honorem eius in publico poſitæ, concubina, liberi naturales, aliæque res huiuſmodi non veneunt, l. Aufidius. leg.bonis.infr. de priuil. credit. Excipiuntur pupillus, furioſus, captus ab hoſtibus, itemque is qui ſine dolo malo Reipublicæ cauſa abeſt: quorum omnium bona non ſtatim diſtrahi dicuntur, tametſi in eorum poſſeſſionem eatur.l.in poſſ.hic.l.eum qui.l. vlt.de priuil.creditor. Vendi autem bona oportet in eo loco in quo reus defendendus eſt, id eſt, in loco domicilij, vel cõtractus l.1.& 2.inf.tit.ſeq. niſi forte in alieno territorio ſita ſint, l.cum vnus.§. is cui.eo.tit. Poſtremo animaduertendum eſt, formam hanc totam quæ iure Romano aduerſus abſentes introducta eſt, conſtitutionibus regiis abrogatam eſſe, quibus licet aduerſus contumacem, quamuis lite nondum conteſtata, ſententiam ferre: modo aduerſarius præſens de iure ſuo docuerit. conſtit. nouiſſima, 1539. artic.24.

AD TIT. VI.

DE PRIVILEGIIS CREDITORVM.

CVm bona debitoris væneunt inter creditores, nonnunquam oritur controuerſia quis cui præ-

feratur, quis forte ea ad integram æris alieni exſolutionem non ſufficiunt. Hac igitur de re quid indicandum ſit, ex his quæ ſequuntur regulis agnoſci poterit.

Prima regula: Qui in bonis debitoris ius pignoris vel hypothecæ habent, cæteris omnibus anteponuntur, ac inter eos potior eſt is qui anteriore tẽpore pignus contraxit, niſi in caſibus qui ſpecialiter excepti reperiuntur, leg. eos. qui potio. in pigno. habean. Secũda regula: inter creditores qui hypothecas non habent occupantis melior eſt conditio, id eſt, eius qui pecuniam debitam nomine alio inſtante accepit, antequam bona poſſeſſa eſſent: poſt bona ſiquidẽ poſſeſſa par eſt omnium cõditio, l. qui autem. §. ſciendum. infra quę in fraud. credit. Excipiuntur priuilegiarij, id eſt, qui πρωτοπραξίαν, vt Plinius vocat, & ius ante alios exigendi babent, quos ordine & ſigillatim recenſebimus.

Primus eſt is qui in funus defuncti pecuniam impendit, l. impenſa. de relig. & ſumpt. fune. ſiue funeraria, ſiue quacunque alia actione experiatur. l. 2.

Secundo loco eſt mulier, quæ dotem repetit, quod in ſponſa quoque locum obtinet, ſi præmaturè dotem dedit, nec matrimonium ſequutum eſt, l. 2. §. vltim. cũ ſequenti. Hoc amplius ex Iuſtiniani conſtitutione, tacitam habet hypothecam pro dote ſua mulier in bonis mariti, l. aſſiduis. qui potior. in pig. hab. §. fuerat Inſtit. de act. Pupillus pręterea in bonis tutoris priuilegium habet, & in bonis etiam eius qui pro tutore negotia geſſit, l. vltim. de tut. & rat. diſtrah. Idemque de furioſo, prodigo, aliiſque id genus hominibus in bonis curatorum ſuorum dicendum eſt, l. 4. hic. Hoc autem priuilegium cum perſonæ detur, non cauſæ, ad hæredem non tranſit, l. ex pluribus, ſupra de adminiſt. tutor.

Quartus eſt is, qui ob reſtitutionem ædifitiorum, aut rem aliam huic non diſſimilem pecuniam credidit, l. 1. de ceſſ. bonorum. ſupra l. ſi ventri. §. 1. l. qui in nauem. & l. quod quis. hic. l. creditor. ſi certum petat. Quinimo tacitam hypothecam habere dicitur, & cæteris vetuſtiori tempore ſubnixis præferri, quoniam abſque eius ope res ſalua futura non fuit, l. 1. ſupra in quibus cauſ. pign. tacit. contrahat. l. interdum. qui potio. in pignor. hab.

Quintus eſt, is qui apud menſularium pecuniam depoſuit, non qui fœneratus eſt: ac tametſi Vlpianus alibi generaliter ſcripſerit, eum ante priuilegia hoc beneficio vſurum, l. ſi hominem, ſupra depoſiti. hoc tamen in loco id accipiendum eſſe declarat, ſi nummi depoſiti adhuc extent, & vindicentur à depoſitario, l. ſi ventri. §. in bonis. hic.

Fiſci priuilegium. Sexto his enumeratur fiſcus, qui etiam præter priuilegium taciti pignoris iure nititur, tòto titul. de priuileg. fiſ. l. 2. C. in quib. cauſ. pignus tacite contrahitur. Alioqui iure priuatorum cenſeri ſolet. l. item veniunt. §. in priuatorum. ſupra de petit hæred. Vnde Modeſtinus non putat eum delinquere qui in dubiis quæſtionibus contra fiſcum facile reſponderit, l. non puto. infra. de iure fiſci. Plinius in Panegyr. ad Traianum. Quæ præcipua tua gloria eſt, inquit, ſæpius vincitur fiſcus, cuius mala cauſa nunquam eſt, niſi ſub bono Principe. hæc ille.

Priuilegiũ nullum inter priuilegiarios. Poſtremo in hunc numerum referuntur & ciuitates ſi quæ ſint, quibus hoc priuilegium ſpecialiter competat. quod idem Plinius epiſt. libr. 10. quibusdam Põticis ciuitatibus conceſſum fuiſſe ſcribit, vt & l. Antiochenſium. hic. Sane inter priuilegarios pares nullus ordo ſpectatur, ſed ſimul omnium habetur ratio. l. priuilegia. hic. l. ſi. hominem. §. quoties. ſupra mandat.

AD TIT. VII.

DE SEPARATIONIBVS.

Cap. I.

Separatio eſt bonorum hæreditariorum ab his quę hæredis ſunt auctoritate Prætoris facta diſcretio. Cuius definitionis explicationem ex ſubiectis capitibus diſces.

Qui ſeparationem impetrare poſſint, & ob quas cauſas.

Cap. II.

Primũ omniũ hæc ſeparatio creditorib. hęreditariis conceditur, ſi fortè cõtendãt bonis vtriuſq. cõfuſis & cõmiſtis, ſe minus cõſecutos. l. 1. in prin. Nec refert pure, an in diẽ, an ſub cõditione debeatur, l. creditoribus. hic. Hæc autem ſeparatio tum creditoribus defuncti vtilitatem adfert, cum ipſius bona ſoluendo ſunt, non hæredis. Adde quod æquitatis cauſa contra ſtrictam diſputandi rationem introducta eſt, cum hæres & defunctus vna & eadem perſona eſſe intelligantur, & adita hęreditate, bona hęreditaria cum proprio hęredis patrimonio cõfundantur §. 1. in authen. de iureiur. à morien. præſtito, l. cum hæredes. ſupra de acq. poſ. Quod dictum eſt de creditoribus, id'tn legatariis quoque locum habet, l. quoties. hic.

Secũdo loco impetratur ſeparatio à creditore, cũ debitor fideiuſſori hęres extitit. Nã etſi oblig. fideiuſſion. extincta ſit. æquum tamen non eſt damno affici creditorem, qui fortaſſis intelligens bona debitoris ſoluẽdo non eſſe, fideiuſſore accepto ſibi caueat, l. e. debitor, hic.

Tertio hæc ſeparatio permittitur etiam creditoribus ipſius hæredis in certis caſibus. ſed regulariter eis denegatur. Hæredi enim licet adeundo hæreditatem quę ſoluendo non eſt, creditores ſuos onerare. At creditorum defuncti cuius hæres eſt, conditionem deteriorem facere adeundo non poteſt, l. 1. §. ex contrario. & §. quæſitum.

Quarto impetratur ſeparatio ab ipſo hærede, ſi coactus hæreditatem adierit, & non ſit cui reſtituatur. Alioqui de ſuo creditoribus hæreditariis ſoluere cogeretur, l. 1. §. ſed ſi quis: Idem iuris eſt in hærede neceſſario: puta ſeruo, qui patroni ſui vita functi bona nondum attigit, l. 1. §. vlt. Nam is qui attigit, non niſi obtẽtu minoris ætatis impetrat ſeparationem, l. ait. Pręṫor, ſupra de minor.

Quinto, qui cum milite contraxerunt, poſtquam militiæ nomen dedit, & caſtrenſe peculium cœpit habere. aduerſus alios creditores qui ante id tempus cõtraxiſſe dicuntur, bonorum caſtrenſium ab aliis ſeparationem impetrare poſſunt, ſi ſua intereſſe exiſtimauerint. leg. 1. §. ſi filij. Nec quenquam moueat quod hic caſus ſub definitione noſtra non contineatur, in qua ea tantum quæ frequentiora ſunt, includere voluimus.

A quo & quomodo impetranda ſit hæc ſeparatio.

Cap. III.

Bonorum ſeparatio non niſi à Prætore, idq; cauſa tantum cognita decernitur, l. 1. in princ. & l. de his autem. l. 1. de bonis auct. iu. poſſid. C. Nam qui nouandi animo ab hærede ſtipulatus eſt, aut alio quouis pacto eius fidem ſecutus eſt, hoc beneficium amittit, l. 1. §. illud ſciendum. & §. ſi quis pignus. ſecus ſi creditor

hæredem

hæredem conuenerit, litémque cum eo cooteſtatus ſit. leg. vlt. hic. Horum igitur omnium rationem habiturus eſt Prætor. Sed & illud quoque animaduertere debebit, num vtriuſque bona confuſa atque commixta ſint, vt ſecerni nequeant: num effluxerit quinquennium ab aditione hæreditatis. Num denique hæreditas ab hærede ſine dolo & fraude vendita ſit. Quibus caſibus ſeparationis beneficium non indulgetur, leg. 1. §. Præterea cum. ſeq.

De effectu ſeparationis.

CAP. IIII.

POſt impetratam à craditoribus defuncti bonorũ ſeparationem, etſi forte non inueniatur idonea hæreditas, ex propria tamen hæredis ſubſtantia nihil conſequuntur, quamuis aliquid ex ea ſuperfuerit. Creditores autem hæredis proprij quod ſupereſt ex bonis teſtatoris iore capiunt. His enim nihil eſt quod vitio verti poſſit. Illi verò expenſum ſuæ facilitati & temeritati ferre debẽt, ſi ſeparationẽ poſtulãdo bona minime idonea prætulerint idoneis. l. 1. panult. l. ſi creditores.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLIII. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM,

IN TIT. I. DE INTERDICTIS SEV EXTRAORDINARIIS ACTIONIBVS, quæ pro his competunt.

Proprietas & conſiſſio differunt.

QVEMADMODVM pro dominio & proprierate rerum vel acquirenda, vel conſeruãda prodita ſunt iudicia & actiones ita & poſſeſſiones. Sepe admonui, inter proprietatem & poſſeſſionẽ multum intereſſe. l. Naturalem. §. nihil commune. de acquir. poſſeſſ. Hæ iudicia autem interdicta vocantur, quaſi interim dicta, quia non finiunt cauſam: ſed præparant tantum. Sunt quædam ad interdicendum & prohibendum, aliqua quæ nec prohibent, nec interdicunt. Pro poſſeſſione competunt hæc interdicta, & interdicuntur: & ideo poſſeſſoria dicuntur.

Interdicta quæ ſint & quare ſic dicãtur.

Eſt iudiciũ aliud petitorium, aliud poſſeſſoriũ, in quo de ſola poſſeſſione. Fab. lib. 2. Inſtitut. orat. Poſſeſſionis cauſa interdicta eomparata eſſe. Laborandum eſt, inquit, vt iudex de noſtra cauſa optimè ſentiat. Non tantum poſſediſſe nos probandum eſt: ſed etiam iure poſſediſſe, vt fieri obtineam quod petimus. Proprie actiones non ſunt: niſi actionis verbum in lata ſignificatione accipiamus: ſed tamen poſtquam deſierunt peti à prętoribus, cœperunt vocari extraordinarię actiones. Suot igitur coercitiones ad cogendos homines inuentæ, non autem propriæ actiones, vt de rei vindicatione dici poteſt: interim dum expectatur aliud, de poſſeſſione dicitur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua quotid. & æſtiua. Interdictum proprie eſt, quod interuenit, ne ſcilicet vis fiat ei qui poſſidet. Quæſtio eſt in l. a. §. quædã. quomodo poſſeſſoria vocantur, cum tamen proprietatia ſint. Sed dicendum eſt quod nullum interdictum eſt, quod etſi prietatem habeat: tamen poſſeſſorium dicitur, vt de itinere actúque priuato quod maxime proprietatem contineant: tamen de poſſeſſione conſeruanda ſemper agunt. quod in beneficiis hodie maximè obſeruatur, in quib. de poſſeſſione maxime agitur. Interdictũ autem Theoph. definit lib. 4. Inſt. Formula Prętoris, qua nõ dirimit controuerſiã: ſed remittit ad iudicem pedaneum, vt de ea cognoſcat, & eam dirimat, ſatis oſtendit antiquum morem iudiciorum. Edicta generalia fuerunt & perpetua, quæ præponebant Prætores, leg. 2. ff. de orig. iur. quibus ſe præmunirent omnes. Cicero legem annuam vocat actione in Verrem: perpetuum vocat edictum quod generale erat: non quod nouo Prętori aliud liceret conficere, ſed quod probare non ferebatur, etſi ſatis conſtet perſonalia quædam fuiſſe. At interdicta erãt formulæ Prætorum, quibus iudices dati inſtruebantur quo pacto ea res erat. quæ apud ipſos differebatur, vt d. l. 1. Conceptum interdictum, in rem dicitur cum paciſcor ne petam, cum vero addo, ne à Lucio Titio petam, perſonale dicitur. Actio metus cauſa datur non tantum in eũ, qui rem habet, ſed etiam in eum ad quem peruenit metus cauſ. leg. ſi cum exceptione. ff. de his quę vi metus cauſ. Ideo hæc interdicta perſonalia ſunt. Sunt in leg. 1. & 2. ff. hic, quædam diuiſiones interdictorum, de quibus etiam in lib. Inſtit. 4 de interdict.

AD TIT. II.

QVORVM BONORVM.

OCcurrit in primis interdictum: Quorum bonorum. Adipiſcendæ poſſeſſionis interdictum comparatum eſt ad poſſeſſionem adipiſcendam, datur hæredi cui data eſt à Prætore bonorum poſſeſſio vt is poſſideat. Bonorum poſſeſſio, & bonorum poſ-

Digitized by Google

ſeſſor eſt hæres Prætorius is, cui hæreditas defertur iure ciuili, non Prætorio. Legibus veteribus cautum fuit neminem hæredem fieri, niſi quem leges ad hæreditatem vocant. Prætor hæredem non facit, ſed mittit in poſſeſſionem. §. quos autem. de boo. poſſ. in Inſtitut. Hæredes vocare non poterat Prætor ne legis latæ auctor haberetur, l. etſi. ff. de bon poſſ. & C. qui admitt. ad bon. Ad bonorum poſſeſſionem admittere & adire hæreditatem idem eſt, vt dicitur dictis ll. hodie hac miſſione in poſſeſſionem nõ opus habemus: quia conſuetu dine *Le mort ſaiſit le vif.* vtimur, qua ſtatim hæreditas mortuo eo qui poſſidebat in hæredẽ trãſfertur l. 1. C. eo. & l. 1. & 2. ff. hic. datur interdictum bonorum poſſeſſori id eſt hæredi, qui iure prętorio ſuccedit. Sũt quidam quibus non eſt opus bonorum poſſeſſionis edicto, vt qui ex teſtamẽto ſuccedũt. Solet quæri cuius vtilitatis ſit bonorum poſſeſſio ſecũdum tabulas? Non datur hoc interdictum bon. poſſe. niſi his, qui ab eo qui poſſidet, acceperunt Hoc interdictum poſſeſſorium eſt. In eo de poſſeſſione quęritur, de poſſeſſione tantum agitur. Et propterea licet ad hæredem pertinere dicatur, tamen ſummatim cognita re pronuntiatur poſſeſſionem ei tradendam eſſe, poſtquam ſummatim docuit ſe hæredem eſſe, ac poſſidere: & pronuntiatur tantum ſuper ea poſſeſſione: & ſi quis velit de hæreditate agere, non impediet. leg. licet. ff. de petit. hæred. Pronuntiatur autem hæres eſſe, vel non eſſe. Alia differentia reperitur interdictorum, in leg. vlt. hic. ff. Petitio hæreditatis non tantum datur aduerſus eos, qui corpora poſſident: ſed etiam aduerſus poſſeſſores iuris, id eſt, qui ius poſſidendi habent. hoc conuenit inter petitionem hæreditatis, & interdictum quorum bonorum, quod petitur quo pacto quis poſſidet. Antinomia tamen quædam eſt aduerſus. l. vlt. hic. ff. ſed de hac alias.

AD TIT. III.

QVOD LEGATORVM.

SCiendum lege Falcidia cautum eſſe, ne ſi legata teſtamento relicta dodrantem excedant, liceat hæredi quartam partem retinere, vt ea deducta ſoluãtur legata legatariis. Ob eam cauſam ab hærede legatarij legata petunt, & ideo hæredis eſt videre, an excedat quartam partem. Itaque ſi legatarius velit petere, & habere nolente hærede, vtetur hætea interdicto, quod legatorum: ſi modo per eum non ſteterit, quo minus ei ſatiſdetur: quod colligitur ex l. 1. & 2. hic. ff. Datur ergo hæredi aduerſus legatarium, qui propria auctoritate legatum acrepit & ab hæredibus non petiit. Itaque differentia quæ inter interdictum, quorum bonorum, & hoc, quod legatorum, ſatis liquet: coercentur igitur legatarij hoc interdicto, qui non iuſtis vti iudiciis volũt. Hinc quæſtio eſt an is qui rẽ poſſidet, poſſideat pro legato, an pro hærede? Locus cõmunis de formula agendi: Quoties ex facto aduerſarij incertitudo contingit, vtraque actione vtetur. Executor poteſt negare res ſibi legatas ſumere, cum vtramque perſonam ſuſtineat, quo in loco non obtinet hoc interdictum. At contradicit l. non dubium. C. de legat. vbi nulla ei ſupereſt actio ſi ſibi ſoluerit. Sed ſic reſpondendum videtur, Actio quidem legatorum denegatur legatario, qui ſubtraxit de hæreditate pro portione competente: in hoc vero interdicto datur exceptio ſi per hæredem ſteterit, quo minus ſatiſdetur, ab hærede ſcilicet: nam alioqui non vtetur, ſi ſcit rem legatam reſtituturum ſe legatario. Hanc edicti partem interpretatur Vlp. enim l. 1. §. vlti. & hic. ff.

AD TIT. IIII.

Ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſus erit.

HOc edicto Pretor in poſſeſſionem miſſis ſuccurrit, licet non poſſideant, ne vis fiat eis: alioquin inutilis eſſet in poſſeſſionem miſſio. Notandum tamen duplicem eſſe viam ſubueniendi ei qui miſſus eſt in poſſeſſionem. In primis per extraordinariam miſſionem, leg. 3. ſi qui iuſſus, ff. hoc tit. Aliquando per manum militarem, vt ſi per apparitores ſuos non poſſit hodie, niſi Princeps mittat, non per militarem manum mittentur. Etiam ſi reſiſtatur curiæ Parlamenti. l. ſi pignor. de pign. l. ſi quis reſtituere. ff. de rei vendi. Hoc interdictum eſt prohibitorium. Alia enim prohibitoria, vt hic reſtitutio, hic prohibet ne vis fiat ei, quem Prætor in poſſeſſionem mittit. Tertium remedium eſt actio in factum. Quæritur an ſit pœnalis aut rei perſecutoria. Ex parte actoris eſt perſecutoria. l. 1. §. hæc verba hic enim quod ſua intereſt perſequitur. Nam niſi interſit non poteſt. l. 1. §. vlt. Ex parte rei pœnalis eſt. Damnabitur enim id ad quod intereſt actoris. Vnde fit vt hæredi detur, in hæredem non detur, niſi quoad eum peruenerit.

AD TIT. V.

DE TABVLIS EXHIBENDIS.

HOc interdictum comparatum eſt in gratiam eorum, qui teſtamenta habent, vt inſpiciant tabulas teſtamenti quas eos intereſt habere, vt videant quod ex teſtamento habent: & actionem inde conſequantur. Solet quæri quid inter ſit inter hoc, & interdictum de aperiendis teſtamentis. Idem l. 1. §. 1. hic. ff. & l. 2. §. vlt. quemad teſtament. aper. Ibi de aperiendo teſtamento agitur quod aperiri non poteſt, niſi exhibeatur ab eo qui habet, aut ſe habere confitetur. Et tunc frater exhibere cogit. confeſſi pro iudicatis habentur. dabitur tempus ad exhibendum. l. ſi debitori. ff. de iudiciis. Si neget ſe habere, remittetur ad interdictum de tabulis exhib. Huic ſimile eſt quod dicitur l. nam poſtea. §. 1. ff. de iureiuran. Nunc videndum cui detur. Datur in primis hæredi, legatariis, fideicommiſſariis, & omnibus qui teſtamento aliquid adſcriptum habent. l. 3. §. ſolent. ff. hoc tit. Idem l. 1. eo. de inſtitutis datur. Item ab hærede & omnibus ſucceſſoribus tranſit ad hæredes. Sed quæritur, an detur teſtatore viuo hoc interdictũ, necne? l. 3. §. ſi ipſe dicitur ꝙ nõ. Prætor loquitur hic de tabulis quas quis reliquit teſtamenti. ſic legendum eſt ex Florent. Pand. verbum verò relinquere ad viuos non pertinet. Datur contra eum, qui poſſidet, l. 3. multis exemplis probatur, l. officium. ff. de rei vind. Poſſidere, pro tenere. Hinc quęſtio de tutore. Hoc interdictum perpetuum eſt. l. 3. §. vlti. Vltimus locus eſt, quod ſit officium iudicis? Et quid veniat in condemnationem, vt ad id quod intereſt condemnet. l. 3. §. condemnari hic quęritur, an ſi condemnatio ſit, punietur? Reperiuntur duo caſus in quibus nũquam cogitur is à quo teſtamenti tabulæ petuntur. l. vlt. §. hic. Hoc interdictum pertinet ad præparationem publ. iud.

AD TIT. VI.

NE QVID IN LOCO SACRO FIAT.

HOc Interdictum ſatis demonſtrat quãtam curam habuerint veteres locorum ſacrorum, propter religio-

religionem: vetatur hoc interdicto aliquid facere in loco ſacro. Locus ſacer dicitur, qui publice conſecratus eſt, Deo dicatus à Pontifice. l. ſacra. ff. de rer. diuiſ. vocatur ſacrarium, larariũ à veteribus eſt inquam, locus in quo res ſacræ ponebantur. Pertinet igitur ad ea hoc interdictum, quæ Deo à Pontif. dicata ſunt. quid de ſanctis dicemus, cum Prætor nihil dicat in hoc interdicto? In authent. ad res ſanctas produximus. Quę ſint res ſanctę & religioſæ vide Iuſtin. Inſtit. tit. de rer. diuiſ. & hic. l. 3. & 2. Idem colligi poteſt ex l. 1. ſup. de interdict. Nam quaſdam res facit diuini iuris, quaſdam humani. Si quid in loco religioſo igitur factum ſit, datur hoc interdictum. Dicitur autem, ne quid fiat, quod ſcilicet deformitatem, aut incommodum adferat: vt l. 1. hic. ff. Item hoc interdictum populare eſt, datur cuiuis ex populo, quamuis hic expreſſum non ſit: ex ſeq. tit. ſatis conſtat. Videndum an prohibitorium ſit, an reſtitutorium. Si inſpicimus verba Prætoris prohibitorium tantum eſſe dicemus. Tamen ex aliis locis deprehenditur non tantum prohibitorium: ſed etiam reſtitutorium eſſe. Nam ſi quis à nemine prohibitus aliquid in locum ſacrum poſuerit, vel fecerit quod deformitatem adferat, reſtituere cogetur & demoliri, l. 2. §. locorum. ff. ne quid in loco pub. idem in l. 2. §. 1. ſupr. de interdict. in princ. Ex his locis ſupplere poſſumus quod edicto noſtro deeſt.

AD TIT. VII.

De locis & itineribus publicis.

GEneralis eſt hic tit. Antequam tractet Iuſtin. de interdictis, quæ bonorum publicorũ dicta ſunt, tractat de locis publicis, tanquam προοίμιον ad ſequentes tit. Tempus quod hominum memoriam excedit, facit, vt via vicinalis habeatur pro publica, l. 2. ne quid in loco publico. Militares à militibus dictæ ſunt.

AD TITVLVM VIII.

NE QVID IN LOCO PVBLICO VEL ITINERE FIAT.

SVb hoc tit. proponuntur quatuor interdicta de locis publicis. Primum eſt in l. 2. in princip. Si quis in locum publicum aliquid immittere velit, dabitur interdictum, ſi alteri incommodum adferat. Et eſt prohibitorium tantum: non autem reſtitutorium. Publico deſtinatus, publico vſui priuatorum hominum. Aliquando dicitur locus publicus, qui fiſci eſt, vt §. ſequent. Locus communis eſt de fiſco hic pro rebus, quę publicorum ſunt hominum. Iure ciuitatis, eo quod ſumus ciues, nobis loca publica deſeruiunt. *Tantum iuris habemus, &c.* Vult oſtendere Vlpianus hoc interdictum prohibitorium, non reſtitutorium eſſe. Nõ eſt viſum vtile, eum qui aliquid fecit, cogi ad reſtituendum: ſed antequam faciat, prohiberi poteſt. Huc pertinet quod dicitur hic in leg. 2. §. ſi quis nemine. Atqui poſtquam prohibitum fuit, diruetur. Inde quæſtio tractatur, ſi quis à Principe impetrauerit vt in publico ædificet, an hoc interdictum dabitur? dicitur competere. Nam Reſcriptum Principis ſic accipiendum eſt vt nemini noceat. l. 2. §. ſi quis à principe. hic. Locus eſt communis de beneficiis Principum. Secundum eſt interdictum de eo, qui viam publicam deteriorem reddit. leg. 2. §. ait Prætor. Intereſt cum ſuperiore. hic de via & itinere publico, inſuper de loco publico: hic ſi via iterq; deterior fiat, & eſt prohibitoriũ, nõ reſtitutoriũ, vt ex verbis edicti conſtat, veto. Not. quamuis Prætor loquatur de via generaliter: tamen ad vias ruſticas pertinere, non ad vrbicas. l. 2. §. hoc interdictum. hic: quia ædiles curules viarum publicarum curam habent. Vtile eſt igitur hoc interdictum in viis publicis. Vias autem publicas explicat dict. l. 2. Tertium eſt interdictum de eo, qui factum immiſſumque habet in viam, aut iter publicum. l. 2. §. Prætor. hic. hoc reſtitutorium eſt, aduerſus eum qui immiſit nõ datur: ſed qui immiſſum habet, hoc interdicto vtitur: prohiberi tamen poteſt ne quid immittat is, qui immiſit, & ita aduerſus eum prohibitorium eſt: aduerſus vero alium qui immiſſum habet, reſtitutorium. quid ſit reſtituere leg. 2. hic. Quartum eſt de eo, qui vim facit: non qui opus facit, quo minus eat agat. l. 2. hic. & eſt prohibitorium.

AD TIT. IX.

DE LOCO PVBLICO FRVENDO.

HOc pertinet ad conductores vectigalium publicorum. Nam ſi prohibeatur aliter quàm lege locationis comprehenſum eſt, dabitur interdictum ſalua actione ei, qui oſtendit ſibi ius eſſe prohibendi: hoc fauore publicorum vectigalium facit. Nam nerui ſunt reipublicæ. l. 1. ff. de quæſtionibus. Locus eſt communis de vectigalib. public. Huius interdicti mentio eſt in l. iniuriarum actio. §. conductori. ff. de iniur. Datur actio non tantum redemptori & locatori, ſed eius ſocio propter fauorem vectigalium, quamuis ſit contra rigorem iuris. l. 3. ff. pro ſocio. Item quamuis ſocietas ad hæredem non tranſeat: hic tranſeunt. l. adeo. ff. pro ſocio. hoc intelligendum de actione quæ datur ſocio, niſi malit experiri.

Vectigalia ſunt nerui Reipublicæ.

AD TIT. X. ET XI.

DE VIA PVBLICA, ET SI QVID IN EA FACTVM ESSE dicatur, & de via publica, & itinere publico reficiendo.

DVo ſunt tituli in Pandect. Florent. Primus de via public. & in eo eſt lex Gręca. Deinde eſt alius tit. de via publica, & itinere reficiendo. leges reliquæ pertinent ad politiam ciuitatis. Hoc interdictum quo fit via deterior, pertinet ad ruſticas. Eſt addendum quod tractatur in dict. tit. de via public. & itin. refic. ad quatuor illa de quibus diximus ſupra: de reficiendis viis publicis, ne vis fiat ei, qui vias reficere vult. l. 1. hic. & eſt prohibitorium. Quid ſit viam reficere ſequitur in d. leg. 1. Mentio fit ſub hoc edicto de quadam actione vię reiectæ. l. vlt. hic, quę datur in eum, qui cum viam publicam reficere debet, in agrum vicini reiecit. Vicinus vtetur hac actione. leg. ſi locus. ff. quemadmod. ſeruit. amitt. Exceptio eſt, qua non datur, cum tempeſtate coactus viam publicam in agrum vicini reiicere cogimur.

AD TIT. XII. ET XIII.

DE FLVMINIBVS, NE QVID IN FLVMINE PVBL. RIPAVE EIVS fiat, quo peius nauigetur. Et ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque vti priore æſtate fluxit.

QVædam interdicta proponuntur de fluminibus ſimilia his, quæ de locis publicis ſupra diximus.

Primum interdictum recitatur, l.1.§.1. ſimile illi de loco publ. quod damnum alicui adferat: pertinet ad flumina publ. vt verba oſtendunt, & §. hoc interdictum. Si quid fiat in flumine publico, id vetat Prætor hoc interd. ſi deterior reddatur nauigatio, ex quo conſtat ad flumina nauigabilia tantum pertinere. Statio eſt locus quo naues ſtare poſſunt. In hoc interdicto additur exceptio, cuius mentio eſt in l.1.§. Labeo exemplum eſt earum exceptionum quæ olim à iudicibus ſolebāt addi. Hodie exceptionis nomen manſit, defenſiones vocamus. hoc interdum prohibitorium eſt. Ex verbis edicti Prætoris quæſtio tractatur de inſula, ſi quid in ea factum ſit, an dabitur interdictū, l.1.§. inſula. hic. Quæritur an hoc interdictum ad mare pertineat. in l.1.§. ſi in mari. Dicitur competere vtile, nō directū: nam hoc vtilitatis cauſa fit, vt ibi dicitur. Secundum interdictū hoc eſt reſtitutorium, deinde datur aduerſus eum, non qui fecit aut immiſit: ſed qui immiſſum factúmve habet, vt ſupr. ne quid in loco publ. diximus. longe igitur vtilius eſt ſuperiori. Tertium interdictum eſt in titulo ſequēti. Superiora interdicta ad flumina nauigabilia pertinent: hoc de fluminibus publ. ſi quid in his factum ſit, quo minus aqua more ſolito fluxit, dabitur hoc interdictum. Eſt hoc interdictum prohibitorium, non reſtitutorium. Quæ ſequuntur poſt verba edicti, pertinent ad edicti explicationem. Quartum in eadem l.1. reſtitutorium eſt. Nam cogetur reſtituere ſi minus fluat, quā conſueuit. Quintum eſt in tit. ſeq. vt in flumine publico nauigare liceat. ſimile eſt ei de quo ſup. vt per viam publicam ire liceat. ita qui impedit me nauigare per flumen publicum. Si priuata ſint flumina: interdictum ceſſat. Locus eſt communis de vectig. Sextum interdictum eſt, de ripa munienda, ſimile ei de itinere publico reficiendo, hoc interdictum habetur in in l.1.ff. de ripa munienda. Prohibitorium eſt hoc interdictum: Adduntur exceptiones quædam, dummodo nauigatio deterior non ſit. Et dummodo ſatiſdet damni infecti nomine.

AD TIT. XVI.

DE VI ET VI ARMATA.

Duorum interdictorum fit mentio hoc tit. de quo vide diſputat. Cicer. in orat. pro Cecinna. Non tamē de vi priuata, ſed de vi publica & armata. Priuata quæ armis, quam quotidianam Cicero apellat. publica quæ armis, quod armorum vſus priuatis lege Iulia interdictus erat. l.1.ff. ad leg. Iul. de vi public. & Nouel. de arm. De vtroque hic loquitur. Primum de vi priuata. De hac vi per locos communes diſcutiemus. Primum quæ ſit cauſa huius interdicti videamus, & diſtinctione quadam vtamur. Cauſa eſt deiectio de re ſua ſoli. hoc interd. vt competat quædam neceſſaria ſunt, vt rē poſſideat vel naturaliter, vel ciuiliter, l.1.§. deiicitur. Naturaliter quæ corpore tenetur. ciuil. quæ animo, vt ſequen. §. dicitur hic. Secundo vt detur ob vim priuatam. Non ſatis eſt eum poſſediſſe aliquādo: ſed oportet nec vi, nec clam, nec precario poſſediſſe, quod in interdicto ſcriptum fuiſſe non dubito, & hoc interdictum nō integrum eſſe exiſtimo ex leg. videamus. §. in Fauiana. ff. de vſur. Item ex orat. Cicero. pro Cecinna. vi poſſideri. l.1.§. vi. hic. Tertio oportet re vera eſſe deiectum eum, qui vult agere. l.1.§. non alij. hic. Quis autem dicatur deieciſſe, lege. 1. deieciſti. hic. Vlpianus docet. Locus eſt communis de rati habitione, quæ perinde eſt atque mandati actio: & ita punitur. l. non eo minus. C. de accuſat. Etiam in maleficiis perinde punitur qui mādauit atque qui perpetrauit. Quid ſi cōpuliſti me per vim ad poſſeſſionem tradendam? Nō dari dicitur. l. ſi rerum. alias ſi iterum. ff. hic. quia non eſt vi deiectum. Hinc vulgo vis compulſiua ab aliis generibus diſtinguitur. Ob vim expulſiuam datur hoc interdictum: propter compulſiuam non item. Sed ſuccurrit edicto de eo quod metus cauſa. Quarto, quid ſi deiectus de re ſoli, de re immobili? l.1 §. illud. hic. Pro mobilibus alia iudicia comparata ſunt. hinc quæritur de naue. l 1.§. de naue. hoc adducitur. Inter res mobiles annumeratur nauis. Itē de vehiculo. Item neceſſe eſt vim aliquam atrocem illatam eſſe vt detur hoc interdict. vnde vi. Non tantum domino datur qui deiectus eſt poſſeſ. ſua: ſed etiam ei, qui dominus non eſt. l.8. Fulcinius. hoc tit. ff. itaque ſuperficiario datur. l.1.§ vſufructuarius. hic. l.3.§. vnde vi. De colono quæſtio tractatur an ei detur interdictū. l.1.§. deiicitur. l. colonus. l. cū fūdū. hic. ff. datur etiā hæredi. §. hoc interdictū. hic. Ad rem perſequendam datur, nā non eſt pœnale. datur contra eum qui deiicit aliquid de poſſeſſione. licet res ad alium peruenerit. l.1.§. ex interdicto. Itaque hoc interdictum in rem ſcriptum nō eſt: ſicut pleraque ſunt, vt quod vi aut clam, in quo nō expreſſit Prætor perſonam, in quam hoc interdictum detur. At hoc vnde vi, datur tantum in eum qui deiecerit. l. cum à te. hic. Quæſt. eſt de parentum patrono, an detur? Dicitur quod non. l.1.§. interdictum. Non eſt famoſum hoc interdictum. l. 13. neque vnde vi. ff. hic. quemadmodum & cætera non ſunt. d.l.1.§. interdictū. Quæritur an in hæredem detur. l.1.§. vlt. hic. l.9. ſi plures. hic idem dicitur. Sequens locus eſt, intra quod tēpus, hoc interdictum detur. quod ſatis conſtat ex verbis edicti. l. 1. in princip. Annale eſt quoties contra eos, ad quos res non peruenit agitur: perpetuum cum contra eos, ad quos res peruenerit agitur. l.1. de diuerſ. & temp. præſcrip. Vltimus locus de fine & effectu. Eſt reſtitutio rei de qua quis deiectus eſt. quod caput deſideratur. Vnde tu, vel familia tua vi deieciſti, cum reſtituamus. leg. videamus. §. an Fauiana. ff. de vſuris. lib. 1. hic. §. quod autem. hoc interdicto etiam habetur ratio fructuum, ad quorum reſtitutionem condemnatur reus. leg. 1.§. ex die. habetur etiam ratio damni & omnis vtilitatis. leg. 1.§. qui autem. & §. non ſolum. Reſtitutionis verbum hæc omnia continet. Quæſtio eſt, quid ſi res interierit, amiſſa, cuius erit periculum? vide leg. merito. Et hæc de priori interdicto de vi priuata. Interdictum de vi armata ſine exceptione conceptum eſt. leg. 3.§. armis. Quomodo armis deiectum ſit accipiendum. Armorum appellatione multa intelliguntur. l. armorum. ff. de verbo. ſignific. *Port d'armes*, cum turba aliqua coacta eſſe dicitur. l.3. hic. ſed ſi armata, idē l.3.§. cum igitur. ff. hic. Locus communis de defenſione. leg. 1. Codic. vnde vi. & qualis eſſe debeat. leg. ſcientiam. § qui cum aliter. ff. ad leg. Aquil. Videndum an aliter nō potuerit ſe tueri. l. ſi ex plagis, l. tabernarius. ff. ad l. Aquil.

Crimē mādans punitur perinde ac perpetrans.

AD TIT. XVII.

VTI POSSIDETIS.

Cauſa huius interdicti. Primum proponenda fuit ordinatio & inſtitutio iudiciorum. §. retinendæ. ff. de interdict. & l.1.§. hic. Oritur controuerſia inter duos de proprietate & dominio rei. Vnus ſe dominum eſſe dicit: atque ſi poſſit probare ſe dominum eſſe, alter ei cedit. Non poteſt lis inſtitui niſi prius hoc dirimatur. Non oportet vt vnus onere probandi teneatur, & prius cognoſcendū eſt quis poſſidet. Et ideo

hoc

hóc interdictum eſt vti poſſidetis, propter turbationem datur. Primus locus eſt cui detur hoc interdictũ, datur poſſeſſori.l.1.§.interdictum.hic. petit à iudice vt tueatur in poſſeſſione. Hoc interdictum poſſeſſorium eſt. Ex hoc conſequitur ei, qui miſſus eſt in poſſeſſionem cauſa rei ſeruandæ, non competere l. ſi domino. §.creditores.hic. Hinc apparet verum quod dicitur in l.officium.ff.de rei vind. rei vindicationem competere aduerſus omnes, qui rem tenent: ſed hic aliter accipitur. Not. nihil referre, an ſine vitio poſſideat, an non, vt dicitur in ipſo edicto Præt. Nec vi, nec clam, nec precario. Datur poſſeſſori hoc interdictum. Conſequitur ex eo, hoc interdictum duplex eſſe. Duplicia ſunt in quibus vterque actor eſt, vterque reus.l.ſi duo.hic.l. In tribus.ff.fam. erciſcun. Et contra eum qui prohibet alium vti re, quam poſſidet. d. l. ſi duo, id eſt, aduerſus eum, qui turbat impeditve quominus poſſideat. Sequens locus eſt, pro quibus rebus hoc interdictum detur Datur in primis pro rebus omnib. ſoli.l.1.§.penul, quæcunque in hominum commercio ſunt. Idem in interdicto vnde vi, dicendum. Datur non tantum ſi de poſſeſſione totius rei, ſed etiam partis certæ vel incertę pro indiuiſa.l.1.§.hoc interdictum. Hic quærit.eſt de vſufruct.l.vlt, dicitur, an detur pro vſufruct. quæſt. eſt de ſeruit.ruſt.præd. dicitur competere prædialib.realibus.l.quoties via.ff.de ſeruit. Vſus pro poſſeſſione habetur, atque ideo interdicta quaſi poſſeſſoria ſint. de cloacis non datur: aliud enim eſt interdictum cloacarum nomine. Poſtremus locus eſt, quod ſit iudicis officium de hoc interdicto cognoſcentis. Tres caſus ſunt hic diſtinguendi. Primus eſt cum vnus ex litigatoribus tantum poſſidet. hoc caſu alter proculdubio vincitur & condemnetur.§.retinendæ.ff.de interd.in Inſtit. Præterea ſatiſdatio ab eo qui vincitur exigitur: vt exiſtimo, ne victori moleſtiam vllam inferat, & inquietet eum in poſſeſſione, donec de proprietate iudicatũ fuerit, & docuerit ſe dominum eſſe.ex l.penult.ff.de aqua quotidiana & æſtiua. Officiũ iudicis eſt vt iubeat cauere eum, qui vincitur eo iudicio. Præterea damnatus quãti intereſt aduerſarij, qui cõtendit hoc interdicto, & ſuccubuit.l.ſi duo § vlt.hic. Locus eſt communis de æſtimatione. Et hoc fit cum iudex vnum poſſidere tantum comperit. Secundus caſus cum ambo poſſident: ſed vnus poſſidet ab alio vi, aut clam, vel precario, ciuiliter, vel naturaliter. & is vincetur hoc interdicto. Prætereà cogetur corporalẽ poſſeſſionẽ in aliũ transferre. & ſic interpretãda eſt l.1.vti poſſidetis. à victore exigi ſatiſdationem nuſquam reperi, id eſt, ab eo qui docuit ſe poſſeſſorem eſſe. Tertius caſus, ſi vterque poſſideat, nec vi, nec clam, nec precario, ab aduerſario, neuter vincitur.l.Si duo. hic. in princ. ff. non vincetur is, qui ſine vitio poſſidet, nec alter. quia quamuis vitio poſſidet, non ab aduerſario poſſidet: niſi per vim habuerit ab aduerſario cum quo contendit hoc interdicto. Neutro victo iudex vtriq; adiudicabit poſſeſſionẽ rei cõtrouerſæ pro parte dimidia pro indiuiſo.l.locus.ff.de acquir. poſſeſ. Nam hoc fieri poteſt vt conſtat.

AD TIT. XVIII.

DE SVPERFICIEBVS.

Interdictũ de ſuperficiebus duplex: & quid differt ab vti poſſidetis.

HOc interdictum magnam ſimilitudinem habet cum illo vti poſſidetis. Sed differt quod vti poſſidetis pro rebus ſoli, alterum de ſuperficie competit. Superficiem habere dicitur, qui ædificauit in ſolo conducto.l.vlt.hic. Nam conductio dominium non transfert. & qui ſuperficiem habet, dicitur ſuperficiarius. & hoc interdictum detur quaſi dominium quoddam: & vtile vocatur: quia vtilis actio datur. Hoc interdictum duplex eſt: quia vterque eſt actor, vterque reus. quod colligitur ex l.1.ex edicto Prætoris, in princip. Vetat Prętor vim fieri, qui ius habet fruendi loci, in quo ſuperficiem fecit, quominus vtatur & fruatur. Habet locum hoc interdictum, inter duos qui de ſuperficie cõtendunt, vt vterque fruatur, modo ab altero non clam, nec vi, nec precario poſſideat. Sunt aliæ actiones ſuperficieb. cõditæ, vt ex conducto, ex empto, & actio ciuilis naſcitur. l. 1.hic.ff. Alia actio in rem quaſi in rẽ. vt hic dicitur, ſuperficiario datur. Nam in rem actio datur ei qui vere dominus eſt.l. in rẽ. ff. de rei vindic. ſed tamen datur ei vtilis, vt in rem agere liceat. l. Superficiario.ff.de rei vindic. Ex l.1.§.vltim. Notand.eſt quid interſit inter ius ipſum & ius prætoriũ Ius ipſum à iure diſtinguitur. Ipſo iure conſtituta ſunt ex legib. Romanis. Populus leges ferebat, Prætor nunquam.l. Cum ſponſus. ff.de public. Prætor edicebat quidem: ſed contra legem nihil edixit, niſi interpretandæ legis gratia. Vnde ius prætorium dicitur viua vox iuris. Iure ipſo acquirimus ſeruitutes, cum quis cõcedit mihi ius eundi agendi per fundum ſuum, immittendi in ædificium ſuum quod poſſidet. quod poſſidet iure, id eſt, legib. Romanis quæ hoc permittunt. Et prætor dat ſuperficiario vtilem in rem actionem, & durabit quandiu conſtabit.leg. ſi ab eo.ff.de pignor.ſuperf. tit.16. de itin.actúque priuat. Duo interdicta pro ſeruitutibus comparata ſunt, ruſticis ſcilicet, non vrbanis. Primum eſt quod Vlp.refert l.1.in prin. Nõ diſſimile eſt interdictum vti poſſidet. Si quis rem poſſederit, & quis impedit quo minus vtatur, Prætor hoc interdicto vim fieri vetat. Vnde quaſi poſſeſſoria ſit, vt l. Quoties via.ff. de ſeruit Hoc interdictum prohibitorium eſt, & pertinet ad tuendas ſeruitutes ruſticas, & poſſeſſorium eſt: vt reliqua poſſeſſoria ſunt, modo non vi, clam, vel precario ab aduerſario vſus non ſit.l.1.hic. Quædam ſunt neceſſaria vt hoc interdictum detur. Primum oportet eum, qui hoc experitur, vſum eſſe ſeruitute.leg. vlt.hic. quod poſſederit, dicitur vſus ſeruitute.l.vlt.hic. Locus eſt communis hic, de poſſeſſione eius, qui iure familiaritatis domum alicuius ingreditur, nõ poſſidere dicitur. quia non animo dominantis. Theoph.ita, Si quis per fundum meum ambulet, non dicitur poſſidere, niſi forte ſi prohibitus eſſet, noluiſſet inſiſtere, & tanquam re ſua vti. Vſucapionis ſeruitutis tẽpus non incipit, niſi à tempore prohibitionis, vbi prohibitio facta eſt vera poſſeſſio. Prætererea oportet eũ qui experitur hoc interdicto vſum eſſe eo anno quo experitur hoc interdicto, nõ ſaltẽ minus 30.diebus.l.l.1.§.1. ſic edictũ prætoris iuris auctores interpretati ſunt. Hoc intelligitur, niſi iuſta cauſa ſit reſtitutionis in integrũ. vt ſi quis impeditus ſit.l.5.§.ſi quia propter inundationẽ.hic. Deinde oportet vſum eſſe itinere nõ vi, nõ clã, nõ precario ab aduerſario, cũ quo agit, vt prætoris interdicto dicitur.l.1.§.1. & vlt. hic. vt in interdicto vti poſſidetis, & de ſuperficiebus. Poſtremo portet eũ qui agit, prohibitũ eſſe ſeruitute.l.3.§.itẽ Iulianus. Alioqui agere nõ poſſet hoc interdicto, niſi ſit prohibitus: nam in eum qui prohibuit datur. Nunc de officio iudicis in hoc interdicto. Idem eſt ac in interdicto vti poſſidetis, tuetur eum in quaſi poſſeſſione ſeruitutis, & iubet cauere vt non prohibeatur ire agere. l.penult. ff. de aqua quot. & æſtiua, quod ad hoc interdictum pertinet. Condemnat item quanti intereſt. leg. 3. §. in hoc interdicto. Alterum interdictum eſt de reficiendo itinere quod datur aduerſus eum, qui impedit eum qui reficere vult iter.leg.3 §.ait Prętor. Inter hoc & ſuperius intereſt multũ. Nam hoc proprietatis cauſam habet. Neceſſe eſt vt doceat ius ſeruituti ſibi cõpetere, vt ipſo edicto cõſtat.i.vt doceat ſibi lõgo tẽpore acquiſitã, vt apparet hoc tit. Dicet aliquis, Nũquid ſufficeret actio

confeſſoria abſque hoc interdicto, & longe vtilior eſſe videtur? Non ideo minus dicuntur poſſeſſoria, quia de proprietate quæratur: ſed vtiliora ſunt, quia ſummatim cognoſcunt, & rem diſcutiunt.

AD TIT. XX.
DE AQVA QVOTIDIANA ET ÆSTIVA.

Aqua quotidiana & æſtiua quid ſit.

SVb hoc titul. & ſequenti ſex interdicta ad aquam pertinentia proponuntur: ſub hoc de duobus tractatur, quorum vnum de aqua quotidiana, alterum de æſtiua aqua, vnde rubrica interdicti de aqua quotidiana extat apud Vlpian. l. 1. hic hoc prohibitorium interdictum eſt. Eſt tamē interdictum reſtitutorium. Nam Prætor reſtitui quod factum fuit, vt competat actori, ſufficit ſe vſum eſſe: non cogitur oſtendere hoc ſibi competere, modo vi, vel clam, vel precario duxerit ab aduerſario ſuo. Quæ ſit quotidiana docet Vlpian. l. 1. quæ quotidie duci poteſt, & ſolet: æſtiua, quæ æſtate duci ſolet. Et eſt duplex. Hoc anno, & aliqua die illius anni. Nam id ſufficit. Notandus locus communis de ſeruitute. §. præterea. hic. hoc interdictum pro aquæductu datum eſt, & ſi non ſit aquę ductus fundi, legendum videtur, quia quocunque, id eſt, in quemcunque locum fundi. Seruitutes prædiorum non dicuntur, niſi prædio ſeruiant. De ſeruitute non loquitur hoc interdictum ex §. Trebatius (ait.) Locus communis de rebus diuiduis, eſt inſeparabilis. Alterum interdictum eſt in leg. 1. § ait Prætor. Pertinet ad aquam æſtiuam vt prius ad quotidianam. Ratio ſuadet vt diuerſa interdicta proponerentur quia diſtinguendum fuit. Dicitur in priori, vti hoc anno. In hoc, vti proxima æſtate, fieri poteſt vt toto anno nō duxerit, & proxima æſtate duci poſſit, & iniquum fuiſſet ſi prohiberetur. Ideo duplex faciendum fuit interdictum. Iuriſconſulti, vt vulgo, diuidunt annum in hyemem & æſtatem. Vnum in quo de aqua quæ quotidie duci poteſt & ſolet: Alterum de æſtiua. hæc duo tranſeunt ad hæredes, & quoſcunque ſucceſſores, etſi iuris non ſint, quod edicto cauetur, & hoc ad vtrunque transfertur. Tertium interdictum eſt de aqua quæ ex caſtello ducitur. l. 1. §. ait Prætor. hic. Superiora duo pertinent de aqua quæ ex fonte, ex capite ducitur, hoc ex caſtello. Caſtellum eſt receptaculum aquæ. Iulius Frontinus de aquæ ductibus vrbis Romæ. Iuris fuit, &c. à principe ſcilicet. Quandoque, &c. id eſt, quandocunque, ſic apud Horatium, Quandoque bonus dormitat Homerus. & ſic iuris actores vti frequenter ſolent. Locus communis de beneficiis Principum l. 1. §. plane. hic quæritur an poſſeſſorium ſit. vide §. fi. l. 1. hic. hoc interdictum finitur aſſignationibus, cum alia poſſeſſionis cauſa introducta eſſe dicamus. Adſignationes vocat reſcripta & diplomata principum, quibus adſignat ius aquam ducendi ſibi, quæritur de iure, ergo poſſeſſorium non eſt. Cauſam proprietatis habet, vt interdictum de itinere actúque priuato, ſic de iure hic. Nihilominus poſſeſſoriū eſt interdictum: quia ad hunc finem vtimur hoc interdicto, vt conſeruemus poſſeſſionem, & ad vim prohibendam, & ne vim faciat aduerſarius, cogitur probare de iure ſuo, ex l. 3. §. ductus aquæ. Notandus locus communis de vetuſtate temporis. quartum eſt ſub tit. ſeq. de riuis.

AD TIT. XXI.
DE RIVIS.

HOc pertinet ad refectionem riuorū, & datur aduerſus eos, qui prohibent riuos reficere. l. 1. hic. vt competat, ſufficit vſum eſſe, nec cogitur de iure ſuo fidem facere. l. 1. §. hoc interdictum. Cum agitur de itinere, cogitur actor fidem facere de iure ſeruitutis, quæ ſibi competit. hic quoque cur non cogatur fidem facere ius ſibi ſeruitutis competere tractat. Quæſtio in l. vlt. hic. leg. pupillo. §. ſi quis riuos. ff. de ope. no. nunt. Prodeſt hic locus ad interpretationem l. 12. alias 15 qui viam. ff. de operis noui nuntia.

AD TIT. XXII.
DE FONTE.

QVintum interdictum eſt, quo pertinet ad aquā ex fonte hauriendam. Non enim tantum de aqua ducenda, ſed & haurienda interdicta dantur. l. 1. hic. ff. Et eſt prohibitorium: quia prohibet quo minus de fonte hauriatur aqua. Pertinet hic locus maxime ad ſeruitutes ruſt. præd. Notandus locus communis de ſeruitutibus. Seruitutes omnes perpetuam cauſam habere debent, quia vti quando lubet oportet. Hoc interdictum de ciſterna non loquitur. l. vnica. §. hoc interdictum. ff. hic. Sextum eſt interdictum de reficiendo fonte. §. deinde ait Prętor. d. l. vnica, hic. Hauriendæ duo ſunt interdicta, vnum prohibitorium, alterum reſtitutorium, quo reſtituitur quod factum non fuit.

AD TIT. XXIII.
DE CLOACIS.

ESt interdictum vnum de cloacis priuatis, alterum de cloacis publicis. l. 1. in fi. ff. hic. Magnus olim Romæ cloacarum vſus fuit. vnde ſubternauigabilis Roma dicebatur. Duo ſunt de public. cloacis interdicta. Nullum reſtitutorium: quia ad curatores hoc munus reficiendi pertinebat. l. 1. §. pen. hic. Datur prohibitorium ne vis fiat reſtituere volenti, reficere cupienti.

Roma ſubternauigabilis propter cloacas.

AD TIT. XXIIII.
QVOD VI, AVT CLAM.

HOc interdictū propoſitum eſt aduerſus eos, qui in prædiis alienis opus aliquod faciunt quod noceat. éſtque reſtitutorium. Extat huius formula in l. 1. hic in princ. ff. non eſt prohibitorium. iubet reſtitui ſi quid vi, aut clam factum ſit. Ad quæ pertineat, videnda eſt l. 1. §. hoc interdictū, & l. ſi alius. §. notauimus. ff. hic. Qui fructus colligit ex alieno agro, aliquid facit: ſed hic intelligitur de opere. Idē l. vim facit. §. vlt. hic. Locus hic nauē inter res mobiles eſſe oſtēdit. Pertinet hoc interdictū ad ea quę in ſolo fiūt. Quid ſi in loco ſacro, publico, religioſo? adhuc hoc interdictū competet. d. l. vim facit. §. vlt. Vim facere eſt, vt docet Vlpian. l. 1. §. in factū. hic. Clam facere quid ſit docet in l. 3 §. vlt. & ſeq. Notandus locus communis de ignorantia facti: nunc videndum cui, & contra quem detur hoc interdictum. Datur non tantum domino fundi: ſed his omnibus quorum intereſt hoc opus factum non fuiſſe. l. 26. quſ. §. vlt. hic & legib. ſeq. l. competit. hic. ff. Notandus locus communis de eo quod intereſt. Datur item contra eum in primis, qui fecit vel qui mandauit fieri. l. Aut qui aliter. §. Hæc verba. Locus communis de mandāto. Datur item contra poſſeſſorem operis facti. l. Semper. ff. hoc tit. Hoc interdictum ſcriptū eſt in rem, quod vi aut clam à quocunque eſt reſtituas. Sequēs locus eſt de officio iudicis. Ad quid condemnari debet is, qui quid vi, aut clam fecit, vide l. ſemper. §. hoc interdicto. hic. Litis æſtimatio in hoc iudicio ineunda eſt. Similis locus eſt in l. competit §. vl. In hoc interdicto non inquiritur an iure factum ſit, nam poſſeſſorium eſt, ſicut & cætera. l. 1. §. 1. & nihil pronuntiat iudex niſi vt reſtituat. Sunt autem certi caſus in quibus abſoluitur reus. Primus, ſi remiſſa ſit nuntiatio. Nam poſt miſſionem non reſtituitur. l. 7. §. ait Iulianus. ff. hic. Secundo abſoluitur reus etiā in hoc interdicto, cum actor ipſe opus vi, vel clam fecerat. l. ſi alius. §. belliſſime. hic. ff.

Tetio

Digitized by Google

Tertio ſi incendij arcendi cauſa opus fiat: ſed eſt diſtinctio in l. ſi altus. §. eſt autem. Hac exceptione vtetur reus ita demum, ſi ad hunc vſque locum ignis peruenerit. Contraria videtur l. ſi quis fumo. ff. ad leg. Aquil. niſi probabilis fuit metus incendij, & veriſimile ſit ignem vſque ad illum locum venturum. Nam tum exceptio daretur. Quarto non datur excepti, ſi prædium in quo opus factum fuit, non noceat. l. ſi alius. §. plane. Quinto is qui paratus eſt iudicium ſubire & ſatiſdationem offert l. 3. §. ſi quis paratus. hic. Nunc vidẽdum in quo differat ab interdicto de noui oper. nũtiat. Datur niſi nouum opus denuntiatum fuerit: hic nõ item, nam non tantum datur: ſed etſi vi, vel clam. Præterea interdictum de noui oper. nunciat. perpetuum eſt. d. l. Prætor. ff. de noui oper. nun. hoc annale eſt.

AD TIT. XXV.

DE REMISSIONIBVS.

PEndet ex tit. ſuperiori quod vi aut clam. Diximus interdictum quod vi aut clam competere ſi nuntiatum ſit nouum opus: niſi remiſſa ſit nuntiatio. vt autem intelligeremus cuius effectus eſſet hæc remiſſio, hic pars edicti adſcripta eſt. Formula eſt hæc. Dixi eũ, cui nouum opus nũtiatur, accedere Prætorem ſolere, vt remittat ei nuntiationem, ſi nuntiandi ius habeat, alioqui tenet nuntiatio, & remiſſio nulla eſt. Si ius habeam prohibendi, valet pronuntiatio. leg. 1. ff. de oper. no. nunt. quod latuit Accurſ. Prodeſt ei qui habet ius ædificandi ipſa remiſſio. Docui in explicatione l. qui viam. ff. de oper. no. nunt. quomodo hæc verba accipienda ſint. Videtur contraria l. 1. §. vltim. ff. de no. ope. nunt. niſi alieno nomine nuntiet: ſed non eſt contrarietas. Vſufructuarius in re, in qua vſumfructum habet, procurationem quãdam habet. l. 1. vſufruct. quem. caue. nomine proprietarij poterit nouum opus nuntiare.

AD TIT. XXVI.

DE PRECARIO.

CAP. I.

PRecarium definit Vlpi. in l. 1. quod concedit quis vtendũ: his verbis differre intelligimus hunc contractum ab alijs, in quibus res traditur. Differt à depoſito, quia res non datur vtenda: ſed cuſtodienda. A locato differt, quia gratis fit & precibus: à commodato differt etiam quod ad certũ ſuũ vſum res cõmodatur. l. in rebus. §. ſicut. ff. commod. hic autem quoties voluerit reuocare, id liceat. commodatarium non reuocare, niſi vſu finito. à donatione etiam differt, vt hic.

Quæ res precario conceduntur.

CAP. II.

RES omnes precario concedi poſſunt, non tantum corporales: ſed etiam immobiles, iura etiam. l. 1. 2. 3. 4. hic. ff. leg. & habet. § precario. ff. hic. Seruitutes enim poſſunt precario concedi. itaque defendi poteſt ſeruitutes in pignus dari l. viæ. ff. de ſeruitutib. contra receptam opinionem. Poſſeſſio enim conceditur precario. l. & habet. §. vlt. Sed an rei propriæ conſiſtat precarium, tractat. quæſt. in l. certæ. §. quæſitum. hic. Cum dicimus, emptio rei ſuæ non conſiſtit. Verum eſt, ſi proprietarius poſſeſſor ſit: ſed ſi alius poſſeſſionem habet, poteſt precario habere poſſeſſionem.

De effectu precarij.

CAP. III.

EFfectus precarij eſt, quod is qui precario rem vtendam habet, eam poſſideat. l. 4. §. 1. & l. & habet. hic. ff. Hic docet Pomponius quomodo accipiendum ſit quod dicitur, duos non poſſe eandem rem in ſolidum poſſidere. Verum eſt enim de eodem genere poſſeſſionis: tamen in l. qui precario, ei qui precario poſſidet, datur interdictum vti poſſidetis: in interdictu vti poſſidetis ille excipitur, qui conceſſit precario. Huic ſententiæ contrarium videtur quod dicitur in l. certæ. §. 18. qui rogauit. ff. hic. verum ibi rogauit vt poſſideret precario: ſed vt precario in fundo moretur, & tunc nulla tranſit poſſeſſio: niſi velit quis dicere quod poſſideat nomine alieno. Is qui precario rem accepit ab alio, poteſt eare vti cum ſuis. l. cum precario. peu. ff. hic. nec eſt opus expreſſione. Eſt locus communis, in l. ſi ita ſtipulatus fuero. ff. de verb. oblig. idem dicitur, vbi ſi aliquẽ ex familia promiſſor prohibuerit, tenetur. & ita ſtipulatio interpretatur, quamuis ſtrictam interpretationem recipiat. hoc intelligitur donec precarium reuocatur. Reuocatur autem, cum is, qui rogatus eſt expreſſim reuocauit. d. l. & habet. Quid ſi conuentio contraria adiecta ſit in precario? tractatur in l. cum precario. ff. hic. Definitum eſt tempus precarij in Calendas Iunias: qui conceſſit, vult ante reuocare. An ſit danda exceptio ei, qui precario accepit, videtur quod ſic: & tamen hic contrarium dicitur. Vulgo hic dicitur pactum eſſe contra naturam precarij ſcilicet vt libeat precarium ſoluere cum libuerit, fortaſſis non malè diceretur precarium valere in Calendas Iunias. Hæc verba ſunt ambigua, ſcilicet vt vltra non poſſideat: non quod non poſſit ante Calendas Iun. reuocare.

Secundo finitur morte rogantis. d. l. cum precario. §. vlt. & l. quæſitum. §. quod à Titio. ff. hic.

Tertio finitur ſolutione debiti. l. ſi debitor. ff. hic. Quarto alienatione rei finitur. d. l. quæſitum. §. illud. Sed cum diſtinctione hoc accipiendum eſt.

Quinto finitur finito tempore precarium. l. 4. & 5. ff. hic videndum eſt finito precario, ſi non reddatur res, quæ precario conceſſa eſt, quænam actio detur. Et dicitur dari interdictum de quo loquimur. l. 2. hic. Et ita habet locum ſi aliter ſibi non cauerit. l. & habet. §. eum quis. Subſidiarium eſt hoc interdictum.

Cui & contra quem detur.

CAP. IIII.

HOc interdictum datur non domino ſed ei, qui dedit precario rem vtendam alij. d. l. quæſitum. vult prætor reſtitui ei à quo precario habemus rem. Dominus ergo non vtetur hoc interdicto. Datur etiam hæredi. Datur autem contra eum qui habet, licet alius rogauerit. leg. Hæ omnes quæſtiones pendent ex formula prætoris & contra eum qui dolo deſiit poſſidere, vt edicto Prætoris continetur. leg. quæſitum. §. eum quoque. ff. hic. Et perpetuum ferè eſt aduerſus eum, qui rem habet. An contra pupillum datur? Dicitur quod ſic. leg. vlt. §. fin. Not. locum communem de pupillo, qui poſſidet abſque tutoris auctoritate. Contra hæredes etiam datur. d. leg. quæſitum. §. fin. idem in leg. 2. Cod. eod. Intra quod tempus detur. Et dicitur perpetuum eſſe. l. quæſitum. § hoc interdictum. quia ſolemus precarium aliquando vltra annum extendere.

De officio iudicis.

CAP. V.

OFficium iudicis eſt, vt iubeat rem reſtitui cum omni cauſa & vtilitate. l. quæſitum. §. ex interdicto, ff. hic. alioqui lis æſtimatur, & damnatur reus ad intereſſe, & culpæ ratio oon habetur. Doli tamen ratio habetur. d. l. quæſitum. §. eum quoque. & in hoc differt à commodato, leg. ſi vt certo. §. nunc videamus. ff. commoda. Hic eſt locus communis de lata culpa. quia licet reuocare ei, à quo precario acceptum eſt cum libertii. Concurrit cum hoc interdicto actio præſcriptis verbis, vt dicitur in l. duo. hic. videtur contraria l. 14. interdictum. hic. vt docui in l. iuriſgentium. ff. de pact. Nulla certa formula actionis prodita fuit iure ciuili: quia vero ciuile negotium eſt, poterat actione præſcriptis verbis agi.

AD TIT. XXVII.

DE ARBORIBVS CÆDENDIS.

DVplex eſt interdictum de arboribus cædendis. Vnum eius arboris nomine proditum eſt, quæ in alienas ædes impendet. Alterum, eius arboris, quæ impendet in alienum agrum. Denuntiandum eſt prius vt arborem adimat, idque teſtato, vel probationis gratia conficiantur tabulæ. Si nolit, permittitur vicino, cui nocet, adimere. Si impediat, datur hoc interdictũ, quo vis vetatur. hoc interdictum prohibitorium eſt, & licet adimere & ſecum portare domum. Alterum eſt de arbore, quæ impendet io alienum agrum. l. 1. §. ait Prætor. ſi ſcilicet vmbra noceat agro meo, denuntiandum eſt: ſi nolit, ego ramos præſcindam. Si impedire velit, dabitur hoc interdictum. quare autem vetet prętor ne deradicetur arbor, vide verba edicti. Dicet aliquis, non ſuadere rationem, vt interdicto locus ſit, vt ex Solonis ſententia quæ eſt l. vlt. ff. finium reg. Lex permittit intra quinque pedes arborem plantare: ſed tamen vult non nocere vicini ædibus, vel agro. quæſtio tractatur l. 1. C. de interdict. Videtur interdicto locus non eſſe, dicet aliquis. Nam loquitur de arbore, quæ impendet in ædes alienas. Ideo de ea non loquitur, quæ non impendet: minus etiam ex 2. capite. ſed competere tamen ibi dicitur d. l. 1. C. de interdict. Nã apparet eam meotem fuiſſe Prætoris, & vtilitas ſuadet, vt producamus ioterpretationẽ ad illam cauſam vtilitatis gratia. Locus notandus eſt de interpretatione. Præterea, ſi quid in meo ſit, quod mihi noceat, an non potero propria auctoritate dirimere, & ſuccidere? Lex loquitur de opere facto: & licet tollere de opere ſcilicet manu facto, de quo lex loquitur, non de arbore, quæ non manu facta eſt, nec viſum fuit vtile eam excidere.

AD TIT. XXVIII.

DE GLANDE LEGENDA.

INterdictum ita propoſitum eſt à Prætore l. 1. hic. Si ex arbore mea glans decidat, volo agrũ tuũ ingredi vt colligam & legem fructum: tu prohibes. quæritur an licebit? Dabitur hoc interdictum, quo permittitur fructus colligere. Prohibitorium eſt: & dicitur finiri præſcriptione trium dierum. hoc eſt fauore vicini, in cuius agrum decidunt fructus, ne ego moleſtia afficiam: ſed tertio quoque die colligam, ita eſt intelligendum. & male interpretantur, qui præſcriptionem aliter exiſtimant: & quarto quoque licet, ſecundo die non licet, aut vnoquoque. Dixerit aliquis, Nonne ſufficiebat actio de paſtu pecoris? Hic nõ pertinet. Datur in eum qui in meo pecus paſcit ſuum, & ita locum habere non poteſt: et ſi immittat pecus in agrum vicini. habet vero locum. l. qui ſeruandarum. §. vlt. ff. de præſcrip. verb. ſi in meo. Si vero immittat quis pecus in alienum agrum vt depaſcat glandem, quę in eius agrum decidit: quia nulla eſt certa actio, datur pręſcriptis verbis in factum. Addendum eſt hoc interdictum ita demum competere, ſi damni infecti caueam vicino. l. Iulian. ff. ad exhib. Concurrit etiam actio legis Aquiliæ. l. vltim. C. ad leg. Aquil. Datur, ſi quis manu aut corpore damnum aliquod fecerit. hic non facit: ſed præbet occaſionem damnum fieri.

AD TIT. XXIX.

DE LIBERO HOMINE EXHIBENDO.

INterdictum hoc tuendæ libertatis cauſa proditum eſt. Datur aduerſus eum qui detinet liberum hominem pro ſeruo: vt exhibeat. De ſeruitute locus eſt communis. l. Titio centum. ff. de condit. & demonſt. Viſum eſt hoc interdictum Prætori proponere, quamquam in eum qui detinet, animaduertatur lege Fabia de plagiariis. Exhibere dicitur, vt videatur an liber ſit, an ſeruus. Dicendum locum habere ita demum, ſi dolo malo detineatur. l. §. is tamen. ff. hic. alioqui non habet locum vt ex edicto prætoris conſtat.

Cui competit.

HOc interdictum populare eſt, & cuiuis competit. l. 3. §. hoc interdictum. hic. ff. Actiones ita fere comparatæ ſunt, vt litibus via præcluderetur: vt perſequeretur vnuſquiſque quod ſua intereſt. Hinc quęritur intra quod tempus detur? Perpetuũ eſt. & anno non finitur. l. 3. §. 1. hic. Quæri poteſt, ſi debitor latitet, an aduerſus receptantem dabitur hoc interdictum, vt exhibeat? l. vlt. hic. dicitur non competere neque vtile. Finis huius ioterdicti eſt, vt libertati faueatur, & proprie propter eos qui ſeruos includunt, & ita eorum libertatem infringunt.

AD TIT. XXX.

DE LIBERIS EXHIBENDIS, ITEM DVCENDIS.

DVplex eſt hic interdictum, de primo refertur ab Vlp. in l. 1. in princ. aduerſus eum, qui filium meum dolo malo detinet, vt exhibeat. Datur patri, cuius detinetur ab alio filius, hoc eſt, ſi inuitum detineat. l. vlt. hic. ff. Nam ſi ſua ſponte filius latitet, non dabitur aduerſus eum, apud quem latitat. nam datur ei facultas recedendi cum voluerit. Not. quod hoc competit etiam ſi dolo malo non detineat, & ita dolus malus non eſt neceſſarius. Quęſtio eſt, ſi filia, quę eſt in poteſtate patris, alicui nupſerit, & latitet apud maritum, an aduerſus eum agendum ſit, vt exhibeat: ſic de matre apud quam latitat filius. Dicendum eſt patri competere, exceptis quibuſdam cauſis. l. 3. § etiam. hic. ff. tametſi in poteſtate matris non ſit: puta ob nequitiam patris. De filia quæſtio eſt. in §. ſi quis filiã. d. l. 3. hic. ff. Nota interdictum de vxore exhibenda, & non tantum aduerſus extraneum: ſed etiam aduerſus patrem vt exhibeat. Cæteris non datur ſemper, aliquando datur. vt d. l. 3. §. pari modo. hic. Alterum de liberis ducendis interdicti huius mentio eſt. l. 3. in princ. Prætor ipſe cognoſcet, etſi alias non ſoleat cognoſcere & hæc extraordinaria erit cognitio. titul. de extraord. actio. ff. Not. hoc iudicium deferri ex cauſa, ſi impubes ſit, cuius nomine vel interdicitur, vel Prętor cognoſcit. l. 3. §.

Iuliana

Digitized by Google

Iulianus. donec ad pubertatem venerit. Not. ſequeſtrationem aliquando locum habere. l.3. §. vltim. ff. hic. hodie locum habet, vt pendente lite res ſequeſtretur, quod iuri Romano contrarium eſt.

AD TIT. XXXI.

VTRVBI.

HOc interdictum eſt ſimile interdicto vti poſſidetis. Eſt comparatum retinendæ poſſeſſionis cauſa. Differt, quod interdict. vti poſſid. datur pro rebus ſoli & immobilibus: hoc pro mobilibus datur, & in hoc differunt. Duo ſunt qui de proprietate & dominio Stichi contendunt, & non conuenit vter vindicare debeat, neceſſe eſt vt interdictum vtrubi interueniat. Exæquatum eſt cum interdicto vti poſſidetis. tempus rei iudicatæ ſpectatur. Hoc clarum eſt ex §. retinendæ. Inſtit. de interdict.

AD TIT. XXXII.

DE MIGRANDO.

INterdictum de migrãdo in gratiam inquilinorum proditum eſt, qui ex domo conducta migrant, ſi dominus velit eos exportare ſupellectilem, ne vis fiat in ea exportanda, & ſi res obligatæ ſunt quæ portatæ ſunt in ædes locatas. & ideo intelligendum ſi locator neget ſe intuliſſe vt obligarentur ei, ea iuſta cauſa erit reddendi interdicti. Aut ſi dicat ſe quidem intuliſſe ea ratione: ſed tamen perſoluiſſe mercedem. hæc ex verbis interdicti facilius cognoſcuntur. l.1. hic. ff. Hoc extraordinarium erat remedium, & raro hoc interdictum reddi ſolebat, vt l.2. ff. ex quib. cauſ. maio. De domo locata loquitur Prætor in interdicto ſuo, & de mercede vtile interdictum dabitur, etiam ſi gratuita habitatio data ſit. Item ſi ante tempus locationis finitæ velit tranſportare, cum penſio non debetur, niſi velit repræſentare, & ante tempus ſoluerit. Non poterit vti hoc interdicto, niſi totam penſionem perſoluerit. Hoc interdictum ad quaſcunque res pertinet, quas inquilinus induxerit in domum locatam.

AD TIT. XXXIII.

DE SALVIANO INTERDICTO.

SAluianum interdictum interpoſitum eſt in gratiam eorum, qui locant res ſuas & prædia, & eo nomine obligatas habent res debitorum. Pro mercede datur ad perſequendas res mercedis nomine obligatas, vt earum poſſeſſionem mihi acquiram. §. item Seruiana Inſtit. de actio. Dicitur adipiſcendæ poſſeſſionis eſſe. §. adipiſcendæ. Inſtit. de interdictis. Differt à Seruiana actione, quod vt ſæpe dixi, hæc iudicia ſint poſſeſſoria, non petitoria. In Seruiana quæritur de iure pignoris præſertim, & petitur eas dici obligatas eſſe: & iudex pronũtiat id pro mercede debita, & domo locata. Additur etiam vt res reſtituatur ei, cui res obligata eſt. At in interdicto nihil pronuntiat iudex: ſed iubet reſtitui poſſeſſionem rei eius, quæ dicitur obligata eſſe iure pignoris, & non eſt plena cognitio, vt in actione Seruiana. Differt igitur in hoc tantum, quod vnum petitorium eſt, alterum poſſeſſorium: tamen proprietati præiudicium non facit. Hinc quæſtio, cui & contra quem detur hoc interdictum? Contra conductorem debitorem. C. de preca. Vtile interdictum dabitur aduerſus quemcunque poſſeſſorem, vt colligitur ex leg. 1. hic. nec directum poterit competere.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLIIII. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM, PARTITIO METHODICA.

AD TIT. I. DE EXCEPTIONIBVS, PRÆSCRIPTIONIBVS, ET PRÆIVDICIIS.

IVDICIVM à prætore olim conſtitui ſolebat, aut purum, aut ſimplex, aut cũ exceptione ſeu præſcriptione aliqua, quam addi iudicio reus commodi ſui gratia poſtulabat, vt dominus, in l. iuriſgentium. ſupra de pactis. Si enim addita non fuiſſet in conſtitutione iudicij, fruſtra eam reus coram iudice dato opponebat. Exempli gratia, ſi Titius petat ſibi iudicium à prætore dari aduerſus Mæuium, ſi paret eum Mæuio ex cauſa mutui dediſſe, poterit Mæuius petere, vt cum exceptione aliqua id fiat, puta niſi poſtea concedat vt ea pecunia non petatur, l. 5. Hanc exceptionem ait Paulus conditionam eſſe, l. exceptio eſt. hic. Nec vero prohibetur reus plures addere exceptiones, quamuis diuerſæ ſint, l. is qui. l. Mæuio. hic. Veluti ſi concedat ne de pecunia petatur, ſi inter me & te iudicatum nõ ſit, ſi iureiurando lis finita ſit, ſi non longo tempore poſſederim, &c. Id enim expedit ei qui vel omnes, vel ex his aliquas pro arbitrio ſuo probare potuerit: nec ideo dicitur aduerſarij intẽtionem confiteri, quamuis has exceptiones iudicio addi faciat, l. non vtique. hic. Sed cum impetrationes tam actionum quàm exceptionum ſublatæ ſint, de form. & impet. ſubl. quæri poteſt quomodo & quando exceptionibus vti quis poſſit. Et diſtinguendæ ſunt exceptiones peremptoriæ ſeu perpetuæ à dilatoriis & temporalibus, vt l. 2. & 3. hic. Nam exceptiones peremptoriæ poſſunt quandocunque ante ſententiam opponi, modo prius earum conteſtatio habita ſit, l. præſcriptionem. leg. ſi quidem. Codic. eodem. l. emptor. Codic. de præſcriptio. longi tempo. l. peremptorias. Cod. ſenten. reſcindi non poſſe. Aliquando reus confidit actoris intentionem probationibus deficere, & nulla exceptio eſt ei neceſſaria, ſed tantum inficiatione opus eſt. Aliquando vera eſt eius intentio, vt inficiari eam non poſſit reus: quo caſu confitendo verum eſſe quod intendit actor, exceptionem opponere poteſt. Interdum reus dubitat an actoris intentio vera ſit necne, & tunc inficiari poteſt habita exceptionis conteſtatione, vt Diocletianus ait, l. ſi quidem. ac poſteaquam actor probauerit intentionem ſuam, reus exceptionem opponere & probare poterit, modo lata non ſit ſententia, quod facere non poſſe videtur, niſi ab initio eius exceptionis facta fuerit conteſtatio, dicta l. præſcriptione. l. emptor. Licet vulge perceptum ſit hanc conteſtationem minime neceſſariam eſſe. Dilatoriæ autem exceptiones initio opponi debent, nec ſufficit earum conteſtatio, ſed tunc demum probare eas oportet, cum actor de intentione ſua docuerit, l. exceptionem. C. de probat. ita demum. ſupra de procur. C. Præſcriptiones fori quæ vulgo Dilatoriæ dicuntur, in initio opponi debent, & etiam, vti cenſent interpretes, probari, l. vlt. C. eodem. Quædam exceptiones cohęrent rei, aliæ perſonę, l. 7. ſic l. in omnibus. l. priuilegium. de regulis iur. not. in §. vlt. de pœn. Inſtit. De pręiudi. alibi diſſeremus.

AD TIT. II.

DE EXCEPTIONE REI IVDICATAE.

CAP. I.

NOn immerito conſtitutum eſt, vt res iudicatæ nõ retractentur, & vt ſingulis controuerſiis ſingulæ actiones, vnúmque iudicium ſufficit. Nam alioquin lites aduerſus commodum publicum multiplicarentur, nec vllum exitum res habere poſſet, l. ſingulis hic. Vnde actum agere vetamur vetere prouerbio, quod ad conſuetudinem iudiciorum tractum eſſe admonet Donatio Terentium. Itaque quamuis abſolutus ſententia iudicis adhuc ipſe obligatus maneat, tamen ſi iterum conueniatur, exceptionem opponet rei iudicatæ, l. Iulianus. de condict. indeb. §. Item ſi in iudicio. Inſtit. de except. Hæc igitur exceptio datur reo, ſecundum quem iudicatum eſt: actori autem non datur contra quem eſt iudicatum, l. euidenter. niſi fortè in reſtitutionem fructus, vel partus venerint, æſtimatique ſint. tunc enim exceptionem hanc obiicere poterit, l. ſi quis eum. §. planè. Datur enim actori aduerſus reum condemnatum: ſi poſt exequutionem ſententiæ reus controuerſiam ei faciat. quod Paulus Caſtrenſis annotauit, l. ſi à te. §. vlt.

Cauſa huius exceptionis.

CAP. II.

CVm eadem res ſiue cauſa agitur, vel (quod idem eſt) eadem quęſtio reuocatur apud poſteriorem iudicem, huic exceptioni locus eſt. Tunc autem dicitur eadem res agi, vel eadem quęſtio reuocari, cum res eadem petitur, eadem eſt conditio perſonarum, eadem eſt petendi cauſa: quorum omnium ſi quid deficiat, aliud negotium, alia quęſtio, ſiue controuerſia eſſe intelligitur, nec obeſt exceptio rei iudicatę, l. cum quęritur, l. cum de hoc. De eis igitur ſigillatim videamus.

De re petita.

Cap. III.

REm accipere debemus corpus, quantitatem, aut ius, ex d.l. cum quæritur. Corpus autẽ, etſi diminutum, vel auctum ſit, aut aliquo modo (vt fit) immutatum fuerit, idem nihilominus recte ſic dicetur, l. & an eadem. hinc illæ quæſtiones exiſtunt: Quid ſi totum petitum fuerit in iudicio priore, deinde pars in poſteriore petatur, l. ſi quis, cum totum: cum duo corpora, deinde horũ alterum, d.l. ſi quis. §. idem erit probandum. ſi cum fundus, deinde arbores ex eo exciſæ: inſula, deinde area, aut ligna vel lapides: nauis, deinde ſingulæ tabulæ: ancilla pregnans, deinde partus editus: hæreditas, deinde res ſingulæ: debitum hæreditarium, deinde hæreditas, d.l. ſi quia cum totum. & l. 3. poſſeſſio, deinde proprietas, l. & an eadem. §. ſi. iter, deinde actus, l. ſi mater. §. ſi quis iter. grex, deinde ſpeciale corpus, l. ſi cum argentum. fundus, deinde vſusfructus, aut contra, d. leg. ſi cum argentum. §. ſi fundum. vſura, deinde ſors, l. ſi in iudicio. ius tollendi vſque ad decem pedes, deinde vſque ad viginti pedes, l. egi. fundus, inſula deinde è regione nata, d.l. egi. §. vlt. menſæ legatæ, deinde totum argentum legatum. deinde veſtis legata, d.l. ſi cum argentum. de quibus hic abundè tractatum eſt à iuris auctoribus.

De perſonis.

Cap. IIII.

INter eaſdem perſonas poſteriorẽ eſſe litem oportet, vt eadem cauſa agi intelligatur, & exceptio rei iudicatæ locum habeat: nec refert an poſterior controuerſia ab ipſis mota, an à procuratore, tutore, curatore, aliiſve huiuſmodi perſonis, quæ rem in iudicium deducunt, l. 42. i. ſi mater §. hoc iure. ſed etſi cum hærede hic ſit pro eadem perſona habetur, in auth. de iureiuran. à moriente præſtito. Quid ſi cum ſingulari ſucceſſore, cuiuſmodi eſt emptor? Conſtat rem aduerſus eum, vel pro eo iudicatam, alteri nec prodeſſe nec nocere: quamuis è contrario exceptio rei iudicatæ à perſona auctoris ad emptorem tranſeat, l. ſi à te. § ſi. Notandum tamen eſt rem aduerſus auctorem iudicatam ita demũ nocere ſingulari ſucceſſori, ſi antea iudicata fuerit, quàm is ſucceſſiſſet, & ab eo cauſam habuiſſet, l. iudicatæ. §. ſi debitor. Item ea re pro filio iudicata patri acquiritur hæc exceptio, l. ſi mater. §. ſi quis hominẽ. ſc. ſi filius cõueniatur. vt principalis debitor: pater verò de peculio. His perſonis exceptis res inter alios iudicatæ aliis nec proſunt nec nocẽt. Vnde ſententia lata cõtra legatariũ non præiudicar libertati, l. 1. & pro vno hærede lata cęteris nõ prodeſt, l. ſi cũ vno. nec etiam nocet, niſi fauore libertatis iure ſingulari, l. iudicatæ.

De cauſa petendi.

Cap. V.

EAdem res agi intelligitur, cum eadem eſt cauſa petendi. Nam ſi idem corpus, de quo iudicatum eſt, denno petatur, ſed ob diuerſam cauſam, non nocet rei iudicatæ exceptio, vt diximus: nec multum intereſt an eadem actione, an alia quis experiatur: ſed tantum hoc ſpectamus eadémne ſit, an diuerſa cauſa propter quam petitur, l. de eadem. l. ſi quis cum totum. §. & generaliter. l. ſi mater. §. eandẽ. §. denique. l. & an eadẽ. §. actiones l. vlt. Sanè inter actiones in rẽ & in perſonã aliqua reperitur differentia. Nam ſi eadẽ res plurib. ex cauſ. mihi debeatur, l. nõ eſt nouũ. de act. emp. ſingulas obligationes ſingulæ cauſæ ſequuntur, id eſt, pro ſingulis obligationibus ſingulæ cauſæ ſiue controuerſiæ poſſunt moueri, l. & an eadẽ. §. actiones. nec obſtat agenti in perſonam, hoc modo exceptio rei iudicatæ, quia aliam actor exprimit cauſam ſuæ intentionis. At cum quis in rem agit, tanquã dominus, quia cauſam dominij exprimere & omittere poteſt, ſi eã nõ expreſſerit, omnis ei via ad agendum præcluditur. Poſtremo animaduertendum eſt aliquando de re eadem inter eaſdem perſonas, eandémque ob cauſam denno agi poſſe, cum vel ceſſat cauſa, propter quam reus abſolutus fuit: cuius rei exemplum eſt in actionibus in rem, & ad exhibendum, ſi reus abſolutus ſit, quod non poſſideret, & is poſſidere poſtea cœperit, d.l. ſi inter. l. ſi à te. l. ſi rem meam. l. ſi quis. ad exhibend.

AD TIT. III.

DE DIVERSIS TEMPORALIBVS PRÆSCRIPTIONIBVS, & acceſſionibus poſſeſſionum.

SVb hoc titulo quarundam præſcriptionum ſiue exceptionum temporalium fit mentio, cui titulo reſpondent plerique lib. 8. C. Iuſtiniani. In primis igitur prę̨ſcriptio quædam eſt triennij, competens ei qui rẽ aliquam rem cum titulo & bona fide tribus annis poſſedit. Cum enim tanto tempore poſſidendi dominus ſit effectus, dubitandum non eſt, quin præſcriptione temporis quemlibet agentem ſubmouere poſſit, l. a. C. in quibus cauſis. Hanc autem poſſeſſionem conſummatam eſſe oportet ſine temporis legitimi interruptione. l. 3. & 5. de vſucap. Et ſciendum eſt interruptionem hanc non fieri denuntiatione aliqua, aut etiã litis conteſtatione, ſed ſententia tantum, l. 2. §. vlt. ſupra pro empt. præterquam in exceptis caſibus, l. vt perfectius. C. de annali excep. Si tamẽ lis fuerit conteſtata aduerſus rei poſſeſſorem, quamuis vſucapio interim proceſſerit, tamen ex bono & æquo ſequitur condemnatio, atque ita effecta per litis conteſtationem fit interruptio, l. ſi poſt acceptum. ſup. de rei vind. Sed de hoc tempore plenius ſupra tractauimus tit. de vſucap. Eſt alia præſcriptio decem annorum inter præſentes, & viginti abſentes, cui tunc locus eſt, cùm res immobilia tanto tempore poſſeſſa eſt cum titulo & bona fide. l. 3. l. 1 eſcriptis. hic, & hæc longi temporis præſcriptio dicitur. Imo poſſeſſori quoque actio datur tanquã domino, l. ſi quis emptionis. C. de præſcrip. triginta anno. Nec id mirum, cum à iuris auctoribus is dicatur vſucapere, vt ſupr. hoc quoque tempus continuum eſſe debet. & litis conteſtatione interrumpitur. l. mota. C. de rei vindic. l. nec bona. C. de præſcrip. longi tẽporis. item dies vltimus legitimi temporis cœptus, nõ etiam completus ſufficit. l. permit. hic. & in vſucapionibus. ſupr. de vſucap. Hæc præſcriptio ceſſat in quibuſdam caſibus, veluti in actionibus perſonalibus, l. neque. C. quibus non obſtat. long. tem. præſcrip. Item in iis, quæ mixtam cauſam habẽt. l. vnus. C. in quibus cauſis præſcrip. De quibus vide tit. Cod. in quibus cauſa ceſſat longi temp. præſcrip. & ſeq. Alia eſt longiſſimi temporis præſcriptio, ſcilicet triginta vel quadraginta anno. cuius mẽtio nulla eſt in Prandectis, ſed de ea extat tit. in C. Iuſtinianeo li. 7. Ad hãc prę̨ſcriptionẽ acquirendam, nec titulo nec bona fide opus eſt, ſed poſſeſſio tãtum eſt neceſſaria. vnde quis nomine alieno hanc execeptionem ſibi acquirere nõ poteſt, l. male agitur. C. de præſcript. triginta vel quadraginta anno. Præſcriptione trigiuta annorum omnis actio ſiue

in rem ſiue in perſonam tollitur: his exceptis, quæ olim perpetuæ non erant, ſed breuiore tempore finiebantur. l. ſicut. C. de præſcript. 30. vel 40. annorum nec vltimus dies cœptus habetur pro completo, l. in omnibus. de act. & oblig. infra. Actio autem hypothecaria hac præſcriptione nõ ſubmouetur, niſi tertius poſſeſſor conueniatur. Nam ſi conueniatur reus qui rem ſuã obligauit, duntaxat annorum præſcriptione tuuabitur, d. l. cum notiſſimi. l. 1. & 2. C. de annali except. cuius temporis præſcriptio, & in aliis plerunque locum habet, vt in l. 1. §. vlt. C. de annali excep. l. in res. C. de iure dot. & l. ſicut C. de præſcript. 30. anno. huius longiſſimæ poſſeſſionis alius eſt effectus præter præſcriptionẽ, ſiue exceptionẽ, de qua iã diximus. Nã ſi poſſeſſor ab initio bona fide poſſeſſionem rei nactus ſit, actio ei competit tanquam domino aduerſus quemlibet aliũ nouum poſſeſſorem, l. ſi quis emptionis. §. quod ſi quis. Si vero mala fide poſſeſſionem acquiſierit, deinde eã amiſerit, nulla ei ſupereſt actio, niſi aduerſus violẽtũ poſſeſſorem, d. l. ſi quis. §. ſed hæc. Eſt & præſcriptio viginti annorum in fiſci quæſtionibus, d. l. in omnibus ff. de actio. & obligat. exceptis quibuſdã cauſis in quibus minora tempora ſeruari ſpecialiter conſtitutum eſt, veluti cum bona vacantia, quæ nondum fiſco nuntiata ſunt, ab aliquo poſſident. Nam is quadriennij præſcriptione agentem ſubmouet, l. intra. hic. l. 1. §. vlt. infra de iure fiſci. l. 1. C. de quadrien. præſcript. Alioqui res, quæ fiſci ſemel effectæ ſunt, per denuntiationem ſcilicet, & incorporationem, non poſſunt vſucapi, vt ſupra dictum eſt, tit. vſucap. l. vſucapionem. Sed & hæc quoque præſcriptio annorũ 4. alias locũ non habet, vt puta cum fiſcus aut Princeps vel Auguſta rem alienã vt ſuam vendidit, quo caſu emptor nunquam, fiſcus verò ante quadrennium duntaxat conuenitur. l. omnes. l. bene. C. de præſcrip. 30. anno. & §. vlt. de vſuc. Inſtitu. de tempore dato iudicatis & tempore quo lis perit, mentio eſt in l. 1. & 2. de acceſſione poſſeſſionis, in l. 5. 6. 14. 15. 16.

AD TIT. VI.

DE LITIGIOSIS.

Litigioſæ rei emptio non tenet: neque pignoris acceptio præter aliquot caſibus.

HIc tractatur de alio quodã genere exceptionis. Nam ſi quis rem litigioſam ſciens emerit à quocunque eam deinde petat, exceptione ſubmouetur, l. 2. §. 1. & l. 2. quia huiuſmodi alienatio hodie non tenet, ſiue ſciens, ſiue ignorans quid emiſſe proponatur, l. 2. & vlt. C. eo. Idem dicendum eſt, etſi eam in pignus accepit, l. 1. ſupr quæ res pign. oblig. poſſ. quo uis alio titulo eam conſecutus ſit eadémque eſt vera eius cui redditur actio, l. 2. & vlt. C. eod. Litigioſa autẽ res non fit per denuntionem, quæ fit venditionis impediendæ gratia, l. 2. C. eod. Sed opus eſt conuentione iudiciaria, in authen. de litioſ. §. 1. nec refert. an cum aliquo ſit mota lis, an cum eius tutore, curatore, procuratore, vt l. 1. hic. Verum intereſt, an ab eo, cum quo lis mota fuerit, emerim, an à tertio: quia hoc poſteriore caſu non dicitur res litigioſa, nec impeditur alienatio l. 1. §. 1. Hinc apparet hoc ius multum differre ab edicto Prætoris, de alien. iud. mut. cauſ. fact. cum illud edictũ de alienatione loquatur ante iudicium, ſeu motam litem facta, l. & hoc edicto dicitur. de alien. iud. mutan. cauſa fact. Præterea notandum eſt, tam in emptorem, quàm venditorem rei litigioſæ pœnas conſtitutione Iuſtiniani ſtatutas eſſe, quarum in Pandectis nulla reperitur mentio, l. vlt. C. eod. Gaius tamen hic cap. vlt. duplici pœna eum afficiendum eſſe ſcribit, qui rem litigioſam dedicat in ſacrum.

Sunt tamen aliquot caſus in quibus non prohibetur alienatio rei litigioſæ, vt puta ſi ex cauſa legati vel fideicommiſſi, dotis ante nuptias, donationis, tranſactionis, diuiſionis rerum hæreditariarum fiat. l. 3. & vlt. C. eo. Idem dicendum eſt, etſi ex quacunque cauſa neceſſaria res alienetur. l. diuus. ſupra, de petit. hæred. l. alienationes. ſupra fam. erciſc.

AD TIT. VII.

DE OBLIGATIONIBVS. ET ACTIONIBVS.

HVius tituli inſcriptio corrupta circumfertur, nam vulgo ſic inſcribitur, De actionibus & obligationibus. quod perabſurdum eſt & contra fidem Pandectarum Florent. Rationi enim congruum eſt, quemadmodum ex obligationibus actiones naſcuntur, ita prior tituli pars ſit de obligationibus poſterior de actionibus inſcribatur: quem ordinem nos ſequemur, vt prius de obligationibus, poſt de actionibus dicamus. Obligationis definitionem tradit Iuſtinian. ſub tit. Inſtit. de oblig. Obligatio eſt, inquit, iuris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur alicuius rei ſoluendæ gratia ſecundum noſtræ ciuitatis iura. Ex hac definitione ſatis apparet de ea obligatione nos loqui, quæ ad aliquid præſtandum auctoritate publica nos obligat, nõ de obligatione naturali, quæ proprie non dicitur obligatio. nam (vt Iulianus ait) in l. fideiuſſor. 17. §. fideiuſſor. ff. de fideiuſſori. minus proprie, & abuſiue naturalis debitor debere dicitur. Nec enim mirum cum vere debitor obligatus dici non poſſit, à quo inuito exigere non poſſumus, l. debitor. infra de verb. ſign. Similis locus eſt in l. is cui. § fin. hic Creditores (inquit) eos accipere debemus, qui aliquã actionem vel ciuilem habent, ſic tamen vt exceptione ſubmoueantur, vt honorariam, vel in factum. Ex quo loco apparet ad hoc vt quis creditor dicatur, non referre an actionem habeat ciuilem vel honorariam, vel in factum extraordinariam vel ordinariam directam, an vtilem: certam, an incertam. Porro tunc agere in factum dicimur, cum nec formulam nec actionem præſcribimus, quæ actio plerunque extraordinaria dicitur. Nam quoniam actionum plenus eſt numerus, plerunque actiones in factum deſiderantur, ait Pomponius in l. qui actionum. de præſcrip. verb. Hinc extraordinarium ius dicitur in l. cum filiusfa. ſi cert. pet. Et ordinarium & extraordinarium ius in l. creditores. to. de verb. ſign. Hinc vtile iudicium in l. ſi longius. §. 1. de iudic. Ex his oritur quæſtio, an is qui ſub conditione debet, proprie obligatus dicatur? hæc quæſtio tractatur in l. is cui. 41. hoc tit. In qua deciditur, in legatis quidem non dici creditorem eum cui ſub conditione debetur: vtique vero in ſtipulationibus. In qua eſt locus communis ſtipulationum & legatorum differentis. Ex quo apparet actionem ex ſtipulatu firmiorem actionem eſſe actione ex legato, quod ex aliis etiam iuris ciuilis locis apparet. Nam legatum conditionale non tranſit ad hæredem, l. vnica. §. ſin autem. Cod. de caduc. tollen. In ſtipulatione verò ſpes debiti etiam ad hæredes tranſmittitur. Inſtitut. de verbor. oblig. §. ex conuentionali. Item conditio adiecta legato. facit vt res interim ſit hæredis, l. 1. §. ſui ad Silan. in ſtipulatione non obſeruatur. Ex definitione Iuſtiniani colligimus eam ſtipulationem nullius eſſe momenti, quę continet conditionem in voluntatem promiſſoris collatam, l. ſtipulatio non valet. infra de verb. oblig. l. ſub hac. 7. hoc tit. Ex eadem etiã colligitur, eum qui obligationem contraxit, non poſſe obligatione liberari,

niſi

niſi id amborum conſenſu fiat. Inſtit. quib. modis tol. oblig. §. vlt. quamuis in certis contractibus plerunque eueniat, vt liceat etiam ſine amborum conſenſu recadere, vt in ſocietate: ſed hæc non ſunt noſtri loci. Ex hac definitione etiam colligitur, hanc eſſe ſubſtantiam obligationis, vt rei dominium acquiramus, ſed vt alterum nobis obligatum habeamus ad aliquid dandũ vel faciendum. l. obligationum. vtque poſtea per traditionẽ dominiũ acquiramus, vt ibi dicitur: & in l. traditionibus. ſupra de pact. Neceſſaria enim eſt traditio. Sed obiiciet aliquis, etiam ſolo conſenſu dominium transferri in l. vlt. C. de ſacroſ. eccleſ. Sed dicimus in eo non conſiſtere vim obligationis: præterea fauor eccleſiæ expoſcit, vt non ſit neceſſaria traditio.

De diuiſione obligationum.

Cap. II.

PRoximus locus eſt de obligationum diuiſione: aſt autem alia ciuilis, alia naturalis. Hæc diuiſio ſumitur ex l. hæres à debitore. de fideiuſ. Porro hoc loco obligationẽ latius ſumimus quã in definitione Iuſtinianı: quandoquidem & naturalem cõprehendimus. Quæ ſit ciuilis obligatio valde controuerſũ eſt. Dixi de hac re ſentẽtiam in comment. de pactis. in l. 1. naturalis obligatio eſt quæ ex ratione naturali oritur. Cuius fundamentum eſt ipſa æquitas: quæ ſententia confirmatur ex l. ſi noxali. ſupra de pecul. & l. Stichum. §. naturalis. infra de ſolutio. vbi vinculũ æquitatis appellat. & l. nã hoc natura. & § præcedenti. de condict. indebiti. nam æquum eſt naturali obligationi ſatiſfacere. Ex his ſatis conſtat naſci obligationem ex pacto conuento, tametſi multi diſſentiant. Sed noſtra ſententia ex eo nititur quod ait Paulus in l. cum amplius. infra de reg. iur. eum natura debere quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus. Ex iis amplius conſequitur, ſtatus & conditionis perſonarum nullam rationẽ habendam eſſe, nec ſeruum à libero, nec filiumfam. à patrefam. diſtinguendum. quia naturalis ratio harum perſonarum aliquam diſtinctionem nõ nouit, l. naturalis. l. frater à fratre. ſupr. de condict. indeb. inde quæri ſolet an is in quem beneficium collatum eſt, natura teneatur ad remunerationem? Et certum eſt gratitudinem à I. C. maxime commẽdari. vnde recte ab Vlpiano dictum eſt, eum qui donat, aliquem ſibi naturaliter obligare, l. & ſi lege. §. cõſuluit. de petit. hæred. verũ hic nulla proprie eſt naturalis obligatio: cum hoc non agatur inter conferentem beneficium & accipientem vt aliquid eo nomine is qui donat recipiat. Cum enim loquimur de obligatione naturali, eam intelligimus propter quam ſi non iudicio experiri, ſaltem petere & flagitare liceat quaſi debitum. & ſi non præſtetur, conqueri poſſumus. Turpe autem eſt, viro prudenti non ſatis conuenit, ab eo in quem beneficium contulit, *ἀπαιτεῖν* ſeu debitum exigere: alioquin beneficiũ non erit, ſed creditum, vt diſputat Seneca lib. 3. de benefic. omnes. n. obligationes quæ vere, & proprie naturales dicuntur, ita contrahuntur vt quo ad propoſitum & voluntatem attinet contrahentium, neceſſariã præſtationem habeant. At cum liberalitatem in alium exercemus, id totum arbitrio accipiẽtis relinquimus, vt idem Seneca ait. Naturalis autem obligatio pleroſque ciuiles effectus habet: ne quis exiſtimet diſputationem hanc ad philoſophos penitus reiiciẽdam. Nã tametſi non eam vim ſemper habeant, vt inuitus debitor ad ſoluendum cogi poſſit, ſi tamen ſoluerit prætextu erroris, ſolutum repetere non poterit, l. naturalis hoc titul. Exemplum eſt inſigne in l. ſi quod de cond. indeb. vbi ſi ſeruo debitam pecuniam manumiſſo poſtea ſoluerit dominus, repetere non poterit: quia (inquit I. C.) naturale debitum agnouit. Secundo hæc obligatio ad cõſtituendã pecuniã prodeſt: in obligatione namque naturali etiam conſtitui pecunia poteſt, vt in l. 1. §. vlt. de conſt. pec. Tertio ad compenſationem prodeſt: quia naturale etiam debitum in compenſationem venire poteſt, l. 1. §. fideiuſſor obligari de fideiuſ. Item nouatio quoque in eam cadit, l. 1. de nouat. Verum ne litibus via apperiretur, viſum eſt iuris auctoribus non omnibus his obligationibus vim agendi tribuere, ſed certis quibusdam ad rempub. tuẽdam neceſſariis: vt diximus tit. de pact. l. iuriſgentium. Atque hæ ſunt obligationes quæ ciuiles dicuntur, quia ex ipſo iure ciuili robur accipiunt, & à naturalib. obligationibus diſtinguũtur, l. hæres à debitore. de fideiuſſor. Nam etſi naturalis obligatio quoſdam effectus habeat ciuiles, vt ſupra diximus: eos tamen habere ex moribus potius & interpretatione prudentum, quam ex legibus dicendum eſt.

Quæſtio hic vulgo agitari ſolet, an pupillus naturaliter obligetur, cum ciuiliter nõ obligari certum ſit. *Pupillus an naturaliter obligetur.* Et vulgo dicitur, conſenſum parere naturalem obligationem: quia æquum ſit ea de quibus conuentum ſit ſeruari, l. 1. ſupra de pact. quo fit vt naturaliter obligetur. nam qui infantiæ annos exceſſit, conſenſum habet. Difficultatem auget l. pupillus. hic, in qua dicitur, pupillum mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem naturaliter obligari. Similis eſt locus in l. & quod pupillus. de cond. ind. vbi ſi promiſit, aut ſoluit pupillus ſine tutoris auctoritate, repetitio eſt: quia (inquit) nec natura debet. Qui loci ex diametro pugnare videntur cum infra ſcriptis in l. 1. infra de noua. in fin. l. cum illud. §. hæres meus. quando dies legati cedat. l. ſi pupillus. ad leg. Falcid. l. in numerationibus de ſolutio. l. Stichum. §. naturalis. eod. tit. l. fi. de iureiur. l. ſi eius. ad S. C. Trebel. Vulgus interpretum, vt effugiat hæc contraria, exiſtimat l. pupillus. hic. & l. quod pupillus. de cond. indeb. de infante loqui: contrarias vero leges de eo qui infantiam exceſſerit: quod perabſurdum eſt. Nã de infante nulla vnquam fuit dubitatio, cum eius nec conſilium vllum ſit, nec voluntas. fruſtratoria fuiſſet ergo hæc diſpoſitio I. C. Cum vero id perpenderẽt noſtri temporis plerique doctiſſimi viri, alias rationes excogitauerunt legum conciliandarum. Ferretus exiſtimauit hanc legem ita accipiendam, vt mutuam pupillus pecuniam accipiendo, naturaliter quidem obligetur, id eſt, aduerſus pupillum non poſſit agi honeſte, obſtante naturali æquitate. Sed eius ſententia mihi non probatur, & loci quos ipſe citat, ad hunc locum pertinere non videntur. Baro intellexit hunc locum de iure naturali, quod à iure gentium diſtinguitur, id eſt, de mero iure naturali: cæteras autem leges contrarias intelligendas eſſe de eo iure naturali quod in nomen trãſiit iuriſgentium, id eſt, de eo iuregentium quod plerunque etiam ius naturale appellatur: quæ etiã diſtinctio non ſatisfacit. Ego exiſtimo naturalem rationem & æquitatem ſpectandam eſſe, & in primis conſulandam philoſophiam. Nec puto quemquam philoſophũ ſimpliciter reſponſurum, pupillum, ſi non præſtet, quod conueniens ſit, contra officium facere. multa enim hic à philoſopho expendenda eſſe videntur. Nec illud ſolum inſpiciendum eſt, an quis conſenſerit & fidem dederit, vt pro hoc natura debere dicatur: ſed etiam an ex firmo iudicio conſilioque conſenſus proficiſcatur. Nam licet pupilus ſanæ mentis dicatur, nec ſit omnino ſimilis furioſo, non ideo tamen eius conſilium firmum eſt. cuius (vt inquit Caius, in leg. vlt. ſupra de manumiſ. vindicta.) infirmum conſilium multis captionibus ſuppoſitum eſt. Quamobrẽ iuris auctores naturam ducẽ ſecuti, ita rem temperant, vt modo obligari, modo non obligari dicitent. In iis enim in qui-

bus nullum aut certe leue incommodum pupillo adfertur, fatentur eum naturaliter obligari: nempe vt nouatio eius obligationis, quæ in pupillum translata eſt, rata facta intelligatur, dict. l. 1. de nouat. vt fideiuſſor accedat obligationi pupilli, d. l. Stichum. §. naturalis. infr. de ſolut. l. vlt. de iureiur. vt hæres quod ſibi à legatario datum eſt imputet in Falcidiam, leg. ſi pupillus. ad leg. Falcid. & huiuſmodi, de quibus ſupra diximus. Hæc enim non lædunt pupillum. Quoties autem agitur de graui incommodo pupilli, vt de retentione rei per errorem ab eo ſolutæ, ne natura quidem obligatus intelligatur, dict. l. quod pupillus. de cond. indeb. atque ita accipiendum eſt quod dicitur in l. pupillus. hic. ex Licinio Rufino, pupillum mutuam pecuniam accipiendo, ne naturali quidem iure obligari. Verba generaliſſima ſunt. Videtur autē ideo generaliter locutus, quod præcipuus effectus naturalis obligationi in ſoluti retentio conſiſtere videatur. l. naturales, hoc tit. moris autem non eſt Iuriſc. ſi quid generaliter definire: ſed rectè eorum dicta conſideremus: Cùm igitur generalis ſit Rufini definitio, bona occaſio eſt cōciliationis & expeditiſſima ratio, vt generi hic per ſpeciē derogetur, l. in toto. de reg. iur. verba ergo Rufini generaliter accipienda ſunt: cæterarum legum contrarietates ſpeciales erunt. Addo quod inſcriptio Rufini lib. 8. regul. generalitatis fidem probat. Sed obiicitur aliud nobis in eadem ſpecie contrarium, ex leg. ſi cui. 64. ad Trebel. vbi pupillus ſi pecuniam ſine tutoris auctoritate ei creditā (quia naturaliter ibi debere dicitur) defuncto creditoris hæredi ſoluerit, ſi quidem ante reſtitutionem, non repetet. Cęterum animaduertendum eſt, ita aliquando obligari naturaliter ex pecunia credita, vt ſolutum nō repetat, cū ſcilicet ex ea pecunia locupletior factus eſt. Caſus eſt in leg. naturalis. § vlt. de cond. indeb. Nam vt diximus, naturalis obligatio tota ex naturali æquitate pendet. At natura æquum eſt, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem, l. nam hoc natura. ſupra de cond. indeb. Cum igitur in d. l. ſi cui. quæritur vtri acquiratur naturalis obligatio pupilli, hæredi ne, an fidei commiſſario: intelligere debemus de naturali tantum obligatione quæ repetitionem impedit. Quod ideo à Meciano ibi expreſſum nō eſt, quoniam non ibi quærebatur quibus ex cauſis pupillus naturaliter obligaretur, vel non obligaretur ex mutuo: ſed quæſtio erat, cui ſolutio vtilis eſſet eo caſu quo obligaretur. Nec me mouet, quod fortaſſis quiſquam obiiciat, pupillum eo caſu quo locupletior factus eſt, non tantum naturaliter, ſed & ciuiliter obligari, cum aduerſus eum actio detur in quantum locupletior factus eſt, l. pupillus. ſupra de aucto. tut. Nam iuris auctores de hac obligatione naturali tantū diſputare cōſueuerunt, vt apparet ex dicta lege naturaliter. cum ſequ. de cond. indeb. & d. l. pupillus. de auct. tut. ex qua quidē obligatione ante S.C. diui Adriani, cuius crebra eſt in iure mentio, nulla naſcebatur actio, ſed poſt S. C. cœpit ex æquitate vtilis dari l. 3. ſupra commodati, l. 5. de neg. geſt. Quare pupillus hodie poſt S. C. obligatur tam ciuiliter quàm naturaliter, ſi locupletior factus ſit, cum id S.C. lex quædam iuris ciuilis videatur: ſed tempore veterū Iuriſconſ. vim iuris non vſquequaque habebat. Hæc ſenatuſconſulta generalia non erāt, ſed in ſingulas cauſas & negotia iuris præſtabantur, vt alias docui libro 1. Diſputation. cap 41.

Obligatio principalis & acceſſoria quæ ſit. Sequitur alia obligationum diuiſio. Quædam eſt obligatio principalis, quædam acceſſoria ſeu fideiuſſoria. Dupliciter namque quis obligari poteſt, ſuo nomine, vel alieno. Qui ſuo nomine obligatur, reus principalis dicitur: qui alieno, fideiuſſor appellatur, l. 1. §. ſed aut propriu. De fideiuſſoria dicemus infra, de verborū obl. Circa hanc fideiuſſionem tractatur hic quæſtio, l. cum quis. 21. Quidam ſtipulatus eſt mercem aliquam, Kalendis, pma, quintiiib. & vt tutus eſſet, fideiuſſorem accepit. Quæritur cuius temporis habenda ſit ratio in æſtimatione mercis. Reſpondet Aphricanus, ſpectandum eſſe tempus quo fideiuſſor ſe obligauit. Difficultas hic naſcitur ex eo quod nonnullis in locis dicitur ſpectandum eſſe tempus quod ſtipulationibus adiectum eſt, vt dicitur in l. 4. ſupra de cond. tritici. ar. l. vinum. ſupra ſi cert. pet. l. 5. ſupra commoda. Diximus de his quædam ſub tit. rer. amot. & tit. de verbor. obligat. Sed hic breuiter aliquid attingam. Exiſtimo hic aduerſus fideiuſſorem propter rei principalis, non ſuā. Cum enim agitur cōtra fideiuſſorem propter rei principis moram, non æquum eſt ſpectari tempus quo mora à reo facta eſt, ſed id tantum quo obligatus eſt fideiuſſor. Vt autem hoc facilius intelligatur, duo notanda ſunt. Primum eſt moram rei principalis nocere fideiuſſori, l. mora. infra de verbor. oblig. Alterum eſt propter moram rei nō augeri fideiuſſoris obligationem, l. centum Capuæ. ſuprà de eo quod certo loco. Vt hūc locum ita interpretemur moueor, quod hæc l. cū quis. & l. centum Capuæ. eiuſdem ſint auctoris. Pro conciliatione igitur dicendum eſt in ſpecie propoſita, ſi ponamus reum principalem cōueniri, tempus ſtipulationis ſpectandum eſſe. Sin autem fideiuſſorem, & quidē non ſuo, ſed rei principalis nomine, tunc ſpectari tempus debere quo ſe obligauit.

Vnde naſcatur obligatio, & quomodo contrahatur.

Cap. III.

CAius in l. 1. hic ait, obligationes naſci aut ex contractu, aut maleficio, aut proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris. Quibus poſtremis verbis oſtendit tantam eſſe earum varietatem, vt partitione aliqua comprehēdi nō poſſint. Eadem fere diuiſione vtitur Iuſtin. in Inſtit. tit de actio. §. 1. obligamur, inquit, aut ex contractu, aut ex maleficio: & paulo poſt ſubiicit: & aliis quibuſdam modis. Ex obligationum tamen diuiſione tit. de obligationibus idem adiecit, ex quaſi contractu vel quaſi maleficio, non tamen id aſſecutus eſt, vt omnes cauſas obligationum amplexus videatur. Quæ ex quaſi contractibus naſcuntur, ſunt, quæ contractibus, quàm maleficiis ſunt ſimiliores: quæ vero ex maleficiis naſcuntur, ſunt quę maleficiorum magis naturam quàm contractuum redolent. Sed redeamus ad Caij diuiſionem. Quędam igitur obligationes ex contractu naſcuntur, quædam ex maleficiis, quædā ex variis cauſarum figuris. Quod de contractu dicitur, non eo pertinet, vt intelligamus ex omni contractu oriri obligationem, ſed quibuſdam certis. Et id factum eſt à iuris auctoribus, ne via litibus aperiatur. Nam quamuis honeſtū arbitrentur ſeruare conuenta, ſtandū eſſe pollicitis cenſuerint, non tamen ex omnibus pollicitis & pactionibus voluerunt obligationes introducere: ſed quædam etiam fidei, & religioni, & probitati hominum commiſerunt. Atque ideo traditum eſt in l. Arrianus. promptiores nos eſſe debere ad liberationē, quàm ad obligationem. huc pertinet quod dicitur l. fauorabiliores. infra de reg. iur. Certi igitur tantum contractus ſunt, ex quibus obligatio naſcitur, qui à cęteris diſcernuntur, & proprium nomen habent, de quibus in l. iuriſgentium. ſupra de pact. ex quibus etiam ſolis actio datur. Cæterum ſi qui ſint, quibus cauſa ſubſit, & ſi in contractum nominatim non tranſeant, ex iis tamen actionem dari Vlpian. ait, & naſci ex eis obligationem in d. l. iuriſgentium. Exemplum vnum eſt in l. inter ſocerū. §. cōuenit, ſupra de pact. dot. & in l. fi. hic.

Preter-

Præterea animaduertendum eſt, obligationes quæ ex contractu naſcuntur, contrahi aut re, aut verbis, aut literis, aut conſenſu. Inſtit. de oblig. §. vlt. & in l. 1. hic. Cũ dicimus verbis contrahi, olim dubitatum eſt, an ea obligatio valeret, quæ in tabulas relata eſſet. Hæc quæſtio tractatur in l. non figura. 37. hoc tit. quam interpretes intelligunt de obligatione literarum, quod non placet: quia exiſtimo talem literarum obligationem tempore Pauli, ex quo hoc caput deſumptum eſt, incognitam fuiſſe vt apparet euidenter ex leg. vlt. de conſtit. pec. arg. etiam l. vlt. hoc tit. vbi ex priuata epiſtola nullam naſci actionem Scæuolæ tempore ſolitam eſſe cõſtat. Sed potius exiſtimarim Imperatorum conſtitutionibus introductũ hoc genus obligationum. Argum. etiam eſt quod Caius in diuiſione ſua hic nullam facit huius generis obligationis mentionem: quod autem dicitur, conſenſu contrahi quaſdam obligationes, non eo pertinet vt arguamus, in cæteris obligationibus cõſenſum non requiri, quandoquidem nulla conuentio ſine conſenſu eſſe poſſit. l. 1. ſupra de pactis. Sed eo referri debet, vt dicamus quaſdam eſſe obligationes, in quibus nulla ſolennitas aut traditio requiratur, ſed ſolo conſenſu opus ſit, & is ſufficiat, vnde obligationes ex conſenſu dicuntur, quia ſolo conſenſu contrahantur. Et huc pertinet quod dicitur in l. in omnib. 55. hic. In omnib. reb. in quibus dominium transfertur, concurrere oportere affectum ex vtraque parte contrahentium: alioquin produci ad effectum quod cœptum eſt, non poſſe. Ergo vt diximus conſenſus in omnibus iis contractibus requiritur, atque hinc conſequitur ex cõtractu imaginario nullam naſci obligationem l. contractus imaginarij. 55. & huc pertinet tit. C. plus valere quod agitur, quam quod ſimulatè concipitur. Nam cũ apparet conſenſum deficere, deficit etiam ipſa obligatio. Hinc aliud conſequitur, ex iis contractibus qui errore contrahuntur non naſci obligationem, quia & hic conſenſus deficit. Exemplum vnum eſt in l. vltim. in princ. Præterea ex omnibus contractibus quibus impoſsibilis adiecta ſit conditio, nulla etiam oritur obligatio: nec enim cõtractus valent. l. non ſolum. 30. hic. & l. impoſsibilis. infr. de verb. oblig. cum id tacite agi inter contrahentes iudicatur. In legatis & fideicommiſſis id diuerſum eſt, nam impoſsibilis conditio pro non adiecta habetur.

Ad l. non figura 37.

Contractus nullus ſine conſenſu.

Conditio impoſsibilis non obligat.

De his quæ obligationi extrinſecus accedunt.

Cap. IV.

In primis dies obligationi extrinſecus accedit: quia id ad ſubſtantiam obligationis non eſt neceſſarium. Variis autem modis id contingit: aliquando enim adiicitur cauſa differendæ ſolutionis. leg. obligationum fere. 43. quod in fauorem promiſſoris fit, vnde ante diem peti non poteſt. leg. cedere diem. Infra de verb. ſignif. & l. qui hoc anno. infra de verbor. oblig. Diuerſum autem eſt in vltimis voluntatibus: quia ab initio anni petere poteſt. leg. 1. Cod. quando dies leg. ced. Plenius enim interpretamur defunctorũ voluntates. l. in teſtamentis. de reg. iur. Cum autẽ dies adſcribitur cauſa differentiæ ſolutionis, ex die ſolutionis, mora committitur etiam ſine interpellatione. leg. magnam. Cod. de contrah. & commit. ſtip. Ex bono tamen & æquo conceſſum eſt, vt ante litis conteſtationem purgari poſſit. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. l. ſi inſulam. infra de verb. oblig. Si tamẽ adiecta cũ die pœna ſit, vt ſi eo die nõ ſoluerit, pœnæ nomine det aliquid, non admittetur hæc purgatio. leg. traiectitiæ. hoc titulo. niſi per eum non ſteterit quin ſolueret, vt quia pecuniã obtulit, vt ibi dicitur. Aliquãdo etiã adiicitur dies demonſtrationis cauſa, vt oſtendatur præſens tempus, vt in l. liber homo. §. decem. infra de verbor. oblig. Tertio & dies adiicitur multiplicandę obligationis gratia. l. ſi Stichum. §. appellatio. infra de verbor. oblig. cum in ſingulos annos ſtipulamur. Quarto adiicitur quoque dies cauſa finiendæ obligationis. l. obligationum fere. hic. Et licet poſt diẽ illum nõ finiatur obligatio, id eſt, tollatur: quod patet, quia etiam à Iuſtiniano hic modus tollendæ obligationis non recẽſetur ſub tit. quib. mod. tol. oblig. Inſtit. tamen ex æquitate introductum eſt, vt poſt tempus finitę obligationis, is qui petit ex obligatione, vel pacti cõuenti, vel doli exceptione ſummoueri poſſit. Secundo conditio obligationis extrinſecus accedit: ſub conditione namque interdum contrahitur obligatio, quæ conditio effectum obligationis ſuſpendit in euentum conditionis: adeo vt ante conditionem obligatio inefficax ſit. Huius cõditionis mentio eſt in d. l. obligationum fere. vbi notandum eſt, conditionem eam tantum efficacem eſſe, quæ in conſtituenda obligatione inſeritur; non quæ poſt perfectam obligationem ponitur: nam ea locum exceptionis tantum doli mali aut pacti conuenti obtinet. vt ibi dicitur. Tertio accedit modus, cum ſtipulamur decem aut hominem: nam alterius ſolutio ſolam obligationem perimit, nec alterum peti poteſt. d. l. obligationum fere. hic. Differt autem à ſuperioribus, quia nec conditio, nec dies requiritur, ſed certus modus. Modus autem variè accipi ſolet, ſed hic ſpecialiter ſumitur à Paulo. De hac porro alternatiua dicemus in l. ſi Stichum. de verb. oblig. Quarto obligationi accedit extrinſecus acceſſio, & hæc quidem aut rei accedit, aut perſonæ, inquit Paulus in d. l. obligationũ fere. de hac dicemus in leg. eum qui. & l. vlt. infra de verbor. oblig. Ex iis quæ ſupra de conditione dicta sũt naſcitur quęſtio, Ita ſtipulatus ſum, ſi fundum non dederis, decem dare ſpondes? quid iuris? & Paulus ait in d. l. obligationum fere. decem ſola eſſe in ſtipulatione. Ait tamen liberum eſſe promiſſori fundum dare, vt liberetur. Quęritur quid in hac ſpecie, ſi nauem fieri ſtipulatus ſim, & ſi non feceris, centum? Reſpondet Paulus ibidem duplicem eſſe ſtipulationem, puram vnam, alteram conditionalem: vnam quæ factum contineat, alteram quæ quantitatem. Sed maxima controuerſia eſt vtrum hæc conditionalis & principalis ſtipulatio, principalem tanquam per nouationem tollat. Et exiſtimo non tollere. l. obligationum fere. §. fi. l. ita ſtipulatus. infra de verb. oblig. Solus hic locus adducitur aduerſus noſtram ſententiam, ſed quod hic dicitur, de obligatione facti accipiendum eſt. Præterea hic Paulus non affirmat nouationem eſſe, ſed ait quaſi nouationem videri. Plura dicemus in dicta l. ita ſtipulatus. Quinto pręterea locus adiici obligationibus ſolet. cum ſtipulamur aliquid certo loco dari, qui locus contractus dicitur in l. contraxiſſe. hoc tit. nam contraxiſſe videmur eo loco, vbi quis ſe ſoluturum obligauit. Similis eſt locus in l. 3. de bon. auct. iud. poſſid. l. hæres abſens. §. 1. ſupra de iudi c.

Mora committitur ſine ſtipulatione & quomodo purgetur.

De perſonis inter quas obligatio contrahitur.

Cap. V.

De furioſo in primis quęritur: & dicitur hic in leg. 1. in fi. Furioſũ neq. obligari neq. alterũ ſibi obligare: deniq; ſiue ſtipuletur, ſiue promittat, nihil agere manifeſtũ eſt, inquit Caius: nec mirũ, cũ furioſi nulla voluntas ſit. l. furioſi. infra de reg. iur. At in obligatione volũtas & iudiciũ cõtrahẽtiũ requiritur. Cęterũ ſi obliga

Digitized by Google

tio ſit, quæ conſenſu non egeat, non minus ad furioſũ, quàm ad alium quemuis pertinebit. l. ſi à furioſo. veluti in actionibus quæ ex re veniunt, vt dicitur in leg. furioſus. De muto & ſurdo item quæritur: & hic diſtinctione opus eſt. Nam obligationes quæ verbis contrahuntur, in mutum & ſurdum non cadunt: nam & inuicem loqui & exaudiri debent. l. 1. mutum. Surdum non eum intelligimus, qui tardius exaudit, ſed qui omnino non exaudit. vt ibidem. Qui natura mutus eſt, ſurdus quoq; eſſe creditur. l. diſcretis. C. de teſtam. Sunt alia genera obligationum, quę ſolo conſenſu contrahuntur, vt emptio, venditio, locatio, &c. In iis, quoniam ſermone opus non eſt, ſed ſolo conſenſu, mutus & ſurdus interuenire poteſt: quia poteſt intelligere & conſentire. l. in quibuſcunq. 47. hoc tit. De pupillo quæritur, & ſanè furioſo proximus videtur, vt qui nõdum intelligat quid agatur. Benignius tamẽ receptum eſt, vt qui fari poſſit, id eſt infans non ſit, & ſtipulari & promittere rectè poſſit. l. 1. in fin. Quod ait, promittere poſſe, non aliter intelligendum eſt, quam cum tutoris autoritate: nam ſine tutoris autoritate non obligatur iure ciuili. leg. obligari. 42. Quod ſi obligatio ſit quæ ex re veniat, obligabitur etiam ſine tutoris autoritate. leg. furioſus & pupillus. 45. Alia quæſtio eſt de ſeruo, & hic quoque diſtinguenda ſunt genera obligationis. Sane ex contractibus non obligatur. lege. obligari. 42. intellige in iis quæ ſunt iuris ciuilis. Nam quod attinet ad ius ciuile, ſerui pro nullis habentur. l. quod attinet. infra de regu. iur. At naturaliter obligãtur & obligant. leg. ſerui. 13. Ex maleficio vero obligãtur ex delictis, & ſi manumittantur, adhuc remanent obligati. Quid ergo ſi domini iuſſu maleficium commiſiſſe dicatur? Hæc quæſtio dilucide tractatur in leg. ſeruus. 20. & in grauioribus delictis hoc ſane non excuſatur: in iis vero à quibus facinus abeſt, factus liber non amplius tenetur, & ei ignoſcitur, dict. l. ſeruus. & l. ad ea. infra, de regul. iur. Poſtrema eſt quæſtio de filiofamil. & certum eſt, ea omnibus cauſis tanquã patremfam. obligari, & cum eo tanquam patrefamil. agi. l. filiusfamil. 38. leg. ſi quis. de pecul. Excipiuntur tamen quidam caſus ex mutuo propter Macedon. ſenatuſconſultus, ſed eos nunc enumerare noſtri inſtituti non eſt.

Mutus natura ſurdus eſt.

Quomodo tollatur obligatio.

Cap. VI.

HVic loco reſpondet tit. Inſtitu. quibus mod. tol. obl. Sunt aũt certi modi quib⁹ quod deberi cœpit, deberi deſinit, inquit Paulus in l. obligationũ fere. Certi namque modi iure ciuili ad tollendas obligationes inuenti ſunt, qui partim ſub hoc titulo, partim ſub dicto titulo Inſtitut. commemorantur. Primus modus eſt ſolutionis. §. 1. Inſtitutis, quibus modis tollitur obligatio. Secundus modus eſt, acceptilationis, quæ nihil aliud eſt, quam imaginaria quædam ſolutio. Non tamen pacto conuento obligatio tollitur, vt ait Iuſtin. in §. præterea. Inſtitut. de exceptio. Cæterum quia iniquum eſt pacta cuſtodiri, datur exceptio pacti conuẽti, ei à quo pactionem petitur, l. ſi vnus. de pactis. Excipiuntur tamen quædam exceptiones, de quibus in l. legitimam. de pactis. Tertio nouatione colligitur obligatio. §. præterea. Inſtitut. quib. mod. tolli. obligat. Eſt aũt nouatio prioris obligationis in aliam tranſmiſſio, vt prior perimatur, & noua conſtituatur. l. 1. infra de nouat. Porro iure in Pandectis, relato in nouatione ſpectatur magis quod actum eſt, quam quod dictum eſt, vt cognoſcatur an nouatio ſecuta ſit, lege. 2. infra de nouatione. Sæpe enim I. C. nouationem ex eo non eſſe arguunt, quod actum non eſt, vt in leg. 6. 7. & leg. 8. §. idem. de nouat. & l. ſi is cui. d. tit. Ideo etiam prodita eſt Iuſtiniani conſtitutio in tit. C. de nouat. Ergo vult nouationem nullam factam intelligi, niſi id à contrahentibus exprimatur: hinc poteſt colligi ex lege, Lucio. 28. hic. vbi nouatio non præſumitur, quia actum non eſt, nec vni per alteram renuntiaſſe videtur. Præterea & quarto obligatio tollitur quoties ſpeciem quæ mihi ex lucratiua cauſa debetur, ex alia cauſa etiam lucratiua conſecutus ſum. Puta tenebaris mihi donare Stichum, eum ab alio ex legato adeptus ſum, vt dicitur in leg. omnes debitores. cum ſeq. huc pertinet quod dicitur in §. ſi res. Inſtit. de legat. Duas lucratiuas cauſas in eundem hominem, & eandem rem concurrere non poſſe. Quinto obligatio tollitur amiſſione ciuitatis, aut deportatione, l. ſi debitori. infra de fideiuſſor. nam contra eum qui deportatur, tota obligatio tollitur. Hinc quæritur in leg. ſeruus. 29. hic. Quid ſi is qui deportatus fuerat, & ita ſeruus pœnæ effectus erat, poſt ea indulgentia principis liberatus ſit, an adhuc priſtinã obligationem reaſſumere videatur? Et Scæuola reſpõdit, non redire ad priorem obligationem. In perpetuũ ſublata obligatio non reſtitui poteſt. Paulus in leg. quid res. §. aream. infra de ſolutionibus, & ideo ſi ſeruum alienum promiſi, atque is poſtea manumiſſus ſit, licet poſtea aliquo caſu ſeruus iterum efficiatur, nihilominus liberatus ſum, quia ſeruus effectus alius videtur, vt ibi dicitur. Cæterum ſi à principe plenam indulgentiam meruit, & ius recuperandi bona quoque conſecutus eſt, & ſi ea relinquere maluerit, prioribus obligationibus quibus ante ſententiam ſubiectus fuerat, liberari non poterit, leg. 2. infra de ſentent. paſſis. Sexto, obligatio extinguitur interitu ſpeciei debitæ, leg. 10. quibus ſi ante moram deceſſerit, quia per eum ſtetiſſe non videtur quo minus præſtaret. Si mora aut culpa commiſſa ſit quominus præſtaret, obligatio non perimitur. l. ſi ex legati cauſa. infra de verbor. oblig. Item ſi antequam in moram incideret, facto ſuo aliquo poſſidere deſinit. l. quod te. ſupra ſi certum petat. Hinc quęſtio naſcitur. Certum eſt nobis obligationem per ſeruum acquiri. Inſtit. per quas perſon. nobis acqui. quid ergo ſi ſeruus cuius nomine actio mihi competit, poſtea manumiſſus aut alienatus, vel mortuus fuerit? Et dicendum eſt, eaſdem obligationes durare, d. l. quęcunque. Quod autem diximus de interitu rei ſupra, intelligendum eſt de interitu rei, quę in ſtipulationem deducta eſt. Quæſtio autem eſt, an aliquo tempore finiatur obligatio. Et Paulo placet, ad tempus obligationem conſtitui non poſſe. Ergo nec tempore finietur, l. obligationum ferè. §. placet. hoc tit. Ex æquo tamen & bono introductum eſt, vt ſupra diximus, vt is qui poſt tẽpus petit, doli mali vel pacti exceptione ſubmoueri poſſit, d. §. §. placet. Sed hic dixerit aliquis, hæc omnino aduerſari iis quæ de temporariis actionibus paſſim in iure dicuntur: veluti ſub tit. de diuerſ. & temporalibus præſcriptionibus. Et quidem verum eſt, ſi ius merum ſpectemus, tempore obligationem omnino non finiri: ſed tamen ex bono & æquo ei datur exceptio, vt dicitur in §. præterea. Inſtitut. de except. Quæri ſolet de iureiurando, item de ſententia, an obligationem extinguant: & certum neutrum referri inter modos tollendæ obligationis, ideoque recẽſentur à Iuſtiniano inter exceptiones ſub tit. de excep. Qui locus nos admonet, eum qui iurauit, aut qui ſententia lata abſolutus eſt, quamuis natura obligatus maneat, vt ait Paulus in leg. Iulianus. de condict. in deb. exceptione tamen actorem ſubmouere poſſe ab intentione ſua. Quod dicimus iniurando non tolli obligationem, aduerſari videtur l. Stichũ. §. naturalis. infra de ſolut. Sed I. C. ibi loquitur de naturali obligatione, quæ etiam pacto tolli poteſt, [illegible] vt ibi

Cauſæ duæ lucratiuæ.

vt tibi dicitur. Nihil autem aliud videtur iuſiurandum, quàm pactum quoddam. Cæterum nos de obligatione ciuili loquimur, quæ pacto tolli non poteſt, vt diximus ex §. præterea. Inſtit. de exceptio. multo minus iureiurando.

De actionibus, quæ eſt ſecunda pars huius tit.

Cap. VII.

Iam ad obligationum effectum veniendum eſt, qui eſt actio, quæ ab agendo dicitur, vt admonuimus in tit. de pact. ex ſententia Theop. Porro nihil aliud eſt actio, quàm ius quod ſi debeatur iudicio perſequendi, vt ait Celſus in l. nihil aliud. hic. quæ definitio conuenit ei quam tradit Iuſtinian. Inſtit. de actio. Eſt autem actionis nomen ſpeciale & generale. l. pecuniæ verbum. §. actionis verbo. infra de verb. ſignif. Actionis verbo generali comprehenditur & omnis perſecutio in rem etiam extraordinaria. Item continetur in perſonam vtilis, præiudicium, directa, vt dicitur in d. leg. pecuniæ. §. actionis, & in l. actionis verbo. 37. hic. Extraordinaria perſecutio dicitur, cum magiſtratus ſolemnem iudiciorum dandorum ritum non ſeruat. Huius extraordinariæ cognitionis exempla multa ſunt ſub tit. de var. & extraord. cognit. & extraordinariæ cognitiones fideicommiſſorum dicuntur apud Vlpian. tit. de fideicommiſſ. Inſtit. Comprehendit & actionem in rem quam petitionem appellamus, d. leg. pecuniæ. §. actionis. vnde petitorium iudicium dicitur. in leg. qui petitorio. de rei vindic. Et in ſumma quam late pateat hoc verbum actionis, dicitur hic in leg. actionis. Directa actio aliquando opponitur contrariæ actioni, vt cum dicimus, contraria actio tutelę, commodati: aliquando vtili etiam opponitur. Directa autem actio dicitur quæ ex directo iure, & lege ipſa qua comparatus eſt contractus, ex quo agitur, datur, vnde facile cognitu eſt, cur in leg. in commodato. §. 1. ſuprà commod. hæc actio principalis dicatur. Contraria actio eſt quæ datur ei, puta qui rem commodatam accepit, & in ea fortè expenſas fecit, contra commodatarium. Hic quæri poteſt, cur in emptione, venditione, locato & conducto, contraria actio repetiatur. Ratio eſt facillima, quia inter emptorem, venditorem, locatorem & conductorem vtrinque actio eſt principalis. Nam non magis obligatur venditor ad rem tradendam, quàm emptor ad pretium ſoluendum, & è contra. Vtilis actio eſt, quæ ea lege ipſa, ſed ex interpretatione ſuppletur, propter vtilitatem aliquam, vt eleganter diſſerit Pompon. in leg. quia actionum. ſup. de præſcrip. verb. vulgo dici ſolet, ex verbis legis directam actionẽ dari, ex ſententia verò & mente vtilem, quod ſi ſimpliciter intelligatur, falſum eſſe exiſtimo. Nam ex mẽte legis quandoque datur directa. Exemplum eſt in interdicto vti poſſidetis. Et huc pertinet quod dicitur in l. non dubium. Cod. de leg. ſed quoties non eſt certa legis ſententia, ſuadet autem vtilitas, datur actio quæ vtilis dicitur. Sequitur in ea l. actiones. hic. Præiudiciũ, de quo plenius dicemus ſub tit. de lib. agnoſ. ſed tamen ex hoc loco notandum eſt, Præiudicium Vlpiano dici actionem, quam Iuſtinianus præiudicialem actionem vocat. §. præiudicialis. Inſtitu. de actio. Porro his actionibus præiudicialibus, ſolet fere quæri de ſtatu hominum: puta, an aliquis liber ſit an ſeruus. Exemplum eſt in leg. 1. ſupra de rei vindic. Non poteſt quis per rei vindicationem liberum hominem petere, ſed petet, ait Iuriſcon. præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria. Præiudicium autem ſiue actio præiudicialis eſt, quæ præcedit alia iudicia, quibus agimus ad aliquid vel dandum, vel faciendum. Ex his facilè intelligi poteſt definitio Theop. tradita in d. §. præiudicialis. Præiudicium eſt, inquit, *τύπος ὑπὸ ἰντεντίζονος μόνης συγκείμενος*, id eſt, formula ex ſola intẽtione conſtans. Et huc pertinet quod ait Vlp. in l. vlt. ſi liber ingen. eſſe dica. Quoties de aliquo quæritur an ſit libertus, etiam nulla cauſa interueniente, præiudicium reddi, vel cum quæritur, cuius ſit libertus. Hoc autem actionis verbum tam late patet, vt etiam ſtipulationes prætorias contineat: quia actionem vicem obtinent. d. l. actionis. Sunt autem Prætoriæ ſtipulationes, quæ interponuntur auctoritate Prætoris, quæ à mero Prætoris officio proficiſcuntur, vt damni infecti. Iudiciales ſtipulationes bis opponuntur, quæ ex mero iudicis officio proficiſcuntur. tit. de præto. ſtip. Plura de iis dicemus l. 5. infra de verb. obli. Interdicta quoque actionis verbo continentur, vt ait Vlp. in d. l. actionis. Sunt autem interdicta, iudicia poſſeſſoria. Inſtit. de interdict. Potiſſimum autem comparata ſunt ad compeſcendam eorum audaciam, qui poſſeſſores ſua poſſeſſione deiiciunt, reiectis ciuilibus & legitimis actionibus. Sed vt vnde ſumus digreſſi reuertamur. Primus effectus obligationis eſt actio, quæ nobis datur in obligatione: nã alioquin inutilis eſſet obligatio. Verum circa hunc locum oritur quæſtio, quæ tanti momenti apud Paulum habita eſt, vt de ea ſingularem librum ſcribendum exiſtimarit, vt apparet ex inſcriptione l. qui ſeruum. 35. De concurſu ſcilicet actionum quæritur, vtrumque ſi ex eadem obligatione plures actiones naſcantur, an liceat omnibus experiri. Sed in hac quæſtione diſtinctione opus eſt: plerumque enim accidit, vt omnes hę actiones rei perſecutoriæ ſint quo caſu maxima dubitatio non eſt, cum vna aliam tollat: electio tamen eſt ſemper apud debitorem. Exemplum clarum eſt in hac l. qui ſeruum. Contingit etiam aliquando, vt vna ſit pœnalis, altera perſecutoria: hocque caſu vna per aliam non tollitur: veluti ſi mihi furto rem ſubtraxeris. Habeo conditionem, vt rem petam: furti etiam actionem habeo, qua pœnam perſequar. leg. ſi pro furto. §. 1. de cond. furti. Euenit etiam aliquam aliquando, vt omnes actiones pœnales ſint. tuncque diſtinguendum eſſe exiſtimo. Nam ſi plura ſint delicta, licebit omnibus etiam pœnalibus experiri: nunquam enim plura delicta concurrentia faciunt, vt vllius impunitas detur, vt ait Vlp. in l. nunquam. ſupra de priua. delict. Qui igitur hominem ſurripuit, & occidit: quia ſurripuit, furti: quia occidit, Aquilia tenetur. Sed videamus, an ex vno delicto plures proficiſcantur actiones, quæ propter varietatem iuris difficilis eſt quæſtio. Nam Paulus ait, Si ex vna obligatione plures naſcantur actiones, vt tantum non omnibus vtendum eſſe. l. plura. 52. Contrà vero Hermogenianus in l. cum ex vno. hic, ait, Cum ex vno delicto plures actiones naſcuntur, omnibus experiri permitti, poſt magnas varietates obtinuiſſe. Vnde tentare poſſumus hac lege ſuperiorem correctam eſſe. Sed alia ratione conciliandæ ſunt: ideoque dicendum eſt, cum agimus vna actione, altera etiam poſſe nos experiri ad id quod pluris intereſt, vt quod in ea pluris eſt, conſequamur. Exempli gratia, Seruum meum iniurioſè verberaſti: teneris mihi & lege Aquilia, & iniuriarum actione. Egi actione legis Aquilię quę duplum continebat: altera continet quadruplum, an agere hac quoq; poſſim quęritur. Et certũ eſt me adhuc duplum petiturum, vt compẽſem quod priori deeſt, & quod amplius in ea eſt conſequar: quod rationabilius viſum eſt Paulo, qui hãc diſtinctionem tradit in d. l. qui ſeruum. ad prin. d. l. qui ſeruũ. hic. Hęc lex in fine duplicẽ habet lectionẽ. Quidã legũ: *ſed verius eſt nõ remanere*, quę lectio textui maxime cõuenit. Alij legunt, *verius eſt remanere*, reiecta negatiua, quę lectio tolerabilis eſt, & confirmatur l. vnde quæritur. ſupra commod. ad fi.

Actio quæ ſit.

De concurſu actionũ, & quando vna electa alia tollatur.

Ex vno delicto plures actiones.

Igitur verum erit quod ait Hermogenianus in d.l.eum ex vno.poſſe nos omnibus experiri, cum hac ſcilicet diſtinctione Pauli in d.l.qui ſeruũ.vt gatur ad id quod amplius in alia eſt.Et ita verificabitur etiam Modeſtini dictum in d.leg plura non poſſe nos omnibus vti, ſcilicet ad totum conſequendum & ſimul.quod autem vna cęteras conſumat, nunquam euenit:quod Vlp.not.in l.pen.hic.& quod imo concurrant pœnales actiones ſimul Exemplum earum eſt in Inſtit.ſi quadr.paupe.feciſ.§.vlt.

De diuiſione actionum.

Cap. VIII.

Actio in rem quæ. PRima & ſumma actionum diuiſio traditur in l.actionum genera.24.& in §.1.Inſti.de action.Actiones autem in rem ſunt,aut in perſonam. In rem actio eſt, inquit ibi Vlpi.per quam rem noſtram quæ ab alio poſſidetur, petimus, & ſemper aduerſus eum qui rem poſſidet.quod intelligendum eſt, etiam qui nullo iure nobis eſt obligatus. ſufficit enim ipſum poſſidere, vt dicitur in d.§.1.Vnde ſimulatque deſinit quis poſſidere. deſinit etiam in eum actio,niſi dolo malo fecerit, quo minus poſſidere.l.ſin autem.de rei vindic. quod in actione in perſonam dicendum non eſt. Nam ſi mihi Stichũ promiſeris,& eum poſtea manumiſeris, Stichi nihilominus perſona ſemper obligata manet. Vnde à Papirio Iuſto ſcriptum eſt in l. Imperatores. ſupra. de publi.In actionibus in rem res ipſas conueniri non perſonam. Actio in rem ſemper datur domino aduerſus eum qui poſſidet. De dominio multa eſt dubitatio, & ſæpe quæritur quo iure ſit dominus.l.in rem.24. da rei vindicat.ſimile eſt in l.in ſpeciali.de rei vind. Dominium autem hic late accipimus, vt etiam quaſi dominium comprehendamus:veluti ſuperficiarium, cui etiã hæc actio competit. l.1.§.qui autem,ſupra de ſuperfi.l.ſuperficiario.74.de rei vind.Comprehendit etiam emphyteutam, & eum qui emit à non domino, cui datur actio publiciana.§.namque.Inſtit.de action.& toto tit.de pub.actio. Idem de ſeruitutibus dicitur toto tit.de ſeruit.verba.prædio.Similis huic actioni eſt actio Seruiana,quaſi ſeruiana, hypothecaria, de quibus §. item ſeruiana.Inſtit.de actio. Poſſeſſionem hic quoque accipimus pro quacunque detentione:l. officium ſupra de rei vindic.& ita intelligenda eſt l.vnica.de alien.iudi.mut.cauſa fact.

Hactenus de actionibus in rem. Sequitur de actionibus in perſonam.In perſonam actio eſt, inquit Vlp. in d.l.actionum.qua cum eo agimus qui obligatus eſt nobis ad aliquid faciendum vel dandum.Et ſemper aduerſus eundem locum habet.Datur enim in perſonam non in rẽ. Exẽplũ eſt in l.eum eui. C.eo.aliud in l.vlt.ſemper de cõtrah.empt.Actio in rẽ ſequitur poſſeſſorẽ: actio vero in perſonam ſemper ſequitur perſonam obligam,& ei inhæret,nec intereſt vtrum poſſideat necne. Hoc tamen cum aliqua exceptione accipiendum eſt.Exemplum vnum eſt in noxalibus actionibus. Noxales actiones ſunt, quæ ex maleficiis ſeruorum proficiſcuntur,quibus domino conuento, is cogitur aut litis æſtimationem ſufferre, aut ſeruum noxæ dedere. Hæc actio quamuis perſonalis eſt(namque ex maleficio oritur)poſſeſſorem tamen ſequitur.§.omnis autem Inſtit.de noxalib.actio.

Aliud exemplum eſt in leg.actiones.ſupra de exhib.& tamen in eadem lege dicitur eam dari aduerſus eum qui naturaliter aut ciuiliter poſſidet. Aliud exemplum eſt in quibuſdam interdictis, quæ quamuis perſonalia ſint, dantur tamen aduerſus poſſeſſorem. vt videre eſt ex leg.ſemper.& l.competit.quod vi aut clam. Aliud exemplum eſt in quibuſdam actionibus quæ à Prætore conceptæ ſunt magis in rem quam in perſonam:veluti actio quod metus cauſa.Hanc autem perſonalem eſſe, ex eo ſuadetur, quod ex maleficio oritur : de qua re conſulenda ſunt quæ ſcripſi leg.iuriſgentium. §. pactorum.de pactis. Hinc apparet quàm perperam vulgò actiones diuidant,in rem,in perſonam,in rem ſcriptas:quæ melius & commodius diuidi poſſunt hoc modo, Actiones quædam in rem,quædam in perſonam. Rurſus actionum perſonalium quædam in rem concipiuntur,id eſt, quædam exequuntur perſonam contra quam dantur,quædam non exequuntur : quo fit:vt cõtra poſſeſſorem dentur.Sequitur alia diuiſio actionum. Quædam enim ſunt ciuiles,quædam honorariæ. vt in d.l.actionum.24.in fin. Similis eſt diuiſio actionum, quæ traditur à Iuſtin.Inſtitut.de oblig. Ciuiles actiones ſunt quæ aut legibus conſtitutæ ſunt,aut certo iure. Prætoriæ ſeu honorariæ ſunt, quas prætor ex ſua iuriſdictione conſtituit,quæ honorariæ dicuntur à iure honorario,de quo in l.ius autem. de iuſtitia & iure.§. prętorum.Inſtitut.de iur.natur.gent.& ciui.Sub iis honorariis continentur etiam aliorum magiſtratuum actiones:puta ædilitiæ,vt in l.5.de verbor.oblig. Non tantum enim prætores edicta proponebant, ſed etiam Ædiles & alij magiſtratus,vt colligitur ex l. 2. de orig.iur.Quæret aliquis,quomodo diſcerni poterunt prętoriæ actiones à ciuilibus?Sane difficile eſt hoc in vniuerſum definiri.ſed ex interpetatione Iuriſconſ.hoc facile cognitu erit:non tamen arguendum erit ob id actionẽ eſſe prætoriam,quod prætor dicat in edicto ſuo,Actionem dabo, &c. Solebat enim & legitimas & ciuiles actiones dare.Porro quomodo dari ſolitæ eſſent, vide quæ dixi in l.iuriſgentium.ſupra de pact. Cum actio prætoria eſt, id exprimunt Iuriſconſ. puta hoc modo, Hoc ex iuriſdictione prætoria venit.& huiuſmodi verbis vtitur Iuſtin.in §.ſed iſtæ de act.in Inſtitut.& tit.de perpe.& temp.actionibus. Sequitur alia diuiſio actionum,quod quædam ſunt perpetuæ,quædam temporales.de hac diuiſione extat tit.Inſtit.lib. 4. vbi docet Iuſtinianus quibuſdam actionibus nullum olim tempus fuiſſe præſcriptum.vnde merito perpetuæ actiones dicebantur. Quamuis autem poſtea imperatorum conſtitutionibus tempus præſtitum fuerit 30.vel 40. annorum:ſemper tamen nomen perpetuarum actionum retinuerũt, ad differentiam aliarum,vt eſt redhibitoria, de qua in l.1.de ædil.edict.& iniuriarum, de qua in l.ſi non conuitij. Cod.de iniu.. Huc pertinet l. in honorariis.34.hoc tit.Solebant Prætores in ſuis edictis, ſe daturos actionem intra annum,adiicere:& tunc cum pœnalis erat. Cum vero rei perſecutoriæ ſunt actiones, nullum tempus adiicitur, vt docet Paulus d.l.34. his verbis:Illæ autem rei perſecutionem continent, quibus perſequimur id quod ex patrimonio nobis abeſt,vt cum agimus cum bonorum poſſeſſore debitoris noſtri.& Publiciana quoque in earum numero eſt,& reſciſſoria,quæ & ipſa intra annum finitur,quia contra ciuile ius datur. huius actionis mentio eſt in §. caſus eſt. Inſtit de actio.Hinc quæſtio naſcitur, An ſufficiat eius temporis poſtremum diem cœptum eſſe, an oporteat eſſe finitũ, vt extincta actio dicatur.Et Paulus ait in omnib.tẽporalib.actionibus,niſi nouiſſimus totus dies cõpleatur,non finiri obligationem, l. in omnibus. ſupra. Sed videtur aduerſari l.pen.de diuerſ.& temp.actio. vbi in vſucapienda aliqua re ita ſeruatur,vt etiam ſi minimo momento nouiſſimi diei poſſeſſa ſit res, nihilominus repleatur vſucapio, nec totus dies exigitur *Dies cœptus pro impleto.*

ad ex-

ad explendum tempus conſtitutum. Idem dicitur in l. in vſucapionibus. de vſucap. leg.3 §.minor. de mino. l. 1. de manumiſſ. l. cum autem. de verbor. ſignif. l. qua ætate. ſupra de teſtam. Ergo ibi ſufficit diem cœptum eſſe, hic autem oportet eſſe completum. Animaduertendum eſt, veteres Legiſlatores varie interpretatos fuiſſe annum, prout vel vtilitas, vel æquitas, vel fauor exigebat. id docent vniuerſa ſupradicta exempla, ſi conſiderentur. Cum de vſucapione loquuntur, aiunt ſufficere diem vltimum anni cœptum fuiſſe: id fauor, vtilitas & æquitas exigit. Vſucapio enim propter titulum & bonam fidem fauorabilis eſt: de præſcriptione autem de qua hic loquimur, id dici non poteſt: nam nulla hic bona fides, ſed tantum negligentiæ meç conſulitur. Quod autem dicitur in l. qua ætate. ſupra de teſtam. ſufficere diem vltimum decimiquarti anni, quo teſtari permittitur, cœptum eſſe, fauor poſtulat, vt plenius ius interpretemur. Idem reſponderi poteſt cęteris omnibus in locis ſupra dictis. Huius rei maximum argumentum eſt in l. 3. §. minorem. de minorib. vbi Vlp. interpretatur edictum quod cum minore, &c. de momento ad momentum, & quare nobis idem faciendi exemplum præbet: nempe quia id ibi fauor pupilli exigit.

Sequens diuiſio eſt, actionum quædam ſunt famoſæ, quæ ſcilicet infamiam irrogant: quædam ſunt quæ infamiam non irrogant. hæc diuiſio colligitur ex §. vlt. Inſtit. de pœna teme. litig. Harum autem actionum quæ infamiam irrogant, mentio eſt in l. 1. de his qui notan. infa. & in dicto §. vlt. Ad hanc diuiſionem pertinet l. ceſſat. hic. Prætor in edicto ſuo de his qui notan. infam. in leg. 1. ait furti damnatum infamia notari. Dubitari poteſt quomodo intelligenda ſint hęc verba. Variis enim rationibus poteſt ex furto agi, condictione furtiua & actione furti: vna eſt in duplum, altera in quadruplum. Qui damnatur actione furti infamis eſt: cæterum in condictione ceſſat infamia, vt dicitur in dicta leg. ceſſat, quamuis ex famoſis cauſis pendeat, & ita intelligi debet edictum de ea actione.

Sequens diuiſio actionum eſt, quod ad hæredem quædam tranſeunt; quædam non tranſeunt. Ad hunc locum pertinet tit. de perpet. & tempo. actio. & tractatur quæſtio in l. 24. hic. Quidam petebat aliquid ab hęrede: ſummotus eſt exceptione illa, quæ fiebat in hanc formulam, ac ſi non in ea cauſa tabulæ teſtamenti ſint, vt contra eas emancipato booorū poſſeſſio dari poſſit. Quæritur ſi emancipatus non petierit, & tranſierit tempus actionis, an ſupradictus aduerſus hæredem reſtitui debeat? Et reſpondetur debere: quia non videbatur quodammodo hæres debitor eſſe, quamdiu non erat certus hæres. Nota ibi formulam eaceptionis quæ fiebat ſub conditione. vnde merito alibi eaceptiones conditiones dicuntur. Quæritur quæ ſint actiones quæ ad hæredes tranſeant. Et diſtinguendæ ſunt obligationes & actiones. Quædam ex contractu oriuntur, & illę ad hæredem tranſeunt. l. ex depoſiti. 12. l. ea contractibus. 48. Nec refert, an delictum interueniat, necne, vt dicitur in d. leg. ex contractibus. veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depoſitum eſt. Similis locus eſt l. ſi hominem § datur. depoſ. Cæterum nobis negotium facit §. aliquando. Inſtit. de perpet. & tempo. Aliquando (inquit) etiam ex contractu actio contra hærededem non competit, veluti cum doloſe teſtator verſatus ſit. Et Theophil. exemplum adfert proprie de depoſito. Huius loci interpretatio ſumenda eſt ex d. l. ſi hominem. §. datur. depoſ. quamquam enim, inquit, aliàs ex dolo defuncti non ſolemus teneri, niſi pro ea parte quæ ad nos peruenit: tamen hic dolus ex contractu, reique perſecutione deſcendit: quaſi inferat, tunc demum dari actionem propter dolum defuncti in hęredē, cū ea contractu & rei perſecutione ſimul oritur, & vtrūq; cōcurrit. Nōnūquā euenit, vt actio depoſiti ſit tantū pœnalis, nō etiā perſecutoria, vt apparet ex ſupradicto edicto prætoris, & tunc non datur in hæredem. & intelligendus eſt is §. aliquando. & eius obiectio reſoluetur. Aliæ ſunt actiones, quæ ea maleficio naſcuntur, quę pœnales dicuntur, & ad hæredes non tranſeunt. §. non autem. Inſtit. de perpet. & tempor. niſi lis conteſtata iam fuiſſet viuente iam teſtatore: nam eo poſtea mortuo lite iam conteſtata ad hæredes tranſmittitur. leg. conſtitutionibus. 32. l. ſciendum. 57. l. omnes pœnales. Huic loco congruus eſt locus in l. ſi eū. §. qui iniuriarū. ſi quis cautio. Hæc autem diſtinctio de prætoriis ſtipulationibus eſt intelligēda: nā prætoriæ actiones quæ pœnales ſunt, in hæredē nō competunt. §. non autem. Inſtitut. de perpet. & temp. actio. Quæritur de perſonis inter quas agi poſſit. huc pertinet l. actione. nempe filio non dari actiones aduerſus patrem, dum emancipatus non ſit, vel extra poteſtatem: niſi in caſtrenſi peculio, vt dicitur in l. lis nulla. de iudic. Huc denique pertinet tit. de in ius vocan. Alter locus de actionibus quæ vnicuique ſuo nomine competunt: & huc pertinet. l. filiusfamil. 8. & l. in factum. 12. vbi de actionibus quæ filiofamil. competunt diſſeritur. Et generaliter non habet filiusfamil. ſuo nomine actionem d. l. 8. arg. etiam l. vlt. C. de bonis quæ liber. ei tamen extra ordinem agere permittitur. l. cum filiusfamil. ſi cert. pet. & vtili iudicio ei agi permitti extra domum cum abeſt, vt dicitur in l. ſi longius. §. 1. de iudic. Actio namque in factum ei datur, cùm nulla alia competat. Videte quæ ſcripſi in l. iuriſgentium. ſupra de pactis.

Actio trāſiens ad hæredem & non.

Hhh

FRANCISCI DVARENI
IVRECONSVLTI COMMENTARIA IN LIB. XLV. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS.

EX conuentionibus iuriſgentium quædam comprobatæ ſunt Iure ciuili, vt efficaces eſſent ad agendum, veluti emptio, venditio, locatio, conductio, & aliæ huiuſmodi. l. Iuris gentium. ſuprà de pact. Cæteræ non proſunt ad agendum. Nam quamuis honeſtum ſit, fidem ſeruare: tamen minuendarum litium gratia, cautum eſt Iure ciuili, vt ex certis tantum conuentionibus actio detur, quæ cæteris, ad Rempublicam continendam, viſæ ſunt magis neceſſariæ, vt aliàs in tractatum de pactis annotaui. Id enim eſt inſitum hominibus (quod & nos docet experientia) vt ad promittendum, paciſcendúmque procliues ſint, ſine magna deliberatione, & conſilio nonnunquam, ac fortaſſis minime futurum ſperantes, vt acceptet alter, quod promittitur. Quamobrem ſi iure publico ad promiſſum ſeruandum adigerentur, data actione, magno ſane incommodo afficerentur, nec vllus eſſet litium finis. Eſt enim hoc præcipuum optimi cuiuſq; Legiſlatoris propoſitum, vt omnem litium occaſionem inter ciues tollat. Et hæ leges optimæ, vtiliſſimæque hominibus iudicandæ ſunt (vt Iſocrates ait) quæ quam pauciſſimas lites gignunt. Itaque non inmerito celebratur Catonis ſententia, qui forum, in quo litigatores Romæ conſiſterent, ſternendum eſſe muricibus cenſuit. Dixerit aliquis, Non poterit igitur quiſquam aut obligari, aut ſibi alium obligare, præterquam emendo, vendendo, locando, &c. etiamſi ſerio agat vterque & contrahatur obligatio? Reſpondeo, id cuiuis licere Iure ciuili, modo interueniat ſtipulatio, id eſt, præcedat interrogatio, & ſequatur reſponſio: vt, Promittis? promitto: Spondes? ſpondeo: vt hoc ritu, ac veluti ceremonia ſerio ſe agere, & obligationem contrahere velle teſtetur. Nam, vt auctor eſt Clemens Alexandrinus. lib. 5. Stromat. in pleriſque negotiis ciuilibus Romani ſymbolis vſi ſunt: cuiuſmodi videtur hic ritus eſſe, de quo loquimur, vtilis ad obligationem inter homines contrahendam. Quodcunque enim negotium quis cum alio contrahere volet, ex quo naturalis tantum naſcatur obligatio, hac forma ſeruata ſibi proſpicere poterit, & eam obligationem confirmare, atque corroborare. leg. Iuris gentium. §. quod fere. de pact. Vnde Paulus lib. 5. Sentent. ſtipulationes obligationum firmandarum gratia introductas eſſe ait, & à Pomponio dicuntur pendere ex negotio contracto. l. 5. infrà. Hinc Vlp. ſtipulationes inuentas eſſe, inquit, vt vnuſquiſque per eas ſibi acquirat, quod ſua intereſt l. ſtipulatio iſta. §. alteri. infra Nam abſque ſtipulatione, multis ex cauſis acquiri non poteſt nobis, quod noſtra intereſt; vt exempli cauſa, ſi quempiam obligare velim ad rem mihi dandam, ex cauſa permutationis, cum res mea forte præſens non ſit, quam ei traditurus ſum, aut mihi non expediat, eam ſtatim dare. Huc pertinet, quod idem Paulus cum Iuſtiniano ſcribit, ſtipulationem à ſtipulo dici, quod firmũ ſignificat apud veteres, §. 1. Inſtit. de verb. oblig. Quanquam aliis placet, ἀπὸ τοῦ στερεοῦ potius deductum eſſe vocabulum. Hinc conſequens eſt, quoties apparet, non ideo præceſſiſſe interrogationem, vt aliqua firmaretur obligatio, pactionem eſſe magis quam ſtipulationem. d. §. quod fere. Fieri enim non poteſt, vt paciſci tantum velint aliqui, nec ſtipulationem contrahere: caſu tamen aliquo fortuito vnus alium roget, vt alibi oſtendimus. d. §. quod fere. Nam ita demum ſtipulatio vere contracta intelligitur, cum inter contrahentes hoc actum eſt, vt quod inter eos conuenit, ſtipulatione confirmetur, & mox vno interrogante, & verba concipiente, alter promiſit. Ec hoc modo ſtipulationem olim contrahi ſolitam fuiſſe, indicat Plautus in Pſeudolo his verſibus:

P. *Satin' eſt, ſi hanc hodie mulierem efficio tibi,*
Tua vt ſit: aut ſi tibi do viginti minas?
C. *Satis, ſi futurum eſt. P. Roga me viginti minas,*
Vt me effecturum tibi, quod promiſi, ſcias,
Roga C. obſecro hercle. P. geſtio promittere.
C. *Dabiſne argenti mihi hodie viginti minas?*
P. *Dabo: moleſtus nunc iam tu ne ſis mihi.*

I. VLPIANVS LIB. XLVIII. AD SABINVM.

STipulatio non poteſt confici, niſi vtroque loquente: & ideo neque mutus, neque ſurdus, neque infans, ſtipulationẽ contrahere poſſunt. Neque abſens: quidẽ: quoniam exaudire inuicem debent. Si quis igitur ex his vult ſtipulari, per ſeruum præſentem ſtipuletur, & acquiret ei ex ſtipulatu actionem. Item ſi quis obligar. velit, iubeat, & erit. *Quod iuſſu*, obligatus.

Quia ex ſtipulatione naſcitur verborum obligatio, ideo Vlpianus in initio docet, quo modo ſtipulatio contrahatur, & ait, ſtipulationem non poſſe confici, niſi vtroque loquente. Verba igitur ad ſubſtantiam ſtipulationis adeo neceſſaria ſunt, vt ſine his non valeat. Vtilitatis tamen cauſa interdum fingitur ſtipulatio

contracta

contracta eſſe; quamuis ſolennitas verborum non interuenerit: vt ex pluribus aliis locis animaduertere licet. Cod. de rei vxor. act. in prin. l. cum oſtendimus. §. vlt. de fideiuſſo. tutor.

Et ideo neque mutus, neque ſurdus. De muto & ſurdo dubitari poteſt, ex eo, quod ſcribere poſſunt. Non enim (vt alibi Vlpian. ait) minus valet, quod ſcriptura, quàm quod vocibus lingua figuratis, ſignificatur. l. non figura. ſuprà de oblig. & actio. Sed ex ſcriptura præſumitur ſtipulatio contracta eſſe, inter eas perſonas tantum, quæ fari poſſunt, quia in iis, quæ impoſſibilia ſunt, præſumptio iuris locum non habet.

Infans. Infans ſtipulari non poſſe hic dicitur: idémque in aliis locis ſæpe repetitum eſt, l. mulier. l. vlt. infra. l. 1. §. pen. ſub tit. præced. quia loqui non poteſt. Infantem vocamus eum, qui ſeptem annorum non eſt. l. ſi infanti. C. de iure delib. l. 1. §. ſufficit. ſuprà de adminiſtr. tut. Nā licet alij tardius, alij citius fari incipiant: tamen viſum eſt vtile iuris authoribus, certum aliquod tempus infantiæ, ſicut pubertati, præſcribere: idque cauillationum vitandarum cauſa, & controuerſiarum, quæ ex hac incertitudine orirentur. Infantiæ proximus, cuiuſmodi eſt ſeptem vel octo annorum puer, quamuis intellectum non habeat, tamen vtilitatis cauſa receptum eſt, vt ſibi ſtipuletur, idq; non de ſtipulatione rem pupilli ſaluam fore tantum, ſed & de alia quacunque accipiendum eſt. Caius lib. 28. ad edictum prouinciale. l. ſeruum. rem pupil. ſal. fore. Seruum pupilli ſtipulari ita neceſſe eſt, ſi pupill' abeſt, aut fari nō poteſt. Nam ſi præſens eſt, & fari poteſt, etiam ſi eius ætatis erit, vt non intelligat, quid agat, tamen propter vtilitatem receptum eſt, recte eum ſtipulari, & agere. Et Iuſtinianus lib. 3. Inſtit. tit. 20. Pupillus omne negotium recte gerit: ita tamen, vt vbi tutoris auctoritas neceſſaria ſit, adhibeatur tutor, veluti ſi ipſe obligetur. Nam alium ſibi obligare, etiam ſine tutoris auctoritate poteſt. Sed quod diximus de pupillis, vtique de iis verum eſt, qui iam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantię proximus eſt, non multum à furioſo diſtant: quia huiuſmodi ętatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ, propter vtilitatem eorum, benignior iuris interpretatio facta eſt, vt idem iuris habeant, quod pubertati proximi.

Infans qui ſeptem annorum eſt.

Nec abſens. Inter abſentes ſtipulatio non recte contrahitur. §. item verborum. Inſtit. de inuti. ſtipul. l. 3. C. de contrah. & commit. ſtip. l. 3. C. de inuti. ſtip. Nec obſtat reſponſum Pauli de donat. inter vir. & vxor. ea. 58. l. ea quæ. vbi inter coniuges ſtipulatio videtur contrahi literis. Loquitur enim Paulus de epiſtola, ſiue cautione, quam præſens præſenti dat. l. 1. C. de contrah. & committ. ſtipul. vt docuimus in Diſputat. anniuerſar. Ideo autem de forma ſtipulationis nihil aliud expreſſum eſt, quia de ea non dubitabatur, ſed quęrebatur de vi ſtipulationis rite, & ſolenniter factæ, propterea quod inter coniuges facta erat, idque alias ſæpe accidit in iis capitibus, quæ ex reſponſis ſumpta ſunt.

Si quis igitur ex his. Docet quemadmodum conſulatur his perſonis, quæ ſtipulationem contrahere non poſſe dicuntur, ſi ipſorum interſit vel ſtipulari, vel obligari. Poterunt enim per ſeruum ſtipulari, qui præſens ſit. Item poterunt per ſeruum quoque obligari, ſi iuſſus præcedat. Nam iuſſus verba nō requirit. l. 1. quod iuſſu. licet auctoritas verba requirat. l. 1. de tuto.

Qui præſens interrogauit, ſi antequam reſponderetur diſceſſit: inutilem efficit ſtipulationem. Si vero præſens interrogauit, & antequam reſponderetur, diſceſſit, & reuerſo reſponſum eſt, obligat. Interuallum enim medium non vitiauit obligationem.

Docet quod ſup. dictū eſt, inter abſentes ſtipulationem cōtrahi nō poſſe, ſic accipiendū, vt præſentia tam in reſponſione, quàm interrogatione, neceſſaria ſit.

Si vero præſens. Si quis interroget, & vrgente fortaſſis aliqua neceſſitate, ſecedere cogatur, mox rediturus, ſi reuerſo eo reſponſum ſit, valet ſtipulatio. Nam interuallum medium non vitiat ſtipulationem. Quod eſt intelligendum, niſi ſtipulator aliud agere cœperit, id eſt, niſi aliquid fecerit, ex quo appareat eū cœptam ſtipulationem omiſiſſe. l. continuus. infra, hic. Nam actus cōtrarius obligationi vitiat ſtipulationem. l. duos. l. ſi ex duob. inf. de duob. reis. Item longum temporis interuallum nocet quoq; ſtipulationi, quia pręſumitur ſtipulator ſtipulationē omittere. d. l. duos. Adde, quod hunc contractum, qui ceterarum obligationum firmādarum cauſa introductus eſt, omni iuris ſolennitate ſubnixum, numeriſq; omnibus abſolutū eſſe placuit: probabiléque eſt, ideo hanc formam à veteribus præſcriptam fuiſſe, quod interdum promiſſor oblitum ſe eſſe interrogationis, aut de ea non cogitaſſe cauſaretur, ideoque pactum magis quàm ſtipulationem contrahere voluiſſe. l. iuriſgentium §. quod fere, de pactis.

Si quis ita interroget, *Dabis?* & reſponderit, *Quidni?* is vtique in ea cauſa eſt, vt obligetur. Contra, ſi ſine verbis adnuiſſet. Non tantum autem ciuiliter, ſed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: & ideo recte dictum eſt, non obligari pro eo ne fideiuſſorem quidem.

Non omnino eadē verba ſtipulatoris, & promiſſoris eſſe neceſſe eſt: ſed ſufficit, verbis idem ſignificantib. vt l. omnes. C. de contrah. & commit. ſtip. §. 1. Inſtit. de verb. obl. l. quæ extrinſecus. l. ſi ſub vna. in f. hic. l. atq; ſi ita reſpōſum ſit, quidni? etiā *uái toi*, aut aliis huiuſmodi verbis, reſpōſio interrogationi congruere dicitur. l. blāditus. C. de fideiuſs. l. Pāphilo. §. propoſitū. de leg. 3.

Non tantum ciuiliter. Sic legendum hic eſt, ex puncta negatione, quam audaculi ſcriptores quidam hic adſcribendam eſſe volunt. Sed phraſim non intelligunt: de qua Budæus in Annotationibus, & in cōmentariis Græcæ linguæ. Quo autem nutu, vel ſigno conſenſus declaretur, non facile eſt diffinire. Quæſtio enim facti eſt, in qua conſiderandi ſunt varij hominum mores, & multa alia, quæ non magnopere ad Iureconſulti munus pertinere videntur. Sunt qui caput inclinantes diſſentiant, atque renuant, præter morem aliorum, vt docet Galenus lib. 2. de Decret. Hippocr. & Plato.

Nec naturaliter. Inutilis ſtipulatio vtile pactum habet, l. ſi vnus §. pen. de pact. niſi appareat cōſēſū deficere. l. an inutilis. inf. de acceptil. Facile autē creditur nō cōſenſiſſe is, qui ſciēs, prudēſq;, in eo negotio, quod tātā ſolēnitatē deſiderat, ne verbū quidē protulit: quāuis alioqui nutu voluntas plerunq; ſignificetur. l. nutu. de leg. 3. l. delegare. de nouat. l. ſeruo inuito. ad Treb.

Si quis ſimpliciter interrogatus, ſub conditione reſponderit, *Si illud factum erit, dabo:* non obligari eum conſtat. Aut ſi ita interrogatus, *Intra Calendas quintas?* reſponderit, *Dabo Idibus*, æquè non obligatur. Non enim ſic reſpondit, vti interrogatus eſt. Et verſa vice, ſi interrogatus ſub conditione, reſponderit pure: dicendum erit, eum non obligari. Cum adiicitur aliquid, vel detrahitur obligationi, ſemper probandum eſt, vitiatā eſſe obligationem: niſi ſtipulatori diuerſitas reſponſionis illico placuerit: tunc enim alia

ſtipulatio contracta eſſe videtur.

Diuerſitas in conditione, aut tempore, ſtipulationem vitiat: nec refert, an breuius tempus contineat reſponſio, an longius. §. prætetea. Inſtit. de inutil. ſtipul. licet quidam diſſentiant.

Intra Calendas quintas. Id eſt, intra quintum menſem. Eſt enim hic mos loquendi veterum. l. liber homo. §. ſi ita ſcriptum. de hæred. inſtit. Martialis lib. 1. Epigr. in Calenum auarum:

Atque intra (puto) ſeptimas Calendas
Mortes hoc tibi quattuor dederunt.

Quidam Calendas quintas interpretantur menſis Quintilis, ſeu Iulij. Sed noſtram interpretationẽ iuuat conſuetudo loquendi veterum, apud quos primarum, ſecundarum, tertiarum, atque adeo centeſimarum Calendarum, eſt mentio. Nec video quid incommodi, abſurditatiſve ſit in hac ſtipulatione, cum quis ſtipulatur, intra Calendas quintas, & ei reſpondetur, Idibus. Nam tametſi Idus quintas non ſoleamus dicere: tamen quia interrogatus eſt promiſſor de Calendis quintis, non male intelligetur reſponſio de Idibus, quæ eas Calendas ſequuntur.

Cum adijcitur. Diuerſitas reſpõſionis ſi illico placeat ſtipulatori, conualeſcit ſtipulatio, cum adijcitur aliqua qualitas, ſiue cauſa, obligationis: non autẽ, ſi de alia re fiat ſtipulatio, vt in capite ſequenti. Atque ita mihi videtur: quanquam articulus eſt iuris controuerſi. Nã qui diſſentiunt in die, vel conditione, in eo, quod ad ſubſtantiam ſtipulationis pertinet, nihilominus conſentiunt: vt manifeſtũ eſt ex definitione ſtipulationis. Itaque mirum nõ eſt, ſi conualeſcat in hoc caſu ſtipulatio potius, quam cum res noua in obligationẽ deducitur.

Si ſtipulanti mihi decẽ, tu viginti reſpondeas: non eſſe contractam obligationem, niſi in decem conſtat. Ex contrario quoque, ſi me viginti interrogante, tu decem reſpondeas: obligatio, niſi in decem non erit contracta. Licet enim oporteat congruere ſummam, attamen manifeſtiſſimum eſt, in viginti & decem ineſſe.

Quæritur, an diuerſitas in ſũms, vitiet ſtipulationẽ. Iuſtinianus in Inſtit. ait ſtipulationẽ inutilẽ eſſe § præterea. Inſtit. de inutil. ſtipul. Quod eſt accipiẽdũ, vt hic dicitur, niſi in minorẽ ſummam, &c. Sunt, qui Iuſtinianum inſectentur, quod ſimpliciter dixerit, ſtipulationẽ inutilem eſſe: ſed illi non conſiderãt hoc eius inſtitutũ fuiſſe in Inſtitutionibus conſcribendis, vt capita rerum attingeret, exceptionibus in alios libros reiectis.

In viginti & decem ineſſe. Vulgatis hinc regula colligi ſolet, In maiore ſumma minorem contineri, quæ fallax ſane, & perículoſa eſt, vt aliæ diffinitiones in iure, l. omnis diffinitio. de reg. iur. & ſatis infeliciter operam ſuam eo llocare mihi videntur, qui ius ciuile in huiuſmodi theſes concludere ſtudent, quæ perplexitatem magnam ac confuſionem pariunt in iuris diſputationibus, nec firmi quicquam aut ſolidi habẽt. Et ſane facilius eſt homini, qui iudicio præditus ſit, & mediocriter in iure exercitatus, vnaquaq; propoſita quæſtione, quid iuris ſit reſpondere, quã in vniuerſum de his reb. aliquid definire ac cõſtituere, quãtis multas exceptiones, & exceptionũ exceptiones cõminiſcantur. Nec eo id dico, quod has theſes omnino contemnã: ſed quod in eis colligendis ac tradendis, modum adhiberi velim, quem in ſcholaſticis Doctoribus, à quibus corrupta eſt mirum in modum his nugis, ac prope deleta iuriſprudentia, deſidero. Vt igitur de hoc vulgari dicto aliquid breuiter, ac ſimpliciter dicamus, duo notanda ſunt: vnum, quod qui maiorem ſummam dicit, is minorem quoque dicere intelligitur. l. dicem proferre. §. ſi plures. de recept. arbit. l. cum furti. de in lit. iuran. Quanta re tamen ſpectanda eſt ſemper mens proferentis. l. diligenter. manda. c. cum de non ſacerdotali. de præb. in 6. l. ex facto. §. item quæro. de vulgar. & pupil. Itaque ſi quis domum ſuam locans, ſtipuletur decem, & conductor promittat quinque: ſtipulatio ita demum valet in quinque, ſi ſtipulator poſt reſponſionem, vel expreſſim, vel tacite conſenſerit: quia non eſt veriſimile, locatorem, qui ſtipulatur maiorem pecuniam mercedis nomine, velle, vt quæcunque ei, vel minima ſumma promittatur à conductore, valeat locatio. l. ſi decem. ſupra loca. Quidam hic aliquid negantur de forma, locum Vlpiani adducentes de fideiuſſoribus. l. Græce. §. illud. de fideiuſſo. cuius ſenſum nõ perceperunt, vt ego alias docui. Nam omnino non obligari apud Vlpianum ſignificat non omnino obligari, l. ſi ſeruus. §. ſi plurium. ſupra ſi q. caut. Secundo hic notandum eſt, eum, qui maiorem ſummam negat, non continuo minorem negare. Non enim recte ita colligitur. Centum non habeo: non igitur habeo quinquaginta. Verum (vt iam diximus) quid actum ſit præcipue hic ſpectari debet. Exempli gratis, is, cui debentur decem, paciſcitur ne viginti petat, petens decem, exceptione pacti, vel doli ſummoueri dicitur. l. ſi vnus. §. ſi cum mihi. ſup. de pact. Nec audiendus eſt, ſi cauilletur, & dicat, Decem peto, non viginti, de quibus tantum pactus ſum. Nam in hac quæſtione, quæ facti eſt, præſumimus eum, qui maiorem ſummam remiſit, minorem quoque remittere: niſi alium actum eſſe appareat. Eadem ratione & caluminiator reijcitur, qui cum petiit centum in iudicio, abſoluto reo, nonaginta, & nouem petit, iudicij eludendi cauſa. l. ſi quis cum totum. de exc. rei iudic. Mera ſiquidem calumnia eſt, nec in iudicijs ferenda eius, qui dicit, iuſſus ſum non petere centum, non autem non petere nonaginta, &c.

Sed & ſi mihi Pamphilum ſtipulanti, tu Pamphilum, & Stichum, reſponderis: Stichi adiectionem pro ſuperuacuo habendam puto. Nam ſi tot ſunt ſtipulationes, quot ſunt corpora, duæ ſunt quodammodo ſtipulationes, vna vtilis, alia inutilis: neque vitiatur vtilis per hanc inutilem.

Si vna hic ſtipulatio eſſet, eam redderet inutilem diuerſitas interrogationis & reſponſionis: ſed duæ ſtipulationes ſunt, vt infra docebimus. l. ſcire debemus. Cum ergo vtilis ſtipulatio non vitietur per inutilem, dubium non eſt, ſi de vno interrogatum ſit, ac de duobus reſponſum, aut contra, quin ſtipulatio vnius valeat. l. inter ſtipulantem. § ſed ſi ego infr. Diuerſum ius eſt in alternatione, vt puta, ſi quis ſtipulatus fuerit Stichum, aut Pamphilum, &c. quia ineſt in hac ſtipulatione conditio quædam. Arg. l. 3. qui & à quib. ma. libe. l. cum ita. de optio. leg. Sed hæc ſuo loco tractabuntur commodius. l. ſi ita ſtipulatus. inf. 109. *Vtile per inutile non vitiatur.*

Neque vitiatur vtilis. Conantur Accurſiani Doctores in vniuerſum diffinire, quando vtile per inutile vitietur, aut non vitietur, & regulis ſuis limitationes, ſublimitationeſque addunt. Sed fruſtra: res enim infinita eſt, in qua iuris ſtudioſus multam operam ponere non debet, iudicio meo. Quanquam non inficior, quæ ab eis ſcripta ſunt de hac re, nos poſſe iuuare, ſi cum iudicio ea legamus, nec ea pro certis regulis accipiamus: quale illud eſt, iam vulgare ac protritum, In his, quæ indiuidua ſunt, & ſeparationem non facile recipiũt, quod vtile eſt per inutile vitiari, in ceteris cõtra. l. 1. §. illud. §. Trebatius. de aqua quot. & æſti. l. pecuniæ. l. placuit. de vſur. Spectanda autẽ ſemper hic ratio eſt legis,

Digitized by Google

legis,& voluntas eorum, inter quos negotium contrahitur. Vt exempli gratia, vt ſi ſeruum quendam, & liberum hominem, compromiſſum eſt à litigatoribus: cum ſeruus iudicare non poſſit, conſtitutum eſt, alterum qui liber eſt, etſi compromiſſum receperit, cogendum non eſſe, iudicare, &c. l. Pædius. de recept. arb. Nam fortaſſis compromiſſum non recepiſſet, ſi ſolus à litigatoribus arbiter ſumptus fuiſſet. Eadem ratione, ne volens quidem iudicare poterit, quia litigatores eius ſolius arbitrio ſeſe committere ab initio noluiſſent. Eſt & cum in his, quæ ſeparari non poſſunt, quod inutile alioquin eſt, valet: vt in donatione inter virũ & vxorẽ. l. ſi ſponſus § generaliter. de don. inter vir. & vx. Non enim vtile hic per inutile vitiatur: ſed quod inutile eſt, propter vtilis coniunctionem, conualeſcit.

Eadem, an alia lingua reſpondeatur, nihil intereſt. Proinde ſi quis Latine interrogauerit, & reſpondeatur ei Græce, dummodo congruenter reſpondeatur, obligatio conſtituta eſt. Idem per contrarium. Sed vtrum hoc vſque ad Græcum ſermonem tantum protrahimus: an vero & ad alium. Pœnum forte, vel Aſſyrium, vel cuius alterius linguæ, dubitari poteſt. Et extat ſcriptura Sabini, ſed & verum patitur, vt omnis ſermo contineat verborum obligationem, ita tamen, vt vterque alterius linguam intelligat, ſiue per ſe, ſiue per verum interpretem.

Stipulatio, quę ciuilis ac legitima eſt, non videbatur alia lingua, quàm Latina, contrahi poſſe. Sunt enim certa verba ad ſtipulationem contrahendam, legibus, & iure ciuili inducta, quæ ideo ciuilia, & legitima dici poſſunt, ſicut in teſtamentis. l. vlt. C. de teſta. tut. l. verbis ciuilibus. de vulg. l. directas. Co. de teſta. man. Nam olim Latina lingua vtendum erat in teſtamentis, ſi quis hæredem inſtituere, aut legare vellet, quia verba ciuilia hic neceſſaria ſunt, non autem in fideicommiſſis, quæ non ex iure ciuili, ſed ex pretorũ iuriſdictione, proficiſcuntur, vt auctor eſt Vlp. in fragmentis Inſtitutionũm, tit. de fideicomm. Sed eo tandem ventum eſt, vt tam teſtamenta, quàm ſtipulationes, & alij actus legitimi, Græca quoque lingua fiant. l. hac conſultiſſima. C de teſta. & l. vlt. C. de teſta. tut. l. Grçce. de fideiuſſ. Fingitur enim ſtipulatio certis ex cauſis iuris gentium eſſe. l an inutilis. §. vlt. de acceptilat. De magiſtratuum Decretis, & ſententiis iudicum dubitatum eſt. Et Triphoninus ait, decreta à prætoribus Latine interponi debere, l. decreta. de re iudi. Arcadius vero ait, iudices tam Latina quam Græca lingua ſententias proferre poſſe. l. iudices, Cod. de ſentent. Sed hæc contraria non ſunt. Nam Arcadius Triphonino addit etiam Græca lingua, &c. Tametſi enim à Græca lingua alieniores quondam eſſent Romani, & Græcis Latine reſponderent, eóſque per interpretem loqui cogerent, vt auctor eſt Valerius lib. 2. titu. de Inſtitut. antiq. tamen poſtea quam imperium tranſlatum eſt Byzantium, permiſerunt Imperatores iudicibus Græce ſenteptias proferre. Sic igitur dictum Triphonini interpretamur, vt nulla alia lingua poſſint decreta interponi, quam Latina, aut Græca. Quidam decreta apud eundem pro edictis generalibus accipiunt, ſed puerile erratum hoc eſt, ac indignum omnino, quod refellatur. Exiſtimaui aliquando, reſcriptum Arcadij de iudicibus datis accipi poſſe. Sed eo ſeculo iudices etiam magiſtratus dicebantur. Qua de re alibi fuſius. Sed cur ſtipulatio quacunque lingua concipi poteſt, decreta, & ſententiæ iudicum non æque? Reſpondeo, ſtipulationes & contractus, cum extraneis fieri, qui Latinam linguam, aut Græcam non callent. At magiſtratus, & iudices populi Romani, non decebat linguam Romanam ignorare. Vnde Tiberius quendam albo iudicum eraſiſſe dicitur, quod Latine neſciret.

Congruenter reſponderetur. Vtile viſum non eſt iuris auctoribus, ob tantillam diuerſitatẽ interrogationis, & reſponſionis ſtipulationem vitiari. l. omnes. C. de contrah. & cõmit. ſtipul. §. in hac re. Inſtit. de verb. oblig.

Per interpretem. Quæſitum eſt, an huic interpreti fides habeatur. Et certum eſt, ſi controuerſia ſit, an ſtipulatio contracta ſit, néc ne, teſtimonium eius ſolum non ſufficere. l. iuriſiurandi. C. de teſta. Proferri enim debent tabulæ de ea re, aut produci teſtes, qui teſtificentur ſe interfuiſſe, cum Titius, exempli gratia, Sempronio ſtipulanti centum promiſit, vt Mæuius tum aſſerebat, quem adhibuerant interpretem, &c. Poſtquam autem tabulis, vel teſtibus, hoc probatum fuerit, dubium adhuc eſt, ſi alter contrahentium contendat ſe ita non dixiſſe, vt interpres ille vel tabulario, vel teſtibus præſentibus retulit, an audiendus ſit. Et exiſtimo, ſi ſimpliciter acceptus ſit interpres, veritati locum ſuperfore. Non enim hic ſimpliciter Vlpianus ait, ſtipulationem recte contrahi per interpretem, ſed ita demum, ſi verus ſit. Quod ſi adhibitus eſt, vt omnino fides ei haberetur, aliud videtur dicendum eſſe, argu. l. Theopompus: de dot. præleg. Arbitror tamen, ſi interpretis perfidia clare probari potuerit, decepto ſuccurrẽdum eſſe; ſaltem beneficio reſtitutionis in integrum, ex clauſula generali edicti. l. 1. ex quib. cauſ. maio. arg. l. ſi libertus ita iurauerit. de oper. libert.

II. PAVLVS LIB. XII. AD EDICTVM.

Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtunt.

Stipulationum quædam in dando, aliæ in faciendo conſiſtunt. In dando, vt cum quis ſibi pecuniam dari ſtipulatur. Et hoc verbo vt plurimum dominij tranſlatiũ, nõ ſimplex traditio, ſignificatur. l. vbi autẽ. §. vlt. In faciendo, vt cum quis ſtipulatur, inſulam ædificari, rem tradi. l. ſi rẽ tradi 28. Et animaduertendum eſt, verbum facere, hic anguſte accipi, vt dationi opponatur. Nam latius accipiendo, qui dat, facere quoque dici poteſt. l. in facto. de cond. & demõſtr. l. verbum facere. de verb. ſign. Sicut & is, qui loquitur, & aliquid dicit: tametſi dicta opponantur factis, nonnunquam apud noſtros auctores. l. aut facta. ff. de pœnis. Sed de huius verbi ſignificatione fuſius diſſeruimus lib. 1. Diſputa anniuerſ. c. 59. Huic diuiſioni plerique tertium membrum, quod à Paulo omiſſum eſt, addunt, & quaſdam aiunt mixtas eſſe, vtpote, quæ in dando ſimul & faciendo cõſiſtant. l. veteris. C. de contrah. & com. ſtip. Vt ſi quis ſtipuletur ſibi rationes reddi. l. cum ſeruus. de cond. & demonſtrat. Sed nouum non eſt, vt ſub duobus ſimplicibus expreſſis, mixtus caſus contineatur. l. ſi ita ſcriptum. de lib. & poſth. Qua de re Galenus eleganter diſſerit, lib. 2. de Sanita. tuend.

Et harum omnium quædam partiũ præſtationem recipiunt, veluti cum decem dari ſtipulamur: quędã nõ recipiunt, vt in his, quæ natura diuiſionem nõ admittunt, veluti cum viã, iter, actum ſtipulamur: quædam partis quidem dationẽ natura ſui recipiunt, ſed niſi tota dãtur, ſtipulationi ſatis non fit: veluti cum hominem generaliter ſtipulor, aut lanceam, aut quodlibet vas. Nam etſi

Stichi pars ſoluta ſit, nondum in vlla parte ſtipulationis liberatio nata eſt, ſed aut ſtatim repeti poteſt, aut in pendenti eſt, donec alius detur. Eiuſdẽ conditionis eſt hæc ſtipulatio, *Stichum aut Pamphilum dabis?*

Sequentia capita, quæ ad obligationes diuiduas atque indiuiduas pertinent, inſignem quandam obſcuritatem habere creduntur: vt non immerito quis hanc diſputationem aggreſſurus, illud Homericum exclamet, ἔσπετε νῦν μοι Μοῦσαι. Mihi autem, ſi quid difficultatis ineſt, non tam in rebus ipſis, quæ tractantur à iuris auctoribus, aut in verbis eorundem, quam in tractandi docendique ratione, ac dexteritate quadam, eſſe videtur. Quam ego in vulgaribus iuris Doctoribus, acutis quidem illis fortaſſe, ſed parum eruditis deſidero. Nec vero in quemquam adhuc ſcriptorem incidiſſe me puto, qui rem ita explicet ac doceat, vt plane intelligatur. Quanquam Eguin. Baronis, collegæ quondam noſtri, præclarum de indiuiduis obligationibus extat σύνταγμα, quod diligentem lectorem multum iuuare poteſt. Quid præſtiterim in hoc genere, alij viderint certe in animo ſemper habui, non alios ſubtilitate vincere (id quod homini mediocriter exercitato non admodum difficile hic eſt) ſed breuiter dilucide, & enucleate de his rebus diſſerere: tametſi id me aſſequutum eſſe, vix affirmare auſim, adeo operoſa res eſt orationis perſpicuitas. Sed vt ad rem accedamus: Stipulationum tam quæ in dando, quàm quæ in faciendo conſiſtunt, Paulus ait, quaſdam partium præſtationem recipere, alias non recipere. Partium præſtationem recipiunt ſtipulationes quantitatis, ſiue pecuniæ. Eadémque eſt cauſa ſpeciei, ſiue corporis certi. Vlpianus cap. 9. de ſolutio. Qui decem, inquit, debet, partem ſoluendo, in partem obligationis liberatur, & reliqua quinque ſola, in obligatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur. Hoc tamen differt obligatio pecuniæ, ab obligatione ſpeciei certæ, quod quantitas ſeu pecunia numero diuiditur, ſpecies diuiditur intellectu, in partes incertas. l. in ſtipulationibus. infra. Nam iuris noſtri auctores alia atque alia diuidendi ratione vtuntur, ad commoditatem hominum & rei cuiuſque naturam reſpicientes. l. cum Stichus. l. ſi is cui. de ſolut. Hæc vt facilius aſſequantur, qui rudes adhuc ſunt, ac tyrones in iure ciuili, quorum gratia hęc potiſſimum ſcribimus, hi conſiderent velim, res non ſolum corpore, ſed etiam intellectu diuidi. l. Mæuius. §. duob. de leg. 2. Cum enim dicimus, Titium, & Sempronium eiuſdem rei dominos eſſe, rem diuiſam eſſe in partes ſignificamus, quarum partium vnam Titius, alteram Sempronius habet. Verum hæ partes corporaliter ſeparatæ non ſunt, ſed confuſæ, & commixtæ, vt neuter poſſit ſuam partem à parte ſocij ſui diſcretam oſtendere. Vlpia. cap. 5. de ſtip. ſeruo. Seruus communis ſic omnium eſt, non quaſi ſingulorum totus, ſed pro partibus vtique indiuiſis, vt intellectu magis partes habeant, quam corpore. Itaque pars Stichi, ex ſtipulatione tam deberi, quam peti ac ſolui commode poteſt. Qui enim dominus eſt Stichi, poteſt dominium non modo totius Stichi, ſed etiam partis indiſcretæ & incertæ, in ſtipulatorẽ transferre, vt ſeruus qui proprius erat promiſſoris, incipiat communis eſſe. Cum igitur de diuiſione in partes hic loquimur, partes indiuiſas, atque indiſcretas fere accipimus, quæ appellatione partium proprie continentur: quia cum diuiſio, ac ſeparatio corporalis fit, veluti inter ſocios, à communione recedentes, quod cuique obtigit, totum quiddam verius quam pars appellatur. l. recte dicimus. de verb. ſign. l. ſi quis duas. §. ſi quis partem. com. prædio. Sed cum pecunia in ſtipulationem deducta eſt, aut aliæ res huiuſmodi, quæ conſtant pondere, numero, aut menſura, nihil opus eſt hac intellectuali, vt ita dicam, diuiſione, cum quantitas commode & vtiliter numero diuidatur. Nec vero eum iudico ſatis aptum iuris ciuilis ſtudio, qui credat, cum de diuiſione hominis debiti loquimur, tunc hominem diuidi, cum in partes gladio ſecatur. Hoc enim eſt rem perdere, ac corrumpere. Vnde illud Caſſellianum apud Macrob. *Nauẽ ſi diuidis, nec tu nec ſocius habebitis.* Hinc etiam Q. Fabij Labeonis vafrities & calumnia cognoſcitur, qui cum à rege Antiocho, quem bello ſuperauerat, ex fœdere icto dimidiam partem nauium accipere deberet, medias omnes ſecuit. Natura diuiſionem non admittunt ſeruitutes, quia vſus earum indiuiſus eſt. l. viæ. de ſeruit. Sed non facile poteſt intelligi diſputatio de ſeruitutibus, niſi prius de factis tractatum fuerit, atque ideo melius eſt hac parte ſuperſedere, vſque ad capitis 72. enarrationem. l. ſtipulationes non diuiduntur. Dubitari potuit de ſtipulatione hominis incerti, quia natura diuiſionem hic admittit. Nã tametſi promiſſus ſit homo incertus, tamen cum præſtatio, ſiue ſolutio facienda eſt, neceſſario deueniendum eſt ad ſpeciem, id eſt, ad certum hominem, quem diximus ſine incommodo diuidi poſſe. Verum à iuris auctoribus deprehenſum eſt, ex huiuſmodi diuiſione magnum incommodum ſequi. Fit enim, vt ſtipulator aliud conſequatur, quam quod ſtipulatus eſt: nempe pro vno aliquo homine, partes diuerſorum hominum. l. in executione. §. pro parte. Quod iniquum atque iniuſtum eſt, cum aliud pro alio, inuito creditori ſolui non debeat. l. 2. de rebus credit. Paulus, cap. 85. infra. Pro parte peti, ſolui autem niſi totum non poteſt: veluti cum ſtipulatus ſum hominem incertũ. Nam petitio eius ſcinditur: ſolui vero niſi in ſolidum non poteſt: alioquin in diuerſis hominibus recte partes ſoluerentur: quod non potuit defunctus facere: nec quod ſtipulatus ſum, non conſequar. Idem iuris eſt, & ſi quis decem, aut hominem promiſerit. Nam ſi ponamus, promiſſorem hominis incerti, dando partem Stichi, pro parte liberatum eſſe, ſupererit pars hominis incerti, in obligatione: quam partem ſi petat creditor, poterit ei ſolui pars Pamphili, aut cuiuſuis alterius hominis, arbitrio promiſſoris. §. huic autem. Inſtitut. de act. Itaque huius incommodi vitandi gratia, conſtitutum eſt, vt quamuis pars hominis incerti, à ſingulis puta hęredibus petatur, tamen ſolutio partis non ſtatim liberet debitorem, ſed pendeat liberatio, donec alter ſoluerit reliquam partem, quam debet: vt ſi eiuſdem hominis partem ſoluerit, liberatio naſcatur: ſi alterius hominis, non naſcatur. l. ſi non ſortem. §. ſi decem. de condict. indeb.

Tractatur hic quæſtio, an creditor, cui debetur quãtitas, vel ſpecies, partem à debitore inuitus accipere cogatur. Et exiſtimo, cogendum non eſſe, ſi de reliqua parte nulla ſit controuerſia, præterquam in caſibus exceptis: l. ſi tutor. §. Lucius. de vſu. l. obſignatione. C. de *Solutio particularis incommoda.*
ſolutio. l. cum hæres. §. pen. de ſtatuliber. quia particularis ſolutio magnam incommoditatem affert. l. plane. ſup. famil. erciſc. Quod ſi debitor in iure, id eſt, apud *Confeſſio pro iudicato habetur.*
prætorem, fateatur ſe partem debere, pro iudicato habendus eſt, quod ad eam partẽ attinet. l. 1. l. certum. de confeſ. l. poſt rem. de re iudic. l. ſi debitori. de iudic. De reliqua parte cuius ſe debitorem eſſe inficiatur, à prætore iudicium dabitur. l. quidam exiſtimauerunt. de rebus. cred. Et hæc ſententia vulgo recepta eſt: ſed eam refellit Alciatus, cuius rationes perquam leues mihi eſſe videntur. Nam quod ait, hoc pacto meliorem fieri conditionem negantis, quam confitentis, locum quoq; haberet, in eo, qui totum ſe debere negat, aut confitetur. Is enim, qui totum confitetur, ſtatim cogitur ſoluere, non

re, non is, qui inficiatur. Deinde ait, diuidi obligationem inter hæredes, lege 12. tabular. quod non fieret, niſi à defuncto diuidi poſſet, quoniam ex perſona hæredum conditio obligationis non mutatur. §. ex his. infr. Sed hic non mutatur conditio obligationis, cum ſemper diuidua ſit: & ſoluens partem, pro parte liberatur. Quod enim dicitur ex perſona hæredum conditionem obligationis non mutari, ſic accipiendum eſt, vt obligatio, quæ indiuidua eſt, veluti ex ſtipulatione hominis incerti, diuidua propter hæredes non fiat. Quod autem hic vulgo dicitur, ſi quis decem dari ſtipuletur, partem à debitore ſolui poſſe creditori, ſic accipiendum eſt, ſi creditor id velit. Nec me mouet Alciati ratio, dicentis, ita fore, vt nulla inter ſtipulationem, certæ quantitatis, aut ſpeciei, & ſtipulationem rei incertæ, puta hominis, differentia reperiatur. Si enim, inquit, debitor hominis incerti partem Stichi ſoluerit, volenti creditori, non poteſt conqueri creditor, quod iniuria affectus ſit: & ſic ceſſat ratio, de qua iam diximus. §. pro parte. Itaq; debitor hominis liberabitur pro parte, ſicut debitor quantitatis, vel ſpeciei. Sed puto, debitorem hominis incerti, ſoluendo partem Stichi, non continuo liberari, idq; ſatis expreſſum eſt ab Vlpiano his verbis. l. ſtipulatus. §. qui decem. de ſolut. Qui decem debet, partem ſoluendo, in partem obligationis liberatur, & reliqua quinque ſola in obligatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem Stichi tenetur. Qui autem hominem debet, partem Stichi dando, nihilo minus hominem debere non deſinit. Denique homo adhuc ab eo peti poteſt. Sed ſi debitor reliquam partem Stichi ſoluerit, vel per actorem ſteterit, quo minus accipiat, liberatur. Nam cum intelligat creditor, hanc eſſe naturam ſtipulationis, vt liberatio ex euentu pendeat, cum hac exceptione tantum partem accipere intelligitur.

Quædam partis quidem dationem natura ſui recipiunt.

Si quis ſtipulatus fuerit hominẽ incertũ, natura nõ impedit, quo minus præſtatio diuidatur: quia certꝰ homo præſtari ſemper debet, qui diuiſionẽ recipit, vt ante diximus. Sed quia compertum eſt, ex ea diuiſione non leue incommodum ſequi, conſtitutũ eſt à iuris auctoribus, eũ qui partẽ certi hominis ſoluit, non ſtatim liberari, ne ſi poſtea alterius hominis pars præſtetur, loco vnius hominis, creditor diuerſorum hominum partes conſequatur. l. in executione. §. pro parte. infra. Nam aliud pro alio ſolui inuito creditori, iniquum eſt. l. 2. de reb. cred. An igitur ſolutio partis pro parte ad liberationem proficiat, ex euentu omnino pendet. l. ſi non ſortem. §. ſi decem. de cond. indeb.

Eiuſdem conditionis. Similis eſt obligationi generis, certarum rerum ſub alternatione promiſſarum obligatio. Nam qui promittit hominem, ſingulos homines quodammodo ſub alternatione & conditione, promittere intelligitur. l. Mæuius. §. duobus. de leg. 2. l. 3. qui, à quib. ma. libe. l. cum ita. de optio. lega. Differunt tamen hæ obligationes in pleriſque aliis caſibus, de quibus alibi diſputatum eſt. l. ſi vnus. §. ſed ſi ſtipulatus. de pact. l. qui decem §. Stichum. de ſolut.

Ex his igitur ſtipulationibus, ne hæredes quidẽ, pro parte ſoluendo, liberari poſſunt, quandiu non eãdem rem omnes dederint. Non enim ex perſona hæredum conditio obligationis immutatur, & ideo ſi diuiſionẽ res promiſſa non recipit, veluti via: hæredes promiſſoris ſinguli in ſolidum tenentur. Sed quo caſu vnus ex hæredibus ſolidum præſtiterit, repetitionem habebit à cohæredibus, familiæ erciſcundæ iudicio. Ex quo quidem accidere poſſe Pomponius ait, vt & ſtipulatoris viæ, vel itineris hæredes ſinguli in ſolidum habeant actionem. Sed quidam hoc caſu extingui ſtipulationem putant, quia per ſingulos acquiri ſeruitus non poteſt. Sed non facit inutilem ſtipulationem difficultas præſtationis.

Obligatio generis, aut rerum ſub alternatione promiſſarũ, ne inter hæredes quidẽ promiſſoris diuiditur. Cũ enim eadem omnino ſit ratio in hæredibus, quæ in defuncto, natura & conditio obligationis, ex perſona hæredũ mutari non debet. l. 2. §. incertam. de preto. ſtipul. Si tamen plura genera in ſtipulationẽ deducta ſint, numero fiet inter hæredes diuiſio, l. in ſtipulationibus. 54. l. ſi centũ. 117. Quid ſi incertum hominẽ nõ conſentiant hæredes? Officium iudicis eſt inſtare apud eos, vt conſentiãt. l. huiuſmodi. 86. §. vlt. de leg 1. Quod ſi tanta ſi eorũ pertinacia, vt ad concordiã reduci nequeant, lis æſtimabitur, manebítque actio ſalua cohæredi, aduerſus eum, per quem ſtetit, &c. l. hæredes §. ſi incerto. ſupra fam. erciſc. Sunt qui putent ſorte rem diſcerni poſſe: quod ratione non caret. l. 3. C. commu. de legat.

Non enim ex perſona. Caue putes, theſim, ſiue regulam generalẽ, à Paulo hic tradi. Loquitur enim de generis obligatione. Itaque ſi quæratur in vniuerſum, an ex perſona hæredũ conditio obligationis mutetur, nihil aliud poſſumus reſpõdere, niſi ſpectandam eſſe rationem, &c. vt cum ratio eadem apparebit in hæredibus, obligatio naturam ſuam retineat.

Et ideo ſi diuiſionem Hæredes promiſſoris, ſi obligatio natura diuiſionẽ nõ recipiat, in ſolidũ tenẽtur. l. ea quę de re iud. l. viæ. de ſeruit. l. hæredes. §. an ea ſtipulatio. ſup. fam. erciſc. Exiſtimo tamen, rectius facturum iudicem, antequã vnũ ex hæredibus condemnet in ſolidũ, ſi tẽpus præſtituat ceteris cohæredibus, intra quod ſeruitutẽ præſtent ſecũdũ reſcriptum Diui Marci, l. fideicõmiſſa. §. ſi in opere. de leg. 3. cuius hæc verba ſunt: Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum ſit: vnumquemq; hæredẽ in ſolidũ teneri, Diuus Marcus, & Lucius Verus Proculæ reſcripſerũt: tẽpus tamẽ cohæredi præſtituerunt, intra quod mittat ad opus faciẽdũ: poſt quod ſolã Proculã voluerũt facere, imputaturã cohæredi ſumptũ pro parte eius. Ergo & in ſtatua, & in ſeruitute, ceteriſq; quæ diuiſionẽ nõ recipiũt, idẽ D. Marcus reſcripſit. Fit autẽ condẽnatio ad litis æſtimationẽ, quam ſolidã & integrã exoluit reus, d. l. hęredis. §. an ea ſtipulatio. licet in facti obligationib. æſtimatio diuidatur. l. ſtipulationes nõ diuidũtur. inf. Arbitror & ſeruitutem ipſam ab vno conſtitui poſſe. arg. l. procuratorẽ. §. ſi ignorantes. mand. l. fideicommiſſa. §. ſi in opere. de leg. 3. quamuis vnus eam promittere & cedere non poſſit. l. per fundum, de ſeruit. ruſt. præd.

Hæredes quando in ſolidum teneantur.

Sed quo caſu vnus. Quod neceſſitate cogente ſoluit vnus ex hæredibus, id ab altero repetit iudicio familiæ erciſcundæ. l. hæredes. §. ſi vnus. fam. erciſc. Nec dubito, quin id locum quoque habeat in obligatione generis: quia cogitur totum ſoluere, ſi velit liberari. Ac neceſſitatem hic accipere debemus, non tantũ ſimplicem & abſolutã, ſed etiã conditionalẽ, quã Cicero, cum adiunctione neceſſitatẽ, vocat. lib. 2. de Inuent. l. 3. C. de neg. geſt. Nec nos mouet argum. Alciati, qui Paulũ ait, *ſed quo caſu*, dixiſſe, non *quibus caſibus*. Nam hæc verba, *ſed quo caſu*, generalia ſunt: quæ perinde accepit Alciatus, ac ſi Paulus dixiſſet, *quo caſu ſi vnus, &c.* Vult igitur Paulus, quocunque caſu vnus ſolidum præſtiterit, petitionem habere, &c. Repetitio autem fiet, non modo, ſi æſtimationem ſeruitutis, ſed etiam interdum,

Neceſſitas conditionalis l. a quo ſæ

ſi ſeruitutem ipſam præſtiterit. Vt puta ſi coactus fuerit redimere fundum alienum hæres, cui velut proprio ſeruitutem impoſuerat defunctus.

Ex quo quidem accidere. Singuli hæredes ſtipulatoris ad ſeruitutem petendam in ſolidum agunt. d. l. viæ. de ſeruit. d. l. hæredes. §. an ea ſtipulatio.

Sed quidam hoc caſu. Videbatur extingui debere ſtipulatio, quia per ſingulos ſeruitus acquiri non poteſt, id eſt, ſi duo habeant fundum communem, non poſſunt ſinguli ſeruitutem ei fundo acquirere. l. pro parte. ſupra de ſeruit. Nam nec pro parte poteſt vnus acquirere, quia ſeruitus diuiſionem non recipit: nec in ſolidum, quia alteri acquireret, contra rationem iuris. l. proprium. commu. prædio. Hic autem hæredes fundum hæreditarium communiter poſſident: non igitur vni ſeruitutem ei fundo acquirere licet.

Sed non facit. Subobſcura ſunt hæc verba Pauli, nec ſatis conuenit inter viros eruditos de eorum ſenſu. Sed mihi videtur obiectum diluens interpretari, quod dicitur, per ſingulos acquiri ſeruitutem non poſſe. Id enim de ſtipulatione ipſa, qua acquiritur obligatio, & actio in perſonam, accipiendum eſt, non de præſtatione & conſtitutione ſeruitutis, quæ iam promiſſa ac debita eſt. Nam etſi nemo ſtipulando, aut paciſcendo, poſſit alteri acquirere obligationem, aut actionem, l. quo tutela. de reg. iur. l. ſtipulatio illa. §. alteri. infra. tamen poſtquam obligatio ex ſtipulatione quæſita eſt, poſſeſſio, ac dominium per quamcunque perſonam poteſt acquiri alteri. l. ea quæ. l. traditio. §. vlt. de acqu. rer. dom. Senſus igitur horum verborum eſt, cum diximus difficultatem, ſiue impoſſibilitatem acquiſitionis, inutilem facere ſtipulationem, id de ſtipulatione, non de præſtatione intelligi. l. proprium. com. prædio. quoniam in præſtatione difficultas non eſt, ſi ſtipulatio iam contracta ſit. Difficultatis autem verbo hic vſus eſt Paulus, pro impoſſibilitate, fortaſſis vt inſolens verbum refugeret, à quo ex iuris auctoribus nonnulli adeo abhorruerunt, vt Græco vti mallent. l. ab omnibus. de legat. Quod ſi quis obiiciat, ſi ſtipulator fundi partem alienauerit ante conſtitutam ſeruitutem, corrumpi omnino ſtipulationem, l. pro parte. de ſeruit. l. ſi ſub vna. infra. cum tamen ſuperſit tantum præſtatio, ad executionem ſtipulationis: reſpondeo, non de ſola præſtatione & executione tum agi, ſed de obligatione quoque emptori acquirenda, cui non competit actio ex ſtipulatione, ſicut hæredi, &c. Sed dixerit forte quiſpiam, hac ratione non ſatis conſultum promiſſori, qui poſtea ab altero cohærede conueniri poſſet. Verum nullam agendi cauſam alter habet, conſtitute iam, & impoſita ſeruiture fundo. Nam veriu eſſe arbittor, victoriam vnius prodeſſe etiam alteri, quamuis de conſtituta tantum ſeruitute id vulgo intelligatur. l. loci. §. ſi fundus. ſi ſeruit. vind. Si enim vnus ex ſociis, qui emerunt ſimul fundum, poteſt ſolus alteri poſſeſſionem, ac dominium quærere, l. traditio. §. vlt. de acq. rer. dom. cur non idem dicemus in rerum incorporalium acquiſitione, non video. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ, quo Iulianus ait itinere ad prædium commune duorum legato, niſi vterque de loco itineris conſentiat, ſeruitutem non acquiri. l. itinere. de ſeruit. ruſt. præd. Cum enim dicimus, vni per alterum poſſeſſionem acquiri, non ita accipi volumus, vt vel diſſentientibus ſociis, ſiue cohæredibus acquiratur. d. l. ea quæ. Sed quæſtio hic proponitur, quaſi nullo modo ſeruitus per ſingulos acquiri poſſit. Quod quidem de ſtipulatione verum eſt, tametſi id velint omnes cohæredes: ſed in præſtatione ſeruitutis locum non habet.

Si tamen hominem ſtipulatus, cum vno ex hæredibus promiſſoris egero, pars duntaxat ceterorum obligationi ſupererit, vt exolui poſſit. Idémque eſt, ſi vni ex hæredibus acceptolatum ſit. Idémque eſt in ipſo promiſſore, & in fideiuſſoribus eius, quod diximus in hæredibus.

Quod autē dictum eſt, vnum ex hæredibus promiſſoris, à quo petitur pars hominis incerti, ſi partem Stichi ſoluerit, non continuo liberari, ſed liberationem ex euentu pendere: id perpetuum non eſſe Paulus hic oſtendit, & quoſdam caſus refert, in quibus ſtatim contingit liberatio: veluti ſi ab altero cohærede pars hæreditaria prius petita fuerat, & abſolutio ſeruta. Nullum enim tunc periculum eſt, ne in diuerſis hominibus ſolutio fiat. l. in executione. § pro parte. iof.

Egero. Quibuſdam valde abſurdum videtur, quod hoc verbum ad abſolutionem referatur, non ad ſimplicem actionem. Verum hi conſiderare debent, in ambigua voce legis accipiendam eſſe eam interpretationem, quæ vitio careat. l. in ambigua. de legib. Ambigue autem hæc oratio proculdubio eſt, quia poteſt de ſimplici actione intelligi, quam nulla ſit ſecuta ſententia. Ac ſi ſententiam ſecutam eſſe fateamur, dubium adhuc relinquitur, an abſolutoria fuerit, an condemnatoria. Nec ſane vlla videtur interpretatio afferri huic loco conueniens, niſi abſolutum reum, contra quem actum eſt, dicamus. Qui enim verbis inhærent, de petitione tantum hæc verba intelligunt, quaſi petitione ſola ſtipulator ſibi noceat, qui ne receptione quidem partis ſibi nocet. l. ſi ſtipulatus. §. qui decem. infra. Ac tametſi nitantur quidam noſtras rationes refellere, ſatis tamen perſpicuum eſt, quantis nugis chartas repleuerint in hac diſputatione, dum probare ſtudent, eum, qui egit ad partem, aduerſus vnum ex hæredibus promiſſoris, ſibi præiudicare, cōtra ius apertum. l. reos. C. de fideiuſſo. Quid enim apertius eſt, quam quod Vlpianus ait, pro parte quidem agi poſſe, ſed nō niſi in ſolidum poſſe præſtari? l. in executione. §. pro parte. infra. Adde, quod pleriſque aliis in locis hoc verbum apud iuris auctores ita accipitur. l. ſi quis cum totum. l. ſi à te. de excep. rei iud. Non enim curæ fuit eis, aliter rem exprimere, cum exiſtimarent, neminem tam auerſum à vero eſſe, vt non ita interpretaretur, quemadmodum ratio, ęquitas, & materia ſubiecta poſtulat. Et hoc ſenſu poſterior caſus de acceptilatione recte comparatur priori: quia ſicut acceptilatione, ita abſolutione, liberatur reus.

Acceptolatum ſit. Acceptilatione ergo vni facta, non liberatur alter. Quod eſt accipiendum, niſi acceptolata ſit tota res, quæ debetur. l. ſi ex plurib. de accept. Quid, ſi accepto feratur vna ſpecies? Et conſtat totam obligationē tolli. l. & per iuſiurandum. §. ſi is qui hominem. de acceptil. Quamuis alia ſit cauſa pacti, quod de non petenda ſpecie factum eſt. l. ſi vnus. §. ſed ſi ſtipulatus. de pact. Cuius diuerſitatis rationem alias docuimus. l. pen. §. ſi vir. ſolut. matr.

Fideiuſſoribus. Eadem eſt ratio plurium fideiuſſorum promiſſoris, quæ eſt hæredum, vt non aliter inter eos, quam inter hæredes, diuidatur generis ſtipulatio, §. ſi plures. Inſtit. de fideiuſſ.

Item & ſi in facto ſit ſtipulatio: veluti ſi ita ſtipulatus fuero, *Per te non fieri, neque per hæredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat:* & vnus ex pluribus hæredibus prohibuerit: tenentur quidem cohæredes eius, ſed familiæ erciſcundæ iudicio ab eo repetent, quod pręſtiterunt. Hoc & Iulianus, & Pomponius probant. Contra autem, ſi ſtipulator deceſſerit,

ſerit,qui ſtipulatus erat ſibi, hæredíque ſuo ire agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur: intereſſe dicemus, vtrum in ſolidum ſtipulatio committatur: an pro parte eius, qui prohibitus eſt. Nam ſi pœna ſtipulationi adiecta ſit, in ſolidum committetur: ſed qui non ſunt prohibiti, doli exceptione ſubmouebuntur. Si vero pœna nulla appoſita ſit, tunc pro parte eius tantum, qui prohibitus eſt, committetur ſtipulatio.

Poſt ſtipulationes dandi, nunc tranſit Paulus ad eas, quæ in faciendo conſiſtunt: cuiuſmodi eſt ſtipulatio, *iter fieri*: differt enim hæc ſtipulatio à ſtipulatione ſeruitutis, quæ ius continet: quia qui ſtipulatur *ire licere*, ſeruitutem itineris ſtipulari in dubio non intelligitur. l. ſemper. de regulis iur. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. infr. Sed huiuſmodi ſtipulationes ſolebant accedere conſtitutioni ſeruitutis, ſicut ſtipulatio, *habere licere*, acquiſitioni rerum corporalium. Is igitur, qui vendit, aut promittit ſeruitutem itineris, tenetur ad dandam ſeruitutem. l. 3. de vſufruct. l. ſi vnus. de ſerui. ruſt. præd. nec aliter liberatur, quam ſi ius illud reale, quod prædio hæret, in emptorem, aut ſtipulatorem, tranſtulerit. Poſt quam tranſlationem, ſi impedierit ſtipulatorem vti ſeruitute, committetur ſtipulatio: nec tantum actione confeſſoria in rem, ſed etiam ex ſtipulatu, aduerſus eum agetur, propter ſtipulationem facti, quæ principali obligationi acceſſit. l. quoties via. de ſeruit. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis, hic.

Tenentur quidem & coheredes. Quia ſtipulatio hæc indiuidua eſt, vnius facto omnes promiſſoris hæredes tenentur. l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus. infra. l. inter. §. quod ex facto. famil. erciſc. Sed pro parte tantum hæreditaria, vt ex Catonis diſtinctione colligitur. l. 4. infra.

Contra ſi ſtipulator. Inter ſtipulatoris hæredes non diuiditur hæc obligatio, ad id, quod, intereſt, quia is, qui impeditus non eſt, non poteſt contendere ſua intereſſe, niſi forte quiſpiam ex ipſius familia impeditus ſit. l. ſi ſtipulatus fuero. iii. infra. Quamobrem ſi vnus ex hæredibus ſtipulatoris tantum prohibitus ſit, alteri nulla competet actio. l. 4. §. ſi is qui duplam. niſi quis forte cohæredis quoque nomine per fundum ire volebat. arg. l. ſi ſtipulatus.

Nam ſi pœna. Cum pœna ſtipulationi ſubiecta non eſt, dubitationem res non habet. Sed ſi pœna adiecta fuerit, non videtur quærendum eſſe, an interſit. Verum Paulus hic nihilominus ait, ſi is qui prohibitus non eſt, ad pœnam agat, eum exceptione doli ſubmouendum eſſe. Nam tametſi in pœnali ſtipulatione non inſpiciatur, an interſit, l. ſtipulatio iſta. §. alteri. inf. l. cum pœna de recept. arbitr. tamen inſpicitur, an contra ſtipulationem aliquid factum ſit. Ait in hac ſtipulatione, ſi voluntatem contrahentium & æquitatem magis, quàm ſubtilitatem iuris ſequamur, nihil contra ſtipulationem factum eſſe videtur, quod ad perſonam eius hæredis attinet, qui prohibitus non eſt. Cum enim ſtipulatur quia, ſibi, hæredíque ſuo ire licere, & ſi contra factum fuerit, certam pœnam, intelligitur pœnam hæredibus ſuis ſtipulari, quatenus vnuſquiſque eorum prohibitus fuerit. arg. l. Stichum, qui meus. de leg. 2. Proinde is, qui prohibitus eſt, non cogitur docere, an ſua interſit, quia contra ſtipulationem peccatum eſſe conſtat. Quo caſu nihil referre exiſtimo, an interſit agentis, néc ne. Itaque cum ſtipulor centum, niſi Titio fundum dederis, ex hac ſtipulatione mibi datur actio, quamuis forte mea non interſit: quia ſi non detur fundus, contra voluntatem contrahentium id fieri certum eſt. Adde, quod certam ſummam ſolemus ſtipulari, ne in difficultatem incidamus id quod intereſt probandi. l. vlt. de prætor. ſtipul. Quod fruſtra fieret, ſi in iudicio quæreretur an interſit, &c. Et hæc interpretatio noſtra probabilior eſt, vulgari Doctorum diſtinctione, & ad rem explicandam accommodatior.

III. VLPIANVS LIB. XLIX. AD SABINVM.

IDem iuris eſt, & in illa ſtipulatione *mihi hæredique meo habere licere.* Sed hæc differentia illam habet rationem, quod vbi vnus ex hæredibus prohibetur, non poteſt cohæres ex ſtipulatu agere, cuius nihil intereſt, niſi pœna ſubiecta ſit. Nam pœna ſubiecta efficit, vt omnibus committatur, quia hic non quærimus, cuius interſit. Enimuero vbi vnus ex hæredibus prohibet, omnes hæredes tenentur: intereſt enim prohibiti, à nemine prohiberi.

Habere, aliquando ad factum refertur. l. ſtipulatio iſta. §. habere. infr. l. habere. de verb. ſign. Et hoc ſenſu ſtipulatio factum indiuiduum continet, ſicut & ſtipulatio ire licere. Sed de hoc plenius in Catonianæ diſtinctionis explicatione. Dicet forte quiſpiam: etſi ita contineat, tamen cum adiicitur hæc ſtipulatio venditioni adhuc indiuiduam eſſe, quia venditionis natura indiuiſa eſt. l. cum ex cauſa. infra. Sed venditio non eodem modo indiuiſa eſt, quo facta indiuidua ſunt, de quibus hic loquimur, vt poſtea docebimus.

Sed hæc differentia. Explicat differentiam inter hæredes ſtipulatoris & promiſſoris, de qua ſatis ante dictum eſt.

IV. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM.

EAdem dicemus, & ſi dolum abeſſe à te, hæredéque tuo ſtipulatus ſim, & aut promiſſor, aut ſtipulator pluribus hæredibus relictis deceſſerit.

Inſcriptio huius capitis indicat, ſumptum id eſſe ex libris Iulij Pauli ad Sabinum, ſicut & totum caput ſecundum, id eſt, ex notis, quas ad libros Sabini ſcripſerat. Itaque ſatis probabile eſt, hæc verba, non Pauli, ſed Sabini potius eſſe. Verum vt concedamus Pauli non Sabini eſſe, ſic ea interpretabor, vt vtrius ſint non magnopere interſit. Nam poſt verbum, *deceſſerit*, nota interrogationis ſcribi poterit, vt admoneatur Lector, Paulum nihil hoc loco affirmare, aut diffinire, ſed quæſtionem duntaxat proponere, de qua more ſuo diſputaturus eſt. Quæſtio igitur eſt, An hæc ſtipulatio, *dolum abeſſe* à te hæredéque tuo, diuiſionem recipiat, nécne: & an ſimilis ſit ſtipulationi, *per te non fieri*, de qua ante locutus fuerat, vt verba ipſa ſatis oſtendunt.

Cato libro quintodecimo ſcribit, pœna certæ pecuniæ promiſſa, ſi quid aliter factũ ſit: mortuo promiſſore, ſi ex pluribus hæredibus eius vnus contra, quam cautum ſit, fecerit, aut ab omnibus hæredibus pœnam committi pro portione hæreditaria, aut ab vno tantum pro portione ſua ab omnibus, ſi id factum, de quo cautum eſt, indiuiduum

ſit, veluti *Iter fieri, vel non fieri*? quia quod in partes diuidi non poteſt, ab omnibus quodammodo factum videretur. At ſi de eo cautum ſit, quod diuiſionem recipiat, veluti, *Amplius non agi*, tum eum hæredem, qui aduerſus ea fecit, pro portione ſua ſolum pœnam committere. Differentiæ hanc eſſe ratione, quod in priore caſu omnes commiſiſſe videntur (quod niſi in ſolidum peccari non poterat) illam ſtipulationem, *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*. Sed videamus, ne non idem hic ſit: ſed magis idem, quod in illa ſtipulatione, *Titium hæredémque eius, ratum habiturum*. Nam hac ſtipulatione & ſolus tenebitur, qui non habuerit ratum: & ſolus aget, à quo fuerit petitum. Idque & Marcello videtur: quamuis ipſe dominus pro parte ratum habere non poteſt.

Defendi poteſt, hæc quoque verba Sabini eſſe, Catonis ſententiam recitantis, ſuæ confirmandæ gratia. Quod ſi Pauli ea eſſe magis placeat, dicendum eſt, ideo referri à Paulo, quod ratio, qua vſus eſt Cato, volens oſtendere ſtipulationem, *iter fieri*, aduerſus omnes hæredes committi, ſufficere videatur ad probandum ſtipulationem, *dolum abeſſe*, indiuiduam eſſe. Nam ſicut non niſi in ſolidum prohiberi poteſt ſtipulator, quo minus iter faciat, ita dolus non poteſt pro parte tantum admitti, ſed in ſolidum. Exempli gratia Pone venditorem Stichi mihi ſtipulanti promiſiſſe dolum abeſſe, &c. deinde ab vno ex eius hæredib. intoxicatũ fuiſſe ſeruũ, vt traditus mihi emptori ſtatim moreretur: nónne hic eadẽ ratio eſt, quę in ſtipulatione *iter fieri*?

Pro portione hereditaria. In factis indiuiduis licet ſtipulatio committatur in ſolidum, l. hæredes. §. in illa. ſup. famil. erciſc. & vnius facto, vel culpa omnes tenecantur, l. in executione, infra: tamen ſinguli ad æſtimationem non tenentur in ſolidum, ſed pro portione tantum hæreditaria l. ad ea. §. vltim. de reg. iur. In factis vero diuiduis ob factum vnius, ceteri nullo modo tenentur: ſed is tantum pro parte ſua. Factum autem diuiduum, aut indiuiduum quid ſit, non diffiniunt iuris auctores in vniuerſum, ſed exemplis rem demõſtrant: veluti iter facere, ſeu ire, ab eis factum indiuiduum dicitur, quia pro parte hæreditaria atque indiuiſa nemo per fundum ire poteſt, aut ne eat, alterum prohibere. Idque generale eſt in omnibus factis, quę corpore exequimur, l. ſtipulationes non diuiduntur. inf. l. fideicom. §. ſi in opere. de leg. 3. l. ſi is qui. 400. §. quædam. ad l. Falcidiam. Diuiſio enim, de qua hic loquimur, intellectu fit in partes, ſcilicet pro indiuiſo: nec ea diuiſio, quæ fit in partes certas, ad hunc tractatum pertinet. Itaque in iis, quæ corpore tantum fiunt, hæc intellectualis diuiſio locum habere non poteſt, vt docuimus lib. 1. Diſputationum. Quædam vero ſunt, quæ animo magis, quàm corpore, exequimur, *vt ratem habere* ſiue, *amplius non agere*. Nam hæc duo, pro eodem hic accipiuntur, atque ideo inter indiuidua referuntur à iuris autoribus. Quia ius quoddam huiuſmodi factis transfertur in aliũ quod intellectu diuiditur. leg. ſeruus cõmunis. de ſtipulat. ſeruor. Quamobrẽ non male dictũ eſt à Cuniano, ea facta indiuidua eſſe, quæ viſibilia ſũt: diuidua vero, quæ inuiſibilia: ſi quis abſq; cauillatione dictum eius accipiat. Et quod obiiciunt aliqui, dationem rei viſibilem ac corporalem eſſe, quã tamen diuiduam eſſe conſtat, parũ nos mouere debet: qui tamẽſi traditio corpore fiat; tamen dominium animo transfertur. Vnde tradens rem alicui eo animo, vt dominium partis in ipſum trãsferat, nõ totius rei accipientem pro parte dominum efficit. Traditio enim corporalis eſt, ſed datio, id eſt, dominij translatio, vt ita loquar intellectualis. Cuius rei argumentũ eſt, quod tradere poteſt is, qui intellectu caret, cum tamẽ dare nequeat. leg. 1. §. adipiſcimur. de acq. poſſ. Atque hinc intelligi poteſt, quod ſupra à nobis dictum fuit de ſtipulatione hac *habere licere*, dict. l. 4. quæ tũc indiuidua eſt, cum nudum factum, non etiam dominium, continet.

Differentiæ hanc. Sic legitur in veteribus emendatiſque codicibus: nec dubitandum eſt, quin ea ſit vera lectio: quam non ſequitur Alciatus quod peccari ſtipulationem, recte dici Latine neget. Verũ hic nõ dicitur peccari ſtipulationem, ſed committere ſtipulationem potius: quod verbum à iuris autoribus vſurpatur. l. Stichum. §. tametſi. de ſolut. Et hæc verba *quod niſi in ſolidum, peccari non poterat* κα[illegible] legenda ſunt. vt ſit ſenſus, in priore, caſu, ideo omnes commiſiſſe videntur illam ſtipulationem, *per te non fieri, &c.* quia non poteſt peccari pro parte, ſed tantummodo in ſolidum. Ex quo apparet, hanc ſtipulationem, *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*, prius dictum fuiſſe, *iter fieri*. Quo compendio vti ſolent iuris autores, ne crebra tot verborum repetitio moleſta ſit. Sic *amplius non agi, vel ratum haberi*, vocat paſſim hanc ſtipulationem, *Titium heredémque eius ratum habiturum, nominémque eo nomine petiturum*, *eamus de ea re actio, petitio*, *perſecutio ſit*, l. procurator. inf. rem rat. haberi. Sic Vlpianus. c. 14. de ſeruit. vrb. præd. *lumina* vocat ſeruitutem, *ne luminibus officiatur*, &c. 16. tit. de dolo, *metum*, pro actione *quod metus cauſa*, dicit.

Sed videamus ne non. Dubium non eſt, quin hæc verba Pauli ſint, non Sabini, aut Catonis: quę quemadmodum accipienda ſint, non conuenit inter eos, qui hunc locum interpretati ſunt. Equidem arbitror, ſi hactenus locutum eſſe Sabinum fateamur (quod mihi probabilius videtur) hoc ſentire Paulum, quod dictum eſt à Sabino, idem dicendum de ſtipulatione *dolum abeſſe*, quod de aliis ſtipulationibus, videlicet, *ire licere*, & *habere licere*, id non vſquequaque verum eſſe, eámque ſtipulationem magis ſimilem videri illi ſtipulationi, *Titium hæredémque eius ratum habiturum*, quam vtique diuiduam eſſe conſtat. Nam hoc verbo, videamus, ſolebant vti veteres Iuriſconſulti, cum de re dubia & controuerſi iuris quid ſentirent, verecunde, & modeſta vellent exprimere, vt plene docuimus lib. 2. Diſput. Nec vero inficiari quiſquam poteſt, quin ſtipulatio doli factum diuiduum plerunq; contineat, & pro parte committatur: vt ſi vnus ex promiſſoris hæredibus rei partem pignorauerit. leg. redhibere. de ædil. edict. Sin autem quis malit à Paulo hucuſque referri ſententiam Catonis potius quam quis à Sabino, non multum refert. Nam recitata ea ſententia, ex qua colligi poſſe videbatur, *dolum abeſſe*, factum eſſe indiuiduum, & hæredes promiſſoris, vno dolum faciente, omnes teneri, ſicut in ſtipulatione *iter fieri*, tandem aperit de ea re quid ipſe ſentiat, & ait, Videamus ne non idem hic ſit, &c. Quam interpretationem eo libentius amplector, quod eã Lælio Taurello homini erudito placere intelligam. Ac veriſimile eſt pleniorẽ fuiſſe Catonis ſententiam, quàm hic recitetur à Paulo, & Catonem oſtendiſſe, cur altera ſtipulatio *amplius non agi*, diuidua ſit. Et fortaſſis aliquid etiam ſubiecit de ſtipulatione doli, eam comparans ſtipulationi *iter fieri*, cum in vtraque eandem rationem eſſe crederet. Sed Paulus eam diſtinctionem attingere ſatis habuit, cum præſertim libri Catonis eo tempore in manibus omnium verſarentur, ex quibus ſententia eiuſdem plene percipi poterat. Quidam ſic interpretantur, *ne non*

idem

idem hic ſit, id eſt, in ſtipulatione *per te non fieri*, *&c.* qood in ſtipulatione *iter fieri*, atque ita legunt, paulo ante hæc verba, *peccari non poteras*, vt in illa ſtipulatione, *per te non fieri, nec per hæredem tuum, &c.* Sed cum in vetuſtiſſimis, emendatiſque codicibus diuerſa ſit lectio, noo poteſt eorum opioio interpretatióque conſiſtere. Sunt qui hæc verba aliter accipiant, *ne non idem hic ſit*, id eſt, in ſtipolatione *amplius non agi*, quod in ſtipulatione *iter fieri*, ſiue *per te non fieri*, *quo minus*, *&c.* Nam vna & eadem eſt ſtipolatio, non diuerſæ. Atque ita interpretantur, qoaſi Paulus declarare diſtinctionem Catoois volens, demonſtret ſtipulatiooem *amplius non agi*, non eſſe ſimilem ſtipulationi *iter fieri*, ſed potius ſtipulationi, *Titium hæredémque eius ratum habiturum.* Verum hæc interpretatio, oec verbis, nec rationi congruit. Nam hæc verba, *Sed videamus*, *&c.* diſſentientis ſunt, non probantis, nec declarantis, vt ante admonuimus. Deiode adeo aperte diſertéque, Cato diſtinctione illa ſua, diſcrimeo vtriuſque ſtipulationis docuit, vt nemo ſit tam hebeti ingenio, qui ex ea diſtinctione non facile percipiat, quantum ioter vtranq; ſtipulationem interſit. Cum igitur dubia noo ſit, oec obſcura Catonis de ea re ſententia, credendum oon eſt, Paulum de ea explicanda laboraſſe. Adde quod *amplius non agi* ſtipulatio, nihil aliud eſſe videtur boc in loco, quam ſtipulatio *rem ratam haberi*. Particula autem demonſtratiua, qua vtitur Paulus, ad id referri ſolet, qood in quæſtione potiſſimum verſatur, non ad id qood poſterius fortaſſis obiter dictom eſt. Vlpian. cap. 11. de dam. infect. Ait Marcellus inutiliter caueri creditori. Idémque etiam de eo cauendum, qoi à non domino emit. Nam nec in huius perſona committi ſtipulationem. Æquiſſimum tamen puto huic proſpiciendum, id eſt, creditori per ſtipulationem. Cicero. lib. 4. de finibus. Cúmq; duæ ſint partes quibus perfecte ratio & oratio compleatur, vna inueniendi, altera diſſerendi, hanc poſteriorem & Stoici & Peripatetici, priorem autem illi egregie tradiderunt, hi omnino oe attigerunt quidem.

Nam hac ſtipulatione. Oſtendit ſtipulationem de rato, inter hæredes promiſſoris diuidi. Nam ſi ex plorito hæredibus vnus ratum non haboerit, is ſolus tenebitur pro parte ſua, & actio ex ſtipulatione aduerſus eum tantum dabitur. Et hæc ſtipulatio conuentionalis eſt, noo Prætoria, quia non à procuratore, ſed à domino procoratorem cooſtituente, interponitur. l. ſi procuratorem. ſupra de procurat. Nam ex Prætoria de rato ſtipulatione, noo conoenitur is qui ratum non habet, ſed procurator potius aut eius hæredes.

Quamuis ipſe dominus. Dominus, qui promittit ſe, hæredémque ſuum ratum habiturum, quod à procurator egeſtum fuerit; pro parte ratum habere non poteſt, ad pœnam vitandam quę ſtipulationi ſubiecta eſt, quamuis obligatio ioter hæredes diuidatur. Sed hoc quemadmodum accipiendum ſit, paulo poſt dicturi ſumus. l. 5. ſi ſortem.

Si is, qui duplam ſtipulatus eſt, deceſſerit, pluribus hæredibus relictis, vnuſquiſque ob euictionem ſuæ partis, pro portione ſua habebit actionē. Idémque eſt in ſtipulatione quoque fructuaria, & damni infecti, ex operis noui nuntiatione: reſtitui tamen opus ex operis noui nuntiatione pro parte non poteſt. Hæc vtilitatis cauſa, ex parte recepta ſunt ſtipulatorum: ipſi autem promiſſori, pro parte neque reſtitutio, neque defenſio contingere poteſt.

Subiicit hic Paulus exempla quædam, quibus oſtendit, quæ ſtipulationes factorum indiuiduæ ſint.

Pro portione. Si ſtipulator duplæ, in contractu venditionis deceſſerit, duobus hæredibus relictis, ſinguli pro portione ſua, aduerſus venditorem eundémque promiſſorem agont, quamuis pœna hic petatur. Cuius rei ex his, qoæ ſupra diximus, ratio ſatis manifeſta eſt. l. 2. §. item & ſi in facto.

Fructuaria. In hanc ſtipulationem, ſicut & in ſtipulatione damni infecti, id quod intereſt venit: l. 1 vſuſ, quemad. c. l. in hanc ſtipulationem. de dam. infect. ita mirum non eſt ſi diuiſionem inter ſtipulatoris hæredes hic recipere dicatur.

Ex operis noui. Eadem cauſa eſt ſtipulationis ex operis oovi nuntiatione, ſi quantitas petatur, non ſi petatur reſtitutio operis. Nam vtrunque peti poteſt ſtipulatoria arbitrio. l. ſtipulatio. §. ſiue autem. de operis noui nunt.

Reſtitui. His verbis oſtendit, ita demum hanc ſtipulationem dioidi inter ſtipulatoris hæredes, ſi quantitas petatur, oon reſtitutio operis: quia reſtitui opus pro parte non poteſt.

Hæc vtilitatis. Quamuis ſtipulationes, de quibus diximus, factum indiuiduom fere contineant: tamen vtilitatis cauſa receptum eſt, vt inter hęredes ſtipulatoris diuidatur ſtipulatio, quod ſine cuiuſdam iniuria, & incommodo, ea diuiſio fiat, vt ante dictum fuit. l. 2. §. vlt. & l. 3.

Ipſi autem promiſſori. Ex parte promiſſoris nunquam diuiditur ſtipulatio in exemplis, quæ adduximus, non modo ſi petatur reſtitutio, quæ indiuidua eſt, ſed etiā ſi defenſio, quæ natura ſui diuiſionem recipit, vt poſtea dicemus. l. in executione. & l. cum ex cauſa. Nam & in quibus caſibus pecunia petitur à promiſſoris hæredibus, propter factum indiuiduum, ſtipulatio aduerſus omnes committitur in ſolidū: licet ſinguli in ſolidum non teneantur, ſed pro parte tantum hæreditaria.

V. POMPONIVS LIB. XXVI. AD SABINVM.

STipulationum aliæ iudiciales ſunt, aliæ Prætoriæ, aliæ conuentionales: aliæ cōmunes, Prætoriæ & iudiciales. Iudiciales ſunt, quæ duntaxat à mero iudicis officio proficiſcuntur, veluti de dolo cautio. Prętoriæ, quæ à mero Prætoris officio proficiſcūtur, veluti, damni infecti. Prætorias autem ſtipulationes ſic audiri oportet, vt in his contineantur etiam Æditiliæ. Nam & hæ à iuriſdictione veniunt. Conuētionales ſunt, quæ ex conuentione reorum fiunt, quarum totidem genera ſunt, quot penè dixerim rerum contrahendarum. Nam & ob ipſam verborum obligationem fiunt, & pendent ex negotio contracto. Communes ſunt ſtipulationes, veluti *Rem ſaluam fore pupillo.* Nā & Prætor iubet rem ſaluam fore pupillo caueri: & interdum iudex, ſi aliter expediri hæc res non poteſt. Item duplæ ſtipulatio venit à iudice, aut ædilis edicto.

Hanc diuiſionem non recte vulgo explicant, qoanquā ex Theophili paraphraſi ſenſus eiuſdem ſatis percipi potuerit. Et ſanè fieri nō poteſt, quin obſcura ſit iis qui officiū Prętoris, à iudicis officio diſcernere nō nouſsūt: iudicéq; nō hic modo, ſed in aliis quoq; ſexcentis

locis, pro iudice dato, non pro magiſtratu, accipi ignorant. Qua de re nos ſatis accurate diſſeruimus in tractatu de Pactis. leg. Iuriſgentium. §. 1. Theophilus autem, quaſi rem ſuo tempore, vt opinor, non dubiam prætermiſit. Prætoris enim officium non in iudicandis rebus olim verſabatur, præterquam in certis cauſis extra ordinem, ſed in iudiciis, ac bonorum poſſeſſionibus dandis, in decernendis cautionibus, quæ Prætoriæ hic dicuntur & aliis id genus negotiis. leg. 1. l. iubere cauere. de iuriſd. Iudicis vero officium, in cognoſcendo conſiſtit ac iudicando, ſecundum eius formulæ præſcriptum, quam à magiſtratu accepit. Nec ideo iuriſdictionem habet, ſed tantum notionem: vt argumentis pene multis in eodem commentario noſtro docuimus. Stipulationes igitur, ſiue cautiones dicuntur Prætoriæ, quas Prætor ex officio illo ſuo decernit, vt dãni infecti, & legatorum nomine. tit. de dam. infect. & tit. vt legat. nomi. cauea. His ſimiles ſunt, Ædilitię, quæ ab Ædilibus videlicet, ex ipſorum officio decernuntur, circa eas res, de quibus iuriſdictionem habent. l. ſi venditor. de ædil. edict. Et à iuriſdictione dicuntur venire, quia non ſolum Prætores Romæ, ſed etiam Ædiles Curules iuriſdictionem habebant. Iudiciales ſunt, quæ iuſſu iudicis, de lite cognoſcentis, & rei ipſius gratia quæ in iudicium deducta eſt, interponuntur. exempla idem Theophilus valde perſpicua tradit, & ex noſtris auctoribus quædam colligi poſſunt. l. ſi poſt acceptum. de rei vind. l. creditor. de pign. act. leg ſi cum exceptione. §. quatenus. de eo quod metus. l. redhibere. de Ædil. edict. Communes ſeu mixtæ ſunt, quæ non ex mero, id eſt, ſolo Prætoris, aut iudicis. ſed ex vtriuſq;. id eſt, modo Prętoris, modo iudicis officio proficiſcuntur: vt ſtipulatio *Rem pupilli ſaluam fore*, de qua ſpecialis eſt tractatus infra. Item ſtipulatio duplæ, communis dicitur, quia non ſolum iudicis iuſſu interponitur, ſed etiam Ædilis ipſius. Vnde ab Ædilitio venire dicitur, id eſt (vt nos interpretamur) iuſſu eiuſdẽ, ſeu imperio: licet alij aliter. Quæ res maximarum errorum cauſa fuit. Conuentionales ſunt, quæ ſine Prætoris, aut iudicis cuiuſpiã iuſſu fiunt à contrahentibus. Ac tametſi prætoriarum, & iudicialium, pauca admodum exẽpla ſunt, harũ tamen tot ſunt, quot genera rerum contrahendarum. Nullum enim negotium inter homines contrahitur, ſuper quo non recte interponatur ſtipulatio, vt ſupra alio in loco ſcripſimus. Hinc fit, vt Prætoriæ ſtipulationes ex Prætoris ipſius conuentionales ex contrahẽtium mentem interpretationem accipiant. l. in prætoriis. infra de prætor. ſtipul. In Prætoriis quoque, ſi quid addi vel detrahi, vel immutari oporteat, Prætoriæ id erit iuriſdictionis: in cæteris contra. d. l. in conuentionalibus. l. 1. §. vlt. inf. de prætor. ſtipula. porro Prætoriæ ſtipulationes ſubdiuiduntur in iudiciales, cautionales & communes. l. 1. in prin. inf. de prætor. ſtipul. iudiciales dicuntur, quæ ideo autore Prætore interponuntur, vt iudicium ratum, ac magis firmum ſit, vt *iudicatum ſolui*, & de rato ſtipulatio. d. l. 1. §. 1. & Inſtit. de diuiſ. ſtipul. §. vlti. Quarum hæc à procuratore actoris, ſi de mandato non conſtet, illa à procuratore eius, vnde petitur, quamuis mandatum habeat, exigi ſolet. tit. C. de ſatiſd. & Inſtit. de ſatiſdat. Cautionales ſunt, quæ non ad iudicij confirmationem fiunt, ſed ad hoc tantum, vt quis cautior, ac ſecurior ſit. Dicuntúrque cautionales, quod tantum cautionales ſint, non etiã iudiciales, contracto vocabulo, quod alioqui late patet. Huius generis ſunt, *damni infecti* ſtipulatio, *rem pupilli ſaluam fore*, ac nonnunquam etiam *de rato* ſtipulatio: quam & iudicialem eſſe poſſe diximus. Communes ſunt ſtipulationes, quæ fiunt iudicio ſiſtendi cauſa. Licet enim, vt iudicium ratum ſit, minime interponantur, ideóq; iudiciales dici nõ poſſint: tamen quia ad iudiciũ aliquatenus pertinent, non mere cautionales dicuntur. Itaq; hæ quaſi miſtam quandam naturam habentes, tertiam ſpeciem conſtituunt. l. 1 §. t. de prætor. ſtipul.

Stipulatio autem eſt verborũ conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum, facturúve ſe, quod interrogatus eſt, reſpõdet.

Hæc eſt ſtipulationis diffinitio, cuius ſingula verba expendenda, atque explicanda ſunt. Ac in primis dicitur, *conceptio* vt intelligamus, licet hoc verbum pro interrogatione nonnunquam accipiatur, vt in titulo, de duobus reis promittendi. Vnde Stipulator teſtimoni, Ciceroni in Quintiana: tamen hoc in loco ſignificare in totam eam complexionem verborum, quæ ex interrogatione & reſponſione conſtat. Deinde dicitur, *verborum*, quia licet in pleriſque aliis contractibus, conſenſum quomodo ſignificari ſufficiat: l. ſi ſtipuler. §. vlti. tamen in hoc obligationis genere, verbis exprimi debet, idque ita, vt alter alterum exaudiat. leg. 1. in princ. Præterea dicitur, *is qui interrogatur, &c.* quoniam ſtipulatio interrogatione, ac reſpontione, ne dũ verbis contrahitur. leg. obligamur. ſup. de oblig. & act. §. 1. Inſtit. de verb. oblig. Idem dicitur in diffinitio. *daturum ſe* ἐμφατικῶς idcirco, quia ſi quis alium quempiam daturum, facturúmve promittat, inutilis eſt ſtipulatio. §. ſi quis alium, Inſtit. de inutil. ſtipul. leg. ſtipulatio iſta. §. 1. hic. Vnde tractatum eſt, ſi fuerit ἀπροσώπως concepta ſtipulatio, hoc modo, Dabis? dabitur, an valeat. & pleriſque placet, ſtipulationem inutilem eſſe. Mouentur conſtitutione Iuſtiniani, qua cautum eſt, hoc verbo, ſatisfiet, non recte pecuniam conſtitui. Auth. ſi quando. C. de conſt. pecu. Et quod dicitur de conſtituto, ad ſtipulationem extendunt. Alij diuerſam cauſam eſſe conſtituti, & ſtipulationis exiſtimant. Cum enim ſtipulatio non contrahatur, niſi interrogatione præcedenti, & reſponſione ſequente, videtur reſponſio imperſonalis ita accipienda eſse, vt congruat interrogationi præcedenti, & verbum imperſonale ſic intelligatur, quaſi promiſsor ita dixerit, Dabitur à me. §. præterea. Inſtit. de inut. ſtip. l. ſi defenſor. §. interrogatus. de interrog. act. Sed in hac varietate opinionum animaduertendum eſt, cum quæritur, an imperſonalitas noceat conſtituto, aut ſtipulationi, quæſtionem facti eſse, & in ſtatu coniecturali conſiſtere. Nam cum ſimpliciter reſpondet promiſsor ad interrogationem, dubitari poteſt an verba ad interrogationem retulerit, an vero cogitauerit pecuniam vel à ſe, vel ab alio forte datum iri. Videndum ergo eſt, quid actum ſit inter contrahentes, quorum mens ex coniecturis colligenda eſt: ſi vero quid actum ſit non appareat; verba ſtipulationis obſcura contra ſtipulatorẽ interpretabimur, iuxta regulã vulgarem. leg. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. infra. Obiiciet fortaſse quiſpiam, cum reſpondens ἀπροσώπως reſpondet, minime obſcuram videri reſponſionẽ, propter interrogationem antecedentem, atque ideo contra ſtipulatorem nos interpretari non debere. Verum loquendi conſuetudo maxime ſpectanda eſt in iudicandis hiſce controuerſiis, leg ſi ſeruus plurium. §. vlt. de l. 1. ſecundum quam is, qui ita reſpondet, Dabitur, non de ſua perſona videtur ſentire. Idque in Gallico ſermone ſatis perſpicitur, cum quis ita reſpondet, *on le vous baillera.* *Loquendi conſuetudo ſpectanda eſt.*

Satiſacceptio, eſt ſtipulatio: quæ ita obligat promiſſorem, vt adpromiſſores quoque ab eo accipiantur, id eſt, qui idem promittant. Satis autem accipere dictum eſt eodem modo quo ſatisfacere. Nam quia id, quo quis contentus erat, ei præſtabatur,

ſatisfieri

ſatisfieri dictum eſt. Et ſimiliter, quia tales, quibus contentus quis futurus eſſet, ita dabantur, vt verbis obligarentur, ſatiſaccipi dictum eſt.

Genus quoddam ſtipulationis eſt, quod ſatiſacceptio, ſiue ſatiſdatio appellatur, cum promiſſor ita obligatur, vt ab eo adpromiſſores, ſeu fideiuſſores accipiantur, qui idem promittant. l.1. qui ſatiſd. cog.

Verbis obligarentur. Adpromiſſor, ſeu fideiuſſor, verbis tantũ, & ſtipulatione obligatur. l. blãditus. C. de fideiuſſ. l.1. ſup. de act. & oblig. Proinde inter abſẽtes per epiſtolam, aut nuntium, ea obligatio non recte cõtrahitur. leg.1. ſup. eod. Idq; verum eſt, niſi fauor publicus aliud poſtulet. leg. cum oſtendimus. §. vlt. ſup. de fideiuſ. leg. vlt. C. ad Velleian. Quidã exiſtimant, hunc locũ ad reos, qui obligantur in ſolidum, nõ ad fideiuſſorem pertinere. Sed dubiũ non eſt, quin adpromiſſor pro fideiuſſore accipiatur, leg. in omnib. 43. de ſolut. nõ apud Iureconſultos tantum noſtros, ſed etiam apud veteres Latinos auctores. Inter quos Cicero eum, qui pro alio ſe obligat, nuſquam fideiuſſorem, ſed ſponſorem potius, aut adpromiſſorem vocat. Sed nónne valebit vt conſtitutum, talis promiſſio, per epiſtolam facta? Nam conſtitutũ nullam verborum formulam requirit. Et exiſtimo ita demum pecuniam conſtitutam intelligi, ſi animo conſtituentis promiſſa ſit. leg. 1. §. eum qui, de conſtit. pecu. Quia vt fuſius alibi docuimus, obligatio ex conſtituto naſcitur, nõ ſi quis ſimpliciter ſe daturũ promittat, quod ipſe vel alius debet fortaſſis, ſed ſi ea promiſſio ad ſolutionem debiti referatur. Quare verũ vſquequaq; nõ eſt, quod vulgo dici ſolet, ex pacto geminato actionẽ naſci. §. de conſtituta. Inſtit. de act. Si igitur animo conſtituẽtis ab aliquo ſcriptum ſit in epiſtola ſe ſoluturum, quod Titius debet, &c. ea ex cõſtituto obligatur, nec minorẽ vim habet hæc obligatio, quã fideiuſſoria. Differũt tamen in quibuſdam, cõſtitutũ, & fideiuſſio, quia fideiubemus nomine tantũ alieno, leg. hæres à debitore. §. ſeruo. de fideiuſſoribus. at conſtituimus etiam nomine proprio.

Si ſortem promiſeris, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam: etiam ſi vnus ex hæredibus tuis portionem ſuam ex ſorte ſoluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis ſoluatur. Idémque eſt de pœna ex compromiſſo, ſi vnus paruerit, alter non paruerit, ſententiæ iudicis: ſed à cohærede ei ſatisfieri debet. Nec enim aliud in his ſtipulationibus ſine iniuria ſtipulatoris conſtitui poteſt.

Quidam promiſit ſortem, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam, an contra promiſſoris hæredes committatur in ſolidum pœnæ ſtipulatio, an vero diuidatur inter eos quæritur. Cauſa dubitationis in eo eſt, quod res quę in ſtipulationem deducta eſt, tam principaliter, quam acceſſoriè diuiſionem recipit. Sed Pomponius ait, in ſolidum committi hanc ſtipulationem, & aduerſus eum quoque hæredem agi poſſe qui partem ſuam ex ſorte ſoluerit. Idémque ab aliis iuris auctoribus ſcriptum eſt. l. hæredes. §. idem iuris. famil. erciſc. l. in executione. §. item ſi ita. infra. Nam pœna ſub conditione promiſſa eſt, ſi ſors ſoluta non fuerit: nec dubium eſt, quin extiterit conditio, parte aliqua ſortis non ſoluta. Qua ratione paulo poſt Pomponius ait, aliud ſine iniuria ſtipulatoris conſtitui non poſſe. Ac tametſi lex duodecim tabularum diuidat obligationes inter hæredes, conditiones tamen non diuidit.

Pœna committetur. Ob culpam vnius hæredis, pœna committetur aduerſus alterum quoque, ſed pro parte tantum hæreditaria, vt ante dictum fuit in Catonianæ diſtinctionis explicatione.

Idémque eſt de pœna ex compromiſſo. Pœna ergo in ſolidum committitur aduerſus hæredes promiſſoris, non modo, ſi dationem quantitatis, ſed etiam ſi factum contineat principalis ſtipulatio. Nam arbitri, ſeu iudices compromiſſarij, vt fiat quoque aliquid, vel non fiat, non ſolum, vt detur pronuntiant ac iudicant. Quid enim, ſi arbiter iudicando præceperit, ne alter aduerſus alterum amplius agat, vt quam ſæpiſſime ab arbitris præcipi ſolet? Itaque huic Pomponij ſententiæ magnopere aduerſari videtur illa Catonia diſtinctio, in qua dicitur, ſi factum diuiduum ſit, pœnam aduerſus eum committi, qui contra fecit pro parte ſua. leg. 4. §. Cato. Augéntque difficultatem verba Pauli, quæ Catonis diſtinctionem ſequuntur, de ſtipulatione *rem ratam haberi*, cum ait, ſingulos hæredes promiſſoris, pro parte ratum habere poſſe, quamuis ipſe dominus, ſiue promiſſor non poſſit. Exiſtimaui aliquando multum referre, an in concipienda ſtipulatione hæredum ſit facta mentio, nec ne: quam ſententiam magis ac magis amplector.

Nam etſi verum ſit, conditionem non diuidi inter hæredes, quæ à promiſſore non eſt diuiſa, tamen ſi pluribus perſonis adſcripta ſit cõditio, benigniori interpretatione, quaſi ab initio diuiſa intelligitur. l. cui fundus. l. pen. de cond. & demõſt. Si igitur quis promiſerit ratum habere, quòd à procuratore ſuo geſtũ fuerit & ſi id factum non fuerit pœnam, iſque deceſſerit, duobus hæredibus relictis, omnes hæredes qui in locum eius ſubſtituũtur, pro vna perſona habẽdi ſunt. d. l. cui fundus. Quare in huiuſmodi ſtipulationibus, omnes hæredes ob factum vnius teneri, recte Pompon. hic ait.

Cum autem nominantur hæredes à promiſſore, hoc modo, me hæredẽq; meum ratum habiturum: promiſſor ad vitandam pœnam, quę huic ſtipulationi ſubiecta eſt, non poteſt pro parte ratum habere. vt Paulus ſcribit, dict. leg. 4. ſinguli vero ipſius hæredes, pro parte tantum ſua tenebuntur: quia cum eorum mentio facta ſit in concipienda ſtipulatione, diuiſa iam inde ab initio videtur eſſe ſtipulatio. Arg. l. falſa. §. vlum. de condit. & demonſt. At enim in diſtinctione Catonis, nulla hæredum mentio eſt in codicibus emendatis, præſertim cum de facto diuiduo loquitur.

Verum ante admonuimus, integram Catonis diſtinctionem à Paulo non referri & his verbis, *Iter fieri. Amplius non agi*, quaſi compendio quodam formulas ſtipulationum, in quibus & hæredum, & pœnæ mentio fiat, eum deſignare. Id quod tam ex iis, quæ præcedunt, quam quæ ſequuntur facile intelligi poteſt. Adde, quod in ambigua voce legis, ea interpretatio accipienda eſt, quæ vitio caret. leg. in ambigua. de legibus. Nec dubium eſt, quin ambiguitas ſit in his verbis, *Iter fieri: Amplius non agi. Ratam haberi:* Non ſunt enim verba contrahentium, ſed Iureconſultorum potius qui breuitatis, & compendij cauſa ſic vocare ſolent ſtipulationes, quæ plene à contrahentibus concipiuntur. Quamuis autem varie concipiãtur, pro contrahentium arbitrio, & modo hęredis mentio fiat, modo non fiat: interdum adiiciatur pœna, interdũ omittatur: tamen eodem compendio verborum eas deſignant Iureconſulti. Itaque cum quæritur, an de ſtipulatione ſẽſerint, in qua ſint hæredes nominati, aut pœna adiecta, ambiguitas explicatur coniecturis, & ea interpretatio cæteris potior iudicanda eſt, quæ minus vitij incommodique habeat. d. l. in ambigua. Ac ſi quis pertinacius tueatur, non aliter ſcripſiſſe videri Catonẽ, quam ſit à Paulo commemoratũ, nec ferẽdos eſſe nos, qui leui fortaſſis coniectura ducti, id aſſeramus: huic

reſpondere non dubitaoerim, tanti apud me hunc Catonem non eſſe, vt eius auctoritate multum mouear, niſi quatenus ſententiam eius probauerit Paulus, aut alius quiſpiam eorum Iureconſultorum, ex quorum libris Pandectas ſuas deſcripſit Iuſtinianus, quibuſque auctoritatem tribuit, aut quatenus eius ſententia horum ſcriptis conſentanea ſit. Nec eo moueor, quod à quibuſdam fortaſſis obiici poteſt, Catonis ſententiam, cum à Paulo referatur, nec improbetur ab eodem, quaſi ipſius ſit Pauli, habendam eſſe. Nam videndum eſt, quorſum ea ſententia commemoretur à Paolo. Si enim à Paulo relata eſſet ea diſtinctio, nec aliud adiectū eidem, probabile eſſet pro ipſius Pauli, atque adeo Iuſtiniani ſententia habendam eſſe. Verum ea Pauli diſputatione apparet, ipſum rationem tantum adducere voluiſse, quam ſubiecerat diſtinctioni ſuæ Cato: & quia non poterat illa ratio commode intelligi, niſi breuiter & ſummatim recitata diſtinctione, quicquid ad eam rationem aſsequendam neceſſarium videbatur, ex ea diſtinctione ſtrictim commemorauit.

Sed quæritur: an is qui pro parte ſua ſoluit, aduerſus eum qui petit penam, exceptione doli ſaltem ſe tueri poſſit? Et verba Pomponij ſatis demonſtrant, nullam doli exceptionem hic dandam eſſe, cum ait, ſine iniuria ſtipulatoris aliter conſtitui oon poſſe. Exceptio nanque doli, ad depellendam iniuriam, non ad eam inferendam competit. leg. 1. de dol. except. Scribit tamen Labeo apud Vlp. ſi plurium ſeruorum nomine, iudicio ſiſtendi cauſa, vna ſtipulatione promittatur pœnam quidem integram committi, licet vnus ſtatus non ſit: quia verum eſt, omnes ſtatos noo eſſe. Verum ſi pro rata vnius offeratur pœna, exceptione doli vſurum eum, qui ex hac ſtipulatione conuenitur. l. ſi ſeruus. §. ſi plurium. ſup. ſi quis caut. Sed animaduertendū eſt, humaniorem interpretationem admitti in ſtipulationibus Prætoriis, cuiuſmodi eſt ſtipulatio *Iudicio ſiſti*, de qua loquitur Labeo, quam in ſtipulationibus, quæ conuentionales dicuntur. arg. l. io conuentionalibus. inf. Ac idcirco facilius diuiſio fit earum ſtipulationū. l. pœnales. ad l. Falcid. Hanc autem interpretationem adiuuat & illud quoque quod enumeratione perſonarū, quos ſiſti oportebat, diuiſa ſtipulatio intelligi poteſt, d. l. cui fundus. & l. pen. de condit. & demonſt. quaſi non vna ſtipulatio, ſed plures diuerſorum factorum ſtipulationes contractę videaotur. arg. l. ſcire debemus. inſra.

VI. VLPIANVS LIB. AD SABINVM.

IS, cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit: tradere vero, vel promittendo obligari non poteſt: & ideo nec fideiuſſor pro eo interuenire poterit, ſicuti nec pro furioſo.

Prodigus quis ſit, & quomodo teneatur eius fideiuſſor.

Quæritur, an prodigus, cui bonis loterdictum eſt, ſtipulationem contrahere poſſit. Et Vlpianus ait, ſtipulationem, qua is ſibi acquirit, valere: eam vero, qua alteri obligatur, non valare. Eſt autem prodigus auctore Vlpiano, qui neque tempos neque finem expenſarum habet: ſed bona ſua dilacerando ac diſſipando profundit. leg. 1. de curat. furio. Et huic curatorem dāduoi eſſe, Diuus Pius reſcripſit, tametſi ea oratione vtatur: quæ mentis ſanitatem arguat. leg. is. qui. §. Diuus. de tut. & cur. Noo continuo igitur diſſolutis hominibus, & male rem gerentibus permittienda eſt bonorum adminiſtratio, quod eorum ſermo, aut ſcripta prudentiam, ac ſinceritatem iudicij redolcant. Id quod Sophocli quondam Tragico Poetæ, à filiis in iudicium vocato, vt à rei familiaris adminiſtratione amoueretur, accidiſſe ſcribit Cicero, in Catone maiore. Sed num ante interdictionem Prætoris obligetur ex contractu, is qui ita viuit, vt inter luxurioſos, ac profuſos nepotes vulgo habeatur, ancipitis iuris eſt quæſtio, & in vtranque partem diſputari ſolita. De qua ſic ego cenſeo: Lege 12 tab. ſic interdictum fuiſſe prodigis bonorum adminiſtratione, vt ipſa lege poſt interdictionem magiſtratus, eorum cura ad agnatos proximos deferretur. Nam Prætor interdicebat eis bonorum adminiſtratione, vt docet Paulus lib. 3. ſentent. titul. 5. his verbis: Moribus per Prætorem bonis interdicitur hoc modo: Quando bona paterna oequitia tua diſperdis, liberóſque tuos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi commercio interdico. Et Vlpianus in Inſtitutionum reliquiis: Lex duodecim tabularum, inquit, furioſum item prodigum, cui bonis interdictum eſt, in curatione iubet eſſe agnatorū. Sed cum hoc ius aliquid incōmodi haberet, paulatim cōſuetudine antiquatum eſt: cœperúntq; à magiſtratibus curatores ipſis dari, non tantum agnati, ſed alij etiam extranei, ſi id expedire magis videretur. leg. 1. l. ſæpe de curat. furio. §. furioſus. Inſtit. de curat. Itaque ante huiuſmodi interdictionem & curatoris dationem, fraudi cuiquam eſſe non debet, quod cum eo contraxerit. leg. Iulianus. de curat. furio. leg. ſi curatorem. C. de in integr. reſtit. cap. veritatis. de dol. & contu. Plane ſi quis helluoni, ac luxurioſo homini pecuniam dederit, quam ſcibat eum ſcorto protinus daturum, aut alias turpiter conſumpturum, quorundam opinio eſt inutilem contractum eſſe, vel ante interdictionem: quod nec ratione caret nec auctoritate, leg. ſi quis cum ſciret. ſupra. pro emp. leg. ſi vero non remunerandi. §. ſi adoleſcens. ſup. mandat. Quod autem dictum eſt, eum ex contractu nō obligari, ſic accipiendum eſt, niſi ad frugem bonam ſe receperit. Quo caſu, ipſo iure deſinit eſſe in poteſtate curatorum, vt Vlpianus ait, leg. 1. de curat. furio. Verba autem Vlpiani eo pertinere mihi videntur, vt oſtēdat, id non ex moribus aut interpretationē, ſed ex iure ipſo, id eſt, l. 12. tab. quæ ius ipſum *ἰσχυρὸν* dici ſolat, proficiſci, non quod decretum aliquod magiſtratus cum cauſæ cognitione neceſſarium non ſit. Nam cauſa cognita decernit Prætor, ob vitæ mutationem, bonorum, adminiſtrationem ei committi, cui ante interdictum fuerat. Mutationem vero hanc non ex vna aut altera frugalitatis actione, ſed ex multis iedicare, ac metiri debemus. §. cumque. in proœ. Inſtit. Nam ſicut vna hirundo non facit ver, ita ad iudicium de moribus immutatis faciendum, nec vna actio, nec breue tempus ſufficit. Nouel. de monach. §. ſancimus.

Nec fideiuſſor pro eo interuenire poterit. Cum hic dicatur, pro furioſo, aut prodigo, interuenire fideiuſſorem non poſſe, ſatis perſpicuum eſt, eos ne natura quidem obligatos intelligi. Non enim verum eſt, ex omni conſenſu naturalem naſci obligationem, ſed ita demum, ſi conſenſus ex firmo conſilio, iudicióque proficiſcatur, vt alibi oſtendimus in leg. ſi pupillus. inf. Naturalis ſiquidem obligatio nititur æquitate & ratione naturali. leg. Stichum. §. naturalis. de ſolut. l. nam hoc natura. de cond. indeb. Nec natura æquum eſt, eum debere, qui cum ſanæ mentis non eſſet, negotium aliquod contraxit. Prodigus autem, & ſi demens omnino non ſit, tamen quod ad bonorum adminiſtrationem attinet, pro furioſo habetur, quod non multo aliter bona ſua, ac furioſus quiuis, tractare ſoleat. leg. his qui. §. Diuus. ſup. de tutor. & curat. dat. Itaque iuris ciuilis auctores, naturalē rationē ſecuti, cōſenſui prodigi eos effectus ciuiles attribuere noluerūt, quos naturalis obligatio habet. Hinc dicitur in regula iuris antiqui,

furioſi,

furioſi, vel eius cui bonis interdicitur nullam voluntatem eſſe. leg. furioſi. de reg. iur. Marcellus tamen exiſtimauit, fideiuſſorem prodigi, aut furioſi, non minus, quam pupilli, obligari, nec neceſſe eſſe, vt ei ſubueniatur, quoniam aduerſus prodigum, aut furioſum, nullam mandati actionem habet. l. Marcellus, infra de fideiuſſ. Conſiderabat, opinor, Marcellus, non ſolum id ſine vllo horum incommodo fieri, ſed etiam ſine iniuria fideiuſſoris, qui ſponte ſe alieno nomine obligat. Verum ea ſententia non placuit Vlpiano, cuius hoc caput eſt, ex lib. 11. ad Sabinum. Nec ideo inſimulandus eſt Vlpianus aut Iuſtinianus potius, quaſi pugnantia contrariáque in libros ſuos retulerit. Nam animaduertendum eſt, Iuſtinianum, qui hæc omnia vult ita accipi, ac ſi à ſe vno profecta eſſent. C. de veteri iure enucle. hic probare ſententiam eorum, qui putabant prodigum, aut furioſum naturaliter non obligari, ac pro eis fideiuſſorem non interuenire. Sub titulo autem de fideiuſſorib. ca. 25. refert Marcelli ſententiam, exiſtimantis fideiuſſori ſubueniendum non eſſe. d. l. Marcellus. eiúſque ſententiam nec probat, nec improbat. Quod & in locis pleriſque aliis aliquando ab eo factum obſeruauimus. l. quid de creditore. l. qui bona. §. & ſuperficiarium. de damn. infect. §. theſauros. de rer. diuiſ. l. 3. de iure fiſci. l. ſi is qui pro emptore. de vſuc. l. 5. §. de arbore. de rei vind. Cum igitur aliorum opiniones refert, ita demum eas probari ab eodem intelligimus, ſi alio in loco ſententiam ipſe contrariam non expreſſerit. Quod plerunque accidit, in hac farragine, quam ſine ordine, ac diſpoſitione nobis reliquit. Eam autem Marcelli opinionem vſquequaq; ei non placuiſſe, vel ex eo coniicimus, quod ex Vlpiano magis quam ex Marcello illud caput ſumere voluerit. Nã non minus ex Marcelli, quam Vlpiani libris, Pandectas ſuas confici voluit Iuſtinianus. Ac veriſimile eſt, ſi Marcelli ſententiam omnino probaſſet, eum ita deſcripturum illud caput fuiſſe cũ inſcriptione non Vlpiani, ſed Marcelli. Si quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, vel prodigo, vel furioſo fideiuſſerit, magis eſt, vt ei non ſubueniatur, &c. Inſcriptio autem eſt Vlpiani libr. 11. ad edictum, quem ſatis conſtat ex hoc loco, ſententiam Marcelli à ſe relatam, ſecutum non eſſe. Quorſum ergo, dixerit aliquis, Iuſtinianus ſub titulo. de fideiuſſoribus, illud Marcelli dictum collocauit, ſi probandum non ſit, ſed vt falſum potius reiici debeat? Reſpondeo: Sententiam Marcelli veram eſſe, & ad tractatum de fideiuſſoribus multum pertinere, tametſi exempla de furioſo, & prodigo bona non ſint. Nam ſi quis pro pupillo fideiuſſerit, non ideo ſubuenietur eius fideiuſſori, quia nullum periculum eſt, ne fideiuſſor, qui ſoluerit pecuniam, poſtea actione mandati aduerſus pupillum experiatur. Eſtque locus ille Vlpiani ſum[illegible] ex libro eius 11. ad edictum, ſub titulo de minoribus [illegible]tegrum reſtituendis. in quo ſimiles quæſtiones tractabantur. l. in cauſæ. de minoribus. Sed obiecerit quiſpiam, rectius facturum fuiſſe Iuſtinianum, ſi ea exempla ſuſtuliſſet, quæ minime idonea eſſe dicimus. Verum ego Iuſtinianum ab omni culpa vindicare hic non ſtatui, ſed eum in hoc loco, aliiſque huiuſmodi, quæ hiſtoricam tantum narrationem continent, pugnantia ſcripſiſſe nego.

VII. IDEM LIB. VI. AD SABINVM.

IMpoſſibilis conditio, cum in faciendum concipitur, ſtipulationibus obſtat: aliter, atque ſi talis conditio inſeratur ſtipulationi. *Si in cælum non aſcenderis.* Nam hæc vtilis & præſens eſt, & pecuniam creditã cõtinet.

Conditio, quæ impoſſibile continet, cum in faciendo concipitur, nocet ſtipulationi, eámque inutilem reddit: vt exempli gratia, *ſi in cælum aſcenderis.* Cum vero in non faciendo concipitur, non nocet: vt *ſi in cælum non aſcenderis.* Nam etſi in vtraque deducatur impoſſibile: tamen in vna affirmatio eſt in altero negatio. Quare poſterior neceſſaria magis quam impoſſibilis dici poſſet. Cuius enim affirmatio poſſibilis eſt, eiuſdem negatio eſt neceſſaria. Impoſſibile autem aliquid dicitur non modo, cum natura impedimento eſt, ne fiat. §. ſi impoſſibilis. Inſt. de inutil. ſtipul. ſed etiam cum id ius boniue mores fieri prohibent. leg. continuus. §. cum quis. Nam quæ honeſte non poſſumus, ea nec nos poſſe facere credimur. l. filius, de condic. inſt. l. ſi flagitij. infra. Nec vero dubium eſt, quin omnibus cæteris contractibus noceat talis conditio, nedum ſtipulationi. leg. non ſolum. ſupra de oblig. & act. Teſtamento tamen adſcripta non nocet. l. 3. de cond. & demon. l. 1. de cond. inſtit. §. impoſſibilis. de hæred. inſtit. Inſt. Sed cur hoc tam varie? Reſpondeo, quæſtionem hanc, an conditio impoſſibilis noceat teſtamento, vel ſtipulationi non tam iuris, quam facti eſſe, & in voluntatis coniectura verſari. Quæritur enim quid veriſimiliter actum ſit, aut à teſtatore, aut à contrahentib. Atqui incerta eſt, & obſcura, tam teſtatoris, quam contrahentium voluntas. Nã qui legat, aut promittit, ſub conditione impoſſibili, veluti *ſi in cælum aſcenderis*, cogitare poteſt nunquam futurũ, vt cõditioni pareatur, ideóq; deficiente ea, nihil debitum iri. Poteſt etiam nugatorie, & ridicule talẽ conditionẽ adiicere, & ioci cuiuſdam gratia magis, quam ſerio cogitans: quia inciuile eſt quenquam ad id quod impoſſibile eſt, cogere velle, eum qui non paruerit cõditioni, tamen legatum, promiſſáue, nihilominus conſecuturũ. Cum igitur ambigua ſit, & obſcura voluntas, viri prudentis arbitrium deſiderat. Verum in contractibus, qui duorum pluriúmve conſenſu fiunt, contra eũ qui ex contractu agit, obſcuritatem interpretamur. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus Inſ. l. cum quæritur de reb. dub. quaſi omnium hæc voluntas ſit, & cogitatio; vt nihil agi exiſtiment, appoſita ea conditione, quam ſciant eſſe impoſſibilem. l. non ſolum. ſup. de obligat. & act. arg. l. ac inutilis. inf. de accept. In vltimis autem voluntatibus, quæ ex ſolo teſtantis arbitrio pendẽt, tãetſi ea forte cogitatio teſtatoris ſit, tamen legatario, aut hæredi nihil minus cogitanti, ideo nocere non debet, quia ſibi cauere non potuit, ſicut ſtipulator. Imputatur enim ſtipulatori, cuius conſenſu conditio adſcripta eſt, quiq; potuit ſibi proſpicere, & curare, vt vel ea conditio reiiceretur, vel apertius voluntas vtriuſque declararetur. Huic autem diſtinctioni noſtræ magnopere aduerſari videtur, quod Paulus de ſtatu libero ſcribit, in hæc verba, l. 4. de ſtatuliber. Non eſt ſtatuliber, cui libertas in tam longum tempus collata eſt, vt eo tempore is, qui manumiſſus eſt, viuere non poſſit, aut ſi tam difficilem imo pene impoſſibilem conditionem adiecerit, vt aliunde libertas ei obtingere non poſſit: veluti ſi hæredi milies dediſſet, aut cum moreretur, liberum eſſe iuſſiſſet. d. l. 3. de condit. & demon. Sic enim libertas inutiliter datur. Et ita Iulianus ſcribit, quia nec animus dandæ libertatis eſt. Verum exiſtimo Paulũ hoc ſenſiſſe, ſi ſeruo libertas relicta ſit, ſub conditione ingentem pecuniam dandi, quia nulla probabilis ſpes eſt eius conditionis implẽdæ, interim ſtatuliberum habendum non eſſe. Impoſſibilis tamen nõ eſt hæc conditio, vt illa *ſi in cælum aſcenderis.* Nam & olim ditiſſimos quoſdã ſeruos fuiſſe legimus. Nec ratio ſuadet, vt eodem modo hanc conditionẽ, & cæteras quæ impoſſibiles ſunt, interpretemur, cũ potuerit cogitare teſtator, eam cõditionem aliquando forte exti-

Conditio impoſſibilis non obligat.

turam, & lucro ceſſuram hæredis ſui: tametſi id minime futurum ſperaret: ſed quia nulla ſpes eſt, ſeruulum inopem tantam pecuniam, id eſt millies centena milia ſeſtertiorum conficere poſſe, cum quæritur, an interim ſtatuliber iudicandus ſit, ſic interpretatur conditionem Paulus quaſi inutiliter data ſit libertas, & animus non fuerit dandæ libertatis. Eius tamen conditionis expectatur euentus, alioqui pro non ſcripta haberetur. d. l. 3. de condit. & demonſt. cum præſertim id fauor libertatis poſtulet.

Si in cœlum non aſcenderis. Hæc conditio neceſſaria eſt, quia id, quod impoſſibile eſt, negat. Itaque non ſuſpendit obligationem, & figuram conditionis magis, quàm poteſtatem habet. l. ſi pupillus. §. qui ſub conditione. de nouat. Notandum tamen eſt, ſi quis promiſerit in cœlum aſcendere: & ſi non aſcenderit, pœnam ex tali ſtipulatione pœnam peti non poſſe. quia cum principalis ſtipulatio inutilis ſit propter impoſſibilitatem, conſequens eſt, ne acceſſoriam quidem valere. l. ſi homo mortuus. infra. 69. Hic enim loquimur de impoſſibilitate, quæ in conditione tantum ſit, non etiam in obligatione. Præterea ſi quis promiſerit alicui, ſi hominem non occiderit, conditio hæc nocet ſtipulationi, quia turpitudinem continet. l. Iuriſgentium. §. ſi ob maleficium. de pactis.

VIII. PAVLVS LIB. II. AD SABINVM.

IN illa ſtipulatione, *Si Calendis Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* mortuo homine, quæritur, an ſtatim ante Calendas agi poſſit? Sabinus, & Proculus expectandum diem actionis putant: quod eſt verius. Tota enim obligatio ſub conditione, & in diem collata eſt, & licet ad conditionem committi videatur, dies tamen ſupereſt. Sed cum eo qui ita promiſit, ſi intra Calendas digito cœlum non tetigerim, agi protinus poteſt. Hæc & Marcellus probat.

Cum ſtipulatio diem, & conditionem habet, exiſtente conditione non ſtatim poteſt agi, ſed dies expectari debet. leg. ſi eius. §. 1. ſi quis caut. Hæc autem ſtipulatio, *ſi Calendis Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* diem continet ex præſumpta voluntate contrahentium. Nam periode hæc ſtipulatio accipienda eſt ex mente contrahentium, ac ſi ſtipulatus ſim à te Stichum Calendis, & ſi Calendis Stichum non dederis decem ſcilicet Calendis: vt dies repetita intelligatur. l. qui ſic ſtipulatur. infra. Aut ſic accipietur, quaſi ſtipulatus ſim Stichum aut decem, Calendis mihi dari. Quamuis aliqua diſſimilitudo inter has ſtipulationes reperiatur. Pecunia ſiquidem loco Stichi promiſſa videtur eſſe, qui Stichus licet in obligatione non ſit, in ſolutione tamen eſt. Aliud dicendum eſt in hac ſtipulatione, *Si Lucius Titius intra Calendas Maias in Italiam non venerit, decem dare ſpondes?* Ex qua non expectatis Calendis, decem poſſunt peti, ſimulátque exploratum fuerit, Lucium venire non poſſe. l. hoc iure. quoniam hic ſupra dicta ratio ceſſat. Nunquam enim diem repetitum interpretamur, niſi coniectura aliqua probabilis id ſuadeat. leg. ſi quis hæres. 71. ſupr. de acquir. hæred. Eſt autem hic legendum vt in Florentino codice, licet ad conditionem committi videatur, id eſt, licet ſtipulatio committi videatur, quantum ad conditionem attinet. Hæc enim eſt vis particulæ, ad, apud Ciceronem & alios veteres. Committi conditio non recte dicitur.

IX. POMPONIVS LIB. II. AD SABINVM.

SI Titius, & Seius ſeparatim ita ſtipulati eſſent, *Fundum illum, ſi illi non dederis, mihi dare ſpondes*: finem dandi alteri fore, quoad iudicium acciperetur, & ideo occupantis fore actionem.

Tractatum fuit à veteribus hæc conditio, *ſi Stichum non dederis*: quando extitiſſe dicatur, vt ex ſtipulatione agi poſſit. Pegaſus reſpondit, non ante committi ſtipulationem, quàm deſiit poſſe Stichus dari. Quam ſententiam Papinianus ſequitur. Sabinus autem exiſtimabat, ex ſententia contrahentium poſtquam homo potuiſſet dari, confeſtim agendum, &c. Et hanc ſententiam ait Papinianus poſſe recipi, ſi ſtipulatio conditionem præceſſerit. leg. ita ſtipulatus. infra. 115. Nec dubitandum eſt quin ſequenda ſit Papiniani diſtinctio. Puto & in aliis caſibus ſententiæ Sabini locum eſſe, vt puta, ſi decem in conditione ſint. Non enim ex mente contrahentium recte dicetur committi ſtipulatio, cum exploratum fuerit, decem dari non poſſe. Nam perire non poſſunt. l. incendium Cod. ſi cert. peta. l. in ratione. §. incertæ, ad l. Falcid. Nec mortuo promiſſore deſinunt poſſe dari, quia conditiones dandi poſſunt ab hærede impleri, vt alias oſtendimus. l. qui Romæ. §. Agerius, infra. 122. Papinianus autem non de quibuſcunque conditionibus loquitur cum ait, committi ſtipulationem, cum certum eſſe cœperit, &c. ſed de conditionibus, quæ in facto conſiſtunt & cohærent perſonæ veluti, *Alexandriam ire, Capitolium aſcendere.* Idémque Pegaſus dixit de hac conditione, *ſi Pamphilum non dederis*, quia licet morte promiſſoris non deſinat poſſe dari, morte tamen Pamphili deſinit. At decem dandorum conditio, nunquam hoc modo exiſtere poſſet. Quare neceſſe eſt, vt ſecundum mentem contrahentium aliam interpretationem accipiat, ſitque locus Sabini ſententiæ. Eadem ratio eſt & huius conditionis, *ſi fundum non dederis*, niſi vehementer ipſe fallor. Nam tametſi fundus aliquando perire poſſit, chaſmate puta vel inundatione: tamen quia rariſſimum id eſt, ratio non patitur, vt de eo contrahentes ſenſiſſe interpretemur. Eam igitur conditionem ſic accipiemus ex mente contrahentium, vt poſtquam fundus potuerit dari commiſſa ſtipulatio intelligatur. Vnde hic quæritur: Si Titius, & Seius ſeparatim ita ſtipulati ſint à Mæuio, *Si non dederis fundum illum Seio, mihi dabis?* vtri competat actio ex hac ſtipulatione poſtquam extitit conditio, id eſt, poſtquam per promiſſorem ſtetit, quo minus daret. Nam vtrique per moram promiſſoris agendi facultas quæſita eſſe videtur. Sed Pomponius hic ait, occupantis fore actionem non aliter, ac ſi duo rei ſtipulandi eſſent: l. ex duobus. 2. infra. de duobus. reis. cum par ſit vtriuſque cauſa. Ac liberum erit promiſſori, vtri voluerit dare, vſque ad iudicium acceptum, ſeu litis conteſtationem: quia nullum ius per moram debitoris acquiſitum eſt vni ex creditoribus magis, quàm alteri. Verum vt vitetur perplexitas, vtile viſum fuit iuris autoribus finem aliquem alteri dandi præſtituere debitori nempe quoad iudicium accipiatur. Itaque falluntur, qui nondum exiſtente conditione, hic agi exiſtimant, quamuis nulla ſit nata actio, quæ ſperatur oriri in litis conteſtatione.

X. IDEM

X. IDEM LIB. III.
AD SABINVM.

HOc iure vtimur, vt ex hac ſtipulatione, *Si Lucius Titius ante Calendas Maias in Italiam non venerit decem dare ſpondes?* non ante quicquam peti poſſit, quàm exploratum ſit, ante eam diem in Italiam Titium venire non potuiſſe neque veniſſe, ſiue eo viuo, ſiue eo mortuo id acciderit.

Hoc caput ſatis explicatum eſt ſupra c.8.

XI. PAVLVS LIB. II.
AD SABINVM.

FIlius dum in ciuitate eſt ſi ſtipuletur patri reuerſo ab hoſtibus videtur adquiſiſſe.

Cum in ſtipulationibus tempus ſtipulationis ſpectari ſoleat, l. ſi filiusfamilias. infra 78. videtur ex hac ſtipulatione patri quæſita non eſſe actio, in cuius poteſtate non erat filius contractæ ſtipulationis tempore. Sed propter ius poſtliminij fingitur ſemper in poteſtate fuiſſe, l. retro de capt. & poſtl. reuerſ. §. ſi ab hoſtib. Inſt. quib. mod. ius patr. poteſt. Quid igitur dicemus ſi pater apud hoſtes deceſſerit? Etſi quidem filius ſibi ſtipulatus ſit dari, ipſi cõpetet actio: quia lex Cornelia fingit patrem deceſſiſſe, antequam caperetur: ſecundum quam fictionem filius ſui iuris fuiſſe intelligetur tempore ſtipulationis contractæ. Quare ſi ponamus patri nominatim ſtipulatum, inutilis erit ſtipulatio, quaſi extraneo homini ſtipulatus ſit. l. bona. §. quod filius. de capt. & poſtlim l. ſi ſeruus communis. §. ſeruus, capto domino. de ſtipul. ſeruor.

XII. POMPONIVS LIB. V.
AD SABINVM.

SI ita ſtipulatus fuero, *Decem aut quinque dare ſpondes?* quinque debentur. Et ſi ita, *Calendis Ianuariis vel Februariis dari ſpondes?* perinde eſt, quaſi Calendis Februariis dari ſtipulatus ſim.

Is cui promiſſa ſunt decem, aut quinque, agit aduerſus promiſſorem, & ſola quinque petit. Quæritur an plus petere dicendus ſit. Nam plus petere cauſa is dicitur, qui ex duabus rebus ſub alternatione promiſſis, alteram tantum petit. §. plus autem. Inſt. de act. Sed ratio, vtilitáſque poſtulat, vt ſubtilitate iuris neglecta, recte is petere intelligatur, propterea, quod non corpora, aut ſpecies ſub alternatione hic promiſſæ ſunt, ſed ſummæ potius, in quibus minima ſemper ſpectatur, quam veriſimile eſt debitorem electurum eſſe. l. ſi ita ſtipulatus fuero. 109 l. inter ſtipulantem. §. ſi ſtipulante. infra. l. ſi ita relictum. §. vlt. de l 2. l. qui concubinam. §. 1. de l. 3. Quoties igitur appareret intereſſe promiſſoris, maiorem potius ſummam ſoluere, aliud dicendum eſſet. Exempli gratia, ſi quis promiſerit Lugduni decem, aut Romæ quinque. l. qui res. §. mihi. de ſolut.

XIII. VLPIANVS LIB. XIX.
AD SABINVM.

QVi ante Calẽdas proximas ſtipulatur, ſimilis eſt ei, qui Calendis ſtipuletur.

Qui ante Calendas ſtipulatur, nihil differt ab eo, qui Calendis ſtipulatur, vt Iulianus ait, l. eum qui ita. §. qui ita. Proinde ex hac ſtipulatione agi non poteſt, donec totus dies Calendarum præteritus fuerit. l. qui hoc anno. l. ſtipulationes non diuiduntur. §. pen. infr. Quod ſane mirum pleriſque, & paradoxum videtur, abſurdum credentibus, eum qui ante Calendas ſtipulatur, non niſi poſt Calendas petere poſſe. Verum hic mos eſt loquendi veratum, vt cum ante diem dicunt, finitum diem intelligant: Cicero Tironi lib. 16. Epiſt. Ante diem 8. Idus Nouembris has literas dedimus, id eſt, octauo Idus Nouembris, vt eruditiſſimi noſtri ſæculi interpretati ſunt. Hinc, Ante diem tertium, pro nudius tertius accipi videtur, compendioſa locutione, quaſi dicas, ante diem tertium finitum. Hinc Gellius Ciceronem natum eſſe ait ante diem tertium Nonas Ianuarij. lib. 15. c. 28 qui (vt ipſe de ſe ſcribit) natus fuit tertio Nonas Ianuarij. Sic dicitur Chriſtus reſurrexiſſe, μετὰ τρεῖς ἡμέρας Marc. cap. 8. figurata locutione, quam Grammatici ſynecdochen vocant. Atque huc mihi videtur, pertinere, quod Paulus ait lib. 3. ad leg. Iul. & Pap. Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur, & conſuetudo loquendi, id ita eſſe declarat, Ante diem decimum Calendarum, Poſt diem decimum Calendarum. Neutro enim ſermone vndecim dies ſignificantur. l. anniculus. de verbo. ſign. Ante annum vero, aut ante menſem, cum dicimus, vſus loquendi non permittit, vt finitum annum, vel menſem, ſed cœptum potius intelligamus. l. ſi ita fuerit. 41. in in prin. de manumiſ. teſta. l. qui filium. §. vlt. ad Treb. 74. Huic ſtipulationi non diſſimilis eſt illa, *Intra Calendas dari.* l. 1. §. ſi intra. de ſuc. edi. l. ſi quis ſic dixerit. de verb. ſig. leg. prox. ſupr. Sed animaduertendum eſt, cum quis ſtipulatur intra Calendas dari, verbi proprietatem requirere, vt debitor nõ expectatis Calẽdis, ſoluere poſſit. l. ſi ita fuerit. §. vltim. de manu teſta. Qua de re Apollinaris apud Gellium diſputat lib. 12. cap. 13. Cum autem ſtipulatur quis dari Calendis, multum refert promiſſoriſne, an ſtipulatoris potius cauſa dies adiiciatur, l. ſi ita relictum. §. Pegaſus. de legat. 2. vt poſtea fuſius explicaturi ſumus. l qui Romæ. in princ.

XIV. POMPONIVS LIB. V.
AD SABINVM.

SI ita ſtipulatus ſim abs te, *Domum ædificari?* vel ſi heredem meum damnauero inſulam ædificare, Celſo placet, non ante agi poſſe ex ea cauſa, quam tempus præteriſſet, quo inſula ædificari poſſet: nec fideiuſſores dati ante diem tenebuntur.

Quamuis hæc ſtipulatio pura ſit, tacite tamen ei tempus ineſt, quo inſula ædificari poſſit. l. ſi continuus. §. item qui inſulam infr. Itaque debitor per interpellationem, nõ ante conſtituitur in mora, quàm id tempus præterierit. l. ſi inſulam. inf. Nec eorum ſententiam probo, qui nullam interpellationem hic neceſſariam eſſe aſſerunt, quod dies tacita non minus, quam expreſſa, interpellare dicatur. l. 2. C. de iure emphyt. Id enim de die certa tantummodo accipiendum eſt: nec ob incertam diem à communi iure videtur recedendum eſſe, quod interpellationem requirit, in omnibus tam faciendi, quàm dandi obligationibus. l. ſi ex legati cauſa. inf. l. mora. de vſur. cum præſertim eadem in vtriſque ſit ratio. Vtrunque igitur neceſſarium eſt, & interpellatio, & lapſus temporis, vt promiſſor operi-

in mora eſſe dicatur. arg. l. ſi quis filium. §. ſtipulatio. de collat. bon.

Nec fideiuſſores dari. Obligationi igitur faciendi, poteſt accedere fideiuſſor, l. ſi quis pro eo. de fideiuſſ. non qui reum facturum promittat, quia alieni facti nulla promiſſio eſt, l. ſicut reus. 66. de fideiuſſor. ſed qui promittat, quanti ea res erit, l. ſtipulatus es opus. 45. de fideiuſſor. aut qui ſimpliciter fide ſua eſſe iubeat, quod à reo promiſſum eſt. Quo caſu æſtimationem promittere intelligitur.

XV. IDEM LIB. XXVIII. AD SABINVM.

ET ideo hæſitatur, ſi aliqua pars inſulæ facta ſit, deinde incendio conſumpta ſit, an integrum tempus computandum ſit rurſus ad ædificandam inſulam, an vero reliquum duntaxat expectandum, quod deerit? & verius eſt, vt integrum ei detur.

Sicut in ſuperiore capite, cum quæritur, quando committatur ſtipulatio, *domum ædificari*, intelligimus ſtipulationem huiuſmodi eſſe, vt committi poſſit, nec quærimus, an certus locus adiectus fuerit, cuius omiſſio ſtipulationem inutilem redderet: l. 3. §. ſi quis inſulã de eo quod cert. loc. ita etiam, cum hic quæritur, conſumpta incendio parte inſulæ, quantum temporis dandum ſit debitori ad ædificandum, ſatis perſpicuum eſt, obligationem, de qua agitur, ita contractam eſſe, vt debitor caſu fortuito non liberetur: veputa, ſi hæres à teſtatore damnatus ſit ædificare, ſi quis ſtipulanti promiſerit, ſe ædificaturum, non mercedis alicuius nomine, ſed gratis, & impenſa ſua, &c. Sed & ſi quis conduxerit opus faciendum, diruta parte operis caſu aliquo fortuito, non ideo liberari eum puto, quia ad opus faciendum obligatus fuit, quod non recipit diuiſionem, l. ſi is qui 400. §. quædam. ad leg. Falcid. l. pen. C. de iis, quib. vt indig. Itaque huic quoque integrum tempus dandum erit, ad ædificandum, ſed locatoris ſumptu, cuius periculum eſt, non conductoris. l. Martius. ſup. locat.

XVI. IDEM LIB. VI. AD SABINVM.

SI Stichum, aut Pamphilum mihi debeas, & alter ex his meus factus ſit ex aliqua cauſa, reliquum mihi debetur à te.

Stipulatio Stichi, aut Pamphili, quaſi ſub conditione quadam contracta intelligitur, vt Stichus detur, niſi detur Pamphilus, &c. l. cum ita legatur. de opt. legat. legat. Cum igitur vnus ex iis, ex alia quapiam cauſa, ſtipulatoris factus ſit, recte peti alter poterit. l. qui decem. §. Stichum. de ſolut. Nec verendum eſt, ne plus petere dicatur actor, cum electionem nullam ſoluendi reo auferat. §. plus autem. Inſtit. de actio. Quod tamen ita accipiendum eſt, niſi æſtimationem eius qui ſtipulatori acquiſitus eſt, promiſſor malit ſoluere. id enim rationi, & æquitati magis conſentaneum eſt. l. cum res. 49. §. ſed ſi Stichus. de legat. 1. Quod ſi quis obiiciat, duas cauſas lucratiuas concurrere non poſſe, l. omnes. ſupra titulo proximo: reſpondeo, huic regulæ locum eſſe, cum de vna, eadémque re agitur, non de duabus, ſub alternatione debitis. l. non quocunque. §. vltim. de legat. 1. 84. De duabus rebus disiunctim promiſſis, quarum vna periit, alio in loco tractabitur. l. ſtipulatus ſum Damam. 50. inf. l. Stichum. de ſolut. l. ſi in emptione. §. vlt. de contrahen. empt.

Ex aliqua cauſa. Cauſam hic intellige aliam, quam in hac ſtipulatione disiunctiua. Alioqui ſolutione vnius rei totam obligationem tolli certum eſt. l. ſi vnus. §. ſed ſi ſtipulatus. de pact. Sed ſi ſtipulatus decem, aut Stichũ decẽ pactus ſim, & petam Stichum, aut decem, exceptionem pacti cõuenti in totũ obſtaturam. Nam vt ſolutione, petitione, & acceptilatione vnius rei, tota obligatio ſolueretur, ita quoque pacto conuento de vna re non petenda interpoſito, totam obligationem ſubmoueri.

Stipulatio huiuſmodi: *In annos ſingulos*, vna eſt, & incerta & perpetua: Non autem, quemadmodum ſimile legatum, morte legatarij finitur.

Cum in annos ſingulos certa pecunia promittitur, puta decem, non ideo plores ſtipulationes eſſe intelliguntur, quod plures ſummæ, pluresque præſtationes ſint: quia ad conceptionem verborum reſpicimus in ſtipulationibus, vt poſtea docebimus, l. ſcire debemus. tametſi in legatis aliud conſtitutum ſit. l. ſi in ſingulos. l. ſi annos. de ann. leg. l. cum in annos. quand. dies legat. ced. Itaque in huiuſmodi ſtipulatione ſemel conditio ſtipulatoris, vt cui acquiri debeat, intelligatur, inſpici debet. l. ſenatus. §. vlt. de don. cauſ. mort. l. ſi filiusfamilias. inf. Nec nos mouere debet, quod Iuſtinianus conſtituit, multas donationes intelligi, ſi quis ſtipulatus fuerit certam quantitatem annuam, quandiu vixerit, &c. Nam ratio, quam expreſſit ea conſtitutione, facit vt quod ad inſinuationem donationis attinet, non vnam ſtipulationem contractam eſſe interpretemur. l. ſancimus. § vlt. C. de donat. Si quis (inquit) talem recepit donationem, in qua ſtipulatus fuerit, annuam quandam ſibi præſtari quantitatem tantæ ſummæ, quæ non excedat legitimum donationis modum: variabatur, vtrum eum ex particulari donatione multas feciſſe donationes exiſtimandum ſit, & eas actis non indigere, an ex totius ſtipulationis fundamento, & fonte eius, ex qua annuæ donationes profluxerunt, & vnam eſſe eam donationem putandum, & proculdubio monumentorum obſeruatione vallandam: quod vetera quidem ſat, abundéque variauerunt. Nos autem certa diuiſione concludimus, vt ſi huiuſmodi quidem fuerit donatio, vt intra vitam perſonarum fiet, vel dantis vel accipientis, & multæ intelligantur donationes & liberæ, monumentorum obſeruatione. Incertus autem fortunæ caſus hoc nobis ſuggeſſit, vt poſſibile ſit, vnius anni tantummodo, vel breuioris, vel etiam amplioris temporis metas ſuperuiuere vel donatorem, vel eum, qui donationem accepit, & ex hoc inueniri totam ſummam donationis non excere legitimam quantitatem. Sin autem etiam hæredum ex vtraque parte fuerit mentio, vel adiiciatur tempus vitæ vel donatoris, vel qui donationem accepit: tunc quaſi perpetua donatione, & continuatione eius magnam & opulentiorem eam efficiente, & vna intelligatur, & quaſi denſioribus donationibus cumulata, excedere legitimum modum, & omnimodo acta repoſcere, & aliter minime conualeſcere.

Legatum annuum an ad hæredes tranſeat.

Minus nos mouet, quod Pomponius ſcribit de ſeruo fructuario, operas ſuas in quinquenniũ locante. l. ſi ſeruus communis. §. cum ſeruus. de ſtipul. ſeruo. Cum ſeruus (inquit) fructuarius operas ſuas locaſſet, & eo nomine pecuniam in annos ſingulos dari ſtipulatus eſſet, finito fructu, domino reſiduì temporis acqui ſtipulationem, Iulianus ſcriptum reliquit. Quæ ſententia mihi videtur firmiſſima ratione ſubnixa. Nam & ſi in annos fortè quinque locatio facta eſſet, quoniam incertum eſt, fructus in quem diem duraturus ſit, ſingulorum annorum initio cuiuſque anni pecunia fructuario quæreretur, ſecũdum quæ non tranſit ad alterũ ſtipulatio, ſed vnicuique tantum acquiritur, quantum

ratio

catio iuris permittit. Nam & cùm idem ſeruus ita ſtipulatur: *Quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero: tantam dari ſpondes?* in pendenti eſt, quis ex ſtipulatu ſit habiturus actionem. Si enim ex re fructuarij, vel operis ſuis pecuniam dederit fructuario: ſi vero aliunde, domino quæretur ſtipulatio. Quamuis enim vna ſtipulatio ſit, non plures, tamen totius quinquennij pecuniam fructuario acquiri iniquum eſſet, ſi vſusfructus ante quinquennium finitus ſit. Alioqui daretur occaſio fraudandi proprietarij, locationem in longum tempus conferendo, quo finitus fuerit vſusfructus. Cætera, quæ aduerſari videntur, alijs in locis explicabimus. l. pluribus. l. ſcire debemus.

Incerta. Si plures ſtipulationes eſſent, vnaquæque earum certa eſſet, & certam quantitatem contineret, ſed quia infinitum eſt atque incertum tempus præſtationis, ex hac ſtipulatione, dicitur incerta eſſe. l. vbi autem. infr.

Et perpetua. Hæc ſtipulatio ſi ſimpliciter concepta ſit, perpetua eſt, & ad hęredem tranſit, ſecundum communem regulam l. veteris. C. de contrahend. & commit. ſtipul. Sed ſi adiectum ſit, *quoad viuam,* quamuis mero iure ad hæredem tranſeat, tamen ſi petat, exceptione doli ſummouetur. l. eum qui ita. inſ. §. at ſi ita. Inſtit. eod. At ſi ita ſtipuleris, *Decem aureos annuos, quoad viuam, dare ſpondes?* & pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur, quia ad tempus non poteſt deberi. Sed hæres petendo pacti exceptione ſummouebitur.

Quemadmodum ſimile legatum. Si in annos ſingulos aliquid legetur, tot ſunt legata, quot annuæ præſtationes. l. ſi in annos. de annuis legatis. Nam propter multitudinem præſtationum, interpretamur legata diuiſa eſſe: nec ad conceptionem verborum reſpicimus vt in ſtipulationibus. Primi igitur anni legatum purum eſſe dicitur, ſequentium vero annorum conditionalia. d. l. ſi in annos. & l. ſi in ſingulos. Ineſt enim hæc conditio, ſi viuat legatarius, quæ tranſmiſſionem ad hæredes impedit. Cuius rei illa ratio eſſe videtur, quia teſtatores vt plurimum ſolent in plures annuas præſtationes legata diuidere, vt conſulant perſonæ ipſius legatarij, quaſi alimenta quædam eis præſtari velint. Atque ideo, cum aliud actum eſſe apparet, legatum huiuſmodi ad hæredem tranſire dicitur. l. ſi cum præfinitione. quand. dies legat. ced. Qui vero ſtipulantur, non ſibi tantum, ſed etiam hæredibus ſuis acquirere præſumuntur, quod frequentius id accidere ſoleat. l. ſi pactum. ſupra de probat. Proinde ſtipulatio annuæ quantitatis, non etiam legatum, ad hæredem transfertur.

XVII. VLPIANVS LIB. XXVIII. AD SABINVM.

STipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione.

Cum obligatio ſit iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur, vt Iuſtianus ait, §. 1. Inſtitut. de obligat. certum eſt inutilem eſſe ſtipulationem, cuius conditio in promiſſoris voluntatem & arbitrium confertur. l. a Titio. inf. l. ſub hac. ſupr. titul. proxi. l. centeſimus. §. vltim. infra. Nihil igitur impedit, quo minus ex voluntate ſtipulatoris pendeat, arg. l. ſi ita legatum. §. illi ſi volet. de legat. 1. Inde etiam conſequitur, cum ex contractu naſcitur vltro citróque obligatio, in neutrius voluntatem conferri poſſe. l. in vendentis. C. de contrahen. empt. De ea quæ confertur in arbitrium tertij, tractat Vlpianus cap. 43. Sed hæc omnia accuratius infra diſcutientur. l. centeſimis. §. vlt.

XVIII. POMPONIVS LIB. X. AD SABINVM.

QVi bis idem promittit, ipſo iure, amplius quàm ſemel non tenetur.

His verbis ſignificat Pomponius, non modo bis idẽ exigi non poſſe, ſi bis idem promiſſum ſit, l. bona fides de regul. iur. ſed ne ad eandem quidem rem agi poſſe ex duplici ſtipulatione. Nam ex poſteriore ſtipulatione, tanquam inutili, non competit actio. argument. l. ſi dari infra. idque ex iure ipſo, id eſt, legibus ipſis Romanis, non ex Prætorum, aut iuriſprudentum interpratatione profectum eſt: quibus legibus nemo admittitur ad agendum ex ſtipulatione niſi ſua intereſt. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. infr. At ex duabus ſtipulationibus agens, nihil amplius, quam ex vna, conſequi poſſet. Ex ſtipulatione autem, contractui bonæ fidei adiecta, certiſſimum eſt agi poſſe. l. duo ſocietatem. pro ſocio. Cũ enim ea, quæ ex bonæ fidei iudiciorum natura veniũt, certa fere non ſint, & ex iudicantium arbitrio pendeãt, vtile eſt contrahentibus ea ſtipulationibus compręhẽdere: vt in tractatum de pactis annotauimus. l. 1. §. ſed conuentionũ. Sed & ſi inutilis ſit, & inefficax prior ſtipulatio, propter exceptionem, ex poſteriore licebit agere. l. ſi dari. infr. Idemque dicendum eſt, & ſi poſterior ſtipulatio aliquid amplius. vtiliuſque contineat. l. hæres à debitore. §. 1. de fideiuſſor. Arbitror & tunc quoque agi permittendum ex poſteriore, cum ſtipulator ex ea tantum ſe agere velle declarat, nec aduerſarium contendit ſtipulatione duplici obligatum ſibi eſſe. Æquitas enim ipſum ius hac exceptione temperandum eſſe ſuadet, nec tam ſcrupuloſè inquirendũ, an ſtipulatoris intereſſit, qui ex ea ſola ſtipulatione agere vult. Nã quoties occurrit huiuſmodi ſtipulationi locus in iure ciuili, qui merã artis ſubtilitatẽ habeat, dãda opera eſt, vt cõmoda, ac benigna interpretatione quoad fieri poterit ad æquitatem, & *ἐπιείκειαν* referatur. Idque Prętorum, ac Conſultorum veterum exemplo, quod nobis ſemper ad imitandum proponere debemus. Itaque nõ dubito, quin priore obligatione per præſcriptionem xxx. annorum ſublata, ex poſteriore ſtipulator agere poſſit. Qua de re magna eſt altercatio. l. cum notiſſimi. §. ſed ſi quis. Cod. de præſcript. xxx. annor.

Idem. Hæc ſententia Pomponij ad eum tantummodo pertinet, qui idem promittit vtraq; ſtipulatione. Quod in ſpecie, ſeu corpore promiſſo difficultatem non habet. Sed ſi quantitas bis fuerit promiſſa, cuius pręſtatio multiplicari poteſt, l. plane. de legat. 1. an idem promiſſum ſit facti magis quã iuris eſt quæſtio, quæ alio in loco tractabitur. l. ſtipulatio iſta. §. eum qui. inf.

XIX. IDEM LIB. XV. AD SABINVM.

SI ita ſtipulatio facta fuerit, *Si culpa tua diuortium factum fuerit dari?* nulla ſtipulatio eſt, quia contenti eſſe debemus pœnis legibus comprehenſis, niſi ſi & ſtipulatio tantũdem habeat pœnæ, quanta lege ſit comprehenſa.

Sicut pœnæ metu non poteſt quis ad contrahendũ matrimonium cogi, ita nec ad matrimonium, quod iam contractum eſt, retinendum. Nam par libertas in vtroque requiritur. l. Titia. inf. l. 2. C. de inutil. ſtipul. l. neque. C. de nuptiis. Proinde ſi ſtipulatus ſit maritus

ab vxore centum dari, ſi culpa eius diuortium factum fuerit, nulla ſtipulatio eſt. Quod tamẽ eſt ita accipiendum, niſi eam pecuniam ei dederit maritus ea lege, vt diuortio ſecuto eam reddat. l. ea quæ. ſupr. de donat. inter vir. & vxor. Non enim hic metu compellitur ad manendum in matrimonio, ſed præmio potius inuitatur. l. Titio centum. §. 1. de cond. & demonſt.

XX. VLPIANVS LIB. XXXIV.

AD SABINVM.

HViuſmodi ſtipulationes non ſunt inutiles *quod tibi Titius debet, cum debitor eſſe deſierit, dare ſpondes?* Nam valet ſtipulatio, quaſi ſub quauis alia conditione concepta.

Varia eſt lectio, variáque interpretatio huius capitis: ſed more meo dicã ſimpliciſſime quod ſentio. Cũ à Mæuio centum mutua peterem, & hac excuſatione vteretur, quod Titius pecuniam ei debitam non ſolueret, tandem conuenit inter nos, vt ſtipulationem ita contraheremus, *Quod tibi Titius debet, cum debitor eſſe deſierit, dare ſpondes?* Quæritur, an hæc ſtipulatio vtilis ſit. Non enim videtur in id tempus recte conferri, quo nullum amplius debitum futurum eſt, cum hæc ſtipulatio, *Quod tibi Titius debet, dare ſpondes?* Titio nihil debente, non valeat. l. ſi ſic. 78. de legatis. 1. Sed Vlpianus ait, perinde hanc ſtipulationem valere, ac ſi ſub quauis alia conditione concepta ſit. Cum enim ſtipulor, *Quod tibi Titius debet*: ſtipulor certam quantitatẽ, ſi tũc verum ſit eum debere. d. l. ſi ſic. nec adiecta conditio eam ſtipulationem vitiat.

Stipulationes. Quidem adeo ſtupidi ſunt, vt dubitent, cur ſtipulationes hic dicat Vlpianus πληθυντικῶς, cum vna tantum ſtipulatio ſubiiciatur. Nec animaduertũt, verba Vlpiani ad ſtipulationes, quæ huic ſimiles ſunt, pertinere, *Quod Titius debet, &c.* quaſi diceret, Stipulationes huiuſmodi, id eſt, huic ſtipulationi ſimiles, non ſunt inutiles. Sed hæc, quæ puerilia ſunt, miſſa faciamus

XXI. POMPONIVS LIB. XV.

AD SABINVM.

SI diuortio facto, ea, quæ nihil in dotem habeat, dotis nomine centum dari ſtipuletur, vel quæ centum duntaxat habeat, ducenta dotis nomine dari ſtipuletur: Proculus ait, ſi ducenta ſtipuletur, quæ centum habeat, ſine dubio centum quidem in obligatione venire, alia autem centum actione de dote deberi. Dicẽdum itaque eſt, etiam ſi nihil ſit in dote, centum venire tamen in ſtipulationem: ſicuti cum filię vel ſorori, vel alij cuilibet dotis nomine legaretur, vtile legatum eſſet.

Errans nõ obligatur. Falſa cauſa non nocet ſtipulationi, vt ſi quia centum, vel ducẽta vxori dotis nomine promittat, id eſt, propter dotem quam ab ea accepit. Nam ne legato quidem nocere falſam cauſam conſtitutum eſt, niſi probetur teſtatorem alias legaturum non fuiſſe. l. cum tale. §. falſam. de condit. & demonſtrat. *Ignorãtia proprij facti non eſt tolerabilis.* Si tamen erraſſe promiſſorem appareat, non obligabitur ex ea promiſſione. l. penult. §. mulier. ſolut. matr. Quod facile præſumẽdum non eſt, niſi probetur, cum facti proprij ignorantia tolerabilis non ſit. leg. 3. de iur. & fact. ignor. l. vltim. ſupr. pro ſuo. Nec vero recte quis dixerit ſtipulationem hanc quaſi ſine cauſa factam non valere. l. 2. §. circa. de doli excep. Eſt enim hic cauſa adiecta dotis, licet verum ſit, dotem nullam maritum accepiſſe. Nam & ſi quis cuiuis mulieri leget centum dotis nomine, vtile legatum eſt, vt hic Pomponius ait: nec inſpicimus, an teſtator dotem acceperit ab ea muliere, quæ ne eius quidem vxor fortaſſis vnquam fuit. Quod autem ait Vlpianus, venditionem nullam eſſe, ſi quis vendiderit fundum, quanti à teſtatore emptus eſt, ſi forte non emptus ille fundus, ſed donatus fuit. l. ſi quis fundum. de contrah. empt. ad hunc locum nihil omnino pertinet, quia nulla ibi falſa cauſa eſt, ſed ideo non conſiſtit venditio, quia pretium certum non habet. Hic omnia interueniunt, quæ ad ſubſtantiam venditionis neceſſaria ſunt. Mirantur plerique, quod hæc centum peti dicantur actione de dote, cum ex ſtipulatione deberi videantur, propter nouationem præcedentis obligationis. Sed certum eſt ex noua conſtitutione Iuſtin. veterem ſemper obligationem manere, niſi aliud expreſſum ſit à contrahentibus. l. vlt. C. de nouat. Iure in Pandectas relato, quomodo fiat nouatio, alibi tractatur. l. qui vſumfruct. infra. Nec dubium eſt, quin de ea re fuerit diſſenſio inter veteres iuris auctores, propter quam diſſenſionem edita eſt illa Iuſtiniani Conſtitutio. Ac ſententia quidem Proculi, quam hic obiter Pomponius refert, Conſtitutioni Iuſtiniani conſentanea eſt. Sed de his aliàs pluribus.

XXII. PAVLVS LIB. IX.

AD SABINVM.

SI id, quod aurum putabam, cum æs eſſet, ſtipulatus de te fuero: teneberis mihi huius æris nomine, quoniam in corpore conſenſerimus: ſed ex doli mali clauſula tecum agam, ſi ſciens me fefelleris.

Si quis certũ vas æneum ab aliquo ſtipuletur, quod putet aureum eſſe, valet ſtipulatio: quia licet in materia erratum ſit, tamen in corpore conſenſum eſt. l. inter ſtipulantem. §. ſi Stichum. infr. Alia cauſa eſt venditionis. l. in venditionibus. de contra. empt. quæ bonæ fidei contractus eſt. Nam bona fides, cuius maxime in huiuſmodi iudiciis, ratio habenda eſt, non patitur, vt teneat emptio eius rei, quam alioqui forte empturus non eram. At in ſtipulatione, quæ ſtricti iudicij eſt, verba ſpectantur: quæ ſi fuerint ad ſtipulationem contrahendam idonea, & conſenſum in corpore fuerit, nihil amplius requiritur. Quod autem dictum eſt de bonæ fidei iudiciis, ſic accipiendum eſt ex Vlpiano, ſi omnino erratum ſit in materia: veluti ſi æs, quaſi aurum væneat. Si enim id, quod aurum putabatur, vel inauratum erat, vel ex parte aureum, valebit venditio. l. quid tamen. de contrah. emp. Sed addenda eſt ex Iuliano exceptio, niſi actũ ſit inter cõtrahẽtes, vt pro ſolido auro væneat, quo caſu nõ tenet vẽditio deficiẽte cõſenſu. Sed & ſi deceptus nolit à venditione recedere, quia forte ipſius intereſt eam ſeruari: verius eſt, tũc ratã venditionẽ eſſe, l. Labeo. de contrah. empt. ſed ita, vt ex eà poſſit deceptus ad id, quod ſua intereſt, agere, nõ vt venditum corpus petere cogatur. Quare is, qui emit aurichalcum pro auro, aurum petit, quoniam ipſius intereſt aurum habere. Sic intelligendum eſt, quod Paulus ait, Quamuis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autẽ diſſentiamus, emptionem eſſe: tamen venditor teneri debet, quanti intereſt,

emptoris,

emptoris deceptum non eſſe, &c. l. ſi ſterilis. §. quamuis. de act. emp. Quo in loco plerique codices negationem habent: ſed hæc eſt purior, emendatiórque lectio. Præterea cum quis æs pro auro in pignus dedit, ſine diſtinctione traditum eſt, pignoris obligationem conſiſtere, l. 1. de pign. actio. quia cautionem aliquam habere quàm nullam præſtat. & magis expedit creditori: licet venditionem non manere, nonnunquã ipſius intersit.

Ex doli mali clauſula. Stipulatio dolo inita, ipſo iure nulla non eſt. l. dolo. C. de inutil. ſtipul. nec doluа vindicatur in ſtrictis iudiciis, ſi ius ipſum, id eſt, legẽ publicam ſpectemus. Quod accuratius à nobis demonſtratum eſt in cõmentario de in litem iurando. Proinde ſi ſciens promiſſor me fefellerit, ita demum actio mihi aduerſus eum datur eo nomine, ſi adiecta fuerit ſtipulationi doli clauſula, id eſt, dolum malum abeſſe, abfuturúmque eſſe. Arbitror & ſi omiſſa fuerit doli clauſula, iudicium de dolo (quod euerriculũ omnium malitiarum dicitur à Cicerone) adhuc ſupereſſe. l. & eleganter. §. non ſolum. ſupra de dolo.

XXIII. POMPONIVS LIB. IX. AD SABINVM.

SI ex legati cauſa, aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas, nõ aliter poſt mortem eius teneberis mihi, quàm ſi per te ſteterit, quo minus viuo eo, eũ mihi dares: quod ita fit, ſi aut interpellatus non dediſti, aut occidiſti eum.

Qui ex ſtipulatu Stichum debet, morte eius liberatur, ſi per eum non ſteterit, &c. l. ſi Stichus. 33. inf. Quod & in eo locum habet, qui Stichum in iudicio ſiſtere promiſit. l. ſi deceſſerit. qui ſatiſdar. cogunt. Idémque dicendum eſt, & ſi aliter amiſſus ſit, vel commercio exemptus, vt præſtari nequeat. l. argentum. commod. l. is qui alienum. infr. 50. Sed quæritur, an mortuo boue, qui debebatur ex ſtipulatione, vel ex teſtamento, ſaltem caro, & corium debeantur. Et certum eſt nihil omnino deberi, l. mortuo boue. 50. de legat. 2. quamuis in conditione furtiua aliud conſtitutum ſit. l. ſi ſeruus. §. boue. de condict. furt. not. in leg. ſi Stichus. infr. Nec multum referre puto, vt liberetur debitor ſpeciei certæ eiuſdem interitu, an ea conuentione debeatur, quæ tranſit in proprium nomen contractus necne. Nam ſi ſcyphos tibi dedi, vt mihi Stichum des, interitu Stichi liberaris. l. naturalis. §. ſed ſi ſcyphos. de præſcrip. verb. Nec præſcriptis in factum verbis aduerſus te experiri poſſum, vt mihi Stichum des: verum ad repetẽdos ſcyphos, quos dedi, tanquam cauſa non ſecuta, condictio mihi competit. l. vlt. de cond. cauſ. dat.

Hominem certum. Idem dicendum eſt, & ſi quis pecuniam certam, certóſve nummos promiſerit, puta qui in arca ſunt, &c. l. ſi certos. infr. 37. Si autem certa non ſit ſpecies, vel quantitas, nullus interitus debitorem liberare poterit. l. incendium. C. ſi certum petat. l. in ratione. §. incertæ. ad leg. Falcid. Nihil ergo refert, an quantitas, an res alia debeatur: ſed an res certa, an incerta debeatur, multum intereſt. Verum hoc cum quibuſdam exceptionibus accipiendum eſt, de quibus alibi nota, in l. quod te. ſupra de rebus cred.

Mora ex interpellatione quomodo [illegible]

Si interpellatus non dediſti. Poſt interpellationem igitur, qua debitor conſtituitur in mora, l. ſciendũ. l. mora. ſup. de vſur. ſi res debita perierit, non liberatur debitor, ſed aduerſus eum perpetuatur actio. l. ſi ſeruũ. inf. Sed hic exiſtit difficilis quæſtio, an, ſi interitu naturali perierit res, quæ penes creditorem fortaſſis erat eodem peritura, nihilominus poſt moram teneatur debitor ad æſtimationem. In qua quæſtione tres mihi caſus conſiderandi eſſe videntur. Primus eſt, cum exploratum eſt, aut ex veriſimilibus cõiecturis apparet, rem de qua agitur, eodem modo perituram fuiſſe, ſi reddita eſſet, nec ideo venditorem potuiſſe eam diſtrahere, precij lucrandi gratia, l. ſi plures. §. vlt. ſup. depoſi. l. ſi is qui Stichum. 57. ſup. de iure dot. l. ſi à domino. 39. ſi prædio. ſup. de petitio. hæred. vt puta, ſeruus erat ſenio confectus, quem quis ſe daturum promiſerat. Secundus caſus eſt, cum conſtat rẽ perituram eo caſu non fuiſſe, ſi reddita fuiſſet. Perit enim fortè ſeruus debitus, vel ruina, vel naufragio, &c. l. ſi cum exceptione. §. quod ſi homo. ſupra de eo quod met. cau. l. de. eo. §. ſi poſt ad exhi. l. item ſi verberatum. §. ſi ſeruus. ſup. de rei vind. Tertius caſus eſt, cum dubium, atque incertum eſt, an eodem modo periturus fuerit: vt puta quia febre aliqua viſitata occubuit. Et hoc caſu contra fruſtratorẽ interpretamur. perinde ac ſi certum eſſet, interiturum nõ fuiſſe. Atque ita mihi accipiendum videtur, quod hic dicitur, & in aliis locis ſimilibus, de morte ſerui. l. nemo rẽ ſuam. 82. inf. l. ſi in Aſia. § vlt. ſup. depoſ. Vnde reus in interdicto, *unde vi*, in dubio mortalitatem mancipiorum, ac pecorum præſtare dicitur. l. 1. §. rectiſſime. l. interdictò. ſup. de vi, & vi arm. Hinc etiam conſequitur, ſi fundus legatus poſt moram hæredis chaſmate perierit, hæredem non liberari. l. cum res. 49. §. vlt. de lega. 1. Nam legatarius fortè eum ſtatim diſtraxiſſet: itaque apud eum non periiſſet. Nam ille hiatus terræ inopinato accidit, nec deterret fundi emptorem, vt ſerui ætas, de qua iam diximus. Verum bonæ fidei poſſeſſor excipitur, quem conſtat abſolui, ſi res naturaliter interierit, ſecundum Pauli diſtinctionem, qua Proculianorum, & Caſſianorum opiniones conciliat. l. illud. de petit. hæred.

Aut occidiſti. Si culpa debitoris interierit res debita, aduerſus eum perpetuatur actio. l. qui ſeruum. l. ſi ſeruum. inf. l. quid ergo. §. ſi hæres. de leg. 1. Itaque ſi in odium debitoris alius occiderit, ita tenetur debitor, l. ſi merces. §. culpæ. ſupra locat. ſi aliqua eius culpa arguatur. l. pen. ſol. mat. Quod ſi facto creditoris interierit res, ipſius periculum eſt. l. legis. ſupr. ad leg. Aquil.

XXIIII. PAVLVS LIB. IX. AD SABINVM.

SEd ſi ex ſtipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, vt eo mortuo teneatur, niſi tutore autore, aut ſolus tutor interpelletur.

Moram facere non dicitur pupillus, niſi ipſe tutore autore, aut ſolus tutor, interpelletur. Et duplæ tamen ſtipulatione ſi tutor non appareat, pupillo etiam ſine tutoris autoritate poteſt denuntiari. Idque benignius receptum eſſe Trebatius ait, l. ſi dictum. §. vlt. 56. de euict. Nam interpellatio fere nocet debitori, vel propter periculum interitus, vel propter vſuras, &c. Sed cum in iudicio res agatur, & cauſam ſuam autoriſque ſui defendat emptor, nullum certum imminet periculum pupillo, cui denuntiatio facta eſt: fierique poteſt, vt quod ſæpius accidit, bonam cauſam habens vincat. Deinde non aliter fit hæc denuntiatio pupillo, quàm ſi tutor non appareat, nempe poſt diligentem emptoris inquiſitionem. Sic enim nos ſententiam Trebatij accipere oportet propter vtilitatem pupillorum. Sed & eadem vtilitas ſuadet, vt abſente tutore cognati, affines & amici pupilli requirantur & admoneantur. l. hæc autem. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.

XXV. POMPONIVS LIB. XX. AD SABINVM.

SI dari ſtipulet, id quod mihi iam ex ſtipulatu debeatur, cuius ſtipulationis nomine exceptione tutus ſit promiſſor, obligabitur ex poſteriore ſtipulatione, quia ſuperior quaſi nulla ſit exceptione obſtante.

Quæ ad huius legis explicationem pertinent, attigimus ſupra cap.18.

XXVI. VLPIANVS LIB. XLVII. AD SABINVM.

GEneraliter nouimus, turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti.

XXVII. POMPONIVS LIB. XXII. AD SABINVM.

VEluti ſi quis homicidium vel ſacrilegium promittat ſe facturum. Sed & officio quoque Prætoris continetur, ex huiuſmodi obligationibus actiones denegari.

Ex pacto turpi nulla actio eſt. Cum aliquid turpe & inhoneſtum promittitur, ſtipulationem nullius eſſe momenti conſtat: quia bonis moribus contraria eſt. Proinde officium Prætoris eſt, ex huiuſmodi ſtipulationib. actiones denegare. Idem & de iis dicendum eſt, quæ turpem cauſam, vel conditionem cõtinent, licet quod promittitur, fortaſſis turpe non ſit.l.ſi flagitij.infra.§.quod ex turpi. Inſtitut.de inutil.ſtipul.l.mercalem. C. de condict. ob turp.cauſ. l.Iuriſgentium.§.ſi ob maleficium.de pact. Sunt tamẽ qui putent has valere quidem ipſo iure, ſed agentem doli exceptione repellendum eſſe. Et hanc ſententiam ſuam verbis Pauli confirmant ſub titul.de condict.ob turp.cauſ. Si ob turpẽ cauſam promiſeris Titio, quamuis ſi petat, exceptione doli mali, vel in factum ſummouere eum poſſis, tamen ſi ſoluerit, non poſſe te repetere, &c.l.pen. Quod ſane verum eſſe exiſtimo, cum id, quod pro cauſa vel conditione poſitum eſt, non prohibetur, nec vindicatur iure ipſo, id eſt, iure ciuili, & legibus: ſed quia cõtrarium eſt bonis moribus, improbatur, vt ſi quis meretrici aliquid libidinis cauſa promiſerit.l.4.de condiction.ob turp.cauſ.

Si ſtipulatus hoc modo fuero, *Si intra biennium Capitolium non aſcenderis*, *dari?* non niſi prætetito biennio, recte petam.

Hæc verba, *Si in Capitolium non aſcenderis*, ambigua ſunt. Poſſunt enim ſic accipi, vt ſi non aſcẽderit, cum primum potuerit, committatur ſtipulatio. Poſſunt & ita accipi, cum certum fuerit, promiſſorem amplius aſcendere non poſſe. Sed nos contra ſtipulatorem interpretamur.l.Quicquid adſtringẽdæ. 69.infra. l. ſtipulatio iſta.§.in ſtipulationibus.§. ſi quis ita ſtipuletur. Inſtit.eo.tit. Qua de re accuratius infra tractaturi ſumus.l.ita ſtipulatus.

XXVIII. PAVLVS LIB. X. AD SABINVM.

SI rem tradi ſtipulamur, nõ intelligimus & proprietatem eius dari ſtipulatori, ſed tantum tradi rem.

Tradere, eſt rem ita alicui porrigere, vt eam apprehendat. Dare autem, eſt dominium transferre.l.vbi autem.75 §.vlt.infr.§.ſic itaque.Inſtit. de action. Qui tamen tradere promittit, aliquando non nudum factum promittere intelligitur, ſed cauſam bonorum, ita vt fructus poſt ſtipulationem capti, ex ſtipulatione debeantur. Quod tum accidit, cum non ſimpliciter de tradanda re, ſed de vacua poſſeſſione tradenda, actum eſt.leg.in conuentionalibus.52 §. vlt. infra.l. 3. de act. empt.l.ſi ſtipulatus.de vſur.

XXIX. VLPIANVS LIB. XLVI. AD SABINVM.

SCire debemus, in ſtipulationibus tot eſſe ſtipulationes, quot ſummę ſunt, tótque eſſe ſtipulationes quot ſpecies. Secundũ quod euenit, vt mixta vna ſumma, vel ſpecie, quæ non fuit in pręcedenti ſtipulatione, non fiat nouatio, ſed efficiat duas eſſe ſtipulationes. Quamuis autem placuerit tot eſſe ſtipulationes, quot ſummæ, tótque eſſe ſtipulationes, quot res: tamen ſi pecuniam quis, quæ in conſpectu eius eſt, ſtipulatus ſit, vel aceruũ pecuniæ, non tot ſunt ſtipulationes, quot nũmorum corpora, ſed vna ſtipulatio. Nam per ſingulos denarios ſingulas eſſe ſtipulationes abſurdum eſt. Stipulationem quoque legatorum conſtat vnam eſſe, quãuis plura corpora ſint, vel plura legata. Sed & familię, vel omniũ ſeruorũ ſtipulatio vna eſt. Idemque quadrigę, aut lecticariorum ſtipulatio vna eſt. At ſi quis *illud & illud* ſtipulatus ſit, tot ſtipulationes ſunt, quot corpora.

Cum plura corpora, aut ſummæ deducuntur in ſtipulationem, quæritur an ſtipulatio vna tantum dicenda ſit, quod vna ſit verborum conceptio: an vero plures, quod plures ea conceptione res contineantur? Et dicendum eſt, ſi plures res, aut ſummæ ſpecialiter exprimantur, plures ſtipulationes eſſe l.quod dicitur.86. infra.

Secundum quod euenit. Si quis promiſerit decem, deinde decem, & quinque: dubitari poteſt, an poſteriore ſtipulatione prior nouata ſit. Nam iure veteri, cui derogauit Iuſtinianus conſtitutione ſua,l. vlt.Cod. de nouat. intelligebatur nouatio fieri, cum poſterior ſtipulatio aliquid amplius, quam prior continebat. l. qui vſumfructum. 58. infr. Et ſanè ſi hic vna tantum ſtipulatio eſſe diceretur, qua quindecim continerentur, nouatio videretur eſſe facta. Sed quia plures ſummas ſpecialiter expreſſas continet, tot ſunt ſtipulationes, quot ſummæ. Nec vlla eſt harum ſtipulationum, quæ plus, quam prima ſtipulatio, contineat.

Quamuis autem. Si quis ſtipuletur aceruum pecunię, aut legata teſtamento relicta, vna tantum ſtipulatio eſt, quamuis multi ſint nummi, ac multæ res legatæ: quia nulla hic eſt ſpecialis rerum deſignatio. Cum ergo pluribus rebus nominatis, & expreſſis ſubiicitur generalis ſtipulatio, *ea omnia quæ ſupra ſcripta ſunt dari*, tot ſtipulationes eſſe intelligunt, quod ſunt res:l. Titia. 134.§.vlt.l.pluribus.infra.140.quia verum eſt, res ſingulas à cõtrahẽtibus expreſſas eſſe, ſi minus ſtipulatione,

faltem

Digitized by Google

ſaltem pacto, cui ſubiecta eſt ſtipulatio, quodque ſtipulationi ineſſe creditur. l. lecta. ſup. de reb. cred. Alia cauſa eſt rerum legatarum, quas certum eſt nullo modo à contrahẽtibus exprimi, quamuis ſtipulationẽ referẽdo ad teſtamentum, plures res legatas eſſe appareat.

Dubitatum etiam fuit, apud veteres de hac ſtipulatione, *annua, bima, trima die dari*, d. l. pluribus. Sed hoc ſuo loco explicabitur. Illud videndum eſt, quid referat pluréſue ſtipulationes ſint, an vna tantum ſtipulatio. Et ex his, quæ iam diximus, de nouatione, perſpicuum eſt, multum referre. Item ſi quis ſtipulanti Stichum, promittat Stichum, & Pamphilum: ideo reſponſionis diuerſitas non nocet, quia duæ ſtipulationes contractę eſſe intelliguntur, quarum vna vtilis eſt, altera inutilis, nec vtilis per inutilem vitiatur. l. 1. §. ſed ſi mihi. ſupra. Sed & ſi quis à venditore ſerui ſtipuletur, furem non eſſe, fugitiuum non eſſe, erronem non eſſe. &c. ſæpius agi poteſt, ad duplam, quod plures ſtipulationes ſint, vt Vlpianus ait, l. quia dicitur. de euict. 32. De venditione autem interdum idem, quod de ſtipulatione dicitur, vt euicta ſcilicet re vna, aut redhibita, rata maneat in ceteris venditio. Sed vidẽdum eſt, quid actum ſit, & num fortaſſis emptor non niſi ſimul omnes res empturus fuerit. Ac voluntas ex pretio, vel confuſe in res vniuerſas definito, vel in ſingula capita diſtincto, aut ex aliis coniecturis, argumentiſque colligitur. l. cũ plures. 72. de euictio. l. ſi duos. 44. de contrah. empt. l. cum duo. de in diem addict. l. cum ejuſdem. 34. & ſeq. l. Ædiles aiunt. §. vlt. de ædil. edict. Verum vtcunque ſenſerint contrahentes, de ſingulis rebus ſeparatim facile agi permittitur, ſi plures res cõtractu cõtineantur, quoniam in ratione & modo agendi, magnum incommodum non eſt. l. & ſi vno. de act. emp. l. in commodato. §. duabus. commodat.

De donationibus etiam tractari ſolet, propter inſinuationem: ſed alius eſt locus huic diſputationi magis idoneus. l. ſancimus. §. ſi quis autem. Cod. de donat. ſicut & de legatis, de quibus ſatis diffuſe alibi diſſeritur. l. 2. 4. 5. 6. de legat. 2.

Si à fure hominem ſim ſtipulatus, quæſitũ eſt, an ſtipulatio valeat? Mouet quęſtionem, quod ſtipulatus hominem plerunque meũ videor: non valet autem huiuſmodi ſtipulatio, vbi quis rem ſuam ſtipulatus eſt. Et conſtat, ſi quidem ita ſtipulatus ſim, *Quod ex cauſa condictionis dare facere oportet?* ſtipulationem valere. Si vero hominem dari ſtipulatus fuero, nullius momẽti eſſe ſtipulationẽ. quod ſi poſtea ſine mora deceſſiſſe proponatur ſeruus, non teneri furem condictione, Marcellus ait. Quandiu enim viuit, condici poterit. At ſi deceſſiſſe proponatur, in ea conditione eſt, vt euaneſcat condictio propter ſtipulationem.

Rem ſuam nemo ſtipulatur.

Quamuis nemo poſſit rem ſuam vtiliter ſtipulari, l. nemo rem ſuam. 82. infra. & l. ſi rem meam. 31. tamen ſi quis ſtipulatus fuerit à fure non ſimpliciter, ſed relata obligatione ad id, quod ex cauſa condictionis furtinæ dare eum oportet, valebit ſtipulatio. Sicut enim vtilitatis cauſa receptum eſt, quo pluribus actionibus teneantur fures, vt dominus rei ſurreptæ aduerſus furem ad dandũ agere poſſit: §. ſic itaque. Inſtit. de actio. ita eius actionis exemplo hæc ſtipulatio defenditur. Sed cur nõ ſimiliter concipitur ſtipulatio, vt intentio actoris, qui, vt diximus, rectè intendit rem ſurreptam ſibi dari oportere? d. §. ſic itaque. Reſpondeo, ſtipulationem ſine vllo incommodo ita concipi poſſe, *quod ex cauſa furtiua mihi dari oportet.* Sed hoc de intentione actoris, quæ petitur, ſpecialiter deſignari & exprimi debeat, vt cognoſcat reus cedendumne, an contendendum ei ſit. leg. ſi in rem. de rei vin. leg. 1. de eden. vbi not.

Ut euaneſcat condictio. Si ſtipulatio, de qua hic diſſerimus, nouaret, dubitare poſſet nemo, quin promiſſor interitu Stichi, ante moram liberaretur. l. parui. de condict. furt. Sed hic locus de ſtipulatione nouante intelligi non poteſt, cum hic dicatur, furtiuam condictionem, quãdiu viuit ſeruus, competere. Hæc igitur ſtipulatio, tametſi non nouet præcedentem obligationem, tamen ad purgandam moram plurimum momenti habet. l. ſi Stichum. de nouat. modo præſens ſit res, quæ promittitur. In eadem enim cauſa res eſt, ac ſi oblata eſſet. l. qui decem. 72. de ſolut. cum præſertim videatur omiſſa eſſe debiti repetendi inſtantia, quod ad purgandam moram ſufficit. l. mora. de vſuris.

XXX. IDEM LIB. XLVII. AD SABINVM.

Sciendum eſt generaliter, quod ſi quis ſcripſerit, ſe fideiuſſiſſe, videri omnia ſolemniter acta.

Fideiuſſio ſine verbis nulla.

Cum fideiuſſio ſine verbis nulla ſit, l. 5. §. ſatiſacceptio ſup. l. blanditus. C. de fideiuſ. ſatis conſtat, ſi ſcriptum ſit, aliquem fideiuſſiſſe, omnia ſolenniter acta intelligi, id eſt, ſine quibus nemo fideiubere dici poteſt. §. vlt. Inſtit. de fideiuſſ. Idemque traditum eſt, & ſi ſcriptum ſit aliquem promiſiſſe, aut ſpopondiſſe. l. Titia. §. idem reſpondit. infra. §. ſi ſcriptum. Inſt. de inutil. ſtip. Qua de re alio in loco opportunius. Sed notandum eſt, hoc ita accipiendum eſſe, niſi contrarium probetur. l. iuris gentium. § quod ferè de pact. Nam & ſi quis ſcripſerit, ſe promiſiſſe, aut fideiuſſiſſe, niſi res inter præſentes acta ſit, non valebit ſtipulatio, aut fideiuſſio, quę inter abſentes contrahi non poteſt. l. 1. C. de contrah. & commit. ſtip. Quod autem vulgo dicitur, ſi pro teſtimonio dictum ſit aliquem promiſiſſe, non ad ſtipulationem, ſed ad nudam conuentionem potius, hoc verbum referendum eſſe, mihi non admodum probatur. Nec Antonini reſcriptum, quod ſententiæ ſuæ confirmandæ gratia adducunt, multum ad rem pertinet. l. C. 1. de vſur. Quęrebatur enim ab Antonino, an vſurarum obligatio ſcripturam requireret, ſicut ſtipulationem. Et reſpondet, abſque ſcriptura, & inſtrumento valere, ſi interrogatione præcedente promiſſio vſurarum rectè facta probetur. Sola enim ſtipulatio abſq; ſcriptura ſufficit. Quomodo autem probari poſſit interrogationem præceſſiſſe, & reſponſionem ſecutam eſſe, non docet Antoninus. Et arbitror non multum referre, an in cautione, ſeu inſtrumento ſcriptum extet, Titium promiſiſſe: an verò id præſentibus teſtibus confeſſus ſit. Boni tamen iudicis eſt, interrogare teſtes, de modo & forma conuentionis initæ, ſi fortè pro teſtimonio dicant, ſe præſentes fuiſſe, cum Titius ſe daturum promiſit, &c. Eſt enim quæſtio facti magis, quam iuris, quę prudentis arbitrium iudicis magnopere deſiderat. Dixerit aliquis, Cur non æque venditio valet, ac ſtipulatio, cum in tabulis ſcriptum eſt, Titium Sempronio illam rem vendidiſſe, ſi pretium definitum non ſit? Nihilo enim magis emptio, ſine pretio, quam ſtipulatio ſine verbis conſiſtit. Se reſpondeo in venditione cõtrahenda, non ſatis eſſe, ſi de pretio conueniat,

Venditio [illegible]

niſi certum pretium definiatur. §. item pretium. Inſtit. de em. pt. & vend. Nec ex verbis inſtrumenti modus & quantitas pretij cognoſci poteſt. Ea ſiquidem interueniſſe præſumimus tantum, quæ verbis ſignificantur.

Ex iam dictis perſpicuum eſt, ſi ſcriptum ſit, aliquem à pupillo emiſſe, auctoritatem tutoris, & cætera ſolennia interueniſſe non præſumi: l. quæcunque. §. vlt. de public. quia ad emptionis ſubſtantiam ea minime neceſſaria ſunt. quamuis propter pupilli perſonam his omiſſis emptio non teneat. Sunt qui dicant, ex diuturnitate temporis omnem ſolennitatem præſumi. l. ſi filius. C. de per. hære. l. qui in aliena. §. 1. de acquir. hære. Quod ita verum eſſe puto, vt iudicantis tamen religio non ad eam ſolam præſumptionis ſpeciem alligetur. arg. l. 3. de teſtib. Eſt enim coniecturalis hæc quæſtio, in qua iudicis prudentia dominatur, nec vlla iuris auctorum conſtitutione in vniuerſum ſatis commode definiri poteſt. arg. l. mora, de vſuris.

Solennitas ex diuturnitate temporis præſumitur.

XXXI. POMPONIVS LIB. XXIIII. AD SABINVM.

SI rem meam ſub conditione ſtipuler, vtilis ſtipulatio eſt, ſi conditionis exiſtentis tempore mea non ſit.

Si quis ſtipuletur rem ſuam dari, inutiliter ſtipulatur, quia dari ei non poteſt. §. ſic itaque. Inſtit. de actio. Quod & tum locum habet, cum quis ſimpliciter ſtipulatur, vtputa, *promittis mihi Stichum?* l. ſi ita diſtrahatur. 25. de contrah. emp. Nam ſimplex ſtipulatio, quia de re ipſa, non de eius poſſeſſione concepta eſt, non de tradenda aut reſtituenda re, ſed de ea potius danda accipietur. Valet tamen ſtipulatio rei meæ, ſi ſub conditione ſtipuler, & tempore exiſtentis cōditionis mea non ſit. Hic enim conditionis exiſtentis tempus inſpicimus, licet alias eius temporis, quo ſtipulatio contracta eſt, magis habeatur ratio. Sed de hoc infra copioſius. l. ſi filiusfam. 78. l. inter ſtipulantem. §. ſacram. l. exiſtimo. 98.

XXXII. VLPIANVS LIB. XLVII. AD SABINVM.

SI in nomine ſerui, quem ſtipularemur dari, erratum fuiſſet, cum de corpore cōſtitiſſet, placet ſtipulationem valere.

Vt valeat ſtipulatio, ſufficit in corpore de quo agitur, conſenſum fuiſſe: nec error in nomine rei promiſſæ obeſt. Quod accipiendum eſt, non de nomine communi, quod quaſi naturali quodam hominū conſenſu rei inditum eſt, ſed eo nomine, quod hominis cuiuſque arbitrio, vel imponitur rei, vel mutatur. Nam ſi is qui vult promittere ſeruum, promittat liberum, credens eo verbo ſeruum ſignificari, non valebit ſerui ſtipulatio, cum nę tale quidem legatum valeat. l. 4. de leg. 1. Cum enim hæc vocabula rerum, immutabilia certáque ſint, pendeátque eorum ſignificatio, non ex cuiuſque hominis arbitrio, & voluntate, ſed ex longo vſu, & conſuetudine loquendi inter homines recepta: l. Labeo. de ſupel. leg. ferenda non eſt ſtultitia eius, qui in eorum verborum ſenſu erraſſe dicitur. Recte igitur ac vere Pōponius Marcellus Tiberio Cæſari aliquando dixit, Hominibus Barbaris ciuitatem Romanam dare potes, nominibus autem Barbaris, non potes: vt ſcribit Suetonius in lib. de Claris Grāmaticis & Oratoribus.

XXXIII. POMPONIVS LIB. XXV. AD SABINVM.

SI Stichus certo die dari promiſſus, ante diem moriatur, non tenetur promiſſor.

Quæ pertinent ad huius loci explicationem, tractata ſunt cap. 23.

XXXIIII. VLPIANVS LIB. XLVIII. AD SABINVM.

MVltum intereſt, vtrum ego ſtipuler rē, cuius cōmercium habere non poſſum, an quis promittat. Si ſtipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem eſſę ſtipulationem placet: ſi quis promittat rem, cuius commercium non habet, ipſi nocere, non mihi.

Quædam res à commercio hominum omnino exemptæ ſunt, vt res ſacræ, & religioſæ, de quibus infra dicemus. l. inter ſtipulantem. §. ſacram. Aliæ in commercio certarum perſonarum non ſunt: vt exempli gratia, prædia Italica in commercio peregrinorum non ſunt, niſi quibus commercium datum eſt, vt ſcribit Vlp. in reliquiis Inſt. tit. de dom. & acq. rer. Pone igitur, ciuem à peregrino, aut peregrinum à ciue ſtipulatum eſſe, an hæc ſtipulatio valeat, quæritur. Et Vlpia. hic diſtinguit. Nam ſi peregrinus ſtipuletur à ciue, inutilis eſt ſtipulatio: ſi verò ciuis à peregrino, valet. Huic non diſſimile eſt, quod de ſeruitutum acquiſitione alibi ſcriptum eſt. Etſi enim prædium non habens, ſeruitutem vtiliter promittat, l. hęredes. §. an ea. famil. erciſc. tamen prædium non habenti inutiliter promittitur. l. 1. commu. præd. Sed & eadem diſtinctio de legato tradita eſt à Paulo, refutata Trebatij opinione. l. mortuo. 50. §. Labeo. de leg. 2. At in fideicommiſſis benignior interpretatio recepta eſt: vt debeatur æſtimatio, cum res præſtari non poſſit. l. filiusfamilias. §. ſi quid alicui. de leg. 1. l. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. de leg. 3. Atque ita accipiendum eſt quod Vlp. ait c. 4. de l. 1. Sed ſi res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei (cui ius poſſidendi non eſt) per fideicommiſſum relinquatur, puto æſtimationem deberi. Quo in loco legatarius accipitur pro fideicommiſſario, ſicut alibi legatum pro fideicommiſſa. d. §. ſi ſeruo. Idque ego plenius demonſtraui, & accuratius ad librum de legatis.

Sacra res aut religioſa non ſunt in commercio.

XXXV. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM.

SI ſtipuler, vt id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio conſiſtit, quàm cum ſtipulor, vt id detur, quod dari non poteſt: niſi per quem ſteterit, quo minus facere id poſſit. Item quod leges fieri prohibēt, ſi perpetuam cauſam ſeruaturum eſt, ceſſat obligatio: veluti ſi ſororem nupturam ſibi aliquis ſtipuletur. Quanquam etiam ſi non ſit perpetua cauſa (vt accidit in ſorore adoptiua) idem dicendum ſit, quia ſtatim contra bonos mores fit.

De ſti.

De ſtipulationibus ante tractatum fuit, quibus conditio impoſſibilis adſcripta eſt, l. impoſſibilis. Hic autē de his diſſerit Paulus, quibus aliquid impoſſibile principaliter continetur, & an huiuſmodi ſtipulationem inutilem eſſe, vt ſi quis Stichum, qui mortuus eſt, promittat: quod dubitationem non habet. l. ſi homo mortuus. infr. 69. Si vero impoſſibilis ſit effecta præſtatio rei promiſſæ culpa promiſſoris, non ideo minus obligabitur. l. ſi ſeruum. 91. §. vlt. infra. l. 2. §. quod diximus. ſupra ſi quis caut.

Item quod leges. Nihil refert, an natura, an lex aliquid fieri prohibeat. Ea ſiquidem dicimur facere non poſſe, quæ iure non poſſumus. l. filius ſupra de condit. inſtit.

Contra bonos mores. Quamuis diſſoluta adoptione per emancipationem ſororem adoptiuam ducere liceat: tamen pudor & boni mores vetant, quandiu ſoror eſt, de ea ducenda cogitare.

Si in locando, conducendo, vendendo, emendo ad interrogationem quis non reſponderit, ſi tamen conſentiatur in id quod reſponſum eſt, valet quod actum eſt: quia hi contractus, non tam verbis, quàm conſenſu confirmantur.

Differentia hic traditur inter ſtipulationem & alios contractus, puta locationem, venditionem, &c. Nam ſtipulatio interrogatione præcedente, & reſponſione congrua ſequente contrahitur. l. obligamur. ſupr. de oblig. & act. Hi autem contractus conſenſum ſolum deſiderant, ſine vlla interrogatione ac reſponſione. Quāobrem ſi in locando, conducendo, emendo, vendendo, interrogatus reſponderit quidem, ſed non ad interrogationem, aut vt Græci loquuntur, [illegible] valebit nihilominus contractus, modo cōſentiatur in id quod reſpōſum eſt. l. de ætate ſup. de interrog. act. Et hic mihi videtur ſenſus eſſe horum verborum: quem qui non perceperunt, mirantur & dubitant, cur hic Paulus initio reſponſum non fuiſſe interroganti, deinde reſpōſum eſſe ait: nec animaduertunt, his verbis ſignificari, reſpōſum quidem fuiſſe, ſed non ad interrogationem. Quo genere loquendi vſus eſt Paulus infra, c. 83. l. inter ſtipul. Atque hinc factum eſt, vt quidam ceteris audacior, ſic legendum eſſe contenderit, Si tamen conſentiatur in id, quod reſponſum non eſt.

XXXVI. VLPIANVS LIB. XLVIII. AD SABINVM.

SI quis, eum aliter eum conueniſſet obligari, aliter per machinationem obligatus eſt, erit quidem ſubtilitate iuris obſtrictus, ſed doli exceptione vti poteſt. Qui enim per dolum obligatus eſt, competit ei exceptio. Idem eſt, etſi nullus dolus interceſſerit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe dolum habet. Cum enim quis petat ex ea ſtipulatione, hoc ipſo dolo facit, quod petit.

Obligatus per dolum habet exceptionem.

Huius capitis explicandi gratia, hypotheſis ſic fingēda videtur: Cōuenerat inter nos, vt tibi promitterem centum ex cauſa donationis, ſiue remunerationis alicuius, non pure, ſed ſub conditione ſi nauis in portum appulerit, quia ſperabam appulſa naui me pecuniam conſecuturum. Tu decipiendi mei cauſa falſo affirmaſti nauem in portu eſſe. Itaque mihi incauto homini, & nimis credulo facile perſuaſiſti, vt conditionem eam, in contrahenda ſtipulatione, quaſi ſuperuacaneam, omitterem. Stipulatio igitur pure concepta eſt, & conſcriptæ tabulæ: quæritur, an hæc ſtipulatio valeat? Et dicitur valere quidem ipſo iure, qui lex Romana, quæ ipſum ius dicitur, ſtipulationem propter dolum admiſſum, non infirmat, vt docuimus in Commentario de in litem iurando. Verum prætor æquitate motus, doli exceptionem dat, quis ex ſtipulatu agens ſummoueatur. Sed nonne conditio, de qua actum fuiſſe proponitur, repetita in ſtipulatione præſumenda eſt, vt doli exceptione nihil opus ſit? leg. Titia. §. idem reſpondit. infra. Reſpondeo, hic præſumptioni, & coniecturæ locum non eſſe, cum nulla ſit voluntatis quæſtio. l. continuus infra. Non enim obſcurum eſt, an actum ſit inter contrahentes, vt conditionalis eſſet promiſſio, necne. Sed conuenit inter eos, ſerio promiſſorem dixiſſe, vt ſtipulatio pure conciperetur, quod veram dixiſſe ſtipulatorem crederet. Itaque cum voluntate contrahentium omiſſa ſit conditio, nullum ſupereſt auxilium, præter exceptionem doli.

Præſumptio non eſt, niſi ſit voluntatis quæſtio.

Qui enim per dolum obligatus eſt. Stipulatio igitur dolo malo inita, ſi ius ciuile, & leges populi Romani ſpectemus, nulla non eſt, quia veteribus legibus, ante Caium Aquilium Gallum non vindicabatur dolus in contrahendo admiſſus, niſi in iis iudiciis, in quibus Ex fide bona addebatur. Cicero lib. 3. Offic. Sed iure prætorio, propter exceptionem doli, vel de dolo actionem, ſtipulatio inutilis, & in efficax redditur. l. nihil intereſt. de reg. iur. l. dolo. C. de Inutil. ſtip. Itaque hodie inter cōtractus bonæ fidei, & ſtricti iudicij, non multum intereſſe videtur, niſi quod in ſtrictus conteſtatio exceptionis in initio litis neceſſaria eſt. l. præſcriptionem. ſi quidem Cod. de except. Nā ſi quis dolo alterius contraxit, alias non cōtracturus, irritus omnino erit contractus, non tantum bonæ fidei, ſed etiam ſtricti iudicij. Sed in ſtrictis iudiciis opponenda eſt exceptio, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur. Qua exceptione oppoſita, iudex cōtractum infirmat. l. 3. pro ſoc. l. eleganter. de dolo. l. in cauſæ. de minor. Sin autem quis alias contracturus erat, tametſi dolus non interueniſſet, ratus quidem erit contractus, tam bonæ fidei, quàm ſtricti iudicij, ſed de contractu agetur ad id quod intereſt, &c. ſi ſit cōtractus bonæ fidei: ſi ſtricti iudicij, actio de dolo dabitur. l. & eleganter. §. non ſolum. de dolo. l. Iulianus. de act. empt. Item aduerſus agentem doli exceptio interdum competit, vt in ſpecie, quam hic tractamus, in qua corrigitur dolus, quatenus dolo peccatum eſt. Eſt autem pure concepta ſtipulatio quæ ſub conditione concipi debuit. Ac in ſumma notandum eſt, in omnibus contractibus, ſiue ſint bonæ fidei, ſiue ſtricti iudicij, eatenus corrigi dolum debere quatenus dolum factum eſt, vt non aliter à contractu recedatur, quam ſi in hoc quis circumſcriptus ſit, vt contraheret. d. l. & eleganter.

Ipſa res in ſe dolum habet. In propoſita hypotheſi quæritur, ſi falſo perſuaſum eſt vtrique nauem veniſſe in portū, abſque dolo, aut machinatione ſtipulatoris, ideoque conſenſi. promiſſor, vt ſtipulatio pure conciperetur. Et ait Vlpia. eodem modo promiſſori ſuccurrendum, vt ſcilicet ei aduerſus ſtipulatorem ſtatim agentem, detur exceptio doli. Nam licet dolum non admiſerit in contrahenda ſtipulatione, tamen hoc ipſo dolo facit, quod ſciens & prudēs aduerſus id quod actum eſt, petit. Æquitas enim non patitur, vt contra voluntatem ſuam promiſſor, ante nauis appulſum conueniatur. Nec multum referre arbitror, quæ ſit quantitas & modus damni accepti à promiſſore. Et quod alibi ſcriptum eſt de dimidia iuſti pretij, ad hanc rem non pertinere, verius eſt. l. 2. C. de reſcin. vend. Cum enim venditor in contrahenda venditione, rem venditā minoris vendidit, aut emptor pluris emit, quamuis lex ei ſuccurrat ob immodicam læſionem, non ideo tamē vllus aduerſarij dolus arguitur. Hic autem ſtipulator

dolo carere dici non poteſt, qui hoc actum fuiſſe intelligit, quamuis errore quodam expreſſum non fuerit, vt promiſſor ante nauis appulſum non teneatur. Sed quęri poteſt, quantam oporteat lęſionem eſſe, vt venditio, quæ bona fide contracta eſt, reſcindatur. Et animaduertendum eſt, naturaliter licere, emeodo, & vendendo contrahentibus inuicem ſe circumſcribere, id eſt, rem quæ minoris eſt, pluris vendere, aut quæ pluris eſt, minoris emere. Nã tametſi æqualitas in commerciis ſeruari debeat, tamen natura nos docet, ea eſſe hominum vitia, vt nimis exacta eius æqualitatis obſeruatio, plurima atque maxima Incommoda pariat. l. in cauſæ. de mino. l. item ſi pretio. locat. ff. Veruntamẽ vtile viſum fuit iuris auctoribus certam quantitatem definire, ad quam vſque hæc circumſcriptio permittatur. Diocle. autẽ de circumſcripto venditore conſultus reſcripſit, ita demum ei ſuccurendum, eſſe ſi nec dimidiam quidem partem iuſti pretij acceperit. l. 2. C. de reſcin. ven. l. ſi voluntate. eo ti. Quare ſi fundus venditus valeat decem aureos, & venditor pretij nomine, quatuor tãtum aureos acceperit, ratus non erit contractus: quia verum eſt, eum ne dimidiam quidem partem pretij accepiſſe. De emptore circumſcripto nihil ſcriptum in iure ciuili comperimus. Nam reſcriptum Diocletiani, lex, conſtitutiove non eſt: alioqui generaliter conſtituendum ab eo fuiſſet, nec de venditore tantummodo loquendum. Reſcripta namque huiuſmodi, certarum cauſarum ac perſonarum erant, quæ Iuſtinianus in ſuũ Codicem cogeſſit, pro legibus haberi generalibus voluit. Proinde quod de venditore à Diocletiano reſcriptum eſt, ad emptorem ita producere neceſſe eſt, vt inter emptorem & venditorem æqualitas, & proportio ſeruetur. Ieque vt commodius facere poſſimus, ex ea hypotheſi facienda eſt, & generaliter conſtituendum, ei qui ita deceptus eſt, vt ne dimidium quidem acceperit eius, quod dedit, ſiue eius, quod accipere debuit, ſubueniendũ eſſe. Vel ita, Quoties id, quod datur, altero tanto amplius eſt quam quod accipitur, &cæt. Quamobrem ſi ponamus, inuerſa ſpecie, mercem valere 4. pretium eſſe 10. dubitandum non eſt, quin ſuccurratur emptori: quia verum eſt, eũ altero tanto amplius dare quam accipiat, & ne dimidi[illegible] quidem eius, quod dat, accipere. Quod ſi ponas pretium eſſe ſeptem, aliud dicendum erit, quia hic non dat emptor altero tanto plus, quam accipiat. Item ſi ponamus, mercem valere decem, & emptorem pretij nomine dediſſe viginti, nõ reſcindetur venditio, quia verum eſt eum dimidiam partem accepiſſe eius, quod dedit, quodque acciperet: ſi æqualitas in commerciis exacte ſeruaretur. Quod ſi vnum & viginti dederit emptor venditori, tunc deceptionis ratio habebitur, cum ne dimidium quidem acceperit. Sunt qui exiſtiment, emptori etiam tunc ſuccurrendum eſſe, cum ſexdecim ſoluit venditori: quoniam par eſt eius iactura, & venditoris, qui ab emptore quatuor accepit: vtriq. n. abſunt ſex aurei. Sed illi non animaduertunt, magis decipi eum qui dat decem pro quatuor, quam qui dat viginti pro decem, eandémque eſſe proportionem viginti ad decem quæ eſt decem ad quinque. Ac certum eſt, ei non ſuccurri, qui decem pro quinque dedit, quod tunc dimidium accepiſſe dicatur. Ex quo enim ſequens eſt, ne eius quidem rationem habendam eſſe, qui viginti dat, & decem accipit. Si cui autem iniquum videatur, & abſurdum cum vterq; ſex aureos amiſerit, vtrique pariter non ſuccurri, is cogitet velim ac animaduertat, grauitatem damni, in quaq; ſpecie ex eo, quod mutuo datur & accipitur, æſtimandam eſſe. Ex quo fit interdum, vt facilius ei ſuccurratur, cui minus, quam ei, cui plus abeſt. Exempli loco, Titius rem valentem 10. vendidit 4. Sempronius rem valentem 20. vendidit 10. Hic ſuccurritur Titio, cuius damnum eſt ſex tantũ, non Sempronio, cuius damnum eſt, decem.

XXXVII. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM.

SI certos nummos, puta qui in arca ſunt, ſtipulatus ſim, & hi ſine culpa promiſſoris perierint, nihil nobis debetur.

Huius capitis explicatio ex c. 23. petenda eſt. Vnum tamen hic eſt notandum, quod vulgo dicitur de diſcrimine quantiatis & ſpeciei, valde alienum eſſe à more loquendi veterum iuris auctorum, qui rem certam ab incerta, non ſpeciem à quantitate diſcernere, ac diſtinguere ſolent. l. in ratione. §. incertæ. ad l. Falcid. Cum ergo quæritur, an intercempta, vel amiſſa re debita, liberetur debitor: reſpondendum eſt, ſi res certa debeatur, etiam ſi in quantitate cõſiſtat, debitorem, liberari vt ſi quis promiſerit Stichum vel centum, quæ in arca ſunt: ſi res incerta, etiam ſi in quantitate non conſiſtat, debitorem non liberari, vt ſi quis promiſerit centum, hominem. d. §. incertæ. l. incendiũ. C. ſi cer. pet Ex quo apparet, certum hic aliter accipi, quam in ſtipulationum diuiſione, quæ poſtea ſequitur. l. ſtipulationum.

XXXVIII. VLPIANVS LIB. XLIX. AD SABINVM.

STipulatio iſta, *Habere licere ſpõdes?* hoc cõtinet, vt habere liceat, nec per quẽ quã omnino fieri, quominꝰ liceat nobis habere. Quæ res facit, vt videatur reꝰ promiſiſſe, per omnes futurũ, vt tibi habere liceat. Videtur igitur alienũ factũ promiſiſſe. Nemo aũt alienum factum promittendo obligatur, & ita vtimur: ſed ſe obligat, ne ipſe faciat, quo minus habere liceat. Obligatur etiam ne hæres ſuus faciat, vel quis ceterorum ſucceſſorũ efficiat, ne habere liceat. Sed ſi quis promittat per alium non fieri præter hæredem ſuum, dicendum eſt, inutiliter eũ promittere factum alienũ. At ſi quis velit factũ alienum promittere, pœnam, vel quanti ea res ſit, poteſt promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controuerſiam faciat, hoc eſt, neque ipſe reus, neque hęredes eius, hęredúmve ſucceſſores.

Hic incipit diſputatio ſatis prolixa, de ſtipulatione, *habere licere*, quæ priſcis temporalibus viitatiſſima fuit, præſertim in contractu emptionis & venditionis vt conſtat ex Marco Varrone lib. 2. de Re ruſtica. Nã emptor à venditore ita ſtipulatur, Fundum illum habere licere mihi ſpondes? id eſt, futurum, vt mihi habere, & obtinere liceat. Itaque hanc ſtipulationem partim valere partim non valere Vlp. hic docet. Nã quatenus de ſe promittit, obligatur promiſſor, etiam hæredum ſuorum, & ſucceſſorum nomine. Quatenus autem promittere videtur, per quoſcunque alios futurũ: vt emptori habere liceat, ſtipulatio tãquam alieni facti inutilis eſſe intelligitur. Sciendum tamen eſt, eum qui promittit generaliter habere licere, non ſimplex abnutiuum ſpondere, ſed curaturũ ſe, vt habere liceat. l. inter ſtipulantem. in princ. infra. Itaque curare, & operam dare debet, ne quis etiam extraneus ſtipulatorem interpellet, ab eóq. rem auferat. Qua in re ſi fruſtra

ſtra diligentiam adhibuerit, euicta re ab extraneo, nõ tenebitur, quis curare tantum, non etiam facere, vt rẽ obtineat ſtipulator, obſtringitur. Tria igitur hac ſtipulatione continentur, quorum duo vtilia ſunt, tertiũ inutiliter adiectum intelligitur. Continet enim hæc diſputatio In primis factum promiſſoris, & hæredum ſuorum. Secundo promittit eius ſe curaturũ, vt à nullo etiam extraneo res euincatur. Tertio promittit ſe facturum, vt & nemo etiam extraneus rem euincat. Sed hoc poſtremum inutiliter promittitur. Præterea notãdum eſt, licet promiſſor ex hac ſtipulatione non conueniatur re euicta ab extraneo, tamen eo nomine actionem ex empto competere. leg. venditor hominis. de euict. Nec nouum eſt, eius iudicij poteſtate, quod bonæ fidei eſt, quędam contineri, quæ in actionem ex ſtipulatu non veniunt, l.3. de act. empt. idque propter variam iudiciorum bonæ fidei ſtrictorúmque naturã. Alij putant, ſi ſtipulatio accedat venditioni, qua promittatur per omnes habere licere, eam ſtipulationem omnimodo valere, & re euicta, etiam ab extraneo cõmitti. Verum Vlpiani verba, quibus opinionem ſuam confirmare nituntur, mihi non videntur de ſtipulatione accipienda eſſe, ſed de pacto conuẽto potius, quod ita ineſt venditioni, vt propter id agatur, ex empto actione, quæ bonæ fidei eſt. Qui autem, inquit, habere licere vendidit, videamus quid debeat præſtare. Et multum intereſſe arbitror vtrum hoc polliceatur per ſe, venientéſque à ſe perſonas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam ſi per ſe, non videtur id præſtare debere, ne alius euincat. Quæ vero ſequuntur verba eiuſdem auctoris in eodem loco, minime arguunt, in antecedente ſpecie ſtipulationem contractam fuiſſe. Proinde, inquit, ſi euicta res erit, ſiue ſtipulatio interpoſita eſt, ex ſtipulatu non tenebitur, ſiue non eſt interpoſita, ex empto non tenebitur. Nam argumentum quod à contrario ſenſu ducitur hic, perquam leue infirmúmque eſt, vt mirum ſit, eum locum à vulgaribus Doctoribus diligentius expenſum non fuiſſe.

Nemo autem alienum factum. Stipulatio, eſt verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum, facturúmve ſe, quod interrogatus eſt, reſpondet. l.5 §. ſtipulatio. ſupra. Hinc Vlpianus, Inter ſtipulantem, inquit, & promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens, daturum factúrumve eum, non obligatur. Nam de ſe quenque promittere oportet. Sed præter ſubtilitatem atris, quæ in ſtipulationib. maxime cernitur, credibile eſt, noſtri iuris autores ad vtilitatem hominum hic plurimum reſpexiſſe. Temeraria enim eis forte viſa eſt facti alieni promiſſio, quod non ex poteſtate promiſſoris, ſed ex alieno potius arbitrio pendeat. l. ſi apud. C. de ædil. actio. Id quod Cice. in 5. Philip. ſatis oſtendit his verbis: Audebo etiam obligare fidem meam, P.C. vobis populóq; Romano, quod profecto cum me nulla vis cogeret, facere non auderem, pertimeſcerémque in re maxima, periculoſã opinionem temeritatis. Promitto, recipio, ſpondeo, Patres conſcripti, Cæſarem talem ſemper fore qualis hodie ſit, qualémque eum maxime velle, & optare debemus. Idem in epiſtola quadam ad Brutum, de eadem re loquens. Eſt autem, inquit, grauior & difficilior, animi ſententiæ, maximis præſertim in rebus, pro altero quàm pecuniæ obligatio. Hæc enim ſolui poteſt, & eſt rei familiaris iactura tolerabilis: reipublicæ, quod ſpoponderis, quemadmodũ ſolues, niſi is depẽdi facile patitur, pro quo ſpoponderis? Ne igitur homines, qui ad promiſſiones huiuſmodi nimis procliues ſunt in graue aliquod damnum, & captionem crebro incidant, conſtitutum eſt, ita demum quenque obligari, ſi de ſe, non de alio promiſerit. inter ſtipulantem. 83. in prin. infra. §. ſi quis alium. Inſtitut. de inutil. ſtip. l. ſicut reus. 66. infra de fideiuſ. Si quis tamen in ſerui venditione promiſerit, furem non eſſe, fugitiuum nõ eſſe, & cæt. receptum eſt, huiuſmodi ſtipulationem valere. l. ſi ita quis. de euict. Idémque reſcriptum eſt, & ſi quis promiſerit, in poſtremum furem, vel fugitiuum nõ fore l. ſi apud. C. de ædil. edict. Id enim vtilitas contrahentiũ poſtulat, cum promiſſio ad qualitatem rei venditæ pertinet. Ac tametſi temeritate non careat vſquequaque hęc promiſſio, d. l. ſi apud. quod homo ſit φύσει ἡμερώτατον ζῶον, auctore Platone, tamen is, qui perfectam habet virtutem ſerui, probabilem habet cauſam, id de eo recipiendi ac promittendi, in quo falli abſque vitio ſerui, non poteſt. Nec eadem ratio eſt eius, qui promittit neminem euicturum, &c. Sed & ſi quis Titium pro ſe fideiuſſurum promiſerit, obligatur ex ea promiſſione, l. qui autem. de conſt. pec. quoniam is daturum ſe Titium fideiuſſorem promittere intelligitur. Diuerſa ratio eſt eius, qui alium pro ſe ſoluturum conſtituit, l. eũ qui §. Iulianus quoque. de conſtit. pecu. cum eadem nõ poſſit admitti interpretatio. De ſtipulationibus prętoriis alio loco magis idoneo tractaturi ſumus l. quoties 81. infra.

Sed ſe obligat. Qui generaliter promittit habere licere ſe obligat, ne ipſe faciat, quo minus habere liceat: alieni autem facti nomine non obligatur, præterquam hæredis ſui, adde vel eorum, quos prohibere poteſt. l. fluminum. §. quanquam. de dam. infect.

At ſi quis velit. Qui pœnã promittit ſub conditione, ſi alius fecerit aut non fecerit, factum ſuum promittit magis quã alienũ. Itaq; valet huiuſmodi ſtipulatio, quia inſpicitur tantum, quæ ſit quantitas, & conditio ſtipulationis. §. alteri infra.

Sed quatenus. Habere licere emptori recta ac vere dicitur, cum controuerſia non fit, &c. Nam habere eũ dicimus, qui ſine interpellatione rem obtinet. l. habere de verb. ſignif. An autem is, cui fit controuerſia, dicatur non habere, vt committatur ſtipulatio poſtea videbimus.

Si quis forte non de proprietate, ſed de poſſeſſione nuda, controuerſiam fecerit, vel de vſufructu, vel de vſu, vel de quo alio iure eius quod diſtractum eſt, palam eſt committi ſtipulationem. Habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur, ex iure, quod habuit.

Qui promittit rem habere licere de plenare, atque integra promittere intelligitur. Proinde habere non dicitur, cui ex iure, & emolumẽto rei, aliquid decerpitur ac diminuitur. l. etiam. 27. infra de ſolut.

Controuerſiam fecerit. Verba ſequentia oſtendunt, nõ ſufficere controuerſiam factam eſſe, ſed rem euinci oportere, per ſententiam iudicis. Nam ante ſententiam nihildum minui dicitur. Adde quod ſi ſola controuerſia ſufficeret, fruſtra quæreretur, an hæc ſtipulatio alienæ rei nomine interpoſita vtilis ſit. §. quæſitum infra, cum is qui dominus non eſt, controuerſiam mouere poſſit. Itaque Caius abductam, ablatámve rem eſſe emptori oportere ait, vt ex ſtipulatu actio committatur. leg. habere. 57. de euict. Eaque fuit aliorum iuris auctorum ſententia. l. euicta. 16. §. duplæ. l. ſi mancipium. 34. §. vlt. de euict. Ex his conſequitur, re per vim ablata ab emptore, non per iudicem, minime ſtipulationem cõmitti. l. vl. C. de act. emp. Non enim æquum eſt, venditorem factum eorum præſtare, qui *Non ex iure manu conſertum, ſed mage ferro rem repetunt*, vt Ennius ait. Qua tamen in re diſtinctio adhibenda eſt, de qua alibi

diximus. l. ſi merces. §.culpæ, loca. l. pen. in prin. ſol. matr.

Vel quo alio iure. Quamuis hæc verba late pateant, tamen de iure pignoris, ſuperficiario, emphiteutico, aut alio huiuſmodi, accipienda ſunt, quo impeditur ſtipulator emolumentum rei capere. De ſeruitutibus enim accipi non poſſunt, quarum nomine venditor promiſſórve ita demum tenetur, ſi fundum liberum, vel vti optimus maximúſque eſt, vendiderit, aut promiſerit. l. quod ad ſeruitutes. de euict. l. cum venderes, de contrah. emp. Nam qui ſimpliciter vẽdit fundum, talẽ præſtare eum, qualis eſt, debet: niſi forte ſciens prudẽſque emptori id ignoranti vendiderit. l. t. de act. empt. Cum igitur id ſpecialiter & expreſſim conſtitutum ſit de ſeruitutibus, dubitandum non eſt, quin hæc verba quamlibet generalia, cum hac exceptione intelligi debeant, vt generi per ſpeciem derogetur. l. in toto. de reg. iuris. Ac certiſſimum eſt inter vſumfructum & ſeruitutes prædiorum, quod ad rem noſtram attinet, plurimum intereſſe: quia vſusfructus emolumentum ei omnino continet, ſeruitutes non æque. leg. 68. §. fundo. l. cum filius. 78. §. dominus. de lega. 2. Nec me mouet, quod Vlpianus ait, quoties de ſeruitute agitur, victum tantum debere præſtare, quanto minoris emiſſet emptor, &c. l. quoties. de Ædilitio edicto. Quibus verbis illud ſignificare mihi videtur, quo caſu de ſeruitute agitur, officium iudicis eſſe, vt venditorem condemnet quanto minoris, &c. Agitur autem de ſeruitute certis ex cauſis: veluti cum venditor fundum liberum vendit, aut ſeruitutem dolo malo celauit, vt iam diximus. Reſponſum vero Papiniani, quod etiam nobis obiicitur, l. in venditione. 41. de act. empt. non de ſeruitute loquitur, ſed de annuo vectigali, ſeu penſione; in tutelã publici aquæ ductus præſtari ſolita, l. ſi pendentes. de vſufruct. quæ emolumentum rei magnopere diminuit. Eius hæc verba ſunt, malè à cæteris vulgo intellecta In venditione ſuper annua penſatione pro aquæ ductu infra domum Romæ conſtitutam nihil commemoratũ eſt deceptus ob eam rem ex empto habebit actionem. Itaque ſi conueniatur ob pretium ex vendito, ratio improuiſi oneris habebitur.

Quæſitũ eſt, vtrum propriam demum rẽ, an & alienam promittere poſſit habere licere: & magis eſt, vt & aliena promitti poſſit. quæ res ita effectum habebit, ſi propria promiſſoris eſſe cœperit. Quare ſi perſeuerauerit aliena dicendum erit, ſtipulationem non committi, niſi pœna adiecta ſit, cum neque per eum, neque per ſucceſſorem eius quicquam factum ſit.

Hæc ſtipulatio ſimpliciter concepta ſine pœnę adiectione videtur ita demum vtilis eſſe, ſi quis rem ſuam vendat, non alienam. Nam alienam rem euincere non poteſt venditor, hærẽſve eius: & re ab extraneo euicta, non committitur ſtipulatio. Verũ hic dicitur, vendita re aliena, ſtipulationem adhuc committi poſſe, ſi forte poſt venditionem ſtipulationémque propria promiſſoris eſſe cœperit. Liberum enim eſt emptori, vel intentionem agentis exceptione rei venditæ traditæq; eliſere, vel exceptione omiſſa poſt euictam, ablatámq; rem ex ſtipulatu agere. leg. vindicantem. ſup. de euict.

Sicut autem ex parte rei ſucceſſores eius cum ipſo tenentur, ita etiam ex parte actoris committitur ſtipulatio ipſi ſtipulatori, ceteriſque, quicunq; ei ſuccedunt, ſcilicet ſi rẽ ipſi habere non licuit. Ceterũ ſi alij rẽ habere non licuerit, certo certius eſt, nõ committi ſtipulationem: & nihil intererit, vtrũ ita ſtipuler, *habere licere*? an, *mihi habere licere*?

Hæc ſtipulatio ſiue imperſonaliter cõcipiatur, ſiue expreſſa contrahentium perſona ad hæredes tranſit ad hæredes, tam ſtipulatoris, quam promiſſoris. Ad eos autem, qui ſuccedunt in rem magis, quam in vniuerſũ ius, non tranſit. arg. l. ſi pro re pupilli. §. vlt. de euict. Ex hoc ſatis indicant hæc verba, *Quicunque ei ſuccedunt.* Nam empor, donatarius, legatarius, non ſuccedunt perſonæ, ſed rei. Quare licet appellatione ſucceſſorum aliquando contineantur pro ſubiecta materia, l. fluminum. § adiicitur. de dam. infect. tamen pro hæredibus neceſſario hic accipi debent.

Hi qui ſũt in aliena poteſtate, his in quorũ ſunt poteſtate, habere licere ſtipulari poſſũt ea ratione, qua cetera quoque his poſſunt ſtipulari. Sed ſi ſeruus fuerit ſtipulatus ſibi habere licere, quæſitum eſt, an recte ſtipulatus videatur? & ait Iulianus libr. 52. Digeſtorum, ſi ſeruus ſtipuletur ſibi habere licere, aut per ſe non fieri, quo minus habere ſtipulatori liceat, promittat: ſtipulatio, inquit, non committitur: quamuis auferri res ei, & ipſe auferre eandem poſſit. Non enim factum, ſed ius in hac ſtipulatione vertitur: cum vero ſtipulatur, per promiſſorem non fieri, quo minus ſibi ire agere liceat: non ius ſtipulationis, inquit, ſed factum verſatur. Sed mihi videtur, licet iuris verba contineat hæc ſtipulatio, *habere licere*? tamen ſic eſſe accipiendam, vt in ſeruo, & filiofamilias videatur actum eſſe de poſſeſſione retinenda, aut non auferenda: & vires habeat hæc ſtipulatio.

Certo certius eſt, ſeruum, & filiumfamilias, qui in aliena ſunt poteſtate, domino, aut patri ſtipulari poſſe habere licere. Sed quæri poteſt, an ſi ſtipulentur ſibi habere licere, exprimendo perſonam ſuam, valeat ſtipulatio, & committi poſſit. Iulianus de ſeruo tantum quæſtionẽ tractauit & exiſtimauit ſtipulationem inutilem eſſe, quod ius, non factum, in hac ſtipulatione vertatur. Habere etenim, eſt rem iure dominij tenere: quod in ſeruum cadere nõ poteſt, ac ne in filiumfamilias quidem, propterea quod non ſibi, ſed patri acquirit. l. t. ſi à parẽt. quis fuer. manumiſſ. l. placet de acquiren. hæred. quod ſi promiſerit ſeruus habere licere, cõcepta in perſonam ſuam ſtipulatione, æque inutilis iudicanda videtur hæc ſtipulatio. quia tametſi ſeruus auferri poſſit rem, tamen euincere per iudicem non poteſt. l. ſeruus. Cod. de iudic. Et verba huius ſtipulationis credebat Iulianus ad ius duntaxat, non etiam ad factum, referri. Verum hæc ſententia Iuliani non vſquequaque probatur Vlpiano noſtro, qui ait, hoc verbum, quod ambiguum eſt, §. habere. infra. in ſeruo & filiofamilias, ſic accipiendum eſſe, vt ad factum, non ad ius, referatur, quo ſcilicet magis valeat, quam pereat, ſtipulatio l. quoties. 80. infra. l. vlt. de rebus dub. Sed dixerit quiſpiam, Etſi hæc ſtipulatio ius contineat

neat, nihil prohibere, quo minus ex ea domino acquiratur. Nam quæ iuris ſunt, domino per ſeruum acquiruntur. Nec refert, an ſibi, an domino ſtipuletur ſeruus l. 1. l. ſiue de ſtipulat. ſeruorum. Cui reſpondeo, quoties apparet, ſeruum ſibi ſtipulatum eſſe, non domino, ſtipulationem, quæ ius continet, nullam eſſe. Sed hoc nõ tam ex verbis, quam ex mente conuenientium iudicãdum eſt. vt de pactis in rem & perſonam, alibi dicitur. l. iuriſgentium §. pactorum. de pact. Nec ideo perſonalis ſtipulatio dicenda eſt, quod ſeruus expreſſerit perſonam ſuam non domini. dict. leg. ſiue. Itaque cum hic quæritur, an ſtipulatio valeat, qua ſeruus ſtipulatus eſt, ſibi habere licere, ſi accipimus, quaſi quæſtio proponatur de ſeruo, quem ſibi ſtipulatum eſſe, vel ex verbis, vel ex coniecturis apparet, vt vox, ſibi, emphaſin hic habere videatur.

Hęc quoq; ſtipulatio, *poſſidere mihi licere ſpondes?* vtilis eſt, quã ſtipulationẽ, an ſeruus poſſit vtiliter in ſuam perſonam concipere, videamus. Sed quamuis iure ciuili ſeruus non poſſideat, tamen ad poſſeſſionem naturalem hoc referendum eſt, & ideo dubitari non oportet, quin & ſeruus recte ita ſtipuletur. Plane ſi tenere ſibi licere ſtipulatus ſit ſeruus, vtilem eſſe ſtipulationem conuenit. Licet enim poſſidere ciuiliter non poſſit, tenere tamen eos nemo dubitat.

Cum quis ſtipulatur poſſidere licere, poteſt intelligi ſtipulatio de poſſeſſione ciuili, cuius capax ſeruus non eſt. Sed ſi ad poſſeſſionem naturalem referatur, in perſonam ſerui vtiliter concipitur, ſicut de ſtipulatione *habere licere*, iam diximus. Quid ſit poſſidere tam naturaliter, quam ciuiliter, docuimus in Diſput. anniuerſariis.

Plane. Etſi probabiliter dubitetur de ſtipulatione ſuperiori: tamen ſi ſeruus ſtipuletur, ſibi tenere licere, planum ac certum eſt, ſtipulationem vtilem eſſe: quia hoc verbum de nuda detentione accipitur, quæ in ſeruum æque, ac liberum hominẽ cadit. Poteſt enim quis tenere, quamuis ne naturaliter quidem poſſideat, quia forte nec affectionem retinendi, nec opinionem dominij, vel iuris alicuius, aut ſuo, aut alieno nomine habet. l. vltim. de itinerib actuque priui. l. ſi ſeruus depoſitus. de nox.

Habere dupliciter accipitur. Nam & eũ habere dicimus, qui rei dominus eſt: & eũ, qui dominus quidem non eſt, ſed tenet: denique habere rem apud nos depoſitam ſolemus dicere.

Redit ad explicationem ſtipulationis *habere licere*, de qua ſatis ante dictum fuit.

Si quis ita ſtipulatus fuerit, *Vti frui ſibi licere?* ad hæredem ſtipulatio iſta nõ pertinet. Sed etſi non addiderit, *Sibi*, non puto ſtipulationem de vſufructu ad hęredem tranſire: eóque iure vtimur. Sed ſi quis *Vti frui ſibi, hæredique ſuo ſtipulatus ſit*, videamus an hæres ex ſtipulatu agere poſſit. Et putem poſſe, licet diuerſi ſint fructus. Nam *etſi ire agere* ſtipuletur *ſibi hæredique ſuo licere*, idem probauerimus.

Sicut ſtipulationes *habere licere*, & *poſſidere licere*, interponuntur in emptionibus rerum corporalium, & aliis huiuſmodi contractibus, ita cum quis acquirit vſumfructum ſolet, hęc ſtipulatio accedere contractui, *vti frui licere*. Quæ ſtipulatio ad hæredem non tranſit. ſicut ſtipulatio *habere licere*. §. ſicut autem ſupra. quia vſusfructus hæc natura eſt, vt morte finiatur. §. finitur. Inſtitut. de vſufruct. leg. antiquitas. Codic. de vſufruct.

Sed & ſi non addiderit, ſibi. Imperſonalitas non nocet ſtipulationi, ex parte ſtipulatoris. § ſicut autem. ſup. An ex parte promiſſoris noceat, diximus ſupra c. 5. in explicanda ſtipulationis diffinitione.

Diuerſi ſint fructus. Si in ſtipulatione, *vti frui licere*, facta ſit mentio hæredis, vt puta *mihi hæredique meo vti frui licere*. hæres ex ſtipultatu agere poterit. Quod non ita accipiendum eſt quaſi vſusfructus ſtipulatori acquiſitus, in hæredem tranſeat. Is enim finitur morte ſtipulatoris. Verum ea ſtipulatio continere intelligitur duplicem vſumfructum, propter diuerſitatem perſonarum, quæ ſtipulatione comprehenduntur, nempe ſtipulatoris & hęredis. Nam & ratio iuris prohibet, ne in diuerſis perſonis idem vſusfructus ſit. l. ſi id quod. infra de duob. reis. l. 4 de nonat. Hæres igitur, mortuo ſtipulatore, vſumfructum ſibi dari petet ex ſtipulatu, quamuis ante mortem ſtipulatori datus fuerit. Exigitúrque ab eo ſolennis cautio, nulla eius habita ratione quam defunctus fortè præſtitit. Sed hęredis appellatio, de primo tantum hærede, non etiam de aliis ſucceſſoribus accipienda eſt. l. antiquitas. C. de vſufruct. An autem ex hac ſtipulatione hæres petere poſſit vſumfructum ſibi dari, vt in fundo fructuario ius acquirat, & poſſit confeſſoriam in rem poſtea experiri: an vero ius habeat tantum petendi fructus à promiſſore, facti quæſtio eſt, ac voluntatis, quæ coniecturis explicatur. l. fundi Trebatiani. ſupra de vſu. leg. l. vlt. de contrah. empt.

Nam & ſi ire agere. Hæc ſtipulatio interponitur ab eo, qui ſeruitutem itineris, vel actus acquirit. Ac tametſi ſeruitus morte non finiatur, vt vſusfructus, tamen ſi quis fuerit ſtipulatus ſibi perſonam ſuam exprimendo, hęc ſtipulatio ad hæredem non tranſibit. Itaque neceſſaria erit hæredis mentio ſicut in ſtipulatione, *vti frui licere*. Nam crediderunt veteres nuda, meráque facta perſonę cohęrere, adeo vt in perſona alterius puta domini, vel hæredis eadem non videantur. §. ſed cum factum. Inſt. de ſtipul. ſeruo. Quam ſubtilitatem improbat Iuſtinianus Conſtitutione quadam ſua, qua hoc ius emendatur & corrigitur. leg. veteris. Cod. de contrah. & commit. Eſt enim ea Conſtitutio vt ſatis indicat ſubſcriptio, Codici inſerta, poſt Pandectarum compoſitionem. Quare dubitandum non eſt, quin faciendi ſtipulationes hodie ad hæredem tranſire dici debeant: niſi natura rei, de qua negotium contractum eſt, non patiatur, vt in ſtipulatione, *vti frui*: aut niſi factum tale ſit vt induſtriam perſonæ electam eſſe appareat: §. ne autem. Cod. de caduc. tollen.

Si quis dolum promiſſoris hæredíſque eius abeſſe velit ſufficere, *Abeſſe, abſuturúmque eſſe* ſtipulari. Si vero de plurium dolo cauere velit, neceſſarium eſſe adiici, *Cui rei dolus malus non abſit, vel non abfuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari ſpondes.*

Stipulatio doli ſolebat olim adſcribi contractibus, propter incertos caſus, qui in mentem venire omnes non poterant. l. ſtipulationes commodiſſimum. infra 53. atque ita concipiebatur, *Dolum malum abeſſe, abſuturúmque eſſe.*

Eadem autem quæſtio tractatur de hac ſtipulatione, quę ſuperius agitata fuit, de ſtipulatione *habere*

licere. Nam ſimpliciter concepta dolum continet tantum promiſſoris,& eius hæredum, ne alioquin factum alienum promittens obligetur. Quare ſi quis ſibi caueri velit de dolo,etiam aliarum perſonarum, neceſſaria eſt pœnæ ſtipulatio.l.nouiſſima.iudic. ſolui. Quod autem dicitur hanc ſtipulationem non ſimplex abnutiuum continere,leg.inter ſtipulantem.in princip. quomodo accipiendum ſit,ſatis perſpicuum eſt ex his,quæ diximus in initio huius capitis.

Suæ perſonæ adiungere quis hęredis perſonam poteſt. Sed & adoptiui patris perſona coniungi poterit.

Etſi nemo alteri vtiliter ſtipulętur. §. alteri. infra. tamen hæredi ſtipulari licet.Idem dicendum eſt de patre adoptiuo , qui filio adoptiuo ſuccedit. Inſt. de acquiſi per arrogat.

Inter incertam,certámque diem,diſcrimen eſſe, ex eo quoque apparet, quod certa die promiſſum , vel ſtatim dari poteſt. Totum enim medium tempus ad ſoluendum liberum promiſſori relinquitur.At qui promiſit,*Si aliquid factum ſit,vel cum aliquid factum ſit*, niſi cum id factum fuerit, dederit, non videbitur feciſſe quod promiſit.

Quod in diem certam debetur quamuis ante diem exigi non poſſit,l.cedere diem.de verb.ſig.tamen ante diem ſolui poteſt,ſi id debitor velit.leg.quod in diem. 70.de ſolut. Quod eſt accipiendum, niſi diem gratia creditoris adiectam eſſe appareat. leg. qui Romæ. in princ.infra,l.eum qui.de annu.legat. Sed hoc in dubio præſumendum non eſt. Itaque à creditore id probari debet.l.cum tempus.de reg.iur.

At qui promiſit aliquid. Dies incertus conditionem habet. l. dies incertus.de cond. & demonſt. l.ſi Titio. quando.dies.leg. ced.ac idcirco ante diem nihil debitum dici poteſt.dict.l.cedere diem.Ex quo conſequens eſt, ſolui ante diem non poſſe inuito creditori, cuius plerunque intereſt,ſua die potius ſolui. Proinde oblatio debitoris ante diem facta, non nocebit creditori. arg. l.ſi ſoluturus.de ſolut.poteſt tamen, ſi velit creditor ſolutionem recipere, ita vt ea ſolutio, conditione poſtea exiſtente,liberet debitorem. leg. ſub conditione.leg.ſub conditione.16.infra de ſolut.

Alteri ſtipulari nemo poteſt,præterquam ſi ſeruus domino , aut filius patri ſtipuletur. Inuentæ enim ſunt huiuſmodi obligationes ad hoc , vt vnuſquiſque ſibi acquirat, quod ſua intereſt.Ceterum, vt alij detur nihil intereſt mea. Plane,ſi velim hoc facere, pœnam ſtipulari conueniet, vt ſi ita factum non ſit , vt comprehenſum eſt, committatur ſtipulatio etiam ei , cuius nihil intereſt. Pœnam enim cum ſtipulatur quis,non illud inſpicitur , quid interſit , ſed quę ſit quantitas,quæque conditio ſtipulationis.

Obligationum confirmandarum cauſa , ſtipulationes inuentas eſſe ſupra docuimus. Quod maxime iis conſentaneum eſt, quæ hic dicuntur. Nam pleræque ſunt conuentiones, ex quib. acquirere non poſſumus, quod noſtra intereſt,niſi ſtipulatio , quę confirmentur, accedat. Quare vtilitas magna neceſſitaſque ſuaſit,hoc genus obligationis introduci , quod ſtipulatione contrahitur. Cum igitur inuenta ſit ſtipulatio in gratiam eorum,qui ſibi acquirere volunt, quod ſua intereſt , & ad confirmandas obligationes pertineat,ex quibus veteres,litium minuendarum cauſa , actionem non naſci voluerunt: ratio poſtulat vt ita demum ſtipulatio vtilis ſit atque efficax,ſi quis id quod ſua intereſt, ſtipulatus ſit. Vnde pro regula traditur, alteri neminem ſtipulari poſſe.§.ſi quis alij.Inſt. de inutil. ſtip.l. quæcunque.ſupra, de oblig. & act. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus.infra,l. ſolutum. §. per liberam. de pign. act. leg.quo tutela.§.vltim.de reg.iur. Ex quo intelligi poteſt, cur per quamuis perſonam poſſeſſio, dominiúmque nobis acquiratur. l. ea quæ. ſupra de acquir. rer.dom. Non enim ea res litigandi occaſionem præbet,vt obligatio,quæ alteri acquiritur.

Intereſſe autem hic accipimus,non ſi quoquo modo interſit,puta propinquitatis,neceſſitudinis , amicitiæ, aut deniq; humanitatis ratione:ſed ſi id , de quo ſtipulamur, pręcipuè ad noſtrum commodum , vel incommodum reſpiciat. Arg.leg. fideiuſſoris,ſupra de pact. Nam etſi nihil alienum ab homine exiſtimari debeat, quod humanum ſit , & hominem affici beneficio, hominis intereſſe,non malè dicatur: l. ſeruus ea lege,de ſeruis export.tamen non ideo crediderunt veteres, ſtipulationes huiuſmodi vires habere per quas in maximam reipublicæ perniciem litibus & contentionibus via aperiretur.

Præterquam ſi ſeruus domino, vel filius patri. Excipiuntur ſeruus & filiusfamilias , qui alieno iuri ſubiecti ſunt. Sed de vtroque plenius diſſeremus alibi ,ſicut & de aliis quibuſdam perſonis , quæ interdictum alteri recte ſtipulari dicuntur , cuiuſmodi ſunt procurator, tutor,curator,actor municipum perſona publica,&c. Sententia tamen Hieroclis de hac re,non videtur hoc loco prætermittenda eſſe , qui actiones noſtras omnes ait parentum actiones videri poſſe. Nam quemadmodum,inquit , Phidiæ,aut aliorum artificum opera, ſi & ipſa rurſus alia quæpiam opera facerent , ea non dubitaremus opera nominare artificum. Sic actiones noſtræ,parentum noſtrorum opera eſſe dicentur , per quos & nos nati ſumus. Verba eius hæc ſunt: *ἀλλ' ὅμως νομισθείη καὶ ταῦτ' ἐκείνων ἔργα. Τυγχάνει, 6. καὶ ἡμᾶς τοὺς ταῦτα πράττοντας ἐκεῖνοι πεποιήκασιν. ὥσπερ γὰρ τὰ Φειδίου καὶ τῶν ἄλλων τεχνιτῶν ἀπεργασθέντα, εἰ καὶ αὐτὰ ἕτερά τινα κατεσκεύαζεν, οὐκ ἂν ὠκνήσαμεν πάντα καὶ τῶν τεχνιτῶν ἔργα φάσκειν. οὕτως εἰκότως καὶ τὰ ὑφ' ὑμῶν δρώμενα λέγοιμεν ἂν τῶν γονέων ὑμῶν ἔργα, δι' οὓς καὶ ὑμεῖς γεγόναμεν.*

Pœnam cum ſtipulatur quis. Cum pœnam ſtipulatur quis niſi alteri detur recte petitur pœna ex ſtipulatu, niſi illud datū fuerit: quia non inſpicimus , an interſit ſtipulatoris, id alteri dari, ꝙ in conditione eſt magis, quam in obligatione. Sed ſufficit, quantitatem promiſſam eſſe,cui adiectā ſit cōditio. Hic enim mihi videtur ſenſus eſſe horum verborum , *quæ ſit quantitas, quæque conditio ſtipulationis* , quæ nō ſat recte vulgo explicari ſolent. Notandum tamen eſt, ſi quis ſtipulatus fuerit, ſibi hæredique ſuo ire agere licere , & ſi contra factum fuerit,pœnam : vno ex hæredibus tantum prohibito ire, ſi alter pœnam petat , eum exceptione doli ſummouendum eſſe.l. 2. §. item ſi in facto. ſupr. Cuius rei ſupra rationem oſtendimus , longè diuerſam ab ea quam vulgus Doctorum hic afferre conſueuit.

In ſtipulationibus,cum quæritur , quid actum ſit , verba contra ſtipulatorem interpretanda ſunt.

SI obſcuritas aliqua, vel ambiguitas in ſtipulatione reperiatur , quid veriſimiliter actum ſit , ante omnia inſpiciendum eſt,l.eum qui Calendis. d.l. ſi ſtipulatus fuer

ſu.l.quoties 80. Si vero non ſatis appareat, quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda ſunt. l. cũ quæritur. de reb. dub.. Nam agenti incumbit probatio quam neceſſariam eſſe oportet. l. matrem. Codic. de probat. Et certum eſt, iuris noſtri autores litigare volẽtibus, fauere non ſolere. leg. Arrianus. de oblig. & act. Quoties igitur videmus eos pro ſtipulatore verba interpretari, ideo id fieri intelligendum eſt, vel quia verborum proprietas id ſuadet. leg. ſi mihi & Titio. 110. à qua recedendum facile non eſt, leg. 4. de legat. 1. l. ille aut ille. de legat. 3. vel quia ex veriſimilibus coniecturis colligitur voluntas contrahentium. dict. leg. eum qui Calendis. leg. ſi ſtipulatus fuero.

Eum quia ita dicat: *Mihi decem & Titio decem*, eadem decem, non alia decem dicere credendum eſt,

Si quis ſtipuletur ſibi decem, & Titio decem, Titio nihil acquirit, quia alteri ſtipulari nemo poteſt, &c. Sibi autem acquirit, partem eius pecuniæ, quæ in ſtipulationem deducta eſt: l. ſi mihi & Titio. infra. Sed quia aduerſus ſtipulatorem fit interpretatio, vt iam diximus, non decem integra, ſed dimidiam partem, id eſt, quinque, ex hac ſtipulatione conſequetur, quaſi eadem decem ſtipulatus intelligatur, tametſi decem bis ſtipulando dixerit.

Si ſtipuler alij, cum mea interſit, videamus, an ſtipulatio committatur. Et ait Marcellus, ſtipulationem valere in ſpecie huiuſmodi: Is qui pupilli tutelam adminiſtrare cœperat, ceſſit adminiſtratione contutori ſuo, & ſtipulatus eſt rem pupilli ſaluam fore. ait Marcellus, poſſe defendi, ſtipulationem valere: intereſſe enim ſtipulatoris, fieri quod ſtipulatus eſt, cum obligatus futurus ſit pupillo, ſi aliter res ceſſerit. Si quis inſulam faciendam promiſerit, aut conduxerit, deinde ab aliquo inſulam ſtipulatori fieri ſtipulatus ſit, aut ſi quis cum promiſiſſet Titio fundum Mæuium daturum, & ſi is nõ dediſſet pœnam ſe daturum ſtipulatus à Mæuio fuerit, *fundum Titio datum iri?* Item, ſi quis locauerit id faciendum, quod ipſe cõduxerat, conſtat habere eum vtilem ex locato actionem. Si quis ergo ſtipulatus fuerit cum ſua intereſſet ei dari, in ea erit cauſa, vt valeat ſtipulatio. Vnde & ſi procuratori meo dari ſtipulatus ſim, ſtipulatio vires habebit: & ſi creditori meo, quia intereſt mea, ne vel pœna committatur, vel prędia diſtrahantur, quæ pignori data erant.

Ex his, quæ ſuperius diximus, l. alteri conſequitur, tunc ſtipulationem vtilem eſſe, cum quis alteri dari, aut fieri ſtipulatur, quod ſua intereſt. idque varii hic exemplis demonſtratur. Sed hoc caſu actionem ſibi acquirit ſtipulator, non alteri. l. liber, homo. §. vlt. infr. 118.

Si quis ita ſtipulatus fuerit: *illum ſiſtas?* nulla cauſa eſt, cur non obligatio conſtet.

Qui promittit hominem ſiſtere, factum ſuum magis, quam alienum, promittere intelligitur. quod & infra paulo fuſius explicaturi ſumus, l. quoties, 81.

AEdem ſacram, vel locum religioſum ædificari, ſtipulari poſſumus: alioquin nec ex locato agere poſſumus.

Quamuis rem ſacram, aut religioſam ſtipulari non poſſumus, leg. inter ſtipulantem. §. ſacram. de verbor. oblig. inf. tamen ratio & vtilitas poſſit, vt ſtipulatio de ædificando loco ſacro, aut religioſo valeat, ſicut & locatio valet.

XXXIX. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM.

Dominus ſeruo ſtipulando ſibi acquirit, ſed & pater filio, ſecundum quod leges permittunt.

De hac re alio in loco diximus.

XL. POMPONIVS LIB. XXVII. AD SABINVM.

SI filius meus ſeruo meo ſtipuletur, acquiritur mihi.

Hoc quoque caput alibi à nobis explicatum eſt.

XLI. VLPIANVS LIB. L. AD SABINVM.

EVm, qui Calendis Ianuariis ſtipulatur ſi adiiciat, *Primis vel proximis*, nullam habere dubitationem, palam eſt. Si dicat, *Secundis vel tertiis*, vel quibuslibet aliis ęque, dirimit quæſtionem. Si autem non addat, quibus Ianuariis, facti quæſtionem inducere, quid forte ſenſerit, hoc eſt, quid inter eos acti ſit. Vtique enim hoc conſequimur, quod actum eſt, eaſque adſumemus. Si autem nõ appareat, dicendum eſt quod Sabinus, primas Calendas Ianuarias ſpectandas. Plane ſi ipſa die Calendarum quis ſtipulationem interponat, quid ſequemur? & puto actum videri de ſequentibus Calendis. Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, præſenti die pecunia debetur, niſi ſi locus adiectus ſpatium temporis inducat, quo illò poſſit perueniri. Verum dies adiectus efficit ne præſenti die pecunia debeatur. Ex quo apparet, diei adiectionem pro reo eſſe non pro ſtipulatore. Idem in Idibus, & Nonis probandum eſt, & generaliter in omnibus diebus.

Quæſtio facti eſt ſi quis ſtipuletur ſibi Calendis dari, nec aliud adiiciat, quid actum eſſe intelligatur. Et ait Vlpianus ſi non poſſit apparere, quid actum ſit, de primis Calendis verba accipienda eſſe. Nihil enim occurrit veriſimilius: quia ſi ex mente promiſſoris interpretemur, facile fiet, vt inutilis, eluſoriaq; reddatur

ſtipulatio contra præſumptam contrahentium voluntatem.l.quoties.infr.Si vero nulla veriſimilitudo ſtipulatorem iuuaret,contra ipſum potius quam contra promiſſorem interpretaremur. l.ſtipulatio iſta.§.in ſtipulationibus.

XLII.POMPONIVS LIB.XXVII.

Ad Sabinvm.

QVi hoc anno,aut hoc mẽſe dari ſtipulatus ſit,niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis non recte petet.

Cum quis hoc anno ſe daturum promittit,ambigua oratio eſt,atque ideo contra ſtipulatorem interpretamur.vt non niſi finito anno petat.l.cum certarum.infra.138.l.ſtipulatio iſta.§.in ſtipulationibus ſupra.idẽ dicendum eſt, & ſi quis in annos ſingulos promittat. Qui enim in annos ſingulos promittit, hoc anno etiã promittere intelligitur.At vltimas voluntates plenius interpretamur,quaſi de initio anni,nõ de fine actũ ſit. l.1.Codic.quando dies le.ced.l.in teſtamentis.de reg. iuris.Quod autem Celſus ait c.48.de cond.& demõſt. Si in annos decem, &c.ſic accipiendum videtur, cum legatum, aut libertas collata eſt à teſtatore in tempus decem annorum l.Thais.§.hærede.de fid.liber. Haloander legit ſi intra annos decem. Quæ lectio non videtur repudianda. Nam ſi appareat teſtatorem voluiſſe non ſtatim deberi legatum, aut libertatem, l.ſi in annos.48.de cond.& demonſt. ſed liberum eſſe intra decem annos pręſtare voluntas erit ſeruanda.Sed non continuo interpretabimur teſtatorem id voluiſſe, ſi his tantum verbis ſit vſus,aut aliis huiuſmodi, Stichũ liberum eſſe iubeo. &c. l.ſi ita fuerit de man.teſtam. Falſi igitur ſunt verſus Accurſiani:

Annua ſi debes,tunc reſpicias caput anni.
Anno ſi debes,in fine teneberis anni.

Sane dies interdum adiicitur ſtipulationi,cauſa demonſtrationis,nec vt differatur exactio, ſed vt pręſẽs obligatio oſtendatur:veluti in hac ſtipulatione, *Decẽ hodie mihi dare ſpondes*? Quo caſu recte agitur,licet dies non præterierit.l.liber homo.118.§.decem.

XLIII. VLPIANVS LIB.I.

Ad Sabinvm.

SI quis arbitratu,puta, Lucii Titii ſibi reſtitui ſtipulatus eſt, deinde ipſe ſtipulator moram fecerit, quo minus arbitretur Titius promiſſor,quaſi moram fecerit, non tenetur. Quid ergo,ſi ipſe,qui arbitrari debuit,moram fecerit? magis probandum eſt, à perſona non eſſe recedendum eius, cuius arbitrium incertum eſt.

XLIIII. PAVLVS LIB.XII.

Ad Sabinvm.

ET ideo,ſi omnino non arbitretur, nihil valet ſtipulatio: adeo vt & ſi pœna adiecta ſit,ne ipſa quidem committatur.

Stipulatus eſt quidam, ſibi rem reſtitui arbitratu Lucij Titij: interpellauitque promiſſorem, vt reſtitueret: ſed Lucius propter moram ſtipulatoris arbitrari non poterat: quæritur, an promiſſor teneatur,quaſi moram fecerit?& certum eſt,eum non teneri: quia cum promiſſioni huic inſit conditio,ſi Lucius Titius arbitretur, moram facere is dici non poteſt, ſi per ſtipulatorem ſtet, quominus Lucius Titius arbitretur. Arg. leg. ſciendum. de vſur. Sic enim mihi videntur accipienda hæc verba eſſe,quæ ſcholaſtici Doctores vulgo intelligunt de promiſſore morã faciente,& quærunt,cum vterque moram facit,an promiſſoris mora, an ſtipulatoris, magis noceat. Dubitandum autem non eſt, quin promiſſore impediente ne conditio exiſtat,committatur ſtipulatio. Qua de re opportunius infra,l.in executione.§.vltim.

Quid ergo.Cum hæc ſtipulatio conditionem habeat, l.*Si Lucius Titius arbitretur*, deficiente cõditione conſtat ſtipulationem euaneſcere.Deficit autem conditio non arbitrante Lucio Titio,cuius perſona expreſſa eſt. Non enim à perſona huius arbitri receditur, cuius videtur fides induſtriáque à contrahentibus electa eſſe. Quod & in aliis quoque contractibus locum habet. l.in compromiſſis.de recept.arbir.l.ſi merces, locar. l.ſi coita.pro ſoc.l.vltim.de contrahen. empt. Quid ergo dicemus ſi arbitratus ſit Lucius,ſed ita,vt eius arbitrij euidens iniquitas appareat? Et exploratum eſt,in bonæ fidei iudiciis hanc iniquitatem corrigi poſſe.l.ſi ſocietatẽ,§. arbitriorũ. & l.ſeq.ſup.pro ſoc.Idemque in ſtrictis iudiciis receptum eſt,propter veriſimilem cõtrahentium voluntatem,cuius nullo non in iudicio habetur ratio. l.ſi libertus ita iurauerit. de oper. libert. Legata vero & fideicommiſſa plenius atque benignius interpretamur,quam contractus:& quamuis certa perſona expreſſa ſit,tamen perinde accipimus,ac ſi in viri boni arbitrium collata eſſet diſpoſitio. l.1.de leg.2. l.vlti.§.ſed & ſi quis.C.commu.de leg. Idque verum eſt,niſi de pœna mulctáve alicui infligenda agatur.l. mulcta.l.in teſtamento.de condit.& demonſt.

XLV.VLPIANVS LIB. I.

Ad Sabinvm.

QVodcũque ſtipulatur is,qui in alterius poteſtate eſt,pro eo habetur, ac ſi ipſe eſſet ſtipulatus:

Hoc caput alibi explicatum eſt, l.ſtipulatio iſta.§. alteri.ſupra.

Sicuti, cum morietur quis, ſtipulari poteſt,ita etiam hi qui ſubiecti ſunt alienę poteſtati,cum morientur ſtipulari poſſunt. Si ita quis ſtipulatus ſit,*Poſt mortem filiæ meæ,mihi dari*? vtiliter erit ſtipulatus: ſed primo caſu filiæ meæ vtilis actio competit,licet hæres ei non exiſtat. Non ſolum ita ſtipulari poſſumus,*Cum morieris*,ſed etiam,*Si morieris*. Nam ſicut inter hęc nihil intereſt,*Si veneris*, aut,*cum veneris*,ita & ibi nihil intereſt, *Si morieris*,aut,*Cum morieris*.Filius dari patri ſtipulari videtur,etſi hoc non adiiciat.

Valet hæc ſtipulatio? *Dabis mihi decem cum moriar?* Nec vnquam de ea re inter veteres iuris auctores fuit controuerſia.Nec refert,an is,qui ſui iuris eſt, ita ſtipuletur,an verò filius,aut ſeruus,qui ſubiecti ſunt alienæ poteſtati.Sed & ſi quis poſt mortem ſuam ſtipuletur,aut pridie quàm morietur, vtilis eſt ſtipulatio, vt Iuſtinianus antiquo iuri derogans cõſtituit. l.ſcrupuloſam

Digitized by Google

loſam. C. de contr. & commit. ſtipul. l. 1. C. vt actio ab hæred. & cõtra hæred. §. poſt mortẽ. Inſt. de inutil. ſtipul.

Si ita quis. Cũ pater ſtipulatur filio, vt poſt ipſius patris mortẽ effectũ habeat ſtipulatio: mortuo patre directa actio deficit: quia non, ſicut filius patri, ita etiã pater filio acquirit, iure ciuili: ſed vtilis actio filio dabitur. l. ſi quis operas. l. vt iuriſiurãdi. §. liberi. l. cũ patronus. de ope. lib. lib. pater ꝓ filio. C. de pact. cõuen. Quæri poteſt, an emãcipato quoq. per patrem acquiratur actio? Diocletianus nullã quæri actionẽ aperte reſcripſit. l. ſi genero. de iure dot. Sed hoc reſcriptũ de actione directa intelligi, vulgo receptũ eſt: vtilémq. actionẽ nihilo minus ei dãdam eſſe placuit. l. vt iuriſiurãdi. §. ſi liberi. de oper. liber. Quę ſentẽtia argumẽtis defendi poteſt. Nã ſi nihil refert, certóne tẽpore aliquid fiat, an vero in id tempus conferatur. l. quod ſpõſæ. C. de don. ante nupt. conſtéiq. actionẽ competere filio ex ea ſtipulatione, quam contulit pater in id tempus, quo filius ſui iuris effectus eſſet, conſequens eſt, filio iam ſui iuris effecto ſtipulari, & acquirere poſſe. Huc accedit, quod patre ſibi ſuiſque liberis operas ſtipulante, Vlpianus ad poſthumos peruenire ſtipulationẽ ſcribit, dict. l. ſi quis operas. quos in ipſius poteſtate tunc non eſſe, nemo dubitat. l. vlt. de cond. inſtit.

XLVI. PAVLVS LIB. XII.
AD SABINVM.

CEnteſimis Calendis dari vtiliter ſtipulamur: quia præſens obligatio eſt, in diem autem dilata ſolutio.

Stipulatio, quæ conſiſtit in dãdo, in mortis tẽpus recte cõfertur: quia non ſicut factũ, ita etiã datio cohæret perſonæ. l. vlt. de cond. inſtit. Itaque etſi longiſſimũ tempus adiectũ ſit ſtipulationi, puta cẽtũ annorũ, ad quod tẽpus contrahentiũ vita produci nõ põt, nõ ideo inutilis erit ſtipulatio. Cẽteſimas autẽ Calẽdas, cũ dicit Paulus, numerũ finitũ pro infinito ponere videtur, figurata locutione. Nec diſſimile eſt exemplũ eiuſdẽ auctoris, cap. 21. quando dies leg. ced.

Id autem, quod in facto eſt, in mortis tempus conferri non poteſt: veluti, *Cum morieris, Alexandriam venire ſpondes?*

Credebãt veteres, facta perſonalia eſſe, & multũ referre, à qua perſona quidq. fieret. Vnde ſi quis ſtipularetur, ſibi ire agere licere, nõ exiſtimabãt hãc ſtipulationẽ ad hæredẽ trãſire. l. ſtipulatio iſta. §. ſed ſi quis. ſup. Sed hoc ius emendatũ eſt à Iuſtin. l. veteris. C. de cõtrah. & commit. ſtipul. Cũ igitur quis ita ſtipulatur, *Cũ morieris, Alexandriã venire ſpõdes?* ſtipulatio, quaſi impoſſibile cõtinens, dicitur inutilis eſſe: quia licet per aliũ tẽpore mortis dare poſſit, tamẽ per aliũ facere nõ poteſt. l. vlt. de cõd. inſtit. Arbitror tamẽ, ob conſtitutionẽ Iuſtiniani, hæc facta ad hæredẽ trãſire, niſi aliud actum eſſe appareat. d. l. veteris.

Si ita ſtipulatus fuero, *Cum volueris*, quidam eſſe inutilẽ ſtipulationẽ aiũt. alij ita inutilem eſſe, ſi antequam cõſtituas, moriaris. quod verum eſt. Illam autem ſtipulationem, *Si volueris, dari?* inutilem eſſe conſtat.

Hæc ſtipulatio, *Si volueris, dari?* inutilis omnino eſt, quia in promiſſoris voluntatẽ cõfertur. l. ſtipulatio non valet. ſupr. Nec promiſſore poſtea voluntatẽ ſuã declarãte, cõualeſcit. Si vero quis ita ſtipuletur, *Cum volueris, mihi dari*, quãuis inſit cõditio, l. quodcũque. §. vlt. ſupr. l. ſi Titio. quand. dies leg. ced. tamen expreſſa non eſt ea cõditio, ſicut in ſuperiore caſu. Quare ſic eam interpretantur iuris noſtri auctores, vt ita valeat, ſi promiſſor, antequã moriatur, volũtatẽ ſuã declarauerit. Velle ſiquidem à veteribus exiſtimatum eſt factum perſonale eſſe, atque ita cohærere perſonæ, vt ad heredem non tranſeat, & alia eſſe intelligatur voluntas defuncti, alia hæredis. Hinc vulgo dicitur, voluntatem morte finiri. l. 4. locati.

XLVII. VLPIANVS. LIB. I.
AD SABINVM.

QVi ſic ſtipulatur, *Quod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare ſpondes?* videtur non hodie ſtipulari, ſed ſua die, hoc eſt Calendis.

Exemplũ hic eſt valde appoſitũ regulę, qua dicitur in ſtipulationibus, verba cõtra ſtipulatorẽ interpretãda eſſe. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſup. Cũ.n. ita ſtipulor, *Quod te mihi Calẽdis Iulijs dare oportet, id dare ſpõdes?* quęſtio facti eſt, quid actũ ſit, inter cõtrahẽtes. i. an repetita dies videatur, an vero ſtipulatio pura ſit. Et hic dicitur, repetitam diem intelligi adeo vt ſtipulator ante diem experiri nequeat.

XLVIII. IDEM LIB. XVI.
AD SABINVM.

SI decẽ, cum petiero, dari fuero ſtipulatus, admonitionẽ magis quandã, quo celerius reddantur, & quaſi ſine mora, quã cõditionẽ habet ſtipulatio. Et ideo licet deceſſero, priuſquã petiero, non videtur defeciſſe conditio.

Veterum quorũdam fuit opinio, ante cõſtitutionem Iuſtiniani, dict. l. veteris. ſtipulationes, quę in faciendo conſiſtunt, ad hæredẽ tranſire. Proinde ſi quis ita ſtipulatus fuerit, *Decem ſi petiero dabis?* Et is deceſſerit, antequã petierit, defeciſſe videtur cõditio. Quod ius tamen haud ſcio, an conſtitutione Iuſtiniani antiquatum ſit. Illud cõſtat cum quis ita ſtipulatur, *Decem cum petiero, dabis?* hæc verba, quibus quod tacitè ineſt, exprimitur, admonitionem quandam habere magis, quàm conditionem.

Cõditio. His verbis ſignificat Vlp. ſi appareret, cõtrahẽtes cõditionẽ adſcribere voluiſſe, futurũ vt morte ſtipulatoris deficiat. Qua de re diſſeruimus accurate in Scęuola.

XLIX. PAVLVS LIB. XXXVII.
AD EDICTVM.

CVm filiusfamilias Stichũ dare ſpoponderit, & eũ per eũ ſtaret, quo minus daret, Stichus deceſſerit: datur in patrẽ de peculio actio, quatenus manet filius ex ſtipulatu obligatus. At ſi pater in mora fuit, nõ tenebitur filius: ſed vtilis actio in patrem danda eſt. quæ omnia & in fideiuſſoris perſona dicũtur.

Qui cõtrahit cũ filiofamilias, duos debitores habet, filiũ in ſolidum, & patrẽ de peculio. l. ſi quis cũ filiofamilias. de pecul. Et hęc patria obligatio, acceſſoria eſt, filijq; obligationi, vt principali accedit, exẽplo fideiuſſorię obligationis: quãuis à fideiuſſoria obligatione in multis differat. Itaq; ob morã filij tenetur pater: ſed nõ contra filius, ob morã patris. Sed an ob morã ſuã pater ſaltẽ teneatur, ſi forte is ſol', nõ etiã filius, morã fecerit. Cauſa hęc dubitationis eſt, quia ſublata obligatione principali, acceſſoria quoq; ſublata videtur. Verum hic Paulus ait, vtilem actionem dari aduerſus patrem, quod æquum, vtileque ſit, moram ſuam ei nocere potius, quam prodeſſe: quamuis ſtricta ratio non permittat, vt agi poſſit, ideoque directa non competat actio.

Vtilis actio. Papinianus refert, in ſimili ſpecie Neratiũ Priſcum, & Iulianum reſpõdiſſe, actionẽ de dolo reddẽdã eſſe, quaſi deficiat alia actio. l. ſi fideiuſſor. de dolo. Sed ideo hoc reſpõſum ab illis eſt, quia actiones vtiles incertę erant ferè, pẽdebántque ex Prętorum arbitrio. Directę autẽ certis formulis erant concluſæ. Cum igitur viderent nullam certam de ea re formulam eſſe, cenſuerunt ad actionem de dolo, quæ ſubſidiaria eſt, recurrẽdũ eſſe. Nec ideo dicẽdus eſt Iuſtinianus pugnãtia ſcripſiſſe, cum hic definiat, vtilem actionẽ dandam eſſe, apud Papinianum vero auctorum veterum ſententias tantum referat.

Quæ omnia. Mora promiſſoris fideiuſſori nocet, quãuis mora fideiuſſoris promiſſori nõ noceat. Sed quẽadmodũ

titudinẽ cõtinet, nec certũ ſemper eſt, quid à bona fide alienum ſit. Itaque cõſultius eſt, ea nominatim exprimere, quæcunque ſpecialiter eumprehendi poſſunt: deinde ſubiicere doli clauſulã, quæ incertos caſus, qui occurrere non poſſunt, id eſt, in mentem venire, generaliter complectatur. Hæc enim clauſula cõprehendit omnia, quę ſpecialiter excepta non fuerunt. l. doli. 119. inf. l. ſi ſina. 22. §. ſi in ſtipulatione. rem ratam haberi.

LIV. IDEM LIB. XXI.

DIGESTORVM.

IN ſtipulationibus aliàs ſpecies, aliàs genera deducuntur. Cùm ſpecies ſtipulamur, neceſſe eſt inter dominos & inter hæredes ita diuidi ſtipulationem, vt partes corporum cuique debeantur. Quoties autem genera ſtipulamur, numero fit inter eos diuiſio. Veluti cum Stichum & Pamphilum quis ſtipulatur, duos hæredes æquis partibus reliquit, neceſſe eſt, vtrique partẽ dimidiã Stichi, & Pamphili deberi. Si idem duos homines ſtipulatus fuiſſet, ſinguli homines ſingulis hæredibus eius deberentur.

In ſtipulationibus, quæ diuiſionem recipiunt, varia diuidendi ratio prodita eſt à veteribus iuris auctoribus. ad vtilitatem hominum, & rei cuiuſque naturam accommodata. Itaque quantitas diuiditur numero: velut ſi quis ſtipulatus ſit centum, & deceſſerit duobus hæredibus relictis. Nihil enim æquius conſtitui poteſt, quàm vt ſinguli quinquaginta auferant ex hæreditate. l. ſi centum. infra. l. cum Stichus. de ſolut. Alia eſt ratio ſpeciei certæ diuidendæ, puta Stichi, vt ante diximus in interpretatione capitis 2. Nam ſi is qui ſtipulatus eſt Stichum, deceſſerit duobus relictis hæredibus, nihil eſt, quod numero diuidi queat vtiliter: ſed diuiſio rei fiet in partes, quæ intellectu habentur magis quàm corpore. l. ſeruus communis. de ſtipul. ſeruo. l. Mæuius. §. ſi duobus. de leg. 2. quoniam hac ratione æqualitas cõmodiſſime ſeruatur inter hæredes. Quid igitur de eo dicemus, qui ſtipulatus eſt Stichũ, & Pamphilum? Duæ enim res debentur, quæ numero diuidi poſſunt, ſed commoditas atque vtilitas hominum, ad quam hæc omnia referimus, talem diuiſionem non admittit: quia dando Stichum vni ex hæredibus, & Pamphilũ alteri, magna æqualitas reperiri poſſet. Itaq; vtilius viſum eſt, partes corporum cuique aſſignari, vt vnuſquiſque hæredum dimidiam partem vtriuſque ſerui capiat. Cum autem duo homines incerti deducuntur in ſtipulationem, ſingulis hæredibus ſingulos homines dari nihil prohibet. l. ſi centum. infra.

Operarum ſtipulatio, ſimilis eſt his ſtipulationibus, in quibus genera comprehẽduntur. & ideo diuiſio eius ſtipulationis, nõ in partes operarum, ſed in numerum cedit. Quod ſi vnam operam ſeruus cõmunis ſtipulatus fuerit, neceſſe eſt vtrique dominorum partem operæ tantam, quãtam in ſeruo habuerit, petere. Solutio autem eius obligationis expeditiſſima eſt, ſi æſtimationẽ operæ malit libertus offerre, aut ſi conſentiãt patroni, vt his cõmuniter operæ edãtur.

Si quia ſtipulatus ſit decem operas, & deceſſerit. duobus hæredibus relictis, numero diuiduntur inter duos hęredes, ſine vllo incommodo, vt ſingulis quinque debeantur. Vnam operam in partes diuidi non poſſe ſatis perſpicuum eſt ex c. 72. inf. & aliis quibuſdam locis. l. libertus, qui poſt. de oper. libert. quamuis æſtimatio operæ, vt quæuis alia quantitas diuidatur. l. ſi quando. de oper. libert.

LV. IDEM LIB. XXXVI.

DIGESTORVM.

CVm quis ſibi, aut Titio dari ſtipulatus eſt, ſoli Titio, non etiam ſucceſſoribus eius recte ſoluitur.

Cum quis ſtipulatur, ſibi aut Titio dari, Titij perſona, non obligationis, ſed ſolutionis tantum cauſa, adiici videtur. leg. cum qui §. qui ſibi infr. Sed hæc facultas ſoluendi perſonam adiecti, quæ à ſtipulatore electa, probatáque eſt, non egreditur. l. ſi ſtipulatus. §. 1. infr. de ſolut. Itaque debitorem alij ſoluentem liberari, cuius fidem, ac integritatem non perſpexit fortè, nec probauit creditor, iniquum, atque iniurioſum eſſet. Arg. l. Cuius bonis. de curat. furio. Alij de facultate ſoluendi quæ meri facti eſt, neſcio quid comminiſcuntur, indignum planè quod hic referamus.

LVI. IDEM LIB. LII.

DIGESTORVM.

EVm qui ita ſtipulatur, *Mihi & Titio decẽ dare ſpõdes?* vero ſimilius eſt, ſemper vna decẽ cõmuniter ſibi & Titio ſtipulari: ſicuti qui legat Titio, & Sempronio, non aliud intelligitur, quàm vna decem communiter duobus legare.

De hac ſtipulatione ſatis dictum eſt, ſupra, l. ſtipulatio iſta. §. alter qui.

Te, & Titium hæredem tuum decem daturum ſpondes? Titij perſona ſuperuacue comprehenſa eſt. Siue enim ſolus hæres extiterit, in ſolidum tenebitur: ſiue pro parte eodem modo quo cæteri cohæredes eius obligabitur. Et quãuis conueniſſe videatur ne ab alio hærede, quã à Titio peteretur, tamẽ inutile pactum conuentum cohęredibus eius erit.

In hac ſtipulatione Titius non tenetur, niſi quatenus eſt hæres, & vltra portionem hæreditariam habetur pro extraneo. l. cum à matre. C. de rei vind. l. ſi adulta. C. de her. actio. At ſi quis extraneum aliquid daturum promiſerit, inutilis eſt ſtipulatio. §. ſi quis alium. Inſtit. de inutil. ſtipul. Vnde fit, vt Titij perſona hic ſuperuacua eſſe dicatur. Ideo autem pacti exceptio non competit cæteris cohæredibus, ſi conueniantur, quia voluit defunctus tota decem deberi ſtipulatori, & cauſa eximendi cęteros erat, quia Titius totũ daturus ſpectabatur. Itaq; ſi aperte, ac manifeſte actũ ſit, vt à cęteris nõ petatur, exceptionẽ cõpetere exiſtimo, quãuis ſubtilitas iuris refragetur: arg. l. obligationũ ferè. §. planè ſupr. de oblig. & actio. vni ſiquidem ex hæredibus cõſulere liceat, exceptionem ei acquirendo. l. auus de pactis. Sed his quædam alia paulo poſt dicturi ſumus: leg. Iulianus. l. continuus §. vltim.

Qui ſibi, aut filio ſuo, dari ſtipulatur, manifeſtè perſonã filij in hac cõplectitur, vt ei rectè ſoluatur. Neq. n. intereſt, ſibi aut extraneo cuilibet, an ſibi aut filio ſuo quis ſtipuletur. Quare vel manẽte eo in poteſtate, vel emãcipato filio, rectè ſoluitur. Neq. ad rẽ pertinet quod qui filio ſuo dari ſtipulatur, ſibi acquirit: quia coniũcta ſua perſona ſtipulator efficit, vt non acquirendæ obligationis gratia, ſed ſolutionis cauſa perſonam filij apprehendiſſe intelligatur. Quod ſi ſoli filio ſuo, qui in poteſtate ſua ſit, dari quis ſtipulatus ſit, non recte filio ſuo ſol-

uetur, quia filij perſona obligationi magis, quàm ſolutioni applicatur.

Tametſi is, qui ſtipulatur filio, perſonam filij exprimere intelligatur, non ſolutionis cauſa, ſed obligationis, id eſt, vt ſibi acquirat per filium, tamen ſi quis ſtipuletur ſibi aut filio ſuo diſiunctim, dubium non eſt quin perſonam filij exprimat, ſolutionis cauſa. Quorſum enim adhiberet perſonam filij ad obligationem ſibi acquirendam, cum expreſſio perſonæ propriæ ad hoc ſufficiat? l. Stichum. §. quæſitum. de ſolut. Sicut autem per eum, qui ſolutionis cauſa adhibitus eſt, nulla obligatio quæritur, ita ei, cuius perſona propter obligationem nominatur, ſolui non poteſt. Nam ne obligatio quidem in filij perſona hic conſiſtit, ſed ſtatim transfertur in patrem. l. placet. de acquir. hæred. Nec mouere nos debet, quod Scæuola reſpondit, ſi auus maternus ſibi, aut nepti, dotem dari ſtipulatus ſit, id nepti, & ad ſolutionem, & ad actionem prodeſſe. l. Caius, ſolut. matrim. Eſt enim ius ſingulare propter fauorem nuptiarum, & coniunctionem perſonarum, vt idem Scæuola ſcribit. Quod autem dicitur, etiam emancipato filio recte ſolui, rationem habet: quamuis alias adiecto, propter mutationem ſtatus non recte ſoluatur. l. cum quis. de ſolut. Tunc enim nocet ſoluenti mutatio ſtatus, cum veriſimile eſt, ſtipulatorem, ſi hoc cogitaſſet, nominaturum eum non fuiſſe. Vnde fit, vt filio emancipato ſoluens, liberetur: ſeruo manumiſſo, non item. l. ſi quis ſeruo. infra de ſolut.

Qui ita ſtipulatur, *Decem quoad viuam dare ſpondes?* confeſtim decem recte dari petit: ſed hæres eius exceptione pacti conuenti ſubmouendus eſt: Nam ſtipulatorem id egiſſe ne hęres eius peteret, palam eſt: quemadmodum is, qui vſque in Calendas dari ſtipuletur, poteſt quidem etiam poſt Calendas petere, ſed exceptione pacti ſummouebitur. Nam & hæres eius, cui ſeruitus prædij ita conceſſa eſt, vt ius eundi haberet, quoad viueret, pacti conuenti exceptione ſummouebitur. Qui ita ſtipulatur, *Ante Calendas proximas dare ſpondes?* nihil differt ab eo, qui Calendis dari ſibi ſtipulatur.

Quidam ſtipulatus eſt decem, cum hac actione *quoad viuam*: quibus verbis ſignificat, ſi viuus eam pecuniam non petierit, nolle ſe, vt hæres ſuus petat: quęritur an hæres petere poſſit? Eadem quæſtio eſt in Inſtitutionibus, de eo, qui ſtipulatus eſt decem annua, quoad viuet. §. at ſi ita. Inſtitut. eodem. Diuerſæ enim ſunt hæ ſtipulationes: nec credendus eſt is, qui decem ſtipulatur, annua decem ſtipulari, niſi aliud actum eſſe appareat. leg. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſupra. Similis quæſtio hic eſt, de emptore certo, quod adiectum eſt ſtipulationi, non differendæ ſolutionis, ſed finiendæ obligationis cauſa, vt ſi quis ſtipuletur, vſque in Calendas dari. Et certum eſt in his omnibus ſtipulationibus, ſi merum ius inſpiciamus, promiſſorem adhuc poſt tempus obligatum manere. Nam iure ciuili certis modis tollitur obligatio, inter quos non numeratur tempus. leg. obligationum fere. ſupra titul. præcedent. titul. Inſtitut. quibus mod. tollit. oblig. Sed ne pacto quidem expreſſo obligatio tollitur. §. præterea. Inſtitut. de except. ne quis forte putet, ideo hic finiri obligationem, quia actũ videtur inter contrahentes, ne poſt tempus petatur. Verum contra hunc rigorem iuris ciuilis, datur à Prætore exceptio ex bono & æquo, ſi poſt tẽpus agatur. Eadémq; eſt ratio ſeruitutis ad tempus conſtitutæ: de qua alius eſt dicendi locus. l. 4. de ſerui.

Qui proprietatem ſine vſufructu habet, recte vſumfructum dari ſibi ſtipulatur. Id enim in obligationẽ deducit, quod non habet, ſed habere poteſt.

Vſusfructus eſt ius alienis rebus vtendi. l. 1. de vſufruct. nec dicitur proprie vſumfructum habere, qui re ſua vtitur, & fruitur. l. vti frui. ſi vſusfruct. pet. Vnde ſi dominus proprietatis nudæ ſtipuletur vſumfructum ſibi dari, id videtur in obligationem deducere, quod habere non poteſt. Sed hic dicitur valere ſtipulationẽ, quia licet vſusfructus proprie ſignificet ſeruitutem quam quis habet in re aliena, tamẽ pro facultate percipiendorum fructuum, etiam ex re ſua, nonnunquã accipitur. l. 4. de vſufruct. l. qui vſumfruct. infra.

Si à te ſtipulatus fuero fundũ Sempronianum, deinde eundem fundum, detracto vſufructu, ab alio ſtipuler, prior ſtipulatio nõ nouabitur: quia nec ſoluendo fundum detracto vſufructu liberaberis, ſed adhuc à te recte fundi vſũfructũ petam. Quid ergo eſt? Cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, à quo detracto vſufructu fundum ſtipulatus fueram.

Interuentu nouæ perſonæ fit nouatio, ſi idem promiſſum ſit à poſteriore, quod à priore debebatur. §. præterea. Inſtit. quibus modis toll. oblig. Cum igitur hic prior fundũ promittat, poſterior nudã eius fundi proprietatẽ, ſatis perſpicuum eſt, nouationẽ nõ fieri. Nã idem vtraque ſtipulatione nõ cõtineri, vel hoc argumento oſtenditur, quia promiſſor fundi, dando proprietatem, ſine vſufructu, non liberaretur, ſed adhuc aduerſus eum agi poſſet. l. etiam. de ſolut. l. Iulianus. infra. Sane ſi prior debitor fundum dederit, hac actione vterque liberatur. Quoties enim (inquit Paulus) id quod tibi debebam, ad te peruenit, & tibi nihil abſit, nec quod ſolutum eſt repeti poſſit, cõpetit liberatio. l. in perpetuum. 61 de ſolut.

Si hominem, quem à Titio puro ſtipulatus fueram, Seius mihi ſub conditione promiſerit, & is pendente conditione poſt moram Titij deceſſerit, confeſtim cum Titio agere potero: nec Seius pendente conditione mihi obligatur. At ſi Titio acceptum feciſſem, Seius exiſtente conditione obligari poteſt. Idcirco hęc tam varie quod homine mortuo deſinit eſſe res in quam Seius obligetur: acceptilatione interpoſita, ſupereſt homo, quem Seius promiſerat.

Quoties id, quod pure mihi ab aliquo promiſſum eſt, ab alio ſub conditione ſtipulor, non ſtatim fit nouatio, ſed cum conditio extiterit. l. quoties. nouat. §. præterea. Inſti. quibus mod. tollit. obligat. Ac ſi res, quæ deducta eſt in ſtipulationem, perierit ante conditionis euentum, poſterior promiſſor ea exiſtente nõ tenebitur. Res enim ſupereſſe oportet eo tempore, quo conditio impletur, cum ab eo implemento vires capiat ſtipulatio. dict. l. quoties. Alia cauſa eſt acceptilationis, vt hic dicitur, ſi creditor pendente conditione, priorem debitorẽ acceptilatione liberauerit: quia ſufficit rem ſupereſſe: de qua ſtipulatio contracta eſt.

eſt. Ex his conſequens eſt, cum poſterior ſtipulatio euaneſcit, quia res tempore exiſtentis conditionis non extat, priorem debitorem ita teneri, ſi ante moram fecerat, quo caſu æſtimationem debet ſtipulatori. leg. ſi ſeruum. §. vltim. infra. Non enim verum eſt, poſteriore ſtipulatione, quæ non nouat, moram purgari, niſi forte rem præſentem fuiſſe tempore contractæ ſtipulationis proponatur, ſecundum Marcelli ſententiam, quam refert Vlpianus his verbis. leg. quoties. de nouatio. Vnde Marcellus, & ſi poſt moram Stichus in conditionalem obligationem deductus eſt, purgari moram, nec in ſequentem obligationem deduci putat. Nam tametſi apud Vlpianum nulla præſentiæ fiat mētio, quod obiter ab eo commemoretur dictum Marcelli: tamen alibi plene deſcripta extat ſententia Marcelli, cum ea diſtinctione, de qua iam diximus. Locus eſt in cap. 72. tit. de ſolut. Quod caput adſcribitur Marcello in Codicibus emendatis. Cur autem præſentia rei tantam vim habeat ad purgandam moram, non admodum obſcure eodem in loco docet Marcellus. Sed hac diſtinctione non vtimur, cum poſterior ſtipulatio nouat. Tunc enim certum eſt, veterem debitorem omnimodo liberari. l. parui. de cond. furt.

LVII. IDEM LIB. LIII. DIGESTORVM.

SI quis, ſi Titius Cōſul factus erit, decem dari ſpoponderit: quamuis pendente conditione promiſſor moriatur, relinquet hæredem obligatum.

Ex ſtipulatione cōditionali, ſpes obligationis in hæredem promiſſoris tranſmittitur. Eademque eſt cauſa ſtipulatoris. §. ex conditionali. Inſtit. eo. tit. Idque alibi nos plene, & accurate tractauimus. l. qui Romæ. §. Agerius.

LVIII. IDEM LIB. LIV. DIGESTORVM.

QVi vſumfructū fundi ſtipulatur, deinde fundum, ſimilis eſt ei, qui partem fundi ſtipulatur deinde totum: quia fundus dari non intelligitur, ſi vſusfructus detrahitur. Et è contrario, qui fundum ſtipulatus eſt, deinde vſumfructum, ſimilis eſt ei, qui totum ſtipulatur, deinde partem. Sed qui actum ſtipulatur, deinde iter, poſteriore ſtipulatione nihil agit: ſicut & qui decem, deinde quinque ſtipulatur, nihil agit. Item ſi quis fructum, deinde vſum ſtipulatus fuerit, nihil agit: niſi in omnibus nouandi animo hoc facere, ſpecialiter expreſſerit. Tunc enim priore obligatione expirante, ex ſecunda introducitur petitio, & tā iter, quàm vſus, necnon quinque exigi poſſunt.

Magna olim incertitudo verſabatur circa nouationes, nec vllo certo iure definitum erat, quando nouatio facta intelligeretur, ſed tota res ex coniecturis quibuſdam, plerunque fallacibus pendebat. Credebant autem veteres, vt ex hoc loco apparet, multum referre, an poſterior ſtipulatio, plus, an minus, quàm prior contineat. Sed hodie ſequimur conſtitutionem Iuſtiniani, nec aliter factam nouationem intelligimus, quàm ſi id ſpecialiter à contrahentibus expreſſum fuerit. l. vltim. C. de nouat. §. præterea. Inſtit. quib. mod. tol. obligat. Eſt enim ea conſtitutio inſerta Codici poſt priorem Codicis editionem, & cōpoſitionem Pandectarum, vt mirum videri non debeat, quod diximus, eam iuri in Pandectas relato derogare.

LIX. IDEM LIB. LXXXVIII. DIGESTORVM.

QVoties in diem, vel ſub conditione, oleum quis ſtipulatur, eius æſtimationem eo tempore ſpectare oportet, quo dies obligationis venit: tūc enim ab eo peti poteſt, alioquin rei captio erit.

LX. VLPIANVS LIB. XX. AD EDICTVM.

IDem erit, & ſi Capuæ certum olei pondus dari quis ſtipulatus ſit. Nā eius temporis ſit æſtimatio, cum peti poteſt. Peti autem poteſt, quo primum in eum locum peruenire poterit.

Si ſtipulationi olei adiecta ſit dies, vel ea tacite inſit, & petatur per iudicem olei æſtimatio, in ea æſtimatione ineunda eius diei ratio habebitur: tempus antecedens, quo forte tempore carius fuit oleum, non ſpectabitur. Id enim captioſum reo eſſet, qui ante eam diem conueniri non potuit. Sed hoc plene à nobis tractatum eſt ſub titul. de rebus credit. vnde aſſumi poterunt, quæ ad hunc locum pertinere videbuntur. l. vinum.

LXI. IVLIANVS LIB. II. AD VRSEIVM FEROCEM.

STipulatio hoc modo concepta, *Si hæredem me non feceris, tamen dare ſpondes?* inutilis eſt: quia contra bonos mores eſt.

Sicut ſtipulatio inutilis eſt, qua conuenit, vt me hæredem facias, l. ex eo. C. de inutil. ſtipul. ita ſtipulatio pecuniæ non valet, ſub hac cōditione, ſi me hæredem non feceris. Omnes enim huiuſmodi conuentiones, tanquam bonis moribus contrariæ, improbantur, & adeo inutiles ſunt, vt liberam teſtandi, & alium quemuis hæredem inſtituendi facultatem non impediant. l. pactū quod dotale. C. de pact. l. hæreditas. C. de pact. conuen. Nam captandæ mortis alienæ occaſionem præbent, propterea quod certam ſpem habet ſtipulator, hæreditatem obtinendi, mortuo promiſſore, qui promiſſionē ſuā mutare, aut reuocare nō poteſt. l. ſicut. C. de obligat. & actio. Alia cauſa eſt teſtamenti, quod teſtator arbitrio ſuo reuocat, ideoque non tam certa eſt hæredis expectatio, vt alias oſtendimus in partitione tractatus de pactis. Hoc igitur pactum nullius momenti eſt, etiamſi iuſiurandum ei acceſſerit. l. non dubium. C. de legibus. Si tamen inter commilitones conuenerit, vt alterutro mortuo hæreditas ad ſuperſtitem deferatur, valet ea diſpoſitio, vt teſtamentū militare, & vltima voluntas, non vt pactum, quod reuocari non poſſit. l. licet. Codic. de pact. Nam voluntas

luit Marcus in futurum duntaxat vſuras creſcere, quod odioſa & iniqua ei videretur ea ſtipulatio.

LXV. FLORENTINVS LIB. VIII.

INSTITVTIONVM.

QVæ extrinſecus, & nihil ad præſentem actum pertinentia adiecceris ſtipulationi, pro ſuperuacuis habebuntur, nec vitiabunt obligationem. Veluti ſi dicas, *Arma virumque cano, ſpõdeo*, nihilo minus valet. Sed etſi in rei, quæ promittitur, aut perſonæ appellatione varietur, non obeſſe placet. Nam ſtipulanti denarios, eiuſdem quãtitatis aureos ſpondendo obligaberis. Et ſeruo ſtipulãti Lucio domino ſuo, ſi Titio, qui idem ſit, daturum te ſpondeas, obligaberis.

Tametſi diuerſitas interrogationis, & reſponſionis, inutilem ſtipulationem reddat, vt diximus in primi capitis interpretatione, tamen ob ſuperuacanea verba non vitiatur ſtipulatio. Idem dicendum, etſi diuerſitas ſit in rei, quæ promittitur, aut perſonæ appellatione. l. ſi ſub vna. infra. Sufficit enim talia eſſe verba interrogantis, & reſpondentis, vt eos in idem conſenſiſſe appareat. l. omnes. C. de contrahen. & commit. ſtipul.

Nam ſtipulanti denarios. Si de vna moneta interrogatus, de alia reſpondeat, quæ ſit eiuſdem quantitatis, non vitiatur ſtipulatio. Quantitatem hic accipimus publicam nummi æſtimationem, quam Ariſtoteles τὸ νόμον vocat, vt oſtendimus lib. 1. Diſputa. cap. 6. Vt exẽpli gratia, apud noſtrates tanti eſt aureus vnus ſolatus, quanti 46. ſolidi. Ideoque æſtimatio, ſiue quantitas aurei ſolati dicitur eſſe 46. ſolidorum, verùm edicto Regis Galliæ anni 1577. aureus ſolaris eſt ſexaginta ſolidorum. Atque hinc annotandum eſt, nihil referre, an eadem forma, an diuerſa, debitor creditori nummos ſoluat. Alias diſſenſus in re vitiaret ſtipulationem. l. inter ſtipulantem, §. 2. infra. Quod eſt accipiendum, vt Paulus reſpõdit, niſi ex ea ſolutione damnum aliquod paſſurus ſit creditor. l. Paulus. 99. de ſolut. Quo caſu non dubito, quin ſtipulatio ob diuerſitatem ac diſſenſum inutilis ſit.

LXVI. PAVLVS LIB. III.

AD LEG. ÆLIAM SENTIAM.

SI minor viginti annis à debitore ſuo ſtipuletur, ſeruum manumiſſurum, non eſt executio ſtipulationis dãda. Sed ſi ipſorum viginti annorum erit, non impedietur manumiſſio: quia de minore lex loquitur.

Hoc caput ſumptum eſt ex Pauli ſcriptis ad legem Æliam Sentiam, vt inſcriptio indicat. Qua lege minori viginti annis non aliter manumittere ſeruum permittitur, quam ſi vindicta apud conſilium iuſta cauſa manumiſſionis approbata manumittat. §. eadem lege. Inſtit. quib. ex cauſ. manu. & titu. de man. vindi. Vnde hic dicitur, ſi minor 20. annis, cui debetur ſeruus, ſtipuletur à debitore eum manumitti, non valere manumiſſionem, quaſi contra legem, id eſt, contra legis ſententiam, facta ſit. Cum enim lex conſilio minoris, vt parũ firmo, reſiſtat. l. ſi minor. de ſeruis export. non multum refert, an ſeruum ipſe ſuum manumittat, an debitum ſibi ſeruum ab alio manumittendum curet. Quid ergo dicemus, ſi ipſorum viginti annorum erit ſtipulator? Paulus non impediri manumiſſionem ait, quod de minore lex loquatur. Eſt enim ita ſcriptum in lege, vt ante diximus. Si igitur lex de maiore loqueretur, & ei tantum manumittere permitteret, qui maior eſſet viginti annis, non ſatis eſſet ſtipulatorem viginti annorum eſſe. Verbum autem, ipſorum, emphaſin habere hic videtur, ſicut apud Ciceronem in iis, quæ ſequuntur locis. lib. 3. ad Attic. Triginta dies erant ipſi, cum has dabam literas, per quos nullas à vobis acceperam. Lib. 5. ad Attic. Ego has pridie Nonas. Quintiles proficiſcens Athenis dedi, cum ibi decem ipſos fuiſſem dies, &c. Et ad Cæl. Cum Athenis decem ipſos dies fuiſſem.

LXVII. VLPIANVS LIB. II.

AD EDICTVM.

ILla ſtipulatio, *Decem ſalua fore promittis?* valet.

Hæc ſtipulatio, *Decem ſalua fore*, vtilis eſt, eandémque vim habet, quam illa, *habere licere*, de qua diximus ſupra, cap. 38.

Eum qui decem dari ſibi curare ſtipulatus ſit, non poſſe decem petere, quoniam poſſit promiſſor locupletem dando liberari, Labeo ait. Idque & Celſus lib. 6. Digeſtorum refert.

Qui decem dari ſtipulatur, decem petere poteſt, nec liberatur reus ſatiſdando. l. promiſſor Stichi. §. vlt. de conſtit. pecun. Idem dicendum eſt, & ſi quis promittat ſe facturum, vt alius det decem. §. ſi quis alium. Inſtit. de inutil. ſtipul. l. ſi hæres iuſſus. 76. de leg. 1. Si vero quis promittat ſe curaturum, vt alius det decem, fideiuſſorem dando locupletem liberabitur. l. vlt. §. vlt. de reb. cred. Cura enim ab eo tantum exigitur, quæ ſcilicet non nudis, & inanibus verbis, ſed re & facto aliquo oſtendatur. Hoc autem Celſus refert cap. vlt. de reb. cred.

LXVIII. PAVLVS LIB. II.

AD EDICTVM.

SI pœnam ſtipulatus fuero, ſi pecuniam mihi non crediſiſſes, certa eſt, & vtilis ſtipulatio. Quod ſi ita ſtipulatus fuero, *Pecuniam te mihi crediturum ſpondes?* incerta eſt ſtipulatio: quia id venit in ſtilationem quod mea intereſt.

Qui promittit mutuam pecuniam alij, dare tenetur, quanti ſtipulatoris intereſt, vt niſi docuerit ſua intereſſe, nulla ſequatur condemnatio. Arg. l. ſi quis ſtipulatus. 112. §. vlt. infra. Sed quia, quanti cuiuſque interſit, in facto magis, quam in iure conſiſtit, l. quatenus. de reg. iur. & difficilis eſt eius rei probatio, l. vlt. de prætor. ſtipul. ideo fit interdum, vt pœnæ ſtipulatio adiiciatur hoc modo, *Si pecuniam mihi non credideris, decem dare ſpondes?* Et hoc intereſt inter has ſtipulationes, quod hęc certa eſt, illa incerta. l. ſtipulationum. 74. inf. Quod autem obiicitur, dationem contineri ſtipulatione, quæ de credenda pecunia interponitur, l. 2. de reb. cred. atque ideo certã videri: facile dilui poteſt, ſi quis cõſideret, in huiuſmodi obligatione vsũ pecuniæ magis quã pecuniam, cõtineri. Hoc enim agitur inter cõtrahẽtes,

vt liceat creditori pecunia credita ad tẽpus vti, quamuis ad eum vſum datio neceſſaria ſit. Itaque factũ quodammodo continet hæc ſtipulatio, vt merito incerta dicatur.

LXIX. VLPIANVS LIB. VI. AD EDICTVM.

SI homo mortuus ſiſti nõ poteſt, nec pœna rei impoſſibilis committetur: quemadmodum ſi quis Stichum mortuum dare ſtipulatus, & ſi datus non eſſet, pœnam ſtipularetur.

Cum quis id ſtipulatur, quod impoſſibile eſt, ſiue in dando, ſiue in faciendo conſiſtat, ſtipulatio inutilis eſt: adeo, vt ne ſtipulatio quidem pœnæ ei accedẽs valeat. Nec multum refert, an contrahentes id ſciuerint impoſſibile eſſe, an ignorauerint: quoniam vtroque caſu deeſt conſenſus ſine quo non valet ſtipulatio. l. non ſolum. ſupr. titu. præced. Quod autem hic dicitur, *homo mortuus*, ſic accipiendum eſt, ſiue mortuus iam erat tempore ſtipulationis contractæ, ſiue poſtea mortuus eſt. Nam ſi caſus ſuperueniens reddat præſtationẽ impoſſibilem, ratio non patitur pœnam deberi. l. ſi vehenda. ad leg. Rhod.

LXX. IDEM LIB. XI. AD EDICTVM.

MVlier, quæ dotem dederat populari meo, Glabrioni Iſidoro, fecerat eum promittere dotem, ſi in matrimonio deceſſiſſet, infanti: & deceſſerat conſtante matrimonio: placebat, ex ſtipulatu actionem non eſſe, quoniam qui fari non poterat, nec ſtipulari poterat.

Etiam ſi dotem, quæ alias fauorabilis eſt, ſtipuletur infans, inutilis eſt ſtipulatio: idque pluribus à me demonſtratum eſt, in capitis primi enarratione.

LXXI. IDEM LIB. XIII. AD EDICTVM.

CVm quid vt fiat, ſtipulamur pœnam, ſic recte concipiemus, *Si ita factum non erit*, cum quid ne fiat, ſic, *Si aduerſus id factum ſit.*

Si verba principalia ſtipulationis aientia ſint, ſtipulatio pœnæ verbis negantibus concipi debet, & contra. Atque hinc facile poteſt intelligi ratio concipiendæ pœnalis ſtipulationis, ſi tam aientibus, quàm negantibus verbis mixtim & coniunctè principalis concepta ſit. Quod & Venuleij locus oſtendit, cap. 137. & Iuſtiniani in Inſtit. tit. de verb. oblig. Eſt autem hoc caput ſumptum ex tit. de recep. arbit. vt ex inſcriptione cognoſcitur.

LXXII. IDEM LIB. XXII. AD EDICTVM.

STipulationes non diuidũtur earum rerum, quæ diuiſionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarúmque ſeruitutum. Idem puto, & ſi quis faciendum aliquid ſtipulatus ſit, vt puta, fundum tradi, vel foſſam fodiri, vel inſulam fabricari, vel operas, vel quid his ſimile. Horum enim diuiſio corrumpit ſtipulationẽ. Celſus tamen libro 38. Digeſtorum refert, Tuberonẽ exiſtimaſſe, vbi quid fieri ſtipulemur, ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere diuidi ſtipulationem. Secundum, quæ Celſus ait poſſe dici, iuſta æſtimatione facti dandam eſſe petitionem.

Qui ſtipulatur rem aliquam à duobus, ita ſtipulari intelligitur, vt non in ſolidum, ſed pro parte obligentur ſinguli, niſi aliud actum ſit. infra. de duob. reis. Sed hoc eſt accipiendum de his rebus, quæ diuiſionem recipiunt. Nam ſtipulatio, obligatioque earum rerum, quæ natura diuiſionem non recipiunt, diuidi non poteſt. l. 2. §. 1. ſupra. Cuiuſmodi ſunt ſeruitutes ruſticorum prædiorum, & vrbanorum. Vſus enim earum natura indiuiſus eſt. l. viæ. ſupra de ſeruit. nec fieri poteſt, vt pro parte quiſquam eat, tametſi per certam partem fundi quis ire poſſit. l. ad certam. ſupr. de ſeruit. In hac ſiquidem diſputatione diuiſionem intelligimus in partes incertas, atque indiuiſas, quales ſunt eæ, quæ communionem inducunt. Quod & Accurſium ſenſiſſe credibile eſt, cum de parte multiplicatiua, ſiue quota, hic loquitur. Verum vtcunque ſenſerit is, nec recte nec commode id elocutus eſt: ac ne in ea quidem opinione permanet, ſed fluctuanti ſimilis, varias aliorum ſententias refert. Eadem igitur ratione ſeruitutes indiuiduæ dicuntur, qua & facta omnia, vt ante docuimus, in Catonianæ diſtinctionis explicatione. Nam facere opus, aut ire, nemo poteſt pro parte indiuiſa, propter earum partium confuſionem, atque commiſtionem, quæ intellectu magis habentur quam corpore. leg. ſeruus communis. de ſtipula. ſeruo. Adde, quod cum de opere, ſiue apoteleſmate agitur, cuiuſmodi eſt domus, theatrum, balneum, nihil factum intelligitur, ne pro parte quidem, ante conſummationem totius operis, quæ propriam formam operi dat: quia pars domus dici non poteſt, nulla domo adhuc exiſtente: ſicut pars fundi non rectè dicitur, ſi nullus fundus ſit. leg. ſi is qui quadringenta. §. quædam. ad leg. Falcid. Vellem hæc γεωμετρικῶς oſtendere, ſi liceret, ſed qui ingenio ſunt paulo acutiore, noſtram, vt ſpero, ſententiam aſſequentur. Nam omnibus ſatisfacere quî poſſumus.

Ex eo, quod de ſeruitutibus hic dicitur, multa colligi poſſunt, quæ nos ſtrictim attingemus, quatenus neceſſaria videntur, ad huius loci explicationem. Nam propriè pertinent ad tractatum de ſeruitutibus.

I. Seruitutis pars in obligationem non deducitur, vt hic Vlpia. ait. Quare ſi quis ſtipulatus ſit à duobus ſeruitutem itineris, ita vt ſinguli partem debeant, corrumpitur ſtipulatio, quia ſeruitutem pro parte præſtari impoſſibile eſt. leg. viæ. de ſeruit.

II. Vnus ex dominis ſeruitutem fundi cõmuni imponere non poteſt. l. de ſeruit. l. per fundum. de ſeruit. ruſt. præ. Nam ſi in ſolidum, & toti fundo imponat, manifeſta eſt iniuria, quam ſocio infert, eius partem, quæ libera eſt, onerando ſeruitute. Si pro parte tantum ſua, nihil agit, quia ſeruitus nõ recipit diuiſionem. Verum cum partes ſingulorum incertæ ſint, & per totum prædium ſic diffuſæ, vt nulla ſit vel minima gleba, in qua ſinguli partem non habeant, qui fieri poteſt, vt vnam partem abſque alia quiſquam attingat? Itaque cum fundus

duas regionibus diuiſus eſt, partéſque certæ ac ſeparatæ ſingulorum ſunt, partis cuiuſque dominus ſeruitutem ei imponere poteſt. l. ad certam. de ſeruit. l. ſi quis duas §. ſi quis partem. commu. præd.

III. Vnus ex dominis ſtipulando ſeruitutem fundo communi, nihil agit. l. pro parte. de ſeruit. l. proprium. commun. præd. l. ſi vnus. de ſeruit. ruſt. præd. Nam nec inſolidum acquirere poteſt quia inutiliter alteri ſtipulamur, d. l. proprium. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. ſup. nec pro parte, quia pro qua parte dominus eſt, ſeruitute nequaquam vti poteſt. Ac ſi quis putet, ſtipulatorem hûc cùm per fundum iter facit, pro parte dominij ire, non in ſolidum, quanto in errore verſetur, non difficile eſt, oſtendere. Nam actus corporalis. quo vtitur in hac re integer ac ſolidus eſt, nec aliter faceret, ſi ſolus fundi dominus eſſet.

IIII. Actio ex ſtipulatu ad petendam ſeruitutem, nec inter ſtipulatoris hæredes, nec promiſſoris, diuiditur. l. 2. §. ex his, ſup. Vnde Pomponius, Si ſtipulator deceſſerit pluribus hæredibus relictis, ſinguli in ſolidum viã petunt: & ſi promiſſor deceſſerit, pluribus hæredibus relictis, à ſingulis hæredibus ſolida petitio eſt, l. viæ. de ſeruit. Ac de his ſeruitutibus multo plura ſubtilioráque dici hic poſſent: de quibus accuratè diſſeruimus lib. Pandectarum octauo.

De ſeruitutibus perſonarum quæſtio hic tractari ſolet quæ non propriè ſeruitutes dicuntur. §. vlti. Inſtit. de vſu & habit. atque ideo verba Papiniani de ſeruitutibus rerum accipienda eſſe, ſupra admonuimus. Et conſtat, inter vſumfructum, & vſum hoc intereſſe, quod vſus fructus diuiſionem recipiat, vſus non item. l. 4. ſup. de vſufr. l. 1. §. ſi vſusfructus. ad l. Falcid. l. vſus pars. de vſu & habit. Nam frui pro parte diuiſa poſſumus, cum vſusfructus dominium fructuum contineat. quod diuiſionem recipit, vt ante diximus: vti autem non magis pro parte indiuiſa poſſumus, quam ire, aut agere: quia vſus in actu tantum corporali conſiſtit, ſine dominij acquiſitione. Non enim vſuarius fructus ſuos facit, atque ideo nec vendere, nec legare, nec gratis concedere poteſt. §. 1. Inſtit. de vſu, & habit. Ex quo perſpicuum eſt, cum dicimus, minus iuris eſſe in vſu, quam in vſufructu, l. 2. ſupra de vſu, & habit. non ita accipiendum eſſe, quaſi maiorem partem fructuum vſufructuarius capiat, vſuarius minorem: quia vſuarius, ne pro parte quidem minima fructuum dominium nanciſcitur, quamuis modice eiſdem vti poſſit.

Idem puto, & ſi quis faciendum. Exempla, quæ ſubijciuntur, ſatis oſtendunt verbum facere, ad ea hic pertinere, quæ corpore tantum exequimur, quamuis latiorem habeat alias ſignificationem, veluti in diſtinctione Catonis, qua factum diuiduum ab indiuiduo diſtinguitur. l. 4. §. Cato. ſup. Sed de hac re plenius diſſeruimus, lib. 2. Diſput. c. 59.

Fundum tradi. Cum hæc ſtipulatio meum factum continet diuiſionem non recipit. leg. ſi rem tradi. ſupra. Quod ſi transferendi dominij vel poſſeſſionis cauſa res tradenda ſit, aliud dicendum eſt. l. decus. de acquir. poſſeſ. Nam & poſſeſſio, quæ iuris eſt, & dominium, in partes intellectu diuiduntur.

Foſſam fodiri, vel inſulam fabricari. Faceſſit nobis negotium, quod Paulus ait, ſi teſtator opus fieri iuſſerit pro portione ſua, eos præſtare cogendos eſſe, quibus pars hæreditatis acceſſit. l. mortuo. §. vlt. de leg. 2. Sed dubitandum non eſt, quin iudicio familiæ erciſcundæ cogantur inter ſe cohæredes partem præſtare, tametſi legatario in ſolidum teneantur.

Celſus tamen libro. Quod dictum eſt, ſtipulationem quæ in faciendo conſiſtit, diuiſionem non recipere, ſic accipiendum eſt, niſi poſt moram promiſſoris petatur æſtimatio, quę natura diuidi poteſt. Nam etſi ob ceſſationem vniuſcuiuſque teneantur omnes, tamen pro parte ſua eos teneri viſum eſt. leg. 4. §. Cato, ſupra. Hinc igitur annotandum eſt, eum qui non facit, quod promiſit, ad pecuniam condemnandum eſſe. Idque generale eſt in omnibus faciẽdi obligationibus. l. ſi quis ab alio. ff. de re iud. Crediderunt enim veteres inciuile, atque adeo ſeruile quodammodo eſſe quenquam ad faciendum cogi, l. Titio centum. de condit. & demonſt. cum poſſit data pecunia creditori ſatisfieri. nec poſſit exitum habere ſi quis tam peruicax, & obſtinatus ſit, vt facere nolit. Cum tamen nullum amplius remedium ſupereſt, quo ſatisfiat creditori, quia forte reus nec facere, quod promiſit. nec pecuniam ſoluere vult, aliquando in vincula conijcitur, l. 1. Codic. qui bon. ced. poſſ. Et animaduertendum eſt, factum, & pecuniam in obligatione eſſe: ſed pecuniam tunc demum, cum mora facta eſt. Quod Vlpianus noſter hic ſatis oſtendit, & pleriſque aliis locis confirmari poteſt. l. ſi quis ab alio. de re iudic. l. ſi pœnam. l. quoties quis. hic. l. vltim. ſi quis in ius voc. non ierit. §. non ſolum. Inſtit. de obligs. l. ſtipulatus eſt. de fideiuſſ. Sunt igitur hic quodammodo duæ obligationes, alternationem habentes, quæ perinde accipi debent, ac ſi quis factum promiſerit, aut ſi non fecerit, quanti intereſt, &c. Proinde ſimulatque ſteterit per promiſſorem, quo minus faciat, obligatio faciendi in obligationem pecuniæ transfunditur. Arg. l. obligationum fere. §. vlt. de oblig. & act. 43. Ex quo conſequitur ſtipulatorem ita agere poſſe, vt vtrũnque diſiunctim petat, l. 1. §. quia autem. ſupra quod legat. Pecuniam vero ſolam recte petet, ſi factum amplius præſtari nequeat, aut purgandæ moræ non ſit locus. l. ſi quando de ope. liber. l. 6. de vſufr. leg. Nec aliter ſane fieri poteſt in iis ſtipulationibus, quæ in non faciẽdo conceptæ ſunt, ſi contra factum fuerit: quia factæ res infectę fieri non poſſunt. l. in bello. §. factę, de capt. & poſtlim. reuer. Hoc amplius exiſtimo, etſi factum præſtari adhuc poſſit, nihilominus recte intendere eũ, qui pecuniam petit, quoniam ea ſola poſt moram in obligatione eſt, & ea petitio moræ purgationem, & faciendi facultatem reo non adimit, vſque ad litis conteſtationem. l. ſi inſulam. 84. Sed & ſi quis factum ipſum ſimpliciter petierit, ne hunc quidem male agere crediderim, quod ea petitio ſecundum ius intelligi debeat, quaſi æſtimatio peti videatur. d. l. ſi quando. de ope. libert.

Quæri ſolet, an venditor, qui facultatem habet rei tradendæ, cogi poſſit ad tradendum, an vero liberetur, id quod intereſt, præſtando, l. 1. de act. empt. Et puto, quia in eo iudicio, quod bonę fidei eſt, ſpectatur maxime æquitas, officio iudicis interdum cõtineri, ſi rei venditæ dominus poſſeſſórque ſit venditor, vt ab eo auferatur & in emptorem trãsferatur. Arg. l. qui reſtituere. de rei vind. Sed & illud indubitatum eſt, poſſe iudicem litẽ æſtimare, à cõmuni ordinarióq. iure minus recedendo, ac quanti intereſt emptoris venditorẽ damnare. l. ſi traditio. C. de act. empt. Nec id mirum, cum in iis iudiciis latiſſima ſit iudicis poteſtas. §. in bonæ fidei. Inſtit. de actionib.

Si quis ita ſtipulatus ſit, *Si ante Calẽdas Martias primas, opus perfectum non erit, tum quanti id opus erit, tantam pecuniam dari?* diem promiſſionis cedere, non ex quo locatum eſt opus ſed poſt Calen. Martias quia nec cõueniri ante Calendas Martias reus promittendi poterat. Plane ſi inſulam fulciri quis ſtipulatus ſit, non eſt expectandum, vt inſula ruat, vt ſic deinde agi poſſit, nec ſi *inſulam fieri?* vt

tantum temporis prætereat, quanto inſula fabricari poſſit, ſed vbi iam cœperit mora faciendæ inſulæ fieri, tunc agetur, diéſque obligationi cedet.

Hic tractatur quædam ſpecies ab Vlpiano, vt oſtendat quãdo poſſit agi ex ſtipulatu ad pecuniã, propterea quod factum aliquid non ſit. Diximus enim paulo ante ſi factum non ſit, pecuniam dari oportere, & poſt moram transferri obligationem faciendi, in pecuniæ obligationem. leg. obligationum fere. §. vltim. ſup. tit. præced. Id quod ſatis expeditum eſt, cum factũ quod ſtipulamur, tractum temporis non habet, veluti rem tradere. De aliis vero factis probabiliter dubitatur. Prima ſpecies hic proponitur de locatore operis: qui ſtipulatus eſt à redemptore hoc modo, *Si ante Calendas Martias primas opus perfectum non erit, tunc quanti id opus erit tantam pecuniam dare ſpondes?* Cuius ſtipulationis dies non cedit ante Calendas Martias, nec ante Calendas ex ea agi poteſt. Non enim eſt ſimpliciter concepta ſtipulatio, ſub conditione, ſed diem præterea certum habet, quem expectari neceſſe eſt, l. in illa. ſup. eo. Confirmatur hæc ſententia verbis Papiniani, inſt. cap. 124. Inſulam, inquit, intra biennium illo loco ædificari ſpondes? ante finem biennij ſtipulatio non committitur, quamuis reus promittendi non ædificauerit, & tantum reſidui temporis ſit, quo ædificium extrui non poſſit. Neque enim ſtipulationis ſtatus, cuius dies certus in exordio fuit, ex poſt facto mutatur. l. inſulam. infra. In ſecunda, & tertia ſpecie ſtipulatio ſimpliciter concepta eſt, ſine die, vt puta, *Inſulam fulcire ſpondes? Inſulam ædificare ſpondes?* tametſi dies ei tacite inſit, quæ non eandem vim habet, quam dies expreſſa. Cum enim diſerte exprimitur dies, vt in prima ſpecie, nullus aut coniecturæ, aut interpretationi locus relinquitur. Die vero nõ expreſſa, ex rei natura ſtipulationem interpretamur, atque id ſequimur, quod veriſimilius eſt, inter contrahentes actum eſſe. Itaque Vlpianus noſter hic ait, ſi quis inſulam fieri ſtipulatus ſit, non eſſe expectandum, vt tantum temporis prætereat, quanto inſula fabricari poteſt, ſed vbi iam cœperit mora faciendæ inſulæ fieri, tunc agi, diémque obligationis cedere. In quib. verbis nulla eſt obſcuritas. Sed Pomponius atque Marcellus ab Vlpiano ita diſſentire videntur, vix vt conciliari à quoquam poſſint. Pomponius cap. 14. ſupra. Si ita ſtipulatus ſum, abs te domum ædificari, vel ſi hæredem meum damnauero inſulam ædificare, Celſo placet, non ante agi poſſe ex ea cauſa, quam tẽpus præteriiſſet, quo inſula ædificari poſſet: nec fideiuſſores dati ante diem tenebuntur. Marcellus cap. 98. Ex hac ſtipulatione, *Inſulam fulciri ſpondes?* quando naſcatur actio, quæritur. & vtique nõ eſt expectandum vt ruat. nec enim nihil ſtipulatoris intereſt, fultam potius eſſe, quàm non eſſe, nec tamen recte agetur, ſi nondum præterierit tantum tempus quo fulcire potuerit redemptor. Ex his igitur locis apparet, ante tempus quod tacitè ineſt, agi poſſe, & agi non poſſe. Sed hoc qua ratione fiat, ſatis colligitur ex verbis Venuleij. ca. 137. inf. Is n. de ſtipulatione, *inſulã fieri*, loquens, Item, inquit, ſi non inchoetur opus, id tantum æſtimetur, quod in illo interuallo effici potuit. d. l. continuus. §. item qui inſulam. Itaque cum Pomponius, & Marcellus aiunt, ante lapſum totius temporis agi non poſſe, ſic accipiendum hoc eſt, vt æſtimatio totius operis, de quo ſtipulatio contracta eſt, peti non poſſit. Dictum vero Vlpiani eo pertinet, vt ſi quis petere velit, æſtimationem non totius operis, ſed eius quod illo interuallo effici potuit, ante tempus, minime denegetur ei actio. Et hæc diſtinctio, vt vulgo recepta eſt, ita etiam mihi probatur. Alciatus, & alij quidam, aliter interpretantur: ſed nihil adferunt quod mihi probabilius videatur.

LXXIIII. PAVLVS LIB. XXIIII. AD EDICTVM.

INterdum pura ſtipulatio ex re ipſa dilationẽ capit: veluti ſi id quod in vtero eſt, aut fructus futuros, aut domum ædificari ſtipulatus ſit. Tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præſtari poteſt. Sic qui Carthagini dari ſtipulatur, cum Romæ ſit: tacite tẽpus complecti videtur, quo peruenire Carthaginẽ poteſt. Item, ſi operas à Liberto quis ſtipulatus ſit, non ante dies earũ cedit, quàm indictæ fuerint, néc ſint præſtitæ. Si ſeruus hæreditarius ſtipulatus ſit nullã vim habitura eſt ſtipulatio, niſi adita hæreditas ſit, quaſi conditionem habeat. Idem eſt, & in ſeruo eius, qui apud hoſtes eſt.

Stipulatio, quæ pure concepta eſt, variis ex cauſis dilationem capit, ac vel dies, vel conditio tacite ineſt. Cauſa eſt aut res, aut locus, aut quid aliud huiuſmodi, vt exempla hic adſcripta demonſtrant. Propter rem quæ deducta eſt in ſtipulationem, dies tacite inſt, atq; adeo conditio, vt cum id quod in vtero eſt aut fructus futuros ſtipulamur. l. à. de cond. & demonſt. Propter locũ ineſt tempus, vt puta cum is, qui Romæ eſt, ſibi Carthagini dari ſtipulatur: quod apertius expreſſum eſt infr. ca. 137. l. continuus. §. cum ita. Item propter veriſimilem contrahentium voluntatem ineſt conditio: vt cum patronus à liberto operas ſtipulatur. Id enim agi inter eos videtur, ne ante præſtentur operæ, quàm indicantur, cum ex commodo patroni præſtari debeant, l. quoties. de ope. liber. Sic probabile eſt, quod vulgo dicitur, eum qui mutuam pecuniam dat, non poſſe eam confeſtim repoſcere, antequam ea vti potuerit creditor. l. in commodato. §. ſicut. commoda. l. qui ſic. de ſolut. Sic in omni ſtipulatione pura, tempus aliquod ineſſe dicitur, quo res promiſſa ſolui poſſit. §. vlt. Inſtit. de inutil. ſtipu. l. quod dicimus. l. ratum. de ſolut. Quod tempus, quia iure definitum non eſt, arbitrio iudicis committitur. l. 1. de iure delibe. Cætera exempla nec magni momenti ſunt, nec adeo difficilem explicationem habent.

Stichi promiſſor, poſt moram offerendo purgat moram: certe doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit.

Certæ rei promiſſor, veluti Stichi, vt poſt moram perempta re tenetur ad æſtimationem, l. ſi ex legati. ſupra. ita purgata mora per obligationem factam creditori, omne periculum vitat. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. infra. An idem dicendum ſit de promiſſore rei incertæ, puta pecuniæ, non immerito dubitatur, quoniam hic nullo caſu liberari dicitur, l. incendium. Codic. ſi cert. pet. l. in ratione. §. incertæ. ad l. Falcid. vt ante diximus, in l. ſi certos. Et Paulus hic ait, ſi creditor pecuniam certam ſibi oblatam accipere noluit, quæ poſtea caſu aliquo amiſſa ſit, quamuis debitor ipſo iure liberatus non ſit, tamẽ propter æquitatem doli exceptionem ei competere. Idque Marcellus aliquanto fuſius,

ac di-

& dilucidius expreſſit cap. 72. de ſolu. Qui decem, inquit, debet, ſi eadem obtulerit creditori, & ille ſine iuſta cauſa ea accipere recuſauerit, deinde debitor ea ſine culpa ſua perdiderit, doli mali exceptione poteſt ſe tueri: quanquam aliquando interpellatus non ſoluerit. Etenim non eſt æquum, teneri eum pecunia amiſſa, qui non teneretur, ſi creditor accipere voluiſſet. Quare pro ſoluto id, in quo creditor accipiendo moram fecerit, oportet eſſe.

XV CAIVS LIB. VIII.

AD EDICTVM PROVINCIALE.

STipulationum quædam certæ ſunt, quędam incertæ. Certum eſt quod ex ipſa pronuntiatione apparet, quid, quale quantū ſit. Vt ecce aurei decem, fūdus Tuſculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modij centum, vini Campani optimi amphoræ centum.

LXXV. VLPIANVS LIB. XXII.

AD EDICTVM.

VBi autem non apparet, quid, quale, quátúmque in ſtipulatione eſt, incertam eſſe ſtipulationem dicendum eſt. Ergo ſi quis fundum ſine propria appellatione, vel hominem generaliter ſine proprio nomine, aut vinum, frumentúmve, ſine qualitate dari ſibi ſtipulatur, incertum deducit in obligationem: vſque adeo, vt ſi quis ita ſtipulatus ſit, *Tritici Africi boni modios centum? vini Campani boni amphoras centum?* incertum videatur ſtipulari, quia bono melius inueniri poteſt. Quo fit, vt boni appellatio non ſit certæ rei ſignificatiua, cum id quod bono melius ſit, ipſum quoque bonum ſit. At quis cum optimum ſtipulatur, id ſtipulari intelligitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet: quæ res efficit, vt ea appellatio certi ſignificatiua ſit.

In hoc capite, & ſequenti Caius, atque Vlpianus docent, quæ ſint ſtipulationes certæ atque incertæ. Cuius rei cognitio vtilis eſt in primis, propter actionum formulas: quoniam ex certa ſtipulatione certi condictio, ex incerta actio ex ſtipulatu competit. § 1. Inſtit. de verbor. obligat. l. certi condictio. de rebus credit. Deinde etſi nihil hodie referat quo genere, aut titulo actionis vtemur, tamē alia ratio petēdi eſt tā ex certa quā ex incerta ſtipulatione. Incerta n. petitio tūc admittitur, cū ſtipulatio incerta eſt, vt poſtea dicemus. §. qui illud. Adde, quod ad diſcernendas ſtipulationes vtiles ab inutilibus, hæc quoque diſputatio conducit. leg. ita ſtipulatus. infra. Stipulatio igitur certa eſt, cum ex ipſa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantum ſit quod ſtipulamur: incerta, vbi hæc tria non concurrunt. Certæ ſtipulationis exempla hæc ſunt, Aurei decem, fundus Tuſculanus, Homo Stichus, Tritici Africi optimi modij centum. Nam cum quis Stichum ſtipulatur, aut fundum Tuſculanum, ſatis perſpicuum eſt ex pronuntiatione, qualis, quantáque ea res ſit: tametſi nec qualitas rei, nec quantitas aliter exprimatur. Incertæ ſtipulationis exempla hic referuntur ab Vlpiano: vt ſi quis ſtipulatus ſit fundum, hominem, vinum, frumentum, &c. Sed & ſi quis vinum Campanum bonum certæ quantitatis ſtipulatus ſit, incerta nihilo minus dicitur ſtipulatio. Quia cum bonitatis gradus varij ſint, & aliud alio melius inueniatur, qualitas vini certa dici nō poteſt. Proinde vt certa ſit ſtipulatio, ita concipere eā oportet, Vini Campani optimi amphoras centum. Atque hinc quæritur, an vinum quod mutuum datum eſt, peti poſſit condictione certi, ſi optimum forte datum non eſt. Sed non dubito, quin competat certi condictio, cum certum vinum, id eſt, eiuſdem bonitatis, & æſtimationis debeatur, ac petatur propter naturam cōtractus, & veriſimilem contrahentium voluntatem. l. cum quid. de reb. cred. quamuis de ſtipulatione idem dici non poſſit, cum nulla res certa datur à ſtipulatore quam reddi oporteat.

Fundi certi ſi quis vſumfructum ſtipulalatus fuerit, incerti intelligitur in obligationem deduxiſſe. hoc enim magis iure vtimur.

Siquis ſtipuletur vſumfructum fundi Tuſculani, incerta eſt hæc ſtipulatio. Non enim fundum ſtipulatur, qui certus eſt, ſed fundi vſumfructum, qui eſt incertus. Nam cum vſusfructus morte, & pleriſque aliis modis finiatur, §. finitur. Inſtitut. de vſufructu. incerta eſt quantitas fructuum, quam ſtipulator ex fundo percepturus eſt, vt ante diximus de eo, qui ſtipulatur in ſingulos annos. leg. Stichum. §. ſtipulatio. Et idem paulo poſt dicitur de vſurarum ſtipulatione. §. qui ſortem. infra. Nec aduerſatur huic ſententiæ reſponſum Papiniani, de vſufructu certæ pecuniæ legato cum cautione. leg. tribus. de vſufruct. earum rerum quę vſu cōſum. De vtroque enim legato loquens, vſusfructus ſcilicet, & cautionis, ait, alterum eſſe veluti certi, alterum incerti. Quibus verbis oſtendit, non certi legatum eſſe, vſusfructus ſed veluti certi, quod altero legato, nempe cautionis, aliquanto certius ſit.

Illud dubitationem recipit, ſi quis id, quod ex Arethuſa ancilla natum erit, aut fructus, qui in fundo Tuſculano nati erunt, dari ſibi ſtipulatus ſit, an incertum ſtipulatus videatur. Sed ipſa natura manifeſtiſſimū eſt, incerti eſſe hanc ſtipulationem. Sed qui vinum, aut oleum, vel triticum, quod in horreo eſt, ſtipulatur, certum ſtipulari intelligitur. Qui verò à Titio ita ſtipulatur, *Quod mihi Seius debet, dare ſpondes?* & qui ita ſtipulatur *Quod ex teſtamento mihi debes, dare ſpondes?* incertum in obligationem deduci, licet Seius debeat certum, vel ex teſtamento certum debeatur. quamuis iſtæ ſpecies vix ſeparari poſſint ab ea, quam propoſuimus, de vino, vel oleo, vel tritico, quod in horreo repoſitū eſt. Et adhuc occurrit, quod fideiuſſores certum videantur promittere, ſi modo & is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin & ita interrogentur, *Id fide tua eſſe iubes?*

Tres hic ſpecies proponuntur, in quibus quæritur,

an ſtipulatio certa ſit. Prima ſpecies eſt, cum quis ſtipulatur partum, qui naſcetur ex Arethuſa, aut fructus, qui naſcentur ex fundo Tuſculano. Et Vlpianus ait, incertam eſſe ſtipulationem, idque natura manifeſtiſſimum eſſe. Nihil eſt enim natura incertius rebus futuris, quæ nondum ſubſiſtunt in rerum natura. leg. cum ad præſens. & ſeq. de reb. cred. Cum autem certus ex ancilla partus editus fuerit, aut certi fructus ex agro nati, probabilius ac verius mihi videtur, condictionẽ certi cõpetere. Nam tametſi condictio certi, ex certa ſtipulatione detur, ſicut actio ex ſtipulatu, ex incerta. §. 1. Inſtit. de verbo. obligat. tamen cum ſtipulatio incerta eſt propter rem, quæ certa aliquando futura eſt, vt in hac ſpecie, non tam ſpectatur certitudo contractus, quam rei, quæ petitur, quo tempore competit actio. Hinc Vlpianus ſub tit. de reb. cred. Certi condictio competit ex omni cauſa, & ex omni obligatione, ex qua certum petitur, ſiue ex certo contractu petatur, ſiue ex incerto. Sed obiicitur huic ſententiæ locus Vlpiani cap. 4. de vſur. Si ſtipulatus ſit rem dari, vacuámque poſſeſſionẽ tradi, fructus poſtea captos actione incerti ex ſtipulatu, propter inferiora verba, conſecuturum te, ratio ſuadet. Ego autem reſpondeo, non ſimplicem eſſe rationem petendorum fructuum. Poteſt enim peti certa quantitas fructuum cõdictione certi, vt iam diximus. Poſſunt etiam peti generaliter fructus capti à promiſſore, quorum quantitas, & modus ſtipulatori forte ignotus eſt: quo caſu incerti actione ex ſtipulatu agendum eſt. Idem dicendum, & ſi quis velit, quod ſua intereſt, petere actione incerti, in qua petitione fructus quoque comprehenduntur. Altera ſpecies eſt cum ſtipulatur vinum, aut triticum, quod in illo horreo eſt: in qua ſpecie demonſtratio certam ſtipulationem reddit. Certum eſt, inquit Paulus, cap. 6. de reb. redit. cuius ſpecies, vel quantitas, quæ in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantáque ſit, oſtenditur. Nam & Pedius lib. 1. ſtipulationibus, nihil referre ait, proprio nomine res appellentur, an digito oſtendantur, an vocabulis quibuſdam demonſtrentur, &c. leg. certum. de reb. credit. Cum igitur ex demonſtratione ſatis apparet, quid, quale, quantum ſit in ſtipulatione, merito dicitur certa ſtipulatio eſſe. Tertia ſpecies eſt, cum quis ſtipulatur, quod Seius debet, vel quod ex teſtamento debetur. Quæ ſpecies, ſecundæ dici poteſt ſimilis eſſe. In vtraque enim verba præſens tempus demonſtrant, & relatio in hac poſtrema, non minus, quam in ſecunda, rem certam efficere videtur. Sed ſi quis vtramque paulo diligentius conſideret, non erit ei difficile iudicare, quanto certior hęc ſit altera. In ſecunda .n. res ita demõſtratur, vt ſenſu percipi poſſit, cũ qualitate & quãtitate ſua, ſi quis modo horreum ingredi, & frumentum, quod oſtenſum eſt, inſpicere, ac metiri velit. Debiti verò, aut indebiti cognitio, non adeo expedita, facilíſque eſt. Atque hic locus nos admonet quàm recte, ac vere dictum ſit à Platone, nihil difficilius, quam ſimilitudines, ac diſſimilitudines rerum noſſe. Eſt enim id hominis vel perſpicacis, & qui in quaque re, aut arte multum exercitatus ſit.

Qui id, quod in faciendo, aut non faciendo conſiſtit, ſtipulatur, incertum ſtipulari videtur: in faciendo veluti foſſam fodiri, domum ædificari, vacuam poſſeſſionem tradi in non faciendo, veluti per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat, per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat.

Cum factum quis ſtipulatur, poteſt videri nonnunquam ſtipulatio certa eſſe: vt ſi quis quantitatem exprimat domus, vel foſſæ, aliaque huiuſmodi, ex quibus poſſit apparere, quod, quale quantúmque opus fieri velit ſtipulator. Sed quia non ſubſiſtunt, facta in rerum natura, antequam fiant, leg. 1. de ope. ſeruor. & incertum eſt, an futura ſint, ideo incerta eſſe dicuntur. Adde, quod talis ſtipulatio, id quod intereſt continet, leg. ſi quis ab alio. de re iudic. in quo magna verſatur incertitudo. leg. vlti. de prætor. ſtipul. leg. quatenus. de regu. iur.

Qui illud, aut illud ſtipulatur, veluti decem, vel hominem Stichum: vtrum certum, an incertum deducat in obligationẽ, non immerito quæritur. Nam & res certæ deſignantur, & vtra earum potius præſtanda ſit, in incerto eſt. Sed vtcunque is, qui ſibi electionem cõſtituit, adiectis his verbis, *Vtrum ego velim*, poteſt videri certum ſtipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tantum intendere ſibi dari oportere: qui vero ſibi electionem non conſtituit, incertum ſtipulatur.

Cum quis Stichum, aut Pamphilum ſtipulatur, hæc alternatio incertitudinem parit. leg. Prætor. §. quod autem. de iniur. Cum enim electio eſt promiſſoris, nihil certum ex hac ſtipulatione peti poteſt. §. huic autem. Inſtitut. de act. leg. plerunque. de iure dotium. Stipulationis enim certitudinem ex actione, quæ competit ſtipulatori, metimur. Proinde ſi conuenerit, vt ſtipulatoris ſit electio, rectè dicitur ſtipulatio certa eſſe.

Qui ſortem ſtipulatur, & vſuras quaſcunque, certum & incertum ſtipulatus videtur, & tot ſtipulationes ſunt, quot res.

Si quis ſtipuletur ſortem, & vſuras quaſcunque, id eſt, ſiue trientes, ſiue ſemiſſes, ſiue alias grauiores, aut leuiores vſurás: duæ ſunt ſtipulationes, vna ſortis, altera vſurarum, vt perſpicuum eſt ex his, quæ diximus cap. 16. l. ſi Stichum. §. vlt. ſupr. quarum vna certa eſt, nempe ſtipulatio ſortis, altera eſt incerta. Eſt enim vſurarum præſtatio infinita, nec certum eſt, quantum, aut quandiu in futurum pendentur, vt ſupr. diximus de annuæ quantitatis ſtipulatione, cap. 16.

Hæc ſtipulatio, *Fundum Tuſculanum dari*: oſtendit ſe certi eſſe contin étque, vt dominium omnimodo efficiatur ſtipulatoris quoquo modo.

Cum ex ipſa pronuntiatione appareat, quid, quale, quantumque ſit in hac ſtipulatione, ſatis apparet, eam certam dicendam eſſe. Non idem dicendum eſt de hac ſtipulatione, *Fundum Tuſculanum tradi*: quia non fundus Tuſculanus ea continetur, ſed nuda eius poſſeſſio. Qui enim ſtipulatur fundum Tuſculanum tradi, nudam poſſeſſionem, quæ facti eſt, ſtipulari intelligitur. Et quia facta, antequam fiant, in rerum natura non ſunt: ideo incerta dicuntur. §. illud. ſupra. l. 1. de oper. ſer. Itaque nihilo magis certa eſt hæc ſtipulatio, quam ſi quis fundi Tuſculani vſumfructum ſtipuletur. §. fundi. ſupra. Qui vero ſtipulatur fundum Tuſculanum ſimpliciter, aut quod idem eſt, fundum Tuſculanum dari, rem ipſam, quæ certa eſt, non eius poſſeſſionem ſtipulatur. At enim acquiri non poteſt ſtipulatori

ſine traditione, dixerit aliquis: factum igitur continet hæc ſtipulatio. Reſpondeo, eum qui ita ſtipulatur, nihil de traditione exprimere. Itaque continetur hac ſtipulatione, vt dominium efficiatur ſtipulatoris ſiue traditione, ſiue quocunque alio modo. Nam & ſine traditione dominium aliquãdo acquiri poteſt. §. interdum. Inſtit. de rerum diuiſio. l. 1. de except. rei vendic. Hinc vulgo annotari ſolet, eum, qui dare promiſit, præciſe ad dandum obligari, nec liberari, id quod intereſt præſtando. l. ſi ſeruum. 91. §. vltim. infra. l. in se furtiua. da condi. furti. & hoc differre obligationes dandi, ab obligationibus faciendi, vt ſupra diximus. l. ſtipulationes non diuiduntur. Alius tamen eſt ſenſus horum verborum, vt ex iam dictis conſtat. Nec per omnia vera eſt vulgaris hæc diſtinctio. Nam etſi res, quam quis dari ſtipulatus eſt, in obligatione, ac petitione ſit: tamen officio iudicis continetur, vt litis æſtimationem ſoluens abſoluatur. Quod maximè locum habet in rebus, pondere, numero, menſura conſtantibus, in quas nulla probabilis cadit affectio, niſi fortè hæ res ſint neceſſariæ creditori: vt de frumento Siculo ſcribit Cicero lib. 5. in Verrem. leg. quoties in diem. ſupra. l. vinum. ſupra, de reb. cred. l. cum quis. ſupra, de obligat. & actio. Sed & de rebus quoque alijs multa exempla reperiuntur. leg. ſi ſeruus venditus. de euict. leg. venditor 2. §. vltim. de hæred. vel actio vendit. leg 3. §. item quæri. ſupra, de reb. eor. qui ſub tutel. l. certum. de confeſſ. Nam etſi ſtrictam rationem ſequendo, dici poſſit, aliud pro alio hic ſolui: tamen ea res non multum incommodi affert: quia pecunia res omnes compenſantur: & in lite æſtimanda, non modo pretium rei ſpectatur, ſed etiam id, quod præterea intereſt, adeo vt contumacię quoque interdum habeatur ratio. Itaque iudicatum, qui pecuniam, & litis æſtimationem dare paratus eſt, incarcerandum non eſſe arbitror, ſed eum tantum, qui omnem ſolutionem detrectat. l. 1. Cod. qui bonis ced. poſſ. Quod cum ita ſe habeat, perſpicuum eſt, inter obligationes dandi, ac faciendi, non multum intereſſe. Non inficior tamen, in vtriſque aliquando, ſuadente æquitate, rem, quę à reo poſſidetur, auferri poſſe, vt ſupra diximus in leg. ſtipula. non diuidũtur. Quod in obligationibus reſtituendi pręcipuè obſaruatur. leg. qui reſtituere. de rei vindic. leg. ſtipulatio. §. ſiue autem. de noui operis nunt. Adde & quoſdam caſus vulgo obſeruari, in quibus ab eo, qui dare promiſit, id quod intereſt, tantummodo peti videtur, ſicut in faciendi obligationibus. l. ſi pœnam. ſupra. l. liber homo. §. vlt. infra. Sed de his alibi opportunius.

LXXVI. PAVLVS LIB. XVIII. AD EDICTVM.

SI ſtipulatus fuerim, *Illud, aut illud, quod ego voluero?* hæc electio perſonalis eſt, & ideo ſeruo vel filio talis electio cohæret: in hæredes tamẽ tranſit obligatio, etiam ante electionem mortuo ſtipulatore.

Si quis ſtipulatus ſit, illud, aut illud, vtrum voluerit, quæritur, an hęc electio perſonalis ſit, & an alius, quam ſtipulator eligere poſſit? Et Paulus docet, quatenus perſonalis ſit hæc electio. Si enim, inquit, ſeruus, aut filius ita ſtipulatus ſit, eligendi facultas ita cohæret perſonæ ſtipulatoris, vt nec pater, nec dominus eligere poſſit. Idemque ſcriptum eſt à Caio cap. vlt. de electione, quæ in perſonam extranei collata eſt. Sed cum is, qui ſui iuris eſt, ſtipulatur, eo mortuo tranſit facultas eligendi ad hæredem, ad quem & actio hæreditaria ex ſtipulatu. Ac quod magis mirum eſt, tranſit electio quoque in legatarium, in quem actio ex ſtipulatione transfertur. Ait enim Vlpianus, ſub tit. de leg. 1. l. ſi ſic legatum. 78. §. vlt. Si quis ita ſtipulatus, *Stichum, aut decem, vtrum ego velim?* legauerit, quod ei debeatur, tenebitur hęres eius, vt pręſtet legatario actionem, electionem habituro, vtrum Stichum, an decem perſequi malit. Sed vnde varietas hæc iuris, vt electio à perſona filij in patrem non tranſeat, à perſona tamen defuncti, non ſolum in hæredem, ſed etiam in legatarium transferatur? Variæ excogitantur rationes tantæ diuerſitatis à vulgaribus Doctoribus: mihi autem ex eo pendere id videtur, quod iam ſæpe à nobis dictum eſt, nempe, in ſtipulationibus ſemper inſpiciendum eſſe quid actum ſit. leg. eum qui Calendis. ſupra. Cum enim vni acquiritur obligatio, ſiue per ſe, ſiue per alium, & alterius perſona exprimitur: perſonalis intelligitur eſſe electio, ne fruſtra nominari ea perſona videatur. exemplum vnum hic eſt, cum filius ſtipulatur, &c. Alterum exemplum eſt in cap. vlt. cum quis ſtipulatur, illud, aut illud, vtrum Titius voluerit. Si vero exprimatur perſona ipſius, cui acquiritur obligatio, veriſimile non eſt hoc actum eſſe, vt perſonalis ſit electio. Atque ideo is eligendi facultatem habet, ad quem tranſit obligatio, & actio ex ſtipulatione, ſiue hæres, ſiue legatarius is ſit, vt ante diximus. l. illud. de opt. leg. dict. l. ſi ſic legatum. §. vlt.

Cum ſtipulamur, *Quicquid te dare facere oportet?* id duntaxat, quod præſenti die debetur, in ſtipulationem deducitur, non, vt in iudiciis, etiam futurum. Et ideo in ſtipulatione adiicitur verbum, *Oportebit*, vel ita, *Præſens in diémve*. Hoc ideo fit, quia qui ſic ſtipulatur, *Quicquid te dare facere oportet?* demonſtrat eam pecuniam, quæ iam debetur. Quod ſi totam demonſtrare vult, dicit, *Oportet oportebitve*, vel ita, *præſens in diémve*.

Si quis ita ſtipuletur, *Quicquid te dare facere oportet?* hoc verbum, quod præſens tempus demonſtrat, ad futurum non refertur. l. ſi à colono. infra. Atque ideo ex hac ſtipulatione, nihil poterit peti, niſi quod tempore ſtipulationis contractæ debebatur. Nam ſi verba obſcura contra ſtipulatorem interpretemur, l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſupra. multo magis verborum, quæ clara ſunt, ſignificationem amplectimur, eique hęremus, ne promiſſori noceatur. l. ſi ſeruitus. de ſeruit. vrb. præd. Vnde fit, vt in legatis idem ius eſſe dicatur, l. ſi ita ſcripſiſſe. de leg. 2. quoniam in vltimis voluntatibus non aliter à verborum ſignificatione recedimus, quam ſi teſtatorem aliud ſenſiſſe appareat. l. non aliter. de lega. 3. Contra tamen, ſi verbo futuri temporis vſi ſint contrahentes, puta hoc modo, *Quicquid te dare oportebit.* præſens quoque debitũ continetur. l. verbum oportebit. de verborum ſignifi. quia hic à verborum ſignificatione non receditur. Quod enim mihi nunc dare oportet, id poſtea dare oportebit, donec ſolutum, ſatisfactúmve fuerit. Sanè in pleriſque iudiciis hoc verbum latius porrigitur, cum ita intendimus, *Si paret dare oportere.* l. verbum oportere. de verb. ſign. ſed de iudiciis alius eſt differendi locus. Not. in l. non poteſt. l. non quemadmodum. de iudic.

LXXVII. IDEM LIB. LVIII. AD EDICTVM.

AD diẽ ſub pœna pecunia promiſſa, & ante diẽ mortuo promiſſore, cõmitte-

Digitized by Google

gis valeat, quàm pereat. c. 22. eod. tit. ſemper in dubiis id agendum, vt quã tutiſſimo loco res ſit, bona fide cõtracta. cap. 63. de reg. iur. Quoties idem ſermo duas ſẽtẽtias exprimit, ea potiſſimum accipiatur, quæ rei gerendæ aptior eſt. Cum autem nulla coniectura eſt, ex qua poſſit voluntas contrahentium apparere, ſequimur id, quod minimum eſt, & contra ſtipulatorẽ interpretamur. l. ſemper in ſtipulationibus. de regul. iur. vt diximus ſupra, c. 38. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus.

LXXXI. IDEM LIB. LXXVII.

AD EDICTVM.

QVoties quis alium ſiſti promittit, nec adiicit pœnam, puta, vel ſeruum ſuũ, vel hominem liberum, quæritur, an committatur ſtipulatio. Et Celſus ait, etſi non eſt huic ſtipulationi additum, *Niſi ſteterit, pœnam dari*: id quanti intereſt ſiſti, contineri. Et verũ eſt, quod Celſus ait. Nam qui alium ſiſti promittit, hoc promittit, id ſe acturum, vt ſtet.

Si quis alium aliquid daturum, facturúmve promittat, inutilem ſtipulationem eſſe, certi iuris eſt, §. ſi quis alium, Inſti. de inutil. ſtipul. Qua de re non indiligenter diſſeruimus cap. 38. Sed hoc ius ex ſubtilitate quadam arcta oritur, quamuis vtilitatem habeat. Proinde quoties occurrit ſtipulatio, quæ aliqua ſubtili interpretatione defendi poſſit, facile eo inclinant Iurecõſulti, vt eam valere dicant. Sic ſubtilitate ſubtilitas, vt clauo clauus eliditur. Exemplum vnum eſt ſub tit. de conſtitut. pecu. l. qui autem. ſi quis promiſerit Titium pro ſe fideiuſſurum. Hunc enim interpretantur factũ ſuum promittere, quaſi ſe daturum Titium fideiuſſorem promittat. Vtraque enim oratione idem ſignificatur. Si igitur quis promittat alium ſiſti, nulla ratio impedit, ac ne verborum quidem proprietas, quo minus ita accipiamus, quaſi ſiſtere, & exhibere illũ promittat. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita. ſupra. Quidam hũc locum intelligunt de ſtipulatione Prætoria, cuius eſt benignior interpretatio quàm conuẽtionalis. l. in ſtipulatione. infra rem rat. hab. l. in conuentionalibus, ſupra. Nam & inſcriptio capitis indicat ſumptum id eſſe ex tit. de prætor. ſtipul. Sed melius eſt fortaſſis, vt hæc verba, quæ generalia ſunt de quocumque ſtipulationis genere accipiantur.

Si procurator ſiſti aliquem, ſine pœna ſtipulatus ſit, poteſt defendi non ſuam, ſed eius, cuius negotium geſſit, vtilitatem in eã rem deduxiſſe: idque fortius dicendum eſt, *& ſi quanti ea res eſt*, ſtipulatio proponatur procuratoris.

Cum procurator aliquem ſiſti promittit, non videtur vtilis eſſe ſtipulatio, quia ſtipulatoris non intereſt. l. ſtipulatio iſta. §. alteri ſupra. Verum vt valeat ſtipulatio potius, quàm pereat, ſecundum regulã prius traditam cap. 80. ſic accipimus, quaſi vtilitatem domini in hãc ſtipulationem deduxerit. Quãuis enim procurator ex ſtipulatione ſibi acquirat obligationem, non domino, vt dixi cap. 79. tamen. ſtipulatio propter eũdem modum domini, vtilitatémque defenditur. Sed hic locus paulo plenius, & fuſius tractatur apud Neratiũ, §. 14. tit. Si quis caution. ſupra.

LXXXII. IDEM LIB. LXXXVIII.

AD EDICTVM.

NEmo rem ſuam vtiliter ſtipulatur, ſed pretium rei ſuæ, non inutiliter. Sane rem meam mihi reſtitui recte ſtipulari videor.

Si quis rem ſuam ſtipuletur, inutilis eſt ſtipulatio: quia qui dominus eſt rei, ex nulla alia cauſa põt eũ acquirere. De pretio tamẽ rei ſtipulatio vtiliter contrahitur, cum rei pretium à re multum differat. l. qui vas. §. vltim. de furt. l. fundum Cornelianum. de nouat. leg. ſi alij de vſufru. Eademque eſt ratio poſſeſſionis, aut vſusfructus. l. eum qui ita 56. § qui proprietatem. Proinde ſi quis ſtipuletur rem ſuam ſibi reſtitui, aut tradi, quam forte non poſſidet, vtilis eſt hæc ſtipulatio, quæ non tam de re quàm de poſſeſſione rei interponitur. Quid autem dicitur, inutilem eſſe ſtipulationem rei propriæ, perpetuum non eſt, ſed exceptiones aliquas habet, de quibus cap. 29. & cap. 31.

Si poſt moram promiſſoris homo deceſſerit, tenetur nihilominus, perinde ac ſi homo viueret: & hic moram videtur feciſſe, qui litigare maluerit, quàm reſtituere.

Quæ ad huius capitis interpretationem pertinent, ſatis diligenter tractata ſunt ſupra, cap. 23. Illud addendum eſt, eum moram facere, qui litigare mavult, quam reſtituere, niſi iuſtam aliquam ac probabilem litigandi cauſam habeat, vt puta quia ſucceſſit in locum debitoris. l. qui in alterius. de regul. iur. Hinc dicitur in regula iuris, Qui ſine dolo malo ad iudicium prouocat, non videtur moram facere. l. qui ſine dolo. Et in alia regula, Non poteſt improbus videri, qui ignorat quantum ſoluere debeat. l. non poteſt improbus. Et Paulus ſub tit. de vſur. cap. 24. Si quis, inquit, ſolutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur feciſſe moram, vtique ſi iuſte ad iudicium prouocauit.

LXXXIII. PAVLVS LIB. LXXII.

AD EDICTVM.

INter ſtipulantem, & promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum, facturúmve eum, non obligatur. Nam de ſe quenque promittere oportet, & qui ſpondet *Dolum malum abeſſe abfuturumve eſſe*, non ſimplex abnutiuum ſpondet, ſed curaturum ſe, vt dolus malus abſit. Idémque in illis ſtipulationibus, *Habere licere*, item, *Neque per te, neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat.*

Hoc caput ſatis interpretati ſumus cap. 38.

Si Stichum ſtipulatus de alio ſentiam, tu de alio, nihil actum erit. Quod & in iudiciis Ariſto exiſtimauit. Sed hic magis eſt, vt is petitus videatur, de quo actor ſenſerit. Nam ſtipulatio ex vtriuſque conſenſu valet: iudicium autem etiam in inuitum redditur, & ideo potius actori credendum eſt: alioquin ſemper negabit reus ſe conſenſiſſe.

Cum ſtipulatio ſine duorum conſenſu non perficiatur, perſpicuum eſt, ſi Stichum ſtipulatus de vno ſentiat, promiſſor de alio, quia duo ſunt forte eiuſdem nominis ſerui, ſtipulationem non valere. l. continuus. §. 1. infra. l. in omnibus. ſupra de obligation. Tunc enim ad coniecturas recurrimus, aut eis deficientibus contra ſtipulatorem interpretamur, cum incertum eſt, quid actum ſit inter contrahentes. Nam ſi certum ſit eos diſſenſiſſe, nullus eſt interpretationi locus relictus. Iudicij alia ratio eſt, nec irritum fit propter diſſenſum actoris, & rei. Non enim vtriuſque conſenſus hic requiritur, vt in ſtipulatione, quia iudicium etiam in inuitum redditur. Si quis igitur Stichum petens, ſentiat de vno, & reus forte videns ſe conuinci teſtimoniis, contendat ſe de alio eiuſdem nominis ſenſiſſe, iudiciū accipiendo, ſecundum actorem interpretabimur, ne alias reo eludendi iudicij occaſio præbeatur. Sic enim poſſet reus tergiuerſando dicere: Cum de Sticho inter nos iudicium acciperetur, quia duo Stichi ſint, de primo ſenſi: quem me debere pernego. De ſecundo illo, de quo te ſenſiſſe ais, tunc videro, cum eius ſerui nomine iudicium mihi dictabitur. Hic vides eluſorium fore iudicium, ſi id accipiamus, quod reus, non quod actor ſenſerit. Vnde Vlpianus ſub tit. de iudic. Si quis, inquit, intentione ambigua, vel oratione vſus ſit, id quod vtilius ei eſt, accipiendum eſt. l. ſi quis intentione. Sed ſequi non pōt condēnatio, niſi ante ſentētiam appareat iudici, de quo actū ſit, vel ex pactis vel ex ipſi' actoris declaratione. Ad hæc probatio ſemper hic neceſſaria eſt, quæ & tum requiritur, cum inter litigantes conuenit, de quo actum ſit. l. qui accuſare. C. de edend. Vlpianus cap. 5. de rei vindic. Si plures ſint eiuſdem nominis ſerui, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum ſit, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem. Quod cum ita ſit, nullam habet conquirendi cauſam is, vnde petitur, ob hanc declarationem voluntatis, quæ permittitur actori, quia nullum effectum habitura eſt, niſi certam rem ſibi debitam eſſe docuerit. In ſumma, nihil refert in iudiciis, quid ſenſerit reus, ſed tantum inſpicimus quid ſenſerit, ac declarauerit actor, quidque ſibi debitum eſſe tandem probauerit. Sic enim fit, vt ſine vlla rei captione ratum ſit iudicium. Quidam vir eruditus, cuius monumenta iam fato functi, non ita pridem exierunt, Connanus, tit. de verbor. obligat. alium huius loci ſenſum cōmentus eſt, quem hactenus latuiſſe ait, ſed opinor hominem, non vulgaris doctrinæ, ac iudicij, ſi vixiſſet diutius, id emendaturum fuiſſe.

Si ſtipulante me ſtichum, aut Pamphilum, tu vnum daturum te ſpoponderis, conſtat non teneri te, nec ad interrogatum eſſe reſponſum. Diuerſa cauſa eſt ſummarum, veluti, *Decem aut viginti dare ſpondes?* Hic enim etſi decem ſpoponderis, recte reſponſum eſt: quia ſemper in ſummis, id quod minus eſt, ſponderi videtur. Item ſi ego plures res ſtipuler, Stichum puta, & Pamphilum, licet vnum ſpopōderis, teneris. Videris enim ad vnam ex duabus ſtipulationibus reſpondiſſe.

Si interrogatus de vna re, duas coniunctim promittat, aut contra, quatenus valet ſtipulatio, ſatis dictum eſt c. 1. De alternatione rerum maior eſt dubitatio: veluti cum mihi ſtipulanti Stichum, aut Pamphilum, tu Stichum promittis. Cum enim promiſſoris ſit electio, niſi aliud actum ſit, leg. vbi. §. qui illud, eaque ſit mens ſtipulatoris, vt alterum habeat, quem promiſſor voluerit: videtur valere ſtipulatio, quaſi Stichum promiſſor ſtatim eligat, atque ita ſtipulator & promiſſor in idem conſentiant. Sed Paulus noſter hic ait, ſtipulationem non valere, quod ad interrogatum promiſſor non reſponderit. Nec verum eſt, ſtipulatorem hoc animo diſiunctim ſtipulari, vt alter tantum ſibi promittatur, quaſi nihil interſit ſtipulatoris, vtrum horum fiat. Nam ſtipulatori longe vtilius eſt vtrunque ſibi diſiūctim, quam alterum promittit: quia cum duę res in ſtipulationem deducūtur diſiunctim, vna perēpta, vel ſtipulatoris facta ex alia cauſa, nihilominus debetur altera, l. ſi Stichum. ſupra. l. ſi in emptione. §. vltim. de contrah. empt. In ſummis vero nihil cauſari poteſt ſtipulator, cur diſiunctim ſibi plures ſummas, quàm vnam tantum, promitti malit. Ac idcirco diuerſitas reſponſionis hic non nocet ſtipulationi. Quod autem hic dicitur, valere ſtipulationem, ſi de minore ſumma reſponſum ſit, rationem habet: quia ſi ſimpliciter reſponſum eſſet minor. ſumma deberetur, ſupra cap. 12. Sed etſi de maiore ſumma reſponſum ſit, adhuc ſtipulationem valere arbitror, quaſi in eam ſummam, tam ſtipulator, quàm promiſſor, conſenſiſſe intelligantur.

Sacram rem, vel religioſam, vel vſibus publicis vel perpetuum relictam, vt forum, aut baſilicam, aut hominem liberum, inutiliter ſtipulor: quamuis res ſacra profana fieri, aut vſibus publicis relicta, in priuatos vſus reuerti, & ex libero ſeruus fieri poſſit. Nam & cum quis rem profanam, aut Stichum dare promiſit, liberatur, ſi ſine facto eius res ſacra eſſe cœperit, aut Stichus ad libertatem peruenerit: nec reuocatur in obligationem, ſi rurſus lege aliqua, & res ſacra profana eſſe cœperit, & Stichus ex liberto ſeruus effectus ſit: quoniam vna atque eadem cauſa & deliberandi, & obligandi ſit, & quod aut dari non poſſit, aut dari poſſit. Nam & ſi nauem, quam ſpopondit, dominus diſſoluiſſet. & iiſdem tabulis compegiſſet, quia eadem nauis eſſet, inciperet obligari. Pro quo & illud dici poſſe Pedius ſcribit, Si ſtipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeam, donec naſcatur: & ſi natum ſine culpa promiſſoris conſumptum ſit, rurſum expectare debeam, donec iterum naſcatur, & dari poſſit, & per has vices aut ceſſaturam, aut valituram ſtipulationem. Sed hæc diſſimilia ſunt. Adeo enim, cum liber homo promiſſus eſt, ſeruitutis tempus ſpectandum non eſt, vt ne hæc quidem ſtipulatio de homine libero probanda ſit, *Illum cum ſeruus eſſe cœperit, dare ſpondes?* Item *cum locum cum ex ſacro, religioſóve profanus eſſe cœperit, dare ſpondes?* quia nec præſentis obligationem temporis recipere poteſt: & ea duntaxat, quæ natura ſui poſſibilia ſunt, deducuntur in obligationem. Vini autem non ſpeciem, ſed genus

ſtipulari

pulari videmur, & tacite in ea tempus continetur: homo liber certa ſpecie continetur, & caſum aduerſámque fortunam ſpectari hominis liberi, neque ciuile, neque naturale eſt. Nam de his rebus recte negotium gerimus, quæ ſubiici vſibus, dominióque noſtro ſtatim poſſunt. Et nauis, ſi hac mente reſoluta eſt, vt in alium vſum tabulæ deſtinarentur, licet mutato conſilio perficiatur, tamen & perempta prior nauis, & hæc alia dicenda eſt. Sed etſi reficiendæ nauis cauſa omnes tabulæ refixæ ſint, nondum intercidiſſe nauis videtur, & compoſitis rurſus tabulis eadem nauis eſſe incipit: ſicuti de ædibus depoſita tigna ea mente, vt reponantur, ædium ſunt. Sed ſi vſque ad aream depoſita ſint, licet eadem materia reſtituatur, alia erit. Hic tractatus etiam ad Prætorias ſtipulationes pertinet, quibus de teſtituenda re cauetur, & an eadem res ſit quæritur.

Hoc caput pertinet ad ſtipulationem earum rerum, quæ in commercio humano non ſunt. Cuius capitis loci quinque ſunt præcipui.

I. Stipulationem rei, quæ non eſt in commercio hominum, inutilem eſſe.

II. Non ideo conualeſcere eam ſtipulationem, quod res in commercio eſſe cœperit.

III. Si res aliqua poſt ſtipulationem deſierit in commercio eſſe, debitorem liberari.

IIII. Obligationem, quæ ob eam cauſam extincta eſt, non reſtitui.

V. Etſi conferatur ſtipulatio in tempus, quo futura eſt in commercio, non protinus eam valere. Præter hos quinque locos, qui etiam in Inſtitutionibus breuiter, & dilucide deſcribuntur, ſub titul. de inut. ſtip. cætera quæ hic extant, πάρεργα ſunt, & horum gratia explicandorum adiecta. Nunc ſequitur eorum verborum, quæ nobis viſa ſunt obſcuriora, explanatio.

Sacram rem. Exempla ſunt earum rerum, quæ non ſunt in commercio humano, de quibus ſupra ſub tit. de rer. diuiſ. Nam publicæ res (vt de cæteris taceam) id eſt, quæ publicis vſibus relictæ, vt Paulus hic loquitur, in commercio hominum non ſunt: veluti theatrum, campus Martius: l. apud Iulianum. §. vltim. de legat. 1. tametſi earum rerum, quæ in pecunia ſunt populi, commercium ſit: cuiuſmodi ſunt prædia quædam, vectigaliáque publica. l. ſed Celſus. de contrahend. emptio. Harum igitur inutilis eſt ſtipulatio, quia dari non poſſunt. Nos enim de ſtipulatione hic loquimur, qua rem dari ſtipulamur, non de ea, qua ſtipulamur, rem tradi, vel alia huiuſmodi, quæ nudum factum continent. l. ſi rem tradi. ſupra. Nam & ſi quis ſtipuletur ædem ſacram, vel locum religioſum ædificari, valet ſtipulatio, ſup. cap. 38. De iis rebus, quæ commercio hominum exemptæ non ſunt, ſed tamen earum commercium non habent aliqui, diximus ſup. cap. 34.

Quamuis res ſacra. Secundus eſt locus huius capitis, quo admonemur, ſtipulationem non pendere ex euentu, ſed ab initio non valere. §. idem iuris. Inſtit. de inutil. ſtipul.

Nam & cum quis. Tertius eſt locus de liberatione: de quo & aliquid attigimus cap. 51.

Nec reuocantur. Quartus locus hic eſt, quo oſtendit Paulus, extinctam obligationem non ideo reſtitui, quod res ad priſtinum ſtatum redierit poſt liberationem. Cum enim res huiuſmodi ſtatum ſuum, & conditionem mutat, alia quædam res nouáque eſſe intelligitur. Id quod Paulus 98. cap. tit. de ſolut. ſubtiliter demonſtrat. l. qui res. §. aream. Quamuis autem in eo ca. Paulus Celſi ſententiam reprehendat, qui exiſtimabat in hoc caſu ſeruum ex ſtipulatione peti poſſe: tamen obtinuit ſententia Celſi in legato. Verba eius hæc ſunt, ſub tit. de legatis 3. Seruus quoque legatus ſi interim manumittatur, & poſtea factus ſit ſeruus, peti poteſt. l. ſi chorus. §. vlt. Nec Pauli ſententia illi contraria eſt, quæ ad ſtipulationes tantum non etiam ad legata pertinet. Nam vt illud generale mittam, pleniorem eſſe teſtamentorum interpretationem. l. in teſtamentis. de reg. iur. nouum non eſt, media tempora in teſtamentis non nocere. Idque cum ſcriptum extet de perſonis, cur ad res minime producatur, non video. l. 6. §. ſolemus. l. ſi alienum. §. 1. de hæred. inſti.

Quorum vna, atque eadem. Obſcurus hic eſt noſter Paulus, & cõciſus more ſuo. Sed mihi videtur hic ſenſus eſſe, non ideo reſtitui obligationem, ſtatu rei mutato, quod vna & eadem cauſa liberandi & obligandi ſit, &c. Videbatur enim hac ratione res in obligationem reuocari, quia vna atque eadem cauſa eſt liberandi & obligandi. Cauſa obligandi eſt, quia res dari poteſt. Cauſa liberandi, ſiue obligationem extinguendi, quia dari non poſſe cœpit, quod deſierit eſſe in commercio. Ergo ſi ad priſtinum ſtatum redierit, & cœperit rurſus in commercio eſſe, videtur in obligationem reuocari debere. Sed hæc ratio Paulum non mouet, quia extincta obligatio in perpetuum reſtitui non poteſt. d. §. aream.

Nam & ſi nauem. Ex ratione ſuperiore, quam diſputandi gratia obiter commemorauit Paulus conſequi videbatur, quod iam diximus, ſtatu rei mutato, obligationem reſtitui. Iam duas ſpecies ſubiicit, in quibus videtur ob eandem cauſam obligatio extincta conualeſcere: ſed eas huic multum diſſimiles eſſe, poſtea oſtendit.

Adeo enim. Si ſtipulatio conferatur in tempus quo futura eſt res in commercio humano, ne hoc quidem caſu valet: quia præſentis temporis habenda ratio eſt, id eſt, eius temporis, quo contrahitur ſtipulatio. Eadem igitur ratione non conualeſcit, cum poſt extinctam obligationem res cœpit dari poſſe. Quod autem dicitur, præſens tempus ſpectari, verum eſt in ſtipulationibus harum rerum, de quibus loquimur, quæ in commercio hominum non ſunt, quoniam, mutato ſtatu, & conditione rei, ipſa quoque res mutari, & alia quodammodo eſſe videtur. Cum vero quis ſtipulatur rem ſuam, ſpectatur tempus exiſtentis conditionis, vt ſi eo tempore aliena fuerit, ſtipulatio valeat. l. ſi rem meam 31. Status enim rei idem ſemper manet, etſi dominus rei mutatus fuerit.

Vini autem. Oſtendit, quanta ſit diſſimilitudo inter ſuperiores ſpecies, de vino, & de naue & ſtipulationem rei, quæ exempta eſt hominum commercio. Sed horum non admodum difficilis eſt explicatio.

Si rem, quam ex cauſa lucratiua ſtipulatus ſum, nactus fuero ex cauſa lucratiua, euaneſcit ſtipulatio. Sed etſi hæres extitero domino, extinguitur ſtipulatio. Si verò à me hærede defunctus eam legauerit, poteſt agi ex ſtipulatu. Idémque eſt & ſi ſub conditione legata ſit, quia & ſi ipſe debitor rem ſub conditione legatam dediſſet, non liberaretur: ſed ſi conditione deficiente remanſerit, petitio infirmabitur.

Quod vulgo dicitur, duas lucratiuas cauſas concur-

tere non poſſe §.ſi res.Inſti.de legat.l.omnes.ſupra de obligat.& act.quemadmodum accipiendum ſit, Paulus noſter hic docet, vt puta ſi is,qui ſtipulatus eſt rem aliquam ex cauſa lucratiua, veluti donationis, ex alia cauſa lucratiua, veluti legati, eam poſtea nactus ſit. Promiſſor enim non minus liberatur, quàm ſi ea res ſine eius culpa interiiſſet, cum neutro caſu dari poſſit. Acquirere enim nemo poteſt, quod iam habet. Inter cauſas autem lucratiuas nominatur cauſa hæreditaria, vt hic Paulus ait, Cod.de impo.lucr.deſcript. quamuis hæreditas onera, atque incommoda plerunque habeat, quia gratis, & ſine pretio defertur hæreditas. Quod ſi ex cauſa emptionis rem conſecutus ſit, quia hęc cauſa nec lucratiua,nec gratuita eſt,is aduerſus promiſſorem agere non prohibetur. Qui enim pretiū pro re dedit,rem habere non intelligitur. Præterea ſi res ad ſtipulatorem ita peruenerit, vt poſſit ab eo auocari,adhuc agi aduerſus promiſſorem poterit, vt his exemplis demonſtratur. Hinc Iulianus ſub tit. de legat.1. Non quocunque modo, ait, ſi legatarij res facta fuerit, die cedente obligatio legati extinguitur: ſed ita, ſi eo modo fuerit eius, quo ab eo auelli non poſſit.le.non quocunque.84.

Stichum qui deceſſerit, ſi ſtipuler, ſiquidem condici etiam poteſt mortuus, vt furi: vtiliter me ſtipulatum, Sabinus ait. Si vero ex aliis cauſis, inutiliter: quia etſi deberetur, morte promiſſor liberaretur. Idem ergo dicetur, & ſi mora facta defunctum ſtipularer.

Stipulatio hominis mortui inutilis eſt,quia dari non poteſt. l. ſi homo mortuus. ſupra. Quod eſt accipiendum, niſi homo mortuus ita debeatur ſtipulatori, vt eum condicere ac petere poſſit. Idque contingit,cum quis ſtipulatur à fure, aut ab eo, qui moram fecit,ſi poſt moram homo deceſſerit. Neuter enim Sticho mortuo liberatur. l. ſi ex legati. ſupra.l.in re furtiua.de condic.furt.l.merito.de vi & vi armata.

Si quis ancillam ſiſtere ſe aliquo in loco promiſerit,quę prægnans erat,& ſi ſine partu eam ſiſtat,in eadem cauſa eam ſiſtere intelligitur.

Qui promittit ſeruum ſiſtere,in eadem cauſa,& ſtatu eum ſiſtere debet. l. ſup. ſi ex nox.cauſ. At ſi partus ancillæ prægnantis editus ſit poſt contractam ſtipulationem, matrem, ipſam ſiſtere ſufficit, nec partum ſiſtere neceſſe eſt, vt Paulus hîc ait. Actum enim eſt de matre tantum,cuius non mutatur ſtatus, aut conditio, ac idcirco in eadem cauſa ſiſti dicitur. ſupra ſi ex noxali cauſa. Nam partus ancillæ poſtquam editus eſt,adeo ſeparata res eſt ab ancilla, vt pars eius non habeatur, auctore Vlpiano,c.19.de vſucap.l.ſi aliena.

LXXXIV. PAVLVS LIB. LXXIV. AD EDICTVM.

SI inſulam fieri ſtipulatus ſim,& tranſierit tempus, quo potueris facere,quandiu litem conteſtatus non ſim, poſſe te facientem liberari placet. Quod ſi litem iam conteſtatus ſim,nihil prodeſſe tibi, ſi ædifices.

Si quis ſtipulatus fuerit inſulam fieri, non poteſt cogere promiſſorem ad faciendum: ſed aduerſus eum agit, ad æſtimationem facti poſt moram, vt diximus cap. 72. l.ſtipulationes non diuiduntur. Quid igitur, ſi reus poſtea moræ, & ceſſationis ſuæ pœniteat, maliſque facere, quàm æſtimationem ſoluere? Paulus hic ait, facientem liberari, donec ſtipulator pecuniam petens, litem cum eo conteſtatus fuerit: poſt litem conteſtatam non liberari. Cuius diuerſitatis rationem poſtea docebimus. Duo igitur ſunt loci præcipue obſeruandi in hoc capite. Vnus eſt, de moræ purgatione in vniuerſum. Alter eſt de tempore, quod purgationi præſtitutum eſt. Quod ad primum attinet, ſciendum eſt, ſi promiſſor operis moram fecerit, hanc vim eſſe & effectum moræ, vt transfundatur obligatio faciendi, in obligationem pecuniæ. Nec refert, an certa pecunia promiſſa ſit, an non ſit. l. ſtipulationes non diuidi. ſi pt.l.obligationum fere.ſupra de obligat.& actio. Atque accidit in hac ſpecie, in qua tunc promiſſor dicatur eſſe in mora, cum poſt interpellationem ſtipulatoris tempus præterit, quo potuit facere: vt annotauimus ſupra cap. 14. Sed nimis durum, & ab æquitate alienum viſum eſt, ita ſtricte,& (vt Græci dicunt) *ἀκριβῶς* hoc accipere, vt reſipiſcenti nulla detur venia. Quare ſi poſt moram offerat promiſſor, quod continetur ſtipulatione, is moram à ſe factam purgare & emendare dicitur, ita vt non imputetur ei, & ſequens oblatio vitium omne & incommodum, quod ex mora naſcitur, quaſi diluat & abſtergeat. Itaque obligationes, quæ in non faciendo conſiſtunt, veluti *Per te non fieri, quo minus mihi liceat*, non magnopere ad hunc tractatum pertinent, quia nullum factum eſt, quod offerri queat, ad vitandam condemnationem: nec quod factum eſt, à promiſſore, infectum vlla ratione fieri poteſt, l.in bello.§.factæ.de capt. & poſtlim. Eadem quoque eſt cauſa factorum quorundam quæ amplius præſtari non poſſunt: vt certa opera quæ præteriit.l.ſi quando de oper.lib.l.6.de vſufr. legat. Sane interdum obligatio facti ea eſt, vt ſi is, qui contra quam cautum eſt, fecit, pœnitentia ductus quieſcat & deſiſtat ab incepto, nullum putiatur damnum aduerſarius. Quo caſu pœnitentia facile ignoſcitur. Exemplum eſt apud Paulum de locatore fundi, qui paucis diebus colonum frui prohibuit, deinde pœnitentiam egit, cum omnia colono integra eſſent. leg. ſi in lege. §. colonus. loca. Hæc autem æquitas, ex qua moræ purgatio oritur, non tantum in obligationibus faciendi locum habet, ſed etiam interdum in iis, quæ in dando conſiſtunt, vt ſi quis Stichum, vel aliam certam rem promiſerit. Cum enim mora hic quoque incommodum afferat debitori, ſi forte res poſtea interierit, quia poſt interitum tenetur ad æſtimationem, æquum non videtur offerendi facultatem ei denegari, ſi moram corrigere velit, ne periculum interitus ſubeat. l. interdum. §. vltim. ſupra.leg.ſi ſeruum. §. ſequitur. infra. Duo igitur hic notanda ſunt, vnum eſt, oblatione debitoris moram purgari. Sed addendum illud eſt, facto quoque aliquo purgari poſſe, quod vim oblationis habeat, puta nouatione, aut ſtipulatione, vt oſtendimus. cap. 56. ad finem. Alterum eſt, moræ purgationem admitti, propter æquitatem, & *ἐπιείκειαν*, cum ius repugnet, aut certe deficiat. Verba hæc ſunt Pauli in cap. 91. quibus id aperte demonſtrat: Celſus adoleſcens ſcribit, eum qui moram fecerit in ſoluendo Sticho, quem promiſerat, poſſe emendare eam moram, poſtea offerendo. Hanc enim quæſtionem eſſe de bono & æquo: in quo genere plerumque ſub autoritate iuris ſcientiæ pernicioſè, inquit, erratur. Et hoc animaduerſione dignum eſt vt intelligamus, in hac diſputatione, quæ tot quæſtiones, tamque varias, continet, omnia ad hunc veluti ſcopum referenda eſſe. Atque hinc conſequens eſt, huic purgationi tunc locum non eſſe, cum id æquum non eſſe apparet: veluti cum ita

conuenit

conuenit inter contrahentes. l. ſancimus. Cod. de fideiuſſor. nihil enim magis congruit æquitati, quàm ea, quæ placuerint inter aliquos, ſeruari. l. 1. de pact. Conueniſſe autem tum quoque intelligimus, cum in concipienda ſtipulatione ita ſibi cauit ſtipulator, vt minime obſcurum ſit, eum voluiſſe reo purgandæ moræ facultatem adimere, vt cum ſtipulatio diem certam, pœnámque certam continet, hoc modo, *Si intra Calendas inſulam non feceris, centum dabis?* l. traiectitiæ. de obligat. & action. l. Celſus. de arbitr. In hac enim ſtipulatione adeo certa eſt contrahentium voluntas, vt nullus locus indulgentiæ, aut interpretationi illi, quæ *ἐκ τῶν ἐπιεικῶν* fit, relinquetur. Sed vt hæc commodius explicentur, quatuor caſus ſeparatim conſiderandi ſunt. Primus eſt, cum ſtipulatio nec diem certam, nec pœnam habet, vt in hoc Pauli exemplo, *Inſulam fieri ſpondes?* Secundus, cum ſtipulatio diem habet, ſine pœna: vt, *Intra Calendas inſulam fieri ſpondes?* Nam hic non ſatis ſibi cauet ſtipulator, etſi plus exprimat, quam in priore caſu. Quamuis enim certam diem adiiciat, tamen quia certam pœnam non ſtipulatur, videtur hoc animo eſſe, vt ſi non fiat intra Calendas inſula, ſtatuat iudex, quod æquum eſſe viſum fuerit. Quare hic locus eſt indulgentiæ, & interpretationi, quam ex bono & æquo fieri diximus, & iudex reum condemnat ad æſtimationem quæ petita eſt, vel eum facere voluntatem abſoluit. Tertius caſus, cum ſtipulatio pœnam habet, ſine die certa: vt, *Centum dari ſi inſulam non feceris, &c.* Cum enim tempus inſit huic ſtipulationi, quod incertum eſt, quodque tractum habet, neceſſaria hic eſt interpretatio. Ac tametſi fere id tempus ineſſe intelligamus, quo inſula fieri poteſt, l. continuus. infra. tamen æquitate ſuadente, latius id interpretamur, vt poſtea faciens liberetur. l. ſi cùm dies. §. vltim. de arb. l. qui Romæ. §. Flauius, infra. Quartus caſus eſt, cum ſtipulatio diem certam pœnámque certam continet, vt iam diximus. Quo caſu nulla eſt in ſtipulatione obſcuritas, quæ iudicis clementiam, benignitatémque in interpretanda voluntate ex bono & æquo requirat. dict. l. traiectitiæ. Sed & natura quoque conditionis hic ſpectari debet, propter quam reus ad purgandam moram non admittitur. Conditione enim exiſtente, committitur ſtipulatio: ea deficiente, non cōmittitur. Nec vnquam dicitur exiſtere conditio, ſi à forma & conceptione eius receſſum ſit: niſi forte contraria voluntas ex coniecturis colligatur. l. qui hæredi. de cond. & demon. Proinde ſi quis ſtipulatus ſit centum, ſi intra Calendas datum non ſit, nil prodeſt reo, poſt Calendas offerre, ad vitandam pœnam: quia quoquo ſe vertat reus, ſemper verum eſt, vt Celſus ait, intra Calendas datum non eſſe, l. Celſus. de arbitr. In hac igitur ſpecie ſic exiſtit conditio, vt nunquam poſſit non exiſtere: quia licet dare poſſit, tamen intra Calendas dare non poteſt. Quod ſi ponamus, pœnam promiſſam eſſe, ſi datum non fuerit, non expreſſo certo tempore: & ſi modicum tempus inſit, quo præterito, pœna poteſt peti, tamen poſt illud tempus offerens, non condemnabitur. l. ſi cum dies. §. vltim. Ac ſi quis obiiciat, præterito illo tempore, extitiſſe conditionem, & commiſſam ſtipulationem eſſe, reſpondeo, re poſtea oblata, defeciſſe conditionem videri: quia verum eſt datum eſſe, quamuis intra tempus datum non ſit. Cum enim tempus à ſtipulatore expreſſum non ſit, iudex incertitudinem & obſcuritatem latius & benignius interpretari poteſt: nec ideo à forma, & conceptione conditionis receditur, quæ certum tempus nullum habuit. Itaque quoties obligatio diem & conditionem habet, moræ purgatio non admittitur: vt Scæuola reſpondit de ſeruis, qui conditioni reddendarum rationum intra certa tempora non paruerunt. l. Thais, §. intra. de fideicom. liber. Semper enim verum eſt, intra tempus præſtitutum rationes redditas non eſſe, ideoque conditionem exiſtere non poſſe, quæ ſemel defecit. Superior diſtinctio confirmatur verbis Vlpiani, cap. 1. de penu leg. quæ neſcio quo modo aliis quibuſdam ei aduerſari videntur. Si penus, inquit, ſemel legata ſit, non per ſingulos annos, certo iure vtimur, in præſtatione eſſe duntaxat penum, quantitatem vero peti poſſe. Habebit igitur hæres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia conteſtetur: niſi forte aliud tempus vel mente, vel verbis teſtator præſtituerit. Hactenus Vlpianus in eo capite: in quo nihil aliud eſt, quod ad rem pertineat. Nam in priora ſpecie de penu legata in ſingulos annos, in qua dies certe eſt, moram purgari non dicit. Eſtque ſimilis locus Iuliani, tit. quando dies lega. ced. cap. 19. Cum ſine præfinitione temporis, legatum ita datum fuerit, *Vxori meæ penum hæres dato: ſi non dederit, centum dato:* vnum legatum intelligitur, & ſtatim peti poteſt. Penoris enim cauſa eo tantum pertinet, vt ante litem conteſtatam tradito penore hæres liberetur. Pauli quoque reſponſum cap. 47. de act. empt. quod pro contrario nobis obiicitur, vt noſtram ſententiam iuuare potius quàm infirmare, mihi videtur. Lucius Titius, inquit, accepta pecunia ad materias vendendas ſub pœna certa, ita vt ſi non integras præſtiterit intra ſtatuta tempora, pœna conueniatur: partim datis materiis, deceſſit. Cum igitur teſtator in pœnam commiſerit, neque eius hæres reliquam materiam exhibuerit, an in pœnam, & in vſuras conueniri poſſit. præſertim cum emptor mutuatus pecuniam, vſuras grauiſſimas expenderit? Paulus reſpondit, Ex contractu de quo quæritur, etiam hæredem venditoris in pœnam conueniri poſſe. In actione quoque ex empto, officio iudicis poſt moram intercedentem, vſurarum pretii rationem haberi oportere. In hac ſpecie, in qua obligatio certam diem certámque pœnam habet, credunt aliqui, poſt tempus moram purgari, propter ea verba: *Neque eius hæres reliquam materiam exhibuerit*, quaſi pœna exigi non poſſit, ſi hæres materiam exhibere velit. Sed inſcriptio eius capitis admonet reſponſum eſſe Pauli, ex facto conſulti, cui res vti geſta erat, expoſita fuit. Ac fit plerunque vt in huiuſmodi conſultationibus, ea narrentur, ſine quibus idem reſpondendum eſſet, vt aliàs admonuimus. Quare argumento, quod hic ducitur à contrario ſenſu ab hominibus parum eruditis, nihil eſt ineptius. Probabilius eſt quod contra nos educitur ex Caio, cap. 8. ſi quis caut. iudic. ſiſt. Et ſi poſt tres, inquit, aut quinque pluréſve dies, quam iudicio ſiſti ſe reus promiſit, ſecum agendi poteſtatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum ſit: conſequens eſt, dici, defendi eum debere per exceptionem. Sed ſuperior diſputatio ad ſtipulationes conuentionales non ad Prætorias pertinet, cuiuſmodi eſt ſtipulatio, *iudicio ſiſti*. Eſt enim Prætoriarum ſtipulationum benignior interpretatio, quàm conuentionalium, ſup. ca. 52. Itaque mirum non eſt, ſi nec certa dies, nec pœna moræ purgationem hic impediat, vt Caius ſenſiſſe videtur, quamuis apud eum nulla ſit pœnæ mentio. Sed hactenus de die & conditione, ſiue pœna, quæ ſtipulationi adiicitur. Ad alia tranſeundum eſt, ex eo æquitatis fonte manantia, ad quam diximus ſemper reſpiciendum eſſe, in hac diſputatione. Ac in primis animaduertendum eſt, ſi ius actoris factum ſit deterius, moram oblatione non purgari: veluti in ſtipulatione, *Inſulam ædificari*, ſi locus deſtinatus ædificationi poſt moram alienatus ſit: aut in ſtipulatione, *Iudicio ſiſti*, ſi actio tempore perierit. l. & ſi poſt tres. ſi quis cautio. iudic. l. mancipiorum. de optio. leg. Ac generaliter idem dicendum eſt, ſi quocunque modo actoris interſit. l. vti-

que,.de arbit. Quod eſt accipiendum in obligationibus faciendi, ſi ſupra facti æſtimationem intereſt. Nam quod ad eam æſtimationem attinet, actoris ſemper intereſt: alioqui ne vlla quidem ei competeret actio. Sed receptum eſt, eum qui non ſolum facere vult: ſed etiam ſoluere, quod præter æſtimationem facti intereſt, abſoluendum eſſe. Hoc enim æquitas exigit, nec vlla hic eſt certior regula: cum in tanta varietate cauſarum & factorum, nihil in vniuerſum definiri poſſit. Argum. l. de acceſſionibus. ſupra de diuerſ. temp. præſcript. l. Mæuia. §. vxor. de ann. leg. Quoties igitur res deſiit integra eſſe, non recipitur moræ purgatio. dict. l. mancipiorum. Hinc Iulianus, Qui ob rem defenſam, inquit, non ſoluit, quamuis poſtea paratus ſit defendere, non repetet quod ſoluerit. l. qui ob rem. de condi. indeb. Ex iam dictis conſequitur, ne creditori quidem moræ purgandę facultatem denegandum eſſe, cum eadem ſit æquitas, & ratio: vt puta ſi rem ſibi oblatam à debitore accipere noluit, quam nunc paratus eſt accipere, ne ipſius periculum ſit, ſi forte intereat. l. ſemel mora. ſolut. mat. Illud enim non minus æquum eſt, quam vulgo iactatum; nouiſſimam quanque moram nocere. l. illud. de peri. & commo. rei vendit. Ac de mora creditoris extat Scæuolæ reſponſum infra cap. 135. in quo creditori, vt agere poſſit, permittitur poſt moram offerre. l. ſi ita quis. §. Seia. Sed hoc explicabimus ſuo loco. Ex duobus locis, quos præcipue obſeruandos hic eſſe admonuimus, alter nunc tractandus ſupereſt, de tempore, intra quod mora purgari debeat. Paulus noſter in obligationibus faciendi præſcribit tempus litis conteſtatæ. Quod & in aliis obligationibus locum habet, in quibus mora purgatur, aliud offerendo, quàm quòd debetur, ac petitur. l. ſi quis ſtipulatus. 57. de ſolut. l. 1. de penu legat. Nam iudicium accipiendo, noua quædam obligatio contrahitur inter actorem & reum. leg. 3. §. idem ſcribit. de pec. ac tacite conuenit inter eos, vt ſi actor probauerit quod intendit, reus id præſtet quod petitur, &c. Vt exempli gratia, intendit actor reum promiſiſſe domum ædificari: & quia id factum non eſt, petit æſtimationem: reus conteſtatur inficiando: deinde paratus eſt facere, ſed propter nouum hunc contractum, non admittitur eius oblatio. Eodem pertinet quod ſcribunt Vlpianus & Paulus ad edictum de conſtituta pecunia. Hæc autem verba Prætoris, *Neque feciſſe*, vtrum ad tempus conſtituti pertineant, an vero vſque ad litis conteſtationem trahamus, dubitari poteſt. Et puto ad tempus conſtituti. Paulus lib. 20. ad Edictum. Sed & ſi alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla iuſta cauſa fuit non accipiendi: æquum eſt ſuccurri reo, aut exceptione aut iuſta interpretatione: vt factum actoris vſque ad tempus iudicij ipſi noceat: vt illa verba, *Neque feciſſe*, hoc ſignificēt, vt neque in diem, in quem conſtituit, fecerit, neque poſtea. Quem locum ideo recitaui, vt vulgarium interpretum ſocordiam oſtenderem, ac patefacerem, qui non animaduerterunt, vtrunque de obligatione faciendi tantum loqui, & ea verba edicti interpretari, quæ ad factum pertinent. Nec ſententiæ noſtræ illud contrarium eſt quod ſcribit Caius, cap. 8. tit. ſi quis cautio. Et ſi poſt tres, aut quinque, pluréſve dies, quam iudicio ſiſti ſe reus promiſit, ſecum agendi poteſtatem fecerit, ne actoris ius ex mora deterius factum ſit, conſequens eſt dici, defendi eum debere per exceptionem. Nam in eo loco ita ſit mentio temporis vt nullum certum tempus definiatur. Proinde intelligendum eſt ſecundum hanc Pauli ſententiam, donec lis fuerit conteſtata in actione pœnali, &c. Ne Vlpiani quidem locus cap. 3. iudic. ſol. nobis aduerſatur: Si plures fuerint fideiuſſores, poſtea quàm cum vno lis conteſtata eſt, ex clauſula, ob rem non defenſam, ipſe reus poteſt ſuſcipere defenſionem. Non enim admittitur lite conteſtata, ad defendendum fideiuſſor, cum quo lis conteſtata eſt, ſed reus principalis potius, cum quo lis conteſtata non eſt. Verùm in cōſequentiam id quoque fideiuſſori prodeſt, vt abſoluatur, propterea quod fideiuſſoria obligatio principalis obligationis acceſſio quædam eſt. Eſtque exemplum huic non diſſimile ſub titulo de tranſaction. cap. 7. Alius locus obiicitur ex lib. 5. reſponſorum Scæuolæ, de fideiuſſore euictionis, aduerſum quem emptor prædij agebat, petens quod ſua intererat prædium euictum non eſſe. Qua in ſpecie reſpondit Scæuola, reum offerentem prædium, quod euictum eſt, non modo poſt litem conteſtatam, ſed etiam poſt ſententiam abſoluendum eſſe. Verba eius hæc ſunt capit. 15. de doli except. Fideiuſſor euictionis nomine condemnatus, id prædium quod euictum eſt, & omnia præſtare paratus eſt, quæ iure empti continentur: quæro an agentem emptorem ex cauſa iudicati exceptione doli mali ſubmouere poteſt? Reſpondit exceptionem quidem opponi poſſe: iudicem autem æſtimaturum, vt pro damnis emptori ſatisfiat. Verum ſi diligenter hypotheſim expendamus, de qua conſultus ſuit Scæuola, facile apparebit nihil proponi, cur abſolui reus non debeat, cum neque mora vlla, neque culpa eius arguatur. Iniquum enim eſſet fideiuſſorem, qui forte conuentus ab emptore bonam fidem agnouit, nec per eum ſtetit, quo minus prædium obtineret emptor, offerentem prædium, & quicquid præterea intereſt, non abſolui. Solet autem Scæuola, vt & plerique alij veteres Iureconſulti, ſecundum id, quod proponitur reſpondere, omiſſa quæſtione, ac diſputatione de facto, vt aliàs admonuimus. leg. qui Romæ. §. Agerius. Eadémque videtur ratio venditoris eſſe, ſi moram non fecerit. l. emptori. 67. de euict. Hæc de obligationibus faciendi, & aliis huiuſmodi, in quibus aliud offertur moræ purgandæ cauſa quam quod petitum eſt. Aliud eſt genus obligationis, in quo reus non aliud pro alio ſoluere vult, ſed idem, quod petitum eſt ab actore. Huius generis eſt ſtipulatio certæ ſpeciei, puta Stichi. Nam tametſi petitus ſit Stichus, & lis eo nomine conteſtata: tamen offerre eum poterit debitor, donec res iudicata fuerit, ſi velit periculum interitus vitare. l. interdum. §. vlt. ſuprà. Non enim impedit litis conteſtatio, quo minus illud ipſum offeratur, quod petitum eſt: quia cum omnino ſatisfit actori, iudicium abſolutorium eſſe neceſſe eſt, ſecundum iuris antiqui regulam. §. vltim. Inſtit. de perpet. & temp. Interdum vult aliquis moram à ſe factam purgare, vt aduerſus alium agere poſſit, vt in reſponſo Scæuolæ, cap. 135. cuius ante meminimus. Quo caſu abſurdum eſt litis conteſtatæ tempus expectari, id eſt, tempus quo aduerſarius egerit, & litem conteſtatus fuerit, qui fortaſſis de agendo non cogitat. Proinde intra modicum tempus, quòd definietur arbitrio iudicis offerre quòd debet, & moram purgare poſſe dicitur. Ex iam dictis perſpicuum eſt, ex varietate cauſarum, tantam iuris varietatem naſci, & eos, qui ob hanc Pauli ſententiam, quam interpretamur, putant in omnibus obligationibus, tempus litis conteſtatæ ſpectandum eſſe, non diſſimiliter facere, ac eos, qui [illegible], vt Claudius Galenus ait. Sed hæc hactenus, ne, vt à pleriſque hic factum eſt, de fæce, quod aiunt, nimis hauriamus.

LXXXV. PAVLVS LIB. LXXIV. AD EDICTVM.

IN executione obligationis ſciendum eſt, quatuor cauſas eſſe. Nam interdum eſt aliquid

aliquid, quod à ſingulis hæredibus diuiſim conſequi poſſumus: aliud quod totum peri neceſſe eſt, nec diuiſim præſtari poteſt: aliud, quod pro parte petitur, ſed ſolui niſi totum non poteſt: aliud quod ſolidum petendum eſt, licet in ſolutionem admittat partis executionem. Prima ſpecies pertinet ad promiſſorem certæ pecuniæ. Nam & petitio & ſolutio, ad portiones hæreditarias ſpectant. Secunda ad opus, quod teſtator fieri iuſſerit. Nam ſinguli hæredes in ſolidum tenentur: quia operis effectus in partes ſcindi non poteſt. Quod ſi ſtipulatus fuero: *Per te, hæredémque tuum non fieri, quo minus eam agam? ſi aduerſus ea factum, ſit tantum dari?* & vnus ex pluribus hæredibus promiſſoris me prohibeat: vetior eſt ſententia exiſtimantium vnius facto omnes teneri: quoniam licet ab vno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: ſed cæteris familiæ erciſcundæ iudicio ſarciet damnum. Pro parte peti, ſolui autem niſi totum non poteſt: veluti cum ſtipulatus ſum hominem incertum. Nam petitio eius ſcinditur: ſolui vero, niſi in ſolidum, non poteſt. Alioquin in diuerſis hominibus partes ſoluerentur. quod non potuit defunctus facere: ne quod ſtipulatus ſum, non conſequar. Idem iuris eſt, & ſi quis decem, aut hominem promiſerit. In ſolidum veto agi oportet, & partis ſolutio adfert liberationem, cum ex cauſa euictionis intendimus. Nam auctoris hæredes in ſolidum denunciandi ſunt, omnéſque debent ſubſiſtere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur: ſed vnicuique pro parte hæreditaria præſtatio iniungitur.

Paulus lib. 74. ad edictum varias diuiſiones obligationis deſcripſit, quarum aliquæ ad modum & rationem obligationis contrahendæ magis, quam ad executionem pertinent, vt ea quæ legitur cap. 43. titul. de oblig. & action. Aliæ verſantur circa executionem obligationis, id eſt, petitionem, exactionem, ſolutionem. Sic enim accipitur hoc verbum apud iuris auctores lege, ſi minor. 66. ſupra. l. quidam. 132. infra. l. centum. de eo quod cert. loc. Quatuor igitur ſpectanda ſunt circa executionem obligationis, vel quatuor cauſæ ſunt, vt Paulus loquitur, non hic ſolum, ſed & in capit. 43. de obligat. cuius capitis eadem eſt quæ huius Inſcriptio.

I. Quædam eſt obligatio: ex qua pro parte peti poteſt, ac pro parte quoque ſolui: vt ſi quis ſtipulatus ſit pecuniam certam, puta centum. Nam ſi promiſſor deceſſerit, pluribus hæredibus relictis, ſtipulator à ſingulis diuiſim pecuniam debitam conſequetur. Eademque eſt ratio ſpeciei certæ, veluti Stichi: l. ſtipulatus. §. qui derem, de ſolutio. Idque oſtendimus ſupra. cap. 2. & c. 54.

II. Alia eſt obligatio omnino indiuidua, ex qua ſolidum peti, & præſtari neceſſe eſt. Vt ſi quis ſtipulatus ſit opus aliquod certum fieri, puta domum, theatrum. Nam huius operis effectus, ſiue effectio in partes hæreditarias ſcindi non poteſt: id eſt, pro parte hæreditaria opus effici non poteſt. Quod à nobis demonſtratum eſt ſupra in Catonianæ diſtinctionis enarratione, & repetitum cap. 72. Idemque ius eſt in ſtipulatione concepta in non faciendo, de qua diximus cap. 2. ſupra. vbi & de ſeruitutibus, quarum eſt eadem, quæ factorum, ratio.

III. Alia eſt obligatio, ex qua pars quidem petitur, ac ſoluitur: ſed parte ſoluta pendet liberatio ex euentu. Veluti cum quis hominem in certum ſtipulatus eſt, vt docuimus ſupra cap. 2.

IIII. Alia eſt obligatio ex qua ſolidum quidem petitur, ſed diuiditur ſolutio pro parte hæreditaria: vt puta cum emptor aduerſus venditoris hæredes ex cauſa euictionis agit. Nam tametſi omnes hæredes in ſolidum denuntientur, & conueniantur, vt defenſionem cauſæ ſuſcipiant, tamen ſi id non fiat, ſinguli condemnantur pro parte hæreditaria. l. 4. §. ſi is, qui duplam. ſupra. l. cum ex cauſa. infra. l. ſi rem quæ. 62. §. 1. de euict. Cur autem in ſolidum defendere debeant hæredes venditoris, mirum pleriſque videtur, cum obligatio ſit diuidua, & rem venditam habere pro parte hæreditaria liceat. Sed animaduertendum eſt, quo caſu promittitur dupla, rationem iuris non permittere, vt pro parte defenſio admittatur: quia conditio, ſub qua promittitur ea pœna, diuiſionem non recipit. l. 5. §. vltim. ſup. Si vero promiſſa non ſit pœna aliqua, tamen quia in iudiciis bonæ fidei ea pro expreſſis habentur, quæ moris ſunt, ac conſuetudinis: l. quod ſi nolit, § quia aſſidua, de ædilit. edict. ideo ineſſe aliqua conditio hic intelligitur, vt ſi res defenſa non fuerit, ſimpla, vel dupla præſtetur à venditore. Quare venditioni à natura dicitur indiuiſa eſſe à Venuleio cap. 139. infra. Et hanc ſententiam noſtram adiuuat, & confirmat ſpecies, quæ mox ſubiicitur de pœna, ſub conditione promiſſa. Hæc ſtrictim annotare voluimus de diuiduis, & indiuiduis obligationibus, vt ſit hæc diuiſio veluti anacephalæoſis quædam eorum, quæ ſupra, variis in locis tractata plenius, explicatáque ſunt. Nam alioqui hoc caput vberiorem & accuratiorem interpretationem requirebat.

Item ſi ita ſtipulatio facta ſit, *Si fundus Titianus datus non erit, dari centum?* niſi totus detur, pœna committitur centum: nec prodeſt partes fundi dari: ceſſante vna: quemadmodum non prodeſt ad pignus liberandum partem creditori ſoluere.

Ideo hic ſubiicitur hæc ſpecies, quia ſimilis eſt ſuperiori de euictione. Nam ſi quis ita ſtipulatus ſit, *Si fundus Titianus datus non erit, centum dari?* pœna committitur aduerſus omnes in ſolidum, niſi totus fundus detur: quia diuiſionem non recipit conditio. Sed nihilominus tenentur ſinguli pro parte, vt docuimus ſupra cap. 5. ad finem: ex quo loco ſumenda ſunt, quæ ad huius explicationem neceſſaria videbuntur.

Quicunque ſub conditione obligatus, curauit, ne conditio exiſteret: nihilominus obligatur.

Nullum inter homines geritur negotium, quod neglectis verborum anguſtiis, paulo latius aliquando non interpretemur, vitandæ iniquitatis, & abſurditatis cauſa, quamuis alias ſtrictam interpretationem recipiat, veluti ſtipulatio. l. ſi ſtipulatus. 111. infra. Itaque promittens aliquid ſub conditione, *ſi nauis ex Aſia venerit*, obligatur, quamuis non venerit nauis ex Aſia, ſi curauerit ne veniret. l. Labeo ſcribit. de contrah. emp. Hinc dicitur in regula iuris, Quoties per eum, cuius intereſt conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac ſi conditio imple-

ta eſſet. l. in Iure ciuili. de reg. iur. Videndum tamen hic eſt, quid actum ſit, vt in omnibus facti quæſtionibus l. eum qui Calendis. ſup. l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. Nam plerumque huiuſmodi coodiiio eſt, vt liceat impedire, ne exiſtat ſecuodum voluntatem contrahentium. Quod in ſponſionibus ludendi cauſa factis accidit, vt puta, *Si vicero? dabis mihi centum.* Si enim arte vel induſtria tua forte perfeceris, ne ego vincam, deficiente coodıtione, pecunia ex ſponſione mihi non debetur.

LXXXVI. VLPIAN. LIB. LXXIX. AD EDICTVM.

QVod dicitur, tor ſtipulationes eſſe, quot res: ibi locum habet, vbi res exprimuntur ſtipulatione: cęterum ſi non fuerint expreſſæ, vna eſt ſtipulatio.

Explanatum hoe fuit ſupra, cap. 29.

LXXXVII. PAVLVS LIB. LXXV. AD EDICTVM.

NEmo rem ſuam fururam, in eum caſum, quo ſuaſit, vtiliter ſtipulatur.

Sicut nemo rem ſuam vtiliter ſtipulatur, quia dari ei non poteſt, vt diximus cap. 31. & 82. ita noo poteſt quiſquam rem alienam ſtipulari, collata ſtipulatione in tempus, quo res ſua futura ſit, quoniam dari eo tempore ei non poteſt. Legatarius tamen rem ſibi legatam ſub conditione, interim vtiliter ſtipulatur ſibi dari, cum extiterit conditio. l. 1. §. ſi quis ſub conditione. ſupra. vt lega. no. cau. Nam etſi exiſtente conditione dominus eſſe dicatur, l. à Titio. de furt. tamen verum germanú ...que dominium non habet, quod iuriſgentium eſt, quodq; poſſeſſione acquiritur. §. per traditionem. Inſtit. de rer. diuiſ. Vtilitatis igitur cauſa receptum eſt, quamuis ſubtilitate quadam iuris habeatur pro domino: arg. l. in reb. C. de iure. dot. is nihiln minus rectè ſtipuletur ſibi dari. Sic ad petendum legatum agit legatarius ex teſtamento, ſi paret ſibi dari oportere: & idem vindicat, vt dominus: quod ius ſingulare eſt, & & communi iure multum abhorret. l. 1. C. com. de leg.

LXXXVIII. PAVLVS LIB. VI. AD PLAVTIVM.

MOta rei fideiuſſori quoq; nocet. Sed ſi fideiuſſor ſeruú obtulerit, & reus moram feeerit: mortuo Sticho fideiuſſori ſuccurrendú eſt. Sed ſi fideiuſſor hominem occiderit, reus liberatur: fideiuſſor autem ex ſtipulatione conuenire poteſt.

Mora rei nocet fideiuſſori, vt ante diximus cap. 49. Quare poſt moram rei ſi perempta ſit res debita, tenetur ad æſtimationem fideiuſſor, tametſi forte moram non fecerit. Ob hanc tamen moram non augetur fideiuſſoris obligatio, vt alibi dicitur. l. centum Capuæ. de eo quod cert. l. vlt. de fideiuſ. Quod autem dicitur, fideiuſſorem teneri ob moram à reo factam, ſic accipiendum eſt, niſi fideiuſſor ipſe diffidens reo occurrerit rem debitam offerendo: id enim æquitas maxime exigit. Contra fideiuſſoris mora, vel culpa minime nocet reo, vti hic dicitur, &c. 49. Nocet vero fideiuſſori, tenetúrque vtili actione, quamuis reus omnino liberatus ſit. l. mora §. vltim. de vſur. l. cum filius. ſupra.

LXXXIX. IDEM LIB. IX. AD PLAVTIVM.

SI à colono, cui fundum in quinquennium locaueram, poſt tres annos ita ſtipulatus fuero, *Quicquid te dare facere oportet:* non amplius in ſtipulationem deducitur, quam quod dari iam oportet. Si autem adiiciatur *oportebitve*, etiàm futura obligatio deducitur.

De hoc ſatis dictum eſt ſuprà, cap. 76.

XC. POMPONIVS LIB. III. EX PLAVTIO.

CVm ſtipulati ſumus pro vſuris legitimis pœnam in ſingulos menſes, ſi ſors ſoluta non ſit, etiamſi ſortis obligatio in iudicium ſit deducta, adhuc tamen pœna creſcit: quia verum eſt pecuniam ſolutam non eſſe.

Obligatione ſortis in iudicium deducta per conteſtationem litis, vſuræ nihilo minus currunt. l. 1. C. de iud. Quo ſenſu accipiendum videtur cap. 35. tit. de vſur. quod alij aliter interpretantur. Nam etſi nouatione voluntaria impediatur curſus vſurarum. l. nouatione. infra de nouat. tamen de ea nouatione, quæ fit iudicio accepto, idem dici non poteſt, vt clare demonſtrat Paulus cap. 29. de nouatio. l. aliam. de nouat. Pœna autem hic pro vſura accipitur, vt, & alias ſæpe. l. lecta. de rebus credit. l. qui ſine. de nego. geſtis. Atque ideo ſi quis in ſingulos annos vel menſes pœnam ſtipulatus ſit pro vſu pecuniæ, fœneratitius contractus recte dici poterit. Aliud dicendum eſt, ſi quis reditum annuum certa pecunia emerit, cuius mentio eſt in Nouellis Iuſtiniani Conſtit. 160. & in Conſtitutionibus Pontificiis. Extra. regimini. de empt. & vendi. Sed hæc diſputatio huius loci non eſt.

Vſuræ currunt per litis conteſtationem & impediuntur nouatione.

XCI. PAVLVS LIB. XVII. AD PLAVTIVM.

SI ſeruum ſtipulatus fuero, & nulla mora intercedente ſeruus deceſſerit: ſi quidem occidat eum promiſſor, expeditum eſt. Si autem negligat infirmum, an teneri debeat promiſſor, quærentibus conſiderandum eſt, vtrum quemadmodum in vindicatione hominis, ſi neglectus à poſſeſſore fuerit, culpæ huius nomine tenetur poſſeſſor, ita & eum dari promiſit: an culpa (quod ad ſtipulationem attinet) in faciendo accipienda ſit, non in non faciendo. quod magis probandum eſt: quia qui dare promiſit, ad dandum, non faciendum, tenetur. Sed ſi ſit quidem res in rebus humanis, ſed dari non poſſit, vt fundus religioſus, puta, vel ſacer factus, vel ſeruus, manumiſſus, vel etiam ab hoſtibus ſi capiatur: culpa in hunc modum diiudicatur vr ſi quidem ipſius promiſſoris res vel tempore ſtipulationis, vel poſtea fuerit, & quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur. Idémque fiet & ſi per alium, poſteaquam ab hoc alienatus

alienatus ſit, id contigerit. Si autem alienus fuerit, & ab alio tale quid acciderit, non tenetur: quia nihil fecit: niſi poſteaquam moratus eſt ſolutionem, aliquid huiuſmodi acciderit. Quam diſtinctionem & Iulianus ſequitur. Item ſi homo, qui fuit promiſſoris, ex præcedenti cauſa ablatus ei fuerit, quod ſtatuliber fuerit; perinde habendus eſt, ac ſi alienum promiſiſſet: quia ſine facto ipſius deſiit eius eſſe. De illo quæritur, an & is, qui neſciens ſe debere occidit, teneatur: quod Iulianus putat in eo, qui cùm neſciret à ſe petitum codicillis, vt reſtitueret, manumiſit.

Dictum fuit ſupra cap. 23. ſi promiſſoris culpa perierit, res debita, nihilo minus eum ad æſtimationem teneri: veluti ſi ſeruum promiſſum occiderit. Si vero neglexerit eum infirmum, ob eamque cauſam deceſſerit, quæritur an teneri debeat promiſſor. Et Paulus noſter his verbis, quæ ſubobſcura ſunt, oſtendit promiſſorem eius tantum culpæ nomine teneri, quæ in faciendo, non quæ in negligendo, conſiſtat. Sic enim legendum hic eſt, vt in Pandectis Florentinis, *An culpa (quod ad ſtipulationem attinet) in faciendo accipienda ſit, non in non faciendo?* quod magis probandum eſt: quia qni dare promiſit, ad dandum, non faciendum tenetur. Nec me latet, quomodo hunc locum vulgo interpretentur cęteri. Sed interpretatio noſtra verbis Pauli magis congruit, nec à ratione & æquitate aliena eſt. Nam qui dare promittit ſeſuum, ad curandum eum, cuſtodierſdúmve non obligatur, ſed ad dandum, quamdiu extat. Non enim æquum eſt eum negligentiam præſtare, qui moram non facit, & per quem non ſtat, quo minus ſoluat, quod debet. Hinc idem Paulus cap. 21. de hæred. vend. Fundi, inquit, venditor fructus præſtat bonæ fidei ratione: quamuis ſi neglexerit, vt alienum, nihil ei imputari poſſit, niſi culpa eius arguatur. l. venditor ex hæreditate. Atque ita accipitur culpa in lege Aquilia, nempe in faciendo, non in negligendo. l. ſi cuius. §. denique. de vſufr. In aliis autem pleriſque iudiciis, negligentiæ nomine fiat condemnatio, veluti in rei vindicatione, l. qui petitorio. l. ſi homo. de rei vindicat. in petitione hæreditatis, l. ſi quid poſſeſſor. §. ſicut autem. l. ei qui. §. vlti. de petit. hæredit. in iudicio redhibitorio: l. quod ſi nolit. §. ſi mancipium. de ædil. edicto. Sed nos de iudicio ex ſtipulatu hic loquimur, quod illis multum diſſimile eſt.

Sed ſi ſit. Docet Paulus variis exemplis, quando teneatur promiſſor, ob culpam, quæ in faciendo conſiſtit.

De illo quæritur. Ignorantia igitur debitoris eum non excuſat, ſi hominem debitum occiderit. Culpam enim ſemper admittit hominis occiſor, etiamſi debitus non ſit: niſi forte iuſtam aliquam occidendi cauſam habuerit. In ſpecie quoque Iuliani da manumiſſione ſerui culpa imputari poteſt hæredi, quod diligenter non inquiſierit, an codicilli à teſtatore relicti eſſent. Sed poteſt incidere ſpecies, in qua nullius culpæ affinis reperiatur promiſſor. Quid enim, ſi bouem, quem ſe neſciebat debere, veſcendi cauſa occiderit? Itaque in hac quæſtione, quæ facti eſt, conſiderandæ ſunt omnes circumſtantiæ, vt cognoſcatur, an in culpa fuerit promiſſor, nécne. At ſufficeret Iuriſconſulto fortaſſis dicere, promiſſorem ob culpam ſuam teneri, ſecundum morem reſpondendi veterum Iureconſultorum. Sed exempla nonnihil ad docendum vtilia ſunt, quibus hic Paulus noſter vſus eſt, modo & dextrè, nec ſuperſtitioſe nimia accipiamus.

Sequitur videre de eo, quod veteres conſtituerunt, quoties culpa interuenerit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum ſit. Et quidem, ſi fecerit promiſſor, quo minus ſoluere poſſit, expeditum intellectum habet conſtitutio. Si vero moratus ſit tantum, hæſitatur, an ſi poſtea in mora non fuerit, extinguatur ſuperior mora. Et Celſus adoleſcens ſcribit, eum, qui moram fecerit in ſoluendo Sticho, quem promiſerat, poſſe emendare eam moram, poſtea offerendo. hanc enim quæſtionem eſſe de bono & æquo, in quo genere plerunque ſub autoritate iuris ſcientiæ pernicioſè (inquit) erratur. Et ſane probabilis eſt hæc ſententia: quam quidem & Iulianus ſequitur. Nam cùm quæritur de damno, & par vtriuſque cauſa eſt: quare non potentior ſit qui tenet, quàm qui perſequitur.

Erratur plerunque in genere boni & æqui ſub autoritate iuris.

Conſtitutum à veteribus eſt, ob culpam debitoris perpetuari aduerſus eum obligationem, ita, vt interitu rei debitæ non extinguatur, ſed ſemper debeatur eius rei æſtimatio. In qua conſtitutione culpa accipitur in faciendo, vt ante diximus. Sed & in culpa quoque dicitur debitor, qui moram facit, nec interitu rei poſt moram liberatur. l. ſi ex legati. ſupr. Verum, Paulus hic ſcribit, ex ſententia Celſi adoleſcentis, reum, qui moram fecit, poſſe eam emendare, poſtea offerendo, idque ex bono & æquo receptum eſſe, cum ius ſtrictum hic deficiat. Et ratio probabilis affertur huius ſententiæ, quia cum vterque moram faciat, nempe debitor & creditor, in pari cauſa melior eſt conditio poſſidentis. l. cum par. 190. de reg. iur. l. 2. ne quis eum qui in ius. Notanda autem obiter ſunt aureola Celſi verba, *In boni & æqui diſputatione plerumque ſub autoritate iuris ſcientiæ pernicioſe errari.* Eſt enim æquum & bonum, benignior ac humanior interpretatio iuris, quæ ſcripto comprehenſa non eſt, quam Ariſtoteles *ἐπιείκειαν* vocat. Quam interpretandi rationem iuriſprudentia nos docet, ideoque ius dicitur ars boni & æqui eſſe ab Vlpiano, l. 1. de iuſt. & iure. Cum igitur hæc boni & æqui tractatio, propria ſit iuris ſcientiæ, nec cuiuſuis hominis ſit, ſed artificis tantum, id eſt Iuriſconſulti, non immerito Celſus ait in hoc genere interdum errari ſub auctoritate iuris ſcientiæ. Sed hunc locum de bono, & æquo, plenius tractauimus ſub tit. de iuſtit. & iur.

Nunc videamus, in quibus perſonis hæc conſtitutio locum habeat: quæ inſpectio duplex eſt: vt primo quæramus, quæ perſonæ efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Vtique autem principalis debitor perpetuat obligationem: acceſſiones autem an perpetuent, dubium eſt. Pomponio perpetuari placet. Quare enim facto ſuo fideiuſſor obligationem tollat? Cuius ſententia vera eſt. Itaque perpetuatur obligatio, tam ipſorum, quam ſucceſſorum ſuorum perſona. Acceſſionibus quoque ſuis, id eſt, fideiuſſoribus, perpetuant obligationem, quia in totam cauſam ſpoponderunt.

Digitized by Google

Dictum fuit ſupra cap.88.

An filiusfamilias, qui iuſſu patris promiſerit, occidendo ſeruum producat patris obligationem, videndum eſt. Pomponius producere putat, ſcilicet, quaſi acceſſionem intelligens eum qui iubeat.

Diximus ſupra cap.49.

Effectus huius conſtitutionis ille eſt, vt adhuc homo peti poſſit. Sed & acceptum ei poſſe ferri creditur, & fideiuſſorem accipi eius obligationis nomine. Nouari autem an poſſit hæc obligatio, dubitationis eſt: quia neque hominem, qui non eſt, neque pecuniam, quæ non debetur, ſtipulari poſſumus. Et ego puto nouationem fieri poſſe, ſi hoc actum inter partes ſit. quod Iuliano placet.

Veteres conſtituerunt, ob culpam debitoris perpetuari obligationem, vt paulo ante diximus. §. ſequitur. Cuius conſtitutionis effectus in quatuor conſiſtit. Nam in primis res promiſſa adhuc peti poſt interitum poteſt, quaſi ſemper duret obligatio. Quia tametſi officio iudicis contineatur, vt condemnet ad æſtimationem: tamen recte petitur res ipſa, ſi paret eã dari oportere, vt Pomponis ait, cap. gen. de condict. cauſ. data.

II. Promiſſori acceptum fieri poteſt, quaſi durante adhuc obligatione, ſine qua non valeret acceptilatio. §. item per acceptilationem. Inſtit. quib. mod. toll. obl.

III. Fideiuſſor accipi poteſt eius obligationis nomine, ſine qua non valeret obligatio fideiuſſoria. l. cum principalis. de reg. iur.

IV. Nouari poteſt obligatio, ſi hoc inter partes actum ſit: quia in locum huius obligationis, quæ adhuc manet, noua ſuccedit obligatio. l. 1. de nouat. Et notandum hic eſt, hac nouationa moram non purgari, quod iam interierit res, quamuis alias nouatione mora purgetur. l. ſi Stichũ. de nouat. l. parui. de condict. fur. Ratio hæc eſt diuerſitatis, quia re nondum perempta, cum ſtipulor animo nouandi, rem ipſam, quæ adhuc eſt, in rebus humanis, ſtipulor: cuius interitu poſtea contingente, liberor. At perempta iam re, cum ſtipulor, videor non rem ipſam, ſed æſtimationem eius ſtipulari, quæ perire non poteſt. l. in ratione. §. incertæ. ad leg. Falcid.

XCII. IDEM LIB. XVIII. AD PLAVTIVM.

SI ita ſtipuler, *Per te non fieri, quo minus mihi hæredique meo vindemiam tollere liceat?* etiam hæredi datur actio.

Veteres credebant facta perſonalia eſſe, & perſonam non egredi: quaſi perſonarum diuerſitas factorum diuerſitatem induceret. §. ſed cum factum. Inſtit. da ſtipul. ſet. vt annotauimus ſupra cap. 38. l. ſtipulatio iſta. §. ſed ſi qui. ſupra. Quia ratione ſtipulatio, de qua hic diſſerimus, ad hæredem ita demum tranſit: ſi hæredis mentio facta ſit: quia tollere vindemiam factum eſt, ſicut per fundum ire. arg. l. apud Iulianum. §. ſi quis alicui. de lega. 1. Ideo autem hæredi datur actio: quia ſtipulari ei licet. d. l. ſtipulatio. §. ſuæ perſonæ. quamuis alias nemo alteri vtiliter ſtipuletur.

XCIII. IDEM LIB. III. AD VITELLIVM.

SI ſic ſtipulatus fuero, per te non fieri, quo minus hominem ex his, quos habes, ſumam? electio mea erit.

Hæc oratio, *hominem ex iis, quos habes, ſumã*, videtur duas ſententias exprimere, & ſic accipi poſſe, vt vel promiſſoris, vel ſtipulatoris ſit electio. Poteſt enim ſtipulator hominem capere, quem promiſſor voluerit. Atque interpretatio orationis ambiguæ contra ſtipulatorem fieri ſolet. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſup. Sed conſuetudo loquendi hic ſpectanda eſt, ſecundum quam nulla hic reperitur ambiguitas. His enim verbis, niſi cauillemur, electio permittitur ſtipulatori, quibus exprimitur, vt ſumat ipſe, non vt promiſſor ei tradat. Non enim adeo fauendum hic eſt promiſſori, vt non magis vſum loquendi inſpiciamus, quam quod is ſenſit, aut ſe ſenſiſſe contendit. Eſt que huius interpretationis aliud exemplum, infra cap. 110. l. ſi mihi. §. vlt.

XCIV. MARCELLVS LIB. III. DIGESTORVM.

TRiticum dare oportere ſtipulatus eſt aliquis: facti quæſtio eſt, non iuris. Igitur ſi de aliquo tritico cogitauerit, id eſt, certi generis, & certæ quantitatis, id habebitur pro expreſſo. Alioquin ſi cum deſtinare genus & modum vellet, non fecerit, nihil ſtipulatus videtur: ne igitur vnum quidem modium.

Stipulatio tritici, nulla certa quantitate expreſſa, inutilis eſt, vt poſtea dicemus ca. 115. l. ita ſtipulatus. Ridiculum enim eſt, eum obligari, qui granum vnum tritici dando liberetur. Si tamen appareat de certo tritico actum eſſe, valet ſtipulatio, non minus, quam ſi expreſſum eſſet. Sycophanticum enim eſt, ita hærere verbis, vt ſententia, ac voluntas nobis antiquior non ſit. l. eum qui Calendis. ſupra l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. Voluntas autem colligitur ex variis coniecturis: de quibus alibi. Vnum exemplum hic poſuiſſe ſufficiat. Cum ſermo habitus eſſet inter duos de certa tritici quantitate alteri danda, nec quidquam aliud ſuperaſſet agendum inter eos, præter ſtipulationem, confirmandæ & adſtringendæ obligationis gratia: tandem ita concepta eſt ſtipulatio, *Triticum mihi dabis? dabo*. In hac ſpecie quantitas tritici non eſt expreſſa à contrahentibus in ſtipulatione concipienda: ſed ex tractatu prius habito apparet de certa quantitate actum eſſe. l. Titia. §. idem reſpondit, infrà.

XCV. IDEM LIB. V. DIGESTORVM.

QVi inſulam fieri ſtipulatur, ita demum acquirit obligationem, ſi appareat, quo in loco fieri inſulam voluerit, & ibi inſulam fieri eius interſit.

Hæc ſpecies ſuperiori ſimilis eſt de tritico: ac in vtraque verſatur incertitudo, propter quam dubitatur, an valeat ſtipulatio. Nam ſi quis inſulam fieri ſtipuletur, non demonſtrato loco, inutilis dicitur eſſe ſtipulatio propter incertitudinem. l. ita ſtipulatus. infra. l. 3. §. ſi quis inſulam. de eo quod certo loco. Quod eſt accipiendum, niſi appareat, quo in loco inſulam fieri voluit, vt de tritico dictum eſt. Si tamen in fundo alieno quis inſulam fieri ſtipulatus ſit, cum non interſit eius, alia ratione vitiatur ſtipulatio, quia ſtipulari alteri nemo poteſt, &c. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. ſup.

XCVI. IDEM LIB. XVIII. DIGESTORVM.

QVi ſeruum mihi ex ſtipulatu debebat, ſi in facinore eum deprehenderit, impune

pune eum occidet: nec vtilis actio erit in eum conſtituenda.

Conſtitutionem veterum, de qua diximus ca.91.hic locus interpretatur. Nam quod dicitur promiſſorem ſerui, eo occiſo teneri, ſic accipiendum eſt, niſi ob iuſtam cauſam occiderit, vt nulla ei culpa imputari poſſit. l. quid ergo. §. ſi hæres. de leg. 1. l. eleganter. §. vlt. de pign. actio. Pone dominum occidiſſe ſeruum, quem in facinore deprehendit. Eſt enim domini animaduerſio in familiam ſuam, l. 1. de his qui ſunt ſui. & l. ſi certus. de S.C. Sillani. Et pleræque aliæ tractantur ab aliis ſpecies, in quibus eadem interpretatio locum habet, & iuſta cauſa ſemper excipitur. l. quæro. §. inter locatorem. loca. cum ſimilibus. Qua ratione moti quidam aiunt clientem ita demum ad iuuandum in bello dominum teneri, ſi iuſta belligerandi cauſa ſit. Sed eo iure, quod in Hortenſij rhapſodia hodie extat, obligatur cliens, ſine hac exceptione. ut. hic finit lex. Nec id ſine ratione. Nullum enim imperium eſſet Principis, aut domini in ſubditos nulla auctoritas, ſi in cauſam ſuſcipiendi belli inquirere eis liceret, exemplo Therſitis illius apud Homerum lib. Iliad. 2. Notum eſt illud Euripidis τὰς τῶν κρατούντων ἀμαρτίας φέρειν.

Nec vtilis. Poſt interitum rei debitæ non videtur actio directa competere: ſed vtilis datur propter conſtitutionem veterum. l. ſi ſeruum §. ſequitur. ſupra. quæ tamen in hoc caſu locum non habet, quia promiſſor omni culpa vacat.

XCVII. CELSVS LIB. XXV. DIGESTORVM.

SI ita ſtipulatus fuero, *Te ſiſti? & niſi ſteteris, hippocentaurum dari?* perinde erit, atque ſi te ſiſti ſolummodo ſtipulatus eſſem.

Stipulatio acceſſoria, etſi inutilis ſit propter impoſſibilitatem, non ideo principalis ſtipulatio vitiatur: vt in hoc exemplo, *Te ſiſti & niſi ſteteris, hippocentaurum dari?* Eſtque ſimilis locus infra, cap. 126. l. ſi ita ſtipulatus. §. vlt. infra Contra tamen acceſſoria & pœnalis vitiatur propter principalem, quæ impoſſibile continet, ſupra ca. 69. l. ſi homo. ſupra.

Poſſum vtiliter à te ita ſtipulari, *Nomine Titij te ſoluturum?* neque enim hoc ſimile eſt illi, *Titium daturum?* ſed ex ea ſtipulatione, dum intereſt mea, agere poſſum. Et ideo ſi locuples ſit Titius, nihil ex hac ſtipulatione conſequi poſſum. Quid enim mea intereſt id à te fieri, quod ſi non feceris, æque ſaluam pecuniam habiturus ſum?

De hac ſtipulatione, *Nomine Titij te ſoluturum?* duplex eſt quæſtio. Vna eſt, an valeat. Et hic dicitur eam valere, nec ſimilem eſſe illi, Titium daturum? qua factum alienum promittitur. l. ſtipulatio iſta. ſupra. Altera quæſtio eſt de vi & effectu huius ſtipulationis. Et pleriſque videretur fideiuſſio quædam hic eſſe, quaſi promiſſor pro Titio fideiubeat. Sed fideiuſſionem non eſſe, illud argumento eſt, quod fideiuſſor nomine ſuo ſoluit. l. indebitam. de condict. indeb. l. Papinianus. mandati. Proinde liberum non eſt ſtipulatori, aduerſus promiſſorem agere ex hac ſtipulatione, ſi locuples ſit Titius, cum tamen hoc iure aduerſus fideiuſſorem ſtatim agere liceat, l. iure noſtro. C. de fideiuſſo. Ideo autem ex hac ſtipulatione ita demum agitur, ſi interſit ſtipulatoris propter inopiam Titij: quia hæc ſtipulatio nudum factum continet, quaſi reus, vt miniſter, procuratórve Titij, promittat ſoluere, & numerare pecuniam, quod facti eſt. leg. conſilio. de curato. furioſ. ſupra. Nam tametſi promiſſor, ſoluendo pecuniam creditori, eam accipientis faciat: tamen inſpicitur, quod principaliter agitur inter eos, vt ſupra annotauimus de eo, qui ſtipulatur pecuniam ſibi mutuam dari, cap. 68. l. ſi pœnam. ſupra. Nec diſſimilis eſt ſtipulatio illa, *Mihi aut Titio dari?* de qua c. 181. l. liber. §. vlt. Nam ex eo, quod ſoluendum eſt Titio, incerta eſſe dicitur, quia factum continet, & hoc agitur, vt Titio numeretur nomine meo, quaſi is miniſter meus procuratórve ſit: aut vt promiſſor Titio, tanquam creditori meo, ſoluat nomine meo, quaſi promiſſor ipſe procurator meus ſit. Similes igitur ſunt hæ ſtipulationes, *Solues Titio nomine meo? & Solues mihi nomine Titij?* & vtraque factum magis, quam dationem continet.

Si tibi nupſero, decem dare ſpondes? cauſa cognita denegandam actionem puto: nec raro probabilis cauſa huius ſtipulationis eſt. Idem ſi vir à muliere eodem modo, non in dotem, ſtipulatus eſt.

Si mulier à viro, aut vir à muliere pecuniam ſtipuletur, conferendo obligationem in tempus nuptiarum, poteſt vtilis eſſe hæc ſtipulatio, c. de illis. de cond. appoſ. in decret. Velut ſi dotis cauſa, vel antiphernorum, vel ex alia huiuſmodi iuſta cauſa promittatur. Sed videndum eſt ne in fraudem legis, donationem inter coniuges prohibentis, facta ſit: quo caſu deneganda eſt actio. Hic mihi videtur eſſe ſenſus huius capitis: cui conſentaneum eſt reſcriptum Gordiani, Cod. de don. ante nupt. Quod ſponſæ ea lege donatur, vt tunc dominium eius adipiſcatur, cum nuptiæ fuerint ſecutæ, ſine effectu eſt.

XCVIII. MARCELLVS LIB. XX. DIGESTORVM.

EXiſtimo poſſe id, quod meum eſt, ſub conditione ſtipulari: item viam ſtipulari ad fundum poſſe, quanquam interim fundus non ſit meus. Aut ſi hoc verum non eſt, & alienum fundum ſub conditione ſtipulatus fuero, iſque ex lucratiua cauſa meus eſſe cœperit, confeſtim perimetur ſtipulatio. Et ſi fundi dominus ſub conditione viam ſtipulatus fuerit, ſtatim fundo alieno euaneſcit ſtipulatio: & maxime ſecundum illorum opinionem, qui etiam ea, quæ recte conſtiterint, reſolui putant, cum in eum caſum reciderunt, à quo non potuiſſent conſiſtere.

. Dubitatum fuit apud veteres, an quis poſſit rem ſuam ſtipulari ſub conditione: id enim certi iuris non erat. Sed Marcelli opinio eſt, valere ſtipulationem: quanquam timidè ac diffidenter de ea re hic loquatur, vt vix appareat in quam partem inclinet. Ait enim, ſe ita exiſtimare: ſed poſtea ſubiicit, *Aut ſi hoc verum non eſt.* Verum quid de hac re ſentiendum ſit, diximus ſup. ca. 31. & 83. De lucratiua cauſa cap. 83. §. ſi rem. De fundo alienato poſt ſtipulationem ſeruitutis, cap. 136. l. ſi ſub vna. De caſu, à quo non poteſt incipere obligatio, cap. 140. l. pluribus. §. & ſi placet.

Ex hac ſtipulatione, *Inſulam fulciri ſpondes?* quando naſcatur actio, quæritur. Et vtique non eſt expectandum, vt ruat. Nec enim nihil ſtipulatoris intereſt, fultá potius

Digitized by Google

eſſe, quàm non eſſe. Nec tamen recte agetur ſi nondum præterierit tantum temporis, quo ſulcite potuerit redemptor.

Dixi ſupra cap. 72. l. ſtipulationes non diuiduntur.

XCIX. CELSVS LIB. XXXVIII. DIGESTORVM.

QVicquid adſtringendæ obligationis cauſa eſt, id niſi palam verbis exprimatur, omiſſum eſſe intelligendum eſt: ac fere ſecundum promiſſorem interpretamur, quia ſtipulatori liberum fuit verba late concipere. Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, ſi eius intererit, de certis potius vaſis forte, aut hominibus, actum eſſe. Si ſtipulatus hoc modo fuero, *Si intra biennium Capitolium non aſcenderis dari?* non niſi præterito biennio, recte petam. Nam etſi verba ambigua ſunt, ſic tamen exaudiuntur, ſi immutabiliter verum fuit, te Capitolium non aſcendiſſe.

Stipulationes comparatæ ſunt confirmandarum & aſtringendarum obligationum cauſa, vt in explicatione tituli docuimus ex Paulo lib. 5. Senten. Tametſi aliquando promiſſoris gratia aliquid adiiciatur, quod ad minuendam ac veluti relaxandam obligationem pertineat. Quoties igitur ſtipulator aliquid in ſtipulationem deducere vult cauſa adſtringendæ obligationis, qua teneatur promiſſor, videndum eſt ei, vt omnia palam ac diſerte exprimat. Nam obſcuritas, vel ambiguitas ei noceret magis, quam promiſſori. l. ſtipulatio iſta. 38. §. in ſtipulationib. hic. Ac fit aliquando, vt quod ſatis aperte expreſſum non eſt, omnino omiſſum eſſe intelligatur: vt cum quis triticum ſtipulatus eſt. l. triticum. ſupra. Aliquando, vt ſecundum promiſſorem, interpretatio fiat: idque contingit, cum oratio ambigua eſt, & duas exprimit ſententias: vt in exemplo, quod paulo poſt ſubiicitur, *Si intra biennium Capitolium non aſcenderis, dari?* de quo & ante aliquid diximus, cap. 27. l. veluti. Sed hoc ita accipiendum eſt, niſi appareat quid actum ſit, aut ex vi verborum, aut ex veriſimilibus coniecturis. l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. Cum enim voluntas certa eſt, quid interſit promiſſoris, quidque ſenſiſſe ſe dicat, curandum non eſt. Cuius rei varia in hoc tractatu exempla occurrunt. cap. 95. cap. 110. cap. 111.

Ambiguitas nocet ſtipulatori.

C. MODESTINVS LIB. VIII. REGVLARVM.

COnditio in præteritum, non tantum in præſens tempus relata, ſtatim aut perimit obligationem, aut omnino non differt.

Conditio tunc vim ſuſpendendi habet, cum in futurum tempus confertur. Quæ in præſens tempus aut etiam in præteritum, non ſuſpendit, nec moratur obligationem. Atque ideo ſi conditio vera ſit, ſtipulatio tenet, etſi contrahentes rei veritatem ignorent. l. ſi ita ſtipulatus. 120. infra. Quæ enim per rerum naturam certa ſunt, veluti præſentia & præterita, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint. §. conditiones. Inſtit. eo. l. cum ad præſens. de reb. cred. Nec illud Senecæ hic probamus: Quid ad me, an naturæ certum ſit, quod mihi incertum eſt? Itaque hæ actiones, *Si rex Parthorum viuit*, *Si Titius conſul factus eſt*, conditionis figuram magis, quàm vim, & poteſtatem obtinent, vt verbis vtar Proculi ſub tit. de hæred. inſtit. l. Cornelius.

CI. IDEM LIB. IIII. DE PRÆSCRIPTIONIBVS.

PVberes ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari.

Ambigua eſt hæc oratio, & dubitatur quid quo referri debeat. Sed accipienda eſt ea interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. de legibus vt ſit ſenſus, Puberes qui curatores ſuos non habent, poſſunt ex ſtipulatu obligari. Nam ſi ita accipiamus, vt puberes poſſint ex ſtipulatu obligari, quamuis non accedat curatorum, quos habent, auctoritas: id falſum reperiretur, & reſcripto Diocletiani contrarium. l. ſi curatorem. C. de in integ. Nec ſententiam eorum probo, qui diſtinguunt alienationem rerum, ab obligatione perſonali: cum Diocletianus in reſcripto illo ſuo de venditione loquatur, ex qua perſonalis naſcitur obligatio. Nec minus ſtipulatione, quam venditione, res alienari poſſunt, ſi ſequatur traditio.

CII. IDEM LIB. V. RESPONSORVM.

VEnditores emptori pro euictione cauerant, quanti eius intereſſet: ſed & ſpecialiter ſe agnituros, ſi in lite mota ſumptus feciſſent, & emptori ſtipulanti promiſerant. poſt mortem emptoris, vnus ex venditoribus ad iudicium vocauit, pretium ſibi deberi dicens, hæredes eius, qui ſumptus in defenſione cauſæ factos (cum probarent pretium ſolutum fuiſſe) ex ſtipulatione petebant. Modeſtinus reſpondit, ſi eas impenſas venditores promiſiſſent, quæ ob litem de proprietate inſtitutam factæ eſſent, minime ex ſtipulatu peti poſſe, quod erogatum eſſet, dum alter ex venditoribus pretium, quod iam fuerat exolutum, petit.

Stipulatio de vna re facta ad aliam non porrigitur. l. quicquid. ſup. Veluti ſi venditor cauit emptori, ſe agniturum ſumptus factos ob litem de proprietate rei venditę inſtitutam, non tenebitur ex ſtipulatu ad ſumptus in alia lite factos: vt puta ſi mota ſit ei controuerſia de pretio rei venditæ, quod ſolutum non eſſe, falſo dicebatur. Hæc autem ſtipulatio de ſumptibus valde vtilis eſt emptori, quoniam omnes ſumptus comprehendit factos in lite, ſiue obtinuerit emptor, ſiue victus ſit. Quod vt plenius explicemus, animaduertendũ eſt, ſumptuũ nomine ita venditorẽ teneri, ſi emptor ſuccubuerit. Nam alias ad venditorẽ reuerti non poſſe, Diocletianus reſcripſit. l. ſi ſtatus. C. de euictio. Quod reſcriptũ ſic interpretantur nonnulli, vt ſi minus ob euictam rem, ſaltem ob rẽ non defenſam, agi poſſe exiſtiment, quod venditor emptorem defendere debeat. l. ſi plus. §. mota. de euict. l. qui abſentem. de procur. Eſt ergo hæc quæſtio κατὰ ῥητὸν, καὶ ὑπεξαίρεσιν, & in reſcripti interpretatione verſatur. Mihi autem videtur τὸ ῥητὸν cum hac exceptione accipiẽdum eſſe, niſi ſit bona fides propter iuſtam aliquam probabilémque cauſam emptori vẽditorẽ teneri. Omnia enim, quę ad bonam fidẽ pertinent, in iudicium empti veniunt. l. i. de actio. empt. Quare ſi nulli forte ſumptus adiudicati ſint emptori in iudicio de

Digitized by Google

ctio de proprietate, aut ſoluendo non ſit reus, qui ad ſumptus propter temeritatem ſuam damnatus eſt, ſane congruit bonæ fidei, & æquitati, venditorem eo nomine teneri. Ex quo apparet, vtriúſque eſſe horum ſumptuum nomine ſtipulationem interponere, vt initio diximus.

CIII. IDEM LIB. V. DIGESTORVM.

Liber homo in ſtipulatum deduci non poteſt, quia nec dari oportere intendi, nec æſtimatio eius præſtari poteſt, non magis quàm ſi quis dari ſtipulatus fuerit mortuum hominem, aut fundum hoſtium.

De rebus, quæ non ſunt in commercio humano, cuiuſmodi ſunt res ſacræ religioſæ, publicæ, liber homo, ante diximus cap 83. §. ſacram. De libero homine hic loquitur Modeſtinus: quem ait in ſtipulatum deduci non poſſe. Si quis tamen ignorans liberum hominem pro ſeruo emerit, venditio tenere dicitur. l. & liberi. l. liberi. de contrah. empt. Quod ita accipiendum eſt, non vt liber homo debeatur, ſed vt emptori decepto ad id quod intereſt detur actio. Qua de re Iuſtinianus in Inſtitutionibus, tit. de empt. & vend. hæc ſcribit: Loca ſacra, vel religioſa, item publica (veluti forum, baſilicam) fruſtra quis ſciens emit: quæ tamen ſi pro profanis vel priuatis, deceptus à venditore, quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, vt conſequatur, quod ſua intereſt eum deceptum non eſſe. Idem iuris eſt, ſi hominem liberum pro ſeruo emerit. Sed & de ſtipulatore idem dici poteſt, ſi dolo promiſſoris circumſcriptus proponatur. De dolo enim actio ei competit, tametſi forte ex cauſa lucratiua ſtipulatus ſit, l. Ariſto. §. vlt. de donatio.

Fundum hoſtium. Fundus hoſtium non eſt in commercio noſtro. Nam ſi cum peregrinis hominibus commercium non eſt, vt Vlpianus in Inſtit. ait, id eſt, emendi vendendique inuicem ius, multo minus cum hoſtibus eſſe debet. Quare nec in ſtipulationem deduci fundus hoſtium, nec legari poteſt, niſi forte aliquo caſu emi poſſit, vt Sabinus dicebat. l. ab omnibus. §. etiam. de legat. 1. Ceſſat enim cauſa, quæ acquiſitionem impedit. Receptum ſane eſt, vt res captæ ab hoſtibus, in commercio habeantur, propter ſpem poſtliminij, tametſi interim hoſtium ſint, l. vltim. de actio. empt. l. id quod. l. ſeruus. 101. de leg. 1.

CIV. IABOLENVS LIB. XI. EX CASSIO.

Cvm ſeruus pecuniam pro libertate pactus ſit, & ob eam rem reum dederit: quamuis ſeruus ab alio manumiſſus eſt, reus tamen recte obligabitur: quia non quæritur à quo manumittatur, ſed vt manumittatur.

Si hæc verba Iaboleni ſic intelligamus, vt pro libertate pecunia promiſſa ſit, non expreſſa aliter perſona; manifeſta ratio eſt cur obligetur reus ſtipulatori. Nulla eſt enim in his verbis ambiguitas, quæ ſtipulatori nocere poſſit. Itaque hoc actum inter contrahentes interpretamur, vt à quocunque manumittatur. Sed ſi ponamus promiſſam eſſe pecuniam domino, ſi ſeruum manumiſerit, videtur hoc agi, vt ipſe manumittat, vel alius eius nomine. l. conſentiente. de manumiſſ. l. pater. de manumiſſ. vind. Multum enim refert, à quo quis manumittatur, quemque ſortiatur patronum, vt alibi Vlpianus ait l. generaliter. §. vlt. de fideic. liber.

CV. IDEM LIB. XI. EPISTOLARVM.

Stipulatus ſum, *Damam, aut Erotem ſeruum dari?* eum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui. Mortuus eſt Dama. an putes me actionem ex ſtipulatu habere? Reſpondit, ſecundum Maſurij Sabini opinionem, puro te ex ſtipulatu agere non poſſe. Nam is recte exiſtimabat, ſi per debitorem mora non eſſet, quo minus id, quod debebat, ſolueret, continuo eum debito liberari.

Cum quis ſtipulatur, *Damam aut Erotem ſeruum dari?* quamuis electio ſit promiſſoris, l. vbi autem. §. qui illud. 72. tamẽ altero mortuo alter ſolus debetur. l. ſi in emptione. §. vlti. de contrah. empt. l. Stichum. de ſolution. Quod eſt accipiendum, niſi alterum obtulerit reus, quem accipere noluerit creditor. Quo caſu, ſeruo, qui oblatus eſt, mortuo, reus omnino liberatur, nec alterius ſerui nomine actio aduerſus eum competit. Quod autem in hoc reſponſo Iaboleni dicitur, continuo debitorem liberari, ad verba conſultationis referendum eſt, in qua proponitur, ſeruum poſt oblationem mortuum eſſe. Nam oblatione debitor ita demum liberatur, ſi ſecutus fuerit rei interitus, vt annotauimus cap. 122. §. Seia.

CVI. IDEM LIB. VI. EPISTOLARVM.

Qvi ex pluribus fundis, quibus idem nomen impoſitum fuerat, vnum fundum, ſine vlla nota demonſtrationis ſtipulatur, incertum ſtipulatur, id eſt, eum fundum ſtipulatur, quem promiſſor dare voluerit. Tamdiu autem voluntas promiſſoris in pendenti eſt, quandiu id, quod promiſſum eſt, ſoluatur.

Si quis ſtipulatur vnum ex pluribus fundis eiuſdem nominis, ſine vlla demonſtrationis nota, valet hæc ſtipulatio: quamuis ſtipulatio fundi, non expreſſo fundi nomine, non valeat, cap. 115. infra. Non enim hic tanta incertitudo eſt, vt ſtipulationem vitiet. Hæc autem ſtipulatio incertum continet, atque ideo ex ea agendum eſt non certi condictione, ſed ex ſtipulatu, vt ſupra annotauimus, cap. 74. Eſtque promiſſoris electio, non aliter ac in ſtipulatione hominis, tametſi in legato diuerſum ius reperiatur. l. qui duos. 20. de leg. 1. Sed de legatis alibi opportunius. Mutare autem poteſt voluntatem promiſſor, ſi forte electionis eum pœniteat, idque donec res ſoluta fuerit. Verum de hac voluntatis mutatione & pœnitentia alij ſunt loci inf. ca. 112. & ca. 138.

CVII. IDEM LIB. VIII. EPISTOLARVM.

Vtrum turpem talem ſtipulationem putes, an non, quæro: Pater naturalis filiũ, quẽ Titius habebat in adoptione, heredẽ inſtituit, ſi patria poteſtate eſſet liberatus. pater eum adoptiuus non alias emanci-

pare voluit, quam ſi ei dediſſet à quo ſtipularetur certam ſummam, ſi eum manumiſiſſet.& poſt emancipationem adiit hæreditatem filius. Petit nunc pecuniam pater ex ſtipulatione ſupra relata. Reſpondi, non turpem eſſe cauſam ſtipulationis, vtpote cum aliter filium emancipaturus non fuerit. Nec poteſt videri iniuſta cauſa ſtipulationis, ſi aliquid adoptiuus pater habere voluerit, propter quod à filio poſt emancipationem magis curaretur.

Pater, pro emancipãdo filio pecuniam ſtipulari poteſt: nec turpis eſt cauſa huius ſtipulationis. Hoc enim beneficium patris in filium ex eius volũtate arbitrióq; pendet, nec ad id filio tribuẽdum cogi poteſt, niſi certis ex cauſis, quæ exceptæ reperiuntur, l. non poteſt. de adopti. §. vlt. Inſtit. quib. mo. ius patr. l. filiusfamilias. §. ſecundum vulgarem. de leg. 1. l. ſicut. de cond. & demonſt.

CVIII. IDEM LIB. X. EPISTOLARVM.

A Titio ita ſtipulatus ſum, *Si qua mihi nupſerit, decem dotis eius nomine dare ſpondes?* Quærebatur, an conſiſtat talis ſtipulatio? Reſpondi, Si ſtipulanti mihi dos ita promiſſa eſt, Quamcunque vxorem duxero, dotis eius nomine decem dare ſpondes? nihil in cauſa eſt, quare ea pecunia, conditione expleta, non debeatur. Nam cum conditio etiam ex incertæ perſonæ facto parere obligationem poſſit, veluti, *Si quis in Capitolium aſcenderit, decem dare ſpondes? Si quis à me decem petierit, tot dare ſpondes?* cur non idem & in dote promiſſa reſpondeatur, ratio reddi non poteſt.

Vtilis ſtipulatio eſt, tametſi ſub conditione concepta, quæ ex incertæ perſonæ facto pendeat: veluti, *Si qua mihi nupſerit: Si quis in Capitolium aſcenderit, &c.* Quanquam hæc incertitudo alias plerunque nocet: vt ſi quis hæredem ita inſtituat, *Quiſquis primus ad funus venerit.* Certum enim debet eſſe conſilium teſtantis, vt Vlpianus ait in Inſtit. tit. quemadm. hære. inſtit. poſſ.

In Capitolium aſcenderit. Hinc vulgo annotari ſolet ſtipulationem conditionalem valere ſine cauſa: & conditionem pro cauſa habendam eſſe: tametſi alias ſtipulatio ſine cauſa efficax ad agendum non ſit. l. 2. §. circa. de do. exce. Idque etiam in ea conditione locum habet, cuius euentus nullam vtilitatem affert promiſſori: cuiuſmodi eſt hæc conditio, *Si quis in Capitolium aſcenderit ſi rex Parthorum viuit.* l. cum ad præſens. de reb. cred. Qualibet enim cauſa ſufficere videtur quaſi gratia promiſſoris ea adiiciatur. l. ſi quis cum debitore. de iureiur.

Nulla promiſſio poteſt conſiſtere, quæ ex voluntate promittentis ſtatum capit.

Dictum fuit ſatis de hac re, cap. 17. & cap. 46.

CIX. POMPONIVS LIB. III. AD QVINTVM MVTIVM.

SI ita ſtipulatus fuero, *Decem aut quindecim dabis?* decem debentur. Item ſi ita, *Poſt annum, aut biennium dabis?* poſt biennium debentur: quia in ſtipulationibus id ſeruatur, vt quod minus, quódque longius eſt, videatur in obligationem deductum.

De hac re ſupra, cap. 12.

CX. IDEM LIB. IV. AD QVINTVM MVTIVM.

SI mihi, & Titio, in cuius poteſtate non ſim, ſtipuler decem: non tota decem, ſed ſola quinque mihi debentur. Pars enim aliena in obligatione deducitur, vt quod extraneo inutiliter ſtipulatus ſum, non augeat meam partem.

In cap. 38. dicitur, alteri neminem ſtipulari poſſe, niſi in cuius poteſtate ſit. Vnde exiſtit quæſtio de hac ſtipulatione, Mihi, & Titio decem dari? Et in primis quæritur, quid hac ſtipulatione contineatur: quod ante tractatum fuit cap. 38. §. cum qui. & c. 56. & demonſtratum fuit, non viginti, ſed decem videri in ſtipulationem deduci. Altera quæſtio eſt, quatenus valeat hæc ſtipulatio. Et Pomponius oſtendit his verbis, eatenus valere, quatenus ſtipulator ſibi, non extraneo, ſtipulatus eſt. Proinde ſtipulatori quinq; debentur: extraneo, cui ſtipulatus eſt, nihil. Quod enim vtile hic eſt, per inutile non vitiatur: cum pecunia commode diuiſionem, ac ſeparationem recipiat. l. 1. §. ſed & ſi mihi. ſup. Ideo autem altera pars non debetur ſtipulatori, quia inutiliter alij ſtipulatus eſt: & cum ſibi non ſatis cauerit, vt totum acquireret, parte deficiente, cõtra eum fit interpretatio. l. quicquid. adſtringendæ 99. ſup. § quod ſi quis. Inſtit. de inuti. ſtip. De venditione extat reſponſum Iaboleni, in quo dicitur, venditionem fundi omnino valere. Verba eius hæc ſunt ex lib. 2. Epiſtolarum: Fundus ille eſt mihi & Titio emptus. l. fundus ille. de contrahend. empt. quæro vtrum in partem, an in totum, venditio conſiſtat, an nihil actum ſit? Reſpondit, Perſonam Titij ſuperuacuo accipiendam, ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere. Sed conſiderandum eſt Iabolenum ex facto conſultum, de fundo vendito ita reſpondiſſe ex bono & æquo, cũ animaduerteret, venditionem bonæ fidei eſſe. Videbat enim bonæ fidei & æquitati non conuenire, vt pro parte fundi teneat venditio, cum nec venditor cum emptore, nec emptor cum venditore fundum communem habere fortaſſis voluerit. arg. l. ſi quis aliã. de ſolut. Quid ergo dicemus, ſi fundum quis ſtipulatus ſit? Exiſtimo ex cauſa ſtipulationis, & aliis coniecturis, iudicandum eſſe, quid veriſimiliter actum ſit. Sed in dubio contra ſtipulatorem interpretabimur, ſecundum regulam vulgarem. l. quicquid. ſupra, quæ in contractibus bonæ fidei locum non obtinet. Plane in ſeruitutibus quæ natura diuiſionem non recipiunt, valet in totum ſtipulatio, vel pactio. Atque ita idem Iabolenus reſpondit. Quod reſponſum ex eodem ſumptum lib. extat ſub titul. commun. præd. ca. 5.

Si ſtipulatus fuero de te, *Veſtem tuã quæcunque muliebris eſt, dare ſpondes?* magis ad mentem ſtipulantis, quàm ad mentem promittentis, id referri debet, vt quid in re ſit, æſtimari debeat, non quid ſenſerit promiſſor. Itaque ſi ſolitus fuerat promiſſor muliebri quadam veſte vti, nihilo minus debebitur.

Is qui veſtem quamcunq; muliebrem ſtipulatus eſt, certam veſtem petit ex ſtipulatione. Promiſſor eam

non eſſe muliebrem cootendit, quod ea, vt virili veſte, vti ſolitus fuerit. Quæſtio eſt, an ea veſtis debeatur ſtipulatori. Pomponius deberi ait, & rei veritatem magis inſpiciendam eſſe, quam opinionem promiſſoris, qui putauit virilem veſtem eſſe, qua vt virili vſus fuerit. Veſtis enim muliebris eſt, quæ matrisfamilias cauſa parata eſt, qua vir ſine reprehenſione, ac vituperatione vti non poteſt. l. veſtis. de auro & argen. leg. Quamuis igitur ſoleat fieri interpretatio contra ſtipulatorem in re dubia & obſcura, l. quicquid, ſupra. tamen ſtipulatori imputari nihil hic poteſt, cùm iis verbis vſus ſit, quæ rem proprie ſignificent: nec potuerit diuinare, quęnam eſſet promittentis opinio. Si quis tamen legauerit veſtem muliebrem, idem Pomponius ait opinionem & conſuetudinem teſtatoris magis, quàm veritatem rei ſpectandam eſſe. Eſtque locus ille Pomponij ſub tit. de auro & arg. leg. ſumptus ea lib. 4. ad Quint. Mutium, ea quo & hoc caput tranſlatum eſt, quod interpretamur. Eſt enim vtriuſque capitis eadem inſcriptio in vetuſtis codicibus. Ex quo facile intelligi poteſt, voluiſſe Pomponium, eo loco differentiam legatorum, ac ſtipulationum oſtendere. In legatis enim quæ pendent ex vnius teſtatoris voluntate, ex conſuetudine eiuſdem facile coniicimus, quid ſenſerit. In ſtipulationibus autem, in quibus duorum conſenſus eſt, l. non ſolum. ſupra. de oblig. & act. contra promiſſoris conſuetudinem opponitur ex aduerſo voluntas ſtipulatoris, quæ propter veritatem rei, & verborum proprietatem, qua vſus eſt, præponderat.

CXI. IDEM LIB. V. AD QVINTVM MVTIVM.

SI ſtipulatus fuero, *Per te non fieri, quo minus mihi illa domo vti liceat?* an etiam ſi me non prohibeas, vxorem autem meam prohibeas, vel contra, vxore mea ſtipulata, me prohibeas, an committatur ſtipulatio? Et ſatius eſt, hæc verba ſic accipi. Nam etſi ſtipulatus fuero, *Per te non fieri, quo minus mihi via, itinere, actu, vti liceat?* & non me, ſed alium nomine meo ingredientem prohibeas, ſciendum erit committi ſtipulationem.

Stipulationem non ita ſtricte interpretamur, nec verbis adeo ſeruimus, vt non magis ſequamur, quod veriſimiliter actum eſt. l. quicquid. ſupra. Idque ſatis demonſtrant hæc Pomponij exempla. meræ enim aucupia verborum hæc ſunt, meræque cauillationes, non te prohibui, ſed vxorem tuam, vel procuratorem tuum prohibui. arg. l. cæterum. de vſu & habi. Sed hic locus iam ſæpe à nobis tractatus eſt.

CXII. IDEM LIB. XV. AD QVINTVM MVTIVM.

SI quis ſtipulatus ſit Stichum, aut Pamphilum, vtrum ipſe vellet, quem elegerit, petet. & hic erit locus in obligatione. An autem mutare voluntatem poſſit, & ad alterius petitionem tranſire quærentibus reſpiciendus erit ſermo ſtipulationis vtrúmne talis ſit, *Quem voluero*, an *quem volam*. Nam ſi talis fuerit, *Quem voluero*, cum ſemel elegerit, mutare voluntatem non poterit. Si vero tractum habeat ſermo illius, & ſit talis, *Quem volam*, donec iudicium dictet, mutandi poteſtatem habebit.

Cum quis ſtipulatur, illud, aut illud disiunctim, ita demum electio ſtipulatoris eſt, ſi id nominatim conuenerit. Sed multum refert, quibus verbis ſtipulatio ſit concepta, cum quæritur, an ſtipulator voluntatem mutare poſſit. Nam verbum, *voluero*, quòd futurum exactum, ſiue abſolutum vocant Grammatici, quia non ſimplex futurum eſt, ſed mixtam habet præteritionem quandam, hanc vim habet, vt ſemel declarata voluntate, eam poſtea mutare non liceat. Verbum autem *volam*, extenſiuum eſt, & tractum habet. l. filij. ad S.C. Tertul. ideóque mutare non prohibetur voluntatem ſtipulator, qui eo verbo vſus eſt, ídque donec lis conteſtata ſit. De promiſſoris electione poſtea videbimus, cap. 138. In legatis ſane receptum eſt, vt electione ſemel facta, non mutetur voluntas, quibuſcunque verbis teſtator vſus ſit. Cuius diuerſitatis hæc forte ratio eſt, quia fauor vltimarum voluntatum exigit, vt non ſuſpendantur, ſed primo quoque tempore exitum habeant. Non enim (inquit Paulus. cap. vlt. comm. præd.) ſicut viuentium, ita & defunctorum, actus ſuſpendi receptum eſt. Adde, quod ſi res legata, fuerit teſtatoris, dominium eius ſtatim tranſit in legatarium, facta electione, vt mirum non ſit, mutari voluntatem non poſſe, cum res integra non ſit. Hinc Labeo lib. 2. Poſteriorum, Omne, inquit, ius legati prima teſtatione, qua ſumere ſe dixiſſet, conſumpſit, quoniam res continuo eius ſit, ſimul ac dixerit eam ſe ſumere.

Si quis ita ſtipulatus fuerit, *Pro centum aureis ſatis dabis?* & reum dederit in iſtam ſummam: Proculus ait, ſemper in ſatiſdationis ſtipulationem venire, quod intereſſet ſtipulantis, vt alias tota ſors ineſſet, veluti ſi idoneus promiſſor non eſſet, alias minus, ſi in aliquid idoneus eſſet debitor, alias nihil, ſi tam locuples eſſet, vt noſtra non intereſſet, ſatis ab eo accipere, niſi quod plerunque idonei non tam patrimonio, quàm fide quoque æſtimarentur.

Qui promittit ſatiſdare pro centum aureis, multum differt ab eo, qui promittit centum aureos. Nam id quod intereſt, in hanc ſtipulationem venit, ſicut in aliis faciendi ſtipulationibus adeo vt ſi idoneus ſit debitor principalis, agi non poſſit. leg. ſi quis ab alio. de re iud. Idoneus autem debitor iudicatur, non tantum ex patrimonio & facultatibus, ſed etiam ex fide. Quare etſi locuples ſit atque aſſiduus, tamen ſi perfidus homo ſit, callidus, ac litigioſus, à quo non facile poſſit debitum exigi, is nequaquam idoneus habendus eſt. l. 2. qui ſatiſdat. cog. Contra deficientibus in eo facultatibus, propter ſpectatam fidem atque integritatem, poterit idoneus iudicari.

CXIII. PROCVLVS LIB. II. EPISTOLARVM.

CVM ſtipulatus ſim mihi, Procule, ſi opus arbitratu meo ante Calendas Iunias effectum non ſit, pœnam, & protulerim diem, putáſne verè poſſe me dicere arbitratu meo opus effectum non eſſe ante Calend. Iunias, cùm ipſe arbitrio meo aliam dié operi laxioré dederim? Proculus reſpondit, non ſine cauſa diſtinguendum

Digitized by Google

eſt, intereſſe, vtrùm per promiſſorem mora non fuiſſet, quo minus opus ante Calendas Iunias, ita vt ſtipulatione comprehenſum erat, perficeretur: an, tunc, iam opus effici non poſſet ante Calendas Iunias, ſtipulator diem in Calendas Auguſti protuliſſet. Nam ſi tunc diem ſtipulator protulit, cum iam opus ante Calendas Iunias effici non poterat, puto pœnam eſſe commiſſam, nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante Calendas Iunias fuit, quo ſtipulator non deſiderauit, id ante Calendas Iunias effici: id eſt, quod non eſt arbitratus vt fieret, quod fieri non poterat. At ſi hoc falſum eſt, etiam ſi ſtipulator pridie Calend. Iunias mortuus eſſet, pœna commiſſa non eſſet. Quoniam mortuus arbitrari non potuiſſet, & aliquod tempus poſt mortem eius operi perficiendo ſuperfuiſſet, & propemodum, etiamſi ante Calendas Iunias futurum eſſe cœpit, opus ante eam diem effici non poſſe, pœna commiſſa eſt.

Initio admonendi ſumus, Proculum hîc reſpondere ad epiſtolã, cuius verba hic inſerũtur, deinde ſubiicitur reſponſum. Id non ſolum inſcriptio, ſed etiam contextus ipſe ſatis indicat. Quod non admonerem, niſi verba conſulentis, pro ipſius Proculi verbis interdum accipi viderem. Vnus mihi locus in mentem venit, cap. 13. de ſeruit. vrban. præd. vbi hæc verba, *Velo vt cum Iberio loquaris, ne rem illicitam facias*, in feriis diſputationibus pro verbis Proculi ab ineptis hominibus adducuntur. Sed ad rem. Species, de qua conſultus fuit Proculus, hæc eſt: Quidam à redemptore operis ita ſtipulatus eſt, *Si opus ante Calendas Iunias arbitratu meo effectum non ſit, centum dabis?* Deinde prolata eſt dies in Calendas Auguſti: opus effectum non eſt ante Calendas Iunij: quæritur, an pœna debeatur ex ſtipulatione? Quæſtionem facit prorogatio temporis, propter quam videtur à pœna receſſum eſſe. Sed Proculus ait, pœnam committi poſt Calendas Iunij, ſi tum prorogatum eſt tempus, cum certum erat, propter moram debitoris opus ante eas Cal. effici non poſſe. Quoties igitur pœna iam commiſſa eſt, aut certum eſt fore, vt committatur, prorogatio temporis debitori ad pœnam vitandam non prodeſt. Idque mihi videtur generaliter accipiendum eſſe, propter verba Proculi, quamuis plerique actorem exceptione doli ſummonendum eſſe putent. Quod autem vulgo creditur, ex hac ſtipulatione pœnam committi, ſimulatque certum eſſe cœperit, propter moram debitoris opus effici non poſſe: id quam falſum ſit ſatis oſtendimus ſupra, cap. 72. l. ſtipulationes non diuiduntur. §. vltim. Nec enim aliud ſenſit hic Proculus, iudicio meo, quàm pœnam committi lapſu diei, ſi tunc diem ſtipulator protulit, cum iam opus ante Calen. Iunias effici non poterat. Itaque Proculus ad finem huius capitis ait, pœnam propemodum commiſſam eſſe, ſi ante Calẽdas opus effici non poſſit, quia certum eſt fore, vt committatur. Illud notandum hic eſt, de hac ſtipulatione ita demum committi pœnam, ſi per ſtipulatorem non ſteterit, quo minus arbitretur. Eo ſiquidem non arbitrante, quia opus effici non poteſt, promiſſor ad pœnam teneri non debet. l. ſi quis arbitratu. ſup. l. mulcta. de cond. & demon. Poſtquam tamen eo ventum eſt, vt opus ante Calendas effici nequeat, nihil poteſt imputari ſtipulatori, cur eo tempore arbitratus non ſit. Idque iis verbis ſignificat Proculus, *Nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus, &c.* Itaque ſi poſt moram promiſſoris, puta pridie Calend. Iunias mortuus ſit ſtipulator, vt arbitrari tunc non poſſit, nihilo minus committetur pœna.

Cùm venderet aliquis, promiſit emptori fideiuſſores præſtare, & rem venditam liberare, quæ vt liberetur, nunc deſiderat emptor: & in mora eſt is, qui ea ſtipulatione id futurum promiſit. quæro quid iuris ſit? Proculus reſpondit, tanti litem æſtimari oportet, quanti actoris intereſt.

Exemplum hic eſt ſtipulationis, quæ conſiſtit in faciendo: ex qua petitur quanti actoris intereſt. Sed locus iam ſæpe tractatus ac repetitus eſt. ca. 72. c. 112. &c.

CXIV. VLPIANVS LIB. XVII. AD SABINVM.

SI fundum certo die præſtari ſtipuler, & per promiſſorem ſteterit, quo minus ea die præſtetur, conſecuturum me, quanti mea interſit, moram factam non eſſe.

Qui fundum præſtari, aut tradi ſtipulatur, merum factum ſtipulari intelligitur. l. ſi rem tradi, ſuprà. Itaque promiſſor poſt moram, ad id, quod intereſt ſtipulatoris, tenetur. l. ſtipulationes non diuiduntur. ſuprà. Sed an ad fructus teneatur, quæſtio vulgo agitata eſt. Et plerique exiſtimant teneri, cum in tantum noſtra intereſſe dicatur, quantum nobis abeſt, quantúmque lucrari potuimus, vt Paulus ait, l. ſi commiſſa. rem ratam hab. At fructus abſunt ſtipulatori, quos percepiſſet, ſi mora facta non fuiſſet à promiſſore. Alibi tamen dicitur, in ſtrictis iudiciis fructuum rationem non haberi, niſi ex tempore iudicij accepti, ſeu litis conteſtatæ l. videamus. §. ſi actionem. de vſur. Ex quo apparet, ἀντινομίαν hic eſſe κατ' ἔκθεσιν, de qua diximus ſub tit. de legib. Itaque melius eſt, ſic interpretari, vt generi per ſpeciem derogetur, l. in toto iure. de reg. iur. & lex generalis de eo quo intereſt, cedat ſpeciali de fructibus. Nam id quod intereſt generaliter, & fructus & vſuras, & alias huiuſmodi acceſſiones complectitur. d. l. ſi commiſſa. Sed propter ἀντινομίαν fructus hic excipi neceſſe eſt, hic ergo debetur ſtipulatori æſtimatio fundi non traditi, & ſi quid præterea intereſt, extra eas acceſſiones, quæ in ſtricta iudicia venire non ſolent. De fructibus, qui erant in fundo tempore ſtipulationis contractæ, diximus ca. 78.

CXV. PAPINIANVS LIB. II. QVÆSTIONVM.

ITa ſtipulatus ſum, *Te ſiſti in certo loco? ſi nõ ſtiteris, quinquaginta aureos dari ſpondes?* Si dies in ſtipulatione per errorem omiſſus fuerit, cùm id ageretur, vt certo die ſiſteres, imperfecta erit ſtipulatio. Non ſecus, ac ſi, quod pondere, numero, menſura continetur, ſine adiectione ponderis, numeri, menſuræ ſtipulatus eſſem: vel inſulam ædificari, non demonſtrato loco, vel fundum dari, non adiecto nomine. Quòd ſi ab initio id agebatur, vt quocunque die ſiſteres, & ſi non ſteteſſes, pecuniam dares, quaſi quælibet ſtipulatio ſub conditione

concepta

concepta, vires habebit: nec ante committetur, quàm fuerit declaratum, reum promittendi ſiſti non poſſe. Sed & ſi ita ſtipulatus fuero, *Si in Capitolium non aſcenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari ſpondes?* non ſtatim committitur ſtipulatio, quamuis Capitolium aſcendere, vel Alexandriam peruenire potueris, ſed cum certum eſſe cœperit, te Capitolium aſcendere, vel Alexandriam ire non poſſe. Item ſi quis ita ſtipuletur, *Si Pamphilum non dederis, centum dare ſpondes?* reſpondit Pegaſus, non ante committi ſtipulationem, quàm deſiiſſet poſſe Pamphilus dari. Sabinus autem exiſtimabat, ex ſententia contrahentium, poſtquam homo potuiſſet dari, confeſtim agendum, & tam diu ex ſtipulatione non poſſe agi, quandiu per promiſſorem non ſtetiſſet, quo minus eum daret. Idque defendebat exemplo penus legatæ. Hæredem etenim, ſi dare potuiſſet penum, nec dediſſet, confeſtim in pecuniam legatam teneri ſcripſit. Idque vtilitatis cauſa receptum eſt, ob defuncti voluntatem, & ipſius rei natura. Itaque poteſt Sabini ſententia recipi: ſi ſtipulatio non a conditione cœperit: veluti, *Si Pamphilum non dederis, dari tantum ſpondes?* ſed ita concepta ſit, *Pamphilum dari ſpondes? Si non dederis, tantum dari ſpondes?* Quod ſine dubio verum erit, cum id actum probatur, vt ſi homo datus non fuerit, & homo & pecunia debeatur. Sed & ſi ita cautum ſit, vt ſola pecunia, non ſoluto homine, debeatur, idem defendendum erit, quoniam voluntas fuiſſe probatur, vt homo ſoluatur, aut pecunia petatur.

Celebris q. hic tractatur de ſtipulationibus conditionem in non dando, vel non faciendo conceptam habentibus, quando videlicet hæ ſtipulationes committantur, an cum certum eſſe cœperit id fieri, aut dari non poſſe, quod in conditione eſt, an vero, cum per promiſſorem ſteterit, quo minus faceret, &c. Et referuntur opiniones diuerſæ Pegaſi, & Sabini, qui ſectarum in iure ciuili veluti duces fuerunt, vt ſcribit Pompon. de origine iuris. Quam litem Papinianus quaſi deciſione quadam, & tranſactione dirimens, an ſpectandum eſſe tempus: quo certum eſſe cœperit amplius fieri, aut dari non poſſe: niſi ſtipulatio non à conditione incipiat, id eſt, niſi quicquid in conditione eſt, idem quoque in obligatione ſit. Sed quia huius generis eſt ſtipulatio, *Te ſiſti certo loco? & ſi non ſiſteris, quinquaginta dari?* quæ poteſt valere, & poteſt non valere, ante omnia docet Papinianus vtiliſne ea ſit, an non ſit, alias enim fruſtra quæreretur, quando committatur ea ſtipulatio. Pone igitur ſtipulationem ita conceptam eſſe, *Promittis, te ſiſtere Romæ? & ſi non ſiſteris, quinquaginta?* ſine diei adiectione, an valeat quæritur. Et certum eſt, hanc quæſtionem facti magis, quam iuris eſſe, cum ex eo pendeat quod inter contrahentes actum eſt. Nam ſi agebatur inter contrahentes, vt dies aliqua adiiceretur obligationi, qua die ſe ſiſteret reus, ſed per errorem, obliuionémque omiſſa eſt: dicenda eſt inutilis ſtipulatio eſſe. Si autem agebatur, vt quocunque die ſiſteretur, vtilis erit ſtipulatio. Sed obiiciet forte quiſpiam, in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſſe, l. cum quid. de reb. cred. ideóque diem de qua actum fuit, pro expreſſa hic haberi vt ſit vtilis ſtipulatio. Quod proculdubio verum eſſet, ſi actum eſſe conſtaret, vt certa die ſe ſiſteret reus, quæ tamen in ſtipulatione omiſſa ſit. Hic enim non apparet, de qua die ſenſerint contrahentes, ſed proponitur, eos de die exprimenda cogitaſſe: quam ad extremum minime expreſſerunt. In his ergo quæſtionibus quæ facti ſunt, vt iam diximus, ſpectatur maxime voluntas, quæ ex coniecturis plerunque colligitur. Vnde fit vt in Prætoria ſtipulatione, *Damni infecti*, ſi dies per errorem omittatur, eam diem interpretemur adiectam eſſe, quæ vt plurimum addi conſueuit. l. ſi finita. de damn. infect. quia ad coniiciendam voluntatem plurimum valet conſuetudo. l. ſi ſeruus plurium. § vlt. de leg. 1. In ſtipulatione autem conuentionali, de qua hic inquirimus, nulla certa eſt conſuetudo, qua mens contrahentium explicari queat. Sane cum in Prætoria ſtipulatione, *Iudicio ſiſt.* contrahenda, non conuenit inter litigatores de die ſtipulationi adiicienda, id in ſtipulatoris poteſtate eſſe, non immerito dicitur, moderato tamen ſpacio, à Prætore ſtatuendo l. de die qui ſatiſd. cog. Sed illa quæſtio, ab ea, quam hic tractamus, longe diuerſa eſt. Ac ex iam dictis facile intelligi poteſt, cur legatum valere dicatur, ſi vicos legauerit teſtator ciuitati, qui proprios fines habeat, & morte præuentus fines eorum non demonſtrauerit, quos ſe deſignaturum dixerat. l. cum pater. §. vlt. de l. 2. Aut cur valeat hæredis inſtitutio, hoc modo facta, ille hæres meus eſto, ſecundum conditiones inſra ſcriptas. l. pen. Cod. de inſt. & ſubſtit. Nam in his exemplis quicquid ad ſubſtantiam legati, vel inſtitutionis pertinet, certum eſt. Quod de ſtipulatione, *Certo loco ſiſti*, dici non poteſt, cum temporis diuerſitas facti cauſam mutet. l. ſi non ſortem. §. liberatus. de condict. indeb.

Non ſecus, ac ſi quod. Si quis ſtipulatus fuerit vinum, frumentũ, aut rem huiuſmodi aliam, quæ conſtet pondere, numero, aut menſura, nec certam menſuram, aut pondus, aut numerum expreſſerit, ſtipulatio propter incertitudinem inutilis eſt. Quod ita accipiendum eſt, ſi non appareat de certa quantitate actum eſſe: vt de cæteris facti quæſtionib. ante diximus. leg. triticũ. 94. ſup. Itaque pleraque legata ſunt, quæ propter incertitudinem videntur inutilia eſſe: ſed idcirco valent, quia voluntas ex coniecturis certitudinem accipit, vt puta, ſi quis in tutelam viæ Aureliæ legauerit, certa quantitate non adiecta l. quidam in teſtamento. de leg. 2. ſi quis annuum legauerit ſimpliciter. l. ſi cui annuum. de annu. legat. ſi teſtator hæredem damnauerit, vt Stichũ edoceat artificium, vnde ſe tueatur. l. Stichus. de leg. 3. In his enim omnibus, & conſuetudo patrisfamilias, & modus facultatum, & dignitas perſonarum, & legatæ rei natura conſideratur. Proinde à veteribus reſponſum eſt, ſi teſtator vxori ſuæ vinum, oleum, frumentum, mella, ſalſamenta legauerit, ea videri legata, quæ ipſe habuiſſet in bonis ſuis. l. quidam. de tritic. vino & oleo. Apparet enim teſtatorem de bonis diſponere velle. Eadem ratio eſt ſtipulationis, quæ de dote danda inter ſocerum, ac generum interponitur, l. cum poſt. §. gener. de iure dotium. de qua quid iudicandum ſit, alio in loco oſtendimus.

Non demonſtrato loco. Si quis ſimpliciter inſulam fieri ſtipuletur, non adiecto loco, inutilis eſt ſtipulatio. l. 2. §. ſi quis inſulam. de eo quod cert. Hoc accipe, niſi appareat ex coniecturis aliquibus, de quo loco ſenſerint contrahentes: quia mens, voluntáſque ſemper in his quæſtionibus inſpicienda eſt. l. triticum. ſup. Quamobrem ſi teſtator in foro aliquid fieri voluerit, de foro ſui municipij, aut ciuitatis ſenſiſſe facile creditur. l. quæ *Stipulatio faciendæ inſulæ, non adiecto loco, inutilis eſt.*

conditio.ſup.de conditionibus & demonſt.

Stipulatio fundi non adiecto nomine inutilis eſt.

Vel fundum dari non adiecto nomine. Stipulatio fundi, non adiecto nomine, inutilis eſt, ſicut & legatum.l. cnm poſt. §. gener. de iur.dot. Stipulatio tsmen bominis incerti valet. l.2. de opt.leg. Quia cum fundi certitudinem nullam habeanr, niſi ex voluotste, ac deſtinatione hominum, l. quod in rerum. de leg. t. ideoque palmum terræ dando promiſſor, aut hæres liberari poſſit: deriſorium videtur eſſe hoc legstum. At in homine promiſſo, vel legato, non tauta incertitudo reperitur. Idémque de domo promiſſa, vel legata, dicendum eſt, quod de fundo promiſſo, vel legato propter ſimilitudinem rationis.l.ſi domus.de leg.1. Sed in vtroque ſpectanda volnntas eſt, vt ſuprà admonuimus. Nam ſi teſtator domns babeat in ſubſtantia ſua, aut fundos diſtinctos, de vna domo, aut fundo, eum ſenſiſſe interpretabimur, quem legatarius elegerit. d.l.ſi domus. arg. d. l. quidam. de tri.vin.& oleo. Plane ſi ex pluribus fundis eiuſdem nominis qui vnum fundum ſtipuletur, ſine vlla nota demonſtrationis, eum fundum ſtipulari intelligitur, quem promiſſor dare voluerit.l. qui ex pluribus ſupra.

Nec ante committetur ſtipulatio. Cum boc agitur inter contrahentes, vt promiſſor quacunque die ſe ſiſtat, liberum eſt ei, quis die voluerit ſe ſiſtere. Iisque cum ante mortem ſuam cogi non poſſit ſe ſiſtere, perſpicuum eſt, ante mortis tempus ſtipulationem non committi: quia tunc certum eſſe incipit, reum promittendi ſiſti non poſſe. Nec vero hic diſtinguimus, an ſtipulatio à conditione incipiat, &c. Nam ſi nec, vt certa die, nec vt quacunque die ſiſtatur reus, actum eſſe appareat, illi diſtinctioni lncus eſt. Poteſt enim hoc agi, vt ſiſtatur ſimpliciter, qua ſcilicet die eum ſiſti æquum fuerit.

Sed & ſi ita ſtipulatus. Hæc ſtipulatio non committitur ſtatim, reo non aſcendente Capitolium: quia licet hodie non aſcendat, tamen poſtea aſcendere poterit: ſed tunc demum committitur, cum certum eſſe cœperit, aum aſcendere amplius non poſſe: quod vtique per eius mortem contingit. Idque dicendum de hac ſtipulatione, *Si Pamphilum non dederis, &c.* ſecundum ſententiam Pegsi, quæ paulo poſt ſequitur. Nec cautio Mutiana bic locum habere poteſt, quæ teſtamentorum cauſa tantum introducta eſt.l.Mutianæ.de cond.& demon. Nam & conditio hic confertur in perſonam debitoris, non eius, cui debetur: quo caſu inepta eſſet hæc cautio, & voluntati coutrahentium omnino contraria. Cum enim ita ſtipulor, *Si in Capitolium non aſcenderis, centum dare ſpondes?* quia voluntas mea eſt, vt Capitolium aſcendatur, cautio de non aſcendendo contra voluntatem meam proculdubio interponeretur. Sin autem ita ſtipulatio concipiatur, *Si in Capitolium non aſcenderis, centum dare ſpondeo*: vtilis poſſet eſse hæc cautio de non aſceudendo: quia voluntas mea hæc oſtenditur eſſe, vt non aſcendatur. Sad bocgenns cautionis in contractibus receptum non eſt. Generaliter igitur conſtituendum eſt, pœnales ſtipulationes, quæ conditionem in non faciendo, aut non dando, conceptam habent, tunc committi, cum exploratum eſſe cœperit, conditionem amplius deficere non poſsa, vel propter mortem promiſsoris, vel propter interitum rei, quæ in conditione eſt. Hinc Iuſtinianus in Inſtit. §. ſi quis ita. de verbo. oblig. Si quis, inquit, ita ſtipuletur, *Si in Capitolium non aſcendero, dare ſpondes?* perinde erit, ac ſi ſtipulatus eſset, cum morietur, ſibi dari. Nec enim ad tempus moræ commiſſio ſtipulationis referenda eſt in his exemplis, & aliis ſimilibus in quibus ſtipulatio incipit à conditione. Quod tamen mihi accipiandum eſſe videtur, niſi quantitas, puta decem, aut fundus, in conditione ſint: vt ſupra annotauimus, l.ſi Titius. Idémque dicendum, & quoties aliqua coniectura ſuadet contrahentes ad tempus moræ reſpexiſse. l. ſideiuſsor obligari. §. vlt.inf. de fideiuſs. Tunc enim ſequimur Sabini ſententiam, cuius mox fiet mentio, quamuis à conditione incipiat ſtipulatio. Sed etſi ſerno libertas ita relicta ſit, ſi in Capitolium non aſcenderit, fauor libertatis exigit, vt cum primum data facultate non aſcenderit, libertatem conſequatur.l. libertus. de manu.teſta.

Sabinus autem exiſtimabat. Sabini opinio fuit, in ſtipulationibus pœnalibus, de quibus hic loquimur, ſimulatque ſtetit per promiſsorem, &c. quaſi exiſtente iam conditione ſtipulationem committi. Nam etſi intelligeret Sabinus, eum, qui Pamphilum hodie non dat, cras dare poſse, ac ideo ſubtiliter dici poſse, nunquam exiſtere poſse conditionem, quandiu certum fuerit dari non poſse, &c. tamen exiſtimabat, magis ſpectandam eſse voluntatem contrahentium, quos veriſimile eſt ita ſenſiſse, vt promiſsore ceſsante Pamphilum dare, committatur ſtipulatio. Mouebat præterea Sabinum exemplum penus legatæ. Nam ſi quis ita legauerit, *Si hæres meus penum non dederit vxori meæ, centum ei dato*: poſt moram hæredis ſtatim debetur penus.l.1.de penu leg. l. 1.§. item ſi ita.ad leg.Falci.l.cum ſiue.l.ſi penum.quando dies leg. ced. Sed non videtur Papiniano, quod de penu legata receptum eſt, ad ſtipulationes vſquequaque producendum eſse. Eſt enim in legato penoris duplex ratio: vna, quia defuncti voluntatem plenius interpretamur: leg.in teſtamentis.de reg.iur. altera, quia natura penoris huiuſmodi eſt, vt primo quoque tempore ſolui debeat.

Itaque poteſt Sabini ſententia recipi. Papinianus ergo ſententiam Sabini probat, cum ſtipulatio non incipit à conditione, id eſt, cum nibil eſt in conditione, quod in obligatione quoque non ſit. Si enim à conditione inciperet, moram facere proprie ac vere dici non poſset promiſsor, id ſcilicet non præſtando, ad quod obligatus non eſt.l.ſi pupillns. 127. inf.l.ſi quis ſub conditione. ſupra, ſi quis omiſsa cauſa teſtamenti. Proinde tunc demum commiſſio ſtipulationis ad moræ tempus refertur, cum Pamphilus promiſsus eſt, &c. Arbitror autem, vt moram facere dicatur promiſsor, eum interpellandum eſse.l.ſi penum.quando dies leg.ced. Non enim video cur à communi regula bic recedendum ſit.l.ſi ex legati cauſa.ſupr.l.mora.de vſur. Verum boc locum habere non poſse videtur, cum conuenit pacto conuento ſine ſtipulatione, vt Pamphilus detur: quia ex pacto nudo peti nibil poteſt. Augétque difficultatem Diocletiani reſcriptum, in quo dicitur, lite mota conditionem exiſtere.l.nuda.Cod.de contrah.& commit.ſtipu. Sed videtur abſq; vlla incommodo agi poſse ſub alternatione, vel, vt reus, quod conuenit, faciat, vel pœnam præſtet. l. ſi pacto quo pœnam. C. de pact. Diocletiani vero reſcriptum, ſecundum propoſitam ſpeciem accipiendum eſt, quæ deſideratur, vt pleræque aliæ in Codice Iuſtiniani. Sed ea ſpecies finganda eſt, quæ conueniat verbis reſcripti, nec à ratione iuris abhorreat: veluti ſi conuenerit inter aliquos, ne alter ab altero petat. Nam in bac ſpecie exiſtit conditio ſtipulationis pœnalis, lite mota, & committitur ſtipulatio.

Quod ſine dubio verum erit. His verbis oſtendit Papinianus, cum ſtipulatio conditionem præcedit, recipiendam eſse Sabini ſententiam ſine vlla dubitatione, ſi appareat actum eſse inter contrabentes, vt ſi homo datus non fuerit, & bomo, & pecunia debeatur, nec alterum dando promiſsor liberetur. Cum enim tunc peti homo poſſit, dubitandum non eſt, quin moram facere promiſsor recte dicatur. Cum vero actum eſt, vt ſi bomo ſolutus non fuerit, ſola pœna debeatur, maior videbatur eſse dubitatio, quia promiſsor ad dandum

bominem

hominem cogi non poteſt. Sed Papinianus ait, idem hic quoque dicendum eſſe: quia verum eſt, in ſtipulationem deductum hominem eſſe, & hanc voluntatem fuiſſe contrahentium, vt homo ſoluatur, aut pecunia petatur.

Tractari hic ſolet quæſtio, an ſtipulatione pœnali principalis obligatio nouetur: in qua tot, ac tam variæ opiniones repetiuntur, vt merito de his Terentianum illud dici poſſit, Quot homines, tot ſententiæ. Ego autem non nouari exiſtimo, quia pœna videtur in fauorem creditoris adiecta non debitoris. §. nõ ſolum. Inſtit. de verb. oblig. leg. vlt. de Præt. ſtipul. Proinde non prohibetur creditor id, quod in principalem ſtipulationem deductum eſt, petere, ſi velit. l. duo ſocietatẽ. pro ſocio. Cuius rei crebro exempla occurrunt in iuris autorum libris de ſocietate, venditione. & aliis huiuſmodi contractibus. l. ſi quis à ſeruo. ſup. pro ſocio. l. prædia. de act. emp. l. qui Romæ. §. Flauius. infr. l. reſcriptum. §. pacto. ſup. de pactis. l. apud Celſum. §. Labeo. de dol. excep. Sed hoc tamen eſt ita accipiendum, niſi cautum ſit, vt ſola pecunia petatur. Quod nequaquam præſumendum eſt, niſi probatum fuerit. l. vlt. C. de nouation. Excipiũtur quoque ſtipulationes, quę factũ cõtinent, in quibus poſt morã fit transfuſio obligationis faciendi in obligationẽ pecuniæ, vt ſupra diximus. l. ſtipulationes non diuidũtur, etiãſi pœna nulla promiſſa ſit: vnde mirum non eſt, poſt moram, quaſi nouatione quadam facta, pœnam ſolam deberi. l. obligationum fere. § vlt. ſup. de obli. & act. Vera tamẽ nouatio hæc dici non poteſt: quia poſt moram reus facultatem habet facti præſtandi, donec lis conteſtata fuerit. l. ſi inſulam. Eadem aſt ratio legati, ſi teſtator, exempli gratia, penum legauerit, & ſi hæres non dederit centum. Ideo enim penus peti non poteſt, quia ademptio quædam, & tranſlatio legati hic eſt, conditionem habens, quæ exiſtit, moram faciente hærede. l. ſi penum. quando dies lega. ced. Fit namque tranſlatio legati, cum res pro re datur. l. 6. de adimen. leg. Nec vero vlla proprie hic nouatio eſt, cũ penus poſt moram, & transfuſionem peti poſſit, vſque ad litem conteſtatam. l. cum ſine præfinitione. quand. dies lega. ced. Sed de his legatis alibi. l. 2. da pe. leg. l. 1. §. item ſi ita. ad leg. Falcid. Quod autem diximus, ſtipulationem pœnalem non impedire, quominus res principaliter promiſſa petatur, ſic accipiendum eſt, vt electionem habeat ſtipulator, non vt ei exigere vtrunque liceat. leg. apud Celſum. §. Labeo. de doli except. l. reſcriptum. §. ſi pacto. ſup. de pactis. Notandum autem eſt, ſi ax principali obligatione actum ſit, poſſe quod amplius eſt in pœnali ſtipulationa peti, & cõtra. l. ſi quis à ſeruo. ſupra pro ſocio. l. prædia. de act. empt. Quinimo interdum, quicquid vtraque obligatione continetur, promiſſor recte exigit, cum videlicet actum id probatur, vt hic Papinianus ait. l. qui fidẽ. ſup. de tranſact.

CXVI. IDEM LIB. IIII. QVAESTIONVM.

DEcem ſtipulatus à Titio, poſtea quãto minus ab eo conſequi poſſes, ſi à Mæuio ſtipuleris, ſine dubio Mæuius vniuerſum periculum poteſt ſubire. Sed etſi decem petieris à Titio, Mæuius non erit ſolutus, niſi iudicatum Titius fecerit. Paulus notat. Non enim ſunt duo rei, Titius, & Mæuius eiuſdem obligationis, ſed Mæuius ſub cõditione debet, ſi à Titio exigi nõ poterit. Igitur nec Titio cõuento Mæuius liberatur, qui an debitur' ſit, incertũ eſt: & ſoluẽte Titio, nõ liberatur Męuius, qui nec tenetur, cũ conditio ſtipulationis deficit: nec Mæuius pẽdẽte ſtipulationis cõditione recte poteſt conueniri. A Mæuio enim, ante Titium excuſſum, non recte petetur.

Is qui decem à Titio ſtipulatus erat, poſtea ſtipulatus eſt à Mæuio, quãto minus à Titio conſequi poſſet quæritur, quæ ſit vis huius ſtipulationis. Ac in primis dicitur Mæuius poſſe vniuerſum periculũ ſubire, vt puta, ſi nihil à Titio exigi poterit. Minus nam is ſoluere intelligitur, qui nihil ſoluit. ſi ita. 105. de verb. ſignifi.

II. Et ſi ſtipulator decem petierit à Titio, & litem cum eo conteſtatus ſit, non ideo liberatur Mæuius, alioquin fruſtra hæc ſtipulatio interponeretur. l. ſi decem. de ſolut. l. vlt. de reb. cred. Manet enim Męuij obligatio in eodem ſtatu, donec Titius ſoluerit. Obiiciet fortè aliquis, duos reos promittendi hos eſſe, atque ideo petita re ab vno alterum liberari debere. Hoc enim antiquo iure cautum erat. leg. 2. de duobus reis. præterquam in bonæ fidei iudiciis, l. 1. §. ſi apud duos. depoſ. ante Conſtitutionem nouam Iuſtiniani. l. vlt. C. de fideiuſſ. Sed Paulus, qui ſcripſit Notas in Quæſtiones Papiniani, hic notat Titium & Mæuium eiuſdem obligationis reos non eſſe, ſed Mæuium ſub conditione debere. Nam diſparitas obliganonis conſtitutionem reorum impedit. leg. eandẽ. infr. de duob. reis.

III. Non poteſt conueniri Mæuius, donec exploratum fuerit, nihil à Titio exigi poſſe. Eſt enim obligatus ſub hac conditione, ſi & quatenus à Titio exigi poterit. Nam quamuis fideiuſſor non male dicatur hic Mæuius, ſecundum morem loquẽdi veterum iuris autorum: l. fideiuſſor obligari. §. vlt. l. fideiuſſores. 42. de fideiuſſ. tamen quia non pure accipitur, ſed ſub conditione, expectandus eſt euentus conditionis, vt conueniri poſſit. Itaque ſi quis fideiuſſerit, ſub hac conditione, ſi reus non ſoluerit, reo moram faciente, ſtipulatio committitur: nec ante fideiuſſor conueniri poteſt. Ea ſiquidem conditio tunc axiſtere intelligitur, cum reus interpellatus ſoluere negligit, propter veriſimilẽ contrahentium voluntatem. l. fideiuſſor obligari. §. vlt. de fideiuſ. Hoc igitur inter vtranque conditionem intereſt, quod ex huius, de qua diſſerimus, conceptione apparet, eam non exiſtere, donec ſpes aliqua ſolutionis ſupereſt. In altera verò, ſimulatque ceſſauerit, reus, exiſtere dicitur conditio. Quia verum eſt, reum non ſoluere, quamuis fortè ſoluere poſſit. d. l. fideiuſſor.

IIII. Fideiuſſor, deficiente conditione, quia fortè reus totum ſoluit, proprie non dicitur liberari, quia nunquam obligatus fuit. l. ſi decem. de ſolut. Sub conditione tamen debitor, ſi pendente conditione ſoluerit, ea lege, vt conditione exiſtente in ſolutum cedat, liberabitur ea ſolutione, ſi poſtea extiterit conditio. l. ſub conditione. de ſolut.

CXVII. IDEM LIB. XII. QVAESTIONVM.

SI centum homines, quos ego hęréſve meus elegiſſet, ſtipulatus, antequam elegerim, duos hęredes reliquero: numero diuiditur ſtipulatio. Diuerſum erit, ſi iam electis hominibus ſucceſſerint.

Ante electionẽ debẽtur genera, & res incertę ideoq; fit numero diuiſio. Poſt electionem ſpecies, ac corpora certa in obligatione ſunt, ad idcirco ſinguli hęredes dimidias partes ſingulorũ hominũ petũt. De qua diuidẽdi tatione ſatis diximus ſupr. c. 54. l. in ſtipulationibus.

Muum

Vlpianus ſub titulo rem ratam haberi, c. 22. Si in ſtipulatione ratam rem haberi hactenus comprehēſum fuerit, Lucium Titium ratum habiturū, cum id aperte ageretur, vt hæredis cæterorúmque perſonæ, ad quoa ea res perti neret, omitterentur, difficile eſt exiſtimare doli clauſulam committi. Sane cum per imprudētiam hæ perſonæ omittuntur, actio ex doli clauſula cōpetit.

CXX. IDEM LIB. XXXVII. QVÆSTIONVM.

SI ita ſtipulatus fuero, *Hanc ſummam cētum aureorum dare ſpondes?* etſi maxime ita exaudiatur ille ſermo, *Si modo centum aureorum eſt*, non facit conditionē hæc adiectio: quoniam ſi centum nō ſint, ſtipulatio nulla eſt: nec placuit inſtar habere conditionis ſermonem, qui non ad futurum, ſed ad præſens tempus refertur, etſi contrahentes rei veritatem ignorent.

Hæc ſtipulatio, *Hanc ſummam centum aureorum dare ſpondes?* conditionalis non eſt, etiamſi ex mēte contrahentium hunc ſermonem ineſſe interpretemur, *ſi modo centum aureorum eſt.* Nam etiamſi verbis id expreſſum eſſet, non ideo conditionalis eſſet ſtipulatio, quia in futurum tempus non concipitur conditio, vt diximus c. 100. An autem ita ſit accipienda hæc ſtipulatio, *ſi centum aureorum eſt*, non aperit in hoc loco: ſed locus eſt hac de re Aphricani, ſub tit. de leg. 1. cap. 108. l. ſi ſeruus. §. qui quinque. Qui quinque in arca habebat, ita legauit, vel ſtipulanti promiſit, *Decem, quæ in arca habeo.* & legatum, & ſtipulatio valebit: ita tamen, vt ſola quinque vel ex ſtipulatione, vel ex teſtamento debeātur. Sed hæc verba Aphricani ita accipiēda ſunt, niſi alia fuerit mens contrahentium. Si enim de numero, & quantitate ita actum fuiſſe appareat, nec tanta ſumma reperiatur, inutilis eſt ſtipulatio.

CXXI. IDEM LIB. XI. RESPONSORVM.

EX ea parte cautionis, *Dolumque malum huic rei, promiſſionique abeſſe, abfuturumque eſſe, is ſtipulatus eſt ſpopondit ille*, incerti agetur ſtipulationis vtiliter interponendæ gratia.

In contractibus bonæ fidei, cuiuſmodi eſt emptio, aut venditio, agitur interdum, vt alter alteri caueat, ac per ſtipulationem promittat: veluti cum emptor à venditore petit, vt duplam promittat, ſi euicta res fuerit. lēg. 2. de euicto. leg quod ſi nolit. §. quia aſſidua. de ædil. edict. In ſtricti iudicij contractibus idem dici poteſt, ſi incerta fuerit doli mali clauſula. Contractus enim, cui hæc clauſula adſcribitur, quam proxime ad naturam bonæ fidei iudiciorum accedit, vt diximus c. 119. l. doli clauſula. Propter hanc igitur clauſulam, ſi parum vtiliter cōcepta ſit ſtipulatio, aduerſus promiſſorem poterit agi, vt recte, vtilitérque interponatur.

Mulier ab eo, in cuius matrimoniū conueniebat, ſtipulata fuerat ducenta, ſi concubinæ tempore matrimonij conſuetudinem repetiſſet: nihil cauſæ eſſe reſpondi, cur ex ſtipulatione, quę ex bonis moribus cōcepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam aſſequi non poſſit.

Hæc ſtipulatio bonis moribus maxime congruit, imo legibus, & conſtitutionibus, quia vxorem ſimul, & concubinam habere non licet. C. de concu. quamuis alias concubinatus iure ciuili permiſſus ſit. l. 10 concubinatu. de concub. Itaque in hac ſpecie committitur pœna, ſi concubinæ conſuetudinem repetierit maritus. Idemque in quacunque alia ſpecie ſimili dicēdum eſt: veluti ſi aleator promiſerit centum, ſub conditione, ſi alea luſerit. Hæc enim ſtipulatio ex bonis moribus concepta eſt, cum alea res ſit turpis, & à ſapientiſſimis quibuſque ſemper damnata. ſupra de aleę luſu, & aleator. Quod vel Ouidiaoi verſus oſtendunt:

Sunt etiam ſcripta, quibus alea luditur, artes.
Hoc eſt ad veſtros non leue crimen auos.

Obiicitur à nonnullis dictum Vlpiaoi, ſub tit. de pactis, c. 7. Si ob maleficium, ne fiat, promiſſum ſit, nulla eſt obligatio ex hac conuentione. Sed Vlpianus de eo loquitor, qui promittit alij, ne maleficium faciat: veluti ſi mulier marito promittat centum, ne concubinā repetat. In qua ſtipulatione ineſt turpitudo, cum gratis, & ſine mercede, à maleficio abſtinere debeat. l. 2. de cond. ob turp. cauſ. Hic autem loquimur de ſtipulante pecuniam ab eo, quem vult à maleficio metu pœnæ deterrere. Quam diuerſitatem mirum eſt à Zaſio animaduerſam non fuiſſe.

In inſulam deportato reo promittendi, ſtipulatio ita concepta, *Cum morieris dari?* non niſi moriente eo committitur.

In ſtipulatione quicquid palam, ac diſerte verbis non exprimitur, id omiſſum eſſe intelligendum eſt. l. quicquid. Itaque ſi quis ita ſtipulatus ſit, *Cum morieris dari?* deportato in inſulam promiſſore, ſtipulatio non cōmittitur, cū de deportatione nihil cautum ſit: quamuis alias plerunque, qui capite minuitur, & libertatem, aut ciuitatem amittit, pro mortuo habeatur. Id accidit, vbi eadem ratio, atque vtilitas eſſe videtur. l. 1. §. vlt. de bonor. poſſeſ. cont. tabul. l. intercidit. de condit. & demon. l. actione. §. publicatione. pro ſocio. Nam vbi diuerſa ratio eſt, hæc interpretatio extenſióque locum non habet. Quod in quaque ſpecie iudicare non admodum difficile eſt. l. cum pater. §. hæreditatem. de leg. 2. l. ſed ſi mors. de dona. inter vir. & vxor. l. Statius. §. vlt. de iure fiſci. Sed de ſingulis hypotheſibus ad hunc pertinentibus, dicemus ſuo loco.

Ex facto rei promittendi, doli ſtipulatio hæredem eius tenet: ſicut ex cæteris aliis contractibus, veluti mandati depoſiti.

Ex delicto defuncti hæres non tenetur, niſi quid ad eum peruenerit, aut cum defuncto lis conteſtata ſit. C. ex delict. defun. Quod eſt accipiendum, niſi ex contractu, & rei perſecutione naſcatur actio: veluti ex ſtipulatione, qua promiſſum eſt dolum malum abeſſe, abfuturúmque eſſe. Nam hæres ob dolum defuncti ex hac ſtipulatione conueniri poteſt. Idémque de aliis contractibus ſcriptum extat. l. ex depoſiti. l. ex contractibus, de oblig. & act. l. ad ea. §. vlt. de reg. iur. l. bominem. §. datur. depoſ.

CXXII. SCÆVOLA LIB. XXVIII. DIGESTORVM.

QVI Romæ pecuniam mutuam acceperat ſoluendā in longinqua prouincia poſt menſes tres, eámq; ibi dari ſtipulāti ſpopōderat, poſt paucos dies Romæ teſtato

creditori dixit, paratum ſe eſſe Romæ eam numerare, detracta ea ſumma, quam creditori ſuo vſurarum nomine dederat. quæſitum eſt, cum in integram ſummã, in quam ſtipulatione obligatus eſt, obtulerit, an eo loco, in quo ſoluenda promiſſa eſt, ſua die integra peti poſſit. Reſpondit, poſſe ſtipulatorem ſua die ibi, vbi ſoluendam ſtipulatus eſſet, petere.

Is qui promiſit, certo loco & tempore ſe pecuniam ſoluturum, quam mutuo accepit alio loco & tempore, non recte eam offert. l. is qui. de eo quod certo loco. l. obſignatione. C. de ſolutio. Itaque ea oblatio à præſtatione vſurarum minime eum excuſat. l. tutor. §. Lucius. de vſu. quia minus, quàm debet, offerre intelligitur, arg. §. plus autem. Inſtit. de act. Receptum tamen eſt, idoneam oblationem eſſe, ſi alio in loco alióque tempore præter pecuniam creditam, quod intereſt offeratur. Nam & creditori alio in loco ita petere licet, actione ſcilicet arbitraria, vt eius quod intereſt, ratio habeatur. l. 1. & 2. de eo quod certo loco. Nec me mouet, quod à quibuſdam obiicitur, hac ratione iniuriam fieri ſtipulatori, qui docere cogetur, quanti ſua interſit, non abſque magna difficultate & incommodo. l. vlt. de præt. ſtip. Nam imputare ſibi debet, quod certam ſummam ſtipulatione non comprehenderit, ſecundum Venuleij conſilium, dict. l. vlt. Denique reo nunquam ſoluente in eo, de quo cõuenit, loco, neceſſario ad æſtimationem eius, quod intereſt, deueniendum erit: cuius probatio incumbit creditori. Idem dicendum eſt, etſi locus tãtum ſtipulationi adiectus ſit. Non poteſt enim debitor alio loco ſoluere, inuito ſtipulatore, cuius forte intereſt, pecuniam eo loco ſolui. l. is qui. de eo quod certo loco. Quod enim dicitur, promiſſorem vbique ſoluere poſſe. l. continuus. §. cum ita. cum hac exceptione accipiendum eſt, niſi creditor, cuius intereſt, diſſentiat. Quæri ſolet, ſi ponamus locũ nullum ſtipulationi adiectum fuiſſe, ſed tantum conueniſſe, vt poſt diem certam pecunia reddatur: an ante diem reddi poſſit. Et vulgo dicitur, quia tempus non tãtum debitoris gratia adiicitur, ſed etiam creditoris cui promiſſæ ſunt vſuræ, ante diem offerentem nihil agere. arg. l. eum qui. de an. leg. l. ſi ita relictum. §. Pegaſus. de leg. Quę ſententia ſi vera eſt, multo facilius eam ſequemur, ſi diſerte cautum ſit, vt debitori ante diem ſoluere non liceat. Sed eruditiores putant huiuſmodi pactiones, contrarias bonis moribus, & publicæ vtilitati, omnino reiiciendas eſſe. l. pacta quæ contra. C. de pactis. Molinæus de vſur. quibus aſſentior non grauate propter vtilitatem: quamuis certi iuris id non eſſe fateor. Durum enim atque odioſum eſt, non poſſe debitorẽ ab vſuraria obligatione ſoluẽdo ſeſe liberare: cũ præſertim huius vſurariæ vtilitatis in hac diſputatione nullum apud iuris auctores exemplum reperiatur.

Detracta ea ſumma. Hiſce verbis ſignificat Scæuola in mutuo contrahendo debitorem creditori pro futuris vſuris aliquam ſummam in anteceſſum dediſſe: vt exempli gratia, credita fuit ſumma centum aureorum, ac debitor pro vſuris decem repræſentauit: quo caſu nonaginta tantum penes debitorem reſident. Vnde exiſtimarunt aliqui mutuum non eſſe cõtractum, niſi in nonaginta l. ſi tibi. de pact. l. rogaſti. de rebus credi. l. cum vltra. Cod. de non numc. pecun. atque ideo vſuras eius tantum ſummæ deberi. Quæ ſententia recepta nõ eſt: nec mihi valde probatur: modo nulla fraus arguatur contrahentium. arg. l. qui in futurum. de pactis. leg 2. §. non mal. c. de doli except. Quod autem hic dicitur, *detracta ſumma*, ſic accipimus, debitorẽ obtuliſſe quidem integram ſortem, quæ centum aureorum eſt, & aliquid prętęrea pro vſuris breuiſſimi illius temporis, quo pecunia vſus eſt, vt ſequentia verba oſtẽdunt: ſed detraxiſſe quod dederat in anteceſſum pro vſuris eius temporis, quod nondum præterierat tempore oblationis. Nec verum eſt, nonaginta tantum accepiſſe debitorem, cum is reuera centum acceperit, ex quibus decem fœneratori dedit.

Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit à Sticho ſeruo Seij in prouincia Syria, in ciuitate Beryto vſque Brenteſium, idque creditum eſſe in omnes nauigij dies ducentos ſub pignoribus & ex hypothecis mercibus à Beryto comparatis, & Brenteſium perferendis, & quas Brenteſio empturus eſſet, & per nauem Beryto inuecturus: conuenítque inter eos, vti cum Callimachus Brenteſium perueniſſet, inde intra Idus Septembres, quæ tunc proximę futuræ eſſent, aliis mercibus emptis, & in nauem miſſis, ipſe in Syriam nauigium proficiſcatur: aut ſi intra diem ſupra ſcriptum nõ reparaſſet merces, nec enauigaſſet de ea ciuitate, redderet vniuerſam continuo pecuniam, quaſi perfecto nauigio, & præſtaret ſumptus omnes perſequentibus eam pecuniam, vt in vrbẽ Romã eã deportarẽt: eamque ſic rectè dari fieri, fide rogãti Sticho ſeruo Lucij Titii promiſit Callimachus. Sed cũ ante Idus ſupra ſcriptas, ſecũdum cõuentionem, mercibus in nauem impoſitis, cum Erote cõſeruo Stichi, quaſi prouinciam Syriam perueturus, enauigauerit: quæſitum eſt, naue ſubmerſa, cũ ſecundum cautionẽ Callimachus merces Beryto perferendas in nauem miſiſſet eo tempore, quo iam pecuniã Brenteſio reddere Romę perferendã deberet, an nihil proſit Erotis cõſenſus, qui cum eo miſſus erat, cuique nihil amplius de pecunia ſupra ſcripta poſt diem conuentionis permiſſum, vel mandatum erat, quam vt eam receptam Romam perferret, & nihilominus actione ex ſtipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur? Reſpõdit, ſecundum ea, quæ proponerentur, teneri. Item quęro ſi Callimacho poſt diem ſupra ſcriptam nauiganti Eros ſupra ſcriptus ſeruus conſenſerit, an actionem domino ſuo ſemel acquiſitam adimere potuerit? Reſpõdi, non potuiſſe, ſed fore exceptioni locum, ſi ſeruo arbitrium datum eſſet, eam pecuniam quocunque tempore in quemuis locum reddi.

In hac hypotheſi proponitur Callimachum pecuniam nauticam à Sticho ſeruo Seij mutuam accepiſſe. Eſt autem pecunia nautica, quæ & traiectitia & maritima dicitur, quæ trans mare vehitur periculo creditoris. l. 1. ſupra de naut. fœo. l. 1. & vlt. C. eo. l. traiectitię. de oblig. & actio.

Nam tametſi alias periculum debitoris ſit, l. incendiũ. C. ſi cert. pet. l. in ratione. §. incertę. ad l. Falcid. hoc

tamen

tamen hic agitur, vt periculum creditor ſuſcipiat, & ita demum ei teneatur debitor, ſi ſalua nauis in portũ appulerit. Itaque permittitur creditori, maiorem vſuram, quaſi periculi huius pretium quoddam, ſtipulari.

Eſtque centeſima hæc vſura ex Iuſtiniani conſtitutione, qua antiquum ius emendatum eſt. l. eos. Cod. de vſur. Nam veteri iure modus præfinitus non erat, vt Paulus oſtendit lib. 2. Sentent. tit. de vſur. Traiectitia, inquit, pecunia, propter periculum creditoris, quãdiu nauigat nauis, infinitas vſuras capere poteſt. Quem locum nõ videntur legiſſe qui de hac re ante nos ſcripſerunt. Callimachus igitur mutuam pecuniam nauticam accepit, ſed in hoc mutuo pacta quædam interpoſita ſunt, eáque ſolenni ſtipulatione confirmata, de quibus dicendum eſt.

I. Conuenit, vt periculum ſuſcipiat fœnerator nauigationis à Beryto vſque Brundiſium (quod & Brenteſium dicitur) non pro commeatu tantum, ſed etiam pro remeatu: idque in omnes nauigij dies ducẽtos. Ex quo apparet, vſuram, de qua hic agitur, ἀμφοτερόπλουν. Sed hoc extra rem.

II. Debitor obligauit creditori, huius pecuniæ nomine, merces Beryto comparatas, & Brundiſium perferendas, & præterea merces, quas Brundiſij empturus eſſet, & per nauem Beryto inuecturus.

III. Conuenit, vt debitor reparet merces Brundiſij, id eſt, loco vẽditarum alias emat, & eis in nauem immiſſis intra Idus in Syriam proficiſcatur: aut ſi intra id tempus non reparet merces, nec enauiget è Brũduſio, vniuerſam reddat continuo pecuniam, id eſt, antequã in Syriam redierit. Siue ergo non reparauerit merces, ſiue non enauigauerit è Brunduſio ante Idus, eam pecuniam ſoluere debet Brunduſij.

Et animaduertendum eſt, ideo hanc legem dictam eſſe contractui, quoniam eo fere tempore maria clauduntur, vt Vegetius ait, & periculoſa incipit eſſe nauigatio. l. 3. C. de naufr. Ne ergo temere periculum nauigationis ſubeat creditor, ſi liceat aduerſo tempore debitori nauigare, leg. qui petitorio. §. vltim. de rei vind. vtilis eſt ei hæc conditio. Hæc ſunt præcipua capita ſtipulationis, inter Callimachum, & fœneratorem contractæ.

Nunc videndum eſt, quid poſtea acciderit, quidque vel ſecundum ſtipulationem, vel aduerſus eam factũ ſit. Quod vtique ſubobſcurum eſt, nec facile ex hoc loco perſpici poteſt. Hæc enim verba, *Sed cum ante Idus ſupra ſcriptas ſecundum conuentionem, &c.* oſtendunt Callimachum ante Idus nauigaſſe.

Verum ſequentia repugnant: *Cum ſecundum cautionem Callimachus merces Berytum perferendas in nauem miſiſſet eo tempore, &c.* Sed verior videtur mihi lectio, quam aliqui Codices habẽt, *Cum ſecundum cautionem Callimachus merces Beryto perferendas in nauem miſiſſet eo tempore, &c.* Ex ea enim lectione colligimus Callimachum merces in nauem impoſuiſſe ante Idus: ſed ante Idus eum non enauigaſſe. Hæc enim verba, *Sed cum ante Idus ſupra ſcriptas, &c.* quæ ambigua ſunt, quia obſcurum eſt quid quo referendum ſit, ſequentibus verbis explicantur.

Ex quibus apparet non enauigaſſe Callimachum, ſed in naue potius manſiſſe. Nam facile eſt animaduertere, hanc ſpeciem ab homine rudi, & parum diſerto, propoſitam fuiſſe, in qua hyperbata, & battologiæ, atque adeo ſolœciſmi orationem obſcurant. Sed de orationis genere minus eſt laborandum, cum intelligimus quid conſultor ſentiat. Alciatus negationem hic addendam eſſe cenſet: cui non facile aſſentimur, quod veteris codicis nullius auctoritate nitatur.

Ex iam dictis perſpicuum eſt, Callimachum ante Idus non enauigaſſe è Brunduſio, idq; contra formam conuentionis: ſed conſenſu Erotis ſerui id factum eſt qui miſſus cum eo fuerat ad perſequendam pecuniam, quæ Brunduſij ſolui debebat ſub conditione, &c. Quæritur ergo, an naue poſtea ſubmerſa nihil proſit Callimacho Erotis conſenſus, quo minus ſortem cum vſuris ſoluat fœneratori. Et reſpondit Scæuola, nihilo minus teneri: Non enim aliter periculum hic eſt fœneratoris, quam ſi Callimachus intra Idus nauigauerit. Nec poteſt ſeruus, cui mandatum eſt, vt pecuniam exigat certo loco ac tempore, conſenſu ſuo conditionem domini deteriorem reddere. Idque ad procuratores quoſcunque, & alienarum rerum adminiſtratores pertinet, quos neceſſe eſt fines mandati diligenter cuſtodire. l. diligenter mandat. Non poteſt igitur procurator tempus ſolutionis prorogare, niſi ſpecialiter id ei mandatum ſit, aut niſi plenam, liberámque rerum adminiſtrationem habeat. l. procurator cui generaliter. de procurator.

Si tamen appareat, in propoſita ſpecie, arbitrium ſeruo datum eſſe, pecuniam quocunque tempore in quemcunque locum reddendi, prorogando tempus non videtur fines mandati ſui exceſſiſſe. Proinde tametſi Callimachus mero iure teneatur, propter verba ſtipulationis, tamen ex bono & æquo ob ſerui conſenſum, qui à domini voluntate alienus non eſt, exceptio ei dabitur. Cur autem res eius qui vectigal non ſoluit publicano concedente, in commiſſum non cadat, alio in loco opportunius tractatur. leg. vltim. de publica.

Flauius Hermes hominem Stichum manumiſſionis cauſa donauit, & ita de eo ſtipulatus eſt, ſi homo Stichus, de quo agitur, quem hac die tibi donationis cauſa donationis cauſa, manumiſſioniſque dedi, à te hęredeque tuo manumiſſus, vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, pœnæ nomine quinquaginta dari ſtipulatus eſt Flauius Hermes ſpopondit Claudius. Quæro, an Flauius Hermes Claudium de libertate Stichi conuenire poteſt? Reſpondit nihil proponi, cur non poteſt. Item quæro, an ſi Flauij Hermetis hæres, à Claudij hęrede pœnam ſupra ſcriptam petere voluerit, an Claudij hæres libertatem Sticho præſtare poſſit, vt pœna liberetur? Reſpõdi, poſſe. Itẽ quæro, an ſi Flauij Hermetis hęres cũ Claudij hærede ex cauſa ſuprà ſcripta nolit agere, an nihil ominus Sticho libertas ex conuentione, quę fit inter Hermetem & Claudium (vt ſtipulatione ſupra ſcripta oſtenditur) ab hærede Claudij pręſtare debeat. Reſpondit, debere.

Ex hac hypotheſi triplex naſcitur quæſtio. Prima eſt, An Flauius Claudium de libertate Stichi conuenire poſſit. Et Scæuola ait, nihil proponi, cur non poſſit. Nõ enim in conditione tantum eſt manumiſſio ſerui, ſed etiam in obligatione: quod ſatis ex eo manifeſtum eſt quia Flauius Stichum manumiſſionis cauſa donaſſe dicitur. Alias de libertate agi non poſſet. l. ita ſtipulatus ſupra. l. ſi quis ſub conditione. ſupra ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. Hic autem locus ſatis demonſtrat, ſtipulatione pœnali principalem obligationem non nouari. Qua de re diſputatum à nobis fuit ſupra c. 115. l. ita ſtipulatus. Secunda quæſtio eſt, An donatarij hæres Stichum manumittere debeat, vt à pœna liberetur. Et ait

Scænola, poſſe, quia idem iu: competit hæredi, quod defoncto, cum præſertim hæredis mentio facta ſit in ſtipulatione. Quod autem hic dicitur de pœna, videtur cõtrarium Diocletiani reſcripto, in quo ſcriptum eſt, ideo pœnam non exigi in ſimili ſpecie, quia ſeruus poſt d.ios menſes liber fit, abſque ſacto donatarij ex conſtitutione diui Marci. l. vlt. C. ſi mancip. ita vend. l. vlt. ſupra qm ſine manumiſ. Veriſimile enim eſt, de de effectu magis, quàm de actu ipſo, à contrahentibus cogitatum eſſe, nec aliod ſpectaſſe, quàm vt libertatem ſeruus conſequeretur. l. venditor. de ſeruis export. Verum in hac ſpecie, quia certus manumittendi modus à contrahentibus expreſſus eſt, nempe per vindictam apud magiſtratum, credibilius eſt, non eo tantum animo fuiſſe donatorem, vt ſeruus liber fieret, ſed vt certo modo & ratione ad libertatem perueniret. Cupiebat fore apud magiſtratum manumitti, vt libertas eius magis innoteſceret. Nec enim probo ſententiam eorum, qui exiſtimant conſilium domini fuiſſe, vt per vindictam liberatus ſeruus ciuis Romanus fieret: quoniam ex conſtitutione diui Marci idem conſequeretur, etſi à donatario manumiſſus non eſſet. Calliſtratus cap. 3. qui ſine manu. ad libert. Eum, qui ita venit, vt intra tempus manumitteretur, cum dies præſtandæ libertatis venerit, viuente venditore, & perſeuerante in eadem voluntate, perinde haberi, ac ſi ab eo, à quo debuit manumitti, manumiſſus eſſet: mortuo autem vẽditore, non eſſe hæredum eius voluntatem explorandam, diuus Marcus cum filio ſuo reſcripſit. Tertia quæſtio eſt, Si Flauius, aut eius hæres, agere nolit aduerſus donatariũ, an ſeruus ipſe de libertate ſua eum conuenire poſſit. Et reſpondet Scæuola, poſſe. Seruo enim hic conſiſtere in iudicio permittitur. argumen. l. vix certis. ſupr. de iud. Ac tametſi ex alterius ſtipulatione alteri non acquiratur ſtricto iure, leg. ſtipulatio iſta. §. alteri. tamen vtilitatis atque humanitatis cauſa ab eo iuris rigore facile receditur. Idémque conſtitutum eſt de eo, qui fundum alicui donauit, ea lege, vt poſt 10. annos eum alij reſtitueret. l. quoties. Cod. de donat. quæ ſub mo. Sed receptum eſt, in vtraque ſpecie donatori licere voluntatem mutare, quamdiu res integra eſt, adeo vt niſi in eadem voluntate perſeueret, tertio, cum quo negotium geſtum eſt, nullum ius acquiratur. l. 3. de ſeru. expor. Quæ ſententia locum habere non poteſt, ſi tertius ille ſtipulatus ſit. l. cum maritus. §. vltim. de pact. dotal. aut eius nomine alius, quo caſu vel ex iure, vel ex recepta conſuetudine, alij ſtipulari licet, ſicut tabelliones moribus noſtris ſtipulantur abſentibus.

Cohæredes cum prædia hæreditaria diuiſiſſent, vnum prædium cõmune reliquerunt, ſub hoc pacto, vt ſi quis eorum partem ſuam alienare voluiſſet, eam vel cohæredi ſuo, vel eius ſucceſſori venderet centum vigintiquinque: quod ſi quis aliter feciſſet, pœnam cẽtum inuicem ſtipulati ſunt. quæro, cum cohæres mulier, cohæredis liberorum tutores ſæpius teſtato conuenerit, & deſiderauerit, vt ſecundum conuentionem aut emerent, aut venderent, híque nihil tale fecerint: an ſi mulier extero vendiderit, pœna ab ea centum exigi poſſit? Reſpondit, ſecundum ea quæ proponerentur, obſtaturam doli mali exceptionem.

Quamuis in ſtipulationibus maxime inſpiciamus, quid verbis expreſſum cautúmque ſit, l. quicquid. adſtringendæ. 99. ſupra. tamen verba aucupari non debemus, ſed inſpicere quid veriſimiliter actum ſit. cap. 111. Exceptiones enim inſunt aliquando ſtipulationi ex veriſimili contrahentium voluntate, ſine quibus ea iniquitatem aliquam, abſurditatémve contineret. leg. quoties. 80. Itaque ſi conuenerit inter cohæredes, vt ſi quis eorum prædij communis partem vendere velit, eam cohæredi ſuo vendat. Hanc conuentionem cum exceptione accipiemus, ſi cohæres emere velit. Nam alias τὸ ῥητὸν, adeo iniquum eſt, & à ratione alienum, vt contrahentes ita ſenſiſſe credibile non ſit. Valet igitur pactum, ne rem alij vendas, quàm mihi. l. qui fundum. de contrah. empt. l. 11 ſterilis. §. ſi tibi. de actio. empt. Cuius pacti ea vis eſt, non vt cogaris mihi vendere, ſed vt alij vendere nemini poſſis. Sed & ſi quis pactus ſit ſimpliciter, ne rem vendere liceat, hoc quoque pactum vtile eſſe poteſt. l. vltim. C. de pact. inter empt. Sed de hoc genere pacti dicemus cap. 135. §. ea lege.

Pactũ valet, ne rem alij vendas quàm mihi: & non contra.

Centum vigintiquinque. Hic pretium certum à contrahentibus prudenter definitum eſt, neque eo nomine controuerſia inter eos poſtea oriretur. Nam ſi de certo pretio inter eos non conuenerit, dubitari poteſt, an quantum ab alio offertur, præſtari debeat, an vero ſufficiat commune vſitatúmque pretium ſoluere. Ex exiſtimo inſpiciendum eſſe ante omnia, quid actum ſit, quod tum ex conceptione ſtipulationis, tum ex alijs coniecturis, cognoſci poterit. l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. Si id non appareat, contra ſtipulatorem interpretamur, qui potuit ſtipulationem latius concipere. l. quicquid. ſupra. Ac pretium rei in dubio id eſſe intelligimus, quo vendi poteſt. l. ſi ſeruus furtiuus. de condi. furt. l. 2. §. ſi hæres. ad Trebell. Sed vidẽdum eſt, ne falſus ſimulatúſque emptor, maioris pretij à conſorte extorquendi cauſa, ſubijciatur. l. vlt. C. de iure emphyt. l. cum qui. §. cum igitur. de in diem addict.

Sæpius teſtato. In conſultationibus multa recitari ſolent ab imperitis hominibus, quæ nõ multum ad rem pertinent, nec ius varium inducunt: ſicut hic accidit. Quamuis enim vna interpellatio denuntiatióque ſufficere poſſit, modo nec inſtantia interpellantis remiſſa, nec voluntas mutata ſit, l. mora. de vſur. tamen hic proponitur, cohæredem ſæpius conuentum fuiſſe. Poſt hanc autem conuentionem, ac denuntiationem modicum tempus expectari arbitrio boni viri, ratio, æquitáſque ſuadet. argum. l. continuus. §. cum ita. infra. l. 2. de iure deliber. Sed & elapſo eo tempore, quandiu res eſt integra, moram purgari poſſe, receptum eſt. Qua de re diximus ſupra cap. 84.

Aut emerent, aut venderent. Ex verbis ſupra ſcriptis non videtur ſtipulatio tam plenè concepta fuiſſe, vt tali denuntiatione neceſſario hic vtendum ſit. Sed quia hic cohæres à communione tantum recedere fortaſſis volebat, denuntiauit tutoribus, non tantum vt emerent, ſed etiam, ſi ita eis videretur, partem pupilli venderent. Eáque denuntiatio ſecundum conuentionem facta hic dicitur: quoniam qui ita denuntiat, nihil contra conuentionem facere dici poteſt. Sed quocunque modo ſtipulatio concepta hic eſſe proponatur, arbitror tutores nõ poſſe partem pupilli ſine decreto Prætoris vendere. Nam etſi ob voluntatem parentis defuncti permittatur alienatio rerum pupillarium ſine decreto, l. 1. & vlt. de reb. eorum, qui ſub tute. l. 3. Cod. quando decret. op. tamen cum hæc parentis voluntas eſſe probatur, vt partem ſuam vendat, aut partem cohæredis emat, vtilius eſt ſic eam voluntatem interpretari, quaſi id voluerit, quod magis expedire videretur. Vt ergo cognoſcatur, vtrum è re pupilli futurum ſit, Prætoris interuentu, decretóque opus eſt. l. magis puto. de reb. eor. qui ſub.

Alienatio rerum pupillarum cũ decreto Prætoris, & ſine decreto.

Agerius

Agerius filiusfamilias ſeruo Publij Mæuij ſtipulanti ſpopondit, ſe daturum, quicquid patrem ſuum Publio Mæuio debere conſtitiſſet. quæſitum eſt patre defuncto, antequam conſtitiſſet quid quantúmque deberet, an ſi aduerſus heredem eius actum fuiſſet, aliúmve ſucceſſorem, & de debito conſtitiſſet, Agerius teneatur? Reſpondit, ſi conditio non extitiſſet, ſtipulationem non eſſe commiſſam.

Hoc reſponſum Scæuolæ, ante aliquot annos accurate interpretati ſumus: editúſque eſt noſter de ea re commentarius: quem ideo Scæuolam inſcripſimus, quod Scæuolę Iureconſulti morem de iure tantum reſpondendi, non de iis quæ in coniectura poſita ſunt, minime vulgo notũ, in eo libro patefeciſſe ac demonſtraſſe nobis videamur. Huius igitur capitis interpretatio ex eo commentario petenda eſt. Poſt cuius editionem inciderunt in manus noſtras ſcripta quædam eruditorum hominum, Franc. Conani, & Bart. Faij, quorum alter interpretationem probat, alter, aut vterque potius acrius in Scæuolam inuehitur, quàm quiſquam adhuc alius ante eos fecerit. Sed cum ego non Scæuolæ modo ſententiam explicem, ſed conſilium etiam tuear, ac defendam, cauſa Scæuolæ à noſtra ſeiungi profecto non poteſt. Atque eo iuſtior futura eſt defenſio noſtra, ſi quando eam meditari nobis contigerit. Quod mihi non videtur magnopere neceſſarium eſſe. Si cui enim libeat ſcripta noſtra, quæ iamdiu exierunt, euoluere, iſque omni animi perturbatione vacet, quæ hominem à veri cognitione auertat: futurum confido, vt eum adſtipulatorem habiturus ſim. At vt vere ingenuéque dicam quod ſentio, cum bona clariſſimi & doctiſſimi viri Barto. Faij venia rationes quibus Scæuolam oppugnat, eiuſmodi ſunt, vt vel dubitantem me de huius cauſæ æquitate confirmare in mea ſententia, ſcrupulúmque omnem mihi eximere poſſint. Nam quanto maior eſt apud me talis tantique viri auctoritas, cuius eæ ſunt ingenij dotes, vt ſenatoria dignitas paruio ei ſplendoris ornamentique afferat, eo profecto difficilius à ſententia auellor, quàm is, meo quidem iudicio, expugnare ac conuellere nullo conatu potuerit. Cætera, inquit, aſſentior Duareno, modo vnum mihi viciſſim concedat, minime expetendam eſſe eius Iureconſulti induſtriam, qui de iure tantum aperto, nec [illegible] reſpondeat: perinde quaſi Iureconſulti ſit, de quacunque re propoſita conſulentibus reſpondere. Ego vero ſi concedam nullum eſſe Iureconſulti vſum in republica, qui de iure tantũ, non de iis, quæ Oratorum aut Medicorũ propria ſunt, reſpondeat: cur idem Medico non fatear, de morbis tantum, non etiam de iure conſuli reſpondente, non video. Quæ enim in ſtatu coniecturali verſantur, nihilo magis ad Iureconſultũ, quàm quæſtiones iuris ad Medicum pertinent. Quanquam non inficior, quæſtiones facti, ſeu coniecturales, imo & ad Medicinam pertinẽtes aliquando à Iurecõſultis tractari, ſed parcius multo quàm noſtri temporis cauſidici ſoleant. Hi enim Iureconſulti officio non contenti, in facti quæſtionib. fere occupantur. Memini tamen conſultum à me aliquando magni nominis cauſidicum in Baſilica Pariſienſi dicere, ſe teſtationes inſpicere nolle, quæ ad fidẽ probationémque pertinerent: ſed ſi ſatis probatũ exiſtimarem, ſe mihi de iure conſulenti reſponſurũ. Qua in re mihi veteres Iurecõſultos imitari videbatur, quę cunque eũ ratio moueret. Extat quoq. reſpõſum celebre Philippi Decij, in quo hypotheſim propoſitam de concilio Piſano ne attingere quidem voluit, Iulij opinor Pont. Romani offenſam veritus: ſed de iure in vniuerſum reſpondens, multa de auctoritate concilij Pontificiſque Romani diſſeruit. Quod igitur noſtro tempore fit neceſſitate aliqua interdum cogente apud veteres vitatum erat, etſi nulla neceſſitas vrgeret: quia huiuſmodi quęſtiones putabant iuris ſcientiæ, quam profitebantur, proprias non eſſe. Qui enim ita reſpondet, exempli gratia, conditioni fideicommiſſi hæredem fideicommiſſarij parere non poſſe, is proculdubio ius reſpondet, & Iureconſulti officio fungitur: vt Scæuola prudenter fecit c.108. de cond. & demonſt. Qui verò conditionale fideicommiſſum eſſe reſpondet, cum teſtator ablatiuis abſolutis vſus eſt, acceptis centum, &c. non de iure reſpondere, ſed de facto, quod in coniectura poſitum eſt, dicitur. Ac tametſi eorum opera non contemnam, qui in talibus quæſtionibus verſantur: non ideo tamen iudicandus eſt parum vtilis reipub. Iuriſconſultus, qui ab iis quæſtionibus abſtinens de iure tantum reſpondeat. Nec inutilia ſane habenda ſunt reſponſa quædam Scæuolæ in Pandectas relata, quibus apertum ius reſpondit. Non enim apertum ius hic intelligimus, quod idiotis notum ſit (quanquam ne huiuſmodi quidem præcepta ab iis contemnenda ac rejicienda ſunt, qui iuris ſcientiam docent ac profitentur) ſed quod inter Iureconſultos controuerſum non ſit. Cuius generis eſt maxima pars Iuris ciuilis, quod interpretamur. Ne quis autem putet, parui momenti eſſe hanc diſputationem, expertus quidem hic ſum, quam verè dictum ſit ab Ariſtotele, leuem etiam errorem in iis, qui ſemel à vero diſcedunt, progreſſu temporis infinitis partibus maiorem exiſtere.

Seia heres vnius tutoris cum herede pupillæ tranſactione ſolo pacto facta, maiorem partem ſoluit, in reſiduum cauit: ſed illico negauit hæres ſe trãſactionem ſeruare, & apud iudicem tutelæ egit, & victus prouocauit ad competentem iudicem, & ab eo quoque ad Principem idem prouocauit, & iniuſta quoque hęc prouocatio eius pronũtiata eſt. Quęſitum eſt, Cum per heredẽ pupillę mora interceſſerit, quo minus pecunia in ſtipulationem deducta ab herede tutoris ſolueretur, nec vnquam petierit, an hodie ei debeantur vſuræ ab herede tutoris? Reſpõdit, Si Seia non ceſſaſſet ex ſtipulatione pecuniam offerre, iure vſuras non deberi.

Hæc quæſtio facti eſt: nec ſatis apparet ex ſpecie propoſita, quid factum ſit. Atque ideo Scæuola more ſuo, de iure reſpondet, ſub conditione, ſicut & in ſuperiore capite ab eodem reſponſum eſt. Nam etſi conſultor proponat, heredem pupillę nunquam petiiſſe, & per eum ſtetiſſe, quo minus ſolueretur, quia tranſactionem ſeruaturum ſe negauit, & diu litigauit, &c. tamen hæc omnia moram, & ceſſationem eius neceſſario non arguunt, erratque conſultor, qui moram ideo interceſſiſſe putat. Non enim petere neceſſe fuit, cum vſuræ non propter moram debeantur, ſed propter vſum pecuniæ, & ſtipulationem interpoſitam. l. lecta. ad fin. de reb. cred. Item, non quiſquis litigat, moram facere dicitur. leg. ſciendum. leg. ſi quis ſolutioni. ſupr. de vſur. ſed quædam alia ſunt neceſſaria, de quibus nihil in vniuerſum cõſtitui poteſt. l. mora. de vſur. Itaque Scæuola reſpondet, vt pleronque in aliis facti quæſtionibus ſolet, vſuras non deberi, ſi Seia non ceſſauerit pecuniam offerre, id eſt, ſi nulla mora

Vſuræ debitur propter vſum pecuniæ & ſtipulationem.

poſſit Seiæ imputari, ſed potius pupillo. Tunc autem ceſſatio eius,& mora arguitur, non pupilli, cum ea nõ obtulit pecuniam, nec iuſtam differendæ ſolutionis, aut oblationis cauſam habuit. de quo non ſatis cõſtat ex recitata hipotheſi. Ex iam dictis colligitur, ad inhibendum curſum vſurarum, oblationem prodeſſe. Sed quæritur, an depoſitio ſit neceſſaria. Et exiſtimo oblationem ſufficere, modo res debita proferatur, & exhibeatur creditori à debitore. Id enim Offerre verbum ſignificat. Nec ſatis eſſet, profiteri ſe velle ſoluere, vt alibi docuimus. l.ſi mora.ſolut.matrimon. Depoſitio autem neceſſaria eſt, ad plenam liberationem conſequendam.l.obſignatione.C.de ſolut. l.acceptam.C.de vſur. quia iniuſtum eſſet, ideo quem liberari à præſtatione rei debitæ, quod creditor eam ſibi oblatam accipere recuſauerit, ſi ſalua adhuc res ſit. l. qui decem. 72.in princ.de ſolut. Sed æquum eſt, eum, qui propter vſum pecuniæ vſuras pendit, tunc deſinere teneri, cum pecuniam debitam offerendo, oſtendit, ſe ea vti aut nolle, aut non poſſe. leg.ſi creditrici.Codic.de vſur. Ac tametſi quædam reſcripta, reſponſáque extent, in quibus depoſitio videtur requiri, leg.ſi per te. C.de vſur. l.debitor vſurarius.ff eodem. tamen ſi recte inſpiciantur, ſatis apparebit, depoſitionem, quaſi neceſſariam, minime exigi: ſed idcirco depoſitionis ibi ſit mentio, quia inciderat ſpecies, in qua res depoſita eſſe dicebatur. Et reſpondetur, eam depoſitionem ad ſiſtendum curſum vſurarum vtilem eſſe. Nec recte colligi inde poteſt, depoſitione omiſſa vſuras deberi. Et hoc genus argumenti ex conſtitutione aliqua generali facilius, quàm ex reſcriptis huiuſmodi perſonalibus duceretur. Nam & plerunque ea reſcripta, quę ſcilicet ad ſingulas cauſas accommodantur, non iam quid neceſſario faciendum ſit, quàm quid fieri expediat, continent: ſicut Philippus reſcribit, deponendam eſſe pecuniam, vt curſus vſurarum legitimus inhibeatur: quoniam videt, hoc ſubſecuto, debitorem omnino liberatum iri. leg.acceptam. Codic. de vſur. De pecunia debita pupillo ſeparata tractatio eſſe debet, ne res confundantur. Et certum eſt, ſi finita tutela tutor velit ſe liberare ab vſuris, depoſitione opus eſſe, nec ſolam oblationem ſufficere, vt Vlpianus in Marcellum notauit.leg.tutor.pro pupillo.de adminiſtr.tut. Quod eſt accipiendum, ſi certa, liquidáque ſit pecunia, quæ debetur. Nam alioquin ne oblatio quidem neceſſaria eſt, ſed frequentes denuntiationes, ac publicę profeſſiones ſufficiunt, vt reſcripto Diocletiani cõtinetur. l.vltim. de vſur.pupil.Cod. Alium vero debitorem pupilli nõ puto ad depoſitionem cogendum eſſe. Quinimo ſi tutorem non habenti pupillo, ſolui ei non poſſit, etiam ſine oblatione vlla debitor à præſtatione vſurarũ excuſabitur.l.cum quidam.§ ſi pupillo. de vſur. Verum quia minor, cauſa cognita, interdum reſtituitur in integrum, l.1.C.ſi aduerſ. ſolut. tutior eſt, ac debitori vtilior, depoſitio. l.ſi reus paratus.de procur. l.ait Prætor. de minor.

Duo fratres hæreditatem inter ſe diuiſerunt, & ſibi cauerunt, nihil ſe contra eam diuiſionem facturos, & ſi contra quis feciſſet, pœnam alter alteri promiſit poſt mortem alterius, qui ſuperuixit, petiit ab hæredibus eius hæreditatem, quaſi ex cauſa fideicommiſſi ſibi à patre relicti debitam: & aduerſus eum pronuntiatum eſt, quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet. quæſitum eſt, an pœna commiſſa eſſet. Reſpondit, ſecundum ea quæ proponerentur, cõmiſſam.

Abſoluto reo, à quo contra ſtipulationem pœnalem actor petere dicebatur, pœna aduerſus actorẽ cõmittitur. Nec refert, iuſta fuerit ſententia, an iniuſta, qua contra actorem pronuntiatum eſt, ſi ab ea prouocatum non ſit. Æquitas tamen ſuadet, vt reus, cui propter petitionem fideicommiſſi nihil abeſt, pœnam petens, exceptione doli ſummoueatur: niſi aliud actũ eſſe appareat. l.reſcriptũ.§.ſi pacto. ſupra. de pact. l.qui fidem.de tranſact. Proinde in hac ſpecie, cum quęritur, an competat exceptio, quid inter contrahentes actum ſit, videndum eſt. not.in l.ita ſtipulatus.ſupra.

Quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet. Duo fratres à patre hæredes ſcripti fuerant, & fidei eorum commiſſum; vt ſi quis eorum decederet ſine liberis, hæreditatem fratri ſuo reſtitueret. Et quærebatur inter eos, an diuiſione rerum hæreditariarum, hoc fideicommiſſum videretur remiſſum eſſe, in qua diuiſione ſibi cauerant, nihil ſe contra diuiſionem facturos, &c. Sed tamen iudicatum eſt, de fideicommiſſo quoque tranſactum videri. Quare dubium non eſt, quin pœnæ ſtipulatio commiſſa ſit, vt iam diximus, quamuis forte iudex non rectè iudicauerit, quod tamen credendum non eſt. l.Herennius.de euict. An autem de fideicommiſſo quoque tranſactum ſit, quæſtio facti magis, quã iuris eſt, & tota ex coniecturis pendet. Sed probabilius eſt, fideicommiſſum hac diuiſione, cautionéque remiſſum non videri: niſi aliud actum eſſe appareat. Quia cum fideicommiſſo ſatis cautum expreſſúmque non ſit, verba ſtipulationis ſic interpretari debemus, vt ſtipulatori potius, quam promiſſori noceant. l.ſtipulatio iſt.§. in ſtipulationibus. Qui enim promittit ſe contra diuiſionem nihil facturum, is tantum promittere intelligitur, ſe propter communionem, à qua receſſum eſt diuidendo res hæreditarias, nihil petiturum. Si igitur ex alia cauſa quicquam debeatur, id non videtur remiſſum eſſe. Quid autem mouerit iudicem ad pronuntiandum contra fideicommiſſarium, nec expreſſum hic eſt, nec ad Scæuolę reſponſum id pertinet, cum ſufficiat rem iudicatam eſſe, vt pœna committatur. Dixerit aliquis, cohæres cohæredi tenetur, euicta re hæreditaria, &c. ſi familia. C.famil.erciſc. l. ſi fratres. C.com.vtr.iud. Ergo eam euincere volens, ſummouebitur exceptione. l.vindicantem. de euict. Verum non videtur euicta re hæreditaria, ob factum eius, cui ſucceſſit is, contra quem agitur, actioni de euictione locus eſſe. Cum enim, euicta re ob factum meum, mihi non competat actio, l. fundum meum. de euict. ne ob factum quidem auctoris competere mihi poterit. *Euictionis actio quando non competat.*

CXXIII. PAPINIANVS LIB. I. DEFINITIONVM.

SI flagitij faciendi vel facti cauſa, concepta ſit ſtipulatio, ab initio non valet. *Stipulatio propter flagitium non valet.*

De ſtipulationibus, quę turpitudinem continent, diximus ſupra cap.26. l.generaliter. Hic autem locus nos admonet ſtipulationem inutilem eſſe propter turpitudinem, non modo cum flagitij faciendi cauſa cõcipitur, puta *Si plagium feceris, &c.* ſed etiamſi in præteritum tempus conferatur, *Quia plagium feciſti.* Nam maleficij remuneratio turpis eſt, ac bonis moribus contraria. l.ſi à reo.§.vlt.de fideiuſſ. Nec ad rem pertinet, quod poſt admiſſum dolum, ſi quis paciſcatur, ne de dolo agat, vtile pactum eſt. l.ſi vnus.§.pacta quę turpem. de pact. Non enim maleficij admiſſi cauſa tunc ſit promiſſio, nec maleficij renumeratio cauſa eſt huiuſmodi conuentionis.

CXXIIII.

CXXIIII. IDEM LIB. II.

DEFINITIONVM.

I*Nſulã intra biennium illo loco ædificare ſpõdes?* ante finem biennij ſtipulatio non committitur, quamuis reus promittendi non ædificauerit, & tantum reſidui temporis ſit, quo ædificium extrui non poſſit. Neque enim ſtipulationis ſtatus, cuius dies certus in exordio fuit, ex poſt facto mutatur. Idque & in ſtipulatione iudicio ſiſtendi cauſa facta placuit, ſcilicet vt ante diem ſtipulatio non committatur, ſi certum eſſe cœperit, pareri ſtipulationi reſiduo tempore non poſſe.

Diximus ſup. cap. 72. & cap. 113. l. ſtipulationes non diuid. l. cum ſtipulatus.

CXXV. PAVLVS LIB. II.

QVÆSTIONVM.

C*Vm ſtipulatur, quicquid te dare facere oportet?* nihil aliud in ſtipulationẽ deducitur, quàm quod præſenti die debetur. Hoc enim ſolum hæc ſtipulatio demonſtrat.

Satis tractatus eſt hic locus cap. 76. & cap. 89. l. ſi ſtipulatus fuerim. ſti. à colono.

CXXVI. IDEM LIB. III.

QVAESTIONVM.

SI ita ſtipulatus fuero, *Si Titius Conſul factus fuerit, tunc ex hac die in annos ſingulos dena dare ſpondes?* poſt triennium conditione exiſtente, triginta poterunt peti.

Diſputatum hac de re fuit c. 64. l. huiuſmodi.

Titius à Mætio fundum detracto vſufructu ſtipulatus eſt, & ab eodem eiuſdem fundi vſumfructum. duæ ſunt ſtipulationes: & minus eſt in eo vſufructu, quem per ſe quis promiſit, quam in eo, qui proprietatem comitatur. Denique ſi ille vſumfructum dederit, eúmque ſtipulator non vtendo amiſerit, tradendo poſtea fundum, detracto vſufructu liberabitur. Non idem contingit ei, qui fundum pleno iure promiſit, & vſumfructum dedit, deinde amiſſo eo proprietatem ſine vſufructu tradidit. Ille enim liberatus eſt, dando vſumfructum: hic in nulla parte obligationis exoneratur, niſi pleno iure fundum effecerit ſtipulatoris.

Vſumfructum proprie dicitur is habere, qui ius habet re aliena vtendi. fruendi. l. 1. ſupr. de vſufruct. Item qui dominus eſt rei alicuius, interdum habere vſumfructum dicitur, propter commoditatem, quæ in fructuum perceptione conſiſtit. Eſt ergo quidam vſusfructus à proprietate ſeparatus, qui ſeruitus eſt. Et alius coniunctus cum proprietate, quique proprietatem concomitatur, vt Paulus hic ait. Ex hoc diuiſio nata eſt, inepta admodum, vſusfructus, in formalem, & cauſalem, apud vulgares interpretes. Vtilis autem differentia vtriuſque hic traditur à Paulo in duobus exemplis, quæ ſequuntur. Primum exemplum eſt, cum quis ſtipulatus eſt proprietatem nudam fundi, ſeu quod idem eſt, fundum detracto vſufructu, deinde vſumfructũ eiuſdem fundi ſtipulatus eſt. In qua ſpecie promiſſor vſusfructus liberatur, vſumfructum dando, adeo vt obligatus tantum maneat, ad dandam proprietatem. Sicut is, qui Stichum & Pamphilum promiſit, dando Stichum, non niſi ad Pamphilum dandum obligatur. Hic enim duæ ſtipulationes ſunt, vna proprietatis, altera vſusfructus. Atque hinc conſequens eſt, ſi poſtea vſufructuarius amiſerit vſumfructum, nõ vtendo forte: iſque redierit ad proprietatem, non ideo promiſſorem teneri ad proprietatem, cum vſufructu, ſed ad proprietatem nudam tantum: quia ſemel ab vſusfructus obligatione liberatus fuit. Alterum exemplum eſt, cum quis ſtipulatur fundum, id eſt, proprietatem fundi, cum vſufructu qui eam concomitatur. In qua ſpecie promiſſor dando vſumfructum, nullo modo liberatur. Ideóque amiſſo vſufructu, cogitur pleno iure fundũ efficere ſtipulatoris, perinde ac ſi nihil omnino dediſſet. Nec obſtat, quod debitor ſoluẽdo partem rei debitæ, dicitur pro parte liberari, l. ſi ſtipulatus §. qui decem. de ſolut. Aliud enim hic ſoluitur, quàm quod debetur ſtipulatori: nec pars debiti eſt. Nam tameſi debitor fundi, ſoluendo vſumfructum, videatur partem ſoluere, quaſi plenum dominium conſtet ex proprietate, & vſufructu, l. 4. de vſufr. tamen alterius naturæ eſt hic vſusfr. qui ſoluitur, quam qui debetur ex ſtipulatione. Soluitur enim vſusfructus ſeparatus à proprietate, qui ſeruitus eſt, cùm vſusfructus diuerſi generis debeatur, id eſt, qui proprietatem comitatur. Eſt autem minus in vſufructu ſeparato à proprietate, quàm in eo, qui cum proprietate coniungitur, vt hic Paulus ait. Quod vel ex eo apparet, quia vſusfructus ſeparatus à proprietate, amittitur non vtendo, alter nõ amittitur. §. finitur. Inſtit. de vſufr. Ac ſi quis obiiciat promiſſorem ideo videri pro parte liberatum eſſe, vſumfructũ ſoluendo, quia volenti creditori ſoluit. l. 2. de reb. cred. huic reſpondendum eſt, vt diximus de ſtipulatione generis, in ſecundi capitis interpretatione.

Chryſogonus Flauij Candidi ſeruus actor ſcripſi coram ſubſcribente, & adſignante domino meo, accepiſſe cum à Iulio Zoſa agente rem Iulij Quintiliani abſentis, mutua denaria mille: quæ dari Quintiliano, hæredíve eius, ad quem ea res pertinebit, Calendis Nouembris, quæ proximę ſunt futuræ: ſtipulatus eſt Zoſas libertus, & rem agens Quintiliani, ſpopondit Flauius Candidus, dominus meus, ſub die ſupra ſcripta, ſi ſatis eo nomine factũ nõ erit, tunc quo poſt ſoluetur vſurarum nomine denarios octo pręſtari, ſtipulatus eſt Iulius Zoſas ſpopondit Flauius Candidus, dominus meus, ſcripſitq; Reſpondi per liberam perſonam, quæ neq; iuri noſtro ſubiecta eſt, neque bona fide nobis ſeruit, obligationem nullam acquirere nobis poſſumus. Plane ſi liber homo noſtro nomine pecuniam daret vel ſuam, vel noſtram, vt nobis ſolueretur, obligatio nobis pecunię creditæ acquireretur. Sed quod patrono libertus dari ſtipulatus eſt, inutile

eſt, vt nec ad ſolutionem proficiat adiectio abſentis, cui principaliter obligatio quærebatur. Supereſt, vt quæramus an ex numeratione, ipſe qui contraxit, pecuniam creditam petere poſſit. Nam quotiens mutuam pecuniam dantes eandem ſtipulamur, non duæ obligationes naſcuntur, ſed vna verborum. Plane ſi præcedat numeratio, ſequatur ſtipulatio, non eſt dicendum, receſſum à naturali obligatione. Sequens ſtipulatio, in qua ſine adiectione nominis vſuras ſtipulatus eſt, non eodem vitio laborat. Neque enim malignè accipiendum eſt, ei ſtipulatum vſuras, cui & ſortem, videri. Ideoque in liberti perſona valet ſtipulatio vſurarum, & cogitur ea patrono cedere. Plerunque enim in ſtipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inſpicienda ſunt, raro ineſſe tempus, vel conditionem ex eo quod agi apparebit intelligendum eſt, perſonam nunquam, niſi expreſſa ſit.

Cautio quædam oblata eſt Paulo, cum de iure cōſuleretur, quæ à ſeruo quodam perſcripta fuerat, domino non ſolum præſente, ſed etiam ſubſcribente, & annulo ſuo obſignante. Itaque dubium non eſt, quin ea magnā vim ad fidem faciendam aduerſus dominū habeat. Nam & ſubſcriptio ſola prodeſſe ad probationem dicitur, aduerſus eum qui ſubſcripſit. l. ſi ego §. dotis. de iure dot. l. ſi quis ex argentariis. §. 1. de eden. §. 2. Inſtit. de empt. niſi forte, vt teſtem, ſubſcripſiſſe eum appareat. l. Titia cum teſtamento. §. Lucia. de leg. 2. l. ſi pater C. de fideiuſſ. Huius cautionis exemplum hic deſcriptum eſt, cuius duo ſunt capita. Vnum eſt, de pecunia mutuo data à liberto, & procuratore cuiuſdam, quam ſtipulatus eſt libertus dari, nō ſibi, ſed patrono. Alterum eſt, de vſurarum ſtipulatione concepta impersonaliter, id eſt, nec patroni, nec liberti perſona expreſſa. Ex hac cautione triplex naſcitur quæſtio. Prima eſt, an valeat ſtipulatio ſortis, concepta in perſonam patroni. Et ait Paulus, eā nō valere, quia per liberam perſonam, &c. Eſt enim libertus libera perſona, quamuis aliquid iuris in eum retineat patronus. Eſtque adeo inutilis hæc ſtipulatio, vt nec ad ſolutionem proficiat adiectio abſentis: cum hæc fuerit volūtas contrahentium, nō vt abſenti patrono ſolui poſſit, liberti ſtipulantis nomine, ſed vt ei obligatio acquiratur. Et quia generaliter Paulus loquitur de omni obligatione, hinc obſeruandum eſt, non tātum ex ſtipulatione non acquiri alteri per liberam perſonam, l. ſtipulatio iſta. §. alteri ſup. ſed ne ex aliis quidem contractibus, etiam ſi bonæ fidei ſint. l. quæcunque ſup. de obligat. l. fundus ille. de contrah. empt. l. poſſeſſio quoque §. 1. de acq. poſ. Ac ſi loquamur de libero homine, qui procurator, aut nuntius non eſt, nullam res dubitationem habet. Nuntius autem à procuratore hic diſtinguendus eſt. Nam emptio, venditio, locatio, conductio, & alij huiuſmodi contractus, qui præſentiam, ac ſolennitatem non deſiderant, per nuntium recte contrahuntur, ex eóque contractu directo acquiritur obligatio ei, qui nuntium miſit. l. 1. §. vlt. de contrahen. emp. l. qui autem §. vlt. de conſt. pec. Non enim nuntius ipſe emit, vendit, aut aliud negotium cōtrahit, vt poſſit dici cōtrahendo acquirere domino, ſed nudum miniſterium præſtat. l. & licet. de cōſt. pec. id eſt, nuntiat, monet, ſignificat abſenti ad quem mittitur, quid dominus petat, aut velit: hoc modo, Miſit me huc herus meus, vt tibi ſignificarem, velle eum à te fundum illum emere, ſi ita tibi videatur. Pone igitur abſentem conſentire, atque ita mutuo conſenſu perfici venditionem inter abſentes, nemo ſane dixerit, hoc caſu nuntium emendo fundum illum hero acquirere, quia non nuntius qui nunciantis, & monentis tantum officio fungitur, ſed herus potius hic emere intelligitur. Atq; ideo verba contractus in perſonam domini, non nuncij concipiuntur. d. l. & licet. Hic ſi quidem nuntius ſimilis eſt quadantenus epiſtolæ, qua abſens abſenti voluntatem ſuam declarat, vt non inſcite, nec ineptè nuntius epiſtola loquens, epiſtola vero nuntius mutus dici poſſit. Nam etſi per epiſtolam contrahatur emptio, nō idcirco tamen epiſtola acquirit ei, qui eam miſit, ſed ipſe potius per epiſtolam, quaſi inſtrumentum quoddam, ſibi acquirit. Sic nuntius pro inſtrumento quodam habetur, adeo vt nihil referat, cuius conditionis ſit, ſaltem vt contractus, miniſterio eius initus, valeat. Multum ergo intereſt, an quis mihi actionem acquirere, an vero facto eius aliquo mihi actio acquiri dicatur l. ſi quis ſolutioni. de vſu. Cum autem mando alicui, vt emat nomine meo, hic procurator eſt, non ſimplex nūtius: quoniam emptio ipſa, non nuda, & ſimplex nuntiatio, ei committitur. Itaque emit ipſe, & verba concipit in perſonam ſuam, non domini. l. eum qui. §. Iulianus. de conſt. pecun. Sed quia alieno mandatu, ac nomine alieno emit, cogitur mandati actione ſibi quæſita cedere. l. poſſeſſio quoque. §. vltim. de acquiren. poſ. Quod ſi verba contractus in perſonam domini concipiat, nihil agitur, cùm quod hic geritur, ex ipſius contractu originem trahat. vnde Paulus c. 10. de oblig. & act. Quæcunque inquit, gerimus, cum ex noſtro contractu origioem trahunt, niſi ex noſtra perſona initium obligationis ſumant, inanem noſtrum actum efficiūt: & ideo neq; ſtipulari, neq. emere, vēdere, cōtrahere, vt alter ſuo nomine recte agat, poſſumus. leg. quæcunque. De nuntio, quia non ipſe contrahit, ſed quaſi organi cuiuſdam vice fungitur, quo domini vox ad abſentem perferatur, idem dici non poteſt. l. 1. §. ſi te rogauero, vt rem meam. ff. depoſiti vel contra.

Altera quæſtio eſt, an ex numeratione pecuniæ ſaltem acquiratur vel patrono, vel liberto obligatio. Et aduertendum eſt, ea quæ naturaliter acquiruntur, receptum eſſe, vt per liberam perſonam acquiri poſſint: cuiuſmodi eſt poſſeſſio, quæ actu naturali, ac corporali, id eſt apprehenſione acquiritur. l. ea quæ. l. traditio. §. vlt. de acquirendo rerum dominio. l. ſolutum. §. per liberam de pigno. act. l. 1. C. per quas perſonas. leg. 1. C. de acquirenda poſſeſſio. Idq. vtilitatis cauſa productū eſt ad numerationē pecuniæ, ſi forte mutua pecunia detur abſentis nomine. Nam ex numeratione abſenti condictio acquiritur. l. certi condictio. §. ſi nummos, ſupra. de reb. creditis. Eſt enim actus naturalis numeratio pecuniæ. Ideoque obligationem pecuniæ, quæ naſcitur ex ea, Paulus hic naturalem vocat, cum ait, ſi præcedat numeratio, & ſequatur ſtipulatio, receſſum non eſſe à naturali obligatione. Ex hac autem numeratione obligationem acquiri patrono in ſpecie propoſita, ſignificare videtur Paulus his verbis: *plane ſi liber homo noſtro nomine pecuniam daret, vel ſuam, vel noſtram, obligatio nobis pecunia credita acquireretur.* Deinde tranſit ad quæſtionem de liberto, qui pecuniam numerauit: de quo maior erat dubitatio. *Supereſt*, inquit, *vt quæramus, an ex numeratione ipſe, qui contraxit, pecuniam creditam petere poſſit.* Et mox dubitationem, ac difficultatem mouet, tam circa patronum quàm libertum. *Nam quoties*, inquit, *mutuam pecuniam dantes, eandem ſtipulamur, nō duæ obligationes naſcuntur, ſed vna ver-*

na ver-

Digitized by Google

na verborum. Accedit enim ſtipulatio, confirmandæ obligationis cauſa, vt ex ſtipulatione, tãquam firmiore agatur, ac idcirco propter veriſimilem contrahentium voluntatem vna tantum obligatio hic eſt, quæ verbis contrahitur. l. 7. de nouat. Ex quo videtur conſequi, nec patrono, nec liberto, ex numeratione actionem competere. Tandem concludit Paulus, ſi ſtipulatio ſimul non fiat cum numeratione, ſed præcedat numeratio, & ſequatur ſtipulatio, duas obligationes eſſe, vnã quę re contrahitur: alterã, quæ verbis, nec per ſtipulationẽ receſſum eſſe à naturali obligatione, id eſt, ab ea obligatione, quæ ex naturali actu & numeratione, naſcitur. De ſtipulatione autem quæ ſimul fit cum numeratione, nihil diffiuit. Sed dicendum eſt, ex Vlpiani ſententia, ſub titul. de reb. creditis. tunc obligationem naſci ex numeratione, cum inutilis eſt ſtipulatio. l. certi conditio. §. quoniam. Stipulatio igitur inutilis non impedit, quo minus ex numeratione acquiratur actio patrono, ac etiam interdum liberto, ſecundum Philippi reſcriptum, C. ſi cert. petat. cap. 4. Hic mihi videtur eſſe ſenſus Pauli verborum, quæ obſcura ſunt, propter genus ſcribendi perplexum, inuolutum, ac perturbatum, quo vtitur in Diſputationibus ſuis. Quod etiam à nobis obſeruatum eſt ſuperius, in alio loco eiuſdem autoris, enarrando. l. inter ſtipulantem. §. ſacram Tertia quæſtio ad ſtipulationem vſurarum pertinet, quam ait Paulus, non eòdem vitio, quo ſtipulationem ſortis, laborare, quoniam imperſonaliter concepta eſt, atque ideo libertus ſibi, non patrono ſtipulatus intelligitur, vt ſtipulatio potius valeat, quã pereat. Nam & ſi videri poſſit repetita in poſteriore ſtipulatione patroni perſona, quæ in priore nominata fuerat: tamen hęc maligna interpretatio hic admittenda non eſt, per quam ſtipulatio inutilis redderetur. l. quoties. 80. ſup. l. Titia. § idem reſpondit. infra l. ſeruo alieno. §. ſi ab impubere. de leg. 1. Tempus ſane aut conditionem pleranque ſtipulationi ineſſe intelligimus, quod ea res ſtipulationem non vitiet, perſonam, cui per alterum acquiratur, nunquam, ne ob eam interpretationem inutilis euadat ſtipulatio. Adeo autem hic vtilitas valet, vt contra ſubtilitatem iuris obligatio ſortis in vno homine, ſcilicet patrono cui ex ea numeratione acquiri diximus, vſurarum obligatio, in altero, ſcilicet liberto, conſiſtat. Sed quia procurator domino cedit actione ſua, obligatio τῇ δυνάμει in eadem perſona, nempe patroni conſiſtere videtur. Ac ſi quis obiiciat, ideo ceſſionem hic neceſſariam non videri, quia libertus vſuras ex re patroni ſtipulatur, ſicut diximus ſupra de eo, qui ſtipulatur fructus. l. procurator quod ex re. de procurat. not. in §. alteri. ſupra. reſpondeo, non ſicut fructus, ita etiam vſuras ex re ipſa naſci. l. vſura de verborum ſignificationa. Ac tametſi pignoris obligatio tunc acquiratur alteri per liberam perſonam, cum ea obligatio accedit mutuo, ex quo acquiritur alteri propter numerationem naturalem, ex noua Conſtitutione Iuſtiniani, l. 2. C. per quas perſonas. tamen alia cauſa eſt vſurarum obligationis, de qua nihil conſtitutum eſt à Iuſtiniano. Quamuis enim propter pignus contractum melius, tutiúſque nomen ſit, tamẽ non auget obligationem, ſicut vſurarum ſtipulatio. Atque ideo pignoris obligatio facilius acquiritur ceſſione, quamuis obligatio vſurarum, etſi vtraque acceſſoria ſit.

Si ita ſtipulatus fuero, Te ſiſti, & niſi ſtiteris, aliquid dari, *quod promittenti impoſſibile eſt: detracta ſecunda ſtipulatione, prior manet vtilis: & perinde erit, ac ſi te ſiſti ſtipulatus eſſem.*

Hunc locum interpretati ſumus c. 97.

CXXVII. SCÆVOLA LIB. V. QVÆSTIONVM.

SI pupillus ſine tutoris auctoritate Stichum promittat, & fideiuſſorem dederit, ſeruus autem poſt moram à pupillo factam decedat, nec fideiuſſor erit propter moram pupilli obligatus. nulla enim intelligitur mora ibi fieri, vbi nulla petitio eſt. Eſſe autem fideiuſſorem obligatum ad hoc, vt viuo homine conueniatur, vel ex ſua mora poſtea.

Quamuis mora rei noceat fideiuſſori, vt antea diximus, c. 88. l. mora. tamẽ ſi pupillus ſine tutoris authoritate Stichum promittat, ceſſatio eius fideiuſſori nocere non poteſt, quia cum naturaliter tantum obligatus ſit, nec vlla aduerſus eum competat actio, moram facere non rectè dicitur. l. nulla, de regu. iur. l. lecta. de reb. cred. Atque hinc ſumpta eſt regula iuris, in qua dicitur, moram nullam eſſe, vbi nulla petitio eſt, vt inſcriptio oſtendit. Nec tamen ideo inutilis eſt hæc fideiuſſio: quoniam fideiuſſor ex ſtipulationa conueniri poteſt, vel viuo Sticho, vel poſt moram ſuam, Sticho mortuo. Reſcriptum Diocletiani, cuius hic meminit Accurſius quemadmodum accipi debeat, docuimus ſupra c. 115. l. ita ſtipulatus. Diximus etiam de ſententia Marcelli, ad fideiuſſorem pupilli, vel furioſi ſpectante, ſupra cap. 6.

Illud pręcipue hic obſeruandum eſt, pupillum abſq; tutoris authoritate naturaliter obligari. Nam alioqui fideiuſſor non obligaretur. l. cum principalis. de regul. iur. Qua tamen in re iuris varietas obſcuritatem non minimam difficultatémque peperit. Nec facile eſt rem adeo obſcuram explicare, niſi obligationis naturalis origo, & vis paulò altius repetatur. Naturalis obligatio, ex ratione, & æquitate naturali, oritur, l. Stichum. §. nat. de ſol. Nec vlla alia regula eſt, qua obligationem hanc metiri poſſimus. l. ſi noxali. de pecul. leg. nam hoc natura. de cond. indeb. Itaq; ius naturale hic à iure gentium diſtinguere, nihil opus eſt, ſed ad rationem, quæ naturaliter hominib. inſita eſt, reſpicere. Ac cum ſpecies aliqua proponitur, in qua quæritur, an quis naturaliter obligatus ſit, necne, conſiderandum eſt quid veriſimiliter reſpõſurus ſit Ariſtoteles, aut Cicero, aut alius vir prudens, & in Philoſophia eruditus, magis, quam quid legib. & iure ciuili conſtitutum ſit. Diſputant enim Philoſophi de his, quæ ad viri boni officiũ pertinent, & quæ fides, & honeſtas alteri præſtanda eſſe ſuadet. Quare dubitandum non eſt, ſi conuenerit inter aliquos pacto tantum conuento abſque ſtipulatione, vt alter alteri quicquam det, vel faciat, quin ex ea conuentione naturalis naſcatur obligatio: quoniam fidem ſeruandam eſſe nos docet natura & Philoſophia, quæ naturam maxime ſequitur. leg. 1. ſupra, de pact. leg. 1. de conſt. pec. Hinc etiam conſequitur, ſtatus & conditionis perſonarum nullam rationem habendam eſſe, nec ſeruum à libero, aut filiumfamilias à patrefamilias diſtinguendum eſſe, quia naturalis ratio, ſeu ius naturale harum perſonarum diſtinctionem non nouit. l. ſi id quod dominus. de condict. indeb. leg. frater. eodem titu. Quæri ſolet de eo, in quem beneficium collatum eſt, an natura ad remunerandum teneatur. Et certum eſt gratitudinem, vt rem longè honeſtiſſimam, à Philoſophis commendari. Vnde à noſtris dictum eſt, naturaliter nos ad remunerandum obligari. l. ſed & ſi lege. §. conſulit de petit. hæred. Verũ hic nulla propriè naturalis obligatio eſt. Nam hoc

non agitur inter dantem beneficium, & accipientem, vt aliquid eo nomine is qui dedit, recipiat. Cum enim de naturali obligatione loquimur, eam intelligimus, propter quam, ſi non experiri in iudicio, ſaltem petere, & flagitare, quaſi debitum, ac ſi non præſtetur, conqueri poſſumus: vt ſi quis aliquid ſe daturum promiſerit, &c. Torpe eſt autem, ac viro prudenti non conuenit, ab eo in quem beneficium collatum eſt, ἀντίδωρον aliquod, ceu debitum, petere. Alioquin beneficium non eſſet, ſed creditum, vt diſputat Seneca libr. 3. de benefic. Omnes enim obligationes, quæ vere, & proprie naturales dicuntur, ita contrahuntur, vt quod ad propoſitum, voluntatémque contrahentium attinet, neceſſariam præſtationem habeãt. At cum libertatem exercemus in alium, damus vel perdituri, & totum permittimus accipientium arbitrio, vt idem Seneca ait. Naturalis autem obligatio effectus pleroſque ciuiles habet: ne quis putet, hanc diſputationem ad Philoſophorum ſcholas omnino reiiciendam eſſe. Nam tametſi non ſemper eam vim habeat, vt inuitus debitor cogatur, ad ſoluendum, & aduerſus eum actio detur: tamen ſi ſoluerit, prætextu erroris, ſolutum repetere non poterit. l. naturales. de oblig. & act. l. fideiuſſor obligari. de fideiuſ. l. ſi quod dominus. de cond. indeb. Sed & hęc obligatio ad conſtituendam pecuniam, & ad compenſationem prodeſt. l. 1. de conſt. pec. leg. etiam. de compen. Verum ne litibus via aperiretur, viſum non eſt iuris authoribus, vim agendi omnibus his obligationibus tribuere, ſed certis tantum, quæ videbantur præ cæteris ad rem publicam continendam neceſſariæ, de quibus in Commentatio, de pactis diſſeruimus. l. 1. l. iuriſgentium. Et hæ obligationes dicuntur ciuiles à Iureconſultis, quia ex iure ipſo ciuili accipiunt, & à naturalibus obligationibus diſtinguuntur. l. hęres à debitore. de fideiuſ. Nam etſi effectus naturalis obligationis, de quibus diximus, verè ciuiles ſint: tamen ex moribus, & interpretatione prudẽtium magis, quam ex certis legibus, naſci eos dicendum eſt.

Pupillus an naturaliter obligetur ſine tutore.

Quæſtio igitur eſt, an pupillus naturaliter obligetur abſque tutore. Qua in re variæ extant Iuriſconſultorum ſententiæ, quæ obſcuram, ac difficilem explicatu quæſtionem reddunt. Quidam enim pupillum, ne naturaliter quidem obligari aiunt: l. pupillus. hic. l. quod pupillus. de cond. indeb. alij contra. leg. 1. de nouat. leg. cum illud. §. hæres. quando dies leg. ced. l. ſi pupillus. ad leg. Falcid. l. in numerationibus. de ſolut. leg. Stichum. §. naturalis. de ſol. l. vltim. de iureiur. l. ſi eius. ad leg. Falcid. In hac igitur quæſtione naturalem rationem ſpectandum puto, & in primis conſulendam Philoſophiam eſſe. nec arbitror, quenquam Philoſophum ſimpliciter reſponſurum eſſe, pupillum, ſi non præſtet, quod conuenit, contra officium facere. Multa enim ab homine Philoſopho expendenda hic eſſe videntur: nec illud ſolum inſpiciendum eſt, an quis conſenſerit, ac fidem dederit, vt natura eum debere dicamus, ſed etiã, an ex firmo iudicio conſilióq; conſenſus proficiſcatur. Nam licet pupillus nõ infans, ſanæ mentis eſſe rectè dicatur, nec ſit omnino ſimilis furioſo, ac dementi: tamen infirmũ eſſe iudicium eius, ſatis conſtat. l. vltim. de manu. vindict. l. 1. de minor. Quamobrem iuris autores, naturam ducem ſecuti, ita rem temperant, vt modo obligari eum naturaliter, modo non obligari dictitent. In iis enim, quæ nullum, aut perquam leue incommodum afferunt pupillo, fatentur eum naturaliter obligari: nempe, vt nouatio eius obligationis quæ in pupillum tranſlata eſt, rectè facta intelligatur. l. 1. de nouat. vt fideiuſſor accedat obligationi. dicta l. Stichum. §. naturalis. l. vltim. de iureiuran. vt hæres, quod ſibi à legatario datum eſt, in Falcidiam imputet. l. ſi pupillus. ad legem Falcid. Hæc enim pupillum non lædunt. Quoties autem agitur de graui incommodo pupilli, vt de retentione rei, quæ per errorem ab eo ſoluta eſt, ne natura quidem obligatus intelligitur. l. quod pupillus. de cond. indeb. Atque ita accipiendum eſt, quod Licinius Rufinus ſcribit. Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, nec quidem iure naturali obligatur. l. pupillus. de oblig. & act. quamuis verba eiuſdem generalia ſint. Videtur enim ideo locutus generaliter, quod præcipuus effectus naturalis obligationis in retentione ſoluti, conſiſtere credatur. l. naturales. de oblig. & act. Adde quod cæteri iuris autores nihil definiunt generaliter, ſi rectè expendantur eorum dicta: ſed de certis caſibus ſpecialiter loquuntur. Cum igitur Rufini generalior ſit definitio, ratio conciliandi optima & expeditiſſima eſt, vt generi per ſpeciem derogatum eſſe intelligamus. l. in toto. de regul. iur. Alij Rufinum intelligunt de eo pupillo, qui infans eſt, nec vllam intellectum habet. Sed de infante nulla dubitatio eſt, & ex iam dictis perſpicuum eſt, verba Rufini latius accipienda eſſe. Verum faceſſit nobis negotium, quod Voluſius Mætianus libro 4. Fideicommiſſorum ait, Pupillum, ſi pecuniam ſine tutore creditam, quam debebat naturaliter defuncto, ſoluerit hæredi, ita demum repetere, ſi poſt reſtitutionem hæreditatis ſoluerit: quia reſtituta hæreditate, omne ius, & obligatio, in fideicommiſſarium transfertur, adeo vt ſoluens fideicommiſſario poſt reſtitutionem non repetat. leg. ſi eius. ad Trebell. Sed animaduertendum eſt pupillum aliquando ſic naturaliter obligari ex pecunia credita, vt ſolutum non repetat, cum videlicet ex ea pecunia locupletior factus eſt. leg. naturaliter. §. vltim. de cond. indeb. Nam obligatio naturalis, vt iam diximus, tota ea naturali æquitate pendet: & natura æquum eſt, neminem cum alterius incommodo fieri locupletiorem. leg. nam hoc natura. de condict. indeb. Cum igitur apud Voluſium Mætianum quæritur, vtri ſit acquiſita obligatio naturalis pupilli, an hæredi, an fideicommiſſario, vt cognoſcatur, an repetere poſſit ſolutum pupillus, necne: quæſtionem de ea obligatione tantum accipere debemus, quæ repetitionem ſoluti impediat. Quod ideo non expreſſum eſt à Voluſio, quia non quærebatur in eo loco, quibus ex cauſis pupillus naturaliter obligaretur, aut non obligaretur ex mutuo: ſed quo caſu eum obligari conſtat, vtri ſolutio facta vtilis eſſet, &c. Nec me mouet, quod fortaſſis obiecerit quiſpiam, pupillum, qui locupletior factus eſt ex pecunia credita, non modo naturaliter, ſed etiam ciuiliter obligari, cum aduerſus eum detur actio, leg. pupillus. de autho. tuto. Nam iuris authores de hac obligatione, vt naturali tantum, diſputare conſueuerunt. dicta leg. naturaliter. de condic. indeb. leg. pupillus. de autho. tut. Ex qua ante reſcriptum diui Pij, cuius mentio crebra eſt in iure, nulla naſcebatur actio: ſed poſt id reſcriptum cœpit ex æquitate vtilis dari. l. pupillus. l. 3. de neg. geſt. l. 3. commo. Quare pupillus locupletior factus, hodie tam ciuiliter quam naturaliter obligatus rectè dici poteſt, cum id reſcriptum pars quædam Iuris ciuilis ſit. Sed tẽpore veterum Iuriſconſultorum, vim iuris non vſque quaq; habebant huiuſmodi reſcripta, quę generalia non erant, ſed in ſingulas cauſas, & negotia impetrabantur: vt alias docui in Diſput. Anniuerſ.

CXXVIII. PAVLVS LIB. X. QVAESTIONVM.

SI duo rei ſtipulãdi ita extitiſſent, vt alter vtiliter, alter inutiliter ſtipularetur: ei, qui

quí non habet promiſſorem obligatum,nõ recte ſoluitur. quia non alterius nomine ei ſoluitur,ſed ſuæ obligationis, quæ nulla eſt. Eadem ratione,qui Stichum, aut Pamphilum ſtipulatur, ſi in vnum conſtiterit obligatio, quia alter ſtipulatoris erat: etiamſi deſierit eius eſſe,non recte ſoluitur: quia vtraque res ad obligationem ponitur, non ad ſolutionem.

Multum refert, an Mæulus ſtipuletur ſibi, aut Titio dari: an vero Titius & Mæuius ſimul ſtipulentur, tanquam duo rei ſtipulaudi, quorum Titius inutiliter ſtipuletur. Hic enim adeo inutilis eſt ſtipulatio in perſona Titij, vt nec ad obligationem, nec ad ſolutionem valeat, [quamuis] in ſuperiore ſpecie ſolueus Titio liberetur. Ac ratio diuerſitatis hęc eſt, quia cum quis ſtipulatur ſibi, aut Titio dari,hoc agitur inter contrahẽtes:vt debitor Titio nomine ſtipulatoris ſoluat, cum obligatio non conſiſtat in perſona Titij. At in duobus reis,de quibus diximus,non hoc agitur, vt Titio ſoluatur Mæuij nomine, ſed ſuæ obligationis cauſa. Quæ obligatio nulla eſt, ideoque ſtipulatio ne ad ſolutionem quidem prodeſt. Cui ſimile eſt quod diximus alibi,de eo qui ſtipulatur dati alteri, nec perſonam ſuam exprimit. l. eũ qui ita. §. qui ſibi. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus ſupra.

Eadem ratione. Eadem eſt rerum,quæ perſonarum, ratio,vt cum duæ res ponũtur ad obligationẽ diſiunctim, ſi in vna obligatio non conſiſtat, ne ea quidem res ſolui pro altera poſſit. Nam cum quis ſtipulatur Stichum aut Pamphilum, vterque ponitur obligationis cauſa,& æque conſiſtit in vtroque obligatio, nec dici poteſt alter eorum exprimi, vt pro altero,qui in obligatione eſt, ſoluatur. §.huic autẽ,Inſtit. de actio. l.cum ita legatur.de opt.legat. l.3.qui,& à quib. man. libe.Proinde ſi in vno nõ conſtiterit obligatio, is pro altero ſoluere non poterit,inuito creditore. Sane aliquando accidit, vt res vna deducatur in ſtipulationẽ, non obligationis,ſed ſolutionis cauſa. Quo caſu recte ea res ſoluitur, licet in obligatione non ſit, nec peti poſſit:vt ſi quis ſtipulatus fuerit decem in melle.Solui mel poteſt,inquit Vlpianus, antequam ex ſtipulatu agatur. Sed ſi ſemel actum ſit,& petita decem fuerint, amplius mel ſolui non poteſt.l.ſi quis ſtipulatus.57.de ſolut.

CXXIX. SCÆVOLA LIB. XII.

QVÆSTIONVM.

SI *quis ita ſtipulatus fuerit*, Decem aureos dabis,ſi nauis venerit, & Titius conſul factus ſit? *non alias dabitur,quàm ſi vtrunque factũ ſit.Idem in contrarium*, Date ſpondes ſi nec nauis venerit,nec Titius factus conſul ſit? *exigendum erit,vt neutrum factum ſit. Huic ſimilis ſcriptura eſt*, Si neque nauis venit,neque Titius conſul factus eſt? *At ſi ſic*, Dabis,ſi nauis venerit,aut Titius conſul factus ſit? *ſufficit vnum factum. & contra*, Dabis,ſi nauis non venerit,aut Titius conſul factus non ſit? *ſufficit vnum non factum eſſe.*

Cum plures conditiones adiiciuntur ſtipulationi coniunctim,omnes exiſtere neceſſe eſt, vt committatur ſtipulatio.Si diſiunctim, ſufficit,vnam exiſtere. Idque tum ex communi ſenſu,tum ex regulis Dialecticorum,facile iudicari poteſt.l.ſi hæredi plures.de cõd. inſtit.§.ſi plures,Inſtitut.de hæred.inſtit.l.ſi is qui. §.cũ ita. de reb. dub. Qua autem oratione,aut quibus verbis vel coniunctim,vel diſiunctim adiiciatur conditio ſtipulationi,non facile eſt diffinire,cum ſæpe coniuncta pro diſiunctis, & diſiuncta pro coniunctis accipiãtur.leg ſępe.de verbor.ſignific.Sed vſus loquendi maxime ſpectandus hic eſt,& coniecturæ, ex quibus voluntas colligi ſolet. Qua de re etiam aliquid diximus c.93.ſi ita quis ſtipuletur.

CXXX. PAVLVS LIB. XV.

QVÆSTIONVM

QVod dicitur, patrem filio vtiliter ſtipulari,quaſi ſibi ille ſtipuletur, hoc in his verum eſt,quæ iuris ſunt,quęque adquiri patri poſſunt. Alioquin ſi factum conferatur in perſonam filij, inutilis erit ſtipulatio: veluti, vt tenere ei vel ire agere liceat? Contra autem filius etiam, vt ite agere patri liceat, ſtipulando acquiret ei. Imo & quod in ſuam perſonam conferre non poteſt,hoc patri acquiret.

De ſtipulatione, quæ confertur à patre in tempus mortis ſuæ vt acquirat filio, dictum eſt ſupra cap. 45. Sed contigit aliquando, vt pater filio ſtipulando ſibi ipſi acquirere velit.Quo caſu ſtipulatio non minus ei vtilis eſt, quàm ſi ſibi ſtipulatus eſſet. Quod eſt accipiendum de iis, quæ per filium patri acquiri poſſunt.l.dominus ſeruo.39.ſupr.§.ei vero. Inſtit. de inutil.ſtipul.cuiuſmodi ea ſunt,quæ iuris eſſe dicuntur: vt ſi pater ſtipulatus ſit filio dari.Nam dominij trãslatio, quæ iuris eſt,hac ſtipulatione continetur, l. vbi autem §.vlt.ſupra. Si vero factum merum conferatur in perſonam filij,puta, vt ei ire agere liceat, inutilis erit ſtipulatio:quia factum cohæret perſonæ,nec ab vna perſona in aliam trãsfertur. §.ſed cum factum.Inſtitut.de ſtipul.ſeruo.l.ſeruus patroni.de oper.lib. Dicitur autem inutilis eſſe ſtipulatio, non quia actio ex ea patri acquiri non poſſit, filio ire agere prohibito, ſi hoc actum ſit & patris interſit: ſed quia non perinde vtile ei eſt, ac ſi ipſe ſibi ſtipulatus eſſet,& factum in ſuam perſonam contuliſſet.d.§.ſed cum factum. Cum enim in initio propoſita fuerit de ea re quæſtio, alienum eſt *πὶ ῥητὸν* cum hac exceptione accipere.

Contra autem filius. Nihil refert.an filius ſtipulando ius, an factum ſtipuletur, modo patri, non ſibi, ſtipuletur dicto §.ſed cum factum dicta leg.ſeruus patroni. Imo quod in ſuam perſonam conferre non poteſt,vtiliter patri ſtipulatur:vt ſi patri ducturo vxorem,dotis nomine centum dari ſtipuletur.l.item ſi alter de ſtipula.ſeruor.

CXXXI. SCÆVOLA LIB. XIII.

QVÆSTIONVM.

IVlianus ſcripſit,Si neq.per te,neq.per hæredẽ tuum Titium fiat, quo minus mihi ite liceat, ſtipulet:non ſolùm Titium teneri,ſi prohibeat,ſed etiam cohæredes eius.

inofficioſo dicere, maxime ſi patri naturali hęres extitiſſet, & an victo deneganda ſit ex ſtipulatu actio? Sed & ſi ei qui ſtipulatus eſt, non debuit denegari victo filio, nec ipſi deneganda erit debitę pecunię executio. In eo aũt, qui nõ adoptauit, quem intellectũ habeat hæc conceptio, *Si eũ aliter quã vt filiũ, obſeruaſſet*, non proſpicio. An & hic exigimus exhęredationem, vel emancipationẽ, res in extraneo ineptas? Sed etſi is, qui legitime adoptauit, nihil facit contra verba ſtipulationis, cum vtitur patrio iure in eo, qui hęc non fecit, licet ſuperuacaneo, tamen dici poterit, commiſſam eſſe ſtipulationem.

Quæſtiones aliquot hic tractantur de ſtipulatione, qua filium alienum ſuſcipiens, promittit certam pecuniam, ſi eum aliter, quam vt filium obſeruauerit. Ac in primis quæritur, an ea ſtipulatio valeat, & quid interſit, vtrum is qoi ſuſceptus eſt filius, an alumnus, vel cognatus tradentis fuerit. Et Paulus reſpondet, ſtipulationem valere, eamque committi, ſi contra conuentionem ſactum fuerit. Nam in ſtipulatione pœnali non quęritur, an agentis interſit, vt ante diximus. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. Secunda quæſtio ad rationem committendæ ſtipulationis pertinet, non qood hic quæratur generaliter, quomodo committatur hęc ſtipulatio, quod facile non eſt in vniuerſum diffinire: ſed quia in certa ſpecie dubitatur, an promiſſor contra ſtipulationem ſecerit, vt puta ſi de domo ſua filiũ à ſe ſuſceptũ propulerit, aut moriens nihil ei teſtamento reliquerit. Et admonet Paulus videndum eſſe, num patrio iure vſus aliquid ſecerit promiſſor. Nam ſi exhęredauit, vel emancipauit eum, quem legitime adoptauerat, non dicitur contra ſtipulationem feciſſe, quia ius exhæredandi, vel emancipandi habet. Si vero non ſit vſus patrio iure, quia forte pater adoptiuus non erat, aut quia poteſtatia patriæ finis egrediebatur, committitur ſtipulatio. Hæc eſt epitome totius huius diſputationis, cuius magna eſt tum in verbis, tum in rebus obſcuritas. Eſt enim hoc ſcribendi genus verè Paulinum, id eſt, obſcurum, implicatum, ac tortuoſum, vt Heraclitus quidã hic eſſe Paulus videatur, qui à veteribus σκοτεινὸς appellatus eſt. Ac præter hoc caput duo alia extant ſupra eiuſdem authoris, quæ ſi nullam ἐπιγραφὴν haberent, id tamen ſtylus facile indicaret. leg. inter ſtipulantem. §. ſacram. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. Nos igitur breuem locorum obſcuriorum interpretationem hic adſcribemus.

Sed videamus prius. Pater adoptiuus, qui exhæredat filium, non videtur aliter quàm vt filium obſeruare, etiam ſi forte iuſta non fuerit cauſa exhæredationis, vt ſequentia oſtendunt. Exhæredatio enim vſitata fuit apud veteres, nec legibus prohibita. Valet enim iure ciuili exhæredatio non nati modo filij, ſed etiam naſcituri, ac poſthumi. l. in ſuis. l. inter cætera. & toto tit. de lib. & poſthum. quamuis de inofficioſo teſtamento quæri permiſſum ſit, quibuſdam conſtitutionibus. l. non putauit de bon. poſſeſſ. contra tabul. l. 2. 3. 4. de inoffic. teſtam. Sed veteri iuri derogatum eſt noua conſtitutione Iuſtiniani. titul. vt cum de appel. cogn. Quoties ergo vtitur iure patrio pater adoptiuus, nec aliquid facit ab officio patris alienum, recte dicimus ſtipulationem hanc non committi. Vnde ſi emancipauit filium, idem quod de exhæreditatione, dicendum eſt. Vtitur enim iure patrio, cum emancipat filium, qui forte conſenſit emancipationi, vel infans eſt, vt eius conſenſus non ſit neceſſarius. vt mox dicemus.

Quare ſic debuit. Hæc ſtipulatio dicitur non committi, exhæredato vel emancipato filio, non quod voluntas ſtipulantis ſeruanda non ſit, ſed quod eam non ſatis expreſſerit, nulla exhæredationis, aut emancipationis facta mentione, argum. l. quicquid. ſupr. Valet ergo conuentio, ne filius, qui datur in adoptionem, exhæredetur à patre adoptiuo: quamuis alias pactio de hæreditate aliena improbetur Iure ciuili. l. ſtipulatio hoc modo. ſupra. Stipulatio autem de filio non emancipando, quando committatur, dubitatum eſt à plerisque: quoniam filius non emancipatur inuitus, ſecundũ nouam Iuſtiniani Conſtitutionem. Auth. quib. mod. nat. effic. ſui. §. generaliter. nec videtur committi, cum filius volens emancipatur. Sed emancipatio valet aliquando, etſi filius non conſenſerit: vt puta ſi infans ſit. l. iubemus. Cod. de emancip. Sed etſi conſentiat filius emancipationi, qui hoc fortaſſis mavult, quam patris adoptiui imperio, & voluntati obſiſtere, exiſtimo, emancipationem valere, & ſtipulationem committi. Nam & ſi volenti nulla inferatur iniuria, nec eo nomine quæri poſſit filius: non ideo tamen denegabitur patri actio, cuius conſenſu emancipatio facta non eſt. l. 1. de iniur.

Quo tamen caſu. Duplex quæſtio hic eſt; vna, an cõmiſſa ſtipulatione, permittatur exhæredato de inofficioſo teſtamento agere. Nam ſi teſtamentum reſciſſum fuerit, hæreditatem conſequetur, perinde ac ſi exhæredatus non eſſet, & nihilo minus pœna debebitur ex ſtipulatione: quod videtur admittendum eſſe, vt ſupra oſtendimus, de ſtipulatione pœnali differentes, cap. 115. l. ita ſtipulatus. Sed ideo hoc receptum eſt, quia non vnus, atque idem petit vtrunque: ſed filius ad hæreditatem adſpirat, pater vero naturalis ex ſtipulatione ſua pœnam exigit. Idemque ius eſt, etſi filius, qui patri naturalis hæres extitit, pœnam petat: quia hoc caſu duplicem perſonam ſuſtinet.

Altera quæſtio eſt, an filio, qui victus eſt in querela teſtamenti inofficioſi, deneganda ſit ex ſtipulatu actio. Et certum eſt, eam patri denegandam non eſſe: quia tametſi victus ſit filius, ideoque videatur iuſta exhęredationis cauſa fuiſſe: tamen ea exceptione non poterit pater ſummoueri, contra quem res iudicata non eſt. l. ſæpe de re iudic. Quare ne filius quidem agens ex perſona patris, quia patri hæres extitit, ſũmouebitur. l. Modeſtinus. de except.

In eo autem, qui non optauit. De eo, qui filium adoptauit alienum, ſatis dictum eſt. Cum autem is, qui non adoptauit alienum, ſatis dictum eſt. Cum autem is, qui non adotauit filium, promiſerit pœnam, ſi aliter eum, quam vt filium obſeruaſſet, Paulus ait, ſe non perſpicere, quem intellectum habeat hæc conceptio. Quamuis enim ſignificatio verborum nota ſit: tamen quia verba generalia ſunt, non perſpicit, id eſt, non penitus videt, atque intelligit, quid hac ſtipulatione contineatur, ex contrahentium voluntate. Nam emancipationi, & exhæredationi, de quibus ante diximus, nullus hic locus eſt, cum in extraneos, id eſt, eos qui filij non ſunt, emancipatio, & exhęredatio, res ſint omnino ineptæ, & ſuperuacaneæ. Quare dici non poteſt promiſſor in hoc caſu pœnam vitare emancipando filium, aut exhæredando, cum pater adoptiuus non ſit.

Sed & ſi is. His verbis Paulus ſummatim complectitur, quicquid ad hanc diſputationem pertinet, docens in propoſita ſpecie, de eo, qui nihil teſtamento reliquit, vel domo expulit, videndum eſſe, an promiſſor aliquid fecerit patrio iure, an non ſecerit. Si enim aliquid fecerit patrio iure, puta emancipando filium, aut exhæredando, quia pater erat adoptiuus, qui exhęredare, & emancipare poterat, nihil ſactum dicitur contra verba ſtipulationis, nec ſtipulatio committitur. Si ve-

ſtipul.cap.gemina.de ſponſ.in decretal. Idque non ad matrimonia ſolum futura, ſed etiam ad ea, quæ iam contracta ſunt, pertinet. Sed de his diximus ſupra cap. 19.l.ſi ita. Metu autem pœnæ futurum matrimonium ideo hic obſtringitur, quia tametſi pater promiſerit pœnam, non filia quæ à patre cogi non poteſt ad nuptias contrahendas: tamẽ credibile eſt, filiam patri facile obtemperaturam eſſe, ne ia in pœnam incidat. argum.l.hæres meus.§. vltim. de conditio. & demonſtr. Proinde inter eos, qui penitus extranei ſunt, nulla iuris ratio prohibet, quo minus valeat ſtipulatio, ſi nulla fraus arguatur. Poteſt ſane pecunia promitti alicui ſub conditione matrimonij, cum certa perſona contrahendi. Aliud eſt enim pœnæ metu libertatem eligendi matrimonij auferre: aliud ad matrimoniũ certa lege, præmióque inuitare, vt Papinianus ait l. Titio centum.§.1 de condit. & demonſtr.

De arrhis ſponſalitiis hic tractatur quæſtio: quas qui dedit, ſi noluerit matrimonium contrahere, amittit, qui vero accepit, cogitur duplum reddere, imo vero quadruplum, ſi id in ſtipulationem deductum fuerit.l.vlt.C.de ſponſal. Quod cum ita ſit, videtur ſtipulatio pœnæ fruſtra hic prohiberi, cum præſertim ea pœna quadrupli infinita ſit: quia modus arrharum nõ eſt definitus iure ciuili. Sed animaduertendum eſt, arrhas à veteribus dici annulos, aut res huiuſmodi alias modicæ quantitatis, quæ in hoc dantur, vt veluti argumentum ſit matrimonij contracti. Nam ſi quis ampliſſimas poſſeſſiones, aut magnã pecuniæ vim, donet ſponſæ, & quadruplum ſtipuletur, credendum non eſt ſtipulationem hanc valere. Præterea cum arrha alteri detur ab altero, nec in ſola promiſſione conſiſtat, conſiderarunt veteres, difficilius aliquid dari, quàm promitti ſolere. Non enim aut poſſunt ſemper homines, aut etiam volunt magnam pecuniam dare, vt quadruplum eius pecuniæ ſibi reddi ſtipulentur. Ac fere procliuiores ſunt ad promittendum, illud poetæ neſcio cuius, fortaſſis cogitantes,

-quid enim promittere lædit.

Idem reſpondit, plerunque ea, quæ præfationibus conueniſſe concipiuntur, etiam in ſtipulationibus repetita creduntur, ſic tamen vt non ex ea repetitione inutilis efficiatur ſtipulatio.

Locus pertinens ad interpretationem ſtipulationis, quem alias interpretati ſumus cap. 4. de pact. Quod autem hic dicitur de repetitione, ex quo ſtipulatio inutilis redditur, attigimus ſupra cap. 126. §. Chryſogonus. Quo in loco exemplum huius rei extat.

Idem reſpondit, cum Septitius literis ſuis præſtiturum ſe cauerit pecuniam, & vſuras eius ſemiſſes, quæ apud Sempronium depoſitæ ſunt, ſi inter præſentes actum eſt, intelligendum etiam à parte Lucij Titij præceſſiſſe verba ſtipulationis.

Hac de re ſuprà diſſeruimus, cap.30.

Idem reſpondit, quoties pluribus ſpecialiter pactis, ſtipulatio vna omnibus ſubiicitur, quamuis vna interrogatio, & reſponſum vnum ſubiiciatur, tamen perinde haberi, ac ſi ſingulæ ſpecies in ſtipulationem deductæ fuiſſent.

Explanatus eſt hic locus ſupra, cap.29.

CXXXV. SCÆVOLA LIB. V. RESPONSORVM.

SI ita quis promiſerit, *Decem tibi dabo, qua die petieris, & eorum vſuras in dies triginta.* quæro vtrum vſuræ ex die ſtipulationis, an ex die qua petita ſors fuerit, debeantur? Reſpondit ſecundum ea quæ proponerentur, ex die ſtipulationis deberi, niſi aliud actum manifeſtè probaretur. Item quæſitum eſt, quãdo pecuniam reddere debebo, cum primum petierit? Reſpondit verba, quę proponerentur, ex die quo ſtipulatio facta eſſet, initium capere.

Hæc verba, *Qua die petieris*, aut *Cum petieris*, admonitionẽ quandam habent magis, quam dilationem, ſupra c.48.l. ſi decem. Qui enim ita ſtipulatur, *Cum petiero dari?* debitorem admonere, & incitare videtur, vt ſemper ad ſoluendum paratus ſit, quoties voluerit ſtipulator. Itaque ne tacita quidem conditio vlla hic eſt, quæ remoretur obligationem. l. Titia. 84. de condition. Atque ideo ex die ſtipulationis ſors debetur, & vſuræ currunt. Nam ſi conditionalis eſſet ſtipulatio ſortis, non deberentur vſuræ ante conditionis euentum. l. lecta.§. ſed cum ſortis. de rebus cred. niſi nominatim id cautum eſſet. l. huiuſmodi. 64. l. ſi ita. 126.

Seia cauit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emiſſet, cum pretium omne cum vſuris ab eo recepiſſet, ſe in eũ proprietatẽ hortorum translaturã. Deinde incõtinenti inter vtrunque conuenit, vt intra Calendas Apriles primas vniuerſam ſummam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur, cum ante calẽdas Apriles non omne pretium cũ vſuris à Lucio Titio Seię ſolutum ſit, interpoſito tamẽ modico tempore, reliquum pretiũ cum vſuris Seię Titius ſoluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & vſq; in hodiernum per Titium nõ ſtet, quo minus reliquum ſolueret: an ſi nihilominus Lucius Titius Seię pecuniã vniuerſam ſoluere paratus ſit, ex ſtipulatu agere poſſit? Reſpondit, poſſe: ſi nõ multo poſt obtuliſſet, nec mulieris quicquam propter eam moram intereſſet, quod omne ad iudicis cognitionem remittendum eſt.

In hac hypotheſi quatuor proponuntur, quæ à nobis hic exponenda ſunt. Primum, Seiam quæ ſua pecunia emerat hortos mandatu Lucij Titij, promiſiſſe Lucio Titio ſtipulanti ſe proprietatem hortorum in eum translaturam eſſe, adiecta cauſa promiſſionis, & conditione. Cauſa eſt, quia hortos emit mandatu Lucij Titij: conditio, cum pretium omne cum vſuris ab eo receperit. Hæc autem translatio proprietatis vtilis eſt Lucio Titio, cum traditi Seiæ à venditore, non aliter acquirantur Lucio Titio, quam ſi eius nomine traditos eſſe appareat. leg. ſi procurator. 13. leg. res ex mandato. 59. de acquir. rer. dom. Nec vero dubitandum eſt, quin hęc ſtipulatio conditionalis ſit. l. quodcunque. §. non ſolum. ſupra. leg. ſi Titio. quando dies leg. ced. Quare Lucio Titio ex ea non competit actio, antequam ſoluerit: quamuis mandati actio ei compe-

tens nullam conditionem habeat. Secundo proponitur, Conuenisse pacto tantum conuẽto, vt Lucius Titius intra Calendas Apriles vniuerſam ſummam numeret, & hortos à Seio accipiat. Et hoc pactum, quia ſtipulationi ineſſe intelligitur, ad actionem prodeſt. l. lecta. de rebus cred. Idque verba ſequentia ſatis oſtendunt. Tertio proponitur, Lucium non ſoluiſſe intra Calendas vniuerſam pecuniam: proinde mora ab eo facta rectè dicitur. l. magnam. C. de cõtrahen. & commit. ſtipul. Quarto proponitur, Lucium Titium morã ceſſationémque ſuam poſt Calẽdas purgare velle, pecuniam debitam offerẽdo. Quamuis enim hic tantum dicatur, Lucium Titium paratum eſſe, &c. nec exprimatur, an nudis verbis, an re oſtenderit, ſe paratum eſſe, quoniam de ea re nulla erat quæſtio: tamen oblationem hic factam intelligere debemus, quæ ad moræ purgationem ſufficiat. not. in l. qui Romæ §. Seia. In conſultationibus ea tantũ exprimi neceſſe eſt, de quibus dubitatur. Cætera obiter narrari, ac breuiter perſtringi ſolent. Ex hac igitur hypotheſi naſcitur quæſti , an Lucius Titius poſt Calendas moram purgare poſſit, vt ex ſtipulatione agat. Scæuola hic reſpondet, poſſe, ſi non multo poſt offerat, &c. Atque hinc obſeruandum eſt, creditori quoque agere volenti purgationem moræ vtilem eſſe. Quamuis enim Lucius Titius in hac ſpecie debitor & creditor appareat: tamen in eo, de quo quæritur, creditor tantum eſt. Quod autem obiicitur ex alio quodam Scæuolæ reſponſo, ſeruos, qui iuſſi ſunt liberi eſſe ſi rationes intra Calendas reddiderint, poſt Calendas reddendo, non poſſe libertatem conſequi, id nos mouere non debet, cum [illegible] hæ ſpecies inter ſe diſcrepent, vt oſtendimus cap. 84. l. ſi inſulam. In illa enim ſpecie obligatio diem ſimul, ac conditionem habet, ac idcirco poſt diem pareri non poteſt conditioni, ne ab eius forma, & conceptione recedatur. l. Celſus. ſupra de arb. Hæc vero ſtipulatio licet diem habere videatur, non habet tamen ex conceptione verborum, ſed ex quadam iuris interpretatione, propter quam pacta ſtipulationi ineſſe creduntur. Quare etſi poſt diem admittatur oblatio Lucij Titij, quaſi explendæ conditionis gratia: non ideo tamen, contra formam conditionis quicquam factum eſſe dicetur, cum conditio diem nullam proprie contineat. Alij comminiſcuntur moræ purgationem hic admitti ex parte creditoris, vt conſeruet actionem, non acquirat. Verum ſatis iam demonſtratum eſt, Seiam Lucio Titio ſub conditione tantum obligatam eſſe, ex hac ſtipulatione, ſcilicet, ſi pecuniã numerauerit, &c. Quod ſi verum eſt, nulla proculdubio ei competit actio, antequam conditio extiterit. l. cedere diem. de verb. ſignific. Ac ne illud quidem verum eſt, cum de iure acquirendo agitur, moram à creditore purgari non poſſe. Quod vel ex reſponſo Alpheni Vari cognoſci poteſt, de ſtatuliberis. cap. 14. Seruus, inquit, cum hæredi annorum ſeptem operas dediſſet, liber eſſe iuſſus erat. Is ſeruus fugerat, & annum in fuga fecerat. Cum ſeptem anni præteriiſſent, reſpondi non eſſe liberum. Non enim fugitiuum operas domino dediſſe. Quare niſi totidem dies, quot abfuiſſet, ſeruiſſet, non fore liberum. Sed etſi ita ſcriptum eſſet, vt tunc liber eſſet, cum ſeptem annis ſeruiiſſet: potuiſſe liberum eſſe, etſi poſt tempus fugæ reuerſus ſeruiſſet. Cur autem hic certum tempus definitum non ſit, puta litis conteſtatæ, docuimus ſupra cap 84 ad fin.

Ea lege donatum ſibi eſſe à Seia ſeruum & traditũ, vt ne ad fratrem eius, aut filium aut vxorem, aut ſocrum, perueniret, ſcripſit, & hæc ita ſtipulante Seia ſpopõdit Titius: qui poſt biennium hæredes reliquit Seiam, & fratem, cui ne ſeruiret, expreſſum erat: quæritur, an Seia cum fratre, & cohærede ex ſtipulatu poſſit agere? Reſpondit, poſſe in id, quod eius intereſſet.

De hac ſtipulatione triplex eſt quæſtio. Prima eſt, an valeat: de qua aliquid diximus ſupra, l. qui Romæ. §. cohæredes. Et certum eſt conuentionem valere quæ alienationem nõn omnino impedit, vt in hac ſpecie. Non enim hic agitur, ne promiſſor alienet, ſed ne ad certas perſonas res perueniant, &c. l. ſi ſterilis. §. ſi tibi. de actionib. empt. Nam aliàs pactum de non alienanda re, ſimpliciter interpoſitum ſine cauſa, non valet. l. nemo. de pact. l. vlt. C. de pact. inter emp. Eademque eſt ratio alienationis prohibitæ à teſtatore, ſi nudum præceptum, & ſine vlla probabili cauſa ſit. l. filiusfamilias. §. Diui. de leg. 1. l. cum pater. §. Iulianus Agrippa. de l. 2. Inciuile enim eſt, id vel pacto vel teſtamẽto canere ſine cauſa, quo commerciũ rei impediatur. Quare ſi quis in traditione rei ſuæ pactus ſit ne res alienetur, vtilis mihi videtur hæc conuentio, propter cauſam, qua non ſecuta, datur condictio. l. ea lege. Cod. de cond. ob cauſ. Idémque puto dicendum in teſtamẽto, ſi fortè teſtator rem alicui eadem lege & conditione legauerit, cum ratio diuerſitatis non appareat. Nudum enim teſtatoris præceptum intelligimus, cum teſtator vetat rem alienari ſimpliciter, non autem, cum legato eam legem adſcribit. arg. d. l. ea lege. Quod cum ita ſit, differentia contractuum & vltimarum voluntatum, quæ hic vulgo traditur, qua ratione defendi poſſit, non perſpicio. Altera quæſtio eſt, quomodo committatur hæc ſtipulatio. Et verba oſtendunt quocunque modo res alienata ſit, vt ad alium perueniat, ſtipulationem committi, ſiue vendendo, ſiue hæredem inſtituendo, &c. l. peto. §. fratre. de leg. 2. Nam & hæredis inſtitutio alienationem continet. l. ſi quis prioris. §. certum. Cod. de ſecun. nup. Quinimo his verbis non male dici poteſt, ſucceſſionem quoque legitimam prohiberi, quaſi promiſſor curare debeat, teſtamentum aut codicillos faciendo, ne res ad fratrem perueniat. l. codicillis. §. matre. de leg. 2. Spectanda tamen hic voluntas prohibentis, quæ ex coniecturis colligitur, vt in omnibus facti quæſtionibus. Quid enim, ſi quis ſimpliciter prohibuerit rem alienari, ſine vllius perſonæ expreſſione? Sanè credendum non eſt eum de hærede ſenſiſſe, cum nemo ſine hærede moriatur. Itaque contingit aliquando, vt cum vniuerſitate tranſeant res alienari prohibitæ. l. quædam. de acq. rer. dom. l. 1. de fund. dotal. Tertia quæſtio eſt, de vi, & effectu huius ſtipulationis. Et apparet ex hoc Scæuolæ reſponſo, agi ex ſtipulatione, ad id quod intereſt, ſicut ex aliis ſtipulationibus, quæ in faciendo conſiſtunt, dict. l. ſi ſterilis. §. ſi ſterilis. §. ſi tibi. Præterea quod ea lege datum eſt, cõdicitur & repetitur quaſi ſecuta cauſa nõ ſit. d. l. ea l. Sed ea condictio perſonalis eſt, & aduerſus eum, cum quo negotium contractum eſt, tantum datur, vt aut rem, aut æſtimationem præſtet. Vindicatio autem nõ competit, quæ rei poſſeſſorem ſequatur, quia hæc prohibitio translationem dominij non impedit. d. l. ea lege. Quiſquis enim rem emit, accipítque à domino, eius dominium cõſequitur. §. per traditionem. Inſtit. de rerum diuiſ. Nec dubium eſt, quin rei dominus ſit is cui res ea lege datur, ne alienet: ideoque ita condicitur ab eo, ſi paret dare oportere. d. l. ea lege. Nec obſtat huic ſententiæ Conſtitutio Iuſtiniani, de rebus alienis non alienandis: in qua dicitur, alienationem eſſe prohibendam, &c. His enim verbis ſignificat Iuſtinianus, non quidem rei dominium transferri non poſſe, ſed eum

Pactum de non alienanda re ſine cauſa inutile.

qui

qui dominium transfert, contra pactioné facere: quoniam appellatione alienationis continetur actus, quo dominium transfertur. l. peto. §. prædium. §. fratre. l. cùm pater. §. libertis. de leg. 2. l. pater. §. filiam. de leg. 3. Prohibitio vero teſtatoris impedit tranſlationem dominij, propter vim fideicommiſſi, vt ego quidem exiſtimo, præter aliorum opinionem. l. filiusfam. §. Diui. de legat. 1. Sane cum creditor paciſcitur cum debitore, ne pignus védat, Marcellus ſcribit, nullam eſſe venditionem, vt pactioni ſtetur. l. ſi creditor. §. vlt. de diſtra. pign. Id enim vtilitatis cauſa in pignore receptũ eſt: nec eadem eſt ratio eius rei, quam quis ita dat alicui, vt nihil iuris retineat. Ex quo etiam illud conſequitur, emptorem domus conductæ non poſſe conductorem expellere, ſi conuenerit prius inter locatorem, & conductoré, ne domus alienetur, & eo nomine conductori oppignerata ſit. Nam ſecundũ Marcelli ſenténtiam venditio nulla eſt. Nec eorum mihi probatur opinio, qui putant non omnino nullam eſſe venditionem, ſed ne præiudicet creditori pro nulla habendam eſſe. Nam hæc interpretatio nec verbis auctoris, nec rationi congruit, cum præſertim abſque ea pactione venditio non noceat creditori, nec ius pignoris tollat. l. iuſto. §. non mutat. de vſucap. Cur autem manumiſſio non teneat contra legem dictam, in ſerui venditione, dubitatum eſt à pleriſque. Sed exiſtimo vtilitatis cauſa id lege Ælia Sentia cautum fuiſſe, vt maior eſſet dominorum in ſeruos ſuos auctoritas. l. ea quidem. C. ſi mancip ita fuerit alien. l. is qui. §. in illis. l. ſeruus hac lege. de manumiſſ. l. ille ſeruus, qui à quibus. Vtile enim eſt, ſeruos nullam habere ſpem conſequendæ libertatis, niſi ex voluntate dominorum. Denique animaduertendum eſt, Seiam in hac ſpecie id quod à Titio geſtum eſt, improbare: quamuis ei hæres extiterit. Qui enim pro parte hæres extitit alicui, pro ea tantum parte cogitur ratum habere, quod à defuncto geſtum eſt. l. cum à matre. C. de rei vind.

Hæres tenetur ea parte qua extitit hæres.

Filia, quæ de inofficioſo agere inſtituit, & tranſegit, poſtea cum hæredibus ſtipulatione interpoſita, & ſubiecta doli clauſula, apud Præfectum de falſo teſtamento egit, nec probauit. Quæro, an ex doli clauſula poſſit conueniri. Reſpondit, nihil ad eam ſtipulationem id, quod poſtea actum proponeretur, pertinere.

Qui impugnauit teſtamentum, tanquam inofficioſum, non prohibetur ex cauſa falſi illud impugnare. nec poteſt ſummoueri exceptione rei iudicatæ. l. cum quæritur. de except. rei iudic. Itaque etſi de inofficioſo teſtamento tranſegerit cũ aduerſario, ac fortaſſis promiſerit nihil amplius peti: ea tranſactio non obeſt, quo minus de falſo apud præfectum vrbis agat. argu. l. ſi de certa. C. de tranſact. cuius eſt de criminibus cognitio. l. 1. de offi. præf. vrb.

CXXXVI. PAVLVS LIB. V. SENTENTIARVM.

SI ſub vna ſignificatione diuerſis nominibus ea res, quæ in ſtipulatione deducitur, appellatur, non infirmat obligationé, ſi alter altero verbo vtatur.

Locus eſt de ratione contrahendæ ſtipulationis, de quo diximus c. 65.

Si quis viam ad fundum ſuum dari ſtipulatus fuerat, poſtea fundum, partémve eius ante conſtitutam ſeruitutem alienauerit, euaneſcit ſtipulatio.

Seruitus non acquiritur, niſi ab eo, qui dominus eſt fundi, nec pro parte dominij acquiritur, vt diximus ſupra cap. cap. 72. l. ſtipulationes non diuiduntur. Veluti ſi quis ſtipuletur ſeruitutem fundo communi. l. pro parte. de ſeruit. proprium. comm. prædior. Proinde ſi quis poſt ſtipulationé ſeruitutis alienauerit fundum, vel partem fundi, euaneſcit ſtipulatio, quaſi in eum caſum inciderit, à quo non potuit incipere. dicta l. pro parte. l. pluribus, infra. Si enim in initio vel totus fundus, vel eius fundi pars fuiſſet alterius, ſtipulatio vtilis eſſe non potuiſſet. Quod tamen ita eſt accipiendum, niſi poſt conſtitutam, & iam fundo acquiſitam ſeruitutem, fundus alienatus ſit. Quo caſu ſeruitus manet, ac fundum ſequitur. l. via. §. quæcunque. de ſeruitu. ruſtic. præd. l. pluribus. infra.

CXXXVII. VENVLEIVS LIB. I. STIPVLATIONVM.

COntinuus actus ſtipulantis, & promittentis eſſe debet, vt tamé aliquod momentum naturæ interuenire poſſit, & comminus reſpõderi ſtipulanti oportet. Cæterũ ſi poſt interrogationé aliud agere cœperit, nihil proderit, quáuis eadé die ſpopõdiſſet.

In contrahenda ſtipulatione non ſufficit interrogationem præcedere, & ſequi reſponſionem, niſi comminus & continuo interroganti reſpondeatur. Continuus enim actus ſtipulantis, ac promittentis eſſe debet. Continuitatem tamen hác non accipimus Mathematicorum, aut Philoſophorum more, vt ne minimum quidem momentum interuenire poſſit. Sed & hoc plenius interpretatur Vlpianus vtilitatis cauſa: vt ſi ſtipulator poſt interrogationem diſceſſerit, & ei reuerſo reſponſum ſit, valeat ſtipulatio. Interuallum enim medium non vitiat obligationem. l. 1. §. qui præſens. ſupr. Sed videndum eſt, ne magnum ſit temporis interuallum, propter quod videatur omiſſa ſtipulatio, l. 6. §. vltim. de duob. reis. Ac Venuleius, & alij veteres, vnius diei ita meminerunt, quaſi poſt diem vnam facile credendum ſit omiſſam ſtipulationem eſſe, quamuis intra id ſpatium ex coniecturis id definiri debeat. Deinde videndum eſt, ne actus contrarius, aut alienus à ſtipulatione intermiſceatur. l. 6. §. vlti. infrà, de duobus reis. Alterutrum enim, id eſt, vel longum ſpatium temporis, vel contrarius actus, ſufficit ad vitiandam ſtipulationem: vt his verbis Venuleius oſtendit. Nam quod idem ſcribit c. 12. de duobus reis, huic ſententiæ non repugnat, quę ex eodem auctore, libróque eodem ſumpta eſt: ſed locus vnus ex alio interpretationem capit.

Si hominem ſtipulatus ſim, & ego de alio ſenſero, tu de alio: nihil acti erit. Nam ſtipulatio ex vtriuſque conſenſu perficitur.

Hunc locum explicaui c. 83. l. inter ſtipulantem. §. 1.

Cùm ita ſtipulatus ſim, *Epheſi dari?* ineſt tempus quod autem accipi debeat, quæritur. & magis eſt, vt totam eam rem ad iudicem, id eſt, virum bonum remittamus,

qui æſtimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere poſſit, quod facturum ſe promiſit, vt qui Epheſi daturum ſe ſpoponderit, neque diplomate diebus ac noctibus, & omni tempeſtate contempta, iter cõtinuare cogatur, neque tam delicate progredi debeat, vt reprehenſione dignus appareat: ſed habita ratione temporis, ætatis, ſexus, valetudinis: cum id agatur, vt mature perueniat, id eſt, eodem tempore, quo pleriqueeiuſdem conditionis homines ſolent peruenire. Eo tranſacto, quamuis Romæ remanſerit, nec poſſit Epheſi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, vel quia per ipſum ſteterit, quo minus Epheſi daret, vel quoniam per alium Epheſi dare poſſit, vel quia vbique poteſt ſoluere. Ná & quod in diem debetur, ante ſolui poteſt, licet peti non poteſt. Quod ſi diplomate vſus aut felici nauigatione, maturius, quàm quiſquã, peruenerit Epheſum, confeſtim obligatus eſt: quia in eo quod tempore, atque facto finitum eſt, nullus eſt coniecturæ locus.

Interdum pura ſtipulatio dilationem tacitam habet. l. interdum. ſupra. vt cum quis ſtipulatur Epheſi dari. Ineſt enim tempus, quo promiſſor Epheſum poſſit peruenire. Sed quia certum tempus non poteſt diffiniri, cum in facto id magis, quàm in iure conſtat, relinquitur æſtimandum boni viri arbitrio. Huiuſmodi etenim facti quæſtiones non magis ſunt Iuriſconſultorum, quàm cuiuſuis boni ac prudẽtis viri, qui æquitatem ante oculos habeat. l. vir bonus. iudic. ſolui. l. ſed ſi vnius. §. Prætor. de iniuriis. ſed ad iudicis officium pertinent, quod latius, quàm Iuriſconſulti officium, patet, vt in Scæuola oſtendimus. Diploma hic accipe, quod à Principe impetratur, vt equis publice diſpoſitis vti liceat, Poſtam vulgo dicimus. Priuatis enim abſque principis diplomate curſus publicus olim non permittebatur. l. nullis. C. de curſ. public. Cuius moris meminit Plinius, lib. 10. epiſtol. ad Traianum, cũ pleriſque aliis. Quod autem hic dicitur, eum qui Epheſi dare promiſit, poſſe vbique ſoluere, quomodo accipiendum ſit, docuimus c.122. l. qui Romæ. in princ. Ad extremum obſeruandus eſt locus communis de coniectura, cuius nulla in iis, quæ certa ſunt, ratio habetur.

Poſta. curſu publicus eſt.

Item qui inſulam fieri ſpopondit, non vtique conquiſitis vndique fabris, & plurimis operis adhibitis, feſtinare debet, nec rurſus vtroque, aut altero, cõtentus eſſe: ſed modus adhibendus eſt, ſecũdum rationem diligentis ædificatoris: & temporum locorúmque. Item ſi nõ inchoetur opus, id tantum æſtimetur quod in illo interuallo effici potuit, tranſactóque tempore, quo inſulam conſummare oportuerit, ſi poſtea ædificetur, liberetur reus, ſicut liberatur, qui ſe daturum ſpopondit, ſi quandoque tradidit.

Tria hoc capite continẽtur, de quibus ſatis dictum fuit alibi. Primum eſt ſtipulationem facti tractum habentia diem tacitum habere. l. ſi inſulam. ſup.

II. Ex hac ſtipulatione agi, cum primum cœperit moram facere promiſſor. leg. ſtipulationes non diuiduntur. §. vlti.

III. Promiſſorem liberari, poſt moram faciendo, quod eſt accipiendum, modo lis conteſtata nondum ſit. leg. ſi inſulam.

Illud inſpiciendum eſt, ac qui centum dari promiſit, confeſtim teneatur: an vero ceſſet obligatio, donec conſerre pecuniam poſſit. Quid ergo, ſi neque domi habeat, neque inueniat creditorem? Sed hęc recedunt ab impedimento naturali, & reſpiciunt ad facultatem dandi. Eſt autem facultas, perſonę commodum, incommodúmque, non rerum, quę promittuntur. Alioquin & ſi quis Stichum dare ſpoponderit, quęrimus, vbi ſit Stichus: vt ſic non multum referre videatur, Epheſi daturum ſe, an quod Epheſi ſit, cum ipſe Romę ſit, dare ſpondeat. Nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia & in pecunia, & in Sticho, illud commune eſt, quod promiſſor in prę̨ſentia dare nõ poteſt. Et generaliter cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimẽtum ſtipulatoris pertinet, ne incipiat dici, eum quoque dare non poſſe, qui alienum ſeruum, quem dominus non vendat, dare promiſerat.

Si quis promiſerit pecuniam, quam non habet, quęritur an propter inopiam eius, ac difficultatem, tempus inſit ſtipulationi, ſicut diximus ineſſe, cum quis ſtipulatur Epheſi dari. §. cum ita ſupr. Venuleius hic ait, non ideo ceſſare obligationem, ſed confeſtim promiſſorem teneri, & aduerſus eum agi poſſe. Multum enim refert, an res promiſſa præſtari non poſſit, an vero promiſſor eius præſtandæ facultatem non habeat. Quare ſi quis ſimpliciter promiſerit Stichum dare, non quæremus, vbi ſit Stichus: ſed promiſſorem ſtatim conueniri poſſe dicemus: tametſi cum quis ſtipulatur Epheſi dari, tempus expectandum ſit. Idem dicendum eſt, ſi quis promiſerit alienum ſeruum dare, quem dominus vendere nolit. Generaliter enim cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimendum ſtipulatoris, pertinet: nec difficultas promiſſoris, quæ in re non eſt, ſed in perſona, impedit, quo minus debeatur ſtipulatori. Si quis tamen ſtipuletur, hodie ſibi Carthagini dari, inutilis dicitur eſſe ſtipulatio. §. loca. Inſtit. de verborum obligat. quoniã ex ipſa cõceptione verborum appparet, promiſſorem dare non poſſe. Itaque interpretatio hic contra ſtipulatorem ſit, quaſi hæc fuerit contrahentium cogitatio, vt nihil agi exiſtimarent. arg. l. non ſolum. de oblig. & actio. Quod eſt accipiendum, niſi aliud actum eſſe appareat. Poteſt enim agi inter eos, vt per diſpenſatores vtriuſque, qui Carthagini ſunt, impleatur quod promiſſum eſt. Item vt promiſſor id quod intereſt, ſoluat. leg. vlt. §. ſi inter. infra. Sed in dubio contra ſtipulatorem interpretamur. leg. quicquid adſtringendæ. ſuprà. Alia cauſa eſt bonæ fidei contractuum, atque vltimarum voluntatum, in quibus benignior ſit interpretatio, vt alibi oſtendimus. leg. inſulam. §. 1. locat. leg. ſi mihi, & tibi. §. 1. de leg. 1. Quamuis autem ob eam, de qua diximus, cauſam non differatur actio: tamen humanitatis cauſa interdum exactio differtur, & condemnato tempus datur ad ſoluendum. leg. ſi cum

militi

militi. de compenſat. l. ſi debitori de iudic. Quo tempore preterito, cogitur ſoluere debitor, & in carcerem conijcitur. l. 1. C. qui bon. ced. poſſ. Præterea hæc difficultas interdum facit, ne promiſſor, quaſi mora facta, teneatur, vt puta, ſi Stichus, quem interpellatus promiſſor dare nō poterat, interim deceſſerit. Licet enim difficultas promiſſorem non excuſet, quo minus viuo adhuc Sticho conueniatur: tamen eo mortuo non tenebitur ad æſtimationem, quaſi in poteſtate eius non fuerit, Stichum dare. Cum enim quæritur de mora, inſpicimus, an promiſſor facultatem ſoluendi habeat. l. quod te. de rebus credit. l. ſciendum, de vſur. leg. 2. §. ſi quis in iudicio. ſupra, ſi quis caution. l. ſi vehenda. ad leg. Rhod. de iactu.

Si ab eo ſtipulatus ſim, qui efficere non poſſit, cum alij poſſibile ſit iure factam obligationem, Sabinus ſcribit.

Hæc ſtipulatio ideo dicitur poſſibilis, quia poteſt promiſſor æſtimationem ſoluere, ſi non fecerit. An poſſit aliena opera vti in ea re, quæſtio facti eſt, quę ex coniecturis pendet, & alio in loco tractatur. l. inter artifices. de ſolut. l. nemo. de duob. reis. l. ſi ſeruus patroni. de oper. libert.

Cum quis ſub hac conditione ſtipulatus ſit, ſi rem ſacram, aut religioſam Titius vēdiderit, vel forum, aut baſilicam, & huiuſmodi res, quæ publicis vſibus in perpetuū relictæ ſunt, vbi omnino conditio iure impleri non poteſt: & ſi velit facere, ei non liceat, nullius momenti fore ſtipulationem, perinde ac ſi ea conditio, quæ natura impoſſibilis eſt, inſerta eſſet. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari poſſit, & id, quod nunc impoſſibile eſt, poſtea ſit poſſibile fieri. Nō enim ſecundum futuri temporis ius, ſed ſecundū præſentis, æſtimari debet ſtipulatio.

Nihil refert, an conditio natura impoſſibilis ſit, an vero iure impleri non poſſit, vt ſupra annotauimus c. 7. l. impoſſibilis. Idque his exemplis oſtenditur, de quibus diſſeruimus c. 83. l. inter ſtipulantem. § ſacram. Tametſi autem vēdere has quoque res vere dicamur, cum ad factum reſpicimus: quia tamen venditio nullum iuris effectum habet: non dicitur impleta conditio eſſe. Nec me latet, aliquando factum nudum ſufficere ad implendam conditionem, cum id vtilitas exigit, & voluntas eius, qui conditionem adſcripſit, quæ maxime hic ſpectanda eſt. l. mulier, §. vltim. de condit. inſtit. Item verba conditionis diligenter expendenda ſunt, vt apud Scæuolam c. 77. ad Trebel. vbi dicitur, ſatisfactum eſſe conditioni, quamuis matrimoniū cum furioſa non fuerit. l. hæredibus. §. vlt. Nam in conditione nulla erat matrimonij, ſed liberorum tantum mentio: nec dubium eſt, quin liberi ſint, ex quocūque concubitu procreati. Sed de his forte omnis multa: quę vt leuia admodum, nec ad rem valde pertinētia omitterem, niſi viderem ea ſic à magnis Doctoribus tractari, vt hic ſeſe expediri vix poſſint.

Si vt aliquid fiat ſtipulemur, & vſitatius, & elegantius eſſe Labeo ait, ſic ſubijci pœnam, *Si ita factum non erit.* At cū quid ne fiat, ſtipulemur, tunc hoc modo, *Si aduerſus ea factum erit.* Et cum alia fieri, & alia non fieri coniuncte ſtipulemur, ſic comprehendendum, *Si ita non feceris, ſiue quid aduerſus ea feceris.*

Diximus de hac re ſupra cap. 71. l. cum quid.

Præterea ſciendum eſt, quod dari ſtipulamur, non poſſe per nos vni ex hæredibus adquiri: ſed neceſſe eſt omnibus adquiri. At cum quid fieri ſtipulemur, etiam vnius perſonam rectè comprehendi.

Si quis ita ſtipuletur, *Mihi, & Titio hæredi meo centum dari?* Deinde deceſſerit, Titio & alio quodam hærede relicto, diuiditur hæc obligatio inter vtrunque hæredem, ita vt Titio quinquaginta tantum debeatur. Nemo. n. poteſt alteri ſtipulari, niſi hæredi ſuo, ac ne hęredi quidem ſuo, niſi quatenus hæres eſt. l. ſtipulatio iſta. §. ſuæ. Nā nō ſuccedit in ius defuncti, niſi pro parte hæreditaria, & pro alia parte extraneus habetur. l. cū à matre. C. de rei vindi. l. ſi adulta. C. de hæred. act. Vnde pro ea parte ſtipulatio perinde habenda eſt, ac ſi cuius alij extraneo ſtipulatus eſſet defunctus. Cum quid tamen fieri ſtipulamur, rectè vnius hæredis perſona comprehēditur. Nam quia facta perſonalia ſunt, vt ante annotauimus, l. quod dicitur. ratio non patitur, in factis omnes hæredes exæquari, cum præſertim vtilitas contrahentium hoc exigat. Ex pacto ſanè, quod de non petenda pecunia factum eſt, vni ex hæredibus exceptionem acquiri, Celſus ait. l. auus. de pactis. Sed acquiritur liberatio facilius, quam obligatio, & ſubtilitas iuris plerunque negligitur, vbi de liberatione agitur. l. Arrianus. de obli. & act. An autem quis poſſit vnum ex hæredibus ſuis obligare. alio in loco diſputatum fuit. l. cum qui ita. §. 1. l. Iulianus.

CXXXVIII. IDEM LIB. III. STIPVLATIONVM.

EVm, qui certarum nundinarum diebus dari ſtipuletur: primo die poſſe petere, ait Sabinus. Proculus autem & cęteri diuerſæ ſcholæ auctores, quandiu vel exiguum tempus ex nundinarum ſpatio ſupereſſet peti non poſſe exiſtimant. Sed ego cum Proculo ſentio.

In hac ſtipulatione interpretatio fit contra ſtipulatorem, ſicut in alia ſimili, de qua diximus ſuprà capite 42. leg. leg. qui hoc anno.

Cum pure ſtipulatus ſum, *Illud aut illud dari?* licebit tibi quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod præſtiturus ſis: quia diuerſa cauſa eſt voluntatis expreſſæ, & eius, quæ ineſt.

* Reus cui competit electio ex ſtipulatione alternationem habente, mutare voluntatem poteſt, quoties voluerit, donec ſoluta fuerit res debita. l. qui ex pluribus. 106. Videndum tamen eſt in executione ſententiæ, ne variatione ſua iudicium eludat. argu. l. non vtique. de eo quod certo loco.

Alia eſt cauſa ſtipulatoris, qui electionem habet ex voluntate verbis expreſſa: vt puta, ſi quis ita ſtipuletur, *Stichum aut Pamphilum, vtrum voluero.* Nam eligendi facultas conſumitur prima electione, aut ſaltem conteſtatione litis, ſecundum diſtinctionem capitis 112. l. ſi quis ſtipulatus. Ideo autem actor, cuius eſt electio

mutandæ voluntatis; facultatem amittit litem conteſtando, quia petendo alterum, & ſuper eo litem conteſtando nouum quoddam negotium contrahere intelligitur.l.vbi autem.§.qui illud.ſupra. notat.in l. qui inſulam. Sed cum rei eſt electio, vtrunque petitur,& ſuper vtroque lis conteſtatur,dicto §.qui illud. §.huic autem.Inſtit.de actionibus. Proinde litis conteſtatio mutandæ voluntatis facultatem non adimit. Atq. hinc etiam conſequitur, ſi quis ſtipulatus fuerit decem in melle,promiſſorem non poſſe mel ſoluere poſt litem conteſtatam.l.ſi quis ſtipulatus. 57.de ſolutio. Ex ea enim ſtipulatione decem petuntur, & ſuper decem fit litis conteſtatio, cum ea ſint in obligatione, non mel, quod in ſolutione tantum eſt.

CXXXIX. IDEM LIB. VI. STIPVLATIONVM.

CVm ex cauſa dupla ſtipulationis aliquid intendimus, venditoris hæredes in ſolidum omnes conueniendi ſunt, omnéſque debent ſubſiſtere, & quolibet eorum defugiére,cæteris ſubſiſtere nihil prodeſt: quia in ſolidum defendenda eſt venditio, cuius indiuiſa natura eſt. Sed cum vno defugiente, omnes defugiſſe videátur, ideóque & omnes tenentur, & vnicuique pro parte hæreditaria præſtatio incumbit.

Explicatus eſt hic locus ſuprà, capite 85. §. item ſi ita.

CXL. PAVLVS LIB. III. AD NERATIVM.

PLuribus rebus propoſitis, ita ſtipulatio facta eſt, *Ea omnia quæ ſupra ſcripta ſunt, dari:* propius eſt, vt tot ſtipulationes, quot res ſint.De hac ſtipulatione, *Annua,bima,trima,die,id argentum quaque die dari:* apud veteres variatum fuit. Paulus. Sed verius,& hic tres eſſe trium ſummarum ſtipulationes.

Duplex ſpecies hic proponitur, & quæritur in vtraque,an vna ſtipulatio ſit,an plures. De priore ſatis dictum eſt ſupr.capite 134.l.Titia.§.vlt. Poſterior eſt, cum quis ſtipulatur annua, bima, trima, die dari: de qua nihil diffinit Neratius: ſed tantum admonuit,varias opiniones veterum fuiſſe. Et ſane probabilis eſt de hac ſtipulatione dubitatio. Nam etſi vna dicatur eſſe ſtipulatio, cum quis ſtipulatur in ſingulos annos, ante docuimus capite 16.l.ſi Stichum. §.ſtipulatio, tamen hæc vſquequaque ſimilis ei nõ eſt, quoniam hic ſpecialiter exprimuntur tempora, puta, primo anno, ſecundo, tertio. Sed quia non exprimuntur annuæ præſtationes,poterat videri vna ſtipulatio eſſe. l. ſcire debemus.l.quod dicitur.86.ſupra. Paulus autem,qui notas ſcripſit in Neratium,verius exiſtimauit, tres ſtipulationes eſſe,cum tria tempora ſpecialiter deſignata ſint,licet ſingulæ ſummæ expreſſæ non ſint.

Et ſi placet extingui obligationem, ſi in eum caſum inciderit, à quo incipere non poteſt, non tamen hoc in omnibus verum eſt.Ecce,ſtipulari viam,iter,actũ ad fundum communem,ſocius non poteſt: & tamen ſi is,qui ſtipulatus fuerat, duos heredes reliquerit, non extinguitur ſtipulatio, & per partem dominorum ſeruitus acquiri non poteſt,acquiſita tamen conſeruatur, & per partem dominij hoc euenit, ſi pars prædij ſeruientis,vel cui ſeruitus debetur, alterius dominij eſſe cœperit.

Locus eſt de ſtipulatione ſeruitutis, iam ſæpe tractatus: ex quo duo præcipuè obſeruanda ſunt: vnum eſt, ſi ſtipulator ſeruitutis deceſſerit, duobus hæredibus relictis,ſtipulationem non extingui, quia ſingulis hæredibus ad petendam ſeruitutem actio in ſolidum competit.l.2.ſupra.Sed obiicitur huic ſententiæ,rem incidiſſe in eum caſum,à quo non potuit incipere. Si enim ab initio duo fuiſſent domini eiuſdem fundi,non potuiſſet per ſingulos fundo communi ſeruitus acquiri.l.ſi vnus.de ſeruit. ruſtic. prædior. Vnde videtur actio ex ſtipulatione ſingulis hæredibus competere nõ poſſe, qua fundo communi ſeruitutem acquirant. Sed huic obiectioni reſpondendum eſt, ob difficultatem præſtationis ſtipulationem minimè inutilem fieri. Quod quemadmodum accipiendum ſit, docuimus in interpretatione capitis ſecundi. Secundo loco annotandum eſt, ſeruitutem iam acquiſitam & conſtitutam, conſeruari, ſi pars prædij ſeruientis, aut dominantis alienata ſit: quamuis ſeruitus pro parte acquiri non poſſit. Qua de re ſuprà capite 136.l.ſi ſub vna. Illud obiter hic expendendum eſt, videri Paulum non magnifacere theſim vulgo receptam tempore ſuo: quam ſimpliciter ait non in omnibus veram eſſe, quod ſatis intelligat, nihil periculoſius eſſe in iure ciuili, quàm in vniuerſum quicquam diffinire. l.omnis diffinitio.de reg.iur. Quo exemplo & nos, cum huiuſmodi theſis aliqua nobis obiicitur, vt vulgo fit ab iis,qui eas ex doctorum Accurſianorum commentariis hauriunt,poſſumus reſpondere theſim,ſeu regulam non omnibus veram eſſe,atque ita obiectionem eludere.Sed de hic theſibus plura diximus ſupra, l.1.§. ſi ſtipulanti.

CXLI. CAIVS LIB II. DE VERBORVM OBLIG.

SI ſeruus, aut filius ita ſtipulatus ſit, *Rem illam,aut illam,vtrum ego velim*, non pater, dominúſve,ſed filius ſeruúſve deſtinare de alterutra debet.Extranei quoque perſona,ſi comprehenſa fuerit,veluti hoc modo, *vtrã earum Titius elegerit*, non aliter ſtipulator alterutrius petendæ facultatem habet quàm ſi Titius elegerit.

Locum hunc interpretati ſumus c. 76. ſi ſtipulatus.

Pupillus licet ex quo fari cœpit, recte ſtipulari poteſt:tamen ſi in parentis poteſtate eſt,ne autore quidem patre obligatur. Pubes verò,qui in poteſtate eſt,perinde ac paterfamilias obligari ſolet. Quod autem in pupillo dicimus, idem & in filiafamilias impubere dicendum eſt.

Quatuor præcipuè hic obſeruanda ſunt, quorum nonnulla partim aliis in locis explicata ſunt, partim nullam interpretationem deſiderant.Primum eſt, pupillum qui in poteſtate tutoris eſt, patre mortuo ſtipulari poſſe,etiam ſine tutore,ſi infans non ſit: quãuis ſine tutore non poſſit obligari.§.pupillus.Inſtit. de inut.ſtipul.l.obligari.de auto.tut.

II. Pupillus, qui in poteſtate parentis eſt, patre autore non obligatur. d. § pupillus. Inſtit. de inutil. ſtipul. Pupillum hunc vocamus, quod impubes ſit: vnde & pupillaris ſubſtitutio dicta eſt: tametſi frequentius accipiatur pupillus pro eo, qui tutorem habet. l. pupillus. de verb. ſig. Pater igitur non eſt filij tutor, licet in eum poteſtatem habeat: ſed poteſtas patria à tutoris poteſtate diſtinguitur, id que vtilitas exigit. Cum enim filio aduerſus patrem nulla ſit actio prodita ob rem male geſtam, non ſatis conſultum ei eſſet, ſi patre auctore obligaretur. Sed tutor eo nomine tenetur pupillo actione tutelæ, & præterea fideiuſſor, quem ipſe tutor dat, antequam tutelam gerat. Inſtit. de ſatiſda. tuto. Sane quoties agitur de obligatione cõtrahenda propter bona aduẽtitia filij, recte interuenit pater, quia eorum bonorum legitimus adminiſtrator eſt: vtputa ſi hæreditas delata ſit filio, quam auctoritate patris accedẽte adeat. l. ſi infanti. C. de iure delib. l. vlt. §. vlt. C. de bonis quæ lib. Alias ſi filius impubes, qui in patris eſt poteſtate, obligari velit, dandus eſt ei curator, quo auctore obligetur. d. l. vlt. §. ſin autem.

III. Filiusfamilias pubes perinde obligatur, ac quiuis paterfamilias. l. filiusfamilias. ſupr. de obligationib. & actionib.

IIII. Quod de filio dictum eſt, id in filia quoque locum habet.

Si ita ſtipulatus fuero, *Mihi aut Titio?* Et tu mihi daturum te reſpondeas, ſecundum omnium opinionem ad interrogatum te reſpondere: quia conſtat mihi ſoli adquiri obligationem. Titio autem duntaxat recte ſoluitur.

In hac ſtipulatione diuerſitas reſponſionis non nocet, quia in eo, quod ad obligationem pertinet, congrua eſt reſponſio interrogationi. Cum enim quis ſtipulatur ſibi aut Titio dari, Titius non ad obligationem, ſed ad ſolutionem tantũ ponitur. l. ſi duo. ſupra.

Si inter eos qui Romæ ſunt, talis fiat ſtipulatio, *Hodie Carthagini dare ſpõdes?* quidam putant non ſemper videri impoſſibilẽ cauſam ſtipulationis cõtineri, quia poſſit contingere, vt tam ſtipulator, quàm promiſſor, ante aliquod tempus ſuo quiſque diſpenſatori notum fecerit, in eum diem futuram ſtipulationem, ac demandaſſet promiſſor quidem ſuo diſpẽſatori, vt daret, ſtipulator autem ſuo, vt acciperet. Quod ſi ita factum fuerit, poterit valere ſtipulatio.

Anguſtiæ temporis in ſtipulatione contrahẽda expreſſi, nocent aliquando ſtipulationi. §. loca. Inſtit. de verb. oblig. vt ante admonuimus, l. continuus. §. illud. veluti, ſi quis promittat, hodie dare Carthagini, quia promiſſor dare non poteſt. Quoties ergo accidit, vt dari poſſit, vtilis eſt ſtipulatio, vt in hac ſpecie, quę nec difficilis, nec obſcura eſt.

Cum mihi, aut Titio ſtipulator, dicitur aliam quidem rem in perſonam meã, aliam in Titij deſignari nõ poſſe: veluti mihi decem aut Titio hominem. Si vero Titio ea res ſoluta ſit, quæ in eius perſona deſignata fuit: licet ipſo iure nõ liberetur promiſſor, per exceptionem tamen defendi poterit. tempora vero diuerſa deſignari poſſe: veluti, *Mihi Calendis Ianuariis, aut Titio Calendis Februariis?* Imo etiam citeriorem diem in Titij perſonam conferri poſſe: veluti, *Mihi Calẽdis Februariis, Titio Calẽdis Ianuariis?* Quo caſu intelligimus talẽ eſſe ſtipulationem, *Si Titio Calendis Ianuariis non dederis, mihi Calendis Februariis dare ſpondes?* Sed rurſus mihi quidem pure, aut Titio ſub conditione ſtipulari poſſum. Contra vero, ſi mihi ſub conditione, aut Titio pure: inutilis erit tota ſtipulatio, niſi in meam perſonam conditio extiterit: ſcilicet quia niſi, quę à me vim accipiat obligatio, adiectio nihil poteſt valere. Hoc tamen ita demum tractari poteſt, ſi euidenter appareat, pure Titij perſonam adiectam. Alioquin cum ita ſtipulor, *Si nauis ex Aphrica venerit, mihi, aut Titio ſpõdes?* Titij quoque perſona ſub eadem conditione adiici videtur. Ex hoc apparet, ſi diuerſa conditio in meam perſonam, diuerſa in Titij poſita ſit, nec in meam perſonam extiterit conditio, totam ſtipulationem nullius momenti futuram: extante verò mea conditione, ſi quidem Titij quoque conditio extiterit: poterit vel Titio ſolui. Si vero in illius perſona defecerit, quaſi non adiectus habebitur. Ex his omnibus apparet, licet alterius perſona non recte adiiciatur, non ideo minus in noſtra perſona vtiliter procedere ſtipulationem.

Cum quis ſtipulando alterius perſonam adiicit ſolutionis cauſa, an diuerſitas in perſona vtriuſque noceat vel ſtipulationi, vel adiectioni, quæritur. Qua in re diſtinguendum eſt, vt hic dicitur. Nam in primis, cum diuerſitas circa res conſiſtit, vt in hac ſtipulatione. *Mihi decem, aut Titio hominem?* ſi ipſum ius ſpectemus, inutilis eſt adiectio, nec promiſſor Titio hominem ſoluens liberatur: quamuis alias adiecto ſoluẽs ipſo iure liberetur. §. ſi quis alij. Inſtit. de inutil. ſtipul. Sed propter æquitatem, ac veriſimilem cõtrahentium voluntatem, promiſſori, qui hominem ſoluit, datur exceptio. Interdum diuerſitas reſpicit tempus: vt in hac ſtipulatione, *Mihi Calendis Ianuariis, aut Titio Calendis Februariis?* vel, *Mihi Calendis Februariis, aut Titio Calendis Ianuariis?* Et hæc diuerſitas non nocet, quæ ſubſtantiam obligationis non reſpicit. Aliquando diuerſitas eſt in perſona vtriuſque propter conditionem adiectam, vel omiſſam: vt cum ſtipulor mihi pure, aut Titio ſub conditione: vel contra, mihi ſub conditione, aut Titio pure: vel cum alia conditio in perſona mea, alia in perſona Titij adſcribitur. Et generaliter notandum eſt, cum non conſiſtit obligatio, inutilem eſſe adiectionem, quæ acceſſoria eſt: tametſi propter inutilem actionem non continuo vitietur obligatio. Exẽpla, quibus hic Caius vtitur, id apertiſſime demonſtrant, vt pleniore interpretatione opus nõ ſit. Finis igitur moleſti, prolixíque laboris, ac veluti quidã portus, Dei optimi maximi benignitate iam adeſt: vt Diogenicum illud magna cum lætitia vſurpem, γῆν ὁρῶ, id eſt, terram video.

EIVSDEM LIBELLVS QVI INSCRIBITVR SCÆVOLA.

Interpretationem continens cuiuſdam Ceruidij Scæuolæ reſponſi, cap. CXXII. tit. ſuperioris.

SVMMA CAPITA.

1 *Scæuola Iuriſconſultus quis fuerit, & qualia eius reſponſa.*
2 *Variæ interpretum opiniones.*
3 *Quæſtio facti & iuris quæ dicatur.*
4 *Sitne Iuriſconſulti ad quæſtionem facti reſpondere.*
5 *Quæſtiones ad medicinam ſpectantes.*
6 *Exempla quæſtionum ad alias artes, ac diſciplinas pertinentium.*
7 *Artium affinitas & coniunctio.*
8 *Scæuolæ prudentia.*
9 *Iuris ciuilis cum cæteris artibus communio.*
10 *Scæuolæ mos reſpondendi ad quæſtiones facti.*
11 *Scæuolæ reſponſorum exempla.*
12 *Senſus huius reſponſi.*
13 *Officium Iudicis à Iuriſconſulti officio differt.*
14 *Conditionis implendæ facultas, an ad hæredem tranſeat.*
15 *Confutata vulgaris opinio.*
16 *Obiectorum diſſolutio.*
17 *Iuriſconſultorum ſecta, vt philoſophorum.*

AGerius filiusfamilias, ſeruo Publij Mæuij ſtipulanti, ſpopondit, ſe daturum quicquid patrem ſuum Publio Mæuio debere conſtitiſſet. Quæſitum eſt patre defuncto antequam conſtitiſſet, quid, quantúmque, deberet: an ſi aduerſus hæredem eius actum fuiſſet, aliúmve ſucceſſorem, & de debito cõſtitiſſet, Agerius teneatur? Reſpondit, Si conditio non extitiſſet, ſtipulationem non eſſe commiſſam.

QVINTVS Ceruidius Scæuola (qui imperãte primum M. Antonino, deinde Commodo eius filio vixit) inter corypheos Iureconſultorum numeratur ab Herennio Modeſtino, in libro de excuſationibus tutorum: nec id quidem immerito. Nam iudicio, & prudentia cæteris Iureconſultis (quorum ſcripta ad nos peruenerunt) haud dubiè præſtitit, vt ex eius reſponſis perſpicuum eſt. Itaque Theodoſius prudentiſſimum omnium Iureconſultorum appellare eum non dubitauit lib. 4. C. Theodoſ. Sunt tamen, qui ſtultitiæ hominem arguant: reſponſa quædam eius à ſe nunquam intellecta damnantes, & ſuam mirabiliter inſcitiam prodentes, dum alienam falſo inſimulant. Vide Alciat. lib. Parerg. 4. cap. 1. Inter cætera vero reſponſa, propter quæ vir ſapientiſſimus, atque conſultiſſimus ab imperitis reprehenditur, hoc reſponſum, quod nunc interpretandum ſuſcepimus, recenſeri ſolet. Nec vllius adhuc ſcripta extant noſtrorum æqualium (vt quidem noſtra eſt opinio) ex quibus ad depellendam hanc calumniam arma ſatis idonea ſuppeditari queant. Quanquam enim multi ad huius loci explicationem multa comminiſcuntur, perabſurda tamen eſſe, & à mente, ſenſúque auctoris aliena, quęcunque vulgo de ea reſcripta ſunt, confirmare auſim. Itaque libenter feci, vt qui ſit meus de hoc Scæuolæ reſponſo celebratiſſimo ſenſus, nunc oſtenderem, & ad reliqua eiuſdem auctoris reſponſa intelligenda, in quibus explicandis ſimiliter peccatum eſt, veluti viam quandam munirem. In hac autem enarratione operæpretium me facturum cogitabam, ſi in magna varietate opinionum meam ſententiam protinus exponerem. Eſt enim eiuſmodi (ni vehementer ipſi fallimur) vt ea percepta, cæterorum, qui in hoc reſponſum ſcripſerunt, errata facile detegantur, & appareant. Nec ſanè mihi admodum placet mos in ſcholis receptus, recitandi quid de quaque re quiſque ſenſerit: ac ſtultitiæ plenum eſſe exiſtimo ſtultas ſententias (vt ait Ariſtoteles) accurate refellere. Duabus tamen de cauſis in explicando hoc reſponſo à confutandis aliorum opinionibus initiũ facere volui. Vna eſt, vt me non fruſtra hic laboraſſe, ſed res omnium iudicio valde obſcuras illuſtraſſe planum faciam. Altera, vt quoniam magna eſt diſſentientium auctoritas (quæ iuuenes incautos plerunque mouere ſolet) eam facilius eleuãre poſſimus. Qua in re agricolarum exemplum ſequimur, qui malas, noxiáſque herbas elidere, ac extirpare conſueuerunt, antequam bonum aliquod ſemen in terram immittant. Illud magnopere mihi cauendum eſſe duxi, ne multus in ea re eſſem, & vt inſigniores tantum ſentẽtias, idque quàm breuiſſime fieri poteſt, referrem.

2 Quatuor igitur præcipuæ opiniones circa huius loci interpretationem extant: quarum duas refert Accurſius, cæteras in aliorum ſcriptis offendimus. Prima eſt eorum, qui putant verbum *Conſtitiſſet*, apud Scæuolam ad præteritum tempus referri, atque ita hypotheſim fingunt, *Filiusfamilias velut fideiuſſor patris, promiſit, quicquid iam conſtiterat patrem debere, &c.* Ait Scæuola, ſtipulationem non eſſe commiſſam, ſi conditio non extiterit, id eſt, ſi ante ſtipulationem contractam non conſtitit de debito, licet poſtea conſtiterit: quia conditiones, quæ ad præteritum tempus referuntur, ſi

falſæ

falſæ ſint, ſtatim infirmant ſtipulationem. l. conditio. l. ſi ſtipulatus fuero. ſupra eo. l. cum ad præſens. de reb. cred. Verum ſi recte expendantur verba Scæuolæ, ita hanc quæſtionem tractat, quaſi patre adhuc viuo, poſt ſtipulationem contractam impleri poſſit conditio: de eóque tantum dubitatur, an patre mortuo cum eius hærede poſſit impleri. At ſi vera eſſet hæc opinio, ne viuo quidem patre, conditio exiſtere poſſet, poſt contractam ſcilicet ſtipulationem. Deinde ſi verum eſt quod aiunt, conditionem in præteritum tempus cõceptam eſſe, nulla fuit cauſa, cur Scæuola conditionaliter reſponderet. Mitto quod ſine probatione credi ſibi volunt, verbum *Conſtitiſſet*, ad præteritum tempus referri, cum incertum hoc ſit. Altera eſt opinio (quam vulgo Bartolus, & alij probant) vt verbum *Conſtitiſſet*, ad futurum tempus referatur: & ſecundum hanc opinionem ita fingitur ſpecies, *Agerius promiſerit, quicquid patrem ſuum debere poſtea apparuiſſet*, ſiue conſtitiſſet. Ideo autem non dicitur impleta conditio, quia mortuo patre non conſtat eum debere, ſed debuiſſe. Verum quod de futuro tempore dicunt, tam incertum eſt, quam quod de præterito ſuperioris ſententiæ auctores: quia verbum *Conſtitiſſet*, ambiguum eſt, vt poſtea dicemus. Præterea quod dicitur, patrem non debere, ſed debuiſſe, mera calumnia eſt, & aucupatio verborum, homine Iuriſprudente perquam indigna, cum præſertim hæres, & defunctus eadem perſona eſſe intelligatur. in auth. de iureiur. à morien. præſtito. Tertia opinio eſt Alciati, diſpunct. lib. i. cap. 13. quod cum hic quærit an poſtquam de debito patris ipſo mortuo conſtitit, filius teneatur: ſic accipienda eſt quæſtio, An teneatur non ſolum ad ſortem, ſed etiam ad omnes acceſſiones, & vſuras, quæ cucurrerant à tempore ſtipulationis contractæ, vſque ad tempus quo conſtitit de debito. Et reſpondet Scæuola, commiſſam eſſe ſtipulationem, ſi conditio non extiterit, id eſt, quatenus non extiterit. Nam quia filius promiſit ſub conditione, *ſi conſtiterit, &c.* antequam conſtiterit, non poteſt dici in mora fuiſſe. Itaque iniquum eſſet, eum ad vſuras eius temporis condemnari. Ad vſuras vero eius temporis, quod ſtipulationem anteceſſit, tenebitur. Sed quia nulla mentio eſt vſurarum, & nemo non videt, quantum hæc interpretatio à verbis Scæuolæ aliena ſit, non cõmittam, vt in refellenda, atque improbanda tempus fruſtra conteram. Et ſane miratus ſum ſæpenumero tã abſurdam opinionem, homini nec inepto, nec vulgariter erudito, vnquam in mentem venire potuiſſe. Sed verum eſt, quod Plinius alicubi ſcripſit. Neminem mortalium omnibus horis ſapere. Quarta opinio eſt Petri Stellæ doctoris in Aurelianenſi ſchola longè clariſſimi noſtro tempore, qui poſtea in Senatum Pariſienſem cooptatus eſt. Is cũ animaduerteret cæteros omnes, quorum ſententias recitauimus, nihil ſatis probabile adferre, cur Scæuola conditionaliter reſponderit, cenſuit conſultum eum fuiſſe ante tempus, quo cõſtitit de debito, & quæſitum fuiſſe ab eo, Si contigerit patrem decedere, & eo mortuo conſtare de debito, quid iuris ſit. Itaque Scæuolam ſub conditione reſpondiſſe, ſi conditio non extiterit, ſtipulationem non eſſe commiſſam. Quæ ſententia ſi vera eſt, ſatis aperte oſtendit his verbis Scæuola, hanc conditionem non minus cum hærede, quam cum defuncto impleri poſſe: qua de re infra copioſius diſſeremus. Tametſi autem nihil tam efficax ſit ad hanc ſententiam confutandam quàm reſponſi ipſius explanatio, quæ mox ſubiicietur, tamen fortiſſimo, & inexpugnabili argumento, quod ex verbis ipſis ducitur, eam conuellere poſſumus. Nam Scæuola hic reſpondet, *Commiſſam non eſſe ſtipulationẽ*, verbiſque præſentis temporis vtitur. At perſpicuum eſt, etiã ſi antequam de debito conſtitiſſet, conſultum fuiſſe intelligamus) verbis futuri temporis vſurum fuiſſe hoc modo, *Stipulationem committendam non eſſe, &c.* Hactenus opiniones recenſuimus eorum, qui de huius loci interpretatione aliquid memoriæ mandarunt. Supereſt pars inſtituti noſtri longè operoſiſſima, nempe reſponſi huius explicatio. Facilius enim eſt falſa conuincere, quàm vera inuenire.

3 Vt igitur ad rem veniamus, Animaduertendum eſt, veteres Iuriſconſultos ad quæſtiones tantum iuris, non etiam facti, reſpondere ſolitos fuiſſe: vt alias ſcripſimus in diſputationibus anniuerſariis. lib. i. cap. 40. Quæſtionem autem iuris eſſe diximus, cum ſtatus cauſæ iuridicialis eſt: quæſtionem facti, cum eſt coniecturalis, & coniectura verum quæritur. Sed plerique non ſatis intelligentes, quemadmodum quæſtio facti hic accipiatur, nos illudere ſolent, quaſi de re omnino indubitata, & nemini non comperta, tam accuratè diſſeramus. Quis, inquiunt, dubitat, Iuriſconſultum facta diuinare non poſſe, & nihil reſpondere, niſi factum ei proponatur? Sed ab eis quæſierim, cur Aquilius Gallus Iuriſconſultus, cum de facto aliquid ab eo quæritur, conſultores ſuos remittit ad Ciceronem? Id enim Cicero ipſe teſtatur in Topicis. An Ariolus erat Cicero, vt diuinaret facilius quid quiſque feceret, quã Iureconſulti ſui temporis? minime verò. Quoties enim aliquid factum fuiſſe intendit actor, idque omnino inficiatur reus, nec aliquid probatur ab actore, nihil quæſtionis res habet, ſtatimque abſoluitur reus. l. qui accuſare. Cod. de edend. Proinde nec iuris, nec facti quæſtio proprie hic eſſe intelligitur. Quæſtio igitur facti proprie tunc dicitur eſſe, cum afferuntur coniecturæ, & argumenta ad fidem faciendam eius facti, quod in iudicium deductum eſt: & dubitatur an ſufficiat ea probatio, & an plane probatum ſit, necne. Et harum quæſtionum tractatio Oratorum magis eſt, quam Iureconſultorum. Inquirunt enim Oratores quid ante rem, quid in re, quid poſt rem factum ſit, & omnes circumſtantias negotij ita ſcrutantur, vt plerunque veritas inde eluceat. Exemplum huius rei luculentum eſt in iudicio illo capitali, cuius animaduerſionem ſanè grauem, ac ſeueram nudiuſtertius in hac vrbe vidiſtis. Delati erant duo equeſtris ordinis viri, pater & filius, ac in vincula coniecti, quod cædis in iudicem quempiam admiſſæ auctores, ac mandatores fuiſſe dicerentur. Tota quæſtio verſabatur in facto magis, quam in iure. Non enim quærebatur, qua pœna plectendi eſſẽt ij, quorum mandato cædes facta fuerat: ſed an eis mãdantibus cædes facta eſſet, necne: & afferebantur coniecturæ, ex quibus facti quæſtio naſcebatur. Itaque hæc quæſtio ad Iureconſultorum artem non pertinet, ſed prudentis, ac vſu periti iudicis arbitrio iudicanda relinquitur.

4 Obiiciet fortaſſe quiſpiam aliqua veterum Iureconſultorum reſponſa ad huiuſmodi quæſtiones in libris noſtris reperiri quaſi ad Iuriſprudentiam pertineant. Nec ſanè difficile eſt, huius rei exempla reperire, maxime in tractatu de legatis, qui multos titulos complectitur. Sed reſpondeo, tunc eos artis ſuæ fines excedere: ſicut & cum de morbis differunt in tractatu de Ædilitio edicto. Nec quidquam prohibet, eundem & Medici, & Iureconſulti munere fungi: modo id patientur Medici, nec finium regundorum formulam, iudiciũmque poſtulent.

5 Nam quæſtiones ferè, quæ ſub eo titulo agitantur à iuris auctoribus, magis ad medicinam ſpectant, quàm ad iuris ſcientiam. Sed eas retulerunt in libros ſuos Iureconſulti, vt non tantum iuris ciuilis, ſed aliarum etiam diſciplinarum peritos ſe eſſe oſtenderent. Itaque ex libris noſtris præter iuris ſcientiam, aliarum innumerabilium rerum cognitio hauriri poteſt, vt nõ

immerito Pandectæ hi libri appellati ſint, quod rerum omnium ſcientiam complectantur Scæuola quidem præ cæteris intra ſuæ artis cancellos ita ſe continet, vt quæſtionibus iuris contentus, ab aliis omnibus non ſolùm abſtineat, ſed etiam maximè abhorreat, vt exemplia demonſtrare, facile eſt. Quamobrem ſi de ædilitio edicto ſcripſiſſet Scæuola, nunquam eas de morbis quæſtiones tractaſſet, de quibus ſub eo titulo cæteri diſſeruerunt. De iure ſiquidem tantum reſpondiſſet hoc modo, *Redhibitorium eſſe eum, qui eo habitus eſt corporis, vt vſus eius reddatur deterior ad id, cuius cauſa natura nobis eius corporis ſanitatem dedit.* vel ita reſpondiſſet ſub conditione, ſicut eum hic feciſſe videmus, *Si talis ſit habitus corporis, vt vſus eius reddatur deterior, &c.* Hæc enim eſt morbi definitio, quam Vlpianus ex Sabino mutuatus eſt. l. 1. de ædil. edict. quamque Iureconſultu noſſe ſatis eſt, vt ad quæſtiones omnes, quæcunque de morbis proponuntur, reſpondeat. Iureconſulti namque non eſt, ſed medici potius, ſingulorum morborum vim cognoſcere, ac docere. Itaque Vlpianus cum quæreretur, An is, qui *ἀντιάδας* habet, vitioſus ſit, ita reſpondit, Si *ἀντιάδες ſunt, quas exiſtimo:* id eſt, *inueteratæ, & quæ iam diſcuti non poſſunt, faucium tumores: Qui ἀντιάδας habet, vitioſus eſt.* l. quæritur. de ædil. edict. Cum igitur hæc ita ſe habeãt, videntur profecto multa iis, qui ſcientiam iuris profitentur, detrahi poſſe, quæ nunc ſibi vt propria vindicant. De medicina ſatis perſpicuum iam exemplum adduximus.

6 Nec verò difficile eſt, multa huiuſmodi de aliis artibus reperire. Incidunt enim quæſtiones Philoſophicæ, veluti de partu hominis, &c. ad quas tractandas Hippocrates, & Ariſtoteles aduocari, & in conſilium adhiberi non immerito ſolent. l. ſeptimo menſe. de ſtatu homini. l. ſi pater. de ſolut. Incidunt & Theologicæ, vt cum de hæreſi, & falſa religione agitur Theologorum enim eſt magis, quam Iureconſultorum, videre quid conſentaneum religioni, quidque ei contrarium ſit. l. 1. C. de ſumma trinit. l. omni nouat. C. de ſacroſan. eccle. De ſignific. autem, ac proprietate verborum ſæpe quæri ſolet.

7 Nec dubium eſt, quin multa hic à Grammaticis mutuentur Iureconſulti, & communem loquendi vſum maximè ſpectent, qui Iureconſulto, quã alij vel indocto, & illeterato homini notior plerunque non eſt. l. Labeo. de ſupel. leg. Paulus ſane de penu diſputans: *Nomen* inquit, *penus mihi traditum eſt omnibus generibus dictum.* l. nam quod. de penu lega. Qui locus oſtendit, eum de quæſtione artis Grammaticæ nihil pronũtiare voluiſſe, ſed tantum referre quid à Grammaticis de ea re accepiſſet. Ad Rhetoricem. Dialecticémque pertinent quæſtiones facti, de quibus ante diximus. Ad Phyſicam, Geometriam, Arithmeticam Aſtronomiã ſpectant plurimæ quæſtiones, quæ in iudiciis crebrò accidunt. Exempli gratia, poſtquam Iureconſultus poſuit, *Soluto matrimonio dotis fructus diuidendos eſſe inter coniuges pro portione temporis, quo ſtetit matrimonium:* quę poſtea ſequitur ratio diuidendi, ac computandi, tota Mathematica eſt. l. fructus. ſolu. matr. Idémque in iudiciis familiæ erciſcundæ ſæpenumero contingit. Sunt & alia quædam exempla huius rei, quæ nos breuiter hic ſubiiciemus. Alcibiades olim Athenis impietatis reus poſtulatus fuit, quod ſtatuas quaſdam Mercurii noctu confregiſſet. Verum quia illunis fuiſſe ea nox dicebatur, propter nouilunium, fides habita indicibus non eſt, auctore Plutarcho. Id autem ex Aſtronomis compertum erat, tametſi teſtes nulli forte obſcuram fuiſſe noctem pro teſtimonio dicerent. In vulgaribus quoque ſcholaſticorum interpretum commentariis ſpecies recitatur, quàm relatu non indignam exiſtimaui. Quidam aliquot dolia apud vicinum depoſuit, ac ex induſtria vnum repleuit oleo, alia verò ſemiplena reliquit. Cum repeterentur dolia, dicebatur depoſitarius oleum furatus eſſe. Aduocatus eius vnde petebatur, oleum è vaſis extrahi poſtulabat à iudice, ſic fore dicens, vt ex quantite fæcis in ſingulis repertę facile iudicetur, quãtum olei in vnoquoq; fuerit. Id enim Phyſica ratione deprehendi poſſe vir in philoſophia verſatus forte videbat ꝙ ex iuris auctorib. nõ potuerat ediſcere. Addam ex Vitruuio aliud exẽplum, quo nullũ in hoc genere inſignius extat, idq; eius verbis referam. Vitruuij locus c. 3. l. 9. Hiero Syracuſis auctus Regia poteſtate rebus bene geſtis, cũ aureum coronam votiuam Diis immortalibus in quodam fano conſtituiſſet ponendam, immani pretio locauit faciẽdam, & aurum ad ſacoma appendit redemptori. Is ad tempus opus manufactum ſubtiliter regi approbauit, & ad ſacoma pondus coronæ viſus eſt præſtitiſſe. Poſteaquam iudiciũ eſt factum, dempto auro, tantundem argenti in id coronarium opus admiſtum eſſe: indignatus Hiero ſe cõtemptum, neq; inueniẽs qua ratione id furtum deprehẽderet, rogauit Archimedem, vti in ſe ſumeret ſibi de eo cogitationem. Tunc is, cũ haberet eius rei curam, caſu venit in balneum, ibiq; cum in ſolium deſcenderet, animaduertit quantum corporis ſui in eo inſideret, tantum aquę extra ſoliũ effluere. Itaq; cum eius rei rationẽ explicationis offendiſſet, nõ eſt moratus, ſed exiluit gaudio motus de ſolio, & nudus vadẽs domũ verſus, ſignificabat, clara voce inueniſ ſe ꝙ quęreret. Nam currẽs identidẽ Gręce clamabat, εὕρηκα εὕρηκα. Tum vero ex eo inuentionis ingreſſu duas dicitur feciſſe maſſas æquo pondere, quo etiam fuerat corona vnã ex auro, alteram ex argẽto. Cũ ita feciſſet, vas amplũ ad ſumma labra impleuit aqua, in quo demiſit argenteam maſſam. Cuius quanta magnitudo in vaſe depreſſa eſt, tãtũ aquæ effluxit. Ita exempta maſſa, quanta minus factũ fuerat, refudit ſextario menſus, vt eodem modo, quo prius fuerat, ad labra æquaretur. Ita ex eo inuenit, quantum ad certũ põdus argenti certa aquæ menſura reſponderet. Cũ id expertus eſſet, tũ aureã maſſam ſimiliter pleno vaſe demiſit, & ea exẽpta, eadẽ ratione menſura addita inuenit ex aqua nõ tãtum defluxiſſe, ſed tantũ minus, quantũ minus magno corpore eodem põdere auri maſſa eſſet, quam argenti. Poſtea vero repleto vaſe in eadẽ aqua ipſa corona demiſſa inuenit plus aquæ defluxiſſe in coronã, quã in aureã eodẽ põdere maſſam, & ita ex eo, ꝙ plus defluxerat aquæ in corona, quã in maſſa, ratiocinatus deprehendit in auro miſtionẽ, & manifeſtũ furtũ redẽptoris. Sed & de reb. ruſticis interdũ agitãtur quęſtiones, vt cũ quæritur, an apta inſũdo lapicidina, fundus fructuoſior an deterior fiat. l. fructus. §. ſi vir. ſol. matri. l. vlt. de fundo dot. De quibus rebus Iuriſconſultus cum iudicat, non tam Iuriſconſulti, quàm boni agricolæ, aut patrisfamilias partibus fungitur. Sed quid in re tam aperta diutius immoror? Tanta certe eſt affinitas artium, vt alię ſemper ab aliis aliquid mutuentur. Verum quid cuiuſque proprium, quidve aliũde accerſitum ſit, noſſe vtile eſt, eiuſque rei ignoratio multa plerunque incommoda parit. His igitur exemplis admonemur latius patere iudicia officium, quàm Iureconſulti. Nam iudicis eſt, omnia ſcrutari & inquirere, quæ ad rem iudicandam ſunt neceſſaria, ſiue ad iuriſprudentiam, ſiue ad artem quamuis aliam pertineant, & modo Iuriſperitos, modo aliarum artium profeſſores eruditos de rebus dubiis conſulere. Quiſquis autem ſolo Iuriſconſulti nomine contentus eſt, nihil opus eſt eas admodum curet, quæ in facto conſiſtunt, quam in iure, & aliarum artium propria ſunt. Id, quod à Scæuola factum fuiſſe, & à quibuſdam aliis veteribus Iuriſconſultis ante docuimos. Sed quia diſciplinæ omnes coniũctionem quandam, communionémque habent, multa ex aliis diſciplinis admiſta ſunt iuris ciuilis ſcientię, ab iis, qui li-

Digitized by Google

bros, quibus ciuile ius cõtinetur, ediderunt. Vnde mirum non eſt, cur Vlpianus iuriſprudentiam rerum diuinarum, humanarũmq; notitiam eſſe dicat. l. iuſtitia. de iuſtit. & iure. Ac tales quondam fuerunt ij, de quibus loquitur Cicero, lib. 3. de Orat. quos Sapientes magis, quàm Iuriſcõſultos appellare licet. Equidẽ (inquit) ſæpe hoc audiui de patre, & de ſocero meo, noſtros quoque homines, qui excellere ſapientiæ gloria vellent, omnia, quæ quidem tum hæc ciuitas noſſet, ſolitos eſſe complecti. Meminerant illi Sex. Ælium, Marcum vero Manlium nos etiam vidimus tranſuerſo ambulantem foro: quod erat inſigne eum, qui faceret, facere ciuibus omnibus conſilij ſui copiam: ad quos olim & ita ambulantes, & in ſolio ſedentes domi, ſic adibatur, non ſolum vt de iure ciuili ad eos, verum etiam de filia collocãda, de fundo emendo, de agro colẽdo, de omni deniq; aut officio, aut negotio referretur. Hæc fuit publij Craſſi illius veteris, hæc T. Coruncani, hæc proaui generis mei Scipionis prudẽtiſſimi hominis ſapientia, qui omnes pontifices maximi fuerunt, vt ad eos de omnibus diuinis atque humanis rebus referretur. Iidemque & in Senatu, & apud populum, & in cauſis amicorum, & domi, & militiæ conſilium ſuum, fidẽmq; præſtabãt. Quid enim Marco Catoni, præter hãc politiſſimam doctrinam trãſmarinam atq; aduẽtitiam defuit? Num quia ius ciuile didicerat, cauſas nõ dicebat? Aut quia poterat dicere, iuris ſcientiam negligebat? At vt vtroque in genere & laborauit, & præſtitit. Num propter hanc ex priuatorum negotiis collectã gratiã tardior in Repub. capeſſẽda fuit? Nemo apud populũ fortior: nemo melior ſenator, idẽmq; facile optimus Imperator. Deniq; nihil in hac ciuitate temporibus illis ſciri, diſcive potuit, quod ille nõ cum inueſtigarit & ſciuerit, tum etiã conſcripſerit.

Horum fortaſſis exemplum magis, quam Scæuolæ noſtri, quidam ſibi imitandum eſſe ſtatuent, nihil pulchrius, aut magnificentius ducentes, quam artis, in qua verſentur, fines extendere, ac veluti pomœria quodam modo proferre. Verum iuris ciuilis ea eſt vbertas, & amplitudo, vt vix quiſquã in eo excellere poſſe videatur, qui non ſe ei totũ dediderit. Conquerebatur Cicero, tempore ſuo neminem vniuerſi iuris ſcientiam tenere, & pontificium ius, quod coniunctum erat, omnino negligi. Tam late etenim diffuſum erat ius, vt vniuerſum ediſcere ſe poſſe nemo non fortè deſperaret. Idem in oratione pro Cornelio Balbo ita ſcribit, Si Q. Scæuola ille Augur, cum de iure prædiatorio conſuleretur, homo Iuriſperitiſſimus, conſultores ſuos nonnunquam ad Furium, & Caſtellium prædiatores reiiciebat, ſic nos de aqua noſtra Tuſculana M. Tugionem potius, quàm C. Aquilium conſulebamus, quod aſſiduus vſus vni rei deditus, & ingenium, & artẽ ſępe vincit. Quis dubitet de fœderibus, & de toto iure pacis, & belli omnibus iuriſperitiſſimis imperatores noſtros anteferre? Noſtro tempore ex iis, qui ſe Iurecõſultos profitentur, pauci admodum ius põtificium attingunt. Sunt etiam qui in aliqua iuris ciuilis parte ſibi præ ceteris laborandum eſſe exiſtiment: idque medicorum exemplo, quorum alij morbis, alij vulneribus, alij oculis, aut alteri corporis parti medentur. Memini (cum adhuc adoleſcens, ac pene puer Toloſæ iuris doctoribus operam darem) vetulum quendam cauſidicum me videre, qui in iuris ſtudio ita exercitatus vulgo ferebatur, vt eam iuris partẽ, quæ de ſubſtitutionibus eſt, vnus omnium optimè calleret, & nodos omnes facilius, & expeditius multo, quam quiſquam alius, diſſolueret: ſed idem reliqui iuris ignarus, & rudis habebatur. Eſt ergo ius noſtrum huiuſmodi, vt vniuerſum noſſe, in eoq; excellere paucis datũ ſit. Nec poteſt tam anguſtis finibus concludi, quin propter magnitudinem rerum, & copiam multum operis habeat ac difficultatis. 8. Proinde mihi valde probatur inſtitutum Scæuolæ, qui Iuriſprudentiam ſuam ita complexus eſt, vt ſe ab ea res alienas auelli nũquam ſineret, & ſuæ cuique artis profeſſionem intactam, illibatámq; ſe relinqueret. Ac fortaſſis ob eam cauſam Theodoſius prudentiſſimum Iureconſultorum hunc Scæuolam appellat, libro 4. Cod. Theodoſ. tit. de teſtam. & codic. Alij quidam acuminis nomine plurimum commendationis habuerunt. l. cum acutiſſimi. C. de fideicommiſſ. Sed nulla maior laus, quàm prudentiæ, Iureconſulto præſertim tribui poſſe, mihi videtur. 9. Nec vero hæc ego dico, quòd nõ intelligam, ſicut omnes artes commune quoddam vinculum habent, & quaſi cognatione quadam inter ſe continentur: ita ius ciuile abſque aliarum artium præſidiis, nec intelligi rectè, nec tractari fœliciter poſſe. Verum qui ex aliis artibus tantum aſſumpſerunt, quantum ad iuris ciuilis cognitionem neceſſe eſt, tametſi aliarũ artium ope adiuti longè dexterius, atq; dignius tractent ius ciuile: eos tamẽ cenſeo rectius, modeſtiúſque facturos, ſi de iis rebus, quæ aliarum artium propriæ ſunt, ſibi iudicium temere non arrogent: ſed iis deferant, potius qui illis artibus addicti, & conſecrati vſum non mediocrem earum, peritiamque ſibi comparauerunt. Sic Cicero ad Aquilium, Aquilius ad Ciceronem conſultores dimittere conſueuerat. Nam etſi Aquilius tantum in eloquentia, & arte dicendi profeciſſet, quantum ad ius ciuile tuendum opus eſſe exiſtimabat, & Cicero eam iuris cognitionem haberet, quæ Oratori erat neceſſaria: nec tamen ſe Iuriſconſultum hic profitebatur, nec ille Oratorem, ſed arte vterque ſua contentus, ab aliena facile abſtinebat. 10. Sed vt ad Scæuolam noſtrum reuertamur, triplicem modum reſpondendi ad quęſtiones facti, quę proponebantur, in ipſius reſponſis obſeruauimus. Interdum enim ait de iure non quęri, aut (quod idem eſt) quęſtionem ad ius non pertinere, his verbis ſignificans ſe nolle ad quęſtionem propoſitam reſpondere. Aliquando reſpondet de iure, ſed adiecta conditione, *quæ ad factum, quod incertum eſt, reſpiciat.* Ad quem reſpondendi morem perquam feſtiue alluſiſſe videtur Caſtellius Iureconſultus apud Macrobium, lib. Satur. 2. c. 6. Nam cum lapidatus à populo Vatinius gladiatorium munus ederet, obtinuit vt ædiles edicerent, ne quis in arenam, niſi pomum mitteret. Quo tempore Caſtellius conſultus à quodam, an nux pinea pomum eſſet? reſpondit, *Si in Vatinium miſſurus es, pomum eſt.* Sæpiſſime verò addit reſponſo ſuo hæc verba, *Secundum ea, quæ proponuntur.* Idque maxime cum obſcurum non eſt, quid verbis ſignificetur, ſed tamẽ quid actum ſit, adhuc quęri poteſt. Et quia hoc poſtremum genus paſſim occurrit legentibus, primi tantum ac ſecũdi generis exempla ex variis iuris ciuilis locis collecta hic adſcripſimus. 11. Primum exemplum eſt in c. 93. tit. de leg. 3. l. Lucius. §. collegio. de leg. 3. *Quidam legauit collegio fabrorum fundum cum ſyluis, quæ ei cedere ſolent, vt in primus maximíſque eſt, &c.* Quærebatur an fœnum, pabulum, palea, granaria, & alia id genus debeantur? Reſpondet Scæuola, *Non rectè peti, quod legatum non eſt.* Quid autem legatum ſit, non reſpondet, quod hanc facti quæſtionem ad iuris ciuilis ſcientiam non pertinere intelligat. Aliud exemplum eſt eiuſdem, cap. 7. tit. de inſtrum. leg. l. taberna. de inſtrum. leg. *Quidam legauit tabernam & cœnaculum, cum mercibus & inſtrumentis, & ſuppellectile, quæ ibi eſſet: deinde exuſtum eſt cœnaculum, & poſt biennium eodem loco cõſtitutum nouum, quæritur an cœnaculum debeatur? videtur enim mutata voluntas eſſe, &c.* Et reſpondet Scæuola, *Ea, in quibus voluntas mutata eſſet, non deberi:* non definiendo an voluntas mutata ſit, necne. ſic de iure

reſpondens, à quæſtione facti & voluntatis omnino abſtinet. Aliud exemplum eiuſdem, c. 20. tit. de inſtru. leg. l. Seiæ §. vlt. de inſtru. leg. *Quidam legat domum, vti etiam poſſedit quæritur, an cum mancipiis, pecoribus inſtrumentoque ruſtico debeantur, quia obſcura eſt voluntas, & incertum eſt quid legauerit?* Reſpondet Scæuola, *Non de iure quæri.* Si quis forte importunius inſtitiſſet, volens ab eo reſponſum aliquod exprimere, potuiſſet ita reſpõdere, *Quicquid apparuerit teſtatorem voluiſſe legato accedere, id tantum deberi.* Aliud exemplum eſt eiuſdem, c. 29. tit. de probat. l. Imperatores. de probat. *Mulier grauida à marito repudiata, enixa filium abſente marito, vt ſpuriũ in actis profeſſa eſt. Quæſitum eſt, an is filius iuſtus ac legitimus habendus ſit.* Reſpondet Scæuola, *Veritati locum ſuperfore*, id eſt, *inquirendam eſſe veritatem ab iis, quorum id munus eſt, etc.* Aliud exemplum eſt eiuſdem, c. 29. tit. de pact. dot. l. cum maritus. §. Titius. de pact. dot. *Titius mulieris nomine dotem dedit, & ſtipulatus eſt in caſum mortis, & diuortij: diuortio ſecuto, non repetita dote, mulier ex voluntate eius redintegrauit matrimonium. Quæſitum eſt, an ex ſtipulatu dotem repetere poſſit? pendétque hinc ea quæſtio: An Titius videatur conſenſiſſe, vt ea pecunia dotis fieret inſtaurato matrimonio?* Et Reſpondet Scæuola *Titium ſi conſenſiſſet, vt ea quantitas quam ex ſtipulatu conſequi poterat, dotis reconciliato matrimonio fieret, poſſe pacti exceptione ſummoueri.* Cum enim hic quæſtio facti, ac voluntatis ſit, de iure reſpondere ſatis habet adiecta conditione, Si de voluntate conſtiterit. Aliud exemplum eſt eiuſdem inſigne profectò ac memorabile, c. 108. tit. de cond. & demonſt. l. à teſtatore. de cond. & demonſt. *Quidam rogatus eſt, vt Titiæ hæreditatem reſtituat, acceptis ab ea centum nummis, ea deceſſit antequam daret centum. Quæſitum eſt an hæres eius offerendo cẽtũ fideicommiſſum conſequi poſſit?* Scæuola reſpondet, *Hæredem conditioni parere non poſſe.* Claudius autem, qui notas ſcripſit in Scæuolam *Magno (inquit) ingenio reſpondit Scæuola de iure aperto: cum poſſet dubitari, an in propoſito conditio eſſet.* Poterat enim Scæuola fortaſſis videri ad quæſtionem facti contra morem ſuum reſpondere. Quæſtio namque facti eſt, an teſtator ablatiuis abſolutis vſus conditionem adſcribere voluerit. Sed eum aliter ſenſiſſe Claudius ait & oſtendit, Scæuolam magno virum ingenio fuiſſe, nec tam ſtupidum, vt de facto, quod incertum erat reſponderet, ſed de iure tantum aperto. Nam ius apertum eſt, *Legata aut fideicommiſſa conditionalia ad hæredem non tranſire.* Alciatus exiſtimauit *εἰρωνικῶς* Claudium loqui, & Scæuolam irridere, quod de iure controuerſo tanquam de aperto iure, ac certo reſponderit. lib. 4. *παρεργ.* c. 1. Sed quantopere fallatur, ſatis perſpicuum ex iã dictis manifeſtúmque eſt. Aliud eſt exemplum eiuſdẽ Scæuolæ in hoc reſponſo, cuius explicandi gratia, ſuperiora exempla adduximus: quod ſatis intelligeremus, nullam eſſe rationem commodiorem locos iuris obſcuriores declarando, quàm ipſorum inter ſe locorum collatione. 12. Verus igitur ſenſus huius reſponſi hic eſt, ita ſtipulatio concepta eſt, *Ageri, promittis mihi dare quicquid patrẽ tuũ debere cõſtiterit?* Deinde in tabulis, ſeu cautione ita ſcriptum eſt: *Agerius promiſit quicquid patrem ſuum debere conſtitiſſet.* Quæſitum eſt patre mortuo, antequam conſtitiſſet, an committeretur ſtipulatio. Hæc quæſtio facti eſt, nec conſtat ex verbis ſtipulationis, quid actum ſit inter ſtipulatorem & promiſſorem. Verba enim ſtipulationis, tam ad præteritũ, quàm ad futurum tempus referri poſſunt. Itaque Scæuola hanc quæſtionem ad Iuriſprudentiam minimè pertinere exiſtimans, de iure tantum reſpondet, *Si conditio non extiterit ſtipulationem commiſſam non eſſe.* An extiterit conditio necne, quia facti quæſtio eſt, & pendet ex voluntate contrahentium, non reſpondet: ſed boni prudentiſque iudicis arbitrio id iudicandum relinquit. Annotant quidem ex hoc reſponſo, facultatẽ implendi conditionem ad hæredẽ non tranſire. Quod tamen hic non definit Scæuola, ſed regulam hanc generalem tradit *Conditionem non exiſtente: ſtipulationem conditionalem non committi*: idque verum, & indubitatũ eſt. Si verbis claris, & apertis concepta fuiſſet ſtipulatio, vt dubium non eſſet, quin verba futurum tempus ſignificarent, adhuc quæri poterat, an ea tranſiret ad hæredem, & ad eandem quæſtionem fortaſſe reſpondiſſet Scæuola, quam & nos inferius tractaturi ſumus. 13. Verum quæſierit aliquis, Si hæc quæſtio incidat in iudicium, quodnam iudicis officium eſſe debeat? Nam licet Iuriſconſulti quæſtiones tantum iuris tractent, non etiam facti, tamen officium iudicis ad vtraſque pertinet. l. quem temere. de iudic. Nec ferendus eſt iudex ita pronũciãs, *Vt Scæuola hic reſpondet.* Iudicis igitur eſt ante omnia inſpicere, num ex coniecturis poſſit apparere, quid inter contrahentes actum ſit. Si conſtet quid actum ſit, diſtinguendum eſt. Nam ſi ad præteritum tempus relatam eſſe conditionem appareat, contra ſtipulatorem pronunciabit: ſi ad futurum, contra promiſſorem: quia verius eſt implementum conditionis ad hæredem tranſire, vt mox docebimus. Si non conſtet quid actum ſit, interpretatio fiet contra ſtipulatorem. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſupra. Eſt enim agentis probare, l. 2. de prob. nec probatio dici poteſt, quæ clara certáque non ſit. l. matrem. C. de probat. Ac fortaſſe in huiuſmodi ſpecie non male reſponderetur à Iuriſconſulto quopiam ſecundum ea, quæ proponuntur, ſtipulationem commiſſam non eſſe: modo vt pro certo iure accipiamus, quod iam dictum eſt, obſcuritatem ſtipulationis ſtipulatori nocere. 14. Nunc videndum eſt, an verum id ſit, quod vulgò aiunt, Facultatem implendi conditionem ad hæredem non tranſire. Eſt enim id cognitu admodum vtile, nec omnino *ἀπροσδιόνυσον* quamuis ex hoc reſponſo non rectè colligitur, vt iam admonuimus. Eſt autem quæſtio iuris controuerſi, & nodus admodum difficilis, in quo explicando in primis animaduertendum eſt, Inter omnes conuenire, conditionum earum, quæ ex caſu, & euentu tantum pendent, implementum ad hæredem tranſire. l. ſi quis, ſi Titius. hoc tit. Sic enim interpretantur quod Iuſtinianus ait, tit. de verb. obligat. lib. Inſtitut. 3. §. ſi ex conditionali. *Ex conditionali ſtipulatione tantum ſpes eſt debitum iri, eámque ipſam ſpem in hæredem tranſmittimus, ſi prius quàm conditio extet, mors nobis contigerit.* De conditionibus, quæ ex poteſtate noſtra pendent, adhuc eſt controuerſia. Nam eas conditiones ad hæredem non tranſire plerique cenſent, nec ratione, nec auctoritate carentes, qua ſuam tueãtur opinionem Primùm enim aiunt, conditionum hanc eſſe naturam, vt à forma ipſa, quæ expreſſa eſt, & conceptione verborum non recedatur. Vnde iuſſus dare ſeruo alieno hæredi inſtituto, cauſa conditionis implendæ ipſi ſeruo, non etiam domino dare debet, ne à forma expreſſa recedatur, licet domino acquiratur pecunia, vt Paulus ait, c. 43 de condit. & demonſtrat. l. qui hæredi. de condit. & demonſtrat. Item iuſſus dare ei, cum quo teſtamenti factio non eſt, tradere debet pecuniã, licet nullius effectus eſſe videatur ea traditio, nec dominium in accipientem transferatur. Atque ita Priſcus Iabolenus ſcribit, cap. 53. de condit. & demonſtra. l. ſi quis legata. de condit. & demonſtrat. Cui conſequens eſt, ſi conditio in dando, aut faciendo concepta ſit, cuiuſmodi ſunt eæ, quæ ex poteſtate noſtra pendent, & arbitrariæ dicuntur, per hæredem aut cum hærede impleri non poſſe: quoniam id contra

verborum

verborum conceptionem, quibus certa perſona expreſſa eſt, fieret. Alterum argumentum ſumitur ex Vlpiano, c. 48. huius tit. ſupra. cuius hæc verbe ſunt: *Si decem cum petiero dari fuero ſtipulatus, admonitionem magis quandam quo celerius reddantur, & quaſi ſine mora, quàm conditionem habet ſtipulatio. Et ideo licet deceſſero priuſquam petiero, non videtur defeciſſe.* Quibus verbis oſtendit Vlpia. ſi conditionaliter concipiatur ſtipulatio, hoc modo, puta, Decem ſi petiero, dabis: mortuo ſtipulatore ante petitionem, omnino conditionem deficere. Tertium argumentum eſt ex Iuliano, c. 16. tit. de fideiuſſ. vbi ait, *Si fideiuſſor hoc modo acceptus ſit, Si reus quadraginta (quæ ei credidi) non ſoluerit, fide tua eſſe iubes, mortuo reo fideiuſſorem obligatum eſſe: quia verum ſit, reum non ſoluiſſe.* Ex quo colligitur rei principalis hæredem huic conditioni parere non poſſe. Quertum argumentum ducitur ex c. 3. tit. de collat. bon. vbi dicitur, *Emancipatum filium, ante decedentem, quàm caueret de collatione bonorum, hæredi ſuo nihil relinquere poſſe.* Si intelligamus prætorem emancipato bonorum poſſeſſionẽ promittere ſub conditione ſi cauerit. Nam tali conditioni hæres parere non poteſt, ſed neceſſe eſt, vt per emancipatum ipſum impleatur. 15. Hæc fere ſunt, quæ pro ea opinione, quam recitauimus, tuenda adduci ſolent, probabilia quidem ac ſpecioſe, ſed non tanti apud me ponderis, vt eam ſequi in animum inducam. Verius enim eſſe arbitror, eas quoque conditiones, quæ ex poteſtate noſtra pendent, ad hæredem tranſire. Nec verba Iuſtiniani, *Eámque ipſam ſpem in hæredem tranſmittimus*, abſque cauillatione intelligi poſſunt de conditione caſuali, cum is generaliter de conditionali ſtipulatione loquatur, d. §. ex conditionali. Inſtit. de verb. obl. Mouet me præterea Vlpiani auctoritas, c. 27. de recep. arb. *qui vſu receptam non eſſe Labeonis ſententiam ait, exiſtimantis, ſi arbiter aliquam pecuniam dare iuſſerit, & is deceſſerit antequam daret, pœnam cõmitti, licet hæres eius paratus ſit offerre.* l. diem. de recep. arb. Adde quod regula iuris eſt, *Omnes ſtipulationes ad hæredem tranſire.* l. veteris. C. de contrah. & cõmit. *nec ſtipulationes cõditionales à puris diſtinguuntur.* Præterea certi iuris eſt, cõditiones, quæ in poteſtate noſtre ſunt, per aliũ noſtro nomine impleri poſſe, quod & Papinian⁹ ſcribit, l. vlt. de condit. inſtit. quanto magis per hæredem, qui in locum defuncti ſuccedit, & eadẽ perſona eſſe intelligitur? 16. Sed & pleraque apud iuris auctores exemple huiuſmodi repetiuntur, quæ nos breuitatis cauſa omittimus. l. ſi prædio. de in diem addic. l. neceſſario. de peric. & commo. rei vendit. l. 2. C. de pactis inter empt. nec aduerſatur noſtræ ſentẽtiæ, quod de forma & cõceptione conditionum diligenter obſeruanda ex Paulo, Iabolenóque nobis obiicitur. Id enim verùm eſt, ſi verbis contrarie non ſit voluntas. In conditionibus ſiquidem, auctore Vlpiano, primum locum voluntas obtinet, eáque regit conditiones. l. in conditionibus. de cond. & demonſt. Cuius rei exemplum eſt valde appoſitum in reſcripto Antonini, quod Codicis Iuſtiniani lib. 6. tit. de inſtit. & ſubſtit. c. 3. poſitum eſt in hæc verba; *Si mater vos ſub conditione emãcipationis hæredes inſtituit, & priuſquam voluntati defunctæ pareretur ſententiam pater meruit, vel aliter defunctus eſt, morte eius vel alio modo patria poteſtate liberati, ius adeundæ hæreditatis cum ſua cauſa quæſiſtis.* Nam ea ſpecie, ſi verba conditionis ſpectemus, non poterunt filij hæreditatem obtinere, deficiente ſcilicet conditione, ſub qua hæredes inſtituti ſunt. Sed ad voluntatem teſtatricis reſpexit Antoninus, quæ conditionem emancipationis adſcripſit hæredum inſtitutioni, vt non patri, in cuius erant poteſtate, ſed ipſis potius hæreditas acquireretur. Nihil autem refert, an morte, an emancipatione filij patria poteſtate liberentur, vt hæreditatem ſibi acquirant. Alia ratio eſt in iis exemplis, quæ ex Paulo & Iaboleno citantur, ac in vtraq. ſpecie plurimum intereſt quid fiat aut detur. Cum enim ſeruo alieno quis dare iubetur, quamuis pecunia data ſeruo non acquiratur, ſed domino, tamen ſeruo vtilius eſt eam accipere. vt quam, ceu peculium fortaſſis, tam diu retinebit, dum ipſi dominus eam ademerit. Et certo certius eſt, eos qui priſcis temporibus ſeruos alienos hæredes ſcribebent, ipſorum ſeruorum rationem habere, vt plurimum ſolitos fuiſſe magis, quam dominorum. Alioqui dominos ipſos inſtituere ipſis aliquãto faciliꝰ, atque commodius licebat. Nec me latet quicquid ſeruus acquirit, eum domino ſuo acquirere. Sed cum per ſeruum hæreditatem adipiſcitur dominus, quam alias conſecuturus non fuit, ſæpenumero fit, vt ſeruum liberalius accipiat, & ad maius peculium, vberiúſque ei relinquendum vehementius impellatur. Idem dicendum eſt, & cum quis pecuniam dare iubetur ei, cum quo teſtamẽti factio nõ eſt. l. Mæuius. de condit. & demonſtra. Etſi enim ea pecunia accipiẽtis non fiat, tamen nuda traditio poteſt ei vſui eſſe, vt ex ea interim ſe tueatur, ac viuat. Nec argumentum quidem ſecundum ex cap. 47. huius tit. ad infirmãdam noſtram ſententiam valet. Nos. n. hic loquimur de cõditionibus, quæ in dando, faciendóve conſiſtunt, quæque in noſtra ſunt poteſtate. Conditio autem hæc, *Si petiero*, & aliæ huiuſmodi, non tantum ex poteſtate noſtra, ſed etiam ex ſola voluntatis declaratione pendent. Atque ideo hæ ad hæredem non tranſeunt, quia is, qui ante mortem non petit, & voluntatem ſuam non declarat, ab omni obligatione videtur recedere. Alia cauſa eſt earum conditionum, quæ ex poteſtate quidem noſtra pendent, ſed non ex ſola voluntatis declaratione: quales ſunt hæ, *Si decem dederit, Si in Capitolium aſcenderit.* Fieri namque poteſt, vt ſine incommodo ſuo dare, aut facere quis non poſſit, cùm voluntatis declaratio nullum incommodum adferat. Caput 16. tit. de fideiuſſor. maius nobis exhibet negotium. Et facilè mihi perſuadeo. id ius ex veterũ Iuriſconſultorũ diſſenſionibus ortũ eſſe. 17. Sicut. n. Athenis philoſophorum, ita Romæ Iuriſconſultorum ſectæ variæ extiterunt, quorum auctores fuiſſe dicuntur Labeo, & Capito, vt ſcribit Põponius capite poſteriore, de orig. iur. Ac ne quis leuiter, ac temerè id à nobis dictũ ſuſpicetur, Vlpianus noſtram hanc coniecturam multum adiuuat, cap. 27. tit. de recept. arbitr. *Nec viimur, inquit, Labeonis ſententia, qui exiſtimauit, ſi arbiter aliquam pecuniam dare iuſſerit, & is deceſſerit antequam daret pœnam committi, licet hæres eius paratus ſit offerre.* Probabile enim eſt Iuliano, ſub titulo de fideiuſſoribus, (Nam in emendatioribus codicibus ille locus Iuliani nomine inſcribitur) Labeonis ſententiam placuiſſe, licet alterius ſectæ eſſet Vlpianus. Sed ſi rectè expendẽtur omnia, & ad æquitatis amuſſim exigantur, facilè apparebit vtrunque, rationem & æquitatem ſpectaſſe, quam ſolam ante oculos in his quæſtionibus tractandis nos habere oportet. Nam apud Vlpianum agitur de pœna vitande, ad quam ſubeundam durum eſſet hæredem cogere, qui pecuniam dare paratus eſt. Apud Iulianum verò non magno incommodo afficitur fideiuſſor, cum actio ei ſalua aduerſus hæredes rei principalis maneat. Cũ enim damnatur fideiuſſor τῷ δυνάμει, vt loquitur Vlpianus. reus ipſe damnatus intelligitur. l. aduerſus. de recept. arbitr. Caput 3. tituli de collatio. bonor. ne minimum quidem noſtræ opinioni refragatur: quia de hæreditatibus & bonorum poſſeſſionibus loquitur, quarum tranſmiſſio ad hæredes conditione impedit, ſicut & legatorum, fideicommiſſorúmve. l. à teſtatore. de condi. & demonſtrat. §. in nouiſſimo, Cod. de caduc. tollend. Sed aliud ius eſt in ſtipula-

Digitized by Google

tionibus conſtitutum, vt quiuis mediocriter in iure ciuili verſatus intelligit. Ex iam dictis colligere poſſumus, verum quidem eſſe, quod initio poſitum fuit, cõditiones, quæ in poteſtate noſtra ſunt, ad hæredem tranſire: ſed perpetuum tamen id non eſſe, nec ſine exceptione intelligendum. Quibus illud quoque addendum eſt, cum tale eſt factum, vt perſonæ cohæreat, nec promiſcuè à quouis impleri poſſit, tunc conditionis implementum ad hæredem non tranſire, veluti in Capitolium aſcendere, Liberalius ſtudiis imbui, Vxorem ducere, & cetera id genus innumeralia. §. ne autẽ. C. de caduc. toll. l. vlt. de cond. inſtit.

EIVSDEM IN EVNDEM TIT.

DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS, PARTITIO METHODICA.

Quod ſi ſtipulatio.

CAP. I.

STIPVLATIONEM, ex qua verborum obligatio naſcitur, l. 1. de oblig. & act. ita definit Pomponius, vt ſit verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, aliquid ſe daturum facturúmve id, quod interrogatus eſt, reſpondet, l. 5. §. ſtipulatio. hic. Cuius definitionis ſingula verba expendenda ſunt. In primis dicitur, *Conceptio*, vt intelligamus: licet hoc verbum pro interrogatione nonnũquam accipiatur, vt in rub. de duobus reis. Vnde ſtipulatio teſtium, vt Cic. in Quintiana. Tamen hoc in loco totam verborum complexionẽ quæ ex interrogatione & reſponſione conſtat, ſignificare. Dicta eſt autem ſtipulatio vel à ſtipe, id eſt, pecunia: in qua opinione eſt Marcus Varro lib. 4. de lingua Latina: vel à ſtipulo, id eſt firmo, vt Paulus in ſententiis, & Iuſtinianus ſcribunt §. 1. Inſtit. de verb. oblig. vel ἀπὸ τοῦ στύφειν quod firmare conſtringeréque ſignificat. Obligationum enim firmandarum gratia ſtipulationes inductas eſſe idem Paulus auctor eſt lib. 5. ſententiarum tit. 8. l. quicquid aſtringendæ. hic. & l. iuriſgentium. ſupra de pactis. §. quod fere. . Deinde dicitur in definitione, *Verborum*, quia licet in pleriſque aliis cõtractibus conſenſum quoquo modo ſignificare ſufficiat, l. ſi ſtipuler. §. vlt. hic. tamen in hoc ſtipulationis genere verbis exprimi debet: idque ita vt alter alterum exaudiat, l. 1. in prin. hic.

In l. primam, hæc notanda ſunt.

PRimum eſt, quod inter abſentes per nuncium aut per epiſtolam ſtipulatio non contrahitur, §. item verborum. Inſtit. de inutil. ſtip. l. 1. in princ. hic. l. 3. C. de contrahenda vel commit. ſtip. leg. 3. C. de inutil. ſtip. tametſi legitime contracta in epiſtolam ſeu cautionẽ probationis cauſa redigi queat, l. ea quę ſup. de donat. inter vir. & vx. Sed ſi inſtrumento ſcriptum ſit perſonas præſentes fuiſſe, idem vtique hic fiet, niſi forte rem non ita eſſe aliis probationibus conuicerit. l. optimam. Cod. de contrah. vel commit. ſtipul. Alterum eſt, quod mutus, ſurdus, infans, furioſus ſtipulationem contrahere non poſſunt. Sed de huiuſmodi perſonis poſtea diſputauimus opportunius. Tertium eſt, quod is, qui alio interrogante, verbis annuit, inutiliter ſtipulatur: quod vſque eo verum eſt, vt ne naturaliter quidem obligetur, l. 1. §. ſi quis ita. hic. At enim dixerit quiſpiam, ſub ea ſtipulatione quamuis inutili pactum quoddam contineri videtur, quod naturalem parit obligationem, l. ſi vnus. § vlt. ſup. de pact. Cui reſpondeo id verum eſſe, niſi contrahentes in hoc conſenſiſſe appareat, l. an inutilis de acceptil. & ibi vide Auguſtinũ lib. 1. emen. Præterea dicitur in diffinitione, *Is qui interrogatur*: quoniam ſtipulatio interrogatione & reſponſione, nedum verbis contrahitur, l. obligamur. ſup. tit. prox. §. Inſtit. de verb. oblig. Verum ſi in cautione ſiue inſtrumento promiſſionis inter pręſentes facta mentio reperiatur, præſumitur interrogationem præceſſiſſe, l. ſciendum. & l. Titius. §. 2. hic. l. 2. C. de contrah. & commit. ſtip. & §. ſi ſcriptum. de inutil. ſtipulat. Sunt tamen aliqui caſus, in quibus hac forma non ſeruata vtilitatis alicuius cauſa ſtipulationem contractam ius fingit, de quibus alibi, lege. ſi ita ſtipulatus. ſup. de operis liber. l. quamuis. §. ſi cum eſt. ſup. ad Velleia. l. 3. §. item ſciendum. ſup. l. ſi cui plus quàm per legem Falcidiam. l. 2. infra ad municipal. l. cum oſtendimus. §. fideiuſſores. de fideiuſſ. tuto. l. bis verbis. de adoptio. l. vnica, C. de rei vxor. act. l. 1. §. cum adiicitur. Item dicitur in definitione, *Daturum ſe facturúmve. &c.* idcirco hoc diximus, quia ſi quis aliũ quẽpiam daturum facturúmve promittat, inutilis eſt ſtipulatio iſta. §. 1. hic. Vnde tractatum eſt, ſi fuerit hoc modo concepta ſtipulatio, Dabis? Dabitur, inutilis ne ſit. Quod Barto. & ceteri fere interpretes cenſuerunt, ea Iuſtiniani conſtitutione moti, qua cautum eſt hoc verbo *Satiſfiet*, non recte pecuniam conſtitui, auth. ſi quando. C. de conſtit. de pecun. Ego vero Caſtellionei ſententiam magis probo, quod alia ſit cauſa ſtipulationis, quam conſtituti. Nam in ſtipulatione præcedit interrogatio, ſecundum quã intelligi debet reſponſio. §. pręterea Inſt. de inuti. l. ſi defenſor. §. qui interrogatur. de interrog. act. Itaq; promiſſore ἀνερωτώμενος reſpõdente, non vitiatur ſtipulatio, cum perſona ipſa, quæ in interrogatione, aut expreſſa, aut ſubintellecta eſt, in reſponſione repetita videatur. l. ſtipulatio iſta. §. ſicut. & §. ſi quis ita. hic. Huiúſque ſtipulationis exemplum eſt, quo & noſtra ſententia poteſt, confirmari apud Plautum in Pſeudolo, *Nullum periculum eſt, quod ſciam ſtipularier, vt concepiſti verba, Viginti minas dabis? Dabuntur. Hoc quidem actum eſt haud malè.* Poſtremo dicitur in definitione, *ad quod interrogatus eſt.* Quib. verbis oſtendit Pompon. ſi εἰς ἄλλο & ad interrogatum non reſpondeatur, ſtipulationem non valere, l. obligamur. ſupra tit. prox. Quod tamen ita accipiendũ non eſt, quaſi eiſdem verbis vterque contrahentium neceſſario vti debeat. vt enim congrua dicatur reſponſio,

ſufficit

ſufficit ſi ex vi verborum eadem vtriuſque mens & volũtas colligatur.l.omnes.C. de contrah.& committ. ſtipul.l.1.§.ſi quis ita.hic.& l.blanditus. C.de fideiuſſ. l.Pamphilo.§.propoſitum.de legat.3. Proinde diſcrepantia in rei aut perſonæ appellatione non nocent, l. quæ extrinſecus.& l.ſi ſub vna, hic. Vt ſi ſtipulanti denarios,aurei promittantur,eiuſdem quantitatis,inquit Vlpianus,d.l.quæ extrinſecus,id eſt, vt ego interpretor,æſtimationis,l.1.de contrah. emp. Vide Ariſto. lib.1. Polit.c.6. Notaui in commentario de in litem iurando. Sed nec ſuperuacaneus, & ad præſentem actum non pertinens ſermo quicquam officit ſtipulationi,d.l.quæ extrinſecus.l.teſtamentum. C.de teſta. & l. non ſolent. de reg.iur. Idem dicendum eſt, vt ſi in quocunq.idiomate ſit diuerſitas,quod tamen à contrahentibus intelligatur. Nam alioqui adhibendus erit interpres,qui ſi verus fuerit, vtiliter contractam ſtipulationem Vlp.ait,l.1.§.vlt.hic.An aũt ei ſoli fides habeatur,necne, indiſcuſſum omnino relinquit. Quare ex communibus iuris noſtri regulis hic quæſtioni reſpondendum eſſe non immeritò Cumanus cenſuit, l. iuriſiurandi.C.de teſt. & §. quod autem. in authen. de non alienan, aut permutan. reb. eccleſ. à quo tamen Bart.& ceteri vulgò diſſentiunt,arg.l.Theopompus.de dote prælег.Et hæc opinio hodie in iudiciis obtinuit, in quibus ſæpenumero actorum ſententiæ magis numerari,quàm ponderari ſolent. Diuerſitas autem,quæ ſtipulationem vitiat, vel ex re ipſa, vel ex ſtipulationum cauſis,id eſt,ex conditione,tempore, modo oriri poteſt,d.l.obligationum ferè,ſupra tit.proximo. De quibus ſingulis ſingulas hic regulas trademus.

Prima regula ſit: Si rem vnam ſtipulanti,alia promittatur inutilem eſſe.ſtipulationem conſtat,l.inter ſtipulantem.§.ſi Stichum.hic.§.ſi de alia.de inutil.ſtip. Inſtit. Vnde ſi ſtipulor decem,& tu viginti ſpondeas,vel contra,Iuſtinianus inutilem ſtipulationem eſſe ſimpliciter ait.§.præterea.de inutil.ſtip. Inſtit. At Vlpianus ex bono & ęquo addit exceptionem,dicens in ea ſumma,in qua conſenſum eſt,in decem ſcilicet,eam valere. Nam in maiore ſumma minor continetur, l.1.§. ſi ſtipulanti.hic. Sed & ſi diuerſam reſponſionem ſtatim acceptauerit ſtipulator, in totum valere ſtipulationem receptius eſt,l.1.§.cum adiicitur. Sanè cum ſtipulanti Stichum, Stichus & Pamphilus promittitur, vel è conuerſo: dubium non eſt quod ad Stichum attinet, vtilem eſſe ſtipulationem,cum in ea nihil inſit vitij. Nec Pamphili perſona facit quominus valeat, quæ in alia quàm Stichi ſtipulatione adiecta eſſe intelligitur,l.1.§.penul.l.inter ſtipulantem.§ item ſi ego. Secunda regula: Stipulanti ſub condititione, ſi purè reſpondeatur, aut contra, vitiatur ſtipulatio,l.1. §. ſi quis ſimpliciter. hic. & d.§. præterea. Idem exiſtimarunt quidam, etſi interrogatio & reſponſio diuerſas conditiones habeant,cum diuerſitas temporis noceat, vt mox dicemus. Conditionem eam à regula excipimus, quæ ineſt actui,tametſi expreſſa non eſſet,l. interdum. hic. leg.qui liberi.de vulga..& pupil.leg.non rectè.Cod.de fideiuſſor. Tertia regula: Temporis diuerſitas vltrò citróque adiecti infirmam reddit ſtipulationem, leg.ſi quis ſimpliciter. vt in Vlpiani exemplo, Dabis intra Calendas quintas? Dabo idibus. Quod ego ſic interpretor,vt de quinque diebus interrogatio,de idibus verò ſequentibus reſponſio accipiatur. Nam veteres in ſingulas Calendas fœnerari ſolitos fuiſſe, notius eſt, quàm vt probari debeat,l.centeſimis.hic. l. lecta. l. eius,ſupra ſi certum petatur. Tametſi ſi vulgus interpretum Calendas diem quintum ante Calendas interpretur. Hanc regulam aduerſus Pontanum intelligo, etiam ſi breuius temporis ſpacium reſponſio contineat. Veluti, Dabis idibus? Dabo Calendis. dicto §. præterea. Cuius opinio ſatis defendi poſſet,ſi ita ſtipulatio concepta proponeretur: *Promittis intra Idus? Promitto Calendis.* Nã cũ intra idus promittens,aliquo die ante idus promittere, intelligatur reſpõſio incongrua dici nõ poteſt,l.ſi ita fuerit.de manumiſ.teſt.l.qui ante.cum lege.præceden. Gellius lib.12.c.13. Ceterum, quæ tum de tẽpore, tum de conditione hic dicuntur, quia non tam æquitate,quam ſubtilitate quadam iuris niti videntur,exceptione Vlpiani à Iuſtiniano prætermiſſa, cuius ante meminimus, temperanda ſunt, niſi ſcilicet ſtipulatori diuerſitas reſponſionis illico placuerit, d.§. cum adiicitur. Quarta regula: Si duas res ſtipulanti ſub alternatione vna promittatur, vel contra, non valet ſtipulatio, lege.inter ſtipulantem. §. ſi ſtipulante.hic Nam qui ſtipulatur Stichum aut Pamphilum, vtrunque ſtipulari videtur ſub conditione, ſi alter datus non fuerit.leg.3. ſupra qui & à quibus manu. Itaque diuerſitas hic nocet, de qua in ſecunda regula diximus. Alia cauſa cauſa eſt ſummarum,quæ ſub alternatione in ſtipulationem deducuntur: minor tantum in obligatione eſt,d.§. ſi ſtipulante, l. ſi ſtipulatus fuero decem aut quindecim. hic. Hactenus de definitione ſtipulationis, quæ fortè non ſatis plena quibuſdam videbitur,quod interrogatio cum reſponſione non ſufficiat,niſi mox reſponſum ſit, l.1.§.1.hic. Verũ ego reſponſionem apud Pomponium cõgruam & legitimam intelligo, leg. obligamur ſupra titu. proximo,quaſi poſt longum temporis interuallum fiat,nec recta,nec legitima habenda eſt, leg.continuus. in princ. hic. Hunc enim contractum, qui ceterarum obligationum firmandarum cauſa introdus eſt, omni iuris ſolennitate numeriſque omnibus abſolutum eſſe placuit. Probabileque eſt ideo hanc formam à veteribus præſcriptam fuiſſe, quod interdum promiſſor oblitum ſe eſſe interrogationis,aut de ea non cogitaſſe cauſaretur: ideoque pactum magis quàm ſtipulationem contrahere voluiſſe, l. iuriſgentium.§. quod ferè. ſupr. de pact. quæ cauſa ſicubi ceſſare videatur, non continuò tamen aliter facta ſtipulatio valebit,arg.leg. 2.§.origo. ſupr. de poſtulan. Modicum verò temporis ſpacium intercedens non nocet.lege.1.§.1. lege. continuus.hic.l.duos.infra de duobus.reis. Quod Bartolus & vulgò ceteri de vno die intelligunt,dicta.leg.continuus.à quibus diſſentientes neoterici deflexiſſe videntur, vt inter iuris controuerſos locos hic annumerari queat. Alciat.libro primo paradox. cap.3. Adde ſupra dictis non longum modo temporis interuallum, ſed actum etiam negotio quod contrahitur contrarium, ab eóve alienum nocere ſtipulationi, dicta leg.1.§.2.d.leg.duos. §. vltim. d.leg.continuus. leg. cum antiquitas.Cod.de teſtam. Deinde inter ſtipulationem,pactum, conuentionem, pollicitationem, aliáque id genus quid interſit, tum ex aliorum commentariis, tum ex noſtris in tractatum de pactis diſcere licet.

De fine ſtipulationis.

Cap. II.

Explicata definitione ſtipulationis, finem ipſius primum, deinde ceteras cauſas inueſtigare oportet. Obligationum igitur firmandarum gratia ſtipulationes comparatas eſſe Paul. ſcribit, & nos ſupra admonuimus. Vnde fit, vt ſtipulatio quæ contrahitur ſine cauſa & ſuper alio velut principali negotio non interponitur, nullius momenti ſit, leg.prima §. circa. de doli excep. leg. 5.§. conuen-

Digitized by Google

tionales. hic. l. qui ſine. ſup. de condict. ſine cauſa. Receptum tamen eſt, ſi quid conditionaliter adiicietur promiſſioni, id pro cauſa habendum eſſe, leg. à Titio. hic. l. ſi quiacum debitore. ſupre de iureiur. idque generaliter probaudum eſt, ſiue in præſens, ſiue in præteritum tempus ſiue in futurum conferatur ea conditio. l. cum ad præſens. ſup. ſi cert. pet. Quod & in ea conditione locum habet, cuius euentua nullam vtilitatem adfert promiſſori, d. leg. cum ad præſens, d. l. à Titio. Cum enim exiſtente conditione voti compos fiat, nulla commodi aut incommodi eiua habetur ratio. §. hūc autem. de act. inſtit. l. vlt. ſup. de vſu & habi. Cuiuſmodi conditionis exemplum adfert Venuleius d. l. à Titio. Si quis in Capitolium aſcenderit, cuiua frequentiſſima eſt apud omnes iuria auctnrca contentio. Nam vt hoc veluti πάρεργον legitimo operi à nobis addatur, Capitolij Romani ſolum peraltum erat, adeo vt precaturi in eo, aut ſacrificaturi aſcendere cogerentur. Qua de re ex priſcis auctoribus quædam loca inter legendum aliquando obſeruauimus Taeitus lib. 14. *Exin læti Capitolium ſcandunt, Deóſque tandem venerantur.* Idem lib. 15. *Nec ſiſti poterant ſcandentes per coniuncta ædificia, quæ vt in multa pace in altum educta ſolum Capitolij æquabant.* Horatius Carminum lib. 3. ad finem Odæ 30. & vlt. *Vſque ego poſtera Creſcam laude recens dum Capitolium Scandet cum tacita virgine pontifex.* Plinius in Panegyrico: *Tibi aſcendenti de more Capitolium, ciuium clamor vt iam principi occurrit.* Idem in eodem lib. *Vbi verò cœpiſti Capitolium aſcēdere, quam læta omnibus adoptionibus tua recordatio.* Lampridius in Alexandro, *Capitolium ſeptimo die cum in vrbe eſſet aſcendit, templa frequentauit.* Et alibi: *Dimiſſo ſenatu Capitolium aſcendit, &c.* Quæri poteſt, ſi falſa ſit cauſa, quæ ſtipulatione expreſſe eſt, quid dicendum ſit. Et conſtat ſtipulationem hoc caſu ita demum valere, ſi non errauerit promiſſor. l. ſi diuortio. hic. l. pen. §. mulier. ſupra ſolutio. matr. Quod ſi turpia ſit cauſa, omnino inutilis eſt ſtipulatio. l. ſi plagij. hic. l. iuriſgentium. §. ſi ob maleficium. ſupra de pact. An autem eius ſtipulationis cauſe turpia ſit necne, qua patri pro emancipando filio promittitur pecunia, conſultua Venuleius, nullam eſſe turpitudinem reſpondit, leg. vtrum. hic. Porro ad id quod ſupra dictum eſt ſtipulationem obligationum firmandarum gratia inuentam eſſe, addendum eſt, hunc quoque ſtipularionia eſſe finem, vt vnuſquiſque per eam ſibi acquirat quod ſua intereſt. Et hinc colligitur regula: Alteri neminem ſtipulari poſſe, niſi ſua interſit, l. ſtipulatio iſta. §. alteri. & §. ſi ſtipuler. hic. §. alteri. Inſt. de inut. ſtip. Quo caſu ſtipulatori ipſi, nō alij cōpetit actio. leg. liber homo. §. vlt. hic. Intereſſe eutem accipimus, non ſi quoquo modo interſit, amicitiæ puta, propinquitatia, neceſſitudinis, eut denique humanitatis ratione. Sed ſi principaliter id de quo ſtipulamur, ed noſtrum commodum aut incommodum reſpiciat, l. fideiuſſoris. ſupra de pactis. l. ſeruus ea lege. de ſeruis export. l. 3. ſed ſi forte, inf. iudic. ſolui. Nā litiū minuendarū cauſa, quæ plurimò reipublicæ officinnt, vt alibi diximus, exiſtimauerūt vetares ob alienū magia quā propriū cōmodū alicuius, non temere ei actionē eſſe dandā. Notaui in l. 1. in princ. & l. iuriſgentiū ſupra de pact. Et ſupra ſcripta regula conſequitur, ei qui decem Titio & ſibi dari ſtipulatur, quinque tantum deberi, l. ſi mihi & Titio. hic. Aliud dicendum eſt, cum quis ſub alternatione ſibi aut Titio dari ſtipulatur. Nam hoc caſu perſona Titij ſolutionia tantum cauſa non ſibi obligationis adhiberi videtur, ſiue is extraneus, ſiue ſtipulatoria filius ſit, l. eum qui ita. §. qui ſibi. hic. l. Stichum. §. quæſitum. de ſolut. Nec talis adiectio ob diuerſitatem rei vel temporis, aut cauſæ alicuina in ea expreſſæ vitiatur: vt ſi ſtipuler mihi decem aut Titio hominem: mihi calendis aut Titio idibus: mihi purè, aut Titio ſub conditione, & l. vlt. § vlt. hic. l. qui hominem. §. ſtipulatus de ſolut. Proinde Titius nec petere, nec rogare, nec acceptam facere, nec fideiuſſorem accipere, nec ei ſuo nomine poteſt conſtitui, l. ſed & ſi filio. ſupra de conſtituta pecunia. l. ſi mihi. infra. de fideiuſſor. l. quod ſi ſtipulatus. infra de ſolut. Solui autem ei vel inuito ſtipulatore poteſt, tametſi pupillus ſit, nec tutoris autoritas interueniat, l. ſi ſtipulatus fuero, l. vero. §. 1. l. aliud. & l. vlti. infra. de ſolut. §. plane de inutil. ſtip. Quod ſic accipiendum eſt, vt ipſi cuius perſona electa probatáque eſt à creditore, nō etiā alij puta hæredi aut domino ſoluatur, quib. non æque forteſſis conſideret creditor, l. cum quis. hic. l. ſi ſtipulatus ſum. infra. de ſolut. l. cuius bonis. ſupra de curat. furioſ. Quinimo in certis caſibus ne ipſi quidem adiecto recte ſoluitur: Veluti ſi creditor cum debitore litem conteſtatus ſit, l. ſi quis ſtipulatus fuerit decem. infra de ſolut. Item ſi ſtatum mutauerit adiectio, ita vt tacite appareat creditorem, ſi hoc futurum cogitaſſet, non fuiſſe eum nominaturum, l. cum quis. de ſolut. l. ſi is qui rem. §. Iulianus. de furt. l. in confirmando. ſupra de confir. tuto. Deque eo qui ſtipulatur alteri, vt ſibi quæratur actio, aut vt illi tantum ſoluatur, huc vſque dictū ſit. Nūc videndū eſt, an ei cuiquia ſtipulatus eſt, actio cōpetere poſſit. Et certū aſt, regulariter nō poſſe. §. ſi quis alij Inſt. de inut. ſtip. l. quæcunque. ſupra. tit. prox. l. ſolutum. §. per liberam. ſupra. de pignor. act. l. ea quæ ſupra. de acq. rer. dom. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. hic. In que regula fiſcum nos quoque comprehendimus. l. arbiter. ſupra. de arbit. l. item veniunt. §. in priuatorum. ſupra. de petit. hæred. Excipiuntur certi caſus, in quibus aut directa aut vtilia actio acquiritur. Primum, cum extraneua quiſpiam mulieri ſtipuletur dotem reddi ſequuto diuortio. fauore enim nuptiarum mulieri ipſi datur actio. l. Caius. ſupra. ſol. matr. idque ad alias ſimiles, & pias cauſas porrigendum eſſe plerique opinantur. Notatur in l. illud. C. de ſacroſan. eccleſ. Secūdus caſua eſt, cum perſona publica, puta Tabellio, aut magiſtratus abſenti alteri ſtipulatur, & tanquam publica perſone non priuata id facit. l. 1. §. exigere. de magiſtra. conuen. l. non eadem. ſupra de adopt. §. cum autem. Inſtit. de adopt. & l. 1. infra. rem ſaluam fore. §. ex his. Auth. de hæred. ab inteſt. venientibus colla. 6. auten. Matri & auiæ. C. quando mulier tutelæ offic. fungi poteſt. l. cum pro quo. ſupra de in ius voc. & l. vnice. Codic. de not. opt. nunt. c. quemquam. de vſur. in 6. Tertius caſua aſt, cum domino ſuo præſenti ſtipulatur procurator. l. ſi procurator. hic. Alias autem ex ſtipulatione procuratoria non acquiritur actio domino ſine ceſſione, l. poſſeſſio quoque. ſup. de acq. poſſ. l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir. niſi ſit in iudicio facta ſtipulatio, l. in omnibus. infra. de prætor. ſtipul. l. in cauſæ. §. vlt. ſupra. de procura. Addunt alij idem iuris eſſe etſi ſuper re domini fuerit interpoſita ſtipulatio: quod nō ſatis expeditū [eſt?], adeo multæ paſſim occurrunt antinomiæ. Itaque ſic diſtingui ſolet, Cum quis ſtipulatur rem meam mihi reſtitui, vtilia actio mihi aduerſua poſſeſſorem datur abſque vlla ceſſione, l. pen. Cod. ad exhib. Dixi, rem meā: quia de re alterius mihi reſtituēda, quā ego forte cōmodauerā ab alio, facta ſtipulatio mihi nō prodeſt, l. 3. C. de inutil. ſtip. Idē dicendum eſt, de eo quod ex ea re mea naſcitur, cuiuſmodi ſūt fructꝰ ex fundo meo percept l. l. quod procurat. ſup. de procu. Nec diuerſa cauſa eſt pretij, quod etſi ex re vendita vere non ſit, eius tamen locu habeatur, l. venditor ex

hæreditate

De Capitolio.

hæreditate. ſup. de hæred. vel act. vendit. l. Iulianus. §. ſi procurator. de act. emp. Quod ſi ſtipuletur quis mihi dari quod nec meum eſt, nec ex re mea ortum, ne vtilis quidem mihi competit actio ſine ceſſione, l. poſſeſſio. §. 1. de acq. poſſeſſ. quamuis ob rem meam id in ſtipulationem deductum ſit: cuius generis eſt pignus. l. ſolutum. §. per liberam. ſup. de pignor. act. Itē vſura. quæ non ex ipſo corpore, vt ait Pomponius, ſed extrinſecus prouenit, l. vſura. de verb. ſignif. Sed quod dicitur de pignore, ſic accipiendum eſt, niſi obligatio pignoris accedat alij principali obligationi, ex qua domino acquiratur actio. l. 2. per quas perſ. nob. acq. Præterea ſi dominus à procuratore rem ſuam ſeruare non poſſit, qui forte abeſt, vel ſoluendo non eſt, æquitas ſuadet actionem ei dandam eſſe, l. 1. & 2. ſup. de inſtit. act. l. ſancimus. §. vlt. Cod. ad S.C. Trebell. Quartus caſus eſt, cum tutor pupilli, curator adoleſcētis vel furioſi, actor municipij, pro pupillo, adoleſcente, furioſo, municipibus ſtipulantur. Nam etſi ſtipulationem non in ſuam, ſed illorum perſonam conceperint, vtilis tamen datur illis actio, l. cum qui. §. actori. ſup. de conſtit. pecu. Alia eſt cauſa procuratoris, qui ſibi quæſitam ex ſtipulatu actionem poſtea cedendo in dominum transfert. d. l. poſſeſſio. Idcirco neceſſe eſt, vt ſibi non domino dari ſtipuletur, d. l. cum qui. Quod vtique verum eſſe puto, niſi cum talis ceſſio minime eſt neceſſaria, vt exempla à nobis adducta ſatis oſtendunt. Quintus caſus eſt, cum quis rem ſuam donat alicui ea lege, vt poſt aliquod tempus reddat. ſtipulationem enim contractam benigna interpretatione lex fingit, ſiue donator ſtipulatus ſit ſiue non. Ideoque illi tertio aduerſus donatarium vtilem actionem competere reſcriptum eſt, l. quoties. C. de dona. quæ ſub modo. Sextus caſus eſt, cum quis numerat alieno nomine pecuniam, quam ei dari ſtipulatur. Verum eo caſu ex numeratione tantum agi poteſt, d. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. hic, l. certi cōdictio. § nummos. ſi certum petat. quoniam ſtipulatio inutilis eſt: quæ ſi vtilis eſſet, ex ſtipulatione tantum ageretur, l. cum enim. inf. de nouat. Nam per actum naturalem, qualis eſt traditio ſeu numeratio, quominus per liberam perſonam nobis acquiratur nihil vetat. l. ea quæ. ſupra de acq. rer. dom & l. 1. C. de acq. poſſ. Quo fit, vt huiuſmodi traditio non ſolum in mutuo, verum etiam in aliis contractibus ei cuius nomine facta eſt, actionem pariat, l. 1. §. ſi te rogauero. ſupra mandati. l. ſi per. ſupra. de condict. indeb. quanquam in eis quoque ſicut in ſtipulatione regula noſtra locum non habet, l. quæcunque. ſupra tit. prox.

Septimum caſum nominatim excipit Vlpian. à quo hæc regula tradita eſt, cum videlicet filius patri ſtipulatur, d. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. hic. Vna ſiquidem vtriuſque vox atque ideo perſona eſſe intelligitur. §. ei vero qui. §. poſt mortem. de inutil. ſtip. arg. l. ſi ſeruos. ſup. de dam. infecto. Itaque perinde eſt, ac ſi pater ipſe ſtipulatus eſſet, l. quodcunque. in princ. hic. Hæc autem ſtipulatio quatuor modis concipi poteſt. In primis in perſonam patris, túncque ipſi acquirit filius, etiam ſi forte factum tale ſtipuletur, quod in ſuam perſonam conferre non poſſet, l. quod dicitur. hic. l. perinde. cum l. ſequenti de ſtip. ſeruo. Secundo in perſonam ſerui alicuius poterni, l. ſi filius meus. hic. Tertio in filij ipſius perſonam recte concipitur, eiuſdémque poteſtatis eſt, ac ſi pater ipſe ſtipulatus fuiſſet, niſi factum contineat ſtipulatio, vt ire agere, &c. quo caſu patri facere non licebit, ſed tantum filio: quamuis huius quoque ſtipulationis vtilitas quæ ſit ad patrem deriuetur, §. 1. & §. ſed cum factum. de ſtip. ſeruorum, d. l. ſtipulatio iſta. §. ij qui, hic. Quarto filius impersonaliter ſtipulationem poteſt concipere, & hoc caſu patri etiam ſtipulari videtur, l. quodcunque. §. vltim. hic. Ac in his omnibus caſibus acquirit filius patri, modo ſi in eius poteſtate, § ſi quis alij. de inutil. ſtipul. Itaque per naturalem tantum aut emancipatum nihil acquiritur, l. 4. de his qui ſunt ſui vel alieni iuris. l. debitor §. vlt. ad S.C. Trebel. Vnde quæritur, ſi filiusfamilias ſub conditione ſtipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, an patri actio competat? Paulus competere reſpondit, quod ſtipulationis contractæ tempus ſpectari debeat, l. ſi filiusfamilias. hic. l. quæ legata. infra de reg. iur. Quod ſi quis obiiciat, ex ſtipulatione facta à filio dum in ciuitate eſſet, patri reuerſo ab hoſtibus acquiri, in cuius non erat poteſtate tempore contractus, l. filius. hic. Reſpondeo filium iure poſtliminij fingi in poteſtate patris ſemper fuiſſe, § ſi ab hoſtibus. quibus modis ius patriæ poteſt. ſolui. Sed ſi pater apud hoſtes deceſſerit, multum refert, in ſuámne perſonam conceperit ſtipulationem, ac impersonaliter. Priore enim caſu ipſi filio competit actio: poſteriore nemini, l. ſi ſeruus communis. §. ſeruus capto. infra, de ſtip. ſeruor. l. bona. §. quod fil. infra, de capt. & poſtliminio reuerſ. Præterea quod dicitur filiumfamilias patri acquirere, &c. ſic accipiendum eſt, ſi quod ſtipulatur profectitium ſit. Nam aduentitiorum vſusfructus tantum ex Iuſtiniani conſtitutione patri acquiritur, l. cum oportet. Cod. de bonis quæ liber. quam plerique interpretantur & reſtringunt, niſi filius patri nominatim ſtipulatus fuerit, d. l. ſtipulatio iſta. § ij qui. & §. alteri. Verum ego in contrariam eo ſententiam, tum quod nihil referre Iuſtinianus ſcripſerit ſuámne perſonam, an patris ſtipulando exprimat filius. §. 1. Inſtit. de ſtip. ſeruorum. Tum etiam quod negotij ipſius & rei natura ſuper qua ſtipulatio contrahitur, maxime ſpectari debeat, vt ſupra diximus. l. ſi ſtipulatus. ſupra de vſuris. l. 5. §. conuentionales. hic. Vnde fit, vt qui aduentitias res ab alio forte poſſeſſas naniſci vult, ſi ſtipuletur eas patri ſuo dari, tanquam vſufructuario & legitimo adminiſtratori tantum ſtipulari videatur, l. 1. Cod. de bonis maternis. Nugatoriúmque eſt ac plane ridiculum, quod quidam ex plebiis (vt ita dicam) interpretibus obiicit, ſtipulationem hac ratione inutilem fore cum ſine cauſa patri fiat, & vſumfructum & adminiſtrationē lex deferat, l. ſi quando. de legat. 1. l. infra ad municipal. Cum enim filius cōtrouerſiam habet cum alio de rebus aduentitiis, quæ tales fuiſſe eſſe negantur, ſi litis iſtius ſedandæ cauſa quaſdam res certas dari ſibi vel patri ſtipulatur, quantum ſit commodum huius ſtipulationis obſcurum non eſt. Huc pertinent ea, quæ de ſtipulationis natura alia loco attigimus, in l. 1. §. vltim. de pactis. Octauus caſus eſt, cum pater ſtipulatur filio, vt poſt ipſius patris mortem effectum habeat ſtipulatio. Quo caſu mortuo patre vtilis ei dabitur actio, l. quodcunque. §. ſi quis. hic. l. ſi quis operas. l. iuriſiurandi. §. ſi liberi. l. cum patronus. de operis libertorum. Nam ſi ſtipuletur pater filio in mortis ſuæ tempus non conferendo ſtipulationem, ſéque viuo eam valere cupiat, nullam poteſt filio acquirere actionem, ſed ſibi tantum, l. dominus ſeruo. hic. & l. 2. Cod. de contrahen. vel commit. ſtipulat. & §. ei vero. de inutil. ſtipulat. Quod eſt accipiendum de iis, quæ iuris ſunt. Nam ſi ſtipuletur pater, vt filio ire aut tenere liceat, quod nudum factum eſt nihil iuris habens: fieri non poteſt, vt à filio in patrem transferatur. Itaque Paulus inutilem eſſe huiuſmodi ſtipulationem ait, l. quod dicitur. hic. Puto tamen ſi patris id fieri interſit, actionem eo nomine ei competere, l. ſi ſtipulatio iſta §. ſi ſtipuler. hic. Illud quæri poteſt, an emancipato quoque per patrem acquiratur actio, in quibus caſibus filio acquiri poſſe diximus? Et Diocletianus nullam quæri actionem aperte ſcripſit, l. ſi generet. Cod. de iure dot. Sed hoc reſcriptum de actione

directa intelligi vulga receptum eſt, vtilémque nihilominus actionem ei dandam eſſe placuit. l.vt.i ſi vt tandi.§.ſi liberi. ſupra de oper. lib. Quæ ſententia argumentis defendi poteſt. Nam ſi nihil refert, certóne tempore aliquid fiat, an vere in id tempus conferatur, l.quod ſponſæ. C.de donat.ante nupt.conſtéſque ex ea ſtipulatione actionem competere filio, quam contulit pater in id tempus quo ſui iuris effectus eſſet,d.l. quodcunque. Conſequens eſt,patrem filio iam ſui iuris effecto ſtipulari & acquirere poſſe. Huc accedat quod patre ſibi ſuiſque liberis ſtipulante, Vlpianus ad poſthumos peruenire ſtipulationem ſcribit, d.l.ſi quis operas. quos in ipſius poteſtate tunc non eſſe nemo dubitat,l.vlt.ſupra de collat.bonor. Quæ de ea ſtipulatione intelliguntur quæ ad obligandum alium contrahitur. Cæterum cum pater ſtipulatur aut paciſcitur filio liberandi ipſius gratia, patri ea ſtipulatio aut pactum prodeſt conuento filij nomine, ſi modo id actum ſit.Sed & filio quoque,cui pater vt hæredi futuro pactus ſtipulatúſve eſt. Alioquin non niſi exceptione doli iuuabitur filius,l.ſi tibi.§.ſi pactum ſit.l.& hæredi. §.nos autem. l. cuius. ſupra de pactis. Nonus caſus eſt, cum ſeruus domino ſuo ſtipulatur, quod genus ſtipulationis apud veteres frequens & vitatum fuit.Eſtque Titulus de ea re ſpecialis, in hoc libro nobis profecto non inutilis, cum inde ad monachos noſtri temporis, & ad res alias propter ſimilitudinem argumenta ducamus, infra de ſtipul.ſeruo. Ac vt diſtinctius tradantur à nobis quæ à Triboniano confuſe & nullo ordine adhibito ſub eo titulo ſcripta leguntur, ſeparatim de ſeruo proprio, alieno, communi,hæreditario,fructuario,quam poterimus breuiſſime diſſeremus.

Quæ de ſeruis in iure dicuntur ad quæ referri nunc ſoleãt.

Vide titulum de Duobus reis conſtituendis poſt hunc tractatum: qui de induſtria,propter materiæ continuationem, hic ab auctore omiſſus eſt.

AD TIT. III.

DE STIPVLATIONIBVS SERVORVM.

Plures leges citantur ſub hoc titulo, quæ ſunt in tit. ff. de verb. oblig.

De ſeruo proprio.

Seruus alicuius proprius quod ſtipulatur, domino acquiritur,d.l.ſtipulatio iſta.§.alteri. Eſt enim ſeruus quoddam velut domini inſtrumentum, auctore Ariſtotele lib.1.Politic. cap.3. l.quæſitum.§ Alphenus. de inſtruct. legat. Seruum proprium hic accipimus, etiam ſi Reipublicæ vel municipij, vel coloniæ ſeruus ſit l.3.de ſtipul. ſeruor. An autem ſibi an domino aut conſeruo ſuo aut imperſonaliter ſtipuletur, nihil intereſt. l.1.in prin.l.ſiue.eo. Niſi in certis caſibus,veluti cum ſe ſibi ſtipulatur non domino. l.1.§. vltim.ſtipul. ſeruor. Aut cum à liberto operas ſibi non domino dari ſtipulatur l.ſi ſeruus meus,eod.l.ſeruus patroni ſupra de oper.lib. Nihil præterea intereſt an pure ſtipuletur ſeruus,an vero ſtipulationem in alienationem manumiſſionémve ſuam conferat, l. vltim.eo. Sed ſi inuito ac prohibente domino ſtipuletur, ipſi nihilominus acquirit.l.ſeruus vetante. hic. l. etiam inuitus. ſupra de acquir.rerum domi. Quamuis alioqui non poſſit liberalitas nolenti acquiri,& donatio ſine acceptione nulla eſſe intelligatur,vt Cicero in Topicis ait. l. hoc iure. §.non poteſt.ſupra de donat.

De ſeruo alieno.

Seruus autem alienus mihi ſtipulando, ſicut mihi non acquirit, ita nec domino ſuo l.ſeruus alienus. infra de ſtipul.ſeruor. Quod ita intelligendum eſt, niſi bona fide alij ſeruiat. Quo caſu ita demum acquirit poſſeſſori, ſi ex ipſius re aut operis ſuis ſtipuletur,alias domino. Exempla huius rei ex Iureconſultis nullo negotio colligi poſſunt. l.1.§.ſi ſeruus.l.ſi alienus.l.liber homo.§.vlt.& l.ſi liber.eod.tit. Qui vero poſſidetur ab alio,ſed mala fide, puta ex furtiua cauſa,vel alia ſimili, poſſeſſori ſtipulando nihil agit. l.ſeruus meus.eo. Seruus qui in nullius dominio eſt ſtipulando nemini acquirit.Quo ex genere eſt is quem dominus pro derelicto habuit, nec ab alio occupatus eſt: niſi ob infirmam valetudinem à domino derelictus fuerit; ideoque ſtatim liber factus ſit. l. quod ſeruus.eo.l.vlt.ſupra pro derelicto. l. ſeruo. ſupra qui ſine manumiſſ.ad liber.perueue. Quod & in monacho locum habere,qui nulli certo monaſterio ſeſe adigit, plerique arbitrantur.Eadem eſt eius ſerui ratio,cuius dominus ab hoſtibus captus non rediit: medio ſiquidem tempore fruſtra ei ſtipulatur, tametſi ſimpliciter ſtipulatus acquirat hæredi. l.interdum. hic. & leg.ſeruus communis. §. ſeruus capto.de ſtipulat. ſeruor. l. 2. inf. de capti.& poſtlim.reuer.

De ſeruo communi.

Seruus communis plurium dominorum, ſtipulando omnibus acquirit pro partibus dominicis.l.5.de ſtipul. ſeruor. Idem eſt dicendum etſi emat aut aliud contrahat negotium, ſiue ex re vnius,ſiue omnium id faciat. l.1.§.ſi ſeruus.l.25.cum ſeq.eod.Hæc regula aliquot exceptiones habet.Prima eſt cum vni ex dominis tantum ſtipulatur, tunc enim ei ſoli acquirit. d. l.5. vnde fit vt ſeruo communi ſibi & vni ex dominis ſtipulanti vni dodrans, alteri quadrans debeatur. l 4 eo. Item ſi vni ſortem, alteri pœnam ſit ſtipulatus, recte hic pœnam petet: illi verò petenti obiicietur exceptio,quaſi priore obligatione per nouationem extincta.l.1.§.vltim.eo Secunda exceptio, cum ſeruus vnius ex dominis iuſſu ſtipulatus eſt: quo caſu ſimiliter ei totum acquirit.d.l. 2. Quod tamen in eo qui vnius iuſſu adiit hæreditatem, locum non habet.l.ſi ſeruus duorum. de acquir. hæred. Cum autem vno iubéte alter nominatur, vtrius potior cauſa ſit. Iuſtinianus conſtitutione quadam definire voluit, ſed adeo obſcure edita, vt in vtram inclinet partem neſcias.l.ſi duo. cap. per quas perſonas nob. acquir. Tertia exceptio, cum ab vno ex dominis ſtipulatur alteri.l.2.17.& 18. & §.ſi ſeruus.de ſtipul. ſeruo. Inſtit. Quarta eſt, cum ex ſtipulatione non omnibus poteſt acquiri: tunc enim vni totum acquiritur: quod in plerisque caſibus contingit. l.1.§. communis ſeruus. l.proinde.§.vltim.cum lege ſeq.eo. Quinta cum omnibus ſtipulatur disiunctiue. Nam ob incertitudinem dicendum eſt non valere ſtipulationem. l. 9. cum ſeq. & l.21.eo. Aliter atque ſi copulatiue omnes fuerint nominati.l.29.eod. Sexta cum ſeruus aliquid ſtipulatur quod diuiſionem non admittit, vt iter, actum, viam. Hoc enim caſu in ſolidum omnibus acquiritur pro partibus dominicis. l. 17.eod. Septima exceptio cum ſtipulatur decem vni,& eadem decem alteri. Nam duo rei ſtipulandi ſunt,ipſiſque in ſolidum datur actio.l.25. eo. Octaua, ſi non ſub appellatione dominorum,ſed propriis nominibus expreſſis concepta fuerit ſtipulatio:in hac ſiquidem ſpecie non pro dominicis, ſed pro virilibus portionibus ipſis acquiritur. Idem iuris eſt cum propria eorundem nomina prius expreſſa ſunt, niſi aliud actum eſſe appareat, l.32.eod. l.quoties.ad Trebell.

De ſeruo hæreditario.

Seruus hæreditarius tam hæredi quàm hæreditati quæ perſonæ defuncti vicem obtinet, recte ſtipulatur. l.25.de ſtipulat.ſeruor. l. mortuo.de fideiuſſor. & leg. hæredibus. de acquir. rerum domi.valétque ſtipulatio ſi hæreditas adita fuerit: alioquin nullam vim habitura eſt.leg.interdum, §.1.hic. At ſi ſeruus fuerit communis defuncti & alterius,interim ei ſocio totum acquiritur.

l.1.ff.de

l.1.ff.de ſtipul. ſeruorum. l. in eo.de acquir.rera domi. leg filiusfamilias. de caſten.pecul. Neoobſtat huic regulæ, quod hæres tunc dominus non eſt cum ſtipulatio fit.nam retrotrahitur hæreditatis aditio, vt hæres eo tempore mortis defuncto ſucceſſiſſe, ex eoq; rempore functa pollutáque familia intelligatur. leg. ſi ex re.§.vlt.de ſtipul.ſeruor. Seruius in lib.3. Æneidos Virgilij. Sed animaduertendum eſt,non ex die interpoſitæ ſtipulationis, ſed editæ hæreditatis tempus cedere: quoniam ex eo demum tempore agi poteſt.d.l.25.eod. à ſupradicta regula duo caſus excipiuntur. Primus, cum ſeruus hæreditarius qui ſine perſona, quæ videlicet vtatur & fruatur, eſſe non poteſt.l.vſusfructus.eod. & l.1.quando dies legator.ced.l.hæreditas in multis.de acquir. rerum domi. Secundus, cum expreſſo proprio eius nomine qui erat futurus hæres,facta eſt ſtipulatio. Idémque dicendum eſt de eo qui non hæredi, ſed defuncto ſtipulatus eſt. l.1.7. & 8.& §. ſeruus capto de ſtipul.ſeruor.Inſtit.

De ſeruo fructuario. Seruus fructuarius ſi quid ſtipuletur ex re ſua, aut operis ſuis acquirit fructuario, non domino.l.acquiritur.& l.liber homo. de acquir. rerum domi.Excipe niſi proprietatis domino nominatim ſtipuletur. l.ſeruum fructuarium. de ſtipul. ſeruo.Hoc caſu tamen fructuario aduerſus dominum condictio datur. leg. cum ſeruus.eod. Diſſimilis cauſa non eſt duorum fructuariorum,ſi ſeruus ex re vtriuſque vni tantum ſtipuletur.Nã eo nomine ei communi diuidundo iudicium inter eos dabitur.leg ſi cum duorum. Excipitur & alius caſus, enm videlicet ſeruus pro operis ſuis pecuniam in ſingulos annos ſtipulatus eſt : vſufructu ſiquidem finito reſidui temporis ſtipulatio acquiretur proprietario. leg.18.§.cum ſeruus.eodem.Cæterum extra cauſas iam dictas, id eſt, rem fructuarij & operam ſuam,ſtipulando ſeruus acquirit domino non fructuario. l.ſi fructuarij.eodem. Hoc accipe. niſi in perſonam fructuarij nominatim concepta ſit ſtipulatio, quæ inutiliter ita cõtrahitur. d. l. ſi vſufructuarij. Sed quid ſi ſtipulatus ita fuerit ſeruus, nulla re adhuc data, vt incertum ſit vtrius rem ſit daturus? Reſpondeo in pendenti eſſe ſtipulationem,euentúmq; declaraturum vtri competitura ſit actio, d. §. cum ſeruus.l.ſed & ſi quis.§. interdum.ſupra de vſufructu. Ex his facile colligi poteſt, ſi ſub alternatione domino aut fructuario fuerit ſtipulatus ſeruus fructuarius,an valeat ſtipulatio.Nam ſi ex re domini,acquiretur ipſi obligatio. Fructuarius autem cui hoc caſu nihil acquiri poſſe diximus, pro adiecto habebitur.l.ſi ex re.in principio.eo. Sin autem ex re fructuarij, quoniam vtique acquiri poteſt,incertitudo ſtipulationem viriat.l.1.§.ſi fructuario.

De perſonis quibuſcum contrahitur ſtipulatio.

Cap. III.

Perſpecto fine ſtipulationis, reliquas eius cauſas perſequi operæ pretium eſt, ex quarum numero eſt ea quæ efficiens dicitur. Efficientem autem ſtipulationis cauſam voco perſonas ipſas inter quas ea contrahitur,quæ cum non vnius conditionis,ſtatus & qualitatis ſint, perſonæ circumſtantia ſæpe in hoc argumento quæſtionem ac dubitationem gignit. Vt cum quæritur de impuberis aut pupilli ſtipulatione, an *De impubere aut pupillo.* valeat. Cui quæſtioni reſpondendum eſt,ita demum valere, ſi ſtipulatus ipſe ſit, non ſi alij promittendo ſine tutore ſe obligauerit.l.neque.C.de contrahen.& commit.ſtipul.l.1.Co.de inutil.ſtip. & §.pupillus.eod.titul. Inſtit. Intellige niſi infans ſit, id eſt, fari non poſſit, quandoquidem ſermone opus eſt in contrahenda ſtipulatione.l.1.in princ. l. mulier. leg. vltim.§.pupillus. hic. Idem plerique cenſent de eo qui infantiæ proximus eſt, & intellectu & iudicio caret,niſi à tutore rem fore ſaluam ſtipuletur. Sed probabilius mihi videtur ſtipulationem à puero non intelligente factam ſemper valere,cum vtilitatis cauſa id receptum eſſe à iuris auctoribus proditum ſit. l. ſeruum. rem pupill. ſaluam fore. d. §. pupillus. de inutilibus ſtipul. Inſtitut. vbi Theophilus.l.donatarium.de acquir.poſſeſſ.l.10 negotiis.de regul iur. l.1.§.furioſus.ſupra tit. proxi. Quod dictum eſt de infante, in muto quoq; ac ſurdo locum habere ratio ſuadet. l. 1.in princip.hic. l.1.§.vltim. ſupra titur. proxi.Licet alia pleraque negotia contrahere poſſint.l.in quibuſcunq;. ſup.tit. proximo. l.diſcretis. C.qui teſta facere poſſ.& l.in quibuſcunque, ſupra tit. proxi. l.mutum.de acquir.hæredit. l.mutus de procurat.& l.mutus.de iure dot.Eadem cauſa eſt furioſi qui *De furioſo.* ſiue ſtipuletur ſiue promittat,nihil agit. l.1.§.furioſũ. ſup.tit.proxim.§.furioſus. Inſtit.de inutilib.ſtipul.d.l. in negotiis.Et generaliter dicendũ eſt,nullũ negotium ab eo recte cõtrahi,in quo vel tacita volũtas ſit neceſſaria. l. qui ad certum. ſupra locati. vbi autem nullius requiritur conſenſus ad obligationem contrahendam, obligari poteſt.l.furioſus.ſupra tit.proxi.Itaque mirum videri non debet quod Vlpianus ſcribit, Filiam furioſam, quæ patri dotem petenti contradicere per dementiam non poteſt, pro conſentiente haberi, cum Antonini reſcripto patri agere permittatur, non ſi cõſenſerit filia, ſed ſi non contradixerit. l. 2. §.voluntatem.ſupra ſolut.matrim. A furioſo non multum dif- *De prodigo.* fert prodigus, cui bonorum adminiſtratione interdicitur. Quamuis enim ſtipulari & alium ſibi obligare non prohibeatur, tamen nec tradere quicquam, nec obligari poteſt. leg. is cui bonis.hic. Eſt autem Prodigus (auctore Vlpiano) qui neque tempus neque finem expenſarum habet, ſed bona ſua dilacerando & diſſipando profundit. l. 1.ſupra de curat.fur. Huic curatorem dandum eſſe, Diuus Pius reſcripſit,tametſi ea ratione vtatur quæ mẽtis ſanitatem arguat, quod in pleriſque vſuuenit. l. is qui.§. Diuus. ſupra de tutor.& curatoribus datis ab iis qui,&c.Non continuo igitur diſſolutis hominibus & male rem gerentibus permittenda eſt bonorum adminiſtratio, quod eorum ſermo aut ſcripta prudentium, ac ſinceritatem iudicij redoleant, id quod Sophocli quondam tragico Poetę à filiis in iudicium vocato, vt à rei familiaris adminiſtratione remoueretur, accidiſſe ſcripſit Cicero, in Catone maiore.Sed num ante interdictionem Prætoris obligetur ex contractu is qui ita viuit, vt inter luxurioſos ac profuſos nepotes vulgo habeatur, ancipitis iuris eſt quæſtio,& in vtramque partem diſputari ſolita. De qua ſic *De eo quod ante prodigi interdictionem contractum eſt.* ego cenſeo. Priſcis temporibus lege duodecim tabularum,ſic interdictum,fuiſſe prodigo bonorum adminiſtratione, vt ipſo iure eorum cura ad agnatos proximos deferretur. Quod ius cum aliquid incommodi haberet, paulatim deſuetudine antiquatum eſt: cœperúntq; à magiſtratibus curatores ipſis dari non tantum agnati,ſed etiam extranei, ſi id expedire magis videretur.l.1.& l.ſæpe.de curat. furio.& §. furioſus.Inſtit.de curat. Itaque puto ante huiuſmodi interdictionem & curatoris dationem fraudi cuiquam eſſe non debere quod cum eo contraxerit. l. Iulianus, de cura.furioſ.l. curatorem. C. de reſtit.in Integ. c. veritatis.de dolo & contu.in Decretalib. Plane ſi quis helluoni, aut luxurioſo homini pecuniam dederit, quam ſciebat eum protinus ſcorto daturum, aut alias turpiter cõſumpturum, quorundam opinio eſt inutilem contractum eſſe,vel ante interdictionem,quod nec ratione caret nec auctoritate. l. ſi quis cum ſciret. ſup. pro empt.l.ſi vero non remunerandi.§.ſi adoleſcens.ſup.mandar. Quod autem dictum eſt, cum ex contractu non obligari, ſic accipiendum eſt,niſi ad frugem, vt dicitur, bonam ſe

receperit. Quo caſu ipſo iure deſinit eſſe in poteſtate curatoris, ac tuto contrahi cum eo poteſt, & l.1.de curat.furio. Receptum tamen eſt declarationem iudicia eſſe neceſſariam, niſi eius vitæ mutatio ſit publice nota. l. eius qui. de iure fiſci. Mutationem vero hanc non ex vna aut altera frugalitatis actione, ſed ex multis iudicare ac metiri debemus. §. cúmque. Inſtitut. in proœmio. Nam ſicut vna hirundo non facit ver, vt vulgo dicitur, ita iudicium de moribus immutatis faciendum non vna actio nec breue tempus ſufficit, in auth. de monachis. §. ſancimus. collat. 6. Hactenus de prodigo.

Hirundo non facit ver.

De minore viginti quinque annis.

Prodigo non prorſus diſſimilis eſt minor vigintiquinque annis iam pubes factus. Is enim ſibi acquirit ſtipulando, vt ex iam dictis conſtat: ſi tamen minor ſi viginti, & aliquid ſtipuletur fieri de re ſibi debita, quod facere ipſe non poſſit: puta ſi ſeruus debitus manumittatur à debitore, cuius manumiſſionem inhibet lex Ælia Sentia, inutilis eſt ſtipulatio. l. ſi minor. hic. §. eadem, quibus ex cauſis manumit. non licet. Inſtit. Promittendo autem ita demum obligatur, ſi curatorem habeat. l. puberes. hic. & d. l. ſi curatorem. C. de reſtit. in integ. Alia plane cauſa eſt filiifamilias, qui ſtipulãdo acquirit patri, vt ante diximus l. ſi filiusfamilias. hic. Promittendo ſeipſum obligat, vt quiuis paterfamilias, niſi impubes ſit. Hic. n. ne auctore quidem patre obligatur. l. vlt. §. 1. hic. §. pupillus. de inutil. ſtipul. l. filiusfamilias. ſup tit. proxi. An inter ſponſũ & ſponſam ſtipulatio in tẽpus matrimonij collata valeat quæri poteſt. Et eſt reſpondendum non valere: niſi dotis aut donationis propter nuptias, aliáve ſimilis iuſta cauſa ſubſit. leg. Ita ſtipulatus. §. vltim. hic. l. quod ſponſæ. C. de donat. inter vir. & vxor.

De filiofamilias.

De ſponſo & ſponſa.

De conſenſu quo fit ſtipulatio.
Cap. IV.

CONſenſu velut inſtrumento ſtipulationem contrahimus: itaque inter ſtipulationis cauſas numerari debet. leg. 1. §. conuentionis. ſupra de pact. leg. obligationum. ſup. tit. proxi. Quamobrem etſi interrogatio reſponſionem præceſſerit, ſi tamen conſtet non animo ſtipulationis contrahendæ id factum eſſe non valebit ſtipulatio, leg. iuriſgentium. §. quod fere ſupra de pact. Hinc conſequens eſt ſi hominem ſtipulatus de alio ſentiam, tu de alio, nihil inter nos actum videri. leg. inter ſtipulantem. §. ſi Stichum, & l. continuus §. 1. hic. Aliter atque ſi petam à te in iudicio Stichum, cũ tu de alio ſentias. Nam quia in inuitum redditur iudicium, nec vtriuſque conſenſum requirit, quod ſenſerit actor, tantummodo ſpectandum eſt. dict. §. ſi Stichum. Sane diſſenſum ſeu errorem in nomine ſtipulationi non obeſſe perſpicuum eſt ſi in corpore conſentiatur. leg. ſi in nomine. hic. Idémque dicendum eſt & ſi in materia ſiue ſubſtantia aut qualitate rei erratum ſit, magis quam in corpore. l. ſi id quod hic. Venditionem tamen ob huiuſmodi errorem omnino vitiari natura bonæ fidei iudiciorum exigit. leg. in venditionibus. l. cum ab eo. §. vlt. de contrah. empt. Niſi eius qui deceptus eſt interſit eam valere. Quo caſu dubitatur ei actio. l. ſi ſterilis. §. quamuis de act. empt. l. ff. Si rem alienam l. Tutor. §. contrariam. de pignor. act. ff. Sed & ſi quis pro auro quod promiſerat æs ſoluerit, adeo inutilis eſt ſolutio, vt nullam liberationem pariat. l. ſi cum aurum. infra de ſolut.

Quibus de rebus ſtipulatio contrahi poſſit.
Cap. V.

QVia ſtipulatio ſine re aliqua, quæ tanquam eius materia ſit, confici non poteſt: ideo qualem rem eſſe oporteat dicendum eſt. Primum itaque ſciendum eſt, ac pro regula conſtituendum, neminem ab alio rem ſuam ſtipulari poſſe. leg. nemo rem ſuam vtiliter, hic. Nam qui ſimpliciter promittit rem aliquam, eam ſe daturum, id eſt, dominium in ſtipulatorem tranſlaturum promittere videtur. leg. ſi ita diſtrahatur. ſupra de contrah. empt. Quod facere nequit, ſi eiuſdem rei dominus ſtipulator ſit. §. ſi itaque. Inſtitut. de act. Idem iuris eſt, & ſi quis rem alienam ſtipuletur collata in id tempus ſtipulatione quo ſua futura ſit. leg. nemo rem ſuam futuram. hic. Quid ſi quis ſtipuletur pretium rei ſuæ, aut vſumfructum, cum proprietatem habeat nudam, contra regulam non facit. d. l. nemo rem ſuam vtiliter. l. cum qui ita. §. qui proprietatem. hic. Aliud ſi quidem eſt res, aliud pretium, ſeu æſtimatio rei. leg. qui vas. §. vltim. infra de furt. l. fundum Cornelianum. de nouat. l. ſi alij. ſupra de vſufructu. Hæc regula quaſdam exceptiones habet. Prima eſt, cum quis non dari ſibi rem ſuam, ſed tradi reſtituíve ſtipulatur. dict. leg. nemo rem ſuam vtiliter, & leg. ſi rem tradi. hic. Secunda eſt, ſi ſub conditione aliquis ſtipuletur. Eſt enim vtilis hæc ſtipulatio, ſi exiſtentis conditionis tempore ipſius non ſit. l. ſi rem meam ſub conditione. Lexiſtimo. hic. l. cætera. §. 1. de legat. 1. Tertia eſt, cũ quis ſtipulatur à fure non ſimpliciter rem dari, ſed quod ex cauſa condictionis dare facere oportet: quo caſu ſtipulatio moram præcedentem purgat, quam alioquin fur ſemper facere videtur. leg. ſcire debemus. §. ſi à fure. hic. l. vlti. ſupra de condict. furti. Quarta exceptio eſt, cum quis rei quam ſtipulatur ita dominus eſt, vt tamen poſſit ab eo auocari. leg. in bello. §. ſi quis ſeruum. inf. de capt. & poſtli. reuerſ. leg. non quocunque. in princ. de legat. 1. l. inter ſtipulantem. §. ſi rem. hic. Tractari poteſt, ſi quis rem ſibi debitam, non ſuam ſibi dari ſtipulatur, num talis ſtipulatio valeat? Et dubium non eſt ſi ex venditione, alióve ſimili contractu debita ſit, ſtipulationum valere. l. duo ſocietatem. ſupra pro ſocio. Huiuſque ſtipulationis quæ vtilitas ſit, quia non recte ab aliis demonſtratum id puto, videnda ſunt quæ in tractatum de pactis annotauimus. l. 1. §. ſed conuentionum. ſupra de pactis. At ſi ex alia præcedente ſtipulatione res debita ſit, omnino inutilis eſt huiuſmodi poſterior ſtipulatio, vt puta quæ nullam vtilitatem ſtipulatori adferat. leg. ſtipulatio iſta. §. alteri. hic. Vnde quod Pomponius ait, *Qui bis idem promittit, ipſo iure amplius quam ſemel non teneri*, ſic intelligo, vt ex priore tantum promiſſione non poſteriori teneatur quæ nulla eſt. l. qui bis idem. hic. Hoc autem accipiendum in primis niſi animo nouandi fuerit poſterior ſtipulatio interpoſita. l. ſi vnus. §. pactus. ſupra de pactis. Idque contingere poteſt veluti cum nominatim expreſſum eſt, vt à priore recedatur. §. præterea. quibus modis toll. obligat. & l. vlti. C. de nouat. Vel cum plus in poſteriore continetur quam priore, vt cum quis vſumfructũ fundi, deinde fundum ipſum ſtipulatur. l. qui vſumfructum. hic. nam ſi minus, licet noua interuenerit perſona, nihil agitur: niſi diſerte id expreſſum ſit, vt ſi quis actũ, deinde iter: vſumfructum, deinde vſum ſtipuletur, d. l. qui vſumfructum. l. eum qui ita, §. ſi à te. hic. l. ſi pupillus. §. qui actũ. de nouat. Secundo hoc accipiendũ eſt, niſi vtilis nõ ſit prior ſtipulatio, & ſtipulatoris interſit poſteriorem efficacem eſſe. l. ſi dari ſtipuler. hic. l. hæres à debitore. §. 1. inde de fideiuſſorib. Tertio niſi à diuerſis perſonis ſtipulatus ſit quis, actũmq; ſit vt in ſolidum omnes teneantur. leg. 3. ſup. de duob. reis.

Præterea notandum eſt de his rebus ſtipulationem contrahi non poſſe, quæ in hominum commercio non ſunt, vt ſunt res ſanctæ, religioſæ, ſacræ publicæ, de quibus fuſe admodum diſſerit Vlpianus leg. inter ſtipulantem. §. ſacram. hic. Item liber homo, quamuis

Pompo-

Pomponius emptionem eius valere intelligat, ſicut & loci ſacri, vel religioſi, ſi ematur ab ignorante. l. & liberi. cum ſeq. ſupra de contrah. empt. Sed hoc Pomponij dictum accipiendum eſt, non vt ex tali venditione magis quàm ex ſtipulatione res debeatur, ſed vt emptori decepto ad id quod intereſt detur actio. l. ſi in emptione. §. contrah. empt. & § t. de contrahe. empt. & §. vlt. de empt. vendit. Inſtit. Idémque dici poſſet de ſtipulatione, ſi dolo promiſſoris circumſcriptus proponeretur, vt videlicet ei de dolo actio competat. l. Ariſt. §. 1. de donat. Res quoque hoſtium quæ tanquam extra noſtrum commercium poſita dicitur, promitti non poteſt. l. liber homo. hic. Idque vulgo intelligitur de ea quæ nunquam noſtra fuit. Nam quæ iure poſtliminij aliquando recuperari poteſt, eius ſtipulationem, ſicut & venditionem, & legatum conſiſtere inter omnes fere conuenit. l. vlt. de action. empt. l. id quod. leg. ſeruus. l. ab omnibus. §. etiam. de legat. 1. Quiniſio eius quæ ſemper hoſtium fuit promiſſionem valere aiunt ſub hac conditione factam, ſi ab hoſtibus capiatur. cap. Abbate ſanè. de re iudic. in 6. l. in fuga. Cod. ad leg. Flauiam de plagiariis. Sed & ſi quis hominem mortuum ſtipuletur ob eandem cauſam aut etiam maiorē, quia non eſt in rerum natura, inutilis eſt ſtipulatio, niſi ob delictum aut moram extare ac viuere fingatur, dict. leg. liber. homo. l. inter ſtipulantem. § Stichum. hic. Res in commercio noſtro non eſſe hic intelligimus, quæ ſimpliciter ab hominum commercio exemptæ ſunt. Nam ſi quis promittat rem cuius commercium non ipſe, ſed ſtipulator habeat obligatur ad æſtimationem, d. l. multum intereſt. hic. l. mortuo boue. §. Labeo. de legat. 2.

Hoſtium res promitti nō poteſt.

Ad hæc non tantum ſpecies vt Stichus, ſed etiam genus in ſtipulationem deduci poteſt. leg. in ſtipulationibus. hic. valétque ſtipulatio, niſi ob nimis generalem verborum conceptionem omnino incerta reddatur contrahentium voluntas, vt cum quis exempli cauſa, animal, vinum, triticum, oleum, fundum generaliter & indefinite ſtipulatur. l. triticum, §. cum ita ſtipulatus. hic. l. cum poſt. §. gener. de iure dot. leg. ſi dominus. de legat. l. 1. vbi autem. hic. Nam alioquin incerta ſtipulatio inutilis non eſſe intelligitur, vt latius infra docebimus. Item res tam incorporales quam corporales vtiliter ſtipulamur: veluti ſeruitutes, quarum ſtipulatio valet quamuis prædij dominus non ſit ſtipulator: licet non niſi prædium habenti acquiri poſſit. leg. exiſtimo. hic. leg. 1. communia prædio. Sed de his etiam copioſius poſtea. Denique plures ſimul res aut ſummas ſtipulari poſſumus. Et eſt animaduertendum tot ſtipulationes contractas videri, quot res vel ſummæ ſpecialiter exprimuntur. Nam his non expreſſis vna dicitur ſtipulatio, idque cuius effectus ſit ex variis huius tractatus locis obſeruare nemo facile poterit. l. t. §. ſed ſi mihi. leg. ſcire debemus. leg. vbi autem. §. qui fortem. leg. quod dicitur. leg. inter ſtipulantem. §. item ſi ego. leg. Titia. §. vltim. leg. pluribus. in princ. hic. & §. vltim. Inſt. de verbor. obligat. Porro non ſolum res, verum etiam facta vtiliter ſtipulamur. dicto §. vltim. Inſtitut. de verbor. obligat. tenetúrque promiſſor ad id quod intereſt, ſi non fecerit. l. ſtipulationes non diuiduntur. hic. l. ſi quis ab alio. ſupra de re iudic. Exempla horum factorum varia ſub hoc titulo reperiuntur. Vt cum quis rem tradi ſtipulatus eſt: quo caſu promiſſor dare, id eſt, dominium transferre non cogitur. leg. ſi rem tradi. leg. vbi autem. §. vlt. hic. Quanquam Vlpianus in eo, qui promiſit vacuam rei poſſeſſionem tradere contra ſcripſerit. leg. in conuentionalibus. ſupra de vſuris. Hæc enim ſtipulatio non nudum factum continet, ſed ius & cauſam bonorum. leg. ſi ita ſtipulatus. ſupra de vſur. Aliud exemplum eſt, cum quis nomine Titij ſoluturum ſe promittit: cuius ſtipulationis vis & effectus eſt, vt ita demum promiſſor conueniatur, ſi ſtipulatoris interſit, id eſt, ſi Titius locuples non ſit. leg. ſi ita ſtipulatus fuero. § poſſum. hic. Qui enim ita ſtipulatur, alteri ſtipulari videtur. vnde inutilis eſt ſtipulatio niſi interſit ſtipulantis. leg. ſtipulatio iſta. §. alteri. Nec ſane credendum eſt promiſſorem in hoc caſu Titij fideiuſſorem eſſe, cum non promittat ſe ſoluturum eſſe quod Titius debet, ſed nomine Titij fideiuſſor tam ſuo quàm rei principalis nomine ſoluere poteſt. leg. indebitam. ſupra de condictione indebiti.

Aliorum quorundam factorum hic fit mentio, vt inſulam fieri decem ſalua fore, decem dari curare hominem ſiſti, dolum malum abeſſe, & ſimilium, quæ nos breuitatis cauſa attigiſſe contenti ſimus. l. illa ſtipulatio. l. qui inſulam. leg. ſtipulatio iſta. §. vltim. l. ex ea parte. leg. quoties quis. hic. Sed quod ſupra dictum eſt, ſtipulationem facti vtilem eſſe, ſic accipi oportet, niſi impoſſibile factum ſit. l. non moriturum. Cod. de contrahend. vel commit. ſtipul. l. ſi ſtipuler. leg. ſi homo mortuus. hic. Impoſſibile autem hic vocamus, nō quod promiſſori poſſibile non eſt, ſed quod à nemine effici poteſt. leg. continuus. §. ſi ab eo. hic. Sed etſi turpe factum ſit, legibúſque ac bonis moribus contrarium, æque inutilis eſt ſtipulatio. leg. generaliter. leg. ſi flagitij. dict. leg. ſi ſtipuler. hic. Præterea ſi factum alienum promittatur, inutilis eſt ſtipulatio. §. ſi quis alium. de inutilib. ſtipul. leg. inter ſtipulantem. in princip. leg. ſicut. infra. de fideiuſſor. leg. cum qui. §. ſed etſi quis. de conſtit. pecu. Nec obligatur promiſſor ex tali ſtipulatione, niſi pœnam promiſerit. § verſa vice. Inſtitut. de verb. oblig. Vnde tractatum eſt, ſi emptor à venditore ſtipulatus ſit rem ſibi venditam habere licere, valeátne huiuſmodi ſtipulatio, quam in venditione contrahenda olim interponi ſolitam fuiſſe præter varia iuris auctorum loca, præſertim ſub titulo de euiction. formulæ quoque ac leges venalium vendendorum, quæ apud Varronem leguntur lib. 2. de re ruſtica, fidem faciunt. l. ex empto. alias l. emptorem. §. qui autem. ſupra. de action. emp.

Impoſſibile quid ſit.

Itaque vt Vlpiani verba in capite 38 huius tractatus, quæ vulgo obſcura eſſe creduntur, dilucidè explicemus, ſciendum in ea ſtipulatione habere licere, hoc contineri, vt ſine controuerſia aut interpellatione cuiuſquam rem habere liceat. l. ſtipulatio iſta habere licere, in princip. & l. habere. infra de verbor. ſignific. Proinde hanc ſtipulationem partim valere, partim nō valere dicendum eſt. Nam quatenus de ſe promittit, obligatur promiſſor, etiam hæredis ſui, vel cæterorum ſucceſſorum nomine, dict. leg. ſtipulatio iſta. verſic. ſed ſe obligat. Quatenus autem promittere videtur per quoſcunque alios futurum vt emptori habere liceat, ſtipulatio tanquam alieni facti inutilis eſſe intelligitur, dict. leg. ſtipulatio. in princip. Quod eſt accipiendum, niſi duplum aut pœnam aliam promiſerit venditor, dict. leg. ſtipulatio. §. ſi quis. & §. quæſitum. Quo caſu quiſquis rem euicerit ab emptore, committitur ſtipulatio aduerſus venditorem. dict. leg. habere licere. leg. ſi rem. leg. ſeruus venditus. de euict. cum ſimilibus. Quare tametſi venditor ex natura contractus rem habere licere præſtet quam vendidit: leg. venditor. de euict. tamen quia ſi contractum fuerit, pœna ſolet promitti, vtilitatem adfert hæc ſtipulatio. Pœna vero non adiecta ad committendam ſtipulationem ab ipſo promiſſore aut eius ſucceſſoribus controuerſiam moueri & rem adduci oportet. dict. leg. ſtipulatio §. ſed quatenus. Pleraque alia de hac ſtipulatione ab eodem Vlpiano ſcribuntur. dict. l. ſtipulatio ad quæ intelligenda hæc ſufficere arbitramur. Cæterū ſi quis ſe effecturum

De ſtipulatione habere licere.

Digitized by Google

aut curaturum promittat vt alius det vel faciat, obligatur, quia proprium non alienum factum promittit d.§. ſi quis alium, leg. vltim. de reb. cred. At in quibuſdam ſtipulationibus id actum lex interpretatur, ex quibus adeo naſcitur obligatio vt cum quis dominum rem ratam habiturum ſpondet. l. in ſtipulatione. rem ratam haberi. Sed ſi quis alium ſiſti promittat, acturum ſe vt ſtet promittere intelligitur. l. quoties quis. hic. Itē qui alium pro ſe fideiuſſurum promittit, nihil aliud quam ſe fideiuſſorem eum daturum promittere interpretamur. leg. quæ autem. §. ſed & ſi quis. de conſtit. pecu. Idem videtur ſenſiſſe Paulus de his ſtipulationibus, Dolum malum abeſſe, & habere licere. Cum ait, eū qui ita ſpondet, non meram negationem, id eſt, implex abnutioum ſpondere, ſed curaturum ſe. &c. leg. inter ſtipulantem. in prin. hic. Quod ſi verum eſt, ſup. nos falſa aſſeruiſſe neceſſe eſt, ſtipulationem habere licere, niſi pœna adiecta ſit, ad factum extranei non pertinere, ſed promittentis tantum eiuſque ſucceſſorum. Hic nodus multis negotium exhibuit, quem nos veterum ſententiam ſecuti, facile diſſoluemus, & Paulum ab Vlpiano nihil diſſidere demonſtrabimus. Nā promittens habere licere, factum ſuum duntaxat ſuorúmque heredum præſtat: extraneorum nomine, niſi quod curare & operam dare debet, ne quis etiam extraneus ſtipulatorem interpellet, ab eoque rem auferat. Quare ſi fruſtra diligentiam adhibuerit, euicta re ab extraneo non tenebitur, quia curare tantum, non etiam facere vt rem obtineat ſtipulator obſtringitur. Quod ſi teneri eum facere vt rem habere liceat ſtipulatori, quod longe amplius eſt quam curare pugnantia ſcripſiſſe videri poſſent, vt nonnullis perſuaſum eſt l. illa ſtipulatio. hic. l. ſi hæres iuſſus de legat. 1.

Quibus modis fiat ſtipulatio.

Cap. VI.

Stipulatio non tantum pure, ſed etiam ſub conditione, aut in diem fieri poteſt. l. omnis. de verbor. obligationibus. Quod pure promittitur, id eſt, ſine die, & conditione, ſtatim debetur, & peti poteſt. d. §. omnis. l. eum qui Calendis. §. quoties. hic. l. cedere diem. de verb. ſignific. l. cum ſine præfinitione. quando dies legati cedit. l. in omnibus. infra de regulis iuris. Aliquando tamen ſtipulationi tempus ineſt, licet adiectum non ſit. l. ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. hic. idque variis ex cauſis contingit. Nam ſi quis certo loco ſe daturum ſimpliciter promittat, non niſi eo tempore elapſo conuenietur quo ad eum locum poſſit peruenire. Quod & in fideiuſſore locum habet. d. §. quoties. l. 2. §. qui ita. de eo quod certo loco. & loca, de verb. ſignif. l. ſi teſtamento. §. vlt. de fideiuſſo. Et hoc temporis ſpacium iudicis aut boni viri arbitrio perpenſis diligenter omnibus circumſtantiis æſtimandum relinquitur. l. continuus. §. cum ita. hic. Interdum ex re ipſa ſtipulatio dilationem capit, quæ ſcilicet in rerum natura nō eſt, ſed eſſe ſperatur: veluti ſi id quod in vtero ſit, aut fructus naſcituros ſtipulemur. leg. interdum. hic. leg. 1. de condit. & demonſt. Idem dicendum eſt, & cum quis domum ædificari ſtipulatur. ſicut enim promiſſor fabris & operariis vndique conquiſitis feſtinare nō cogitur, ita ſi vnum aut alterum adhibere velit, ferendus non eſt, ſed modum vbique ſeruare σπεῦδε βραδέως, vt eſt in veteri prouerbio, debet. dict. l. continuus. §. item qui Inſulam. Ex natura quoque contractus aut negotij quod geritur, tempus ineſſe arguimus: vt ſi quis pecuniam creditam pure ſtipulatus fuerit ſibi reddi, quam ſtatim repoſci antequam potuerit, vti ea debitor, natura contractus non patitur, arg. leg. incommodata. §. ſicut. ſupra commoda. l. ſi quis ſic. infra, de ſolut. Denique in omni ſtipulatione pura modicum aliquod tempus ineſſe æquitas ſuadet quo res promiſſa ſolui poſſit: quod quia iure definitum non eſt, arbitrio iudicis committitur. §. vltim. de inutil. ſtipul. l. quod diximus. & l. ratum. infra, de ſolut. & l. 1. de iure deliber. Ita tamen vt ſi debitor pecuniam ſe non habere, nec creditorem inueniri poſſe cauſetur, non protinus maior ipſi dilatio indulgetur, d. l. continuus. §. illud Cum ſtipulatio concipitur in diem, licet obligetur promiſſor, tamen interim differtur petitio & exactio. d. §. omnis. d. l. cedere diem. & §. quibus autem. de actio. Inſtit. Nec refert an eadem dies inſit ſtipulationi, an verbis nominatim exprimatur. l. ſi ita ſtipulatus eſſe in. l. eū qui Calend. §. quoties. leg. interdum. l. continuus. §. cum ita. hic. Solui autem recte ante diem poteſt, cum amplius quam debet ſoluat qui ita ſoluit, d. §. quibus autem. l. quod in diem, de ſolutio. l. poſt mortem. C. de fideicom. l. patrem. de his quæ in fraudem credit. l. 1. de condit. & demonſt. Quod eſt accipiendum, niſi creditoris interſit ante tempus non ſolui, ſiue eius tantum gratia, ſiue vtriuſque appoſitum ſit, l. eum qui. de annuis legat. l. qui Romæ. in principio. l. ſi ita relictum. § Pegaſus. de legat. 2. Quod cum incertum ſit, fauore promiſſoris adiectum interpretamur. l. cum tempus. de regul. iur. Sed ſi in diem incertum quis promiſerit, creditor ante diem recipere ſolutionem non tenetur. l. ſtipulatio iſta §. inter certam. hic. Nam dies incertus conditionem facit. l. dies. de condit. & demonſt. Atqui graue atq; durum eſſe videtur ſub conditione debitam pecuniam, ea nondum exiſtente, inuitum creditorem cogi recipere, quam deficiente fortaſſis ea, reſtituere poſtea compellatur. Dubium tamen nō eſt quin pecuniam ſub conditione debitam ſoluens liberetur, ſi poſtea extiterit. l. ſub conditione. inf. de ſolutionibus. Et quia non vno modo tempus adiici ſtipulationib. ſolet, eaq; res magnā iuris varietatē inducit, de ſingulis hoc loco tractabimus. Primū igitur Calendis dari recte ſtipulamur, quæ ſtipulatio de proximis intelligenda eſt, niſi certas Calendas expreſſerimus. Secundo aliquando vel ante Calendas vel intra Calendas: quod perinde accipi debet ac ſi Calendis ſtipularemur, vt ſcilicet ſolis Calendis vtroque caſu promiſſor conueniri poſſit. leg. ſi ita ſtipulatus fuero decem. & l. qui ante. l. eum qui ita. §. qui ita. hic. Tertio ſtipulari poſſumus hoc anno, aut hoc menſe, aut certis nūdinis, puta Lugdunenſibus dari: quo caſu niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis, aut quandiu vel exiguum tempus ſupererit earum nundinarum ſpatio, agi non poterit, tametſi ante ſolui poſſit. l. qui hoc anno. leg. eum qui certarum. hic. leg. quod quis. ſup. tit. proxim. Aliud tamen dicēdū eſt, quando quis hodie decem dari ſtipulatur, quandoquidem non differendæ actionis cauſa dies inſertus videtur, verum quo præſens oſtendatur eſſe reſponſum. leg. liber homo. 118 §. decem. hic. Quarto ſtipulatio in annos vel menſes ſingulos vtiliter concipitur. Ac tametſi, cum in ſingulos annos aliquid legatur, tot legata eſſe, quot anni credantur, primúmque anni legatum ſit purum, ſequentium vero annorum legata ſint conditionalia: tamen hic vna ſtipulatio non plures eſſe dicuntur. leg. ſi Stichum. §. ſtipulatio. hic. leg. ſi in ſingulos. leg. cum in annos. de annuis legatis, leg. ſenatus. §. vltim. de donat. cauſa mortis. Dicitur eo quoque ſtipulatio incerta, ob id opinor, quod incertū infinitúmque ſit præſtationis tempus. Et perpetua, quod morte ſtipulatoris nō finiatur, ſed ad eius hæredem tranſeat. dict. § ſtipulatio. leg. veteris. Cod. de contrah. vel committ. ſtipul. Quinto poteſt quis ſtipulari decem aureos ſimpliciter quoad vixerit. Quo caſu perpetua quidem eſt obligatio, & ad hæredem tranſit: quoniā iuris

auctoribus

auctoribos placuit, inter modos obligtionis tollendæ tempus non numerari: ſed hæres petendo exceptione pacti ſubmouebitur. l. eum qui ita.§.qui ita.hic.§. at ſi ita.Inſtit.eodem l. obligationum fere. §. placet.ſupra, tit.proxi. Cæterum dies adiecti ſolutionis differendæ non multiplicandæ aut finieodę obligationis cauſa, efficiet vt abſque vlla interpellatione in mora conſtituatur promiſſor, pœnáque committatur. l.magnam. Codic.de commit. vel contrahen. ſtipul. leg.traiectitiæ. ſupra, tit. proxi. Quod locum habet etſi mortuo promiſſore ante aditam hæreditatem tempus finitum ſit, l. ad diem.hic. l.debitor.de negot.geſtis.Non idem tamen dicendum eſſet de creditore mortuo, cum nemo ſit cui poſſit ſolui. leg.pecuniæ.ſupra de vſuris.Sed quod dicitur lapſu diei pœnam committi, ſic intelligendum eſt, niſi à creditore prolata ſit.l.cum ſtipulatus ſim. hic. Nam procutator diei proferendæ facultatem non habet, niſi libera vniuerſorum bonorum adminiſtratio fuerit ei conceſſa, quod in ſpecie illa nobili de Callimacho mutuam pecuniam nauticam accipiente, apud Scæuolam tractatum eſt, leg.qui Romæ.§. Callimachus.ff.de verb.obligat.Sub conditione quoque ſtipulatio recte contrahitur, vt ſi hoc vel illud feceris, aut dederis. Item ſi qua mihi nupſerit, Si in Capitolium aſcenderit, &c. Ex qua tunc demum naſcitur obligatio cum conditio extiterit.dict §.omnis. Si in futurũ tempus non in præſens præteritũmve collata ſit. l. conditio. leg. ſi ita ſtipulatus fuero.hic. Sed huius obligationis ſpecies ad hæredem tam ſtipulatoris quam promiſſoris tranſmittitur. leg. ſi quis, ſi Titius ff. de verb. obligat.hic.§. ex conditionali. Inſtit. eodem.tit. Solet autẽ concipi hęc conditio per dictionem, Si, vel Cum, inter quas nihil intereſſe ſcribit Vlpianus, leg.quodcunque. § non ſolum. hic. Cuiuſque rei exempla hæc fere leguntur, cum moriefis, cùm Titius debitor tuus eſſe delierit.leg.huiuſmodi ſtipulationes.hic. Si tamen ita ſtipulatus fuero, decem cum petiero dari, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, quã conditionem habet ſtipulatio.leg.ſi dicam.hic. Plane quod dictum eſt, exiſtente tantum conditione naſci obligationem, non ita accipi debet, quaſi non retro poſſit deberi pecunia, ſi hoc actum ſit, vt in hac ſtipulatione, Si Titius Conſul factus fuerit, tunc ex hac die in ſingulos annos dena dare ſpondes? l.huiuſmodi ſtipulatio.& leg ſi ita ſtipulatus fuero. hic. Eſt præterea notandum non exiſtente conditione agi poſſe, quamuis obligatio nata ſit: quod fortaſſis præter conditionem ſtipulatio diem quoque habeat, quam expectari neceſſe eſt: vt in hac ſtipulatione, Si Calendis Stichum non dederis, decem dare ſpondes? Nam perinde hæc ſtipulatio accipienda eſt mente contrahentium, ac ſi ſtipulatus ſim dare Stichum Calendis, & ſi Calendis Stichũ non dederit, decem ſcilicet Calendis, vt dies repetita intelligatur. leg.in illa ſtipulatione leg.qui ſic ſtipulatur.hic. Aliud dicendum eſt, in hac ſtipulatione, ſi Lucius Titius ante Calendas Maias in Italiam non venerit, decem dare ſpondes? Ex qua non expectatis Calendis decem poſſunt peti ſimulatque exploratum fuerit, Lucium venire non poſſe, quoniam hæc ſupradicta ratio ceſſat, leg.hoc iure. hic. Item illud quæritur, ſi plures ſint conditiones adiectæ ſtipulationi, an omnes impleri oporteat, vt committatur ſtipulatio? Et dicendum eſt, ſi diſiunctæ ſint, vnius implementum ſufficere: ſi copulatinæ, non item. leg. ſi ita quis ſtipuletur. l. ſi quis ita ſtipulatus fuerit.hic. Ad extremum notandum eſt quaſdam conditiones eſſe quæ ſtipulationi adiectæ ipſam inutilem reddunt, vt hæc, ſi promiſſor voluerit. Nulla enim promiſſio conſiſtere dicitur, quæ ex voluntate promittentis expreſſa ſtatum capit, leg. centeſimis.§.vltim.leg.à Titio.§. vltim.hic.leg.ſub hac conditione.ſup.titot.proximo. Eiuſdem generis eſt hæc & conditio impoſſibilis, leg. impoſſibilis. Cum enim ſciant impoſſibilem eſſe conditionem quam ſtipulationi adiciunt, apparet eos nihil agi exiſtimare, ideóque conſenſum ſine quo non valet ſtipulatio deficere, leg.non ſolum.ſupra.titut.proxi. leg. an inutilis. infra de accepti l.leg.cum hæres. de ſtatulibet. leg.ſi ſub impoſſibili.infra de fideiuſſor.§. ſi impoſſibilis.de inutil. ſtipul.Inſti.idque in omnibus contractibus locum habet, d.l.non ſolum.Non tamen in vltimis voluntatibus quod fauoris cauſa receptum eſſe videtur, l.3.ſupra de condit.& demonſt.& l.1.de condit.Inſt.Conditionem impoſſibilem hic accipe non modo cum natura, verum etiam cum ius, vel boni mores impedimento ſunt quo minus fiat.leg.ſi flagitij. hic. leg. ſi filius, de condit.inſtit.leg.ex eo.Cod.de inutil.ſtipul. Vnde hanc ſtipulationem, Si hæredem non feceris, centum dare ſpondes? inutilem eſſe ait Iulianus.leg. ſtipulatio hoc modo cõcepta.hic.& leg.ex eod.Cod. de inutil.ſtipul. Cuius rei in Epitome tractatus de pactis actionem à cæteris non animaduerſam docuimus. Sed quid ſi duo ſeparatim ita ſtipulati ſint, Fundum illum ſi illi non dederis, mihi dare ſpondes? Videtur eſſe inutilis ſtipulatio, ex eáque neutri actionem competere poſſe, cum ſemper dare vni poſſit promiſſor, & ita efficere vt deficiat cõditio, ſub qua alteri promiſſum eſt. Pomponius tamen finem dandi alteri fore, cum iudicium acciperetur, & occupantis fore actionem reſpondet. l. ſi Titius.hic. Hactenus de die & conditione ſtipulationi adiectis.

Conditio impoſſibilis.

Sunt alij quidam modi ſtipulationum contrahendarum, qui nequaquam prætermittendi à nobis eſſe videntur. Nam quod ſupra diximus cap. 5.res plures in ſtipulationem deduci, ſciendum eſt, aut coniunctim, aut diſiunctim id fieri poſſe. Si coniunctim, nemo dubitat omnes deberi, leg.ſi quis ita ſtipulatus fuerit.& dict.leg.ſi hæredi.Si diſiunctim, ſingulas quoque res in obligatione eſſe arbitror, ſed ſub conditione ſcilicet, niſi alia ſoluantur.l.ſi duo.hic.leg.illud. de conſtit.pecun.leg.cum is.de condict.indeb.leg.3.qui & à quibus. Nam promiſſoris eſt electio, eique liberum eſt quam velit ſoluere, leg.plerunque. de iure dotium.§.huic autem.Inſtit.de act. Vnde fit vt in alternatione ſummarum minor tantum deberi dicatur, quia veriſimile eſt reum maiorem electurum non eſſe, l.ſi ita ſtipulatus fuero.1.& 2 hic. In quibuſdam ſane caſibus amittit reus hanc electionem.

Primo, Si ex duabus rebus promiſſis vna perempta ſit, l.3. de eo quod certo loco. l.ſi in emptione.§.vltim. de contrahend. empt. tunc enim reliqua debetur, niſi eam ante obtulerit promiſſor, leg ſtipulatus ſum Damam.hic.Secundo, Si altera ex aliqua cauſa ſtipulatoris effecta ſit, leg.ſi Stichum.hic. Tertio ſi nominatim expreſſum ſit, vt creditoris ſit electio, dict.l.plerunque. An autem ei cui competit electio, poſtquam ſemel elegerit, voluntatem ſuam mutare liceat quæritur? Et dicendum eſt, cum quia legis beneficio electionem habet, qualis eſt reus qui pure & ſimpliciter illud aut illud promiſerit, quoties volet voluntatem ſuam eum mutare poſſe, leg.cum qui certarum.§.cum pure.hic. Nam ſi ex conuentione verba ſtipulationis erunt inſpicienda, quæ ſi ita concepta ſit, vtrum voluero, ſemel eligens, ſiue ſit actor, ſiue reus, mutare voluntatem non poterit. Si vero tractum habeat ſermo, & ſit talis vtrum volam, reo quoties volet, actori vſque ad litem conteſtatam mutandæ voluntatis facultas conceditur, l.ſi quis ſtipulatus ſit. l. vbi autem.§. qui illud. hic. Et nota, quod huiuſmodi electio perſonalis eſt, adeo vt in perſonam filij aut ſerui collata, ad patrem aut dominum non tranſeat, l. ſi ſtipulatus fuerim. leg.vltim. in princ.hic. Tranſit tamen ad hæredem, ſi forte ſtipu-

Electionem habens an poſſit volũtatem mutare.

Digitized by Google

latur ante electionem deceſſerit, d.l.ſi ſtipulatus. & l. illud.de optione legat. Crediderim tamen mortuo filio, aut manumiſſo ſeruo ante electionem ad patrem dominumve electionem deferri.l.ſi Pamphilo. de opt. legat. Præter ea quæ iam diximus, id eſt, diem, conditionem, alternationem, &c. extrinſecus accidere poteſt arbitrium quod in perſonam tertij cuiuſpiam conferatur: & hoc caſu ſi non arbitratur ille, effectum non habet ſtipulatio, cum ab eius perſona recedendum non ſit.l.ſi quis arbitratu.hic.l.vltim.Cod.de contrahen. vel commit. ſtip. Plane ſi arbitratum eum eſſe proponas, tunc à perſona recedi poteſt. ſed ſi præter æquum forte arbitratus fuerit, ad boni viri arbitratum redigi nihil prohibet. l.ſi ſocietatem.§. arbitrorum. ſupra. pro ſocio. De arbitrio vltimis voluntatibus inſerto quid iudicandum ſit, alibi tractatum eſt l.1 de legat. 2.l.multa.de condit. & demonſt. Quædam denique clauſulæ ſunt quæ commoditatis cuiuſdam ac vtilitatis gratia magis quàm neceſſitatis aſcribuntur ſtipulationibus: quarum præcipua eſt doli mali clauſula, id eſt, dolum malum abeſſe, &c. Cum enim omnes caſus ſpecialiter comprehendi (vt Iulianus ait) occupari, id eſt, præueniri antequam accidant, non poſſint, conſultiſſimum eſt eam clauſulam ſubijcere quæ ad incertos caſus pertineat.leg. ſtipulationes commodiſs. Committitur autem hæc ſtipulatio ita demum ſi promiſſor ipſe vel eius hæredes dolo quid fecerint. Nam extranei dolum non præſtat, niſi pœnam promiſerit. l.ſtipulatio iſta.§.ſi quis dolum.hic.l.hæc verba.de verb. ſignif.l.hac.ſtipulatione. ſupra. vſufruct. quemad.caueat.l.nouiſſima.infra.iudicatum ſolui.Cod. etſi ita excepta ſit ſtipulatio. Huic rei promiſſionique dolum malum abeſſe, &c.ſi non recte & vtiliter formula cautionis ſiue ſtipulationis concipiatur, ad id quod intereſt poterit agi.l.ex ea parte, hic. Committitur præterea ſi promiſſor non fecerit nec curauerit vt dolus malus abſit, quia non ſimplex abiutiuum continet hæc ſtipulatio, leg.inter ſtipulantem, hic. Ad eas vero partes ſtipulationis de quibus nominatim cauetur, & ad caſus nominatim exceptos hæc clauſula minime pertinet, licet generalis. leg. doli clauſula. hic. Exempli cauſa: Venditor promiſit emptori eius legis beneficio, ſe non vſurum, qua prætextu minoris pretij à contractu recedere permittitur, l.2. Cod. de reſcin.vendit. Ob clauſulam doli poſtea ſubiectam non poterit agi vt diſſoluatur venditio, arg.l.ſi ſine.§.ſi in ſtipulatione.rem ratam hab. An hæc ſtipulatio diuidua ſit an contra, ſuo loco agetur, l.4.

De diuiſione ſtipulationum.

CAP. VII.

Prima ſtipulationum diuiſio.

STipulationum quædam ſunt certæ, quædam incertæ, l.ſtipulationum.hic. Cum ex verbis ipſis aut aliqua relatione apparet quid, quale, quantumque ſit quod ſtipulamur, certum dicitur continere ſtipulatio.l. certum. ſupra.de reb.cred. Cum id non apparet, incertum. Vtriuſque multa & varia referunt exempla Iuriſconſulti tum Vlpianus, cum cæteri paſſim ſub hoc tit. l.vbi autem, hic. At incertæ quidem hæc fere ſunt. hominem, fundum vinum, frumentum, vſuras, vſumfructum fundi certi, fructus, ex fundo certo naſcituros decem aut hominem ſub alternatione dari, foſſam fodiri, vacuam poſſeſſionem tradi, pecuniam credi, vel mutuam dari, d.l.vbi autem, l.ſi pœnam. hic. Item ſi quis ex pluribus fundis, vnum puta Seianum ſimpliciter fuerit ſtipulatus, incerta erit ſtipulatio. l. qui ex pluribus. Certæ ſtipulationis exempla hæc ſunt aureos decem, fundum Tuſculanum, pœnam certam ſi mihi pecuniam non crediderís dari, d. l. ſtipulationum. cum ſequenti.d.l.pœnam. Quod mihi debes ex teſtamento.& d. l. vbi.§. illud. Quædam certum & incertum continent ſimul, vt ſi quis ſortem & vſuras ſibi aut Titio decem dari ſtipuletur, dict. l.vbi.§.qui ſortem l.liber homo.§. vltim. hic. Quæ omnia diligenter obſeruanda ſunt, vt cognoſcamus conditione certi an ex ſtipulato actio danda ſit, §.1.Inſtit. de verbor.oblig.l. certi condictio.ſupra de rebus cred. Adde quod ad diſcernendas ſtipulationes vtiles ab inutilibus hæc quoque diſputatio conducit, vt reliquos effectus miſſos faciam.

Secunda ſtipulationum diuiſio.

Quædam iudiciales ſunt, aliæ prætoriæ, aliæ conuentionales, aliæ communes, l.5.hic.& toto titul.de diuiſ.ſtipul.Inſtit. Hanc diuiſionem nemo interpretum excepto Theophilo, recte mihi explicaſſe videtur. Et ſane fieri non poteſt quin obſcura ſit iis qui officium Prætoris à iudicis officio diſcernere non norunt, iudicémque non hic modo, ſed in aliis quoque ſexcentis locis pro iudice dato ſeu priuato, non pro magiſtratu accipi ignorant. Qua de re nos ſatis accurate diſſeruimus in tractatu de pact. l. iuriſgentium. §.1. Theophilus autem rem quaſi ſuo tempore (vt opinor) minime dubiam, prætermiſit. Prætoris enim officium non in iudicandis rebus verſatur, præterquam in certis cauſis extra ordinem, ſed in iudiciis ac bonorum poſſeſſionibus dandis, in decernendis cautionibus quæ Prætoriæ hic dicuntur, & aliis id genus negotiis. Iudicis vero officium in cognoſcendo conſiſtit ac iudicando ſecundum eius formulæ præſcriptum, quam à magiſtratu accepit: nec ideo iuriſdictionem habet, ſed tantum notionem, vt argumentis pene multis in eodem commentario noſtro docuimus.

Iudicis nomen quomodo in hoc titulo accipiatur.

Prætoriæ igitur ſtipulationes ſeu cautiones dicuntur quas Prætor ex officio illo ſuo decernit, vt damni infecti, & legatorum nomine, vt tit.de damno infecto.ſupra. & toto titulo, vt legat.nomine caueat. His ſimiles ſunt ædilitiæ, quæ ab ædilibus videlicet, ex ipſorum officio decernuntur circa eas res de quibus iuriſdictionem habent, l.ſi venditor.ſupra de ædilit.edict. Iudiciales ſunt, quæ iuſſu iudicis de lite cognoſcentis, & rei ipſius gratia quæ in iudicium deducta eſt, interponuntur. Exempla idem Theophilus valde perſpicua tradit, & ex noſtris auctoribus quædam colligi poſſunt, leg. ſi poſt acceptam. ſupra de rei vindic. l. creditor. de pig act. leg. ſi cum exceptione. §. quatenus. de eo quod cert. cauſ. & leg. redhibere. ſupra de ædilit. edict. Communes ſeu mixtæ ſunt quæ non ex mero, id eſt, ſolo Prætoris aut iudicis officio proficiſcuntur, vt ſtipulatio, Rem pupilli ſaluam fore, de qua ſpecialis eſt tractatus infra item ſtipulatio duplæ. Communes dicuntur, quia non ſolum iudicis iuſſu interponuntur, ſed nonnunquam etiam ædilis ipſius. Vnde ab ædilitio edicto venire dicitur, id eſt, vt nos interpretamur, iuſſu eiuſdem ſeu imperio: licet alij aliter. Quæ res maximorum errorum cauſa fuit. Liuius Decad.3.lib. 7. *Ædilium curulium*, inquit, *edicto conuocata, quibus in vrbe Roma intráque decimum lapidem ab vrbe domicilia eſſent, ipſa inter ſe quinque viginti delegerunt, &c.* Conuentionales ſunt, quæ ſine Prætoris aut iudicis eiuſdem iuſſu fiunt à contrahentibus. Ac tametſi prætoriarum & iudicialium pauca admodum exempla ſint, harum tamen tot ſunt quot genera rerum contrahendarum. Nullũ enim negotium inter homines contrahitur, ſuper quo non recte interponatur ſtipulatio, vt ſupra alio in loco ſcripſimus. Hinc fit vt Prætoriæ ſtipulationes ex Prætoris ipſius, conuentionales ex contrahentium mente interpretationem accipiant, l.in conuentionalibus.hic.& l. in Prætoris.infra de prætor. ſtipulat. In Prætoriis quoque ſi quid addi vel detrahi vel immutari oporteat, Prætoriæ id erit iuriſdictionis: in cæteris contra, dict. leg.in

leg. in conuentionalibus. l.1.§.vltim. infra de prætor. ſtipul.

Prætoriarum ſtipulationum diuiſio.

Cæterùm Prætoriæ ſtipulationes ſubdiuiduntur in iudiciales, cautionales, & communes.l.1. inf. in princ. de prætoriis ſtipul. Iudiciales dicuntur quæ ideo auctore Prætore interponuntur, vt iudicium ratum ac magis firmum ſit, vt iudicatum ſolui, & de rato ſtipulatio. l.1. §.1.& de diuiſione ſtipul. in Inſtit. §.vlt. Quarum hæc à procuratore actoris, ſi de mandato non conſtet, illa à procuratore eius vnde petitur, quamuis mandatum habeat, exigi ſolet, toto tit. iudicatum ſolui, & rem ratam haberi. inſ. & titut. de ſatiſdat. Inſtit. & leg. vnica. Codic. de ſatiſdat. Cautionales ſunt quæ non ad iudicij confirmationem fiunt, ſed ad hoc tantum vt quis cautior & ſecurior ſit. dicuntúrque cautionales, quod tantum cautionales ſint, non etiam iudiciales, contracto vocabulo quod alioquin late patet. dict. leg. 1.§.1. Huius generis ſunt, Damni infecti ſtipulatio, Saluam fore rem pupilli. Ac nonnunquam etiam de rato ſtipulatio, quam & iudicialem eſſe poſse diximus. Cõmunes ſunt quæ fiunt iudicio ſiſtendi cauſa. Licet enim vt iudicium ratum ſit, minime interponantur, ideóque iudiciales dici non poſſint: tamen quia ad iudicium aliquatenus pertinent, non mere cautionalea dicuntur. Itaq; hæ mixtam quandam naturam habentes, tertiam

Tertia ſtipulationum diuiſio.

ſpeciem conſtituunt, d.l.1.§ 1. Quædam etiam ſtipulationes in dando, aliæ in faciendo, l.2. in princ. hic. vt ſi quis ſibi pecuniam dati ſtipuletur, quo verbo & pluriũ dominij tranſlatio non ſimplex traditio ſignificatur, l. vbi autem. §.vlt. hic. & §.ſic itaque. Inſtit. de actio. In faciendo, vt cum quis ſtipulatur ædificari inſulam, rem tradi, l.ſi rem tradi. hic. Et animaduertendum eſt verbum facere hic anguſte capi, vt dationi opponatur. Nã latius accipiendo, qui dat, facere quoque dici poteſt, l. io facto. de condit. & demonſtr. l. verbum facere. infra de verbor. ſignific. ſicut & is qui loquitur & aliquid dicit, tametſi dicta proponantur factis nonnunquam, l. aut facta in princ. infra de pœnis. Hoc amplius aliquãdo verbum hoc (quod magis mireris) non facere quod ei ex diametro contrarium eſt continet. l. cum quid. hic. & §.vlt. Inſtit. de verb. oblig. l.ſi vxor. de nuptiis. Huic diuiſioni denique plerique tertium membrum quod à Paulo omiſſum eſt, addunt, & quaſdam aiunt mixtas eſſe: vtpote quæ in dando ſimul & faciendo cõſiſtant, l. veteris. C. de contrahen. & commit. ſtipul. vt ſi quia ſtipuletur ſibi rationes reddi, l. cum ſeruus. de cõdit. & demonſt. Sed nouum non eſt vt ſub duobus ſimplicibus expreſſis, mixtus caſus contineri intelligatur; l. ita ſcriptum. de liber. & poſthumis. cum ſimilibus.

Quarta ſtipulationum diuiſio.

Quædam diuiduæ ſunt, quædam indiuiduæ, l.2 §.1 hic. Huius diuiſionis explicandæ gratia ante omnia ſciendum eſt, ex natura ipſius rei quam ſtipulamur; diuiduã ſtipulationem iudicari, aut indiuiduam: vt ſcilicet diuidua ſit ſtipulatio eius rei quæ diuiſionem admittit: alioquin indiuidua, l.4.§. Cato. l. ſtipulationes non diuiduntur. hic. Porro cum quæritur diuiduáne ſit res, an indiuidua, non tam vtique ſpectandum eſt, quid Phyſica ratione diuidi poſſit, aut non poſſit, quam quod ius noſtrum, quod & eam rationem in pleriſque ſequitur, ac vſum hominum videlicet, permittat in partes diuidi, aut non permittat, vt ex his quæ ſequuntur manifeſtius apparebit. d.l.2. §.1. Hoc iacto fundamento, vt diuiduarum atque indiuiduarum vis & natura magis eluceſcat, nos Paulum veluti ducem ſequuti, eas quæ in dando ab iis quæ in faciendo conſiſtũt diſtinguemus. ac vt ab his quæ dationem continent incipiamus, ſit hæc prima regula: Stipulatio certæ pecuniæ, ſiue quantitatis dandæ recipit diuiſionem. d. l. 2. §.1. Nam pro parte & peti & ſolui poteſt. Nec refert an eadem perſona ſit, an plures, quę debeant, quibúſve debeatur. l. in executione, §. ſpecies. hic. l.1.C. ſi cert. peta. l. ſi ſtipulatus ſim. §. qui decẽ. inſ. de ſolut. l.1.§. ſi pecunia. depoſ. l. ea quæ. C. famil. erciſc. Hæc enim diuiſio quæ numero fit, & in partes pro diuiſo propter naturã rei quæ functionem recipit in ſuo genere, tam ſtipulatori, quàm promiſſori, commodiſſima eſt. l. cum Stichus. de ſolut. l.2. de reb. credit. Sed quæri poteſt, an creditor inuitus partem pecuniæ ſibi debitæ recipere cogatur, vt pro parte liberetur debitor. Ego cum paucis quibuſdam cẽſeo, & inuito creditore diuidi ſolutionem poſſe. l. quidam exiſtimauerunt. de reb. credit. Prætereà in exceptis caſib⁹; de quib. alibi ſuſi⁹. l. tutor. l. Lucius. de vſur. cum ſimilib. Nam alioqui inter generis ſtipulationem & quantitatis contra legis ſententiam nihil intereſſet; cum ſit æquiſſimum, vt debitor generis volente creditore partem ſoluens pro ea parte liberationem conſequatur. l 2. §. mutui datio. ſupra de reb. credit. Hæc regula quaſdam exceptiones habet. Prima eſt, ſi pecunia pro opere faciendo promiſſa ſit. l. fideicommiſſa. §. ſi in opere. de leg. 3. Nam cum operis effectio diuiſionem non recipiat, vt poſtea dicemus, l. in executione. hic. nec pecunia quidem in id deſtinata diuidi debet. Secunda exceptio eſt, ſi pecunia tanquam pœna, niſi fundus puta, vel alia res detur, promiſſa ſit. Quo caſu ſi tota res non fuerit data, in ſolidum committitur ſtipulatio. l.5. §. vlt. l. in executione. §. item ſi ita. hic. l. cui fundus. de condit. & demonſtrat. Singuli tamen hæredes non ideo conueniuntur in ſolidum, ſed tantum pro partibus hæreditariis, l.4. §. Cato. Tertia exceptio eſt: cum ex noxali cauſa agitur. Nam à ſingulis ipſius ſerui dominis in ſolidum non pro parte exigitur defenſio l. ſi ſeruus communis. de noxali actio. l. vt tantum. §. item ſi ſeruus. de ſeruo corrup. l. ſi cum vno. ſi ex noxa. cauſ. aga. Et generaliter dicendum eſt, quóties hanc fuiſſe contrahentium voluntatem apparet, vt ſinguli in ſolidum teneantur, diuiduam ſtipulationem non eſſe, tametſi dationem quantitatis contineat. l. 2. infra de duob. reis. cum ſimil. Secunda regula: Stipulatio certæ ſpeciei, ſiue corporis dãdi diuidua eſt, niſi aliud actum ſit inter contrahentes. l. ſi ſtipulatus ſim. § qui de ſolut. Fit autem hæc diuiſio in partes incertas & pro indiuiſo, quæ intellectu magis habeantur quàm corpore, nõ in certas atque diſcretas, vt in quantitate diximus. l. in ſtipulationibus. hic. & l. cum Stichus. de ſolut. & l. ſeruus communis. de ſtipul. ſeruor. l. Mæuius. §. duobus. de leg 2. l. non poſſumus. ſi pars hæred. pet. cum ſimil. Cum enim natura ita comparatum ſit, vt quantitatis non etiam ſpeciei partes omnino pares, atque eædem ſint, hæc diſtributio ſi in partes certas, (& vt loquimur) pro diuiſo fieret, diuerſitas in iis & inæqualitas reperiretur, vt alibi oſtendimus in l.2. de reb. credit. Hoc ita accipiendum eſt, niſi culpa debitoris perierit res, agatúrque ad æſtimationem. l. ſi ſeruus. hic. & l. in re furtiua. ſupra de condict. furt. tunc enim fiet diuiſio, vt in prima regula diximus. Tametſi autem debitor ſpeciei partem ſoluendo, liberetur pro parte. dicto §. qui decem. Tamen ſi quis debeat fundum, dando vſumfructum, nullatenus eum liberari conſtitutum eſt. l. ſi ita ſtipulatus. 126. §. 1. hic. quaſi vſusfructus pars fundi vere non ſit, ſed in quibuſdam caſibus tantum pro parte habeatur. l.4. ſupra de vſufruct. l. recte dicimus. de verbor. ſignifi. Tertia regula, Stipulatio ſeruitutum eſt indiuidua. d. l. 2. §.1. Hæ ſiquidem natura diuiſionem non recipiunt. d. l. ſtipulationes non diuiduntur. Quod ita accipiendum eſt, vt ſcilicet ab initio pars indiuiſa in obligationem deduci non poſſit: & pro parte non poſſit peti aut ſolui. Item pro parte hæreditaria ac indiuiſa non tranſeat ad hæredes ſiue ſtipulatoris ſiue promiſſoris. l.2. l. vię. ſupra de ſeruit. l. pro parte. eo. l. hæredes. §. an ea. famil. erciſcun. l. ſi vnus. l. vnus. de

ſeruit. ruſti. prædio. l.ſi quis duos.§.ſi quis partem.l. proprium. communia prædio.l.ſi communis ſeruos.de ſtipul. ſeruor. Nam quicquid commodi percipi poteſt ex ſeruitute, ex vſu eiuſdem, id eſt facto aliquo quod corpore exequamur, puta itione, aut ambulatione oriatur neceſſe eſt, atque vſum huiuſmodi natura indiuiſum eſſe conſtat, cum pro hæreditaria parte, aut alioqui indiuiſa nemo ire aut ambulare poſſit.d.l.viæ. Non enim hic de diuiſione in partes certas ac diſcretas agimus, quæ ab his ſeruitutibus aliena non eſt. leg. via.§.vſus.l.ad certam. de ſeruit.l.ſi partem. de ſeruit. ruſtic.prædio.l.arbor.§.pen.communi diuid. Ea namque diuiſio tum fieri ſolet, cum à communione, non cum in commune aliquid acquirere volumus. l. non poſſumus.ſupra ſi pars hæredi. pet. & toto titul.famil. erciſcun. & commu. diuid. Plane ſeruitus iam quæſita per partes retineri poteſt, licet per partes acquiri non poſſit, idque ſtricta ratione repugnante, quod nonnunquam ex diuiſio vulnatem adferat. l. ſub vna.§.vlt. l.pluribus.§.vlt.l. vt pomum.§.1.de ſeruit.l.vnus ex ſociis,de ſeruit. ruſtic. prædio. Ab hac regula excipitur vſusfructus, qui inter ſeruitutes perſonales numeratur, & nihilominus recipit diuiſionem,l.5.de vſufruct.l. 1.§.ſi vſusfructus.l.ſi is qui quadraginta,cum l.ſequent. ad legem Falcid. Vſus tamen indiuiduus eſſe dicitur: quia nõ ſicut pro parte indiuiſa frui, ita etiam vti poſſumus.l.vſus pars.ff. de vſu & habitatione. Verum horum omnium ratio luculentius apparebit ex iis quę de ſtipulatione facti poſtea dicentur.

Sequuntur regulæ quædam de indiuiduitate ſeruitutum realium. Prima regula, Vnus ex ſociis ſeruitutem communi fundo imponere non poteſt: quoniam pro parte dominij quod is habet in fundo, nempe indiuiſa, non poteſt vti ſtipulator, ſed in ſolidum duntaxat, quod ſine captione alterius ſocij non fieret. l.2.de ſeruit.prædio. l. ſi quis duabus.§ ſi quis partem.communia prædio. Secunda regula: Vnus ex ſociis communi fundo ſeruitutem acquirere non poteſt. Nec enim pro parte dominij quod habet ei dari poteſt, quia diuiſionem non recipit, neque in ſolidum. quia alteri ſocio acquireret contra iuris regulam.l.pro parte.de ſeruit. l.ſi vnus.& l.vnus, de ſeruit. ruſtic.prædio.l.ſi quis ſeruus.de ſtipulat. ſeruo. Tertia regula, Hęredibus ſingulis ſtipulantis,& contra ſingulos promiſſoris hæredes ſeruitutis nomine in ſolidum competit actio.l ab hærede.§. an ea.famil.erciſcund.l.viæ. de ſeruitut.l.2.§ ex his.Quarta regula, Dominus fundi certæ parti eiuſdem pro diuiſo ſeruitutem imponere & acquirere poteſt: non enim eſt fundi pars, ſed fundus. Itaque in ſolidum, non pro parte diuiſa, hoc caſu ſeruitus acquiritur, aut imponitur.l ſi quis duas.§. ſi quis partem. commo prædio. l. ad certam.de ſeruitut. l.certos.§.1.de ſeruit. ruſtic. prædio. Quinta regula, Seruitutis vſus in partes certas & pro diuiſo certis modis diuidi poteſt, videlicet menſuris aut temporibus. Verum enim eſt, pro parte temporis quem & pro parte non ire poſse, non autem pro parte ſubſtantiali ipſius actus eundi. l. via.§.vſus. de ſeruitut.l.ſi partem. de ſeruit.ruſtic.prædio.l.arbor. communi diuid. l. Lucio,cum ſequen. de aquà quotid. & æſtiua. Non ideo tamen ſeruitus dicetur diuidua: quoniam in hac materia cum de ſeruitutibus & de diuiſione earum loquimur, partes intelligimus pro indiuiſo.l.ſi quis partem. cum ſequen.citatis ſupra. Nam diuiſio in partes certas fieri ſolet inter eos qui à communione recedere volunt, & per partes diuiſas pro indiuiſis habere. l.non poſſumus. ſupra ſi pars hæredit. petat. Quod ſi forte in ſeruitute acquirenda fuerit hoc modo facta diuiſio indiuidua, ſeruitus nihilominus dicenda erit, quod tunc etiam in ſolidum ad hæredes non pro parte hæreditaria tranſeat. Sexta regula, Seruitus iam conſtituta, fundi dominantis parte aliqua pro indiuiſo alienata, non extinguitur, ſed eam partem ſequitur ſeruitus, ſinguliſque fundi, cui debetur, dominis in ſolidum cõpetit.l. via.§.quæcunque.de ſeruit.ruſtic.prædio.& l.3.ſi ſeruit.vindic. Septima regula, Communicatione prædiorum ſiue dominantis, ſiue ſeruientis, ſiue vtriuſque non amittitur ſeruitus iam quæſita, ſed pro parte retinetur.l.pluribus. hic. l.ſi quis hodie. de ſeruit. ruſtic. prædio.l.vnus ex ſociis.de ſeruit. ruſtic.prædio. Hic enim ceſſant illa incommoda pro parte, quoniam ſeruitutem diuidi non poſſe diximus. Octaua regula, Seruitus promiſſa tantum, nec dum conſtituta, alienata parte fundi dominantis pro indiuiſo amittitur. in eum enim caſum incidit à quo incipere non poteſt. nec poteſt ſequi fundum cui nondum quæſita ſit, l. ex parte. de ſeruit.l.ſi ſub vna.hic. Hactenus. Nona regula, Stipulatio generis & hominis incerti vel plurium rerum ſub alternatione, veluti Stichi aut Pamphili, quantum ad ſolutionem attinet, indiuidua eſt, dicta l. 2.§.1.hic. Quare tametſi promiſſor hominis partem Stichi ſoluere poſſit, tamen ſolutione ea, donec fuerit altera pars data, neque pro parte quidem liberatur, l. ſi ſtipulatus.§.qui decem.l.qui hominem.de ſolut. idque ex legis diſpoſitione contingit ad mentem contrahentium magis quàm ad rei naturam reſpicientis, ne videlicet non vnam rem integram, ſed diuerſarum rerum partes creditor conſequatur: & ſic aliud pro alio ſoluatur, inuito eo, contra iuris regulam,l.in executione. §.pro parte.hic.l.2.de rebus credit. Quod dictum eſt de promiſſore, in hæredibus quoque eius pro parte ſoluentibus locum habet.l.2.§.ex his.hic. Idémque de fideiuſſoribus eiuſdem dicendum eſt, d.l.2.§.ſi tamen. Sed an idem iuris ſit hæredibus in ſtipulatoris hæredibus. Et puto in diuerſis rebus partes ſolui eis non poſſe, ne aliud pro alio ſoluatur, d.l.2. de reb. cred. Cæterum huius regulæ exceptiones quædam reperiuntur. Prima, cum plura genera, veluti duo homines incerti in ſtipulationem deducuntur: quo caſu numero fit diuiſio, & omnino incommodo caret, vt de quantitate ſupra diſſeruimus, l.in ſtipulationibus.l.ſi centum.hic. Secunda exceptio eſt, Si ſtipulator incerti hominis ab vno ex hęredibus promiſſoris partem in iudicio petierit, vel eum acceptilatione liberauerit. Nam cęteri partem cuiuſlibet hominis ſoluendo ſtatim liberabuntur. Etenim verendum non eſt, ne altero abſoluto vel liberato in diuerſa ſpecie poſtea ſolutio fiat, l.2.§. ſi tamen.hic. Ex ſtipulationibus dandi quæ diuiduæ, quæque indiuiduæ ſint, ſatis opinor hactenus demonſtratum eſt. Iam ad eas quæ in faciendo conſiſtunt, aggrediamur. Has igitur Cato vetuſtiſſimus iuris auctor, apud Paulum lib.12. ad Sabinum, ita demum recipere diuiſionem ſcribit, ſi factum quod continent diuiduum ſit,l.4.§. Cato.hic. Vnde cùm maior factorum indiuiduorum numerus, quam diuiduorum eſſe videatur, pro regula tradi ſolet, ſtipulationem facti indiuiduam eſse, à qua id quod diuiduum eſt excipitur, l. ſtipulationes non diuiduntur. hic.& dict.§. Cato. Ratio ab Vlpiano huius regulæ prodita eſt, quia talis diuiſio corrumpit ſtipulationem. dicta leg. ſtipulationes non diuiduntur. Nam ſi quis pro parte ſcilicet indiuiſa fieri aliquid ſtipuletur, vt domum ædificari, aliudve quid ſimile, inutilis & irrita fit ſtipulatio, cum operis effectus (vt idem inquit) in partes ſcindi non poſſit, id eſt, opus ipſum naturaliter non poſſit pro parte hæreditaria tantum aut alias indiuiſa fieri.l.Mæuius.§.duobus.de legat.2.l. ſeruus communis. de ſtipulatione ſeruorum. Hæ ſiquidem partes con-

fuſæ

fuſæ ſunt & indiſcretæ, vt ante diximus. Quare nemo ante operis conſummationem pro parte ſua quicquam feciſſe dicitur. l. ſi is qui quadringenta. §. quædam. ad leg. Falcid. l. fideicommiſſa. §. ſi in opere. de legat. 3. In partes autem certas factum eſſe nihil vetat, ſed ea diuiſio nihil ad rem noſtram attinet, vt de ſeruitute iam dictum eſt. dicta l. 2. §. præterea, de aqua pluuia arcenda. Sane poſt moram, quoniam & in obligatione & petitione eſt pecunia quæ recipit diuiſionem, licet vnius facto omnes hæredes teneantur, non tamen in ſolidum, ſed pro parte tantum hæreditaria conueniendi ſunt, inter quos eo nomine poſtea familiæ erciſcundæ iudicium datur. l. 2. §. item ſi. l. 4. §. Cato. l. ſtipulationes non diuiduntur. l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus. hic. l. ſi quis ab alio. ſupra de re iud. Hæc regula (vt iam dixi) de factis indiuiduis tantum intelligitur: nam in iis quæ indiuidua ſunt contra dicendum eſt. dict. §. Cato. Sed operæpretium eſt videre quomodo facta diuidua ab indiuiduis dignoſcantur. Raphael Cumanus (vt aliorum commenta, quæ tamen vulgo probantur, miſſa faciam) ea facta cenſuit indiuidua eſſe, quæ (vt ipſe loquitur) viſibilia ſunt, diuidua vero, quæ inuiſibilia. Quæ ſententia à cæteris fere refutatur, partim velut ſomnium quoddam ridetur, & contemnitur. Hanc opinor ob cauſam, quod vir eruditior quàm eloquentior, non ſatis commode nec dilucide, quod recte ſentiebat, eloquutus ſit. Nos autem, vt eius mentis lux aliqua à nobis afferatur, ea facta indiuidua eſſe dicimus, quæ corpore tantum exequimur, vtpote quæ nihil iuris habeant, quod animi functionem requirat: vt foſſam fodere, rem tradere. & ſimilia quæ vel à demente & eo qui intellectu ac iudicio caret, non minus quam à ſano homine expediri poſſunt. l. ſi rem tradi. hic. l. 1. §. apiſcimur. ſup. de acq poſs. Cũ enim in hac executione nihil poſſit animus, ſed corpore omnino opus ſit, quodammodo poteſt ea diuiſio locum habere, quæ intellectu tantum fiat, non etiam corpore, d. l. ſeruus communis. & d. l. Mæuius. §. duob. Hæc ſunt facta quæ Raphael viſibilia, nos fortaſſe rectius corporalia vocare poſſumus. Diuidua vero ſunt quæ animo magis exequimur, quam corpore, vt dare, quod dominium transferre ſignificat. l. vbi autem. §. vlt. hic. Vacuam poſſeſſionem tradere. &c. quę aliquod ius continent, veluti dominium aut poſſeſſionem, ad cuius tranſlationem animus eſt neceſſarius, nec corporalis executio, traditióque nuda ſufficit. d. l. 1. §. adipiſcimur. l. qua ratione. §. hæc quoq. de acq. rer. dominio, l. in conuentionalib. §. vlt. hic. l. locus. de acq. poſs. Fit autem hæc intellectualis (vt ita loquar) diuiſio ob cõmodum aliquod ea iuris tranſlatione prouenien, vt exemplis facile oſtendi poteſt. Quapropter in iis quæ facta ſimplicia ſunt, quibúſque nihil iuris ineſt, cuius pars indiuiſa vtilitatem aliquam adferat, talis diuiſio fruſtra fieret, vt concedamus ea in partes pro indiuiſo intellectu diuidi poſſe. Conſequens eſt vt ſingula facta paulo accuratius hic expendamus, quæ diuidua, quæq; indiuidua à noſtris dicuntur, vt regulæ à nobis traditæ veritas atque vtilitas magis perſpicua ſit.

Diuidua facta ab indiuiduis qui dignoſcantur.

Ac in primis inter indiuidua facta nominatim recenſentur, *Iter fieri*, ſiue quod idem eſt, *Per te non fieri quominus mihi ire liceat*, l. 2. §. item ſi in facto. l. 4. §. Cato. l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus, hic. l. inter. §. quod ex facto. famil. erciſcun. Et qui ita ſtipulatur, meum factum non ius ſeruitutis ſtipulari intelligitur, niſi aliud actũ eſſe appareat, d. §. itẽ ſi in facto. l. ſemper. de reg. iur. Nam verius eſt, ſtipulationẽ ſeruitutis dationem magis quàm factum continere, l. 3 de vſufructu. l. ſi vnus. de ſeruit. ruſticorum prædiorum. Illud conſtat, in conſtituenda ſeruitute viæ vel itineris, ſi hæc ſtipulatio more antiquorum interponatur, factum duntaxat non ſeruitutem ea contineri, l. quoties. de ſeruitutib. l. ſtipulatio. §. ſi quis. hic. Idem Vlpianus ſcribit, cum quis ſtipulatur, Sibi rem habere licere. quam ſtipulationem in venditione olim interponi ſolitam fuiſſe ſupra admonuimus, cap. 5. l. 3. in princ. hic. Quod videtur regulæ à nobis traditæ contrarium, cum ius contineat, ideoque diuiſionem recipere videatur, l. ſtipulatio iſta. §. ij, qui verum. Hoc Vlpiani dictum intelligi poteſt cum contractui venditionis accedit, cuius indiuiſa natura ſiue conditio eſt præſumpta mente contrahentium & legis diſpoſitione, l. cum ea cauſa. l. in executione. §. in ſolidum. hic. l. ſi rem. de euict. l. quod ſi nolit. de ædilit. edicto. vel cum hæc ſtipulatio ſimplicem ac nudam detentionem, non ius dominij aut poſſeſſionis continet, quod in pleriſque caſibus contingit, d. l. ſtipulatio. §. ij, qui. & §. habere. Cæterum hanc ſtipulationem inter ſtipulatoris hæredes diuidi dubium non eſt, quod ipſorum non interſit vt in ſolidum eis detur actio. l. 2. §. contra. l. 4. §. ſi is qui duplam. hic. Inter exempla factorum indiuiduorum hæc quoque cõmemorantur quæ ad opificia & artes quas vocamus mechanicas pertinent, Foſſam fodere, inſulam fabricare, ſtatuam facere. Idémque aliis ſimilibus iudicandum eſt, quæ corpore tantum exequuntur & expediuntur, nec quicquam iuris habent, quod intellectu diuidi poſſit. l. ſtipulationes non diuiduntur. l. hic. l. fideicommiſſa. §. ſi in opere. de leg. 3. Nec aduerſatur huic ſententiæ quod ſcribit Paulus, Si teſtator opus fieri iuſſerit, pro portione ſua eos præſtare quibus pars hæreditatis accreſcit, l. mortuo. §. vlt. de legat. 2. Nam horum verborum ſenſus eſt, Eum cui accreuit pars, teneri cohæredib. ad partis præſtationem, iudicio videlicet familiæ erciſcundæ, non autem legatariis, quibus nunnniſi in ſolidum præſtari poteſt. Fundum tradere ſimiliter factum dicitur indiuiduum, cũ traditio quæ corpore ſolo fit, in partes indiuiſas ſecari nequeat. l. ſtipulationes non diuiduntur. Proinde quoties animo trãſferendi dominij aut poſſeſſionis fit traditio, eo caſu ius diuiduum continet, nec corpore tantum, ſed etiam animo explicatur, factum diuiduum iudicari debet. l. locus. de acquir. poſſeſſ. l. in conuentionalibus. §. vlti. hic. l. exempto. de act. empt. cum ſimil. Item operæ præſtatio in numero habetur factorum indiuiduorum. Eſt enim facti tantum, nec ei quicquam iuris ineſt, l. ſtipulationes non diuiduntur. l. libertis. de operis libert. l. 1. § ſi vſusfruct. ad l. Falcid. Si tamen plures operas quis ſtipulatus ſit, ad exemplum earum ſtipulationum, in quibus genera comprehenduntur, fit diuiſio, de quibus ſupra diximus, l. in ſtipulationibus. §. operarum. hic. Quod autem apud Pomponium atque Iulianum legitur, Partem operæ peti & debere, &c. ad operæ iam præteritæ æſtimationem refertur, d. §. operarum. l. ſi quando. de operis libert. Diuiduorum factorum exempla hæc reperiuntur, Amplius non agi: rem ratam haberi. leg. 4. §. Cato. hic. l. cum debitor. l. ſi procurator. rem ratam habe. quibus dare, vti frui, & ſimilia quæ ius diuiduum continent addi poſſunt: idque omnino caret difficultate, ſi eiuſmodi facta in ſtipulationem ſimpliciter deducta ſint: ſin autem adiecta ſit pœna, in ſolidum ſtipulatio committitur, ſiue dationem, ſiue factum quodcunque aliud diuiduum contineat, quod conditio pro parte impleri non poſſit. l. cui fundus. ſupra de condit. & demonſtrat. Quod nonnulli ita accipiendum putant, niſi mentio hæredum facta ſit in ſtipulatione contrahenda, quaſi enumeratione perſonarum conditio diuiſa videatur. d. l. cui fundus l. falſa. §. vltim. eo. l. Seia. de vſur. Eſtque probabilis hæc ſententia, verbis Pauli congruens cum ait, *Nam & hac ſtipulatione ſolus tenebitur*, &c. dict. §. Cato. ad fin. Nec obſtat quod Cato de ſtipulatione, Amplius nõ agi

Digitized by Google

per te nec per hæredem tantùm cenſuiſſe creditur, cum præſertim eodem in loco his verbis, Iter fieri & per te non fieri: quominus mihi ire agere liceat, promiſcue vtatur. d. §. Cato, verſic. ab omnibus. & verſic. differentia, &c. Sed quid de hac ſtipulatione dicemus, dolum malum abeſſe à te hæredéque tuo? Paulus eam comparare videtur ſtipulationi, Per te non fieri, neque per hæredem tuum, quominus mihi ire agere liceat, quam omnino conſtat indiuiduam eſſe. l. 4. in princ. hic. Verum in ea ſententia non permanet, ſed recitata Catonis diſtinctione, in qua extraneæ illius ſtipulationis meminerat, Per te non fieri, &c. ſtatim ſubiicit, *Videamus ne non idem hic ſit, ſed magis idem quod in illa ſtipulatione, &c.* d. §. Cato. verſic. ſed videamus. id eſt (vt ego interpretor) ne non idem ſit in ſtipulatione dolum malum abeſſe, de qua proxime locutus fuerat Paulus, quod in ſtipulatione, per te non fieri, apud Catonem. Eſt enim ſimilior illi ſtipulationi, Titium hæredémque eius ratum habiturum, cum factum diuiduum plerunque contineat, l. redhibere. ſupra. de ædil. edict. In hæredibus ſane ſtipulatoris non diſtinguimus facta ſit hæredum mentio, nécne, ſed pro parte hæreditaria agunt ſinguli, quod non amplius ipſorum interſit. dicta. l. 4. §. vlt.

De effectu ſtipulationis.

Cap. VIII.

PRæcipuus ſtipulationis affectus eſt, actio quæ ea res naſcitur, nempe certè condictio, ſi certum contineat ſtipulatio: ex ſtipulatu, ſi incertum. §. 1. Inſtit. eo. Sed plerique caſus ſunt in quibus neutra locum habet. Primus caſus sit, cum ſpecies promiſſa ante moram culpámve promiſſoris aut perempta eſt, aut in commercio hominum eſſe deſiit, l. ſi ex legati cauſa. l. ſi Stichus. l. is qui alienam. l. ſi ſeruum. l. qui ſeruum. l. ſtipulatus ſum Damam. l. mora. hic. & l. quod te. de rebus credit. l. 4. qui ſatiſdare cogant. l. ſi quis ſolutioni. §. vlt. de vſuris. In quantitate diuerſum ius ſeruatur, niſi tanquam ſpecies promiſſa ſit, l. incendium. C. ſi cert. petat. & l. ſi certos. hic. & l. ſed ſi certos. de legat. 1. Moram autem facere is dicitur, qui interpellatus loco & tempore opportuno non ſoluit, ſi iuſtam differendæ ſolutionis cauſam non habeat: quod iudicis arbitrio committitur, d. l. ſi ex legati cauſa. & d. l. ſi ſeruum. l. ſi pupillus. & l. nemo rem. l. filiusfamilias. §. vlt. hic. l. ſi quis filium. de collat. bono. l. ſciendum. cum ſequen. l. mora. l. paratum. ſupra de vſuris. Interdum re ipſa fit mora ſina interpellatione, veluti lapſu diei adiectæ ſtipulationi, conditionis euentu, & alia quibuſdam modis, l. magnam. C. de contrahen. vel commit. ſtipul. l. traiectitiæ. ſup. tit. proxi. l. in minorum. C. quib. mod. in integrum reſt. non eſt neceſſaria. Culpam admittere is dicitur, qui ſeruum promiſſum, exempli cauſa, interfecit abſque iuſta cauſa, vel manumiſit, l. ſi ſeruum. & l. qui ſeruum. hic. Cæterum rei principalis mora nocere poteſt fideiuſſori, vt perempta re debita aduerſus eum perpetuetur obligatio, ſed non cõtra. l. mora. & l. ſi pupillus. hic. l. ſi à colono. §. vlt. de fideiuſſor. l. mora. §. vlti. de vſur. Non ideo tamen augeri obligationem fideiuſſoris Africanus ait, l. centum Capuæ. de eo quod certo loco. Idémque iuris eſt in patre & filio quod in reo, & fideiuſſore dicimus, l. cum filiusfamil. hic. l. ſi ſeruum. §. an filiusfamil. hic. Sed quod dicitur, perpetuari obligatioñe interitu rei, ſic accipiendũ eſt, niſi poſtea offerendo quod debet morã emendauerit debitor, l. ſi ſeruum. §. ſequitur, l. interdũ. §. vlt. hic. & l. illud. de periculo & commodo rei venditæ. Quæ emendatio vſque ad iudicij tempus admittitur, l. ſi inſulam. hic. l. ſed ſi alio de conſtitut. pecunia. l. ſi cũ dies §. vlt. de recept. arbitr. Niſi forta actorem eſſe proponamus, qui conſeruandæ actionis gratia intra modicum tempus offerat pecuniam, cuius ſolutionem ante moratus fuerat. Quo caſu ad tempus iudicij reſpiciendum non eſſe euidens ratio ſuadet. l. ſi ita quis promiſerit. §. Seia. hic. & l. non ſolet. de reg. iur. Nam quod de iudicij tempore dicitur, tunc locum habet, cum reus ad vitandum ſcilicet periculum interitus, vel pœnam promiſſam, vel in obligationibus faciendi æſtimationem litis moram à ſe factam purgare vult, quod ei ex bono & æquo permittitur, præterquam in exceptis caſibus. Veluti, ſi ſtipulatio diem & pœnam contineat, ſi huic iuris beneficio renuntiauerit, ſi interſit actoris & aliis ſimilibus, de quibus ſigillatim tractare temporis breuitas non ſinit. l. magnam. C. de contrahen. & commit. ſtipul. l. traiectitiæ. ſup. tit. proa. l. ſancimus. C. de fideiuſſoribus. & l. vtique, & l. Celſus. ſupra de recep. arbitr. Nec iis aduerſatur vulgare illud, Omnia iudicia abſolutoria eſſe, §. vlt. de perpet. & tempo. act. Inſtit. Quo admonemur, ſi ante ſententiam omnimodo ſatisfaciat reus, ſiue pœnam, ſiue aliud quodcunque petitum fuerit præſtando, eum abſolui debere, & iam pridem docuimus in commentario de in litem iurando. At cum lis nondum conteſtata eſt, offerendo ſolum quod debuit ante moram, aut ſi quid præterea forte intereſt actoris, liberatur, d. l. ſi inſulam. d. l. vtique.

Secundus caſus eſt, in quo ex ſtipulatione non competit actio, cum dolus interuenit ſtipulatoris, ſiue cauſam ipſi contractui dederit, ſiue inciderit in contractum. Nam licet ipſo iure actio non denegetur, quia ſtipulatio bonæ fidei non eſt contractus, tamen exceptione doli ſubmouebitur actor. l. ſi quis cum aliter. hic. l. dolo. C. de inutil. ſtipul. Cuius diuerſitatis ratio in loco iam dicto à nobis tradita eſt. Idem de metu ſcilicet mortis, vel cruciatu corporis dicendum eſt. l. ſi quidem. Cod. de contrahen. ſtipul. d. l. dolo. Sed & ſi res ipſa in ſe dolum habeat, nec vlla ſtipulatoris machinatio arguatur, danda erit nihilominus exceptio, vt ſi abſque cauſa quid promiſſum ſit. dicta l. ſi quis. l. 2. §. circa. de doli except.

Tertius caſus eſt, cum ſtipulationem ſecuta eſt nouatio. l. qui vſumfructum. hic id eſt, cum noua ſtipulatione & obligatione vetus perempta eſt, l. 1. de noua. l. ſi vnus. §. pactus. de pactis. vel cum ſtipulator cum alio quàm promiſſore litem conteſtatus eſt. l. delegare. de nouat. l. ſolutionem, de ſolut. Et hæc nouatio dicitur voluntaria. l. aliam. de nouatio. eſt alia nouatio neceſſaria vulgo appellata, quæ lite conteſtata inter ſtipulatorem & promiſſorem fit, de qua hic non loquimur. Hac enim nouatione nihil de priſtina obligatione decedit, ſed ideo nouationis nomen ſortita eſt, quia hoc modo veteri obligationi noua pleraque accedunt, quibus actoris conditio fit melior. d. l. 1. C. de iud. l. actori. Cod. de rebus cred. Hinc exſtitit vulgatiſſima quæſtio, an ſtipulatio pœnalis nouet principalem, de qua ſatis ſupérque ab aliis diſputatum eſt: nec tempus ad eam diſcutiendam nobis ſuppetit. cuius fit mentio l. qui Romæ. §. Flauius. l. ſi ita ſtipulatus fuero. §. vlti. hic. no. in l. ita ſtipulatus. hic. in l. qui pacto. C. de pact. Præterea notandum eſt, actionem ex ſtipulatione competentem ſtricti iudicij eſſe, nec in eorum numerum referri, quæ bonæ fidei ſunt. l. in actionibus. cum ſequen. de in litem iuran. Proinde in hac actione non veniunt fructus. niſi à tempore litis conteſtatæ. l. filiusfamilias. hic. l. videamus. de vſur. Sed nec vſuræ, niſi ſpecialiter promiſſæ ſint. l. 3. C. de vſur. l. ſi ita quis. in princ. l. cum ſtipulanti. l. qui Romæ. §. Seia. hic. Hĩc veniunt ea tantũ quæ nominatim expreſſa ſũt in ſtipulatione cõtrahẽda. l. quicquid. l. ſi ſtipulatus fuerim. l. ſi à colono. l. vẽditoris. l. cũ ſtipulamur. l. ſi ita quis. §. vlt. hic. Niſi de aliis

quoque actum eſſe appareat. Inde etiam conſequitur, ſi quid obſcure aut ambigue dictum ſit in ſtipulatione concipienda, id ſtipulatori magis quàm promiſſori nocere. l. quicquid. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. l. cum quæritur. de reb. dub. Quod ſi perſpicuis verbis vſus fuerit ſtipulator, quid ea ſignificent, non quid promiſſor ſenſerit ſpectare debemus. l. ſi mihi & Titio. hic. Aliquando tamen verbum obſcurum aut ambiguum non ſecundum promiſſorem interpretamur, ſi ita interpretando res in tuto futura non ſit. l. quoties in ſtipulationibus. hic. Poſtremo hæc actio ad hæredes & in hæredes tranſit. l. veteris. C. de contr. vel commit. ſtip. l. ſi ita ſtipuler. l. ex ea parte. §. vlt. hic. etiam ſi conditionalis fuerit ſtipulatio. l. ſi quis ſi Titius. hic. §. ex conditionali. eod. tit. Inſtit. Adde quod facultas implendi conditionem ad hæredem quoque tranſit: & ita Scæuolæ reſponſum contra receptam opinionem accipiendum eſſe arbitror. l. qui Romæ. §. Agerius. hic.

IN TIT. III.

DE DVOBVS REIS CONSTITVENDIS.

REi ſic dicuntur, quorum res agitur, vt Cicero ait lib. 2. de Orat. licet hoc verbum crebro aliter accipiatur. Reus enim ſtipulandi dicitur is qui ſtipulatur: reus promittendi qui promittit. l. 1. hic. Eiuſdem autem obligationis ſiue rei non tantùm vnus poteſt eſſe, verum etiam plures quibus eadem res debeatur, aut qui eandem rem debeant in ſolidum. Quomodo autem hi conſtituantur, ac quæ ſit vis & poteſtas huius conſtitutionis, tractatur ſub hoc titulo.

De reis promittendi.

Cap. I.

COnſtituuntur duo rei promittendi, cum poſt interrogationem à ſtipulante factam vtique de eadem re, id eſt, ſumma, puta decem aureis vterque ſeparatim reſpondet, ſpondeo, vel ſpondemus. l. 4. Eadem enim decem debent ſtipulatori, non ſinguli quinque. quod ſi vnus tantum reſponderit, alter non reſponderit, is qui reſpondit, ſolus manet obligatus. l. duos reos. hic. l. ſi ex duobus. hic. Idem dicendum eſt, ſi alter poſt longum temporis interuallum reſpondit. l. duos reos. Nam tantum abeſt, vt duo rei ſint, vt ne vllo modo alter quidem obligetur. l. ſi ex duobus. Non aliter autem duo rei promittendi eſſe intelliguntur; quam ſi expreſſum ſit, aut ſaltem appareat actum eſſe, vt eandem rem vterque debeat: vt exempli gratia, cum ita ſit interrogatio, Semproni, promittis decem, Mæui eadem decem mihi promittis? & reſpondet vterque, ſpondeo, vel ſpondemus: duo ſunt rei promittendi, & tenentur in ſolidum. l. 4. alioqui pro virili parte ſinguli tenentur l. reos cum in tabul. Cæterum duo rei debendi fiunt in omni contractu & obligatione. l. tandem. l. ſtipulatio. hic. adeo vt teſtamento fieri quoque poſſint d. l. eandem. quod eſt accipiendum, modo id actum eſſe appareat. nam aliàs tenentur hæredes legatario pro hæreditariis portionibus. l. ſiue à certis. hic: nec refert an res aliqua deducatur in obligationem, an factum, veluti opera, vt duo rei conſtituantur. l. 5. porro ex pluribus reis promittẽdi alius pure, alius in diem & ſub conditione obligari poteſt, l. ex duobus. hic & Inſtit. eo. §. vlt. Sed & ſi ex diuerſis locis pecuniam ſibi dari quis ſtipulatus ſit, diſparitas locorum non vitiat reorum conſtitutionem, quamuis non eodem tempore conueniri poſſit vterque. l. eãdem. §. vltim. Si tamen in deponendo penes duos paciſcatur quis vt ab altero quoque culpa præſtetur, hæc imparitas obligationis facit vt duo rei non ſint, quia eiuſdem rei nomine obligati non videntur. dicta l. eandem. §. ſed ſi quis.

Effectus.

Cap. II.

REi promittendi tenentur ſinguli in ſolidum, l. 2. & 3. hic. l. 2. C. eod. niſi actor à ſingulis malit partem exigere. d. l. 3. l. reos. Itaque vno ſoluente alter liberatur. idem eſt, & ſi vni acceptum feratur, quia acceptilatio ſpeciem ſolutionis habet. l. ſi ex pluribus. de acceptilatione. §. 1. Inſt. quibus modis tolli. obligat. aut ſi vnus deferente creditore iurauerit. l. in duobus. §. ex duobus. de iureiur. ſupra. Aliud dicitur cum vnus deportatur in inſulam: nam eo liberato alter manet obligatus. l. vlt. hic. l. quoties. infr. de nouat. Illud notandum eſt, cum vnus alteri hæres exiſtit, vtranque cauſæ cognitionem manere, nec vnam ab altera perimi, cuius rei non minima vtilitas eſt, l. ſi reus. hic. l. ſi duo. inf. de ſolut. l. gratum, de fideiuſſ. Item factum vnius dicitur alteri nocere. l. ex duobus hic. l. vlt. C. eo. ſed obſtat l. mora. ad fin. de vſur. Poſtremo ſi ſocij non ſint, non proderit vni quod ſtipulator alteri eorum pecuniam debeat, ad compenſationem ſcilicet. l. ſi duo. hic. Quod autem dictum eſt, in ſolidum poſſe conueniri ſingulos à ſtipulatore, ſi velit, ita demum locum habere voluit Iuſtinianus, ſi aliter alij ſoluendo non ſint, vel abſentes ſint. authent. περὶ τῶν ἀλληλεγγύων, id eſt, de duobus reis promittendi.

De reis ſtipulandi.

Cap. III.

COnſtituuntur duo rei ſtipulandi, cum poſt omnium interrogationem ſeparatim factam de eadem re, puta decem aureis debitor reſpondet, vtriſque veſtrûm dare ſpondeo, vel ſpondeo ſimpliciter. Inſt. de duob. reis. in princ. Nam ſi ſeparatim vtrique reſponſum ſit, promiſſor vtrique eiuſdem rei nomine obligatus minime intelligitur, ſed dena ſingulis, non eadem decem debebit. At hæc reſponſio debet ſequi interrogationem. d. l. duos reos. §. duo rei. vt autem duo rei ſtipulãdi ſint, aut verbis expreſſum, aut ante actum id eſſe oportet, vt de reis promittendi diximus. Quare ſi in tabulis ſcriptum ſit, Titium & Sempronium decem ſtipulatos; virilem partem ſinguli ſtipulari videntur, l. reos. §. cum tabulis. Quod dictum eſt de eadem re, etiam eo pertinet, vt intelligamus diuerſitatem rei in ſtipulationem deductę conſtitutionem reorum vitiare: vt ſi duo fuerint ſimul ſtipulati vſumfructum qui non poteſt eſſe idem in perſona vtriuſque, aut dotem etiam, l. ſi id quod. hic. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita. de verb. oblig. l. 4. infra, de nouat.

Effectus.

Cap. IV.

SIngulis in ſolidum promiſſor obligatur. Itaque petitione vnius ius alterius perimitur. l. 2. l. duobus. l. ſi per imprudentiam. §. vltim. de euict. acceptilatio etiã vnius alteri nocet, l. & per iuſiurandum. §. vltim. de accept. Eadémque ratio eſt iuriſiurandi ab altero delati. l. in duos. de iureiur. ſed & nouare alter in præiudicium alterius poteſt. l. ſi idem. §. ſi duo. de nouat. nec obſtat l. ſi vnus. de pactis, vt ibi dixi, pactum verò vnius non nocet alteri, l. ſi duo. de recept. arbit. quam Fulgoſius rectè interpretatus eſt, vt ſcripſi in dict. l. ſi vnus.

Digitized by Google

FRANCISCI DVARENI
IVRECONSVLTI IN LIB. XLVI. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE FIDEIVSSORIBVS ET MANDATORIBVS.

Capvt primvm.

Fideivssor eſt, qui quod alius promiſit aut debet fide ſua, periculóque ſuo eſſe iubet, qui & adpromiſſor dicitur, quod promiſſioni atque obligationi principaliter accedat. l. ſtipulationum aliæ. §. ſatis acceptum. ſupra de verb. oblig. Hinc conſequens eſt, per ſe neminem poſſe fideiubere. l. hæres. §. ſed non à mandatore & conſtitutore, quia mandator ſemper obligationem præcedit. l. ſi vero non remunerandi. § ſi poſt. ſup. mandat. fideiuſſor etiam præcedere, & ſequi poteſt. §. fideiuſſor. Inſtit. de fideiuſſo. l. ſtipulatus ſum. l. ſi ita ſtipulatus hic conſtitutor ſemper ſequitur.

Quomodo fideiuſſor obligetur.

Cap. II.

Obligatio fideiuſſoria contrahitur interrogatione & reſpõſione. Fide tua eſſe iubes, quod mihi Titius debet? iubeo. d. l. ſtipulationum aliæ. 10. §. ſatis acceptum. de verb. oblig. l. Græce. hic. l. blanditus. Cod. eod. Mandator verò ſolo conſenſu. Sed videodum eſt ne is qui pro aliis fideiubet, eum daturum aut facturum promittat, quia factum alienum inutiliter promittitur. l. ſicut reos. ſed potius eius nomine, cuius intercedere vult. Item cum quæritur quomodo contrahitur hæc obligatio, trium perſonarum habenda ratio eſt, eius qui fideiubet, creditoris apud quem fideiubetur, & debitoris principalis pro quo fideiubetur. Ac fideiuſſoris quidem creditoriſque conſenſum neceſſarium eſſe conſtat, adeo vt alij promittat fideiuſſor, quã creditori eius pro quo iotercedit, non valet fideiuſſio, l. ſi fideiuſſor obligari. in prin. debitoris vero conſeoſus non eſt neceſſarius. l. fideiub. ſed eum eſſe debitorem ſufficit. Nam nullo exiſtente debitore fideiuſſor fruſtra intercedit, vt infr. Vnde tractatum eſt reo mortuo promittendi, an ante aditam hæreditatem fideiuſſor accipi poſſit. Et Florentinus ait poſſe, quia hæreditas perſonæ defuncti vice fungitur, eo mortuo, fideiuſſor non ſolum pure, ſed etiam ſub conditiooe & ex die accipi poteſt, l. ſtipulatus ſum. l. Græce. ſup. itidem accepto. l. ſi plures. l. ſi à reo. item poteſt vſque ad certum tempus vel incertum accipi. l. pen.

De re ſine cauſa ob quam fideiuſſor obligatur.

Cap. III.

Omni obligationi poteſt accedere fideiuſſor. l. t. etiã naturali. 6. l. fideiuſſor obligari. §. fideiuſſor. ..li à reo. §. adeo. & honoratus. l. Græce. nec refert an re, an verbis, an conſenſu contracta ſit obligatio. d. l. Græce. præcedat fideiuſſionem an ſequatur. l. 7. ſed & ſi reus ex delicto teneatur, recte accipietur fideiuſſor. l. Græce. l. ſi quis: pro eo. §. vlt. l. ſi à reo. §. vlt. pro ea quoque actione quam fideiuſſor aduerſus reum promittendi habet, habiturúſve eſt, ſcilicet mandati vel negociorum geſtorum fideiuſſorem potuit accipere. l. 4. hic. Item pro fideiuſſore ipſo alium fideiuſſorem creditori accipere licet. l. Græce. §. vlt. Cum igitur nulla obligatione tenetur reus principali, nec naturali, nec ciuili, non obligatur fideiuſſor. l. cum principalis. de reg. iur. veluti ſi pro parte interceſſerit cuius filio contra S. C. Maced. credita fuit pecunia. l. qui contra. §. pro eo. Qui ſine cauſa promiſit. l. ſtipulatus eſt. qui ſolutionis tantum gratia adiectus fuit. l. ſi mihi. qui ſub impoſſibili promiſit. l. ſi ſub impoſſibili. quo tranſacto tempore liberatus eſt. l. ſi quis poſtquam. qui contra legem contra legem contraxit. l. cum lex, qui deportatus eſt in inſulam. l. ſi debitore. qui cum liberatus non eſſet, iurauit ſe operas præſtiturum. l. ſi quis pro eo. in prin. qui nummos alienos veluti ſuos credidit. d. l. t ſi quis pro eo. §. ſi nummos, qui cum furioſus aliquid promiſit, quia ex promiſſione non obligatur, quamuis ex alia cauſa interdum obligetur. l. intercedere. l. ſi à reo. §. à furioſo. Cæterum eiuſdem rei nomiue accipi debet fideiuſſor, cuius & principalis, alioqui inutiliter interuenit. l. Græce. §. ſi quis Srichum. l. ſi ita fideiuſſorem: pro ea tamen qui promittit factum poteſt fideiuſſor ad pœnam ſe obligare, cum reus quoque ad pœnam obligetur. l. ſtipulatus es. hic. eadem ratione fideiubens pro vno ex duobus reis promittendi ad totam pecuniam obligatur. l. cum duo. Quod diximus eiuſdem rei ſic accipiendum, ſiue totius rei ſiue partis. l. fideiuſſores. l. ſi à reo. §. ſi reo denique. In duriorem autem cauſam non poteſt adhiberi fideiuſſor quam principalis, & ſi adhibitus fuerit, eatenus duntaxat obligatur quatenus principalis tenetur, licet plerique diuerſum ſentiant. l. ſi vltra. C. eo. In leuiorem autem cauſam adhiberi poteſt, l. ſi Græce. §. illud. & §. ſed. qua de re ſub hoc tit. permultæ ſunt à iuris auctoribus ſpecies tractatæ. d. l. Græce. l. fideiuſſor, qui certo. §. ſi qui. l. ſi à reo. in princ. l. ſi teſtameoto. §. vlt.

Qui pro quibus fideiubere poſſint.

Cap. IV.

Qui poſſunt ſtipulationem contrahere, iidem pro aliis intercedere poſſunt. Excipitur ſeruus, qui ex fide-

ex fideiuſſione non obligatur, ac ne dominum quidem ſuum obligar de peculio. l. ſeruus inſcio. & ſequent.hic. l.licet.§.ſi filiusfamilias.§.de pecul. Alia eſt cauſa filijfamilias qui & obligatur, & patrem interdum obligat.l.3.& l.ſi dubitetur. §. filiusfamilias. hic.l. filius.Cod.eod. Excipitur quoque mulier,propter S.C. Velleianum.l.3.hic.& ſop.ad S.C.Velleian.pro omnibus autem perſonis quæ poſſunt vel naturaliter obligari,poteſt interuenire fideiuſſor, veluti pro ſeruo,pupillo d.l.2 hic.pro aliis nō poteſt.l.ſi à reo. §. ſi à furioſo.l. Marcellus.hic.l.is cui bonis. ff.de verbor. obligat.

De effectu obligationis fideiuſſoris.

Cap. V.

Fideiuſſor creditori tenetur ſicut reus promittendi, eaque obligatio ad hæredem tranſit. l.4.& ſi plures ſunt hæredes in ſolidum non tenentur, ſed pro partibus hæreditariis. l. Lucius.l.ſi teſtamenti.§.1.hinc fit,vt cum debitori ſuo fideiuſſor hæres extitit,duabus actionibus teneatur.l.hæres à debitore.§.1.Hęc autem obligatio fideiuſſoria non impedit quo minus conueniri poſſit reus promittendi, ſi id malit creditor, cui liberum eſt vtrum voluerit eligere.l.iure noſtro.l.ſi alieni. C.eod.nec enim audiendus reus deſiderans, vt inter ſe & fideiuſſorem diuidatur obligatio. l.ſi plurium.§.vlt. nec vnum eligendo,& conueniendo, liberatur alter.l. reos.Cod.eo.l.fideiuſſor obligati.§.fin.l.ſi fideiuſſores. hic.Item cum præſens eſt reus promittendi, quod à Iuſtiniano conſtitutum eſt autheut. de fideiuſſ.in Nouel. authent.præſente.C.eo. Si igitur eligat fideiuſſorē creditor & fideiuſſor ſoluat, tota perimitur obligatio, & liberatur etiam reus:ſicut vice verſa reo ſoluente,liberatur fideiuſſor.eadem eſt ratio acceptilationis.l.& per iuſiurandum.§.ſi fideiuſſor.infra,de acceptilationibus. Si nolit ſponte ſoluere datur aduerſus eum ex ſtipulatione actio, quamuis forte pignus habeat creditor. l. inter eos.§.creditor,hic.l.omiſſis.C.eo. Verum aduerſus creditorem agentem multa obiici poſſunt, veluti quod ſoluta eſt pecunia quæ debeatur, vel acceptilatio ſecuta, vt iam dictum eſt, quod obligatio à reo legitime nouata eſt.l.nouatione. Cod.eod. quod reus nondum debet, nec conueniri poteſt, l. fideiuſſor antequam. Quia locus adiectus eſt obligationi, propter quem tempus ei ineſt, quod nondum effluxerit,l.ſi teſtamento. §. vlt. Quod reus promittendi præſens eſt, necdum excuſſus fuit.§. 1.autheot.de fideiuſſ.in Nouel. quod pro litis exercitatione acceptus eſt fideiuſſor, reúſque condemnatus eſt. l. Græce.§. & poſt litem. quod hæres extitit reo promittendi: ita confuſione ſublata eſt obligatio. Quoties enim reus fideiuſſori: vel fideiuſſor reo hæres exiſtit, extinguitur confuſione fideiuſſoria obligatio, pro parte ſcilicet hæreditaria,remanétque principalis. l.generaliter.l.cum rēus. l. Lucius. niſi forte principalis vtilis futura non ſit.l. hæres.§.quod ſi. Nam obiici poteſt,quod creditor reū hæredem inſtituit aut contra. Hac enim ſucceſſione perimitur obligatio vtraque, tam fideiuſſoria quàm principalis. quamuis creditore ſuccedente fideiuſſoria tantum obligatio tollatur,l.hæres.§. quod ſi ſtipulator. l.fideiuſſorem. Cod.eodem. Aliæ pleræque ſunt exceptiones, quibus fideiuſſor ſe tueri poteſt, quas omnes enumerare non eſt neceſſe. l. ſancimus. l.fideiuſſor. Cod.eodem.Illud notandum eſt,non ſolum ex perſona ſua poſſe fideiuſſorem opponere exceptionem, ſed ex perſona rei quoque etiam ab inuito. l. ſi ſtipulatus eſſes.l.ex perſona. l.ex teſtamēto, quoniā ſi nulla ſe poſſet exceptione tueri, nihil ſupereſt,niſi quod condemnetur ad id quod cautum eſt inter contrahentes, quodque ex natura contractus eſſe intelligitur. l. amiſſi.§. fideiuſſor. l.ſi in pignore.l.ſi quis pro eo.l.ſi nummos.At ſi ſimpliciter promiſit,cogitur eo loco ſoluere quo reus ſe ſoluturum promiſit,l.ſi vt proponitur.Plane contumacia rei non auget obligationem fideiuſſoris.l.vltim.nec fideiuſſor magiſtratus ad mulctam reipub.pendendam, ſed tantum ad id quod intereſt cogitur.l.fideiuſſores magiſtratus. C.Cum tamen facto ſuo reus perpetuat obligationem, etiam fideiuſſoris durat obligatio.l.ſi à colono.§.vlt.

De pluribus fideiuſſoribus eiuſdem rei.

Cap. VI.

Si plures ſint fideiuſſores accepti, omnes obligantur in ſolidum.l.liberum.C.eod.nec vnius electione liberantur cæteri.l.reos.C.eod.l.vlt. quod adeo verum eſt, vt vnus totum ſoluens non repetat. l. ſi teſtamento. §. quod duo. verum ſi omnes ſoluendo ſint, datur exceptio ei à quo ſolidum petitur, vt diuiſio fiat, niſi ſe fideiuſſiſſe inficietur l.ſi dubitetur. § ita demum. l. inter fideiuſſores. l.ſi contendat. & ſi dubitetur de ea re, cautionem offerre debet conuentus creditori.l.ſi dubitetur. Nec tantum fideiuſſorib. datur hoc beneficium diuiſionis, ſed & hæredibus eorum. l. ſi plura.§. ſicut.nec refert an aliquid iam ſolutum ſit ab eo qui conuenitur nécne. Nam quod iam ſolutum eſt ab eo pro parte ſua venit in diuiſionem, ſi ab eo reliquum petatur. l. inter eos. §.2. Locum tamen non habet inter reum & fideiuſſorem: nec inter fideiuſſorem & fideiuſſorem fideiuſſoris: eſt tamen loco rei.d.l.ſi plures.§.vlt. Sed nec inter fideiuſſores diuerſarum perſonarum, licet eiuſdem rei nomine ſint accepti.l.ſi alter.l.inter reos.§. duo rei. Item ſi quis cum muliere fideiubeat, ſubducta ea in ſolidum obligatur, nec diuiſioni locus eſt.l.ſi Titius. Cæterum vno ex fideiuſſoribus ſoluente, cæteri liberantur,licet vno abſoluto cæteri non liberentur. l. amiſſi.§.vlt.Item ſi velit vnus totum ſoluere, actionem ei debet cedere creditor quam aduerſus alio cum pignoribus habet. l. fideiuſſoribus.hic.l.cum quis.l.mandati.l.ſicut.C.eo.

De actione fideiuſſori competente aduerſus reum promittendi.

Cap. VII.

Si fideiúſſor ſoluerit creditori debitam pecuniam, ſtatim agit mandati, negotiorum geſtorum actione aduerſus reum promittendi,niſi ante diem ſoluerit. l.ſi fideiuſſor.nec refert an propter obligationem fideiuſſoriam ſoluerit an aliam quamuis,in quam ea tranſfuſa fuerit. l.tutor. Idem dicendum eſt & ſi debitorem ſuum delegauerit,quia delegatio vice ſolutionis eſt. l. qui debitorem. aut ſi obtulerit pecuniam debitam ac depoſuerit. l. fideiuſſor. Sed & ſi condemnatus fuerit ad ſoluendum, licet nondum ſoluerit,adhuc competit ei actio.l.fideiuſſor pro venditore, niſi culpa ſua condemnatus fuerit.l.exceptione. Aliud dicendum eſt de eo, qui reo ſtipulandi hæres extitit, tametſi ſucceſſio nonnunquam ſolutionis loco habeatur.l.hæres.§.vlt.

IN TIT. II.

DE NOVATIONIBVS, ET DELEGATIONIBVS.

Cap. I.

Nouationem ita definit Vlp.vt ſit prioris debiti in aliam obligationem vel ciuilē vel naturalē trāſ-

Digitized by Google

fuſio, alia tranſlatio. leg.1. fit autem cum ſtipulatione. vt cum ſtipulor à Titio quod mihi Seius debet, animo nouandi. Nam tollitur obligatio Seij, & tunc incipit teneri Titius aut naturaliter aut ciuiliter. dict.leg.1. At etiam poſt litis conteſtationem, vt poſtea dicemus, cum videlicet pro Seio debitore ſe offert Titius, & litem meam conteſtatur. leg. delegare. hic. leg. ſolutione. infra de ſolut. Aliter autem accipitur nonnunquam nouare, & tunc debet fieri, cum non accedit obligationi contractæ, licet ea non perimatur, veluti cum litem cum debitore meo conteſtor. leg. aliam. hic. leg. 1. Cod. de iud. Et hoc vulgo dicitur nouatio neceſſaria, quod iudicium reddatur in inuitum. leg. inter ſtipulaotem, de verbor. obligat. Omnis obligatio nouari poteſt, etiam ſi non verbis aut re, aut conſenſu contracta ſit. leg. 1. Nec refert an pure an in diem, aut ſub conditione cõtracta ſit obligatio, niſi quod pure aut in diem contracta ſtatim nouari poteſt, ſub condictione ita demum, ſi extiterit conditio. l. ſi Stichum. §. prim. l. quoties. obligatione verborum fit nouatio, modo ea aut ciuiliter aut naturaliter teneat. Nam licet obligatio nouando naturalis tantum ſit propter perſonam cum qua contrahitur, atque minime efficax ad agendum, nihilominus prior obligatio tollitur, l. 1. hic. § pręterea. Inſtit. quib. mod. tol. oblig. Nouat autem ſtatim ſi pura eſt, ſi cum conditioone, cum extiterit conditio. d. §. præterea. l. ſi Stichum. l. nouatio. l. ſi rem. hic. Et animaduertendum eſt ſtipulatorem nouaotem poſſe præcedere ſtipulationem nouatam, vt ſi quis ita ſtipulatus fuerit, quod à Titio ſtipulatus fuero dare ſpondes. leg. ſi Stichum. §. ſi quis ita. Item notandũ eſt vltra ſtipulationẽ plures obligationes nouari poſſe, l. vl. §. vlt. quod enim ſi ſtipnlatus ſim à Titio ſub alternatione quod mihi Titius aut quod Sempronius debet, reſpondeo eius perimi & nouari obligationem quem Seius elegerit, & cui ſoluere maluerit. l. ſi Stichum. §. ſub conditione. l. ſi is rei. l. ſi à te, tractatur & illa iuris controuerſi quæſtio, an obligatio principalis per ſtipulationem pœnalem nouetur. Sed Alciati & Zaſij opinionem probo, exiſtimantium non nouari. Hic autem fuſius non diſputo, quod à iuris auctoribus non hic, ſed aliis in locis non ſparſim attingatur. l. 1. de penu. leg. l. cum ſiue. l. ſi pœnam quam. §. vlt. l. obligationum fere, de actio. & obligat. l. 1. §. item ſi ita. ad leg. Falcidiam. l. ſi quis à ſocio. ſup. pro ſocio.

Quomodo nouatio fiat.

CAP. II.

SI quis obligationem ab vna perſona in aliam transferre velit: puta à Titio in Seium, ſtipulari cum oportet à Seio quod Titius debet, quo caſu Titius licet inſcius, & non conſentiens liberatur, l. ſi Stichum. vel ſi abſque mutatione perſonæ velit in obligationem verborum aliud genus obligationis tranſire anterpoſita ſtipulatione, recte nouatio fiet, licet nihil noui contineat nouationis ſtipulatio. Sin autem ipſam verborum obligationem velit in aliam transferre, poſterior ſtipulatio nouabit priorem, modo aliquid noui contineat, id eſt, ſi dies, conditio, pignus, fideiuſſor, aut accedat aut detrahatur. dicto §. pręterea. vbi Theophil. Sed notandum eſt pro regula, & veluti axiomate certo, nunquam intelligi factam nouationem, niſi à contrahentibus id expreſſum ſit, vt noua Iuſtiniani conſtitutione ſancitum eſt, l. vltim. C. eod. Iure autem in Pandectas relato ſpectatur, quid actum magis, quàm quid dictum ſit. l. 2. Sæpe etenim Iuriſcoonſulti nouationem factam non eſſe aiunt, quod actum eſſe non appareat. l. ſi ita fuero. & ſequenti. l. ſi Stichum. §. idem Celſus. Hinc conſequens eſt, cum vnus promittit ſimpliciter quod alius debet, quia nihil nonatom eſt, vtrumque obligatum manere, ſed ita vt voo ſoluente alter liberetor. l. ſi Stichum. §. vltim. niſi res diuerſæ in vtramque ſtipulationem deductæ ſint, veluti fundus & eius æſtimatio. l. fundus.

Quis poſsit nouare.

CAP. III.

QVi ſui iuris eſt, & bonorum ſuorum habet adminiſtrationem, quin nouare poſſit dubium non eſt: alius autem eius nomine non poterit, niſi ſit procurator omnium bonorum aut ſpecialiter id ei mandatum ſit. l. nouare. hic. l. non abſtulit. C. eod. Sed ratihabitio ſequens nouationem mandato comparatur. l. ſi quis abſente. Filiusfamil. nouare non poteſt, licet interdum ei recte ſoluatur. l. filius l. non ideo. ex quo liquet perperuum non eſſe quod dicitur, eum cui recte ſoluitur nouare poſſe. leg. cui recte. pupillus ſine tutoris auctoritate, prodigus cui bonis interdictum eſt, & aliæ huiuſmodi perſonæ non nouant. l. 3. l. nouare. Tutor pupilli, curator furioſi, ita demum nouare poſſunt, ſi pupillo, furioſo aut prodigo id expediat. l. nouare. l. vltim. Seruus non poteſt noaare, niſi habeat peculij adminiſtratiooem, quo caſu peculiarem oblgationem ei nouare permittitur, niſi donationis cauſa id faciat. l. ſeruus. l. vlt. Seruus vnus ex reis ſtipulandi communem tantum obligationem nouat, idque argumentis confirmat Venuleius. l. ſi rem. §. ſi duo. Qui ſolutionis tãtum cauſa adiectus eſt ſtipulationem non nouat, quamuis ei ſolui poſſit. leg. cui recte. quod & de eo cui quis debitorem ſuũ ſoluere iuſſit, traditum eſt. l. ſi debitorem.

De effectu nouationis.

CAP. IV.

VEtus obligatio perimitur, nouáq; naſcitur obligatio ex ſtipulatione poſteriore. Pœna autẽ, quæ promiſſa fuerat in poſteriore ſtipulatione, minime repetita intelligitur. l. ſi creditor. Idémque de pignore & vſuris conſtitutum eſt. l. nouatione l. emptor. & quia vetus obligatio omnino extinguitur, perindeq; eſt, ac ſi contracta nunquam fuiſſet, ſi moram fecerit promiſſor, per nouationem ea purgatur. l. ſi Stichũ, l. qaoties.

De legationibus.

CAP. V.

DElegatio fit dupliciter: per ſtipulationem & litis conteſtarionem. l. delegare. Per ſtipulationem, puta cum debitor meus creditori meo vel alij cui iuſſerim, rem mihi debitam promittit. Tres igitur perſonæ hic neceſſariæ ſunt, delegans debitor, & delegatus, & creditor, ſiue alius cui fit delegatio, omniúmq; conſenſus reqoiritur. l. nec creditoribus. C. eo. Ac delegana quidem quomodo voluntatem ſuam declaret, parum refert. l. delegare. 2. hic. Delegatus autem reus ſeſe verbis obligare debet creditori cui delegatur. l. 1. C. eod. Per conteſtationem fit delegatio, veluti ſi quis pro reo conuento iudicium ſubeat, & litem conteſtetur non iouito actore. d. l. delegare. l. ſolutione. infra de ſolut.

Effectus delegationis.

CAP. VI.

DElegatione fit nouatio. l. 2. 3. C. eo. Nam cum creditori meo vice mea reum delego, duplex peri-

mitur illa nempe qua teneor creditori meo, & qua mihi debitor meus obſtringitur, nouáque naſcitur obligatio, qua tenetur debitor meus creditori meo. Eſt igitur valde vtilis & neceſſaria, qua debitoris debitor à chirographario creditore non aliter conueniri poteſt, quam ſi delegatio facta fuerit. leg. penult. Cod. eo. Item is, qui vendit nomen, aut mandat actionem alteri abſque delegatione, nihilominus aduerſus debitorem ſuum experiri poteſt præterquam in exceptis caſibus qui vero delegauit, nullam amplius actionem habet. dict. leg. 3. Excipitur, qui debitorem vſusfructus delegauit alicui. Nam vſusfructus perſonæ cohæret, & mutata perſona non idem, ſed alius eſſe vſusfructus intelligitur. Itaque delegatione obligatio mero iure non nouatur, nec perimitur. At tamen propter conſenſum ex bono & æquo exceptio doli aduerſus delegantem competit delegato. leg. 4. hic. Debitor, qui ſciẽs patitur delegari ſe, exceptionem ſi qua ſibi competit, videtur remittere. Si ignorans nulla poterit exceptione aduerſus creditorem vti, ſed contra delegantem condictio dabitur. leg. ſi quis delegauerit. & ſequent. Exceptio quæ obiici poterat delegãti, non poteſt obiici ei, cui facta ſit delegatio, niſi eadem ratio ſit. l. doli. l. ſi Titius.

IN TIT. III.

DE SOLVTIONIBVS ET LIBERATIONIBVS.

Nouatione ſiue ſolutione tollitur obligatio.

POſteaquam tractatum eſt de nouatione, qui eſt primus modus tollendarum obligationum, de altero, id eſt, de ſolutione videndum eſt. nam ſolutione eius quod debetur, omnis tollitur obligatio. §. 1. Inſtit. quibus modis toll. obliga. Habet autem hæc res tales locos præcipuos. Quid ſit ſoluere, quæ res ſolui debeat, quis, cui, &c. de effectu ſolutionis, & iis, quæ ſolutioni affinia ſunt.

Quid ſit ſolutio.

CAP. I.

SOluere is dicitur, qui numerat pecuniã creditori, aut per ſe, aut per aliũ, ea mẽte, vt apud creditorẽ remaneat. l. qui ſic ſoluit. 55. l. ſolutã 49. l. qui mandat. 56. Item qui facit quod facere promiſit. l. ſolutionis. de verb. ſignif. Quod accipiendum eſt, cum totum verbum ad rem, non ad perſonam aut obligationem refertur. Nam cum reum ſolutum, aut rem ſolutam dicimus, liberatum eſſe reum, & ſublatam eſſe obligationem intelligimus. l. ſolutione. 54. l. prout. hic. quod quibus modis fiat poſtea docebimus. Differt ergò ſolutio à ſatisfactione, quia ſatisfit creditori, cum eius deſiderium quoquo modo impletur, licet non numeretur pecunia debita. leg. 1. ſupra. qui ſatiſd. cog. & hæc ſatisfactio loco ſolutionis eſt. l. ſatisfactio. hic.

Quid ſolui debeat.

CAP. II.

VT tollatur obligatio ſolutione, rem quæ debetur ſolui oportet. §. 1. Inſtit. quib. mod. toll. obligat. l. 1. ſupra de reb. cred. Rei appellatione, pars hic continetur, vt ſicut totum ſoluens in totum liberatur, ſic partem, pro parte liberatur: & hæc diuiſio in rebus pondere, numero, menſura conſtantibus fit, in aliis intellectu in partes ſcilicet, pro indiuiſo. leg. etſi ſtipulatus. §. qui decem. l. cum Stichus. l. qui hominẽ. in princ. & l. ſi decem. hic. l. 2. ſup. de verb. obl. & l. ſi nõ ſortem. §. qui decem. de condict. indebit. Quid ergo ſi duorum hominum in genere promiſſor, Stichum ſoluerit, & deinde eiuſdem dominium rurſus creditori dederit; Marcellus ait liberari eum, atque ita duorũ hominum debitor vnum bis ſoluẽdo in totum liberatur, neque pro parte, quod vtique paradoxũ eſt, & iis, qui ad ſubtilitatem magis, quam ad æquitatem reſpiciunt falſum videri poteſt, leg. ſi quis duos. eadem ratione debitor quantitatis eius partem ſæpius ſoluendo nonnũquam liberatur, vt idem Marcellus ſcribit dict. l. ſi quis duos. Sed vtroque caſu non partem, ſed totum recte ſoluiſſe dicitur. Igitur ad tollẽdam omnino obligationem, totam rem, quæ debetur ſolui, neceſſe eſt. Rem autem ita demum ſoluere intelligitur, qui integram perfectámque dat, vt nec iuri quicquam deſit, nec morari poſſit à debitore, leg. ſi rem meam. leg. etiam. leg. cum quis. §. qui hominem. l. qui decem. § vltim. l. eum. l. ſi hominem. l. cui res. Proinde rem debitam, quæ facta eſt deterior ſoluens ſoluere non dicitur. leg. qui ſibi. Exempli gratia, qui hominem vulneratum, aut pecuniam, quæ ærosa auctoritate publica ſublata eſt. l. creditor. 102. Sed & qui tardius ſoluit, eum quoque minus quàm debeat, ſoluere interpretamur. l. ſolidum. multo minus rem alienam licet debitam ſoluens liberatur, l. Caſſius. quod eſt accipiendum niſi res poſtea vſucapta fuerit, aut nummi coniuncti, l. is qui alienos. l. ſi alienũ. l. in cui. Ex eo autem quod dictum eſt rem debitam oportere ſolui multa conſequuntur, ſi quod ſub conditione debetur ante conditionis euẽtum ſolutum fuerit, non niſi ea exiſtente liberatur. l. ſub conditione. Qui tutus eſt exceptione perpetua, nihil agit, quia non debet. Itaque ſolutum condicere poteſt, l. qui hominib. §. vlt. l. qui exceptione. ſupra de cond. indeb. Aliud pro alio non recte ſoluitur. l. eum à quo. C. eod. excipe niſi debeantur nummi, quos in aliam formam cogitur accipere creditor, ſi ipſius non interſit: veluti coronatos pro ſolatis. l. Paulus. argum. l. quæ extrinſecus. ſup. de verb. obl. Item excipitur ſolutio, ſi volente creditore facta ſit. l. manifeſti. l. pen. C. eod. quod dupliciter intelligi poteſt: nam aut ab initio conuenit, vt res alia ſolui poſſit, quàm quæ in obligatione eſt, veluti ſi quis promiſerit decem in melle. & hoc caſu donec lis conteſtata fuerit, ea res ſolui poterit. l. ſi quis ſtipulatus fuerit. Conuentio tamen de pignore in ſolutum dando non præiudicat debitori, quominus debitam quantitatem perſoluere queat. l. quamuis. quia lex cõmiſſoria in pignoribus reprobatur. l. vlt. Cod. de pact. pign. aut nihil conuenit, ſed tantum creditor rem alienam accepit, & tunc ſolutio parit liberationem, niſi error interuenerit, d. l. manifeſti. l. ſi cum aurum. Sed ſi ſoluta res poſtea fuerit euicta, vel pro parte tantum, adhuc pro ſolido durat obligatio. l. ſi quis aliam. Atqui alia res inuito creditori tunc ſoluitur, cum rem debitam reus non poteſt ſoluere inopia, authẽ. hoc niſi. C. eod. Quæritur ſi Stichus, aut Pamphilus promittatur ſub alternatione, vter ſolui debeat. Reſpondeo electionem eſſe debitoris, niſi alter perierit. leg. ſi in emptione. ſup. de contrah. empt. aut niſi alter fuerit ſtipulatoris, cum ſtipulatio contracta eſt, leg. qui decem. §. Stichum. hic.

Soluitur aliud pro alio propter inopiã inuito creditori.

Quando & vbi ſolutio fieri debeat.

CAP. III.

QVod debetur in diem, ante diẽ ſolui poteſt, licet ante diem non poſſit exigi. l. quod in diem. ſup. hic. l. creditor diem. de ver. ſig. quod debetur pure, ſtatim exigitur etiã ab inuito, ſed cũ aliquo tẽperamẽto

temporis.l. quod dicimus. l. ſi quis filium. §. collatio. ſup.de colla.bono. tempus autem relinquitur arbitrio prudentis iudicis definiẽdum, vt in l.1.ſup. de iure delib. Item opportuno loco & tempore, ſolutionem fieri oportet.l.ſi ſoluturus.

A quo fiat ſolutio.

CAP. IIII.

IN primis debitor ipſe ſoluens liberatur, niſi ſit pupillus, quo caſu auctoritas tutoris eſt neceſſaria, leg. quod ſi forte.§.vlt. Sed & ſi in reatu ſit, adhoc ſoluere poteſt. Sed & idem dicendum de hærede reſtituere grauato, ſi ante reſtitutionem ſoluerit.l.ante reſtitutũ. 104.hic. Ceterum nihil refert, an debitor ipſe an procurator, vel alius quiuis eius nomine ſoluat. Nam à quocunque debitum ſoluatur, etiam inuito debitore contingit liberatio.l. ſi pro me.l.ſoluere.hic. l.manifeſto.C.eod. Sed ei qui pro inuito contradicente ſoluit, aduerſus debitorem nulla ſupereſt actio: nam nec ſolneos creditori alieno ad cedendam actionem eum cogere poteſt, l.nulla. C.eo. Alia eſt caoſa procuratoris omnium bonorum, qui mandati actionem habet, quãuis dominus ſolutionem ratam non habeat. l.quodlibet. Si tamen procurator meus pecuniam meam quam pro me, vt creditori meo pro me ſolueret, acceperat, non nomine meo, ſed ſuo potius dederit, ea ſolutione non liberor.l. Caſſius. Tutor pro pupillo recte ſoluit. l.pupilli. Seruus actor pecuniam à domino debitam ſoluere poteſt, ſi modo exigi potuerit: nã generaliter notandum eſt, quoties mandat alicui debitor, vt ſi debuerit, ſoluat, id demum mandato cõtineri quod exigi poteſt, non quod naturaliter tãtum debetur. l. ſi is cui. §. Flauius Ianuarius. fideiuſſor ſoluit pro reo, niſi actũ ſit, vt reus aliquod opus ſuis manibus perficiat. l.inter artifices.31.hic.

Cui ſolutio fiat.

CAP. V.

CReditori recte ſoluitur, etſi creditor non fuerit tempore ſolutionis, ſed poſtea creditor effectus ſit, conualeſcit ſolutio, nec ſolutum repetitur. l pupilli.§.vltim. Sed & tunc quoque effectum habet ſolutio, cum creditori ſolutum eſt, qui poſtea creditor eſſe deſiit, cuiuſmodi eſt hæres qui reſtituitur, vt ab hæreditate ſua abſtineat.l. filius qui. Quid ſi creditor in reatu ſit, Marcellus ei recte ſolui ſcribit.l.reo. Quid ſi ſit pupillus, ei non recte ſoluitur abſque tutoris ſui auctoritate. l.pupillo. nec ſoluens liberatur, ſed iterum conueniri poteſt, niſi locupletior factus fuerit pupillus.l.in pupillo. Quod eſt accipiendum, etiamſi gratia conditionis implẽdæ aliquid dandũ ſit pupillo, quamuis conditiones, quæ in faciendo conſiſtunt, abſque tutore impleri poſſint.leg.ſi ſeruus decem. l.Stichus.l. vſumfructum. Quid ſi plures creditores ſint, omnib. eſt ſoluendum. Sed ſi res indiuidua ſit, & vnus petat, ei ſoli poterit tradi, auctoritate magiſtratus accedente.l. ſi ſtipulatus ſim. §.ſi lancem. Vnde ſoluens dotẽ profectitiam patri ſine filia, aut filiæ ſine patre non liberatur, quia vtrique debetur, l.qui hominem. §.ſi gener. l.ſi filia.hic.& l.ſi cum dotem.ſolut.matr.

Alij quàm creditori ſolutio facta nõ valet: quod vtique verũ eſt, etſi creditoris maritus ſit. l. cum maritus. C.eod. aut filius in poteſtate. l.filiumfam.hic. Sed hoc perpetuum non eſt, ab eáque regula multi caſus excipiuntur. Primo excipitur tutor pupilli, curator furioſi. d.l.quod ſi forte. l.ſolutum.l.ſi ſeruus decem. cui recte ſoluitur, tametſi capitis reus poſtulatus ſit, l.quãuis. nec refert cuius generis ſint tutores, modo adminiſtrationem habeant.d.l.quod ſi fortè.l.quæro. Vnde Paulus inquit, Si debitor pupilli tutore delegante pecuniam creditori ſoluit. liberationem contingere, niſi malo conſilio cum tutore habito, hoc factum eſſe probetur.l.pupilli debitor.in prin. Is autem qui non tutori, ſed ei qui pro tutore gerit, negotia ſoluit, ita demum liberatur, ſi pecunia in rem pupilli peruenerit. leg.debitoris. Excipitur ſecundo procurator creditoris, ſcilicet, qui ſpeciale mandatum habet, vel cui omnium rerum adminiſtratio conceſſa eſt. leg. vltim. l. ſolutio. Nam ſoluens procuratori litis, vel ei quem falſum procuratorem eſſe putet, non liberatur. l. qui hominem.§. ſi nullo.l. hoc iure.l.ſi quis offerendum. Hoc accipiendum niſi reuocatus ſit procurator, eumque debitor reuocatum eſſe ſciuerit. l. ſi ſeruus.l.diſpenſatori.l. eum quis. l. qui hominẽ. §.ſi Titiũ.§ quis ſeruo. Excipitur tertio ſeruus actor.l. ſolutam. aut is cum quo cõtraxit debitor, cum peculij adminiſtrationem haberet. d.l. quod ſeruus.leg.fugitiuus.l.ſi ſeruus.hic.l.3.C.eo. Excipitur quarto is, cui creditor ſolui iuſſit.l.4.Cod.eod. Nam debitor ei ſoluens omnino liberatur l.pupilli.in prin. quod eſt accipiendum niſi mutata ſit interim eius voluntas, leg. ſi cum Cornelius, aut mortuus ſit. l. vlt. Excipitur quinto niſi iuſſus pecuniam ex certa cauſa debitam dare, ex alia cauſa dederit. l. ſi ex pluribus. §. 10. Sexto ſolutio alij facta parit liberationem, cum ab eo ad creditorem peruenit pecunia. l. debitores.leg qui hominem.§. ſi prædio cum creditor ratam habuit ſolutionem, vel ipſe, vel eius ſucceſſor. l. ſi quis offerendum. Septimo, Rectè ſoluitur alij, qui in ſtipulatione contrahenda ſolutionis gratia adiectus eſt. leg. vero.l.qui ſibi.leg.qui hominem §.Stipulatus hic. leg. eũ qui ita debet. ſup.de verbor.obl. qui ſimpliciter adiectus à iris auctoribus dici ſolet, leg. ſi ita ſtipulatus. quæ eſt 9.l.nam cum.de ſtip.ſeruor. Nam ſoluens adiectio ipſi creditori ſoluere videtur.dict. leg. ſi ita ſtipulatus. quod adeo verum eſt, vt ſi fortè indebitum per errorem ſolutum ſit adiecto, id non ab eo, ſed à creditore potius repetatur, leg. qui hominem. in princ. Petere autem non poteſt hic adiectus nec nouare nec acceptum ferre, quia ſolutionis tãtum cauſa adiicitur, leg. quod ſtipulatus. 10. nec multum refert cuius conditionis aut ætatis ſit adiectus, vt ſolui poſſit. Nã adiecto pupillo ſoluens dicitur abſque tutorum auctoritate liberatus, l.ſi ſtipulatus fuero. quamuis & tutori eius facta ſolutio valeat. Idẽmque de furioſo eiſque curatore dicendum eſt, leg.Stichus.§ .vſumfruct. Idque vtilitatis cauſa eſt receptum. Nam alioqui ſoluendi facultas perſonam non egreditur, adeo vt ſi ſeruus fuerit adiectus, debitor non poſſit ſoluere, niſi ſeruus conſentiat.leg.ſi ſtipulatus ſum, l.Stichum.§.vſumfruc. eadẽmque eſt ratio eius qui adiecto hæres extitit, l. ſi ſtipulatus ſim.81. de patre & filio quæritur, an rectè ſolutionis cauſa adiiciantur, qua de re videnda eſt Pauli diſtinctio.l.Stichum. §. quis ſit.hic.leg.eum qui ita.de verb.obl. Ceterum hæc facultas adiecto ſoluendi quibuſdam ex cauſis ceſſat, veluti ſi in eodem ſtatu non manſerit adiectus.leg.cum quis.38.in prin.l. Stichum. §.vſumfruct. 98. ſi creditor ipſe petierit à debitore, & litem conteſtatus fuerit.leg. ſi quis ſtipulatus fuerit.l. in melle. Conſtitutum vero creditori factum eam non impedit. leg.ſi ita ſtipulatus ſim.59. nec ſolutio partis. l.cum decem. nec creditor prohibetur.l. aliud.l.ſi cum Cornelius. Denique tractatur quæſtio, an diuerſitas in re ac cauſis obligationis, puta diei vel conditionis adiectionem inutilẽ reddat, De qua Pauli & Caij diſputatio vidẽda eſt.l.qui ſuas res.hic.l.vl.§.vlt.ſupra de verb. obl. Matri quæ mandato filiæ pupillæ negotia gerit

bona

bona fide ſoluens liberatur, ſi negotium ex quo erat obligatus reus cum ipſa matta contractum fuerit, alioqui non liberatur. l. filiæ. hic. l. qui aliena. §. quanquam. de neg. geſt.

Effectus ſolutionis.

Cap. VI.

SOlutione tollitur omnis obligatio tum naturalis, tum ciuilis. l. Stichũ. §. naturalis. hic. §. 1. Inſti. quib. mod. toll. oblig. hinc multa conſequuntur. Primum, Si vnus ex tutorib. quicquid ex cauſa tutelæ debebatur, ſoluerit, fruſtra petit, vt ſibi actio cedatur aduerſus contutorem, vt Modeſtinus reſcripſit. l. Modeſtinus. fideiuſſor tamen ſiue mandator ſoluens iure poſtolat à creditore, vt ſibi actionem cedat. Eadémque cauſa eſt tutoris qui quidem ſi damnatus quod pecuniã debitam pupillo non exegiſſet, ſoluerit, poteſt ab eodem pupillo petere, vt ſibi actionẽ cedat aduerſus debitorem, qui ea ſolutione liberatus eſt. l. Stichũ. §. ſi mandato. Nam in priore caſu par eſt vtriuſque obligatio, atque æque principalis: itaque vnus ſolués, pro ſua tãtummodo obligatione ſoluere videtur, non auté pro aliena: tametſi ei ſubuenitur, ne videlicet creditor bis idem conſequatur. Pro ſolutione facta à reo liberãtur omnes acceſſiones. l. in omnibus. ſed ſi duo ſint fideiuſſores, poteſt reus vnus ita ſoluere, vt vnum liberet. l. 5. §. ſi duos. vice verſa ſolutio facta à fideiuſſore, ipſi quoque reo prodeſt, niſi aliud actum. l. vbi fideiuſſor. l. inter artifices. l. quoties. vna ſolutione tolluntur plures obligationes, licet ex diuerſis cauſis naſcantur. l. cum quis. §. de pecu. l. numerationibus. Hic agitatur quæſtio cũ ex pluribus cauſis debetur pecunia, ex qua cauſa ſolui, & quæ obligatio ſublata eſſe intelligi debeat, de qua videnda aliqua iuris auctorum loca ſub hoc tit. l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. l. 1. & 2. l. ſi ex pluribus. §. vlt. l. ſi is cui. §. Flauius. l. cum ex pluribus. & l. creditor. hic. l. 1. C. eod. Secundus effectus ſolutionis eſt, quod ſolutione rei dominium transfertur in creditorem, vel ſolo aſpectu. l. pecuniam. ſcilicet ſi debitor ſit dominus. Nam alioqui transfertur vſucapiendi conditio. tit. pro ſolut. ſupra. Sed animaduertendum eſt, tunc demum ſolutionem eos effectus habere, cum eam interueniſſe probatum eſt. Nam aſſeueranti ſolutionem onus probationis incumbit. §. vlt. C. eo. Probatur, non ſolum teſtibus, ſed & per apocham. l. pecunia. C. de ſolut. Refert, an chirographum cancellatum ſit, aut redditum necne. l. mandatum. C. eod, tametſi ad probationem aliquando id conferat. d. l. pecuniæ. l. quod debitoris. l. inductum. C. eo. Verum hic omittendum non eſt, eum qui poſt propoſitam rationem puta Stichi, confitetur ſibi ſolutum eſſe verbo generali, non videri comprehendere, niſi quod ad eam rationem ſpectat. leg. ſi ex pluribus. in princ.

De liberationibus.

Cap. VII.

MVlta ſunt genera obligationum tollendarum ſolutioni affinia, quæ ad hanc partem rubricæ referũtur. l. prout. l. pen. hic. quib. mod. tollatur oblig. Inſtit. Ea ſigillatim nos hic recẽſebimus. Ac in primis, ſi creditor fundum pignoratum vendiderit, & tantum ex ea vẽditione conſecutus ſit quãtum ei debebatur. l. ſi creditor. 46. l. triginta. l. pupilli. §. cũ eo. l. Paulus reſpondit idem de fructibus eſt dicẽdum, quos ex re pignorata percepit. l. Tiria. Et oblatione & obſignatione rei debitæ cõtingit liberatio. l. obſignatio. C. eo. niſi aliud actũ eſſe appareat. l. ſi ſoluturus. 39. hic. Oblatione vero ſola ita demum cõtingit ſi poſtea res perierit, aut amiſſa ſit. leg. qui decem. 72. nec refert à quo offeratur res, modo præſens dicatur, leg. qui decem atque ita accipiendum videtur quod Vlpianus ait, ſi debitor offerat pecuniam, quæ petitur, & creditor nolit accipere, denegandam ei actionem, leg. ſi debitor. 30. vel poteſt intelligi, & veriùs meo iudicio, denegandam eſſe actionem ei, qui mauult litigare quam accipere, quamdiu in ea voluntate perſeuerat. Nam ſi pœnitẽtia ductus poſtea accipere velit, vltima mora nocet. l. illud. de peric. & commod. rei vendit. l. ſemel mora. Liberatur reus abſolutione iudicis propter exceptionem rei iudicatæ. tot. tit. ſupra, de exceptiõ. rei iudica. quod accipiendum eſt de ea re, quæ petita eſt, ac peti potuit. Nam in reliquo non præiudicat creditori ſententia, vnde quæritur, ſi pater meus vxore prægnante deceſſerit, & ex cauſa hæreditaria totum hoc quod patri meo debebatur, petierim & ſuccubuerim, quatenus mihi noceat ea abſolutio. Nam dubium eſt, quantum ego petere debuerim, cum incertum eſſet, quot eſſent ex ea muliere naſcituri. l. ſi pater. hic. l. ſi petitor. de re iudic. l. ſed ſi reſtituatur. de ind. l. aut qui, ſi pars hęred. petat. l. cum quædam. de acquirend. hæredit. Res liberatur, quia præſcriptio temporis agenti obiicitur. Sed quandiu poteſt aduerſarius in integrum reſtitui, propter abſentiam vel aliam iuſtam cauſam, poteſt pro eo fideiuſſor obligari, & liberato reo adhuc conueniri interdũ poterit. puta ſi lapſus ſit annus petẽdæ reſtitutionis, nec plus cum fideiuſſore experiendum, ſed cum reo tantum ſit, l. cum quis. §. ſi quis pro reo. Liberatur reus cum res debita ſic peruenit ad creditorem, vt nec poſſit auocari ab eo, ne ei aliquid eam ob cauſam abſit, leg. quoties. 61. leg. Stichus. §. ſi creditor. 6. Satisfactio loco ſolutionis eſt, leg. ſatisfact. 52. Ideo liberat debitorem. vnde qui pro pecunia debita nomine ceſſo contentus fuit, amplius petere nõ poteſt, & periculum nominis ad eum pertinet. l. pupilli. 96. §. ſoror. 7. Compenſatio debitorem ipſo iure liberat, & vim ſolutionis habet. leg. eius. C. eodem. 8. Pacto tollitur omnino ea obligatio, quæ conſenſu cõtrahitur. leg prout. leg. Stichus. §. vltim. quod ſi aliter contracta fuerit obligatio, naturalis duntaxat obligatio perimetur. leg. Stichus. §. naturalis. eadem eſt iuriſiurãdi ratio. d. §. naturalis. 9. Liberatur cum abſque eius culpa res perit, vel deſinit eſſe in commercio hominum. leg. penult. Exempli cauſa, ſi ſeruus alienus quem reus promiſerat, à domino manumiſſus ſit. l. ſi mihi. Alia cauſa eſt areæ promiſſæ, in qua poſtea ædificatum ſit. leg. qui res. §. aream. Sed cum duæ res ſub alternatione promittuntur, perempta vna, nihilominus altera peti poteſt. l. Stichus. in princ. 10. Nouatione tollitur obligatio, ſi hoc actum eſt. toto tit. ſupra de nouat. Poteſtque debitor hac ratione etiam inuitus liberari, quod mirum eſt, vt puta ſi creditor aliquem ſupponat, à quo debitum ſtipuletur animo nouandi, quo caſu cõueniri poterit. l. ſi debitor. 91. Cum debitor ſuccedit creditori, aut contra, confunditur obligatio, proinde fideiuſſores liberantur. l. qui hominem. §. quidam. l. ſimul. §. Stichum. l. aditio. 12. Cum fideiuſſor ſuccedit debitori, vel contra debitor fideiuſſori, extinguitur obligatio fideiuſſoria, & remanet principalis. l. cum quis. §. vltim. l. Stichum. 95. §. quod vulgo. leg. ſi duo rei. 93. Pignoris tamen obligatio non extinguitur, niſi ſoluta pecunia. dict. leg. cum quis. §. vltim. Obligatio, quæ verbis contracta eſt, tollitur acceptilatione, leg. ſicut. l. prout. hic. de quo dicam ſub tit. ſeq.

IN TIT IIII. DE ACCEPTILATIONIBVS.

POſt varia iam enumerata genera ſoluendarum obligationum acceptilatio ſequitur, in qua fieri

mente ſcilicet prætoris qui eas propoſuit. l. 8. Vnde etiam fit, vt ſiue ſtipulator ſiue promiſſor aliquid immutari velit ex vulgari ſtipulationis formula quã prætor propoſuit, id facere non poſſit, inuito altero, ſed an iuſta cauſa ſit mutandi, prętoris ipſius eſt cognoſcere. l. 1. §. vlt. & l. in conuentionalibus. ſup. de verb. obl. Secundum eſt, quod hæ ſtipulationes diuiſionem recipiant, quoties incertam quãtitatem, id eſt, id quod intereſt continent. l. 2. hic. l. pœnales §. Iulianus, ad l. Falcid. Tertium eſt, quod poſterior cautio tollit priorem non ipſo iure, ſed exceptione oppoſita, quæ exceptio his fideiuſſorib. qui in priori ſtipulatione interuenerunt, competit. l. pen. hic.

IN TIT. VI.

REM PVPILLI VEL ADOLESCENTIS SALVAM FORE.

Cap. I.

HÆc cautio exigitur à tutore in commodum pupilli, & auctoritate imperióque prætoris interponitur. Ideóque prętoria eſſe dicitur. l. 1. ſupra tit. pręcedenti. Nam abſque ſatiſdatione, quæ hic neceſſaria eſt. l. 4. pupillo non ſatis proſpectum eſſet. Inſt. de ſatiſd. tut. Exigitur autem hæc ſatiſdatio ab omnib. tutorib. vel curatorib. niſi ſint teſtamentarij, aut ex inquiſitione dati, l. datiuus. hic. & Inſtit. de ſatiſd. tut. Sed & curator ad vnam ſpeciem datus ſatiſdare cogitur. l. 8. hic. Quemadmodum interponatur pupilli nomine, ſi abſens aut infans ſit pleniſſime tractatur in leg. 1. 2. 3. 4. 6. hic.

De actione quæ ex hac ſtipulatione competit.

Cap. II.

Effectus huius ſtipulationis, eſt actio, quę ex ea naſcitur, eáque tunc competit, cum & tutelæ agi poteſt, id eſt, finita tutela. l. 1.

Cui & contra quem detur.

Cap. III.

HÆc actio datur pupillo adoleſcenti, furioſo, aliis huiuſmodi perſonis, l. 4. §. vlt. & l. 5. contra tutorem & curatorem. l. 4. § 1. Item contra fideiuſſores eorum. l. 4. l. ſi poſtea. Quod ſi plures fideiuſſores ſint, inter ipſos non diuidetur actio, ſed ſinguli In ſolidum tenentur, quamuis alias diuiſio fiat inter fideiuſſores per epiſtolam D. Adriani. l. vlt.

Officium iudicis in hac actione.

Cap. IV.

QVod in tutelæ iudicium venit, id conſequitur pupillus hoc iudicio. l. 4. §. generaliter. l. cùm pupillus. Itaque fructuum & vſurarum etiam habetur ratio, l. ſi poſtea. Ac tametſi res pupilli non perierit, tamen ſi non præſtetur, ei commiſſa ſtipulatio intelligitur, quaſi ſalua ei non ſit, l. cum rem ſaluam.

IN TIT. VII. IVDICATVM SOLVI.

Cap. I.

HAc ſtipulatione cauet is, qui conuenitur nomine alieno, Inſtit. de ſatiſd. l. ſi ad defendẽdũ. Stipulatúrq. actor vel alij ei⁹ nomine, puta procurator, &c. l. 3. §. 1. Ac in ipſo litis initio præſtatur. C. de ſatiſdat. Continet autem hæc ſtipulatio, De re iudicata, De re defendenda, De dolo malo, l. 6. quamuis à prima tantum denominetur.

De actione quæ oritur ex hac ſtipulatione.

Cap. II.

PRæcipuus effectus huius ſtipulationis eſt actio, quæ ex ea naſcitur contra promiſſorem, eiúſque fideiuſſorem.

Cauſæ huius actionis.

Cap. III.

EIus actionis tres ſunt cauſæ, quot ſunt clauſulæ ſtipulationis. l. 6. hic. Prima cauſa eſt re iudicata. Committitur enim, in quantum iudex iudicauerit. l. 5. Et ſtatim committitur licet exactio differatur vſque ad tempus legitimum, &c. l. 1. Iudicatum accipere debemus ab eodem iudice, cui ſe ſubdiderũt fideiuſſores, ſi fortè certi iudicis nomẽ in ſtipulatione contrahenda expreſſum ſit, l. 3. in princip. & l. penult. Præterea neceſſe eſt, vt hęc ſtipulatio committatur, cum eadem perſona actum eſſe, quæ ſtipulatione comprehenſa eſt. Eandémque perſonam intelligimus, quæ eandem qualitatem, quam prius habebat, retinet, leg. ſi ante. quæ lex alioqui non valde obſcura, in Norica editione corrupta eſt. Adhæc de eadem re, eadémq; actione actum eſſe oportet, vt hæc ſtipulatio committatur, l. cũ quærebatur, §. vlt. Secunda cauſa huius actionis eſt, res non defenſa, d. l. 6. de qua multę tractatur hic quęſtiones. l. 3. 4. 5. Sed fideiuſſor ſoluere volens, quod ob eam cauſam debet, iudicium accipere non cogitur, l. ex iudic. 26. Cauétq; ei creditor dominium priore iudicio abſolui, l. ſi ex duob. §. vl. Aliquando tamen re non defenſa ſtipulatio non committitur, veluti ſi lis mortua finitáve ſit. l. 2. & l. cum quęrebatur. l. hęc ſtipulatio. Idẽ dicendũ eſt, etſi res talis ſit, de qua prętor iudicium accipere non cogat. Hoc enim continetur ſtipulatione, vt res boni viri arbitratu defendatur. l. vir bonus. Aliud dicendũ eſt, ſi res talis ſit de qua prętor petierit, de qua lis erat. l. ſi ſeruus. Aut reus in magiſtratu ſit, l. ſi reus. Sed quid, ſi ob rem non defenſam reus ex eremodicio ſententiam ſit paſſus, an ex vtraque cauſa poterit agi prima videlicet ac ſecunda? Et certum eſt ex prima tantum agi poſſe. Quia hæ clauſulæ in formula ſtipulationis, ita in vnum collectæ ſunt, vt veluti vna claudantur clauſula, ſiue res iudicetur, ſiue nõ defendatur. Nam ſi paratæ eſſent, nec continerentur vna complexione verborũ, nõ idem fortè diceremus. d. l. cum quęrebatur. Si tamen diuerſæ ſint perſonæ, contra quas agitur ex pluribus clauſulis agi poteſt. l. vlt. Tertia cauſa huius actionis eſt dolus malus. d. l. 6. de qua in l. nouiſſima. Concipitur autem ea ſtipulatio his verbis: *Quod iudicatum erit ab hoc iudice, niſi appellatione id irritum fiat, rem boni viri arbitratu defenſam iri, dolum malum abeſſe, abfuturúmque eſſe ſpondes?* Comprehenditur tamen breuitatis cauſa hæc ſtipulatio triplex appellatione Iudicatum ſolui l. 6. & leg. in rebus. hic. & interdum iudicatum ſolui vnam ex tribus clauſulis demonſtrat. leg. 19. Morib. Gallorum ferè antiquata eſt hæc ſtipulatio. In quibuſdam tamen ſpeciebus & apud quoſdam obſeruatur, vocatúrque *Caution de proceder, eſtre en iugement, payer le iugé.*

IN TIT. VIII. REM RATAM HABERI ET DE RATIHABITIONE.

Cap. I.

HÆc quoq. ſtipulatio prętoria eſt, quia iuſſu prętoris cauet is, qui alieno nomine agit. Inſt. de ſatiſ.

Q[u]anquam interdum conuentionalis eſt, l. interdum. hic. l. 1. de prætor. ſtipulat. Sed de prætoria hic potiſſimè diſſeritur. Agere autem is dicitur nomine alieno, etiam is qui quoquo modo ius alienum perſequitur, vt puta qui ſtipulationem damni infecti poſtulat non ſolum, ſed tunc demum exigitur hæc cautio à procuratore, cum incertum eſt, an mandatum habeat necne, l. ne ſatiſdatio. A tutore & curatore non exigitur. l. actor. hic & Inſt. de ſatiſdat. Ac ne à procuratore quidē rei, niſi in certis caſib. l. tutore. l. procurator. §. vlt. hic. l. nō ſolum, de procurator. Peti debet ante litem conteſtatam, l. Pomponius. §. ratihabitionis, de procurat. Formula huius ſtipulationis traditur in l. procurator. 23. in qua formula cōtinetur etiam ſtipulatio, *Amplius non agi peti*. Et videntur ſimul iungi olim conſueuiſſe. Apud Frācos hoc iure vtimur, vt procurator qui ſine mādato interuenit, intra tēpus præſtiturū à iudice aut mandatum domini, aut ratihabitionem oſtēdat, alioqui decernitur abſentia, ſeu defectus ex eo die, quo falſus procurator interuenit: alibi eius ratione obſeruatur, vt ſine mandato nemo admittatur.

De actione ex hac ſtipulatione.

Cap. II.

EX hac ſtipulatione datur actio, tam aduerſus procuratorem qui promiſit, quàm aduerſus fideiuſſorem, ſi dominus eundem actum retractauerit, ratum videlicet non habendo, quod geſtum eſt, & iterum petendo, &c. l. quo enim. §. vlt. Ratum non habere videtur, non qui quoquo modo id reſcindere, ac reuocare nititur quod actum eſt, ſed qui quod geſtum eſt, improbat, quaſi procurator mandatum non habuerit. Proinde domino impetrante reſtitutionem prætextu ætatis, aut à ſententia prouocante non committitur hæc ſtipulatio, quia idem faceret dominus, etſi ipſe in iudicio petiſſet. l. 3. Item (petendum) verbum ad litis conteſtationem refertur, adeo vt ob ſimplicem denunciationem, aut vocationem non committatur ſtipulatio. l. amplius.

Præterea notandum eſt, vt hæc ſtipulatio committatur, neceſſe eſſe dominū ipſum petere, cuius nomine procurator cauit, non alium. l. ſi ſine. §. vlt. l. procurator. 23. Eo tamen petente, qui fundum, de quo lis erat, à domino emit, ſtipulatio committitur. l. ſi indebitum. § vlt. Sed et ſi petatur ab alio, quam qui ſtipulatus eſt, nō committitur ſtipulatio, niſi fideiuſſor aut eiuſdem obligationis ſocius ſit. l. 2. l. ſi quis vni.

Officium iudicis. Cap. III.

OFficium iudicis continetur, vt tanti damnetur reus hoc iudicio quanti intereſt, &c. leg. ſi commiſſa. Hinc fit, vt quatenus intereſt, eatenus condemnatio fiat. l. ſi procurator. l. 18. & l. 19.

FRANCISCI DVARENI
IVRECONSVLTI COMMENTARIA IN LIB. XLVI. DIGESTORVM SEV PANDECTARVM.

IN TIT. I. DE PRIVATIS DELICTIS.

IVSTINIANVS de delictis tractaturus incipit à priuatis delictis. Dicuntur autem priuata delicta, ex quibus proditæ ſunt priuatę forenſéſq; actiones, nec publicę legib. vindicantur: cuiuſmodi ſunt furtū, iniuria, &c. Ac tametſi criminaliter quoque interdum agatur, tamen hæc criminis executio extraordinaria eſt, nec ea ex legib. proficiſcitur. l. vl. Præcepta autem aliquot generalia hic traduntur de huiuſmodi delictis. Primum eſt quod actiones deſcendentes ex delictis, ſi rei perſecutoriæ ſint, ad heredes tranſeunt. l. 1. & Inſt. de perpet. & temp. act. Quod eſt accipiendum, niſi lis cum defuncto conteſtata fuerit. C. ex delicto defunct. in quantum hæredes conuenian. Hæredib. tamen ferè competunt hæ actiones, excepta iniuriarum actione, vt hic dicitur. Secundum eſt, quod actiones, quæ ex delictis naſcūtur, noxales ſunt, & noxa caputſequitur. l. 1. §. vlt. Tertium, plurib. delictis cōcurrentib. plures dantur actiones. Nec ea res dubitationē habet, cū plura admiſſa ſint, vt exemplis ab Vlpiano adductis. l. 2. Cū autē vnum tantum admiſſum eſt, ſed diuerſi criminum tituli diuerſáque nomina, maior quæſtio eſt, quæ alibi tractatur. l. qui ſeruum. ſup. de act. & oblig. Quartum, ſi quis omiſſo iure ordinario iudicióq; ciuili, criminaliter agere velit, ex huiuſmodi maleficiis in crimen ſubſcribere debet, ſicut in ceteris criminibus, quę ex legibus oriuntur. l. vlti. Arbitror tamen ei, cuius intereſt tantum, non cuiuis à populo hanc executionémve competere, quamuis id certi iuris non ſit, vt merito priuata hæc delicta dicantur.

IN TIT. II. DE FVRTIS.

Quid ſit furtum. Cap. I.

FVrtum eſt contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi cauſa, vel ipſius rei, vel vſus eius, poſſeſſioniſve, quod lege naturali prohibitum eſt admittere. l. 1. Dicitur contrectatio quia nec cogitatione, nec

verbo

verbo, nec ſcriptura, ſed contrectando furtum fit. l. 1. l. ſi quis vxori. §. neque. l. inficiando. Id ſuadet ἔτυμον verbi, cum tam apud Græcos quàm Latinos à ferendo dicatur, vt Paulus ait. Hinc fit, vt is qui ſimulabat ſe procuratorem eſſe, effecerit vt vel ſibi vel cui me delegauit promitterem, furti cum eo agere nō poſſum, quoniam nullum corpus interuenerit, quod furandi animo contrectaretur. l. ſi is qui. 77. Nihil autem refert, an vnus tãtum, an plures aliquid abſtulerint quod ab vno ſolo fortaſſis auferri non poterat. l. vulgares. §. vlt. Notandum tamen eſt amotionem rei non ſemper hic requiri: quoniam ex contrectatione rei, quæ non aufertur, plerunque naſcitur furtum. l. vulgaris. § vlt. & l. qui ea mente. Dicitur præterea in definitione (*Rei*) quod verbum de re mobili tantum accipiendum eſt. l. verum. hic. 25. & l. quare. de vſucap. Tametſi autem rei propriæ aliquando furtum fiat. l. is qui rem. 61. & 68. tamen vt plurimum rei alienæ furtum eſt. l. falſus. §. qui alienum. & l. qui ex mente. Nam qui contrectat rem cuius dominus eſt, & in qua nihil iuris alius quiſquã habet, fur dici non poteſt. l. falſus. §. 1. Sed & rei communis furtum quoque fieri poteſt, quis pro parte aliena eſt. leg. ſi ſocius.

Item filiorum noſtrorum, quos in poteſtate noſtra habemus, furtum nobis fit. l. ſi filius. & l. mater. De re hæreditaria variatum olim fuit, ſed tandem obtinuit eius rei furtum non fieri: quia in nullius dominio eſt, cui furtum fieri poſſit. Quod tamen eſt accipiendum, niſi ea res ad ius alicuius quoquomodo pertineat. leg. hæreditariæ. & ſeq. Dicitur, *Fraudulosa.* Quia is, qui domino volente, rem contrectat, vel cum dominum velle exiſtimat, furtum facere non dicitur. l. qui re. 78. l. inter omnes. §. recte. Conſentire autem dicitur is qui ſciens, non contradixit, niſi pudore, vel alia huiuſmodi prohibeatur. l. pen. Sane conſtitutio Iuſtiniani hypothesim refert, in qua furtum fit volente domino, l. ſi quis ſeruo. C. de furt. Sed ſi hypotheſim recte expẽdamus, conſentit quidem, vt res amoueatur, ſed non eo conſilio, vt ea careat, ſed potius, vt à fure eam repetat. Dicitur in definitione, *Lucri faciendi gratia.* Quoniam animus interuenire debet lucrificandi, nec alio animo res contrectans furtum facit, l. verum. 40. l. qui iniuriæ. Lucrari autem is dicitur, qui rem amouet, vt alteri donet, vel commodet: quia ſpecies lucri eſt, ex alieno largiri, & beneficij debitorem ſibi conſtituere. l. ſi pignore. §. 1. Sed notandum eſt, furem pecuniæ etiã facci nomine teneri quamuis animum facci ſurripiẽdi non habuerit, l. qui ſaccum. Saccum enim pecuniæ cauſa habere vult, tametſi alias eum habere non curaret. Dicitur, *Vſus poſſeſſioniſve.* Quia furtum facit, non tantum is, qui lucrari vult proprietatem, ſed etiã vſum eius, aut poſſeſſionem, l. qui iumenta. l. ſi pignore. leg. fullo. Additur ad finem, *Quod lege naturali, &c.* Quod quamuis in hac diffinitione parum videatur neceſſarium eſſe, tamen huius iuris fontem oſtendit. Nam iuris naturalis ac diuini præceptum eſt, *Non furtum facies.* Vnde dominiorum diſtinctio dicitur iuris gentium eſſe. l. ex hoc iure. de iuſtit. & iure. Et inter iuris præcepta refertur ſuum cuique tribuere, neminem lædere. Hinc etiam alibi dicitur, Furtum natura turpe ac Inhoneſtum eſſe. l. probrum. de verbor. ſignific. & iure naturali prohibitum eſt. Atque vt acquiſitio dominij à naturali poſſeſſione cœpit, ita furtum quod contra dominiorum diuiſionem admittitur, iuri naturali cõtrarium eſt, & multo magis iuri gẽtium. Quod autem impunitum fuerit olim apud quoſdam, vt Ægyptios & Lacedæmonios, videre eſt apud Gellium, Alexandrum ab Alex. Diodorum Siculum & alios humaniores auctores, poſtea cœpit furtũ certa lege coerceri iure ciuili, & ll. 12. tab. quæ iure prætorio deinde confirmata quod videre eſt apud Gellium, & in leg. 1. ſi quis teſtam. lib.

Furtorum genera. CAP. II.

COncepti furti & oblati mentio eſt in Inſtit. tit. de oblig. quæ ex delicto naſcun. & apud Caium lib. 2. Inſt. conceptum autem furtum dicit Gellius per lancem & licium lib. 11. c. 18. Quia, vt Feſtus ait: Qui furtum quærebat in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancémq; ante oculos tenebat propter matremſa. aut virginum præſentiam. ſed hæc in deſuetudinem abierunt. Ac hodie ſuperſunt duo tantum genera furtorum manifeſtum & nec manifeſtum. de quibus ſatis prolixa diſputatio hic eſt. l. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 34. & 35.

Quæ actio datur ex furto.

CAP. III.

DVæ ſunt præcipuè actiones ex furto. Vna eſt condictio furtiua, qua rẽ furtiuam perſequimur. ex ea datur tantùm domino, l. eum qui. §. qualis. De hac pauca hic traduntur, ſed ſub ti. de cond. furti. plene tractatur. Eſt & actio furti, quæ datur ad pœnam, de qua copioſiſſimè hic tractatur.

Cui datur actio furti.

CAP. IIII.

ACtio furti datur ei cuius intereſt rem non furripi, quamuis dominus non ſit. l. 10. l. is cuius. 87. Hinc multæ & variæ quæſtiones oriuntur, quę lectionem tantum requirunt. l. eum qui. l. inter omnes. §. ſi ſeruus. l. ſi dominium. l. ne cum. l. ſerui.

Contra quem detur.

CAP. V.

HÆc actio non modo aduerſus furem datur, ſed etiam contra eum, cuius ope & conſilio furtum factum eſt. l. in furti 51. l. ſi quis vxori. §. cum Titio. Hinc illa apud Ciceronem formula. *Ope conſilioq; tuo furtum factum eſſe, &c.* lib. 3. de natura deorum. & Inſt. de oblig. quæ ex delicto naſc. Contra filium aut ſeruũ non datur, in quos ſtatuere & animaduertere nobis licet, l. ſerui & filij. Contra impuberem ita demum datur, ſi is doli capax ſit. l. impuberem. Contra hæredem non datur, qui prętoria & pœnalis eſt. l. ſi cum quis. hic §. 1. Inſtit. de perpet. & temp. act. Contra dominum ipſum aliquando datur, vt puta ſi rem pignoratam ſurripuerit. l. in actione, 17. §. vl. Noxalis eſt & noxa caput ſequitur. l. ſi cum qui. l. ſi ſeruus.

Qualis ſit hac actio.

CAP. VI.

PRætoria eſt, ſiue ſit furti manifeſti, ſiue nec manifeſti. Nam etſi furtum puniretur lege decemuirali: tamen hanc pœnam dupli, vel quadrupli prætores adinuenerunt, Inſtit. de perpet. & tempor. act. vbi Theophilus. Furti manifeſti actio perpetua eſt, nec manifeſti anno finitur. l. 1. Inſtitut. de perpet. & temp. act. Quo modo furti agendum ſit: Et quid exprimi debeat intẽtione, traditur in il. in actione.

Quodnam ſit officium iudicis in hac actione.

CAP. VII.

REus, qui hac actione damnatur ad pœnam dupli, ſi furtum nec manifeſtum ſit, ad pœnam verò quadrupli, ſi manifeſtum, l. qui vas. l. ſi pignore. Sed quid duplatur aut quadruplatur? Reſpondeo, ſi quis agat vt dominus, duplari pretium rei. lege. in ſua. 51. lege. ſi vendidero. Alias duplatur

id quod intereſt. l. in tabulas. l. quidam tabularum. l. inficiando. Damnatus hoc iudicio notatur infamia,à qua præſes prouinciæ non poteſt eum eximere. l. non poteſt. Poteſt tamen, qui de re cognoſcit ex cauſa hãc notam remittere. l.quid ergo. §. pœna grauior. de his qui notantur infam.

De aliis iudiciis atque pœnis aduerſus fures proditis.

Cap. VIII.

Lex duodecim tabularum permittebat furem nocturnum occidere, diurnum ita ſi ſe telo defenderet. leg. ſi pignore. Sed & fures manifeſtos verberari eadem lex iubebat. Gell.lib.11.cap.18. Hodie prætor pœnam dupli & quadrupli, de quibus iam dixi, extraordinaria animaduerſióne fures coercẽtur. Hinc quęritur, de eo qui furem ad præfectum vigilum duxit. l. interdum. §. qui furem. Sed nos quid de eo ſentiremus alibi expoſuimus ſupra ſolut.matrim. Fit etiam interdum, vt furtum in aliud genus delicti cadat, vt puta ſi quis rem ſacram aut publicam ſurripuerit. infr. ad leg. Iuliam peculatus. Sed notandum eſt, eum, qui ciuitati alicui, aut municipio pecuniam ſubtraxit, in legem Iuliam non committere, quia publica res in ea lege ad rem populi Romani tantum refertur. l.eum qui vecti gal. de verbor.ſignificat. quod & Papinianus reſpondiſſe mihi videtur. l.ob pecuniam. Verum conſtitutionibus imperatorũ lex Iulia ad ciuitates quoque producitur, vt Martianus ait l.4. §. vlt. ad legem Iul.pecul. Itaque ita mihi videtur Papin. cum Martiano conciliari poſſe. Simile quiddam legitur, in l.annonam.de extra.criminib.

IN TIT. III.

DE TIGNO INIVNCTO.

Legis 12.tab. verſus huiuſmodi extat: *In eum qui tignum alieno ædificio, aut vinea iniunctum habebit, in duplum actio eſto.* Ea lex generaliter ſanxit, ſed specialiter ad hunc locum pertinet. Cum is iniunxit ſciens prudens, cum ea actione de tigno iniuncto, & actio ad exhibendum, & rei vindicatio concurrit, quod dolo malo poſſidere deſierit. Contra aduerſus eum qui bona fide iniunxit, ſola actio de tigno iniũcto competit, nec ad exhibendum & rei vindicatione agere licet. l. adeo. §. cum in ſuo. de acq.rer.dom. l. gẽma. ad exhib. quandiu manet ædificium. Quia cum quis ex aliena materia in ſuo ædificat, ædificij dominus fit, non materiæ. l.adeo. §. cum in ſuo. de acquir.rer.dom. Verum quandiu manet ædificium non poteſt vindicari, ſed datur actio ex lege duodecim tabularum, quæ dicitur de tigno iniuncto, in duplum. l.2. Idque iure ſingulari conſtitutum eſt, ne ædificia diruantur, &c. Sed nec actio ad exhibendum competit. l. gemma. ſupra ad exhibendum. Quod autem diximus, nec vindicari, nec ad exhibendum agi, ſic accipiẽdum eſt, ſi aduerſus dominum ædificij, veluti tigni poſſeſſorem agamus, vt tignum eximatur. Nam agi contra eum poteſt, quaſi dolo poſſidere deſierit. l. 2. vt ſcilicet in litem iuretur, &c. l. in rem. §. tignum. de rei vindicat. tigno interim manente. l.qui res. §. vltim. de ſolut. Verba enim legis apud Feſtum hæc ſunt, *Tignum ædibus iunctum vindicato, nec ſoluito.* Notandum eſt legem duodecim tabularum loqui de tigno furtiuo. l.2. & l.de eo. ſupra de donat.inter virum & vxorẽ. Vnde probabile eſt aduerſus eum, qui bona fide poſſedit, hanc in duplum actionem non dari. Præterea animaduertendum eſt, ſi quis litem conteſtatus fuerit, in hac actione vindicare non prohiberi. l. vlt. quia actiones duæ ſunt, quæ electione non tolluntur. Si vero duplum iam conſecutus fuerit, amplius vindicare non poterit. §. cum in ſuo. Inſtit. de rerum diuiſione.

IN TIT. IIII.

SI QVIS TESTAMENTO LIBER ESSE IVSSVS ERIT.

Hanc actionem proponere neceſſarium fuit, propterea quod ciuilis actio, vel furti, vel legis Aquiliæ deficiebat. Nam ſi is, qui liber teſtamento iuſſus eſt poſt mortem domini, ante aditam hereditatem dolo fecerit, ſecundum ſtrictam iuris rationem, impune id feciſſe dicetur. Non enim actione furti, aut actione legis Aquiliæ conueniri poteſt, quia rei in qua dolus admiſſus eſt, nemo dominus aut poſſeſſor fuit. l. 1. §. Scæuola. Item etſi hereditatem pro domina habeamus, ob furtum domino factum actio furti non competit. l.ſerui. ſup. de furt. l.1. §.1. Ad hæc ſeruus ob huiuſmodi admiſſum coerceri nõ poteſt ab hærede, propter ſpem imminentis libertatis. l.1. §.1. Itaque magna ratio & vtilitas ſuaſit hanc actionem proponere, quæ prætoria eſt, & in duplum datur. Non ſolum autem ad furta hæc actio pertinet, ſed ad damna, quæcunque hereditati ſeruus dedit. l.1. §. non tantum. Hæc actio differt ab actione furti, quia ſemper in duplum eſt. Ab actione legis Aquiliæ, quia dolum requirit. Verba edicti ſatis diffuſe ab Vlpiano hic declarantur. Hic obſeruandum eſt rei hæreditariæ furtum non fieri, quia ſcilicet à nemine poſſideatur. Hæreditas namque domini loco eſt, in his quæ ſunt iuris, non etiam in poſſeſſione, quæ facto & animo retinetur. l. hæreditariæ. de furt. l.1. §. Scæuola. hoc tit. Notanda eſt etiam lex Gallica, *le mort ſaiſit le vif.* &c. contra iuris ciuilis rationem, moribus tamen propter vtilitatem inducta: licet falſo quidam exiſtiment ex iure ciuili ductam. l. denique. ex quib.cauſ.maio. l. ſi hærede. de acq.poſſ. & hic. Quia pœnale hoc iudicium eſt, ex quaſi delicto, ne deliquiſſe videatur, qui ignorans viatores non repulit. In iudicio de recepto contra ex ſuo quaſi contractu horum etiam factum præſtat. Qua in re Accurſius labitur, & certe miſerè vacillat.

IN TIT. V.

FVRTI ADVERSVS NAVTAS, &c.

Hæc actio datur aduerſus nautam, cauponem, vel ſtabularium ob furtum, non ab eis factum, ſed ab eorum familia. Itaque non ex maleficio, ſed ex quaſi maleficio naſci dicitur. §. vlt. Inſt. de obl. quæ quaſi ex malefic. naſc. Factum autem viatorum aut vectorum, hac actione non præſtatur. l.1. ſed eorum, qui in miniſterio ſunt, & perpetuo inhabitant. l. 2. Datur hæc actio in duplum. l.1. hic. l. licet. §. in factum. ſupra. naut.caupo.ſtabul. Dixerit aliquis, Nulla igitur actio dabitur aduerſus has perſonas, ſi res à viatore aut vectore ſurrepta fuerit? Reſpondeo, hanc pœnalem non competere, ſed aliam cuius mentio eſt ſup. leg. 1. naut. caup.ſtab. Nam in ea actione quocunque modo res amiſſa ſit, citra caſum fortuitum actio datur, etiam ſi nulla vel nautæ vel cauponis culpa interuenerit.

IN TIT. VI.

SI FAMILIA FVRTVM FECISSE DICATVR.

Huius actionis maxima eſt vtilitas, vt hic Vlpia. docet. l.1. Nã ſi dominus noxaliter conuẽtus ob furtum

furtum à ſeruis admiſſum cogeretur, aut omnes noxæ dedere, aut omnium nomine litis æſtimationem ſoluere, facile eius patrimonium euerteretur. Itaque ſi nolit dominus noxæ dedere, tantum præſtare cogitur, quantum ſi vnus liber furtum feciſſet. Idémque de damno iniuria dato dicendum eſt, propter ſimilitudinem rationis & æquitatis. l. illud. ad leg. Aquil. Alia eſt cauſa plurium ſeruorum ſimul iniuriam facientium. l. ſi plures. infra de iniuriis. quoniam eo grauior eſt iniuria, quo à pluribus fit. Itē ſi plures album prætoria corrupetint, ſingulorum nomine damnatur domin⁹, quia contempta maieſtas prætoris hic vindicatur. l. ſi familia. ſupra, de iuriſdict.

IN TIT. VII.

ARBORVM FVRTIM CÆSARVM.

Cap. I.

HVius actionis eadem cauſa eſt, quæ legis Aquiliæ. l. 5. Qui enim furtim alienas arbores cædit, damnum iniuria dat. Eſt tamen antiquior legis Aquiliæ actione. l. 1. Et ab ea differt, quia hæc arboris cæſæ tantum nomine competit, non etiam extirpatæ, & l. furtim. Nec ſufficit arborem cæſam eſſe, ſed furtim & clàm cæſam eſſe oportet. l. facienda §. vltim. Differt etiam ab actione furti, quia hæc ob cæſas arbores etiam ſine animo lucriſaciendi datur. l. facienda. Cum hac actione concurrunt plerunque legis Aquiliæ criminalis, actio locati, actio furti, interdictum quod vi aut clā: quod ſi pœnales ſint actiones non concurrentes, quæ plus continet prius intentata alteram conſumit. Si quę minus contineat prius intentetur, ex alia quod amplius in ea erit, conſequi licebit. An idē eſt, cum altera ſit rei perſecutoria, vt locati, dubitari poteſt. & cōmuniter obtenuit idem ius eſſe. l. 1. de tut. & cur. licet verba illa huic ſententiæ repugnare videantur. l. ſi ſeruum. de obl. & act. Alitérque interpretanda ſunt.

Cui & contra quem detur.

Cap II.

DAtur domino arborum cæſarum. l. 5. id eſt, ei in cuius fundo origo eius fuerit. l. 6. At ſi plures domini ſint, omnibus datur actio, ſed vna pœna ei ſemel præſtatur. l. ſi plures. Dominum hic accipimus etiam eum, qui fundum vectigalem habet. l. 5. Sed & ſi quis agrum vendiderit, nihilominus ei dabitur actio. l. vlt. Hæredi autem ceteriſque ſucceſſoribus datur. l. 7. Cōtra eum, qui cædit vel manibus ſuis, vel alterius ope. l. furtim. 8. Ac ſi plures cæciderint, cum ſingulis in ſolidum agetur. l. ſi plures. Nam datur aduerſus hæredem, leg. 7.

Officium iudicis.

Cap. III.

OFficium iudicis in hac actione, vt ad duplum condemnet. l. 7. §. vlt. Duplatur id quod intereſt, in qua æſtimatione deducitur pretium arborum, quæ aſportatæ non ſunt. l. 8. Præter hanc ciuilem actionem poteſt etiam criminaliter accuſari is, qui alienas arbores furtim cæcidit, & in eum tanquam in latronem ſeueriſſimè animaduerti. l. 2.

AD TIT. VIII.
VI BONORVM RAPTORVM, ET DE TVRBA.

DVæ ſunt partes huius inſcriptionis, vna de vi bonorum raptorum, altera de turba, quæ duobus edictis, ex quibus hæc actio profluxit, continetur.

Cauſa actionis vi bonorum raptorum.

Cap. I.

CAuſa actionis vi bonorum raptorum duplex eſt, vna eſt, quia dolo malo hominibus coactis damni quid factum eſt. Altera cauſa eſt, quia bona alicuius capta ſunt, etiam ſine coactis hominibus, vt edicto prætoris expreſſum eſt. l. 2. in prin.

Cui & contra quem detur.

Cap. II.

DAtur ei ex cuius bonis res eſt, licet in eius bonis non ſit, l. 2. §. in hac actione. Datur hæredi. l. 2. §. vl. contra eum, qui rapuit aut damnum dedit, &c. non contra hæredem. l. 2. §. vlt.

Officium iudicis.

Cap. III.

OFficium iudicis eſt damnare reum in quadruplum, ſi intra annum agatur: poſt annum vero in ſimplum. l. 2. huic autem quadruplo ineſt ſimplum aliter atque in furti actione. Inſt. eo. Itaque minor eſt hæc pœna quàm furti manifeſti. Vnde oritur quæſtio cur fur manifeſtus pœnam dependeat maiorem quàm raptor, quando hic atrocius delinquit. Interpretes hic intricantur, nec Theophilus quidem Græcus ſatis videtur facere. Igitur prætor pœnam pecuniariam, in raptorem temperauit, nempe mediocrem, & inter furti pœnam nec manifeſti, & manifeſti mediam, quod publico iudicio legis Iuliæ de vi publica aut priuata, deportatione, aut publicatione tertiæ partis bonorum coerceretur: fur autem extra ordinem, non publico iudicio præter pœnam pecuniariam puniatur. l. fi. de furt. tit. ad l. Iul. de vi. Eadem eſt ratio cur furti manifeſti agatur, in quadruplum perpetuo: vi bonorum raptorum intra annum tantum, in triplum pœnæ nomina. Hęc pœna locum etiam habet aduerſus eum, qui in ipſo admiſſo deprehenſus non eſt. Inſtit. eo. tit. Quadruplatur verum rei pretium non etiam id quod intereſt. l. 2. §. in hac actione. Famoſa eſt hæc actio. l. 1. de his qui not. infam. Arbitraria non eſt. leg. pen. Præter hanc ciuilem actionem prodita eſt & criminalis publicáque accuſatio propter quam hæc actio deneganda non eſt, quamuis ei pręiudicet. l. 2. §. 2. Nam hęc actio rem familiarem perſequitur, nec ad vindictam competit, ſicut actio iniuriarum. l. prętor. §. ſi dicatur. ſup. de iniuriis.

Prętetea notandum eſt obiter, à Iuriſconſultis nomina indita actionibus prętoriis. Quibus autem nomina indiderunt, in factum generaliter appellarunt, qualis eſt ex edicto ſub hoc tit. leg. 4. verſ. hęc autem. Notandum quoque eſt raptorem quantum ad pœnam non poſſe purgare moram, quæ ex re intelligitur ante litem conteſtatam reſtituenda: quia ex quo deliquit, moram facere videtur, & plus quàm fruſtrator eſt. l. pœna. de cond. furt. l. & pen. de vi & vi arma. De mora, vide quæ diximus in. l. ſi inſula, de verb. obl.

De turba.

CAP. III.

ALia actio proponitur de damno, quod in turba dolo malo alicuius datũ eſt. l. 4. in princ. Et hæc actio neceſſaria ideo viſa fuit, quia ſuperior ita datur damni dati nomine, ſi dolo malo homines coacti ſint, Hæc autem competit quocunque modo turba coacta eſt. l. 4. §. hoc edicto. Cætera difficilem explicationem non habent.

IN TIT. IX. DE INCENDIO, RVINA, NAVFRAGIO, RATE NAVE expugnata.

CAuſa huius actionis colligitur ex edicto prætoris. l. 1. in princ.

Cui & contra quem detur.

CAP. I.

DAtur ei cuius res direptæ ſunt, &c. l. in eum. 18. C. de furt. & eius heredibus. l. 4. §. vlt. Datur contra eum, qui rapuit aut damnum dedit, &c. l. 1. in princ. & l. 3. §. non ſolum. In hæredem non datur, niſi quatenus ad eum peruenerit. l. 4. §. vlt.

Officium iudicis.

CAP. II.

OFficium iudicis eſt, vt reum condemnet ad quadruplum intra annum, &c. l. 1. in princ. Ex his apparet hanc actionem differre ab actione furti, quia omnino datur in quadruplum, & ſi fur deprehenſus non ſit. Et eadem ratione differt ab actione legis Aquiliæ. Item neutra earum actionum ad receptorem rerum pertinet. Ceterum huic edicto acceſſerunt varia Senatuſconſulta & conſtitutiones principum, quibus pœnæ tam pecuniariæ quàm criminales infliguntur. l. 3. §. vlt. l. Pedius. l. ne quid. Huc etiam pertinet edictum de actione depoſiti quod ob eaſdem fere cauſas propoſitum eſt. l. 1. ſupra depoſit. De pœnis incendiariorum quædam hic attinguntur. l. qui ædes. §. penul. & vlt. ſed ea commodius alibi tractabuntur, ſub tit. de pœnis. inf.

IN TIT. X. DE INIVRIIS ET FAMOSIS LIBELLIS.

PROOEMIVM.

NOn modo legib. coerceri debet is, qui contra ius damnum alicui dat, & aliquid ex eius patrimonio ac ſubſtantia minuit, verum etiam is, qui in contumeliam contemptúmque alterius quicquam facit, quamuis nullum damnum ei inferat. Eſt enim grauis vnicuique contemptus ſui, adeo vt niſi contumelioſorum hominum procacitas cohibeatur, maxime verendum ſit, ne ea res tumultus reipublicæ pernicioſos, & ſeditiones pariat. Merito igitur comparata eſt actio iniuriarum, de qua ſub hoc titulo, qua huiuſmodi contumelia vindicetur. Nam iniuriæ verbum quamuis interdum aliter accipiatur, tamen hic contumeliam proprie ſignificat, vt ſcribit Vlpianus lib. 1. Sed videndum eſt quam iniuriam ſiue contumeliam iuris auctores vindicta dignam iudicarint, & quibus ex cauſis competat hæc actio.

Vide Ariſtot. lib. 2. Rhetor. ad fin. de Achille loquentem, & videtur.

Cauſæ huius actionis.

CAP. I.

LEge duodecim tabularum, ob membrum ruptum aut os fractum, & generaliter ob quamcumque iniuriam agere permiſſum fuit, variæque pœnæ eadem lege conſtitutæ ſunt de quibus diſſerit Cæcilius I. C. apud Gellium lib. 20. cap. 1. & Iuſtin. noſter lib. 4. Inſtitut. titul. de iniur. Sed ea lex in deſuetudinem abiit: quod nec ſatis commode ſcripta, & pœnarum modus, aut durior aut remiſſior eſſe videretur. Itaque Cornelius Sylla legem tulit, quæ ex tribus cauſis dedit actionem, Si quis pulſatus, verberatúſve, domúſve eius vi introita ſit. Grauis enim iniuria eſt pulſatio aut verberatio, quamuis nullum inde damnum conſequatur. Vnde apud Saturninum noſtrum Demoſthenes. leg. aut facta. infra de pœnis, Οὐδὲ τὸ τύπτεσθαι (inquit) τοῖς ἐλευθέροις ἐστὶν δεινόν, καίπερ ὂν δεινόν, ἀλλὰ τὸ ἐφ' ὕβρει. id eſt, Non graue liberis hominibus cędi, licet per ſe graue, ſed per cõtumeliam cadi, &c. Quem locum tractat Seneca lib. 2. de tranquil. vitæ. Sed & quod de domo dicitur magnam habet rationẽ, cum ſit tutiſſimum cuique refugium. l. pleriſque. de in ius voc. leg. is qui. hic. Illud obſeruandum eſt, ſi manus aduerſus aliquem leuatæ ſint, quamuis nec pulſatus, nec verberatus, ſit vtilem tamen actionem competere. l. item apud. Præſcripſit & eadem lex Cornelia ordinem & rationem exercendi eius iudicii. l. 5. l. non ſolum. hic. l. hos accuſare. de accuſatio. De maledictis & conuitiis nihil ea lege expreſſum fuit, ſed de ea tantum iniuria ſiue contumelia quæ manu fit, dict. leg. 5. Eadem lege vel fortaſſis alia, (id enim incertum eſt) aduerſus eum agere conceſſum eſt. Qui librum ad infamiam alicuius pertinentem ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, &c. ſuitque hæc pœna ſtatuta, Si damnatus in iudicio inteſtabilis ſit. dict. leg. 5. §. vltim. Cuius legis meminit Horatius lib. 2. Sermo. Saty. 1. Secutum eſt Senatuſconſul. eius legis ſupplendæ interpretandæque cauſa. Eſt enim eo cautum, vt lex de libro loquens, ad epigrammata & ea, quæ ſine ſcriptura fiunt, pertineat. Quædam alia item adiecta ſunt, de quibus apud Vlpianum & Paulum lib. 5. ſentent. Cum autem prætores animaduerterent legibus & S. C. quorum mentionem habuimus. vindicandis iniuriis nondum ſatis proſpectum fuiſſe edictum propoſuerunt, quo rem omnem pleniſſime complecterentur. Nam veteribus legibus nihil de conuitiis ac maledictis expreſſum fuerat, cum tamen ea prohiberi & reprimi publice intereſſet. Scitum etenim illud eſt, *Maledicus à malefico occaſione tantum diſtat.* Eius autem, edicti præcipua hæc fuerunt. Primo capite prætor daturum ſe iudicium ait contra eum, qui aduerſus bonos mores conuicium cui feciſſe dicetur, &c. l. item apud. Et notandum eſt hac parte edicti non quodcunque maledictum vindicari, ſed id demum quod in cœtu, & cum quadam vociferatione prolatum eſt. Id enim conuitium ſignificat, auctore Vlpiano, dict. l. item. apud. Nec ſufficit vociferatio, niſi talis ſit, vt bonis moribus ciuitatis improbetur, quorum hic maxime ratio habenda eſt, dict. leg. item. Altero capite prohibet prætor, ne quis matronæ comitem abducat, aut eã appellet, affectetúue contra bonos mores: Ne quis maris aut fœminæ pudicitiam attentet: Ne quid infamandi cuiuſquam cauſa fiat. dict. leg. item apud. Priorem partem interpretatur Vlpianus dict. leg. item apud. §. ſi quis virgines, & §. ſequen. Poſtrema verba latiſſime patent, & dicta omnia factáque complectuntur, quæ ad infamiam contumeliámque alicuius pertinent, dict. leg. item apud §. ait prætor. Exempla per totum hunc tractatum ſparſa hæc ferè leguntur, Si quis ad inuidiam alicuius veſte lugubri vtatur, aut ſqualida, Si barbam dimittat, vel capillos ſubmittat, Si bello dato principi famam alienam inſectetur, ſi euentum ſententiæ vendiderit, ſi bona alicuius per iniuriam occupauerit, ſi quis pignus proſcripſerit venditionis, tãquam à me acceperit infamandi

Paulus lib. 5. ſent. tit. de iniur. ad l. 12. tabul. eſſe.

mendi mei cauſa. Si quis non debitorem quaſi debitorem appellauerit iniuriæ faciendæ cauſa. dicta leg. item apud. §. quod ait. Si quis per iniuriam ad tribunal alicuius me interpellauerit mei vexandi cauſa. l. 13. ſi quis me prohibeat in mari piſcari, in publico lauare, in cauea publica ſedere, Si quis re mea vti me non permittat, dict. l. 13. Si quis mentem alicuius medicamento aliòve quo modo alienauerit. l. item. apud. Si creditor meus cui paratus ſum ſoluere, fideiuſſores meos interpellauerit. l. ſi creditor. Si quis iniuriæ faciendæ gratia domum abſentis debitoris ſignauerit, & c. leg. ſi iniuriæ. Si quis proprium ſeruum diſtrahere prohibeatur. l. ſi quis proprium. Si quis ſeruum aut filium meum ludibrio habeat. l. ſi quis ſeruum. Ex iam dictis apparet duplicem eſſe cauſam actionis iniuriarum, quarum vna eſt factum dictúmve aliquod iniurioſum ſiue contumelioſum, altera eſt animus contumeliæ ſeu iniuriæ faciendæ. Nam iniuria ex affectu facientis conſiſtere dicitur. l. 3. l. penul. hic. l. ſi non conuitij. Cod. eod. Itaque ſi quis per iocum percutiat, aut dum certat, iniuriarum non tenetur, dict. leg. 3. Eadem ratione conſultus aſtrologus, aut alius dimicandi artẽ exercens, ſi aliquem dixerit furem, qui non eſt, iniuriarum cum eo agi non poteſt, dict. leg. item apud. §. ſi quis aſtrologus. Idem dicendum eſt de eo, qui hominem liberum putans ſeruum ſuum eſſe, ceciderit, dict. leg. 3. 4. Nullus enim hic eſt animus iniuriæ faciendæ: alioqui error percutientem non excuſaret, vt ſi quis me percutiat, putans Lucium Titium eſſe, cum ſim Caius Seius. Hinc etiam conſequitur, ſi quis iure publico vtatur, aut reipub. cauſa quidpiam faciat, iniuriarũ nõ teneri. l. iniuriarum. 13. l. quod reipub. Quæri poteſt, an ob leuem iniuriam detur hæc actio? Sane ſi leuiter percuſſus ſit ſeruus, vel maledictum ſit ei leuiter, certũ eſt domino actionem non competere. l. item apud. §. prætor ait. Dubiúmque eſt, an idem in aliis caſibus dici debeat. Verùm illud maximè hic ſpectandum eſſe arbitror, an factum quo de agitur, dictúmve eiuſmodi ſit, vt ſecundum mores ciuitatis pudorem lædat, vel contumeliam inferat. Nam in omnibus edicti capitibus bonorum morum fit mentio, quæ verba de moribus ciuitatis accipienda eſſe Vlpianus ait, dict. leg. item apud. Huc pertinet quod Seneca ait lib. 2. de tranquillitate vitæ. Eſt minor iniuria, inquit, quàm queri magis quam exequi poſſumus, quam leges quoque nulla dignam vindicta putauerunt. Et paulò poſt duos homines inſectatur, quorum vnus eo indignatus fuerat, quod veruex maximus à quodam dictus eſſet, alter fleuerat in ſenatu, cum illum neſcio quis Struthio camelum depilatum dixiſſet.

Exceptiones quæ contra hanc actionem opponuntur.

Cap. II.

HÆc actio quibuſdam exceptionibus eliditur, quarum præcipuas cauſas hic referemus. Primò, obiicit reus, quod animum non habuit iniuriæ faciendæ, quod ei probare neceſſe eſt. leg. ſi non conuitij. C. eo. Secundò, quod nocens infamatus eſt: peccata etenim nocentium nota eſſe oportet & expedit. l. eum qui. l. ſi quidem. C. eo. & C. de famoſ. libel. l. 3. C. de offic. recto. prouinc. Nam (vt Cicero in Salluſt. ait.) Sæpe reſpubl. priuatis creſcit inimicitiis, vbi nemo ciuis qualis ſit vir, poteſt latere. Vide Home. lib. Iliad. de Pallade iram Achillis cohibente. Tertiò, quod animus poſt factam iniuriam effluxit. l. ſi non conuitij. C. eod. Sed hoc videtur accipiendum de actione iniuriarum prætoria, quæ ex conuitio maledictóque oritur, non de ea, quæ competit ex lege Cornelia ob manufactam iniuriam. Eſt enim ea ciuilis, ideoque perpetua. Inſtitut. de perpet. & temp. actio. Quartò quod nihil inuito actore factum eſt: nulla enim iniuria eſt, quæ in volẽtem fit. leg. 1. Quintò, quòd iniuria affectus æquo animo eam tulit, nec ſtatim ad animum ſuum reuocauit. Nam actio iniuriarum diſſimulatione laboretur. l. nõ ſolùm. Sextò, quod pactum de iniuria interceſſit, vel tranſactum eſt, aut iuſiurandum exactum. l. non ſolum. Nam actio iniuriarum ipſo iure tollitur pact. l. ſi tibi. de pactis. quia legitimum id pactum eſt. l. legitima. de pact. qua de re videnda eſt diſputatio Cæcilij apud Gellium lib. 20. noct. Attic. c. 1. Septimò, ſi dicatur homo iniuria occiſus, exempli gratia, rectè poſtulat reus, ne hoc iudicio quod priuatũ eſt, ac recuperatoriũ iudicio publico legis Corneliæ de ſicariis præiudicium fiat. Quod vtique contingeret, niſi actio hæc à prætore denegaretur. l. prætor. §. ſi dicatur. Qua de re vidẽdus eſt Cicero l. 2. de Inuentio. Octauò, quòd incertæ perſonæ iniuria facta eſt. l. item apud. §. cui.

Cui detur hæc actio, & contra quem.

Cap. III.

DAtur hæc actio ei, qui iniuriam paſſus eſt, non cuiuis è populo, quia iudicium priuatum eſt. l. 7. C. eod. aduerſus eum qui fecit, aut cuius dolo & opera facta eſt iniuria. Ideo mandator, conductor, perſuadẽs alias nolenti actione iniuriarum tenetur. l. non ſolùm. Et ſi fortè viſum fuerit eam actionem dare, poſtea iudicium publicũ & criminale exercere volenti denegabitur iuriſdictio. leg. quod ſenatus. Contra furioſum aut impuberem, qui doli capax nondum eſt, non datur leg. 3. aduerſus magiſtratũ, ſi quid per iniuriam fecerit, & animo iniuriæ faciendæ competit hæc actio. l. nec magiſtratibus. & l. ſeq. Patri ob iniuriam filio factam datur actio. Nam contumelia filij ad patrem pertinet. l. 1. filio tamẽ pulſato aut verberato ex lege Cornelia ciuilis actio patri non competit, quam lex ei tantum dat, qui ipſe pulſatus aut verberatus eſt, &c. ſed prætoria ei tantum datur ob generalem edicti clauſulam, ne quid infamandi cauſa fiat. Dubium enim non eſt, quin contumelia facta filio patrem infamet. l. 5. §. illud quæritur. Sed an ipſi filio ob illatam ſibi iniuriam experiri liceat? Et in primis conſtat filio quamuis emancipato aduerſus patrem hanc actionem non dari, niſi atrocitas ſuaſerit. eadémque eſt cauſa liberti & patroni. l. prætor. l. non ſolùm. l. 6. C. eodem. Aduerſus alium prætor filiofam. ita demum agere permittit, ſi pater præſens non ſit, &c. l. ſed ſi vnus. §. ait prætor. Etſi filiusfam. iniuriarum egerit, patri actio non competit. l. ſed ſi vnus. §. penult. Quod eſt accipiendum, ſi nomine filij agat. Nam ſuo nomine agere volenti non denegatur actio. l. pater. Sic & patre ſuo nomine agente competit nihilominus actio filiofam. quam vel ipſe (quod interdictum licet) vel pater ipſius nomine exercet. Nec enim vniusactio per alium conſequitur. l. 1. l. pater. hic. l. in perſonam. de pact.

Marito ob iniuriam factam vxori hæc actio datur etiam de nomine ſuo, quia iniuria facta vxori ad ipſũ ſpectat, & ipſum infamat. Itaq; duplex actio ex ea iniuria naſcitur, vna vxori, altera marito. l. 1. l. eum qui. l. 2. C. eod. Et idem de ſponſo, ſponſáque eſt dicendũ. l. item apud. §. ſponſum. Vxori tamen ob iniuriam marito factam agere non permittitur, quia eius non eſt maritum defendere. l. 2. hic. Domino competit hæc actio etiam ſuo nomine, ſi quid in ſeruum admiſſum eſt, vt domino fieret iniuria. Si vero non ad ſugillationem domini id factum eſt, ipſi ſeruo facta iniuria inulta relinqui non debet. Itaque domino ſerui nomine datur actio, præſertim in duobus caſibus, qui prætoris

edicto exprimuntur, ſi ſeruus aduerſus bonos mores verberatus, aut de eo ſine iuſſu domini quæſtio habita ſit. l. 1. l. item apud. §. prætor ait. l. ſi ſtuprum. Nec refert, an ſeruus poſtea manumiſſus aut alienatus fuerit, nec ne. l. ſi ſeruum. Nam ei qui manumiſſus eſt, non dabitur actio, ſed domino vt apertè ait Vlpian. cuius verba Accurſ. non percipit. l. ſeruo. l. 2. C. eod. l. dominum. Hęredi ob iniuriam factam cadaueri defuncti datur hæc actio. Etenim hæredis intereſt defuncti exiſtimationē purgare. leg. 1. l. ſi ſtatua. Ob iniuriam verò factam defuncto hæres non experitur. Nam actio iniuriarum nec hæredi, nec aduerſus hæredem defuncti competit, niſi lite conteſtata cum defuncto. l. 13. l. item apud. §. in iuriarum. Itaque hæc actio dicitur in bonis noſtris non eſſe antequam litem conteſtemur. l. 28. Aduerſus dominum noxale iudicium edicto prætoris datur ob iniuriam à ſeruo factam, quo iudicio dominus vel exhibeat verberantem vel noxæ dedat, vel æſtimationem litis ſufferat. Et edicitur edicto arbitratu iudicis modū verberum imponendum eſſe. l. ſed ſi vnus. Ac ſi plures ſerui ſimul iniuriam fecerint, ſingulorum proprium eſſe maleficium, & tot iniuriæ eſſe intelliguntur, quot perſonæ iniuriam facientium. l. ſi plures. Et ideo ſingulorum nomine dominus iniuriarum tenetur, quamuis in furto diuerſum ius ſit. l. ſi familia. de iuriſdict. omn. Aduerſus patrem agitur ob iniuriam à filio factam, ſi eum velit defendere: quod ſi eum nō defendat, ipſe filius conuenitur. lege. ſi filij. hic. leg. quoties de noxali actione.

Quomodo inſtituenda ſit hæc actio.

Cap. IIII.

HÆc actio & ciuiliter & criminaliter intenditur. §. in ſumma. Inſtit. eod. Ciuiliter, vt iniuriam paſſo iniuriæ æſtimatio adiudicetur: criminaliter, vt ei extra ordinaria irrogetur pœna, quę lucro agentis non cedat. Quod de omni iniuria generaliter eſt accipiendum, etiāſi atrox ſit, & ex lege Cornelia deſcendat, l. prætor. §. poſſe. l. conſtitutionib. Niſi fortè ea actio publico iudicio præiudicet, vt ſupra diximus. l. prætor. §. ſi dicatur. Qui agit iniuriarum certum dicere debet, quid iniuriæ factum ſit, vt prætoris edicto eſt expreſſum, quod interpretatur Vlpianus. l. prætor. in princ. & §. quod autem. Sed & quædam alia ad ordinem huius iudicij exercendi pertinentia lege Cornelia continebantur, cuiuſmodi eſt vt iuſiurandum deferre liceat. l. lex Cornelia. vt reus non recipiatur ſeruus. l. hos accuſare. de accuſationib. Illud notandum eſt, cum agitur ciuiliter, poſſe procuratorem interuenire. l. non ſolum cùm agitur criminaliter, ita demum ſi reus vel accuſator illuſtris ſit perſona, qui procuratorem conſtituere velit. l. vltim. C. eod. Ac ſi filio alicuius facta ſit iniuria, non eſt impediendus pater quo minus duobus iudiciis & ſuam iniuriā proſequatur & filij. l. pater. Quamuis alioqui aduerſus eum, qui plures iniurias ſimul fecit, ſeparatim de ſingulis experiri non liceat. leg. prætor. §. quod autem.

Quodnam ſit officium iudicis in hoc iudicio.

Cap. V.

MVltum refert, an criminaliter intendatur hæc actio, an ciuiliter. Si enim criminaliter intendatur, extraordinaria pœna irrogatur reo, officio arbitrióque iudicis, id eſt, pœna flagellorum, fuſtium, exilij, aut alia quæ ex perſona & cauſa ſtatui ſolet. l. vltim. hic. §. in ſumma. Inſt. eo. Nam pœna talionis, quæ lege decemuirali pręſcripta fuerat, iamdudum exoleuit. §. pœna. Inſtit. eod. Sæpè ob carmen libellúmve famoſū pœnam capitis conſtitutio imponit. C. de famoſ. libel. quę pœna aliquanto mitior olim fuit, cum eo nomine damnatus inteſtabilis eſſe tantum iuberetur. l. 5. §. vlti. hic. l. ob carmen. de teſtib. l. cum lege. de teſtamen. Sin autem agatur ciuiliter, permittitur iniuriam paſſo eam æſtimare: ita tamen vt iudex vel tanti reum condemnet, vel minoris, prout ei viſum fuerit. l. conſtitutionibus. hic. §. pœna. Inſt. eod. Nam prætor ait in edicto, *Prout quæque res erit, animaduertam.* l. item apud. §. prętor ait.

Non enim iudex ſemper eius deſideriū, qui agit poſtulationémque ſequitur, ſed minoris interdum condemnat. dict. leg. item apud. §. quod ait. Pluris tamen condemnare, ſtulti iudicis eſt. dict. §. pœna. Licet quidā peruicaces id fieri poſſe contendant, quorum opinio nec iure nec æquitate nititur. In ęſtimatione autem conſiderabit iudex qualis ſit iniuria, atrox ſcilicet an leuis. Quod ex perſona, tempore, aut re indicari ſolet. l. prętor. §. atrocem. l. ſed ſi vnus. hic. §. atrocem. Inſtit. eod. l. 4. C. eo. Atque ideò ſi filio iniuria facta ſit, propter filij dignitatem aliquando maior ipſi quàm patri iniuria facta intelligitur. Proinde non eadem ęſtimatio facienda eſt. l. ſeruo. & l. ſequenti. Et huiuſmodi æſtimatio facienda eſt. l. ſeruo. & l. ſequenti. Et huiuſmodi æſtimatio non ad id tempus quo iudicatur, ſed ad id quo facta eſt, referri debet. l. iniuriarum. 21. Quod ſi talis ſit is, qui iniuriam fecit, vt contemnere iudiciū iniuriarum poſſit ob inopiam ſuam & egeſtatem, acriter à prætore coercebitur. l. ſi quis iniuriam. Præterea quæ infamandi alterius cauſa in monumenta publica poſita ſunt, de medio tolli debent. l. conſtitutionibus. Damni verò accepti non videtur habenda ratio in hoc iudicio, cum magis vindictam quàm pœnæ perſecutionem habeat. l. prætor. §. ſi dicatur. hic. l. itē apud. §. ſi quis ſeruo. l. ſecunda. de collat. bono. Sed dubium non eſt, quin ob damnum acceptum augeatur condēnatio, quamuis non principaliter hoc agatur. l. dominū. C. eodem. Denique iniuriarum damnatus quia infamis eſt, in ordine decurionum eſſe prohibetur, nec iudicis error ei prodeſſe poteſt. l. diuus. In ſumma in hoc iudicio omnia ad bonum & æquum redigenda ſunt, hæc ex bono & æquo oriantur. l. non ſolùm. ſed ſi vnus. l. eum qui. hic. l. qui ſeruum. de oblig. & act. Et hactenus de officio iudicis aduerſus reum, qui condemnari meruit. Nam ſi per calumniam quis actionem iniuriarum inſtituiſſe fuerit deprehenſus, extra ordinē damnari debet. l. qui iniuriarum. Ratio enim poſtulat, vt ſicut extra ordinem coercetur is, qui iniuriam facit, ita etiam is, qui calumnioſam inſtituit actionem.

IN TIT. XI.

DE EXTRAORDINARIIS CRIMINIBVS.

HIc titulus generalis eſt, continens titulos ſequētes vſque ad publica iudicia, & præterea priuata delicta, quæ extra ordinem coercentur. Quod fit pro qualitate delicti & perſonarum. leg. fin. de priuileg. deb. l. fin. de furtis. l. fin. de iniur. l. 1. hic. Quamuis enim actiones priuatæ & forenſes competant ex delictis, de quibus ſupra diximus, tamen aliquando extra ordinem in delinquentes animaduertitur. Et quia alia pleraque ſunt extraordinaria crimina, propoſitus hic ſit titulus de extraordinariis criminibus. In ſingulis autem capitibus huius tituli exempla referuntur horum criminum extraordinariorum, quæ ſi diligenter expēdamus, facilè apparebit ea crimina legitima non eſſe

aut pu-

aut publica, ſed ſine lege extra oidioem vindicari. Vt cum priuatis delictis toterdum concurrit crimen publicum,ſeu accuſatio publici iudicij, vt cum bona vi rapiuntur.l. iofamem. de publ.iud.& iofra ad leg. Iul.de vi public. Hic cum publico iudicio concurrit crimen extraordinarium.l.1. C.hoc tit.dict. leg. iofamem. Omnis actio ciuilis vel criminalis eſt. Ciuilis eſt rurſum duplex: priuata aut popularis. Similiter & criminalis duplex eſt. Accuſatio publici iudicij,quæ certis legibus cooſtituitur, & ordine intenditur, licet is ordo aliqua ex parte antiquatus ſit,infra,de iudic. l. ordo aliqua extraordinarij criminis quæ oulla certa lege, nulla certa ſolēoitate,ſed extra ordinem intenditur apud præfectū vrbi & præſidē prouinciæ. Et primum maodatis,reſcriptis,conſtitutionibúſque principum iuſſi ſunt magiſtratus coercere eiuſmodi crimina,quæ iura ſuot extraordinaria, non perpetuæ leges, vt apud Vlpianum, oon voo in loco iudicia dicuntur lege cooſtituta de crimioibos. De aliis vero criminibus ſenatuſconſulta extra ordinem facta ait.

IN TIT. XII.
DE SEPVLCHRO VIOLATO.
CAP. I.

EXtraordinarium hoc quoque crimen habetur, quamuis dici poſſit auctore Marcello Iuriſconſul.ad legem Iuliam de vi priuata, quod publicum iudicium eſt,pertinere.l.8.Ex hoc autem maleficio agitur, oon ſolum crimioaliter ad vindictam publicam, ſed etiam ciuiliter ad pecuniarium priuatúmq. commodum.l.9.

Cauſa huius actionis,qua ciuiliter intenditur.
CAP. II.

ACtionis ciuilis, quæ ex hoc maleficio deſcendit,cauſa eſt ſepulchri violatio aut inhabitatio, vt edicto prętoris continetur.l.3.Sed quia ſepulchrum in dominio noſtro non eſt, ideoque non poteſt competere actio legis Aquiliæ, l.1. nec hanc actionē propooere oeceſſarium fuit.Quod autem diximus, ſepulchri violati nomine agi poſſe,ſic eſt accipiendum, niſi religioſum eſſe deſierit, vt puta ſi ſit captum ab hoſtibus.l.4.

Cui & contra quem detur.
CAP. III.

HÆc actio datur non ſolum ei,ad quem res pertinet,ſed & cuiois alij ex populo,vt expreſſum eſt edicto prætoris,l.3.& 6.Sed & oeceſſario quoq; hæredi datur quamuis ſe bonis nō immiſcuerit.l. quęſitum. Datur contra eum cuius dolo malo, &c, l. 3. in princ.

Officium iudicis.
CAP. IIII.

DAmnatur reus quanti æquum eſſe videbitur iudici,aut extraneo agente ad centum aureos, l. 3. in princ.& §.qui de ſepulchri. Hinc dicitur hæc actio in bonum & æquum concepta eſſe.l.quæſitum. Coodemnatio autem infamiam irrogat damnato. Eſt & criminale iudicium hac de re cooſtitutum. l. 3. §.aduerſus. Quod læſæ religionis crimen à Gordiano dicitur.l.1.C.eo. Ac variæ pœnæ Imperatorum reſcriptis & conſtitutionibus infliguntur, quæ in Codice extant.eod.tit.

IN TIT. XIII.
DE CONCVSSIONE.

COncutere eſt timorem alicui incutere prætextu iuris exemptionis, & eo nomine pecuniam extorquere.Itaque non is tantum,qui in magiſtratu,munere publico,aut curatione eſt, ſed etiam alius quiuis concuſſioois crimine teneri poteſt.l.2. Ideo autem refertur inter crimina extraordinaria, quia publicum non eſt,oiſi qualitas aliqua accedat,propter quam dici poſſit,ad legem aliquam pertinere. Hoc crimen ciuiliter perſequi licet condictione ob turpem, vel iniuſtam cauſam. l. qui emit.de condic.ob turpē cauſ.& extra ordinem criminaliter accuſare, vt pœna extraordinaria arbitrio magiſtratus commiſſa puniatur. Interdum & publicum iudicium cum hoc concurrit. Sed debet accuſator eligere, oec poterit ob idem crimen pluribus legibus reus fieri. l. ſenatus. de accuſat. Actio tamen ciuilis regulariter criminali non præiudicat.l.vnic.C.quando act.ciuil. oiſi, ſi quando vtraq; ad vindictam pertinet.Quo caſu oon concurruot certe executione.l.prætor edixit,de iniur.& l.præcedenti l. 2.vi bono.rapt.l.interdum,de publ.iudic. Nota delictum confundi plerunque cum crimioe. l. 1. licet freqoenter delictum ad ea maleficia,referatur,ex quibus priuatæ actiones ciuiléſque dantur. Crimen verò datur accuſatio criminaliſque actio.l.1.de calum.

IN TIT. XIIII.
DE ABIGEIS.

EXtraordioariū quoque hoc crimen eſt,non publicum ſiue legitimum,quia furtū quoddā eſt,l.1.Soláque quantitas furem diſcernit ab abigeo, l.aut facta de pœnis.l.3 hic.Is enim abigeus propriè dicitur, non qui pecus vnum, ſed qui gregem aut armentum ſurripit.Sed Calliſtratus ait, abigeos quoque dicendos eſſe eos,qui vnum aut alterum pecus ſurripiunt, modo ſæpius abegerint, l.3. Nam conſuetudo ac veluti actus cuiuſdam exercitio hic ſpectatur, leg. 2. Si quaterna, quináve capita mediocrium animalium,quales ſunt oues,abegerit,reus erit.Alioqui qui abegit, fur tantum dicitur,noo abactor.Eius criminis pœna extraordinaria eſt,nunc metalli,nunc gladij, nunc operis publici, nunc relegationis pro qualitate perſonarum & criminis.

IN TIT. XV.
DE PRÆVARICATORIBVS.

PRęuaricationis verbum dupliciter accipitur.Nam propriè is dicitur præuacari, qui cum accuſato colludit,veras probationes omittendo, & falſas excu- *Præuaricator quis dicatur.*
ſationes recipiendo,l.1.§. præuaricatorem. ad Turpill. l.Athletas.de his,qui not.infam.leg.præuaricatores. de verborum ſignificatione. Cuius verbi originem docet Plinius lib. 18. cap. 19. aliter quàm à iuris auctoribus, aut interpretibus eorum,adhuc memoriæ proditum ſit. *Arator*,inquit, *niſi incuruus præuaricatur: unde tranſlatum hoc crimen in forum.*Hic præuaricator variis pœnis afficitur.Nam in primis notatur infamia, leg. 1. de qui notao.infam.quia publico iudicio damnatur. leg. 3. Vnde merito differre ab eo dicitur,qui deſiſtit ab accuſatione, aduerſus quem nulla lex pœnam ſtatuit: Sed ſenatuſconſulto Turpilliano imponitur ei pœna quinque librarum auri,dict.l.3.§.vltim. Item in perpetuum interdicitur ei accuſatione.leg.5.Præterea extra ordinem punitur arbitrio iudicantis.leg.prim.&.2. Sed & reus,qui corrupit accuſatorem, hac pœna plectitur,vt pro victo habeatur.l.vltim. Niſi ſanguinem ſuum redemptum, voluerit. leg.vltim.Præuaricari etiam dicuntur aduocati, qui clieotum ſuorum cauſas

Digitized by Google

produnt, l.1. hic. De cuius verbi ſignificatione, quæſtio eſt apud Ciceronem in Part. orato. Hic autem punitur extra ordinem non minus, quàm accuſator, l. 1. ſed nõ notatur infamia, quia publico iudicio non damnatur, l.3 hic.& leg.1. ſupra de his, qui notantur infamia. Ea vero condemnatione nullam reddit ſententiam, qua reus abſolutus ſit, receptum eſt, leg.1.C.de aduocat. diuerſ. iudic. Nec ideo minus neceſſaria eſt reſtitutio in integrũ, ſi quis de aduocati perfidia calumniæ pœnam fortaſſis reformidans cõqueri nolit, l. minor autem. §. 1. de minoribus. Quædam alia huc pertinentia ſcripſimus in leg. 11. C. de accuſat. Quod ſi quis roget, cur furti condemnatus, vel etiam depoſiti, vel iniuriarum ſit infamis, & non is, qui damnatur crimine extraordinario, quod iudicium ſeuerius eſt? Reſpondendum, quod ſeuerius extra ordinem coerceatur, famæ parcitur. argumen. l. quid ergo. de his, qui notant. infam. Nota hic & aliam nobilem quæſtionem, vtrúmne de incidente quæſtione ſententia ſit facienda, quod hic lex argu. l. 2. hic. contra alibi l. 1. C. de extraordin. iudic. Cum quæſtio ſtatus in petitionem hæreditatis incidit, de ſtatu non eſſe pronunciandum Interpretes nugantur emergentem quæſtionem ab incidente ſeparantes. Reſpondendum, ſi principaliter de ſtatu, de præuaricatione autem alia quæſtione in aliã incurrente agatur, & actor accuſationem intendat, vt ſententia feratur quod ſua & publicè intereſſe, tunc pronunciandum eſſe. Quod ſi contra nihil intereſſit actoris ſententiam ferri, neque id intendat, ſed tantum ſubmoueat incidentem, ne principali noceat, vel contra adhibeat eam vt proſit: eo caſu ſententia ferenda non eſt. Vt ecce, ſeruus petit à me hæreditatem: excipio niſi ſeruus meus eſſet, & ago præiudicio, vt ſeruus meus pronuncietur. Quod ſi excipiam ſeruum alienũ eſſe, nihil intereſt mea pronunciari, modo excludatur à petitione hæreditatis.

IN TIT. XVI.

DE RECEPTATORIBVS.

HOc maleficium receptionis latronum, quis legibus publicis non vindicatur, inter crimina extraordinaria hic relatum eſt, & extraordinario iudicio coercetur: nempe ſi pœna, qua latrones puniuntur quos receperunt, qui nunc in crucem aguntur, nunc alia pœna afficiuntur. l. capitalium. §. famoſos. de pœnis. In his tamen puniendis maximè arbitrium boni iudicis verſatur, cuius arbitrio huius criminis pœna relicta eſt. Nam de eis puniendis variè reſcriptum eſt, ſecundum cauſarum varietatem, l. 1. hic. & l. vlt. ſupra de obligat. l. Metrodorum. de pœnis. infra. Extat titulus in Codice Iuſtiniani huic reſpondens, De his, qui latrones vel aliis crimin. reos occultant. Verùm in hac pœna infligenda habenda eſt ratio perſonarum, mitiúſque puniendi ſunt, qui affines vel cognatos, quàm qui nihil ad ſe pertinentes latrones recipiunt. l. 2. Vt in cauſa capitali parcitur ei, qui pecunia delatorem corrupit, quod ſcilicet quiſque ſanguinem ſuum ſemper redemptum velit, l. fin. ſupra tit. prox. Ad hunc locum pertinet lex regia, quæ vetat caupones homines ignotos recipere, niſi commonefactis prius magiſtratibus. Qui latrones pecunia accepta, vel parte prædæ non apprehendunt, eadem pœna tenentur.

IN TIT. XVII.
DE FVRIBVS BALNEARIIS.

FVrtum licet inter priuata delicta recenſeatur, nec vlla ſit actio furti nomine, præterquam ciuilis prodita: tamen circumſtantia delicti facit, vt non priuatum delictum, ſed crimen putetur extraordinarium, & extra ordinem vindicetur, l. vlt. ſupra de furtis. vt puta cum ſe telo fures defendunt: & ſi noctu aut in balneo publico admiſſum eſt. Nam ea maximè animaduertenda ſunt peccata, inquit Cicero quæ difficilimè præcauentur. Qua de re diſputat Ariſtot. in probl. ſect. 29. Eadẽ ratione moribus noſtris receptũ eſt, vt fures domeſtici pœna capitis puniantur. furtum verò ſimplex ad ius ordinarium remitti debet, id eſt, iudicium ciuile dupli, aut quadrupli, condictione furtiua, aut rei vindicatione.

IN TIT. XVIII.

DE EFFRACTORIBVS ET

EXPILATORIBVS.

EFfractores hic capite tam carcerũ, de quibus infr. ſub tit. de cuſtod. reor. quàm domorum, ſcilicet furandi cauſa. Hic effractores aliquando erumpunt è carcere foribus effractis, & hi vltimo ſupplicio puniri poſſunt. contemnunt enim maieſtatem ipſius magiſtratus. Si per negligentiam cuſtodum euaſerint, minori pœna coercentur. Aliquando effringunt ædes priuatas deripiendi cauſa & expilandi. l. de quibus. infra de cuſto. reorum, & extra ordinem arbitrio iudicis coercentur. l. 1. & 2. dummodo hic ordinem præſcriptum non egrediatur, & honeſtiores leuius, plebeios autem atrocius puniat. Vnde obſerua & nobiles perſonas extraordinaria coercitione leuius puniri quam ignobiles. Expilatores verò ſunt atrociores fures, inquit Aſconius, qui ne pilum quidem in ſpoliatorum corporibus relinquunt. Hi igitur omnes puniuntur extra ordinem arbitrio iudicis, l. 1. & 2. ſicut & ſaccularij, directariíque, de quibus ſupra de extraord. criminib. l. ſaccularij.

IN TIT. XIX.

DE CRIMINE EXPILATÆ HÆREDITATIS.

PRo rebus hæreditariis ſurreptis iacente hæreditate, nulla competit furti actio, l. 2. & vlt. hic. l. hæreditariæ. ſup. de furtis. Quanquam de hac re fuit diſſenſio inter veteres iuris auctores, cuius meminit Cicero lib. 7. epiſt. Rei ſiquidem hæreditariæ furtum non fit, quamuis rem hæreditariam eſſe, ignorans eam ſurripuerit, vt Paulus in Neratium ſcribens, & Neratij ſententiam corrigens ait, l. vltim. Quia à nemine res hæreditaria poſſidetur. l. ſi quis teſtam. lib. Dicitur tamen furtum improbum eſſe hæc expilatio hæreditatis per abuſionem, l. 1. ſi te. C. ex quibus cauſis irrogat. infam. Accuſatio igitur expilatæ hæreditatis extraordinaria eſt, & tunc locum habet cum furti agi non poteſt, &c. l. 1. & 2. cum videlicet res hæreditariæ interuerſæ ſunt ante aditam hæreditatem, vel poſt aditam, antequam res ab hærede poſſeſſæ ſunt, l. 2. Quo caſu nulla competit actio furti, licet ad exhibendum & rei vindicatione & petitione hæreditatis agi poſſit, l. 2. & 3. & l. vni. C. quando ciuil. act. crim. præiud. Neq; vna harum actionum aliam cõſumit. Quod autem hic lex dicit electionem eſſe, hoc ſignificat priuatam actionem hoc caſu præiudicare poſſe accuſationi criminis, quæ per abuſionẽ expilatio dicitur, l. interdum. de publ. iudic. l. ſi ita. C. ex quib. cauſ. infam. irrog. Id eſt, licet præiudicium fiat criminali iudicio per iudicium priuatum & pecu-

& pecuniariũ quantũ ad probationem criminis vel cõtra attinet, põt tamen actor eligere priuatam actionem antequam de crimine criminaliter agatur. Vxor autem ob res hæreditarias amotas hoc crimine accuſari non poteſt, quia cum ſit ſocia rei diuinæ atque humanæ domus, ne furti quidem conueniri poteſt, l. vxor, hic. l. aduerſus. C. de crimine expilatæ hæredit. l. 1. ſupra rerum amotarum: vnde ducere eſt argumentum ad cohæredes, qui ſimiliter contrectaſſe res iure ſuo intelligentur, niſi euidens dolus arguatur. l. merito. pro ſocio.

IN TIT. XX.

DE CRIMINE STELLIONATVS.

SIcut in priuatis iudiciis, id eſt, ciuilibus actionibus, ſi quando alia ciuilis actio non detur, ex edicto prætoris generaliter cõpetit de dolo: Ita in publicis iudiciis, id eſt, criminalibus, vbi certa accuſatio certúſq; titulus criminis non occurrit, confugimus ad accuſationem generalem de crimine ſtellionatus: quod iudiciũ, vt lex ait leg. 1. neque publicis, i. iudiciis ordinariis publicorum iudiciorum, neque priuatis, actionibus, id eſt, ciuilibus continetur: Licet diuerſo reſpectu & priuatum ſit & publicum. Priuatum quidem quod priui, id eſt, ſinguli, non omnes de hoc crimine accuſant: qualia ſunt omnia crimina extraordinaria & priuata communi interpretum ſententia. Publicum verò, quia publicè intereſt omnia crimina coerceri, non autem publicum quod quis ex populo inſtituere poſſit: qualia ſunt ordinaria iudicia certis legibus conſtituta. inf. de publ. iud. Diuide igitur iudicium hoc modo: Omne iudicium aut eſt publicum aut priuatum, id eſt, aut quiuis è populo agit, aut ſinguli agunt. leg. 1. de præuaricat. Rurſus diuide in publicum & priuatum, id eſt, in criminale & ciuile. leg. 3. leg. 1. de calum. Tertio loco diuide iudicium in priuatum, extraordinarium & publicum. In qua diuiſione priuatum iudicium eſt ciuile. Et publicum eſt ordinarium ex legibus publicorum iudiciorum. Itaque hoc crimen eſt ſpecies criminis extraordinarij, quia ob impoſturam, dolum, & machinationem propriè competit. l. 3. Videtúrque ſic dictum eſſe à ſtellione varij coloris animali. Nam varios homines doloſos. fraudulentos vocamus. l. 1. de dolo. Sed generalius accipitur pro omni crimine quod extra ordinem vindicatur, ſed proprium nomen titulúmque criminis non habet. dict. leg. 3 Eſt ergo pœna extraordinaria, ſicut & accuſatio ipſa criminum extraordinaria eſt. Qua in re notanda eſt nobilis antinomia: damnatum de ſtellionatu infamem eſſe, & eundem non eſſe, l. 2. hic. Vide lib. Disput. cap. 42. Et quod magis demirere, vtriuſque reſponſi auctor eſt Vlpian. Reſpon. damnatum de ſtellionatu non eſſe infamem, niſi cum eo quoque iudicio concurrat tale, ex quo dãnat⁹ notaretur. d. l. 2. l. quod ergo. in fine de his qui not. infam. Nota periurium exilio puniri quando tranſit in ſtellionatus crimen: alioqui fuſtibus coercetur. l. infamem. de publ. iudic. Lege noua etiam vltimo ſupplicio coercerentur. authen. vt non luxur. Licet temerarium periurium ex prioribus conſtitutionibus, ſolum Deum vltorem habeat. l. fin. Interdum etiam infamia ſequitur periurium. l. iuſiurandum quod. de iureiurãdo. l. quod ſit. ſeq. ff. de dolo.

IN TIT. XXI.

DE TERMINO MOTO.

TErminos diſcernendorum agrorum cauſa poſitos mouens, vel effodiens, grauiſſimè puniendus eſt, ſed extra ordinem pro rei & perſonæ qualitate arbitrio ſcilicet iudicantis, l. 1. & 2. hic. l. 1. Cod. de accuſat. Hos enim ſacros & inuiolabiles eſſe voluit antiquitas. Cuius rei meminit Plato, lib. de leg. 8 Dionyſ. Halicarnaſ. quoque lib. 2. antiquitatum, ſcribit lapides finales Ioui Terminali conſecratos fuiſſe à Numa Pompilio, conſtitutúmq; ab eodẽ, vt, quiſquis eos occuluiſſet aut aliò tranſtuliſſet, tanquam ſacrilegus impunè à quouis occideretur. Ad quem ritum alluſiſſe videtur Iuuenalis in hoc verſu:

Aut ſacrum effodit medio de limite ſaxum.

Lex autem Moſaica eum qui limitem proximi ſui transfert execratur, Deuterono. c. 27. Ante tẽpora Alexandri Seueri, atq. Modeſtini qui æqualis fuit, C. Cæſar Caligula actionem popularem dandam eſſe cõſtituerat, cuius pœna erat pecuniaria, ſicut in aliis ciuilibus actionibus. l. vlt. Sed poſtea receptũ eſt, vt criminaliter etiam ageretur, & extraordinaria eſſet coercitio, l. 1. C. de accuſat. Et capitalis lex agraria conſtituta fuit à Nerua in ſeruos, niſi dominus mulctam pendere maluerit. Proinde Modeſtinus de hoc criminali iudicio, non de ciuili popularíque actione loquens rectè ait, Terminorum auulſorum non mulctam pecuniariam eſſe. l. 1. Alia ratione leges agrariæ nominantur apud Ciceronẽ in Orat. contra Rullum. In quib. legib. agri vẽdebantur, donabantur, diuidebantur, & quo iure eſſent, apud poſſeſſorem ſtatuebantur. Faciem vero locorum conuertere quæſtionum finalium cauſa crimẽ eſt extraordinarium. Quod ſi non dolo malo quis lapides ſcrutetur, verum ignorantia, ignorans videlicet terminos eſſe aut caſu fortuito, leuius quàm qui ſciens prudens lapides terminales amouerit, punitur. l. 2. in fine.

IN TIT. XXII.

DE COLLEGIIS ET CORPORIB. ILLIC. QVID SIT COLLEGIVM.

COllegium ſiue corpus dicitur ſocietas quædam hominum ita contracta vt ex pluribus perſonis, veluti vna perſona & vnum corpus fiat, l. 1. quod cuiuſque vniuerſitatis. Nam quæ collegij, vel corporis alicuius ſunt, ſingulorum hominum non ſunt, ex quibus id coaleſcit ne pro parte quidem, l. in tantum. §. vniuerſitatis. ſup. de rerum diuiſio. Quare non agunt communi diuidundo, aut pro ſocio inter ſe earum rerum nomine quæ collegij ſunt, nec eas partiri ac diuidere poſſunt. niſi collegio diſſoluto. l. 3. Res enim huiuſmodi communes ſunt eis, non vt ſingulis, ſed vniuerſis. Collegium ergo perſonam quandam eſſe imaginariã ex pluribus perſonis cõflatam, l. mortuo. de fideiuſſor. quę à multitudine collegarum differat. Itaque mortuis quibuſdam collegis, & aliis in eorum locum ſubſtitutis, idem collegium ſemper manet, l. proponebatur. de iudiciis. Et ob delictum collegij non temerè plectuntur ſinguli, ſed collegium ipſum potius, not. in l. aut facta. §. vlt. de pœnis. l. ſi vſusfructus, quibus mod. vſusfruct. amit. Ad collegium autem conſtituendum, tres perſonæ ſufficiunt. l. Neratius. de verb. ſign. Et poſſunt collegę ſeu ſodales pactionem quam volunt, ſibi ferre, dum nequid ex publica lege corrumpant, vt lex decẽuiralis quã interpretatur Caius, permittit, l. vlt. & ſodalibus ſit permiſſum, quod ex lege Solonis translatũ eſt in Romanos. Nam corpora ſodalitiaque reperiuntur alia licita, quæ mandatis conſtitutionibus & S. C. permittuntur, qualia ſunt collegia in Academiis hominum literatorum & fratriæ negotiatorum & artificum, quæ nuper tamẽ lege regia reformata ſunt. Alia ſunt ſodalitia illicita, de quibus lex Licinia & aliæ perlatæ fuerunt, vt videre eſt in oratione Ciceronis

Digitized by Google

de ambitu, pro Sylla, pro Plancio, pro Murena. Sed animaduertendum eſt omnia huiuſmodi corpora collegiáque veteribus ſuſpecta fuiſſe, propter coniurationes in corpus, & alia quædam incommoda. Vnde fit, vt nullum collegium iure Romano licitum ſit, niſi ſpecialiter permiſſum fuerit, l. 3. hic. l. 1. ſup. quod cuiuſque vniuerſitatis. l. 2. de extraordinariis criminibus. Proinde qui illicitum collegium vſurpauerint, puniuntur extra ordinem ad exemplum, ſcilicet, legis Iuliæ, de vi publica, l. 2. Quod rurſus argumentum eſt publicas accuſationes concurrere cum accuſationibus extraordinariis. l. 1. de ex. crim. l. hæc verba. ad l. Iul. de adul. l. ſepulchri. de ſepul. viol.

IN TIT. XXIII.

DE POPVLARIB. ACTIONIBVS.

DE priuatis delictis ante diximus, ex quibus ciuiles & priuatæ actiones dantur. Priuatas autem voco, quæ ei tantum cuius priuatim intereſt competunt, cuiuſmodi ſunt actio furti, condictio furtiua, vi bonorum raptorum, iniuriarum, & aliæ ſimiles. Sunt & ex maleficiis aliæ quædam actiones populares dictæ, quæ dantur cuiuis ex populo publici iuris tuendi gratia, l. 1. Harum autem nonnullæ ad commodum publicum, principaliter ſpectant, vt quæ aduerſus album Prætoris corrumpentem proponitur, l. ſi quis id quod. ſup. de iuriſdict. Ac ſi plures agere volent, Prætoris erit eam controuerſiam dirimere, & magis idoneum eligere, l. ſi plures. Quod genus iudicij à veteribus diuinatio vocabatur. Itaque nemo ex populo eas habere dicitur in bonis ſuis, l. pen. hic. l. ſi quis pro eo. §. vlt. de fideiuſſor. niſi litem conteſtando cæteros excluſerit, quo caſu lucro eius cedit victoria, l. ſi cui. de verbor. ſignific. l. eum qui. §. in popularibus. de iureiuran. Aliæ ad priuatã alicuius iniuriam principaliter pertinent, vt ſepulchri violati actio, & ſimiles, quas qui habet, rectè dicitur eo locupletior eſſe. Nam cæteris agere volentibus, ſi velit præferror, l. 3. hic. l. 3. & 6. ſupra de ſepulch. viol. Et procuratorem conſtituere poteſt, licet in aliis non poſſit, l. licet. & leg. non cogendum. §. qui ita. de procurat. l. qui populari. Item mulieri & pupillo, hæ dantur, aliæ non item, l. mulieri. Hoc commune habent, quod anno finiuntur, & in hæredes non dantur quibuſdam exceptis, leg. vlt. quæ pœnales ſunt. Vna tamen popularis actio de termino moto ita inſtituitur vt mulcta pecuniaria in publicum ærarium conferatur: idque lege ſpecialiter eſt conſtitutum. l. fin. de termi. mot. & hæc eſt recepta interpretum ſententia.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLVIII. PANDECTARVM, SEV DIGESTORVM, METHODICA PARTITIO.

IN TIT I. DE PVBLICIS IVDICIIS.

QVæ ſint publica hic docet Vlpianus, l. 1. & nos fuſius pro viribus oſtendimus in lib. Diſputationum.

Cap. I.

De ordine & ratione horum iudiciorum exercendorum.

PRætor, cui lege delata erat cognitio, olim hæc iudicia exercebat coactis iudicibus, quos ſortiebantur accuſator & reus, vt Aſconius Pedianus docet. De hac autem ſortitione ſubſortitionéque, De tabulis quæ à Prætore dabantur iudicibus, De clepſydris, De ampliationibus, & comperendinationibus & aliis huiuſmodi, quæ quondam in vſu erant, pleraque annotauit Budęus. Sed & quædam alia colligi poſſunt, ex orationibus Ciceronis, præſertim ex orat. pro Domo ſua. Nec dubium eſt quin ſingula iudicia certam ac peculiarem formam habuerint, vt ex titulis ſequentibus apparebit. Verùm Paulus ait, eum ordinem in vſu eſſe deſiiſſe, &c. l. ordo. Quibus verbis oſtendit iudices ordinem ſingulis legibus præſcriptum ſeruare non ſolere, ſed extraordinariam eſſe, & arbitrariam, nullíſque legibus adſtrictam cognitionem. Quæ verò vſus retinuit, hæc ferè ſunt quæ ſequuntur. In primis præſentia tam accuſatoris, quàm rei neceſſaria eſt. l pen. §. ad crimen. Nam procurator non interuenit, tametſi abſentiam excuſare liceat eius qui ad iudicium adeſſe nequit, d. §. ad crimen. l. inter accuſatorem. hic. l. reos. C. de accuſat. Hoc eſt accipiendum, niſi iudicium tale ſit, in quo abſens damnari poſſit, l. ſeruum. §. publicè. de procurat. & l. abſentem. de pœnis. Quo caſu innocentia etiam abſentis defendi purgarique poterit. Sed & domino quoque ſeruum ſuum præſentem defendere permiſſum eſt, cum eius interſit ſeruum non damnari. cuius dominium forte per ſententiã amitteret, l. 2. C. de accuſat. l. ſeruus. hic. l. Lucius. de appellat. l. ſi ſeruū infra de accuſat. l. hos accuſare. §. ſi ſeruus. Hoc tamen ex arbitrio domini pendet, ac poteſt eum impunè non defendere, l. ſciendum. Notandum eſt præterea aduocationem reo præſenti denegandam non eſſe iure Romano. l. 2. C. de exhi. reis. Quamuis moribus noſtris

receptum

receptum oon ſit. Quæritur ſi reus pendente cognitione defunctus ſit, an poſſit accuſator accuſationem proſequi. Et certum eſt, crimen ac pœnam omnem eius morte extingui. leg. 3. & leg. defuncto. Nam caput 3. ita legendum eſt, *Publica accuſatio reo vel rea ante defunctis perimitur.* tametſi lectio Pandectarum Florentinarum diuerſa ſit. Huius rei exemplum eſt apud Valerium Maximum, lib. 9. c. 12. de Licinio Marco repetūdarum reo. Qua de re inſr. plenius, l. ex iudiciorum. de accuſat. Accuſatore defuncto certum eſt iudicante Præſide reum ab alio peragi poſſe, l. accuſatore. In ipſa autem cognitione, Magiſtratus patronos cauſarum, & alios clariſſimos viros qui magiſtratu aliquo functi ſunt, & iuris ſcientiam habent, adhibere debet. l. cuſtodias. Ac diebus etiā feriatis audire cuſtodias poteſt, d. l. cuſtodias. Quæ ſit ratio totius cognitionis, & quomodo tā accuſare quàm defendere oporteat, in vniuerſum definiri non poteſt, ſed ex cauſarum varietate pendet. Vnum tamen ex Vlpiano hic notandum eſt, non relatione criminum, ſed innocentia reum purgari debere, l. is qui reus. Quod quemadmodum ſit accipiendum, dicemus ſub titul. ſequenti.

Reus non purgatur criminum relatione ſed innocentia.

De poteſtate & effectu horum iudiciorum.

CAP. II.

HOrum iudiciorum publicorum pœna aliquādo capitalis eſt, aliquando pecuniaria, aut in corpore coercitio, vt ante diximus, l. 2. ſed damnatum ſemper infamia ſequitur, leg. infamem. niſi in caſibus exceptis, l. vlt. Hæc autem iudicia impediunt quominus ciuilibus actionibus, quæ ad rem familiarem magis, quàm ad vindictam pertinēt, experiamur. l. interdum. hic. l. Prætor. §. ſi dicatur, de iniuriis. Cod. quando ciuilis actio criminali præiudicet.

IN TIT. II.

DE ACCVSAT. ET INSCRIPTIONIBVS.

SVpra de criminibus extraordinariis & publicis quæ iudicia per accuſationes ordinantur, Inſtitut. de publ. iud. in princ. l. 1. de crim. expil. hæred. Ideo titulus communis de accuſationibus ſubiicitur, id eſt, de perſecutionibus criminum. & quia libelli recepti ab accuſatoribus offerri debent, qui dicuntur libelli inſcriptionum, ideo ſequitur de inſcriptionibus. Habet autem fere hos locos. De cauſa accuſationis, Quis poſſit accuſare vel non. Quid ſi pluribus legibus reus fieri poſſit. Quid ſi actio ciuilis cum crimine concurrat. Quid ſi plures accuſatores de vno accuſando conteodaot. Quis ſit accuſationis effectus reo mortuo poſt litem conteſtatam. Qua in prouincia damnetur vel accuſetur reus. Quo pacto leuia crimina coerceantur.

Quid ſit accuſatio.

CAP. I.

ACcuſatio eſt maleficij alicuius apud iudicem delatio ad vindictā publicā, ſolēniter facta. Dicitur, *ad vindictam publicam*, vt intelligamus actionem, quæ ad priuatum alicuius commodum, vel vindictam priuatam intenditur, accuſationem propriè non eſſe, quod ex diffinitione actionis ſatis apparet. Actio eſt ius perſequendi in iudicio, &c. §. 1. Inſtit. de actio. Improprie tamen aliquando actio pro accuſatione accipitur, l. 1. de crimine ſtellionatus. & C. quando ciuilis actio criminali præiudicet. Vnde perduellionis actio, Ciceroni in Part. orator. Crimen apud Iurcconſultos crebro, idem quod accuſatio ſignificat, l. nullum crimen. de reg. iur. & l. ſi cui crimen. Cum igitur accuſatio cum actione nihil commune habeat, certum eſt, ex eodem maleficio & agere quem & accuſare poſſe, nec poſſe cogi omiſſa ciuili actione crimen intendere, l. in eum. Hinc obſeruandum eſt, denuntiationem ab accuſatione differre, quæ citra inſcriptionem vllam recipitur. Ea autem magiſtratibus olim fieri conſueuit, per certos homines quibus id publicè mandatum fuerat, ne grauiora facinora deficientibus forte accuſatoribus impunita manerent, l. ea quidem. infra de appellatio. l. ab accuſatione. §. nunciatores. ad Turpillianum.

Cauſa accuſationis.

CAP. II.

ACcuſatinnis cauſa eſt delictum, quod animaduerſionem vindictámque publicam meretur, & ad hunc ſcopum finem refertur accuſatio. Vnde vulgo dicitur, neminem ſine accuſatione damnandum eſſe, quod tamen falſum eſſe demonſtrauimus lib. 1. diſput. Hinc quæritur de quibuſdam delictis, an pro eis competat accuſatio. Cuiuſmodi eſt terminorum auulſio, l. 1. C. de accuſat. Sed de hoc ſatis diſſeruimus ſuprà ſub tit. de termino moto. Quæritur etiā de iis qui euentum ſententiæ iudicis venditant, & fumos vendunt. l. qui explicandum. C. de accuſ. de quibus diximus lib. 7 diſputat. Et oſtendimus non modo accuſandos eſſe eos, ſed etiam grauiter puniendos eſſe. Alia quæſtio eſt, de maleficio quod mandatu alterius perpetratum eſt. Et conſtat tam mandatorem quàm mandatarium pœna afficiendum eſſe, l. non ideo minus. C. de accuſat. Qua de re in commentariis ſatis plene à nobis tractatum eſt. Tractatur & quæſtio de hæredibus eius qui maleficium admiſit. Et conſtat eos accuſari non poſſe, nec pœnam bonorum ademptionis ad eos tranſire, niſi iam damnatus reus deceſſerit, l. ex iudiciorum Cuius rei exemplum memorabile refert Valerius lib. 9. c. 12. de Licinio Macro. Excipitur repetundarum iudicium, Maieſtatis, & quædam alia de quibus infra videbimus. Quod ſi reus iam damnatus pendente appellatione deceſſerit, ſeruanda eſt diſtinctio l. 3. C. ſi pendente appellat. l. vlt. C. ſi reus vel accuſat. mort. Dubium ſanè non eſt, quin hæredibus defuncti, ipſius innocētiam defendere, ſi velint, liceat, l. filio. §. Seia. de adimendis legatis.

De iis qui accuſare poſſunt, aut non poſſunt,

CAP. III.

IN his iudiciis accuſatio publica eſt, & cuiuis ex populo competere dicitur. §. 1. Inſti. de publ. iudiciis, præterquam iis qui nominatim excepti reperiuntur. De quibus eſt videnda l. qui accuſare. In primis prohibetur accuſare mulier. Niſi ex certis cauſis. l. 1. & 2. & l. qui accuſare. l. mulierē. hic. l. 4. l. de crimine. C qui accuſa. nō poſſ. Pupillus accuſare prohibetur, propter infirmitatē ætatis, l. 2. qui accuſare. niſi ſuā vel ſuorū iniuriam perſequatur. Quo caſu tutor accuſabit quidē nomine pupilli, ſed ſuo nomine inſcribere ſe cogetur,

Digitized by Google

ne alioqnin ob eius pecuniam plectatur pupillus, l 2. &.5.& C.qui accuſ. Militi interdicta eſt accuſatio publico nomine,l.qui accuſare. niſi ob cauſas legib. exceptas,l.mulierem.hic. & l. non prohibentur. l. ſi crimen. C.qui accuſare non poſſ. Magiſtratus non accuſant quandiu magiſtratu funguntur, ſicut nec ab aliis interim accuſantur,l.qui accuſare.hic. l.pars literarũ. de iudic.Infantibus denegatur accuſandi facultas, leg. qui accuſare.l.4.l.criminis. C.qui accuſ.Niſi in caſibus exceptis l.mulierẽ.hic.l. famoſi. ad l. Iul.Maieſt. Qui duo iudicia aduerſus duos reos ſubſcripta habet, accuſare tertiũ nõ põt,l.qui accuſare.hic. l. cũ rationib. C.qui accuſ. Quod Marcellˀait,prohibitũ eſſe propter turpẽ quæſtũ, id mihi videtur pertinere ad quartã illã partem bonorum accuſati, quam ex lege accipiebant accuſatores:cuius meminit Tacitus lib.4. Qui tenues habẽt facultates, id eſt, qui minus quàm quinquaginta aureos habent,idonei accuſatores non ſunt. Quod inopia eos ad calumniandum impellere credatur.l.nonnulli. Calumniæ alicuius ſuſpectis accuſare non licet. l.4.7.& 8. Coniũctæ & neceſſariæ perſonæ ab accuſatione facinoroſorum remouentur, quod inhoneſtum inhumanúmque videatur eos ad accuſandũ admitti, l.qui accuſare.hic.l.ſi magnum.l.iniquum. l.penult.& vlt.C.qui accuſa.hic.His perſonis exceptis nemini denegatur accuſatio iure Romano, licet moribus noſtris vnus cognitor regius accuſet. An plures accuſare poſſint eundem reum,tractauimus lib.2.diſput.

Qui non poſſint accuſari.

Cap. IIII.

SVnt qui legibus accuſari non poſſunt, veluti Magiſtratus & ſerui, ſecundum diſtinctionem à Venuleio traditam,l.hos accuſare. l.5. item is qui accuſatus ſemel, atque abſolutus eſt,l.ſi cui crimen.§.2.hic.l. ſi quis homicidij.C.eod. Sed & ſi quis delatus ſit ab vno,ab alio deferri non poteſt. l. hi tamen. §.vlt. hic.l. qui de crimine.C.de accuſat.

De iis quæ in accuſatione exequenda præcipuè obſeruanda ſint, ad officium tam accuſatoris & rei, quàm iudicis pertinentia.

Cap. V.

NEmo ad accuſandum admittitur,abſque ſolenni inſcriptione,l.ſi cui crimen.hic. l.3. l.10. & l. qui accuſare. Cuius inſcriptionis formula, & cõceptio hic deſcribitur.l.3.hic.l.in cauſis.C.eod. concipitur autem his verbis:illis Coſſ. Cal. illis, apud illũ prætorem, vel Proconſulem. d.l.3. hic. cui libello accuſator ſubſcribere debet.d.l.3.l.7. Sed hic obſeruandum denunciationem ab accuſatione differre, quia ſine vlla inſcriptione denuntiatio recipitur, vt eſt lib.1.& 2.Diſputat. Et hæc inſcribendi neceſſitas tum remittitur, cũ quis ob publicum munus quo fungitur denuntiat,l.ea quidem.de accuſat. Quod & in aliis quibuſdam caſibus locum habet. l.de crimine. C. qui accuſare non poſ.l. quamuis adulterij.C.de adulter.l.1.C.de abig. Si plures contendant accuſatores inter ſe,iudicis eſt magis idoneum eligere.l.ſi plures. Tempus præſcribitur accuſatori, intra quod ſolennia accuſationis impleat. Quo tempore elapſo amplius accuſare volens non auditur, l.Titia. & l.7.C.qui accuſ.non poſſ. In exequenda accuſatione præſentia accuſatoris neceſſaria eſt, l. 4.& l. tunc conuenit C de accuſat. Præſens quoque reus eſſe debet, vt diximus ſup.tit.de publ.iud.l.3.& 6.C.de accuſat. Domino tamen ſeruum ſuum defendere permittitur quod ipſius interſit,ſeruo ſuo non carere. l.ſi ſeruum. hic.l.2.de accuſ. Quid ergo dicendum ſi accuſator deceſſerit pendente accuſatione, & certum eſt nomen rei abolendum eſſe?l.3.§.vlt. Nam hæres accuſationem cœptam perſequi non cogitur, l. Diui. hic. In qua prouincia quis deliquit in ea accuſari debet, l.ſi cui crimen. Quod propter commoditatem probationis conſtitutum eſt.authen.vt omnes obediãt iud.prouinc. Nihil autem prohibet quem in loco domicilij ſui accuſari, modo eiuſdem prouinciæ ſit ille locus in quo maleficium perpetratum eſt,l.1.C.vbi de crimine agi oportet. Ob idem crimen pluribus legibus accuſare quemquam non licet,l.ſenatus. Si vero ex eodem facto plura naſcantur crimina, ſingulorum nomine admittitur accuſatio,l.qui de crimine.C.de accuſ.Recriminatio ad depellendam accuſationem,ita demum admittenda eſt, ſi grauius aliquod crimen, nõ par minúſve obiiciatur,l.1.& l.neganda. C. qui accuſare non poſſunt. In leuiorum criminum accuſatione ſolennis ordo prætermittitur, leg.leuia. Probare debet actor quod intendit.Alias vt calumniator punitur, l. minus. C.qui accuſ.non poſſ.& l.vlt.C.de accuſ. Ac iuſta legitimáque debet eſſe probatio, nec decreta ciuitatum expreſſa, atque emendicata ad fidem faciendam hic ſufficiunt.l.ſinguli.C.de accuſat. Nam & huiuſmodi decreta Cicero teſtimonia non eſſe contendit, in oratione pro Flacco.

IN TIT. III. DE CVSTODIA ET EXHIBITIONE REORVM.

HIc quoque titulus eſt communis. Nam qui accuſantur vel extra ordinem, vel certa lege de crimine,ſolent dari in cuſtodiam pro qualitate criminis & perſonarum,& ſub fideiuſſoribus dimitti qui promittant exhibere,id eſt,ſiſtere & repræſentare iudicio, ſi quãdo poſtuletur. Sequitur itaque titulus de cuſtodia & exhibitione reorum, cui duo tituli in Codice Iuſtiniani reſpondent,De cuſtodia reorum, & de exhibẽdis reis. Quæ res admonuit, vt in duo capita præcipua hunc tractatum diuiderem.

De cuſtodia reorum.

Cap. I.

CVſtodię verbum, pro cuſtodia publica in iure ciuili accipi ſolet,l.vinculorum.de verb.ſign. Nec tantùm de carcere hoc verbum intelligitur, ſed etiam de cuſtodia militari,de qua mox dicemus. Eſt igitur Carcer cuſtodiæ genus. Vnde dicitur ad continendos magis quàm puniendos homines comparatus, leg.aut damnum.de pœnis. Vtimur hoc iure, reos dari in cuſtodiam duobus modis, vel accuſatore libellum inſcriptionis dante & ſubſcribente. l. libellorum. de accuſat. vel nuntiatore, crimen magiſtratibus denuntiante confecto elogio, vel notorio, quam informationem vocamus, cui poſteriori magis accedit praxis Franciæ.l.6. Nota quando in carcerem quis conijci debeat nimirum cum graue ſcelus eum admiſiſſe conſtat,vel confeſſus eſt.l.3.l.5.hic.l.3.& 4.C.hoc tit. l.2.C. de exhib.reis. Atque in ea debet reus prouincia condemnari in qua deliquit.l.ſolent. l.ſeq.l.non dubium. l.fin.de accuſ.Auth.qua in prouincia. Authent.vt nulli iudic.§.ſi vero quis.

Quomodo ſit cuſtodiendus reus.

Cap. II.

IVdicis eſt æſtimare quemadmodum cuſtodiendus ſit reus. Nam aut in carcerem conijcitur,aut militi traditur, aut fideiuſſoribus, vel ſibi committitur. leg.

2.Quod

2. Quod autem dicitur de militibus, locum babet in Proconſulibus, & aliis huiuſmodi qui imperiũ exercitúmq; habent. l. obſeruate. de offic. Procõſ. Hodie apparitoribus viatoribúſve traduntur. Quod ad carcerem attinet notandum eſt eos, qui diſparis ſexus ſunt: ſimul includẽdos nõ eſſe, l. 3. C. de cuſtod. reorum. Nõ autem debẽt vinciri, antequam conuicti, aut confeſſi ſint, l. ſi confeſſus. hic, & leg. 2. C. de exhib. reis. Aut niſi graue ſcelus, l. 3. hic. & l. 2. C. de cuſto. reor. Seruus ſanè qui non defenditur à domino, ex vinculis cauſam dicere iubetur, l. 2. Ex his apparet, vincula à carcere cuſtodiáve multum differre, l. verum eſt. de verb. ſign.

De officio & periculo cuſtodis.

Cap. III.

Sicut diligẽtia exigitur à cuſtode, ita etiam humanitas & moderatio, l. 1. de cuſto. reor. & l. carceri. hic. Itaq; ſi reus euaſerit, culpa eiuſdem non caſu fortuito, grauiter plectitur, l. vlti. hic. l. ad commentari. C. punitur etiam is qui effregit carcerem, l. 1. de effract. aut etiam qui conſpirauit, &c. leg. in eos. hic. Præterea officium eius, qui carceri præponitur, eſt in commentariũ referre eos, qui in carcerem coniiciuntur. Vnde Commentarienſis dicitur & iudici ſingulis menſibus eos ingerere, l. vlt. C. de cuſtor reorum.

De exhibitione reorum.

Cap. IIII.

Secunda pars huius tituli. Exhibere eſt deducere ac ſiſtere reum coram iudice vt incarcerari, vel aliter cuſtodiri poſſit, tit. C. de exhib. reorũ. tit. quor. imper. inter pupil. & vid. l. 3. C. de aduo. diuer. iudi. Huius exhibitionis exempla permulta hic ſunt. Veluti cum fideiuſſor ad ſiſtendum aliquem obligatur, l. 2. §. vlt. l. 3. & 4. Secundum eſt cũ Irenarchæ prehẽſum facinoroſum ad Præſidem mittunt cum elogio, l. Diuus. Tertiũ, Cum in prouinciam, in qua reus deliquit, tranſmittitur ab alterius prouinciæ Præſide. leg. ſolent. & l. non dubium. hic. l. ſi cui crimen. ſup. de accuſat. Nam vt paratior & expeditior probatio, conſtitutum eſt, vt extra eam prouinciã in qua deliquit non puniatur. Auth. vt omnes obediant Iudi. prouinciæ. Non arbitror tamen iuris auctores probibere ne in alio eiuſdem prouinciæ loco puniatur, ſi ibi reperiatur, l. 2. C. vbi de crim. agi oport. Et certum eſt olim ita diuiſas fuiſſe prouincias, vt teſtes ex vna prouincia in aliam ſine graui incommodo duci non poſſent, veluti ex Gallia in Germaniã. Quartum, Milites remittũtur ad eum ſub quo militabant. l. de militibus. hic. & l. 1. C. de exhib. reis. Eſt enim vetus illa lex cuius meminit Iuuenalis ſatyra vlt.

Miles nec vallum litiget.

Quintum exemplum eſt, cum accuſator deducit reum, quem accuſare vult, & iudici exhibet. Nam hoc genus reductionis exhibitio dicitur, tit. quor. im. inter pupil. l. 3. de aduo. diuerſ. iudi. l. ſi qua per cal. C. de epiſc. & cleric. l. quoniam. C. de teſtib. Nou. 45. & 151. Sed hęc deductio nõ aliter permittitur conſtitutione Theodoſij. niſi de ea Iudex pronunciauerit, l. vl. C. de exhib. reis. Pręterea antequam reus exhibeatur, dãdi ſunt ei dies legitimi ad diſponendam rem familiarem. Cuius rei exẽplum memorato dignum refert Iuſtinus Philoſophus, & poſt eum Euſebius hiſtorię Eccleſ. lib. 4. cap. 17. Meminit & Gratianus in Collectaneis decretorum, cap. hiſtoria. 33. quæſt. 2.

Titulus de priuatis carceribus in Codice Iuſtiniani hic accedit. Adde l. capite quinto, ioſ. de adult. & Theodoſij conſtit. in C. Theodoſ.

IN TIT. IIII. AD LEGEM IVLIAM MAIEST.

Quid ſit maieſtas.

Cap. I.

Interpoſitis duobus titulis communibus reuertitur legumlator ad ſingula publica iudicia, & quo ordine propoſuerat incipit à lege Iulia maieſtatis, cuius verba colligi poſſunt ex prioribus legibus: de pœna tamen corporali reorum maieſtatis ſub hoc titulo fere non exprimitur niſi obſcurus hic & l. 3. Sed in Inſtit. de publ. iud. apparet eſſe animæ amiſſio. Maieſtas dicitur amplitudo & dignitas populi Romani, à magnitudine ſic dicta. Cicero in Part. Orat. Nàm auctoritas dicebatur olim eſſe in Senatu, maieſtas in populo. Reperitur tamen maieſtas Prætoris in iure ciuili, ſed abuſiue. leg. ſi familia. de iuriſd. l. pen. de iuſtit. & iure. Qui igitur aliquid contra Rempublicam aut Principem molitur, & Reipublicæ ſtatum formámque imperij euertere conatur, is dicitur maieſtatem lædere aut minuere, & hac lege tenetur lib. 2. ad Herennium. Dicitur hæc lex Iulia à Iulio Cæſare authore, antequam legem lata fuerat & Cornelia lex maieſtatis, cuius meminit Cicer. in Piſonem.

Cauſæ huius actionis.

Cap. II.

Ex iam dictis perſpici poteſt, quæ ſit cauſa huius accuſationis & iudicij: nempe coniuratio & rebellio. Sed hunc locum plenius tractare oportet. In primis igitur qui hoſtili animo aduerſus rempublicam aut Principẽ aliquid facit, is maxime dicitur maieſtatem lædere. Et hoc crimen perduellionis proprie appellatur l. vltim. Quia perduelles à veteribus hoſtes vocabantur. l. quos nos. de verbo. ſignif. Item ad maieſtatem pertinent alia quędam admiſſa, quod ea maxime rempublicam labefactent, licet hoſtili non fiant animo aduerſus rempublicam. Capita autem hic reſcripta extant, l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 10. Quibus addenda eſt coniuratio in necem virorum illuſtrium & ſenatorum ex conſtitutione Arcadij. l. quiſquis. C. eo. Crimẽ quoque priuati carceris & falſæ monetæ huc pertinet. C. de priuat. carcer. & C. de falſa moneta. Contra conſtitutiones Principum iudicantem noluit Alexander optimus Princeps hoc crimine teneri. l. 1. C. eod. Idémque de periurio eius qui per Principis genium aut fortunam iurauerit. l. 2. Cod. eod. l. 2. C. de reb. cred. Tametſi ex huiuſmodi cauſis atque etiam leuioribus olim ſub malis Principibus accuſatio maieſtatis admitteretur, vt ex Tacito, Dione & aliis cognoſci poteſt. Hinc Plinius in Panegyr. de crudelitate & auaritia Principum loquens: Locupletabant, inquit, fiſcum & ærarium non tam Voconiæ & Iuliæ leges, quàm maieſtatis ſingulare & vnicum crimen eorum qui crimine vacarent. ſed nec ob famoſum libellum hæc accuſatio permittitur, quæ tempore Auguſti locum habebat, vt auctor eſt Cornelius Tacit. lib. 1. Nam quod dicitur publica quæſtione id admiſſum vindicari, de criminali iudicio accipiendum mihi videtur. l. quod ſenatuſconſultum. ſup. de iniur. Addendum eſt ne eum quidem qui imperatori maledicit, hoc iudicio puniri, vt Theodoſius conſtituit. C. quis imper. mal. In ſumma notandum eſt, quod præclare Modeſtinus hic ait, hoc crimen à iudicibus non in accuſatione ob principalis maieſtatis venerationem habendum, ſed in veritate. l. famoſi.

De pœna huius legis.

CAP. III.

POena huius legis olim fuit exilium, vt auctor eſt Cicero in 1.Philipp.Corn.Tacit.lib.3.c.69. Paulus lib.5 Sententiarum.l. eorum.infr.de pœnis. Nam lex Portia, cuius meminit Cicero in Orat. pro Rabirio, & Saluſtius in Catilinã, vltimo ſupplicio affici ciuem Romanum prohibebat. Sed hodie eſt vltimum ſupplicium.§.1.Inſtit.de public. iudic.l. quiſquis.C. ad l. Iul. maieſt. Quo etiam afficiebantur plerique contra leges propter graue diſcrimen Reipublicæ, vt in coniuratione Catilinaria accidit. Itum eſt enim in Catonis ſententiam coniuratores more maiorum puniendos eſſe cenſentis. Nero etiã cũ hoſtis fuit iudicatus à Senatu, pronuntiatum eſt, vt more maiorum in eum animaduerteretur, &c. Sueto. in Nero. legis Portiæ non habita ratione. Huic pœnæ accedit bonorũ publicatio. l. vlt. hic.l. quiſquis.Cod.eod. Et certum eſt bona libertorum etiam hæredibus & liberis damnatorum auferri. l.3.infra de interdict. & releg.l.1.Codic.de bonis liber. Quamuis Hermogenianus referat Seuerum aliter decreuiſſe.l.eorum.hic. Verum quod is cognoſcens decreuiſſe dicitur, pro lege Iuſtiniani accipiendum non eſt, ne aliis legibus aduerſetur. Præterea damnatorum ſtatuas detrahi debere, Modeſtinus ait, quo exemplo recte vtimur in inſignibus detrahendis, quæ vulgo arma dicuntur. Poſtremo liberi damnatorum infamia notantur, & ab omni ſucceſſione excluduntur conſtitutione Arcadiana.d.l.quiſquis. Sed in eos animaduerti non vult Arcadius, remittitque ſeueritatem illam veterem, cuius meminit Cicero in quadam ad Brutum epiſtola. Cæteri autem propinqui, affines, noti familiares nullam pœnam ſubeunt, vt expreſſum eſt alia cõſtitutione eiuſdem Arcardij. l. ſancimus.C.de pœnis. quam huic contrariam eſſe exiſtimauit noſter Budæus. Verum ea non de liberis, ſed alijs propinquis & familiaribus accipienda eſt, in quos ſub improbis & inhumanis principibus, olim animaduerti ſolebat. Extátq. huius rei exemplum apud Dionem, de Marco Terentio, qui maieſtatis reus poſtulatus fuit propter amicitiam & familiaritatem quam cum Seiano habuerat, ſed is cauſatus ſe amicitia Principis in Seianũ motum fuiſſe, vt eum complecteretur, tandem abſolutus eſt. Nota l.4. Vide & Saluſtium cur conſilium contra rempublicam coniuratio dicatur.

Singularia iura huius iudicij.

CAP. I.

CVm hoc iudicium munimentum ſit publicæ ſecuritatis, ac trãquillitatis, & ad id facinus vindicandũ pertineat, quod multo exitialius eſt reipublicæ, nõ eſt mirum ſi pleraque hic aliena à iure communi reperiantur, cuiuſmodi eſt. In primis quod ij ad accuſandũ in hoc iudicio admittuntur qui alias repelli ſolent.l.famoſi.& l.in quæſtionibus. Item morte crimen non extinguitur, ſi hoſtili animo aduerſus rempublicam aut Principem aliquid factum ſit. l.vlt.hic.l. penult. & vlt. C. Præterea ſerui in dominos torquentur. l. penult. & vlt.C. etſi alias torqueri non ſoleant, vt dicemus ſub tit.de quæſtio. Sed nullius dignitatis prætextu reus fidicularum tormẽta vitat.l.nullus.C. Spartianus in Caracala, *Damnati ſunt eo tempore qui vrinam in eo loco feceriũt in quo ſtatua aut imagines erant Principis, & qui coronas imaginibus eius detraxerunt, vt alias ponerent.* Tacitus lib.3.fol.75. *L. Ennium equitem Romanum maieſtatis poſtulatũ, effigiẽ Principis promiſcuũ ad vſũ argẽti vertiſſet, recipi Cæſar inter reos vetuit, palam aſpernante Ateio Capitone, quaſi per libertatem non eum debere, eripi patribus vim ſtatuendi, neque tantum maleficium impune habendum, ſanè lentus in ſuo dolore eſſet, Reipublicæ iniurias ne largiretur.* Seneca lib.3.de beneficiis cap.25.& ſequent. ſub Tiberio Cæſare fuit accuſandi frequens & pene publica rabies, quæ omni ciuili bello grauius togatam ciuitatem confecit. Excipiebatur ebriorum ſermo, ſimplicitas vocantium, &c. Et paulo poſt, ſub diuo Auguſto nõdum hominibus verba ſua tam periculoſa erant & moleſta. Vide Sueto. in Tiber.dum.58. Nota antinomiã inſignem, quam diſſoluũt quod altera de primo capite in quo de perduellionis reo: altera de aliis capitibus accipiatur. vide l.Quiſquis.C.hoc tit.

IN TIT. V.

AD LEG. IVL. DE ADVLTER.

CAP. I.

HÆc lex quamuis lata ſit ab Auguſto, vt Vlpianus ait, atque etiam Plutarchus in Apophthemat. tamen Iulia dicitur. Nam is à nomine patris adoptiui Iulius quoque dictus eſt. Pertinet autem hæc lex ad pudicitiam tuendam. Atque ideo lex Iulia de pudicitia crebro dici ſolet.l.8. 9. C. Hic autem dicitur lex Iulia de adulteriis & ſtupro, quod adulterium & ſtuprum præcipuè ea lege puniantur.

Quid ſit adulterium & ſtuprum.

CAP. II.

ADulterium proprie in nuptam committitur. Stuprum in viduam aut maſculum. Sed lex Iulia promiſcue his verbis vtitur.l.inter liberas. & l.ſtuprũ. hic leg.ſtuprum.de verbor.ſignificat. Nihil autem refert iuſtá-ne an iniuſta ſit vxor vt adulterium committi dicatur, ſed ſufficit vxorem eſſe, licet in manu viri per coemptionem non conuenerit, leg.ſi vxor. Quod ſi vxor non ſit, quia fortè in cõtubernio eſt, magis quam in matrimonio nullum eſt adulterium.leg.Seia. Cod. eod. Quæritur de ea quæ abſente marito alteri nupſit? Et certum eſt eam adulterium committere, niſi probabili ratione ducta crediderit, maritum deceſſiſſe.l. miles.§. mulier. Et notandum eſt matrimonium illicitum non ſufficere quominus ſtuprum aut adulterium committatur, l.qui pupillam.l.miles.§.s.hic.l.eum qui. C. ſed ignoſcitur ei qui dolo caret.l.penul.

Cauſa huius accuſationis.

CAP. III.

EX iam dictis colligi poteſt, quæ ſit cauſa huius accuſationis. Sed hic locus pleniorem diſcuſſionem exigit. In primis igitur accuſantur hac lege, qui matrimonium alienum violãt, ac temerant, aut ſtuprum admittunt, ſiue in mulierem viduam, ſiue in maſculum.§. 1.Inſtit.de publ.iudic. Verba legis recitat Vlpianus: Ne quis poſthac ſtuprum adulteriúmve ſciens facito dolo malo.l.hæc verba. Ex quibus apparet nec ſtuprũ nec adulterium abſque dolo committi.l. Quæ præterea vindicentur ac puniãtur hac lege, ex aliis locis colliguntur.l.mariti. 29. hic.l.1. ſup.de accuſat.l.auxilium, de minoribus. Cuiuſmodi hæc ſunt: Qui adulterij damnatam ſciens vxorem duxerit.d.l. mariti. & d. l. auxiliũ. Qui in adulterio deprehẽſam vxorem non dimiſit, idq; propter ſuſpicionem lenocinij. Hinc Domitianus equitem Romanum ob reductam in matrimonium vxorem cui dimiſſę adulterii crimen intenderat, eraſit

iudicum

iudicum albo. Sueto. in Domit. Eſt autem deprehenſio & certitudo neceſſaria, nec ſuſpicio ſufficeret. l. 2. l. miles § vlt. hic. l. 2. 9. l. ſine metu. C. eo. Derogatur tamen huic capiti per nouam cōſtitutionem Iuſtiniani, auth. vt nulli iudi. Qui quæſtum de vxoris ſuæ adulterio facit, hac etiam lege punitur. d. l. 2. & l. mariti. Item qui pretium pro comperto ſtupro accepit, d. l. mariti. l. ſi quis. 33. Item qui domum præbuit vt adulterum ſtuprúmve fieret. d. l. 8. 9. 10. Item is qui pactus eſt, vel tranſegit de adulterio etiamſi compertum non fuerit. l. miles. in prin. hic. l. 10. C. l. tranſigere. C. de tranſact.

De pœna adulterij, ſtupri, &c.

Cap. IIII.

IVſtinianus ait gladio puniri adulterum, Inſt. de public. iudic. quam pœnam ideo legi Iuliæ tribuit opinor, quia pœna legis Iuliæ conſtitutionibus imperatorum immutata fuerat. Nam Conſtantius iubet ſacrilegos nuptiarum gladio feriri. l. quamuis. C. eod. Quamuis ea verba in C. Theodoſiano deſiderentur. Mulier adulterij nō plectitur pœna gladij per nouam conſtitutionē Iuſtiniani, ſed verberata includitur monaſterio, vnde eam intra biēniū maritus reducere poteſt ſi velit. Mulierē autē adulteram nō licet dimittere antequam conuicta ſit & damnata. auth. vt null. iudic. Quænā aūt fuerit pœna legis Iuliꝫ, vix certo cognoſci poteſt. Conſtat tamen ex variis noſtrorum auctorum locis pœnam mortis non fuiſſe. l. Clodius. de his quib. vt indignis. l. ſi quis viduā de quæſtio. l. ſcio. de teſtib. l. 2. §. miles. de his qui notan. infam. l. qui cum vno. §. adulterij. de re milit. Ac pœna quidem relegationis exemplum refert Plinius lib. 6. epiſto. Et Tacitus lib. 4. epiſto. fol. 51. & lib. 2. fol. 45. Tranquillus ſcribit Cæſarem libertum quendam ſuum ob adulteratam equitis Romani vxorem, capitali pœna affeciſſe. Opilius Macrinus reos adulterij varios ſimul incendit iunctis corporibus auctore Spartiano. Apud Francos capitalis pœnā adulteris non irrogatur.

De animaduerſione patris & mariti in mulierem adulteram.

LEx permittit patri filiam in adulterio deprehenſam ſimul cum adultero interficere. l. patri. cum l. ſeq. & l. nihil. marito ſimilis vindicta olim permittebatur, vt conſtat ex oratione Catonis, quā refert Gell. lib. 10. cap. 23. *In adulterio*, inquit, *uxorem tuam deprehendiſſes, ſine iudicio impune necares: illa te, ſi adulterares, digito non auderet contingere, nec ius eſt.* Verum lex Iulia omnem hanc facultatem adimit marito. l. nec in ea. Adulterum autem occidere ei permittit qui vilis tantum conditionis ſit. l. marito. hic. l. Gracchus. C. Ob hanc tamen cædem non punietur maritus pœna legis Cornelię, ſed leuius mitiúſque caſtigabitur, propterea quod difficillimum fuerit ei iuſtum dolorem temperare. l. ſi adulterum. §. Imperatores. hic. l. 1. §. vlt. ad leg. Cornel. de ſicariis, l. Gracchus. C. de adult.

Pœna ſtupri.

Cap. V.

STupratorum pœna eſt, ſi honeſtiores ſint, publicatio dimidiæ partis bonorum: ſi humiles, corporis coercitio cum relegatione, Inſtitut. de public. iudiciis. Hęc pœna ob doloſam aliquam perſuaſionem aliámve ſimilem cauſam augetur. l. 1. de extraord. crimin. Nam & lege Solonis vt auctor eſt Lyſius, grauius puniebatur perſuaſio quàm violentia, quod perſuadens corpus & animam corrumpat. Inceſtus autē cū ſtupro coniunctus facit, vt grauius puniatur admiſſum: à quo tamen crimine ignorantia nonnunquam excuſat. l. ſi adulterium. Raptus etiam grauius punitur, l. qui cætu. infr. ad leg. Iul. de vi publica. & C. de raptu virginum. Maſcula Venus quæ olim puniebatur lege Scatinia, nunc pœna gladij vindicatur. l. cum vir. C. eo. & auth. de his qui luxuriant. contra natur. Tutor ſtuprans pupillam grauiore etiam pœna punitur. ti. Si quis eā cuius tutor fuer. Item mulier quæ cum proprio ſeruo conſuetudinem habet. Cod. de muliere quæ ſe proſtit. ſer. Cuius animaduerſionis meminit Tacitus. lib. 12. Qui virginem nondum viri potentem corrumpit, ſeuerius plectitur. l. ſi quis aliquid. §. qui nondum. infra, de pœnis. Lenocinium certis ex cauſis punitur vt adulterium lege Iulia. l. 2. l. mariti. Alias qui lenocinium profitentur, & eas puellas proſtituunt cum quibus ſtuprum non admittitur, non videntur legibus Romanis puniri. Nam conſtitutio Iuſtiniani de lenonib. eos punit qui inuitas puellas detinent.

Qui accuſare poſſint.

Cap. VI.

PAtri & marito adulterij accuſatio ita competit vt cæteris præferantur. l. 2. §. vlt. l. ſi maritus is. in pri. l. is cuius. §. pen. In ſtupri vero accuſatione pater nullum ius præcipuum habet. l. nec in ea. Poſt patrem & maritum admittuntur extranei. l. 4. Sed extranei videntur accipiendi frater, auunculus, &c. propter conſtitutionem Conſtantini quæ cæteris accuſationē adimit. l. quamuis adulter. C. eo. Quod dicitur de marito, idē intellige de ſponſo, quia nec matrimonium nec ſpem matrimonij violare permittitur. l. ſi vxor. hic, & l. propter. C. ſponſam tamen quæ alij nupſit, accuſare ſtupri non licet, leg. miles quærebatur. Quia ſponſalia diſſolui poſſunt. l. 1. C. de ſponſa. Atque ideo ſtuprū committere nubendo alteri dici non poteſt. Minor viginti quinq; annis accuſare adulterij prohibetur lege Iulia. Quod accipiēdum eſt niſi matrimonij ſui iniuriā exequatur. l. ſi maritus. §. lex Iulia. Mulieri non competit hæc accuſatio, tametſi violatum à marito matrimonium ſuum cōqueratur. l. 1. C. eo. tit. Quia par iniuria non eſt mariti in vxorem, quæ eſt vxoris in maritum.

Iniuria par nō eſt mariti in vxorem quæ eſt vxoris in maritum.

Ordo & forma huius cognitionis.

Cap. VII.

DVos ſimul accuſare adulterij nō licet. l. ſi maritus. §. vlt. hic. l. reus. C. eo. In inceſtu tamē id prohibitum non eſt. l. vim paſſam. §. vlt. Poſſunt etiam ſimul accuſari is qui adulterium admiſit, & is qui domū præbuit, &c. l. nihil. §. vlt. Conſtante matrimonio huic accuſationi locus non eſt, ſed tunc demum cum maritus vxorem ſuam dimiſerit, l. miles. §. volenti. l. conſtante. hic. & l. crimen. C. ſi mulier alteri nupſerit poſt diuortium, non poteſt ab ea incipi accuſatio, ſed adulterum prius reum peragere neceſſe eſt. leg. 2. in prin. l. miles. §. licet. Nā abſolutio adulterij ipſi mulieri proderit, licet condemnatio non noceat. l. denuntiaſſe. §. vlt. hic. l. & ſi crimine. C. eod. Hoc accipiendum eſt niſi maritus poſt diuortium denuntiauerit, & ſe velle eam accuſare. Quo caſu ab ea incipere poterit. l. qui vxori. l. denuntiaſſe. l. vim paſſam. §. nupta. Si adultera nō nupſerit poſt diuortium, liberum eſt accuſationem ab ea incipere. l. 5. l. ſi maritus. §. pen. Inſcriptio neceſſaria nō eſt, cum maritus accuſat conſtitutione Conſtantini. l. quamuis adulterij. C. eod. Extraneis verò accuſantibus requiritur. l. accuſationis. Sed nihilominus calūnia horum omnium punitur. l. is cuius. l. pater. l. ſi maritus. §. lex Iulia. Abſens in reos non refertur, idque lege Iulia

expreſſum eſt. l. ſi maritus. §. 1. l. Iuliæ. hic. & l. ſi quidē. C. Quod accipiendum eſt niſi crimine iam inchoato reus abeſſe incipiat. l. adulteram. C. eo. Nam nec per procuratorē recte defenditur reus. l. miles. §. 1. hic. Eſt enim tam rei quàm accuſatoris præſentia neceſſaria. l. penul. § ad crimen. ſup. de publ. iud. Si tamen prope confectum ſit negotium, & abſit accuſator reipublicæ cauſa, reſcriptum eſt eum reuocandum non eſſe. leg. quamuis indubitati. C. eo. In quo loco delictum admiſſum eſt, hæc accuſatio inſtitui debet. l. 14. & l. ſeq. C. eod. Qua de re ſatis multa ante diximus, ſub titu. de cuſtod. reorum.

De exceptionibus reo competentibus.

CAP. VIII.

QVædam exceptiones reſpiciunt perſonas, veluti, Cum idoneus accuſator non eſt, ſed de hoc ſatis dictum eſt ſupra. Item cum accuſatur ea quæ ob vtilitatem ſuam matrisfamilias nomen non retinet. l. quæ adulterium. C. eod. Nam quid agas cum dira libido & fœdior omni crimine perſona eſt? niſi fraudādæ legis gratia id factum appareat. l. mater. §. 1. Cuius rei exemplum eſt apud Suetoniū in Tyberio de matronis quæ lenocinium profitebantur, vt pœnam legis vitarēt. De minore quæſitum eſt. Et certū eſt eum accuſari poſſe ſi pubes ſit. l. ſi minor. hic. & l. auxilium. de minoribus. Patronus quoque libertum accuſantē non ſummouet propter atrocitatem iniuriæ. l. ſi adulterium. §. liberto. Si quis in honore miniſterióve publico fuerit, reus quidem poſtulatur, ſed differtur eius accuſatio in finē honoris. l. ſi adulterium. §. vlt. Aliæ exceptiones reſpiciunt tempus intra quod reus accuſari debet. Qua in re ſic diſtinguitur, vt ſi de accuſatione mulieris agatur, intra ſex menſes accuſetur. l. 1. §. accuſationem. infra ad Turpil. Nam ſexaginta dies vtiles, id eſt, duo menſes dantur marito & patri. Poſt cuius temporis lapſum quatuor menſes vtiles dantur extraneis accuſare volentibus. l. 4. & l. miles. §. quidam. hic. & l. ob commiſſa. C. eod. Nec dubium eſt quin marito qui iure mariti poſt ſexaginta dies accuſari non poteſt, tanquam cuiuis extraneo, intra quatuor menſes accuſare liceat. l. iure mariti. C. eod. Hoc autem tempus incipit cōputari à die diuortij. l. is cuius. l. pater. ſi mulier nupta accuſetur adulterij: ſi enim ſtupri arguatur vidua mulier, ex die commiſſi criminis. l. mariti. §. ſex menſium. Sin autem accuſetur maſculus, ſiue adulter, ſiue ſtuprator, quinquennium continuum præſcriptum eſt, idque à die commiſſi criminis non diuortij. l. miles. §. adulterij. hic. & l. 5. C. eod. l. 1. §. accuſationem. infra, ad S.C. Turpil. Verum quod dicitur de muliere, non ita accipiendum eſt, vt deterioris conditionis ſit quàm maſculus, vt poſt quinquennium accuſari poſſit. Nam etſi ſuperſint ſexaginta illi dies vtiles qui à tēpore diuortij cōputantur, &c. quinquēniū tamē ſi præterierit à die cōmiſſi criminis, accuſatio ceſſabit cōtra eam. l. mariti. 29. Raptus vero crimen, aut inceſtus hac præſcriptione nō excluditur. d. l. mariti. §. vlt. l. vim paſſā. §. præſcriptione. Aliæ exceptiones variis ex cauſis obiiciūtur. Veluti quod dolo nihil factum eſt, ſed per errorē. l. ſi adulteriū. l. penult. Aut quod vis illata eſt. l. ſi vxor. §. pen. l. vim paſſam hic. l. fœdiſſimā. C. eod. Quod accuſator ſe accuſaturum negauit. l. ſi maritus. §. ſi negauerint. Aut deſtitit ab accuſatione. l. 2. in princ. hic. l. abolitionē. C. eo. Quod & de eo dicēdū eſt, qui vxorē reduxit quam prius vt adulteram dimiſerat. l. ſi vxor. §. vlt. l. quæſitū. §. vlt. Exceptio quoque rei iudicatæ opponitur accuſatori, quæ exceptio competit etiam mulieri ſi abſolutus ſit adulter, à quo cœpta fuerat accuſatio. l. denuntiaſſe. §. vlt. Refert tamen qua ex cauſa reus abſolutus ſit. Nam ſi obtentu propinquitatis ac neceſſitudinis, qua mulieri coniunctus erat, abſolutio ſecuta ſit, eámque poſtea vxorem duxerit, non proderit ei abſolutio. l. ſi qui adulterij. C. eod. Exceptio lenocinij, ſi non ad excuſandū crimen, quod quis admiſit, ſed ad ſummouendum accuſatorem, quaſi idoneus non ſit, obiiciatur, prodeſt ei. leg. quoniam. l. ita nobis. Cod. Sed quia dilatoria eſt, non peremptoria, ante litis conteſtationem & receptionem in reos opponi debet. l. ſi maritus. §. præſcriptiones. Si vero non differendi, ſed perimendi negotij cauſa opponatur ad excuſandum admiſſum quod quis fortè non inficiatur, ea exceptio non prodeſt. Si tamen opponatur à muliere, facit vt maritus lenocinij conuictus puniatur, quāuis nulla accuſatio aduerſus eum inſtituta ſit. l. 2. & l. ſi vxor. §. iudex. Exceptio pacti, vel tranſactionis non obſtat accuſatori, quia non licet in hoc crimine paciſci, propter lenocinij ſuſpicionem. l. de crimine. C. eo. & l. tranſige. Cod. de tranſact. Præſcriptiones ciuiles veluti de dote, ab Arcadio ſublatæ ſunt. l. ita nobis. C. eod. Mulier accuſata propter impuberem filium, non iure petit, vt differatur accuſatio, cum id crimen infanti non præiudicet. l. miles. §. defuncto.

IN TIT. VI. ET VII.

AD LEG. IVLIAM DE VI PVBLICA ET PRIVATA.

CAP. I.

SCiendum eſt legum publicorum iudiciorum quædam capita fuiſſe, vnde leges nomen accipiunt, vt lex Iulia Maieſtatis denominatur à perduellione & læſa maieſtate, lex Iulia de adulteriis ab adulterio. Aliis tamen capitibus, qui neque læſerunt maieſtatem, neque adulterium commiſerunt, coercebantur. Sic lex Iulia de vi publica à vi facta armatis hominibus quaſi vi bellica nomen ſortitur. §. Item lege. Inſtit. de public. iudic. Nam quicquid per vim admittitur contra alium, his legibus vindicatur. l. hoc iure. de reg. iur. ſiue publica vis ſit, ſiue priuata. Vis publica dicitur, quæ armis infertur. §. item lex Iulia. Inſtit. de publ. iudic. quia armorum vſus publicus eſt non priuatus. l. 1. hic. & C. Vt armorum vſus inſcio Principe. Et Nouel. Iuſtiniani de armis, vt docuimus lib. 1. Diſputat. Arma autem hic accipimus non tantum tela & gladios, ſed etiam fuſtes, & alia huiuſmodi quæ ad nocēdum comparata ſunt, vt lapides, &c. l. armatos. hic. leg. arma. de verb. ſignific. Exempla huius vis publicę hęc referuntur à iuris auctoribus. Qui ſeruos aut liberos homines in armis habuerunt. Et qui habuerunt arma præter vſum itineris, vt vel armatos homines, licet vis nulla facta ſit: nam lege Iulia tenentur, & qui pubes cum telo in publico fuerit. Qui in incendio cum gladio aut telo capiendi cauſa fuerit. Qui hominibus armatis poſſeſſorem domo agróve ſuo, vel naui ſua deiecerit, &c. l. 3. Item qui cum imperium poteſtatémve haberet, ciuem Romanum aduerſus prouocationem necauerit, verberauerit, &c. Nam quia publice id factum & à magiſtratu populi Romani, ea vis publica non male dicitur, quamuis arma adhibita non ſint. Eadem cauſa eſt eius qui legatos ſiue oratores aut eorum comites pulſant, &c. l. 7. Hi enim in tutela ac fide publica ſunt. idē dicendum eſt & de eo qui noua vectigalia exercet. l. vlt. Sic Publius Seſtius & M. Fonteius de vi publica reus eſt factus, quod puteū vini inſtituiſſet, quod crimē Cicero vinariū vocat in orationibus illis. Nam ſolius Principis eſt, ea inſtituere. tit. C. Noua vectigal. inſtit. Similis ratio eſt eius qui reum vinctum detinet ne Romæ ad iudicium adſit, leg. 8. aut qui dolo malo

facit

facit quo minus iudicia tuto exerceātur,&c.l.10. Item ſi vis aliqua atrocior & quæ rempublicam magnopere turbet, admittatur. Veluti ſi quis ex incendio aliquid rapuerit præter materiam. l.3. Qui ſtuprum alicui per vim intulit,l.3.5.6. Nec ſolū punitur is qui ſtupri cauſa vim intulit mulieri, ſed etiam qui matrimonij cauſa eam quamuis volentem parentibus inuitis abduxit & eripuit.C.de raptu virginum. Idque Iuſtiniani conſtitutione cui iure pontificio derogatum eſt, capit. cum cauſa. de raptoribus. Item tenetur hac lege qui cœtu, concurſu,turba,ſeditione incendium fecit.Qui hominem dolo malo incluſit. Quive fecit quominus ſepeliatur,&c.l.5. Hac lege etiam tenetur qui conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur & pulſetur,&c.l.10.

De vi priuata.

Cap. II.

VIs priuatæ exempla hic ſunt, veluti, Si quis ſine armis aliquem deiecerit de agro ſuo. l.5. Si quis cœtum aliquem & cōcurſum fecerit, quo minus quis in ius producatur ab eo qui in ius vocat.l.4.Si quis cōuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur.l. 2. Ex quo apparet eadem admiſſa vtraque lege vindicari, quod nouum non eſt. Verum non ideo vtraque lege accuſare quem licet, vt alibi diximus. l. ſenatus, ſupra.de accuſ. Electio enim accuſatoris eſt. Addidit Senatus legi Iuliæ, ſi qui improbe coierint in alienam litem.l.6.

De exceptionibus reo competentibus.

Cap. III.

REus accuſationem hanc aliquādo depellit, idque certis ex cauſis,de quibus nunc vidēdum eſt. Veluti ſi quis vim fecerit alicui tuendæ ſalutis cauſa. leg. penult. Si quis armis fuerit vſus ad vſum venationis, itineris,nauigationis,commercij.l.1.& 2. Si vero dominum ſe eius rei eſſe contendat quam per vim inuaſit,iuſta non eſt hæc defenſio.l.5. §. ſi de vi. l. ſi quis ad ſe fundum. C. Quod multo magis dicendum eſt, cum creditor res debitoris ſui per vim occupat. l. creditores.& l.ſeq.hic.& l.5.C.inuaſores qui hoc colore vltimo ſupplicio ſe ſubtrahere conātur,quod caſu aliquis occiſus ſit, non audiuntur, quoniam cauſam facinori præbuerunt.l.quoniam.Notandum eſt eadem admiſſa vtraque l.Iulia.publica & priuata vindicari. l.3.C. l.8. 10.§.penult.de vi pub. Sed tamen non ideo quenquam accuſare vtraque lege licet, vt diximus. l. Senatus. de accuſ.l.24.ſupra de vi priuat.

Pœna vtriuſque legis.

Cap. IIII.

VIs publicæ pœna eſt deportatio.Inſtitut.de publ. iudiciis,quæ ſucceſſit in locum aquæ & ignis interdictionis.l.10. Vis priuatæ pœna eſt publicatio tertiæ partis bonorum & infamia.l.1.& vlt. Ac publicatis bonis tranſeunt actiones contra fiſcum, quaſi pro ea parte ei ſuccedat.l.2.C. Exacerbatur autem hæc pœna propter homicidium ſecutum, & puniuntur vltimo ſupplicio inuaſores, quamuis eorum aliquis occiſus ſit,quia cauſam huic facinori præbuerunt. l. quoniam multa.C. De ſeruis grauius ſumitur ſupplicium quàm de liberis hominibus,l.ſeruos. Raptores quoque mulierum acerbius plectuntur.l.5. Qua de re videnda eſt Iuſtiniani conſtitutio, C. de raptu virginum. poſt eas quæ in C.Theodoſ. extant.

TIT. VI.

AD LEG. CORNEL. DE SICARIIS ET VENEFICIIS.

COrnelius Sylla hanc legem tulit. leg. 2. de orig. iur. in homicidas præcipue qui à ſica, id eſt, gladio ſicarij hic dicuntur. Inſtit. de publ. iudic. Habet tamen & alia capita, vt ex his quæ ſequuntur apparebit.

Cauſa huius accuſationis.

Cap. I.

PRima præcipuáque cauſa eſt eſt cædes ſiue homicidium,vt legis verba oſtendunt: Qui hominem occiderit, &c.l.1. Occidiſſe autem videtur qui mortis cauſam præbuit.l.15.Sed quædam excipiuntur ex mente & ſententia legis,in quibus hominem occidens non occidens non punitur pœna huius legis: veluti ſi quis occidendi animum non habuerit.l.1.§.Diuus.Nam voluntas & animus hic maximè ſpectatur.l. Diuus.Cum autem quæritur an quis animum occidendi habuerit, necne, quia facti quæſtio eſt magis quàm iuris, ex re id æſtimandum erit.l.1.§.Diuus.

Videndum eſt etiam an vulneratus ex eo vulnere aut ex alia cauſa perierit. Vnde cum in rixa plures aliquem percuſſerint, vniuſcuiuſque perſonam contemplari oportet, vt cognoſcatur à quo interfectus ſit. l.ſi in rixa. Ex his conſequitur eum eſſe abſoluendum qui fortuito caſu hominem interfecit l. 1. & 5. C. eodem. Tametſi hic mos inualuerit in Gallia noſtra,vt reo veniam gratiámque à Principe impetrare neceſſe ſit.Itaque infans & furioſus pœna huius legis non plectuntur.l.infans.licet minori adulto non ignoſcatur.l.6.C. eodem titul.Quod ſi culpa alicuius aut laſciuia cædes facta ſit abſque dolo malo, ratio ſuadet, reum etſi non abſoluatur, mitius tamen ac leuius puniendum eſſe.l. 4.& l. in lege. Præterea ignoſcitur ei qui aggreſſorem occidit.l.2.3. 4. C. Eadémque cauſa eſt ſtuprum inferentis quæ aggreſſoris.leg.1.§.vlt. l. iſti quidem. de eo quod metus cauſa.Sed & ſi quis transfugam occiderit, quis hoſtis publicus habetur, idem dicendum eſt.l.3. §.vltim. Furem quoque nocturnum lex duodecim tabularum occidere permittit, quamuis ſe telo non defendat. leg. 4. ad legem Aquiliam. Quam legem ita interpretatur Vlpianus, vt neget ei licere occidere qui ſine periculo ſuo potuit euadere.leg. furem. Nec pugnantia hæc ſunt, vt Budæo in annotationibus ſuis in hunc locum videntur. Poſſunt & alia quædam addi ex conſtitutionibus. Veluti ſi quis raptorem mulieris interfecerit.C.de raptu virginum.Sed ea tractari ſufficit quæ hic attinguntur à iuris auctoribus. Hic quæritur an cædes in ſeruum admiſſa excipienda ſit. Et certum eſt occiſorem ſerui lege teneri.l.1.Nam ne in ſeruos quidem noſtros vltra modum ſæuire nobis permittitur.l.circumcidere. hic. & C. de emenda. ſeruo. Quod multo magis dicendum eſt de filiis.l.2.hic & C. de emenda.propinquo.l.3.Cod.de patr.poteſt. Sed ne vxorem quidem in adulterio deprehenſam impune interficere licet marito,etſi iuſtus dolor mariti moderationem caſtigationis deſideret.l.1.§.vltim.Et in iurgio cum plures vnum percuſſerunt, vniuſcuiuſque factum contemplari oportet, vt, ſciatur à quo intectus ſit.

pro A. Cluentio, qui dicebatur dara pecunia corrupiſſe iudicium publicum, vt Oppianicum aduerſarium ſuum iudices condemnarent. Aliud eſt exemplum in oratione pro M. Cælio de beneficio in Clodiam.

IN TIT. IX

AD L. POMPEIAM DE PARRICIDIIS.

VErba legis Pompeiæ de parricidiis ex l. 1. hoc titul. facile in ordinem rediguntur, ex cuius ſententia & aliæ perſonæ quæ eodem gradu ſunt, vel priore comprehenduntur. l. 2. & 3. Eius præcipuum caput fuit in his qui parentes occiderunt. Cicer. in Orat. pro Sext. Roſcio, &c. vnde ipſa lex nomen ſortitur. More maiorum ante legem Pompeiam puniebatur parentem interficiens, ea pœna quam hic deſcribit Modeſtinus, l. vlt. At virgis ſanguineis verberatus patricida inſuebatur culeo, &c. Sic enim legendum eſt, non ſagmineis. ex Plinio lib. 23. cap. 10. Ad hanc pœnam alludens Iuuenalis ait,

Libera ſi populo dentur ſuffragia, quis tam
Perditus, vt dubitet Senecam præferre Neroni?
Cuius ſupplicio non debuit vna parari
Simia, nec ſerpens vnus, nec culeus vnus.

Parricida eſt proprie qui parentem occidit, litera r. abuſu quodam geminata. Aliis tamen capitibus continentur & aliæ perſonæ, vnde abuſiue etiam parricidæ appellantur qui alias perſonas occiderunt in lege comprehenſas. Nam lex Pompeia præter parentes occiſos, alias quoque perſonas complectitur, l. 2. Sed mitiorem pœnam ſtatuit nempe legis Corneliæ de Sicariis. Nec ignoro etymologicos à pari, nō à parente deriuatum hoc nomen parricidium. Hoc nomen etiam pro omni homicidio capi Fabius author eſt. Conſtantinus pœnam antiquam reducit & renouat aduerſus eos, qui parentes aut filios interfecerunt. C. de his qui parentes vel liber. occid. Iuſtinianus in tit. Inſtit. de publicis iudiciis. tam ex conſtitutione Conſtantini, quàm ex lege Pompeia, colligit eos qui parentes aut liberos occidunt, culeo inſuendos eſſe: cæteros pœna legis Corneliæ de Sicariis: & hæc omnia attribuit legi Pompeiæ, quamuis pœnæ Culei in lege Pompeia mentio nulla ſit, propterea quod pœna legis Pompeiæ in hanc pœnam à Conſtantino mutata fuerat. Sic pœnam mortis idem Iuſtinianus adſcribit legi Corneliæ de Sicariis. Eadem ratione dixerit aliquis, quorſum igitur lata eſt lex Pompeia aduerſus parricidas, cum nullam aliam pœnam ſtatuat, quàm legis Corneliæ de Sicariis, & lex Cornelia ſufficere videatur? Reſpondeo id ideo factum videri, quia fortè aliis legibus, alia ſtatuta erat pœna, quam immutare voluit, nec fuit auſus, propter legem Portiam, quæ vetabat ſupplicium ſumi de Ciue Romano, veterem pœnam reuocare. Ac veriſimile eſt eum alia quædam addidiſſe ad ordinem quæſtionis, & iudicij pertinentia. Conſcij quoque criminis parricidij tenentur. l. 2. l. vtrum, hic. l. Methrodorum, de pœnis. Dubium autem non eſt, quin ante Pompeium, Cornelius Sylla legem tulerit de parricidio. id enim ſcribit Pomponius, l. 2. ſupra de origine iuris. Pœna huius legis eſt duplex. Vna exprimitur l. Pompeia. l. 1. hic. id eſt, deportatio, vel mors pro qualitate perſonarum: alia more maiorum ante l. Pompeiam [illegible] fuit ad vindicandam immanitatem criminis ſingularis. l. pen. l. vnica hoc tit. §. item, Inſtit. de publ. iud. Vide Plinium lib. 23. ca. 10. Hic annotandum eſt obiter, ob ſolam conſcientiam facinoris quem puniri, l. 2. & l. vtrum. hic. l. Methrodor. infr. de pœnis. Quo nomine Philotas perduellionis reus ab Alexandro quodam damnatus & ſupplicio affectus fuit. Sed hac de re alibi diximus. Illud præterea animaduertendum eſt, falſum eſſe, quod plerique exiſtimant legem pœnalem interpretatione non extendi ad eos caſus qui expreſſi non ſunt, l. hic. Eſt aliud ſingulare in hoc iudicio, quod nullius temporis præſcriptio huic accuſationi obiici poteſt: cum regulariter viginti annorum præſcriptio opponatur criminibus, & adulterio. l. fur. hic. l. querela C. de falſis. l. ſi adult. de adulter.

IN TIT. X.

AD L. CORNELIAM DE FALSIS, ET DE S. C. LIBONIANO.

CAP. I.

HÆc lex à Cornelio Sylla aduerſus falſarios lata eſt leg. 2. de origine iuris. Et teſtamentaria dicitur, Inſtit. de publ. iud. Paul. lib. 5. ſent. quia præcipue ad teſtamenta pertinet, quamuis alia quoque capita complectatur, tam quæ ipſa lege expreſſa ſunt, quàm quæ Senatuſconſultis & conſtitutionibus Principum legi addita ſunt. Nos ea promiſcuè referemus. Primū caput, Qui teſtamētum amouerit, celauerit, rapuerit, deleuerit, interuerterit, ſubiecerit reſignauerit, quíve teſtamētū falſū ſcripſerit, ſignauerit, recitauerit dolo malo, cuiúſve dolo malo id factū erit, l. 2. hic. Inſtit. de publ. iud. Paulus lib. 5. ſent. tit. ad legem Corneliam teſtam. Quod hic dicitur, de amotione teſtamenti, ad alia inſtrumenta ſurrepta, ſiue amota non producitur, leg. Paulus. 16. hic. ſed in teſtamentis locum tantum habet, leg. eum qui. C. eod. Reſignare teſtamentum alibi aperire dicitur, leg. l. 1. §. is qui hic. l. ſi quis aliquid. §. qui vni. de pœnis. Secundum caput, Qui ad falſas teſtationes faciendas teſtimoniáve falſa dicenda inuicem coierint, l. 1. l. lege Corn. 9. §. pœna. Tertium caput, Qui ob inſtruendam aduocationem teſtimoniáve pecuniam acceperit, pactúſve ſit l. 1. in princ. l. lege 9. & l. falſi 20. Quartum caput, Qui ſocietatem coierit, ad obligationem innocētium, l. 1. Quintum caput, Qui ob denunciādum remittēdúmve teſtimonium pecuniam acceperit, l. 1. Denuntiare alicui teſtimonium eſt inuitum euocare teſtimonij dicendi cauſa. Quod olim in publicis iudiciis fieri ſolitum fuit. Hoc caput eſt etiam legis Iuliæ repetundarum. Sextum caput, Qui ob teſtimonium dicendum, vel non dicendum pecuniam acceperit, l. 2. Septimum caput, Qui iudicem corruperit, corrumpendúmve curauerit, l. 1. & l. qui duobus. Octauum caput, Si iudex conſtitutiones Principum neglexerit, leg. 1. hic. Paul. 5. ſent. Hunc non teneri crimine maieſtatis, Alexander Seuerus reſcripſit, l. 2. C. ad l. Iul. maieſtatis. Nouum caput, qui in rationibus, tabulis, cerîſve, vel alia qua re, ſiue conſignatione falſum fecerint, l. 1. l. Paul. 16. Hoc caput latiſſimè patet, & quicquid contra legem Corneliam committitur, pertinet: poſſéntque cætera ad hoc caput, tanquam exempla referri, ſed melius eſt ſingula diſtinguere. Decimum caput, Qui ſignum adulterinum fecerit, ſcripſerit, leg. lege Corn. 30. Vndecimum caput, Qui chirographum alienum imitatus fuerit, l. quid ſit falſum. 23. Duodecimum caput, Qui depoſita apud ſe inſtrumēta prodiderit aduerſariis, l. 1. §. is qui depoſita. hic. l. ſi quis aliquid. de pœnis. Decimumtertium caput, Si debitor præſtito die pignoris obligationem mentiatur, l. ſi à debitore, l. repetita.

ſupra de fide inſtrum. Decimumquartum caput, Si tutor vel curator ante reſtitutam tutelam, vel curationē eum fiſco contraxerit, l. 1. §. tutores, & tit. ne tutor vel curat. vect. cond. Decimumquintum caput, Qui falſam adulterinámque monetam cudunt, l. 9. l. qui falſam. hic. Quod eſt accipiendum etiam ſi probę materiæ iuſtique ponderis ſit, σφραγῖδα veram legitimámque habeat. Nam in monetis tantum publicis pecunia cudi debet, l. 2. C. de falſa moneta. Qui vero in falſa moneta operantes extrinſecus ſibi ſignant pecuniam forma publica, non dicuntur falſam monetam aut adulterinam facere, ſed monetæ publicæ furtum facere, l. 6. ad lgē Iul. peculat. Tenētur etiam hoc capite legis qui nummos cudunt, fingunt, l. 8. & extat conſtitutio in C. Theodoſ. lib 9. tit. 21. in eos qui ſolidum exteriorem circulum incidunt, vt ponderis minuant quantitatem. Alia conſtitutione puniuntur qui pecunias emunt, ac vendunt, quia pecuniam oportet eſſe pretium non mercem. C. Theodoſ. lib. 9. tit. 23.

Præterea hoc capite cauetur, ne quis nummos ſtanneos plumbeóſve dolo malo emat aut vendat, l. 9. Nō enim ſimpliciter emere, ac vendere vetitum eſt, ſed dolo malo. Quia huiuſmodi nummi ad calculum, aut alias rēs ſimiles nobis plerunque vſui ſunt. Denique hoc capite legis Corneliæ, qui publicam monetam quæ adulterina non eſt reprobauerit, vt Paulus ait, lib. 5. ſent. tit. 27. l. 1. C. de vet. numiſmat. poteſt. Decimumſextum caput, Si quis falſis conſtitutionibus vtatur, l. vltim. Decimumſeptimum, Si quis falſum partum ſuppoſuerit, l. qui falſi, l. lege 30. l. cum ſuppoſiti. C. eod. Decimumoctauum. Qui edicta propoſita dolo malo corrumpit. l. pen. Decimumnonum, Qui falſum nomē aſſeuerauit, l. falſi. 13. Nam & ſi mutatio nominis permiſſa ſit. C. de mutatio. nominis, tamen nomen ementiri, id eſt, aliud nomen, quam ſibi impoſuerit, profiteri nemini licet. Vigeſimum caput, Qui duobus vendidit eandem rem in ſolidum, l. qui duob. Vigeſimum primum, Qui menſuris, ſtateris, aut ponderibus adulterinis vtitur, l. pen. hic. l. annonam. de extraord. criminib. Vigeſimumſecundum, Si quis per obreptionem aliquid à Principe, aut præſide impetrauerit. l. ſi quis obrepſerit. hic. l. & ſi legibus. C. ſi contra ius, vel vtil. publ. Vigeſimum tertium, qui nomine Prætoris, literas falſas reddidit, edictúmve falſum propoſuit, l. qui nomine. Vigeſimumquartum, Qui ſe pro milite geſſit, & falſis inſignibus vſus eſt vel falſo diplomate vias commeanit, l. eos. eos qui. §. vltim. Vigeſimumquintū, Si teſtis falſum teſtimonium dixerit, ac falſum dicere intelliguntur teſtimonium, qui diuerſa inter ſe teſtimonia præbent, id eſt, quæ inter ſe pugnant, l. eos qui. Vigeſimumſextum, Qui falſis inſtrumentis, actis, epiſtolis, reſcriptis, ſciens dolo malo vſus fuerit, vt Paulus ait lib. 5. ſent. l. 4. & 8. C. de falſ. l. C. de fide inſtrū. Hæc ſunt præcipua capita huius iudicij de falſo, ex quibus cauſæ huius accuſationis perſpiciuntur. Ac tametſi ex aliis ſimilibus cauſis competat accuſatio, tamen animaduertendum eſt, ob mendacium quodcunque aut fraudem occultandæ veritatis cauſa adhibitam, accuſationi locum non eſſe, vt puta, ſi quis in computatione mentiatur. l. quid ſit falſum. 23.

De Senatuſconſulto Liboniano.

CAP. II.

AD cauſas huius accuſationis refertur Senatuſconſultum Libonianum, De his qui ſibi in teſtamento alieno adſcribunt. Nam hoc admiſſum quaſi falſum punitur, quamuis proprie ac verè falſum non ſit. idque Senatuſconſulto cautum eſt, quod à Libone, qui tempore Adriani Cōſul fuit, dicitur Libonianum. Ac ante illud Senatuſconſultum, idem Claudius Nero edixerat, vt in ipſius vita Tranquillus refert: Cuius edicti ſicut & Senatuſconſulti crebra hic mentio eſt. leg. Diuus. 31. leg. Senatuſconſulto. C. de his qui ſibi adſcrib. Vtriuſque autem interpretatio accurata, & copioſa cum multis quæſtionibus ad eam rem ſpectantibus, in variis huius tractatus capitibus erat, l. 1. 6. 10. 11. 14. 15. 18. 22. & toto tit. C. de his qui ſibi adſcribunt.

Pœna huius iudicii de falſis.

CAP. III.

POEna falſi vel quaſi falſi eſt deportatio, & omniū bonorum publicatio, vt Martianus ait, l. 1. §. vltim. & l. vltim. Sed & extra ordinem puniuntur falſarij, ſicut & in cæteris publicis iudiciis, l. Diuus. 31. Atque interdum augetur, vel minuitur pœna pro qualitate admiſſi, & conditione perſonæ l. falſi decurionum ordine motum hic reperimus, quoſdam temporario exilio punitos, l. falſi. 13. Claudius falſario manus præcidi iuſſit. Sueton. in Claud. Alexander Seuerus cum quidam falſum cauſæ breuem in conſilio imperatorio retuliſſet, inciſis digitorum neruis, ita vt nunquā poſſet ſcribere, deportauit. Lamprid. in Alexandro. Sed ſingula exempla enumerare non eſt neceſſe. Qui falſam monetam cudūt, vltimo ſupplicio afficiuntur, quaſi maieſtatis crimine teneantur. l. 1. & 2. C. de falſ. moneta.

Cui & contra quem competat hæc accuſatio.

CAP. IIII.

HÆc accuſatio publica eſt, & cuiuis ex populo cōpetit. l. 1. de publ. iudiciis. Excipitur accuſatio partus ſuppoſiti quæ non permittitur, niſi iis ad quos res pertinet. l. lege. 30. hic. & l. cum ſuppoſiti. C. eod. Quamuis autem ſeruus alias idoneus accuſator non ſit tamen ſi ſuppreſſæ ſint tabulæ teſtamenti, quibus libertas ei relicta eſt, accuſare poteſt, l. 7. Is qui adiit ex teſtamento, vel legatum accepit: id falſum accuſare nō poteſt, niſi errauerit, &c. l. 3. hic. l. 3. C. eod. Fœmina ita demum accuſat, ſi res ad ſe pertineat, l. etſi. C. eod. Filius non accuſat matrem, l. 5. C Sed hæc & multo plura ex tit. de accuſat. repetenda ſunt. In hæredē non datur hæc accuſatio, ſed ab eo lucrum extorquetur, ſi quod forte ad eum peruenerit. l. 4. l. cum falſi.

Ordo & forma cognitionis.

CAP. V.

SVbſcriptio hic neceſſaria eſt, ſicut in cæteris publicis iudiciis, ſi agatur criminaliter. Nam de falſo poteſt & ciuiliter, & criminaliter quæri, l. 5. 9. 11. 16. 17. 23. C. eo. Quoties autem intentionem depellendo magis quàm agendo, hoc crimen obiicitur alicui, morę ſolutionis cauſa interim debitor ſoluere cogitur, leg. 1. C. eod. In iudicio criminali procurator non interuenit, ſed præſentia tam accuſatoris, quam rei neceſſaria eſt. l. de fide. C. eo. Ac licet accuſatoris ſit probare quod intendit, l. cum ſuppoſiti. C. eo. Tamen in hoc crimine probatio etiam exigitur, l. Diuus. 31. hic. & l. vltim. C. Ex quo conſequens eſt, & calumniam accuſatoris hic vindicari poſſe, l. vltim. C. de accuſat. Sed & in alia damna incurrit accuſator, qui non probat, veluti ſi falſum teſtimonium dixerit. &c. leg. Athales. hic. l. 6. C. eo. Ac veritatis eruendæ gratia nōnunquam habetur quæſtio de reo. l. ſi quis decurio. C.

Defenſiones rei. CAP. VI.

OBiicere poteſt reus accuſatori quod teſtamentum comprobauit. cuius nomine accuſationem inſtituit,

inſtituit, l. 3. hic. & l. 3. C. Exceptio quoque tranſactionis hic locum habet, l. 7. C. Item quod reus deſiſtit vſu eius inſtrumẽti quod protulerat in iudicio, l. 8. C. eo. & l. 4. C. de fide inſtrum. Item quod errore inductus eſt ad ſignandam. l. Diuus. 31. Nam falſum ſine dolo malo commiſſum non punitur. l. nec exemplum. C. Hinc Auguſtus tres tabellas fertur dediſſe ſimul cognoſcentibus, Abſolutoriam, Damnatoriam: & tertiã qua ignoſceretur iis quos fraude vel errore inductos ad ſignandum conſtituiſſet. Sueton. in Auguſtum. Præſcriptione etiam viginti annorum hoc crimen excluditur, l. querela. C. eo. tit. Exempla Corneliæ memorat. Cice. pro Cluentio, quando dicit Opiniacum teſtamenta ſuppoſuiſſe & corrupiſſe inſtrumenta municipij ſui. Idem facit mentionem legia teſtamentariæ in Verrem, in qua illa verba eraot, quæ verba nota in præcedentibus. l. cum lex. de legib. Ad hanc legem pertinet oratio pro Corn. Balbo, & pro Archia Poeta, qui falſi eraot accuſati, quod pro ciuibus Romanis ſe gererent.

IN TIT. XI.

AD L. IVLIAM REPETVNDARVM.

Cap. I.

HÆc lex ad coercendam magiſtratuũ auaritiam qui prouincias ſibi commiſſas compilabant, lata eſt à Iulio Cæſare. Cuius legis meminit Cice. in oratione pro Rabirio Poſthumo. Et ait, in ea multa ſeuerius ſcripta fuiſſe: quàm in antiquis legibus. Nam ante eam legem fuerant aliæ leges de eadem re latæ. Vna à L. Piſone, altera de Acilio Glabrione, Cicero lib. 2. Officior. *Nondum centum & decem anni ſunt, cum de pecuniis repetundis à L. Piſone lata eſt lex, cum nulla antea cum fuiſſet.* Idem in Bruto, *L. Piſo Tribunus plebis legem primus de pecuniis repetundis, Cenſorino & Manilio Conſulibus tulit.* Idem lib. 2. in Verrem ait, *Acilium Glabrionum legem ſeueriſſimam tuliſſe de pecuniis repetundis.* Idem in diuinatio. ſcribit legem de pecuniis repetundis ſociorum cauſa conſtitutam fuiſſe.

Cauſæ huius accuſationis.

Cap. II.

PRima cauſa huius accuſationis eſt, ſi is qui magiſtratu aut munere publico fungitur, pecuniam acceperit, quo magis aut minus quid ea officio ſuo faciat, l. 4. idque variis exemplis hic declaratur. l. 3. 6. 7. Et animaduertendũ eſt, ne minimam quidem quantitatẽ ob cauſas huiuſmodi eis accipere licere, l. 7. Item punitur hac lege magiſtratus, qui pecuniam ſibi donatam accipit, quo tempore magiſtratu fungitur: nec diſtinguitur qua lege aut conditione donata ſit, leg 6. §. vltim. Nec tantum prohibetur donatio, ſed etiam venditio, l. pen. Qua de re diſputat Cicero 6. actio. in Verrẽ. Excipiuntur ſobrini atque propinre gradu coniuncti à quibos accipere licet. l. 1. quia veriſimile non eſt, corrumpendi conſilio donare. Nec definita eſt quantitas horum munerum, l. 7. Sed & à cæteris modicè poteſt xenia, & munera accipere l. ſolet. de officio proconſ. l. plebiſcito. de off Præſid. modo non earedant in anno centum aureoa, l. 6. §. vltim. Patereul. lib. 2. *Cato repetundarum ex Macedonia damnatus eſt, cum lis eius quatuor mil. aſtimaretur: adeo illi viri magis voluntatem peccandi intuebantur, quàm modum, factaq; ad conſilium dirigebant, & quid, non in quantum admiſſum foret, aſtimabant.*

Pœna huius iudicij.

Cap. III.

POEna huius iudicij hodie extraordinaria arbitrariáq; eſt, l. 7. §. vlt. quãuis certa pœna lege ſtatuta fuerit, l. 6. §. 1. Et plerũq. vel exilio puniũtur, vel morte, d. l. 7. Accedit & pœna quadrupli, l. 1. C. eo. ti. l. 3. C. de aſſeſſorib. Quam pœnam pecuniariam ſubit Magiſtratus pro delicto ſuorum miniſtrorum ac domeſticorũ l. t. C. eo licet aliis pœnis ob eorum delictum non plectatur, l. ſancimus. C. de pœnis. Atque ita accipienda eſt formula iuriſiurandi, quæ in Nouella extat. Hęc accuſatio morte rei non finitur, ſed tranſit in hæredem, l. ex iudiciorum. de accuſat. vt ab eo hæc pœna exigatur, l. 2. C. eod. præter id quod defunctus contra legem acceperat: ſed datur tantum actio intra annum, à morte eius qui arguebatur. l. 2. hic. Poſt annum igitur ne ſimplum quidem ab hærede exigi poſſe arbitror, niſi forte quid ad eum perueniſſe dicatur, l. in hæredem. de calum. Conſtitutio Theodoſij de Comite domorũ ſubobſcura eſt, ſed non prohibet poſt annum à tempore finitæ adminiſtrationis accuſare. l. 5. C. eo. ſi eius conſtitutionis verba rectè intelligantur. In Codice Iuſtiniani eo. titu. extat conſtitutio de exigendo ab iis qui munera publica ſuſcipiunt iureiurãdo: quod videlicet nihil dederint, donaturíve ſint. & lege. vltim. Qua de re præclara eſt conſtitutio Iuſtiniani, Nouel. 8. titulo. iudic. ſine ſuffrag. in qua Alexandri Seueri exemplum ſequitur: cuius meminit Lampridius in Alexandro: item quod datum eſt contra hanc legẽ vſucapi non potuit, l. pen. Similiter ex capite de muneribus & donis licebat accipere à perſonis coniunctis vſque ad ſextum gradum ex eo capite quod de officiario ſumptum eſt, vel alioqui de illo qui accepit pecuniam vt officium ſuum faciat: vel contra ne hic cũ quidem accipere licuit à quibuſvis perſonis etiam nomine xeniorum, quæ aliquo modo permiſſa ſunt, l. ſolet. de off. proconſ. l. fin. hic non intelligitur vulgò, in qua munus eſt ſpectaculum quod editur populo. Cic. in Verrem, vt cum minoribus noſtris tragœdia Chriſti agitur publicè, vel acta apoſtolorum. Adde duo exempla iudicij repetundarum ex oration. pro L. Flacco, & pro Rabirio Poſthumo.

IN TIT. XII.

AD L. IVLIAM DE ANNONA.

HÆc accuſatio inducta eſt lege Iulia aduerſus eos qui cariorem annonam efficiunt, vel auertendo naues nautaſve, vel aliis ſimilibus machinationibus. contra annonam non faciunt Decuriones, ſi vilius forte nolint vendere ciuibus frumentum, quàm annona exigit. l. 3. Item & ſi ordo cuiuſque ciuitatis annonæ curam habere debeat, & curare vt iuſto pretio præbeantur, quæ ad victum neceſſaria ſunt, argumento l. 1. §. cura carnis. ſupra de off. præfect. vrb. tamen grano quod aliunde inuehitur, pretium ſtatuere eis non licet, ne fortaſſis ea re mercatores ab importando grano abſterreantur: nec huc refertur reſcriptũ. l. 1. de epiſc. audi. vtcunque doctores ſentiant. Quod autem dicitur non poſſe decuriones pretium ſtatuere frumenti vel minus decernere pretium, l. 3. nihil impedit quominus præfectus vrbi vel præſes poſſit in prouincia proſpicere vt iuſto pretio præbeantur quæ ad victum ſunt neceſſaria. l. 1. §. Cura carnis. de off. præfe. vrb. In hac accuſatione ſingulare eſt, vt mulieres, & ſerui accuſent, qui alias ad accuſandum non admittuntur, l. 1. & vltim. Pœ-

na autem huius iudicij hic dicitur eſſe viginti aureorum, lege.2. Verùm extra ordinem grauior plerumque infligitur, lege. annonam. de extraordinariis criminibus, & interdum lege Cornelia teſtamentaria. lege. pen. ſupra de falſis. lege. annonam, ſupra de extraordinariis criminibus.

IN TIT XIII.

AD L. IVLIAM PECVLATVS ET DE SACRILEGIS, ET De Reſiduis.

HAc lege punitur furtum tam pecuniæ publicæ quam ſacræ & religioſæ, l.1. Ac de vtroque ſingulatim & ordine dicendum eſt. Eſt autem peculatus furtum pecuniæ publicæ ſacræ vel religioſæ ab alio commiſſum quam cuius periculo fuit. lege.1. & 9. Interdum verò ſacrilegium ſeparatur à peculatu qui reſtringitur ad furtum pecuniæ publicæ. Codice. eodem. Appianus lib.2. cap.4.

De pecuniæ publicæ furto.

Cap. I.

QVi pecuniam publicam intercipit, is dicitur peculatum committere, & hac lege tenetur, niſi pecunia eius periculo fuerit, l.9. §. Labeo. Nam ſi periculo eius fuerit, in legem Iuliam de reſiduis, tantum committere dicitur, vt modo oſtendemus. Exempla hic varia reperiuntur. Veluti, ſi is qui moneta publica operatur, extrinſecus ſibi ſignauerit pecuniam forma publica aut ſignatam furatus fuerit. Si quis ex metallis Cæſarianis aurum argentúmve furatus ſit, l.6. Si quis tabulam æream leges formámque agrorum continentem refixerit, &c. l.8. Si quis in tabulis publicis minorem pecuniam ſcripſerit, quando quid venierit, aut locauerit, l.11. Si quis perforauerit muros, vel inde aliquid abſtulerit, l.12. Si quis prædam ab hoſtibus captam ſurripuerit, l.14. Si quis pecuniam ciuitatis alicuius, aut municipij ſubtraxerit. l.4. §. vlt. Nā & ſi pecunia publica, in lege Iulia, pro pecunia tantum populi Romani. accipiatur, leg. eum qui vectigal. de verborum ſignific. Atque ideo crimine peculatus non teneatur huius pecuniæ furtum, ſi legem inſpiciamus, leg. ob pecuniam. ſupra de furtis, tamen conſtitutionibus Principum cautum eſt, vt teneatur, leg.4. §. vltim. Quæritur de eo qui exigit pecuniam à debitore ſuo, eodémque fiſci debitore? Et certum eſt crimen peculatus ab eo non committi, cum hæc pecunia publica non ſit, leg.13. hic. Quanquam fiſcus poſtea propter priuilegium ſuum, eam pecuniam repetere poteſt, l. deferre. § vltim. C. de iure fiſci. Plane is qui ſe fiſci creditorem eſſe ſimulatos pecuniam à fiſci debitore accipit, crimen peculatus committit. leg. 9. §. 1. hic.

De ſacrilegio.

Cap II.

SAcrilegium quoque hac lege ponitur, id eſt, ſacræ rei furtum, leg. 1. & 4. Nam ſacrilegium genus furti eſt. Eſtque omne ſacrilegium furtum, ſed nō contra, leg. ſi nondum. Codic. de furtis. Sacra vero hic intelligimus publica, non priuata, quod propriè ſacra hæc dicantur. leg.9. Ad hanc autem legem non pertinet furtum rei priuatæ, quæ in æde ſacra depoſita erat, quia lex de eo loquitur, qui rem ſacram intercepit. Quare huiuſmodi rerum nomine furti actio dabitur, non ſacrilegij, vt Martianus ait, leg 5. Negare tamen non poſſumus quin Latine ſacrilegus recte dicatur, qui ex loco ſacro aliquid ſubtrahit, idque Cicero ſcribit lib.2. de legibus. & ἔτυμον huic etiā ſignificationi congruit. Fabius Quintilianus libr.7. cap.4. Sed Martianus hoc tantum ſentire mihi videtur, non omne genus ſacrilegij ad hanc legem pertinere, in qua de rei ſacræ furto diſerte cautum eſt. Dicitur enim vtrunque ſacrilegium, ac vtrunque grauius ſimplici furto puniri debet, l. aut facta. §. locus. infra de pœnis. Itaque facile aſſentiemur Pontificiis, qui ſacrilegium vocant, rei prophanæ furtum, quæ ex loco ſacro ſurripitur. c. Quiſquis. 17. quæſt.4. modo nobis viciſſim dent, pœnam vtriuſque admiſſi parem non eſſe, nec eadem leg. vtrunque puniri: nec vero ſententiam noſtrorum probo, qui exiſtimant vt crimen ſacrilegij committatur, duo neceſſaria eſſe, nempe vt res ſacra ſurripiatur, & vt ex loco ſacro. Nam lex Iulia de rem ſacram furante tantum loquitur. Adde quod huius verbi ſignificatio adhuc latius patet, quàm à nobis dictum ſit, vt qui diuinas leges, id eſt, imperatorias, ſic enim dici ſolent [illegible] aut qui iudicium & authoritatem Principis in iudicium vocant, ſacrilegi dicantur. leg.1. & 2. C. de crimine ſacrilegij.

Pœna huius iudicij.

Cap. III.

VErba leg. Iuliæ peculatus deſumere licet ex leg. 1. & pœnas eiuſdem leg 3. leg.6. §.1. Acceſſerunt & conſtitutiones, mandata principum, quibus extraordinariæ pœnæ ſancitæ ſunt, & pecuniæ fiſcalis peculatus introductus, & quadrupli pœna conſtituta. leg.9. §. 2. l. pen. hic. Paulus lib.5. ſentent. Huius legis pœna eſt deportatio, leg 3. quod ad reipublicæ furtum attinet cui accedit & pœna quadrupli, l. pen. hic. Paulus lib.5. ſentent. ſed extra ordinem arbitrio iudicantium animaduerti ſolet in delinquentes. Et acrius puniuntur iudices ob peculatum quàm cæteri conſtitutione Theodoſij. C. de crimine ſacrileg. nempe vltimo ſupplicio. Pœnam etenim capitalem in ea conſtitutione pro mortis pœna accipi, manifeſte oſtendit Iuſtinianus in Inſtitut. de publico iudicio. Nec mirum eſt, iuſtiſſimo Principi magis exoſum fuiſſe magiſtratuum iudicúmve furtum, quàm cæterorum. Nam & Alexander Seuerus fertur iudices hoc probro aſperſos tanto odio proſecutos fuiſſe, vt quoties ei talis occurreret paratum habuerit digitum, vt illi oculos erueret. Lampridius. Sacrilegium extra ordinem pro modo admiſſi & perſonarum conditione vindicatur, leg.6.9.

De reſiduis.

Cap. IIII.

IS qui debet pecuniam fiſco propter adminiſtrationem eius pecuniæ, quæ ei commiſſa fuit periculo ſuo, non tenetur crimine peculatus, vt iam diximus, l. 9. §. Labeo. Verum ſi reſidua, id eſt, pecuniam quæ penes ſe reſedit, non reddat, alia lege tenetur, l. 2. & 4. Ex quo apparet non omnem pecuniæ publicæ debitorem ea lege teneri, ſed eum tantum, qui reliquator eſt, ob publicæ pecuniæ adminiſtrationem, l. cum eo. Pœna huius poſterioris legis eſt, vt damnatus amplius tertia parte, quam debet puniatur, l.4. id eſt, vt præter pecuniam quam debet, tertiam partem eius pecuniæ pendat. Vtraque accuſatio competit in heredem, quod ad bo

ad bonorum ademptionem attinet. l. vltim. hic. l. ex iudiciorum. ſupra de accuſat. & vtraque finitur quinquennio. leg. 7. Hic magiſtratus ſine accuſatore & nunciatore inquirere debent in hoc crimen vt in aliis quibuſdam criminibus conſtitutum eſt. lege. 2. & 4. de adulter. Nota obiter antinomiam leg. ob pecuniam. de furt. & .4. hic. Solue: Pecuniæ municipalis furtum ante reſcriptum non fuiſſe.

IN TIT. XIIII.

AD L. IVLIAM DE AMBITV.

AD coercendam ambitionem quædam leges olim Romæ latæ fuerunt, teſtatúrque Cicero in oratione pro Murena, ſe legem tuliſſe de ambitu, ſed poſtrema omnium fuit lex Iulia, quam hic interpretatur Modeſtinus. Hac aût lege puniuntur, qui virtim diſtributa pecunia populum corrumpunt, vt ad honores publicos & magiſtratus prouehantur, non qui Reipublicæ palam offerunt, ac donant ad honorem decretum vel decernendum, lege. 1. infra de pollicitatione. & leg. hoc iure. ſupra de donatio. Ex quo perſpicuum eſt, tunc locum fuiſſe huic accuſationi Romæ, cum magiſtratus à populo creabantur in comitiis. Proinde Modeſtinus ait, Poſtquam magiſtratuum creatio adempta aſt populo, & Principi attributa, hanc legem ceſſare, & in municipiis tantum vigere, cum magiſtratus municipales, aut ſacerdotia municipalia creantur. Sane conſtitutionibus Imperatoriis puniuntur, etiam interdum huius legis pœna, qui ad honores obrepunt, & eo nomine diplomata à principe impetrant Cod. eod. titul. Sed & quibuſdam Senatuſconſultis ac legibus addita ſūt huic legi capita quædam, quæ ad ambitum non ſpectant. Idemque in aliis ferè legibus obſeruata licet. Pœna huius legis eſt deportatio, niſi fallor. idque iam ex Pauli ſentent. lib. 5. quam ex conſtitutione Arcadij perſpici poteſt. Cod. eod. titul. Eſt tamen caput vnum additiuum, quo pœna centum aureorum fiſco inferri iubetur.

IN TIT. XV.

AD L. FABIAM, DE PLAGIARIIS.

Cap. I.

QVidam hanc legem Fauiam, alij Flauiam nominant, ſed verius Fabia dicitur à Fabio quodam eius latore, ſic enim legendum hic eſt, ſicut & in Codice Theodoſiano legitur, & in oratione Ciceronis pro Rabirio perduellionis reo. Eſt autem hęc lex aduerſus eos lata qui πλαγίως, id eſt, doloſè & malitioſè, vel liberos homines. vel ſeruos alienos intercipiunt. Quo nomine vult Diocletianus accuſationem publici iudicij eſſe, quæ fortaſſis olim non erat. Nam inter leges publicorum iudiciorum hæc non recenſetur ab Vlpiano, leg. 1. de public. iudic. Idque Diocletianus non obſcure oſtendit his verbis, Plagij criminis accuſatio ſit publici iudicij, leg. 13. Cod. eod. Quod dicit iam incipere, cum antea non fuiſſet. leg. plagij. C.

Cauſa huius iudicij.

Cap. II.

CAuſæ huius accuſationis exprimuntur verbis ipſius legis Fabiæ, apud Calliſtratum, l. 6. §. vltim. Punitur enim in primis hac lege, qui hominem liberum celauerit, emerit ſciens dolo malo, &c. Item qui ſeruo alieno perſuaſerit vt à domino fugiat, vel eum celauerit, &c. Ex quib. verbis apparet verum eſſe quod Adrianus reſcripſit, non continuo plagij nomine teneri, qui ſeruum alienum furatus eſt, leg. 6. §. 2. Nam lex non de eo qui ſurripit ſeruum alienum loquitur, ſed qui celat, &c. Præterea Senatuſconſulto quod huic legi acceſſit, punitur is qui ſeruum ſuum fugitiuum vendidit, leg. in fuga, Cod. eo. Nam ſpecies libertatis cuiuſdam eſt fugiſſe, & à poteſtate dominica in præſenti liberatum eſſe, leg. quis ſit fugitiuus. §. idem recte de ædilit. edict. Hoc autem Senatuſconſultum non ad quoſuis abſentes ſeruos, ſed ad fugitiuos totum pertinet, leg. 1. hic.

Defenſio rei conuenti.

Cap. III.

DEfenſio rei conuenti ex iam dictis facile colligitur. Nam poteſt reus quæſtionem dominij referre, ſi dicatur ſeruos alienos celaſſe, &c. leg. præſes. Cod. eo. Poteſt etiam obiicere bonæfidei poſſeſſionem vel iuſtam aliquam cauſam ignorantiæ, quia lex ſcientem & doloſum tantummodo punit, leg. 3. leg. 10. C. vnde fit, vt propter probabilem errorem reus criminis abſoluatur. leg. 14. C.

Pœna huius legis.

Cap. IIII.

HOc crimen capitale eſſe dicitur ab Vlpiano, leg. 1. Nam Conſtantinus indicat, tam pœna metalli quàm aliis ſuppliciis olim plecti ſolitos fuiſſe plagiarios. Sic enim legendum eſt apud Conſtantinum, Sicut & in Codice Theodoſiano legitur, *Plagiarij metalli pœna cum cæteris ante cognitis ſuppliciis tenebantur.* Alciat. lib. *παρεργ.* cap. 23. Erat & pœna pecuniaria hac lege ſtatuta, quam Hermogenianus in deſuetudinem abiiſſe ait, leg. vltim. hic. leg. 12. de manu. Statuit autem Conſtantinus derogans iuri veteri, vt qui filios intercipiunt, gladio conſumantur, ſi ingenui ſint, alias beſtiis ſubiiciantur, leg. vltim. C. eo. Ex aliis cauſis leuior pœna infligi debet. §. vltim. Inſtitut. de publc. iudic. Qui ſeruum fugitiuum vendiderit, vel alicuius interuertarit, extra ordinem coerceri debet.

IN TIT. XVI.

AD SENATVSCONSVLTVM TVRPILLIANVM ET DE Abolitionibus Criminum.

HIc tractatus tria præcipua capita habet, vnum de Tergiuerſatoribus: alterum de abolitionibus criminum: Tertium de calumniatoribus. Et hæc ſingula de Codice Iuſtiniani peculiares habent titulos.

De tergiuerſatoribus.

Cap. I.

TErgiuerſatores, id eſt, qui ab accuſatione deſiſtunt antequam reum peregerint, Senatuſconſulto Turpilliano puniuntur, leg. 1. Eſtque pœna quinque librarum auri, leg. 3. de præuaricator. quæ tamen poteſt augeri. leg. abſentem. infra de pœnis. Item re-

pellitur ab accuſatione is qui ſemel deſtitit, l. 2. & l.3. & 4.C. eod. Vt igitur hoc Senatuſconſultum plene intelligamus, videndum eſt, quomodo verbum accuſatio,& verbum deſiſtere accipiantur. Et certum eſt ſolennem inſcriptionem hic neceſſariam eſſe, lege.2. Cod.eod.Qua nondum interueniente deſiſtere impune licet,leg. 5.Tametſi autem de accuſatore loquatur Senatuſconſultum,tamen ij quorum inſtigatione aut mandatu, alius ad accuſandum proceſſit, teneatur ex ſententia magis,quam ex verbis Senatuſconſulti, leg. prim.§.penultim.l.in Senatuſconſultum.Deſiſtere intelligimus eum qui agendi animum depoſuit,non qui diſtulit accuſationem,leg. ab accuſatione.leg deſtitiſſe.leg.in Senatuſconſultum. leg.qui poſt inſcriptionē. hic.leg. vltim. Cod. eod. Sane qui intra præfinitum à Pręſide tempus rem ſuam non peragit. deſtitiſſe videtur,leg.ab accuſatione.

Exceptiones.

CAP. II.

CEſſat pœna huius Senatuſconſulti in quibuſdam caſibus. Nam in primis excipiuntur ij,qui crimen publici iudicij non deferunt,leg 1.Cod.eod.Quamuis enim in priuatis delictis impunita non debeat eſſe tergiuerſatio, tamen pœna huius Senatuſconſulti non plectitur. Qua de re multa hic exempla reperiuntur, leg.1 §.ſuſpecti.leg. ſi quis repetere.§.vltim. Nec ideo minus locum habet hæc pœna in publicis iudiciis, quod extra ordinem hodie exerceantur, ſicut priuata crimina,leg.in Senatuſconſultum.§. an ad eos. hic. & leg.ordo.de public.iudic. Excipitur etiam tutor qui mortuo pupillo deſtitit ab accuſatione, quam ipſius nomine inſtituerat,leg.Diuus.14.Excipiuntur ij etiam de quorum calumnia agi non permittitur, leg. in Senatuſconſultum.§ eos.de quibus mox dicturi ſumus. Item is qui propter mortem rei deſtitit ab accuſatione, ſi tale crimen ſit quod morte finiatur,leg. in Senatuſconſulto.§.ſi propter. Quæritur an ij qui accuſare non poſſunt,pœna huius Senatuſconſulti teneantur: cuiuſmodi ſunt mulier,minor,is qui præſcriptione temporis ſummoueri poteſt,& cæteri ſimiles,de quibus diximus ſub titul. de accuſa. Et poſt longam diſputationem cōcludit Martianus, omnes excepta muliere ac minore puniri,leg.1.§.ſi accuſationem. Quod diximus de muliere, ſic accipiendum eſt, niſi propriæ iniuriæ cauſa accuſat:quo caſu ad accuſandum admittitur, & deſiſtens punitur pœna Senatuſconſulti, leg. ſi fœmina.Cod.eod. Reſponſum autem Papiniani quod aduerſari videtur, non de accuſatione, ſed de denuntiatione, tantum loquitur, leg. 4. hic. Poſtquam denuntiationem ſi ſolemnis inſcriptio non interuenerit,pœnæ Senatuſconſulti locus, non eſt vt iam diximus.De muliere verò loquitur Papinianus, quoniam ex facto conſultus Papinianus fuerat.Eſt enim ille locus Papiniani ſumptus ex libro reſponſorum 15. Illud etiam quæritur an prouocatione interpoſita à reo condemnato impune deſiſtere liceat? Et Martianus ait non licere,l. 1. §. vltim. Nam is demum deſiſtere poteſt,qui reum peregit, leg. in Senatuſcon. 15. Nec peregiſſe dici poteſt,donec lis finita fuerit.

De abolitionibus criminum.

CAP. III.

Abolitio criminum. CVm ſupra dictum ſit eum qui deſtitit ab accuſatione citra abolitionem puniri: nunc de abolitione tractandum eſt.Aboliri dicitur crimen, ſiue accuſatio, cum à reis eximitur accuſatus,& accuſatori permittitur ab accuſatione deſiſtere. Sed hæc abolitio plena non eſt indulgentia & condonatio criminis, vt ex iis quæ ſequuntur apparebit. De qua indulgentia extat titul. in Cod. Theodoſ. de indulgentia criminum. Et de ea differemus infra.ſub titul.de ſent.paſſ.

Triplex autem eſt abolitionis genus. Quædam eſt publica,alia eſt priuata, alia eſt legitima, l. abolitio.& ſequent.hic. Publica abolitio fit ob diem inſignem aut ob publicam gratulationem, aut ob rem proſpere geſtam,d.l.abolitio. Nam edictis propoſitis indicuntur ferię,ſed etſi per Prætorem, ſup.ex quibus cauſa maior.l.1.Cod.de generib.abolit. Ceſſátque a cuſatio in reos inſtituta,licetq; accuſatori impunè accuſationem deſerere. Reū tamē repetere nihil prohibet poſt finitas ferias,modo intra dies 30. repetatur ex eo tēpore cōputādos ex quo finitæ ſunt feriæ,leg.10.12.15. hic.Codic. de generali abolitionibus.Sed notandum eſt non alio iure repetendum eſſe reum quam quo accuſabatur.Itaque præſcriptiones non poterunt obiici quæ ante non ſunt obiectæ,l.7. Hæc publica abolitio non pertinet ad ſeruos, ſi rei alicuius maleficij delati ſint,leg.16.hic non pertinet ad crimen falſi.leg.pen. Abolitio priuata conceditur priuatim accuſatore poſtulante, leg. 10. & à Præſide impetrari ſolet, non à Principe.leg.1.§.abolitio. ſed cauſa cognita tantum & audito aduerſario. Nam calumniatoribus non indulgetur, ſed iis qui probabilem errorem allegant, leg. vltim. & leg. 2. & 3. Codice. de abolitio. Poſt hanc abolitionem accuſator qui deſiſtit reum prohibetur repetere, niſi id à Præſide impetratum ſit.leg.4.hic.& leg.1. Codic. de abolit. Alius autem poterit accuſare,ſed intra triginta tantum dies, vt opinor. leg.3.§. vltim.de accuſ. Tertium genus abolitionis eſt quæ dicitur legitima, cum accuſator deceſſit,aut quid aliud ſimile contingit. Nam lex vult nomen rei aboleri. Quæ abolitio tamen non impedit, quominus ab alio repeti poſſit reus intra tempus legitimum id eſt, triginta dierum.l. 10.hic.l.3.§.vltim. de accuſat.

De calumniatoribus.

CAP. IIII.

NOn ſolum tergiuerſatio accuſatoris, ſed etiā calumnia punitur,id eſt, falſa accuſatio. Et exiſtimo non ſolū lege Remmia,aut Memmia potius, cuius meminit Cicero in oratione pro Roſcio Amerino, ſed etiam Senatuſconſulto Turpilliano, de hac pœna aliquid cautum fuiſſe.argumento l.quærabatur.11.Calumniari autem is dicitur, qui nulla probabili ratione adductus falſum crimen intendit, vt late hic Martianus docet.l.1.& 6.hic, & l.3.C.eo.Qui vero tēpore excluſus non poteſt reum peragere,calumniator iudicādus non eſt.d.l.quærebatur. Damnari autem ſolet calumniator,cum cauſæ cognitione, vt cum cauſa iudicatur & abſoluitur reus contra quem probatum nihil eſt. l.1. C. de calumn. Verum nihil prohibet ſtatim poſt abſolutionem rei de calumnia accuſatoris quæri, l.1 §.1.hic.

Pœna huius accuſationis.

CAP. V.

POEna eſt ſimilitudo ſupplicij.l.vlt, Cod. de calumniat.ſimul cum infamia.l.1, & 4.ſupra de his

qui no-

qui notantur infamia.l.3.Cod.de calumnia. Sed Paulus ait in priuatis & extraordinariis criminibus calũnioſos puniri extra ordinem pro qualitate admiſſi.l.3. hic. Non omnes autem accuſatores calumniæ cauſa puniantur,ſed quidam ſũt de quorum calumnia quæri non ſolet nec licet.leg.15. hic.vt puta mater quæ filij necem vindicat,l.2. Cod.de calumnia. Is qui paternam mortem vlciſcitur.l.4.Codic.eod.& alij ſimiles. De nuntiatoribus publicis dubitari poterat: ſed conſtitutum eſt eorum calumniam impunitam eſſe non debere.l.ea quidem. Cod. de accuſat. Proinde notoriis ſuis,id eſt,elogiis & teſtificationibus quas ad Præſides mittunt, adeſſe coguntur, vt intelligatur an falſa calumnioſaque ſint. leg. de accuſatione. hic. De præuaricatoribus hic quoque tractandum erat, verum de his extat peculiaris titulus ſupra, vbi rem omnem ſatis fusè executi ſumus. Hi tres tituli frigent in Gallia, quod procurator fiſcalis ſit accuſator publicus, & priuati proprio nomine vindictam & rem familiarem perſequantur, nec extranei ad accuſandum admittantur.ſed tantũm ad denuntiãdum & quorum intereſt, admitti ſolent.

IN TIT. XVII.

DE REQVIRENDIS REIS.

ABSENS in capitalibus iudiciis non damnatur. leg. 1. hic. leg. abſentem. de pœnis. ſed requiritur & euocatur ſecundum formam hic traditam. In primis annotat eum requirendum eſſe, id eſt, decernit & in acta referendũ curat vt requiratur. leg.2.hic. & leg. abſentem. Codic.de accuſa. Deinde propoſitis edictis iubet eum adeſſe iudex, & literas mittit ad magiſtratus eius loci in quem profugit reus. dict. leg. 1. Interim obſignantur abſentis bona, ne quid ex eis minuatur, & ne inſtruatur eius fuga. leg. vltim. hic. & leg.1. Codic. eo. Eaque bona fiſcus adminiſtrat & cuſtodit,ita vt nihil reus attingat, ac ne debitores quidem ei ſoluere poſſunt. leg. vltim. Et aduerſus fiſcum ea bona abſentem occupantem locum habet præſcriptio 20. annorum, quæ in Francia obſeruatur quod in contumaces ſententia feratur, & bona tam mobilia quam immobilia pendente contumacia publice poſſideantur authoritate iudicis, hoc eſt iniiciatur illi manus regia, quod ſimile annotationi & obſignationi iuris ciuilis. Intra annum veniens purgnans defendensque innocentiam ſuam auditur, recipitque bona ſua iam obſignata. leg. 1. & vltim. Annus autem computatur ex quo annotatio publice innotuit. leg. 4. Poſt annum defendere quidem ſe poteſt ac innocentiam ſuam purgare.leg.4.ſed bona nihilominus vindicat fiſcus. leg. 1. §. vltim. niſi poſt 20.annos ea vindicet.leg. 2. & 3.

IN TIT. XVIII.

DE QVÆSTIONIBVS.

Quid ſit quæſtio.

CAP. I.

QVIA in criminibus quæſtio ſolet haberi, ſubiicitur hic titulus de quæſtionibus. Non autem quælibet interrogatio hoc loco eſt quæſtio, ſed cum tormentis & cruciatu corporis facta. Vnde hoc loco ſic definiri poteſt: Quæſtio eſt tormentum & cruciatus corporis ad eruendam veritatem,l. item apud. §. quæſtionem.de iniur.l.1.§.quæſtionem. de Senatuſconſul. Sylla.Iudicium enim eſt, profeſſio, ſeu ſponte dictum teſtimonium. Teſtimonium vel interrogatio eſt cum interrogatur teſtis. Quæſtio hoc loco, cum ſubiicitur tormentis leg. 8. Et adhibetur hoc tormentum in criminalibus & grauioribus cauſis. leg. edictum. 8. In ciuili enim negotio liberi homines aut ſtatu liberi nunquam torquentur. Serui ita demum,ſi aliter veritas haberi non poſſit. leg. diuus. hic. 9.leg. 2.infra,de appel.recipien.

Cauſa quæſtionis.

CAP. II.

QVæſtionis igitur cauſa eſt graue aliquod maleficium. d. leg. edictum. quod plene probatum nõ eſt, ita vt reus damnari poſſit.Nam etſi ex ſuſpicionibus non poſſit reus damnari,l.abſentem. de pœnis. torqueri tamen poteſt,ſi vehementioribus ſuſpicionibus,& argumentis vrgeatur. leg. 2. §. 1. l.18.& vlt.hic. leg.milites. Cod. eo. Ex quo conſequens eſt ſi iudex reum conuictum alicuius facinoris pronuntiet, quæſtionem de eo habendam eſſe, non veritatis eruendæ cauſa, ſed pœnæ infligendæ, non rectè eum facere. Sic enim intelligo quod Adrianus reſcripſit, quæſtionis habendæ cauſa. Fit tamen interdum vt conuictus & damnatus torqueatur in alios, qui eiuſdem ſceleris arguuntur. leg. qui vlt. infr. de pœnis.

De perſonis.

CAP. III.

DE ſeruis alienis ſi veritas ipſis cognita eſſe dicatur, etſi nihil admiſerint, quæſtio haberi olim ſolebat: ex quo apparet, quàm miſera erat eo tempore ſeruorum conditio. l.9. Verum ne dominus contra ius & rationem ſeruo ſuo fraudetur, ante omnia æſtimari debet.l.certo. hic.l.ſi poſtulauerit. ſup. de adult. Quod ſi liberum ſe dicat is qui in quæſtionem poſtulatur, primo cognoſcetur de eius ſtatu quam torqueatur.leg. 12. Quod diximus ſeruos torquendos, &c. ſic accipiendum eſt niſi minores ſint. leg. 10. & 15. aut niſi eos accuſator de domo produxerit.leg. 1. §. 2. Serui autem eius qui accuſatur in dominum torqueri non poſſunt.leg. 1. §. Diuus Antoninus.

Cum enim totidem hoſtes habere dicamur (veteri prouerbio) *quot habemus ſeruos, non eſt viſum vtile ſalutem dominorum ſeruorum arbitrio committi.* leg. vnius. §. ſeruo. Idque Senatuſconſulto cautum eſt, cuius meminit Tacitus lib. 2. in hæc verba, *Et quia veteri Senatuſconſulto quæſtio in caput domini prohibebatur, callidus & noui iuris repertor Tyberius mancipari ſingulos actori publico iubet, ſcilicet, vt in Libonem, ex ſeruis ſaluo S. C. quæreretur.* Idem lib. 3. Seruos quoque Syllani vt tormentis interrogerentur actor publicus mancipio acceperat, & ne quis neceſſariorum iuuaret periclitantem, maieſtatis crimina vetebantur vinculum & neceſſitas ſilendi. Meminit & Cicero in Part. orat. Item Vopiſcus in Tacito. Excipitur crimen maieſtatis, crimen adulterij, & quædam alia in quibus ſerui dominos torquentur. leg. 1. Cod. eo. tit. leg ſi quis viduam. Nec refert extraneus accuſet adulterij necne. leg. extraneo. In crimine autem ſtupri vel inceſtus non torquentur ſerui in dominos. leg. 4. & leg. extraneo. Serui autem de quibus in dominum quæſtio habita eſt, publicantur ſiue conſeſſi ſint, ſiue inficiati ſint. leg. hic. leg ſi poſtulauerit, ſupra. de adult. Et hæc quidem in ſeruis ita ſe habent. Liberi vero homines teſtimonij cauſa non torquentur, niſi vacillauerint. leg. ex libero. l. vnius. §. teſtes. De reo ipſo quid dicẽdum ſit ſatis perſpicuum eſt ex iam dictis. Illud addendum eſt quaſdam perſonas excipi, de quibus non habetur quæſtio quacunque ſuſpicione vrgeantur, cuiuſmodi ſunt, *Nobiles, milites, decuriones, &c.* leg. milites. leg. duo. leg. 1. decuriones. & l. pen. C. eo. tit. In conſtitutione autem D. Marci, quæ de nepotibus & pronepotibus virorum clariſſimorum loquitur, additur exceptio, ſi proprioris gradus liberos per quos priuilegiũ ad vlteriorem gradum tranſgreditur, nulla violati pudoris macula aſpergit. leg. Diuo Marco. Quam exceptionem addere neceſſe fuit. Alioquin ſi de nepotibus ac pronepotibus ſimpliciter locutus eſſet, verborum ſignificationem ſequeremur, exemplo Vlpiani in interpretatione legis Iuliæ & Papiæ. leg. emancipatum. ſupr. de ſenator.

Quomodo habenda ſit quæſtio.

Cap. IIII.

PRæceptiones quædam hic traduntur à iuris auctoribus ad iudicem inſtruendum, qui quæſtionem habiturus eſt. Et in primis, Cogniturus de criminibus debet ante diem palam facere ſe cuſtodias auditurum, ne hi qui defendendi ſint, ſubitis accuſatorum criminibus opprimantur. leg. vnius. §. vlt. Nec ſolum pro tribunali, ſed etiam de plano auditi poſſunt. dict. §. vltim. Incipere autem iudex debet interrogationem, ſi plures ſint rei eiuſdem facinoris, ab eo qui ſpectiſſimus, & à quo facillimè verum ſciri iudex crediderit. leg. 1. §. 1. Item ab eo qui timidior eſt, vel teneræ ætatis. leg. vnius. in prin. Nam & ab his etiam facilius veritas exprimitur. Modus quæſtionis ac tormenti definitus non eſt legibus, ſed eum iudices arbitrari oportet. leg. 7. Itaque ſi modum exceſſerit, quem bonus & æquus iudex arbitraturus fuerit, ac reus ob eam cauſam fortè perierit, ratio ſuadet vt eo nomine iudex teneatur. In interrogatione ipſa iudex talem ſe præſtare debet, vt non ſuggerere interrogato, ſed ab eo potius veritatem requirere videatur. leg 1. §. qui quæſtionem. Quod ſi nihil confeſſurus fuerit is de quo habita eſt quæſtio, ea repeti poterit. leg. repeti: ſed ita demum ſi reus euidentioribus argumentis oppreſſus fuerit. leg. vnius. §. 1.

Quanta fides habenda ſit confeſſioni.

Cap. V.

SI confiteatur reus in iudicio crimen quod aduerſus ipſum intenditur, ea confeſſio pro explorata veritate habenda non eſt, ſi nulla probatio religionem iudicantis inſtruat. leg. 1. §. Diuus Seuerus. & §. ſi quis vltro. Sin autem in quæſtione & tormentis confeſſus ſit cum argumentis & ſuſpicionibus vrgeretur (nam aliter quæſtio haberi non ſolet) iudicis eſt inſpicere an fides habenda ſit necne. leg. 1. §. quæſtioni.

IN TIT. XIX.

DE POENIS.

Quam ob cauſam pœna infligantur nocentibus.

Cap. I.

CAVSA infligendæ pœnæ vna eſt, emendatio hominum, qui delinquunt. leg. ſi pœna hic. cum videlicet ea pœna irrogatur quæ vitam non adimit. Altera cauſa pœnæ infligendæ, eſt exemplum. Nam pœna vnius metus eſt multorum. leg. 1. Cod. ad leg Iul. repet. & cæteros à ſimilibus facinoribus deterret. leg. bonafides, depoſiti. leg. capitalium. §. famoſos. hic. Quod adeo verum eſt, vt in brutis quoque animantibus atque adeo feris id deprehendatur. Scribit enim Plinius lib. cap. 16. viſos fuiſſe in Africa crucifixos leones, à quibus fuerant vrbes obſeſſæ, quo cæteri metu pœnæ ſimilis abſterrerentur eadem noxa. Hinc illud Senecæ quod à Platone mutuatus eſt, *Nemo prudens punit, quia peccatum eſt, ſed ne peccetur.* Eſt igitur pœna ad continendam Rempublicam valde neceſſaria, vt non immerito dixerit, *præmio & pœna Rempublicam contineri.* Quo reſpexit Vlpianus, cum ait, Iureconſultos tam metu pœnarum quàm præmiorum exhortatione bonos efficere. leg. 1. de iuſtitia & iure. Ac ſi tametſi has duas cauſas Plato tantum commemoret in Gorgia, tamen videntur noſtri auctores vindictam quoque eius cui iniuria facta eſt ſpectaſſe; nempe vt ſupplicio aduerſarij contentus quieſcat, nec vindictæ priuatæ cauſa aliquid moliatur quod reipublicæ perniciem adferat. leg. capitalium. §. famoſos. Ex iam dictis conſequitur, eum qui nihil admiſit, nullam pœnam mereri. leg. crimen. hic. leg. ſancimus. Cod. quod tamen perpetuum non eſt, vt diximus ſup. tit. ad leg. Iul. maieſt. Nam & Deus ipſe qui iuſtiſſimus eſt, ob vnius hominis admiſſum pœnas nonnunquam à tota aliqua ciuitate expetit, ſi Heſiodo credimus cum ait, *πολλάκι καὶ ξύμπασα πόλις κακοῦ ἀνδρὸς ἐπαυρεῖ*, &c. Quæ admiſſa puniantur ſingulis legibus ſatis demonſtratum eſt ſupra. Sed hic traditur velut quidam Epilogus à Claudio Saturnino. leg. aut facta. Aut enim (inquit) *Facta puniuntur, vt furta cædéſque: aut dicta, vt conuitia & infidæ aduocationes: aut ſcripta, vt falſa & famoſi libelli: aut conſilia, vt coniurationes, &c.* Cogitationis autem nemo pœnam patitur, leg. cogitationis. vt exempli gratia, Si quis declarauerit ſe velle hominem occidere. Conatus tamen aliquando punitur qui fines cogitationis excedit. l. ſi quis non dicam. C. de epiſc. & cler. Quinimo ſola plectitur aliquando conſcientia facinoris ab

alio

alio perpetrati.l.Metrodorum. hic.quod & ſupra à nobis obſeruatum eſt titu.ad l.Pompeiam de parric.Nec vero tantum punitur quod dolo malo admiſſum eſt, ſed etiam plerunque id quod abſque malo animo infelicem euentum habuit. l. ſi quis aliquid. § qui abortionis. hic. vt ſi quis poculum amatorium dederit, ex quo aliquis interierit. Vnde legem Demoſthenes ait eſſe, ἐπανόρθωμα τῶν ἁμαρτημάτων ἀκουσίων.

De his quæ præcipue obſeruanda ſunt in peccatis puniendis.

Cap. II.

VTilem admodum præceptionem dat Marcellus cum ait reſpiciendum iudicanti, ne quid aut durius aut remiſſius conſtituatur quam cauſa depoſcit, &c. l.reſpiciendum. Ex quo apparet pœnas hodie ex iudicantium arbitrio pendere, nec eorum poteſtatem aliis finibus quam ſolius rationis circumſcriptam eſſe. l.hodie. Haberi igitur ante oculos debent verſus Horatij,

Qui teneros caules alieni fregerit horti,
Regula peccatis, quæ pœnas irroget æquas,
Et qui nocturnus ſacra diuum legerit, adſit
Ne ſcutica dignum horribili ſectere flagello.

Ac multum ſane refert in pœnis infligendis, an propoſito quis deliquerit, an impetu an caſu, vt eleganter Marcellus ſcribit d.l.reſpiciendum. In primis vero habenda eſt ratio perſonarum, id eſt, tam eius qui deliquit, quam eius qui iniuriarum paſſus eſt. l.moris.§.vlt. l.in ſeruorum. & l.quædam. l.Diuus. & C. eo.tit.l.2.3.5.7.9.12. Nec dubitandum eſt quod ad qualitatem perſonæ attinet, ſpectādum eſſe tempus delicti potius quam ſententiæ, vt puta ſi ſeruus poſt delictum admiſſum liber factus ſit vt clare hic Vlpianus ſcribit leg. 1. Nec mouet, quod alibi idem Vlpianus ait, *Si ſeruum in eadem cauſa ſiſtere quidam promiſerit & liber factus ſiſtatur, ſi de ipſo controuerſia eſt, capitalium actionum iniuriarúmque nomine non recte ſiſti: quia aliter de ſeruo ſupplicio & verberibus ſatisfit, aliter de libero vindicta ſumitur, vel cōdemnatio pecuniaria.* l.pen.ſup. ſi ex noxal.cauſa agatur. Nam quod dicit aliter de ſeruo, &c. id non tam ad genus pœnæ, quàm ad cognitionis rationem & ordinem referendum eſt. Nam ob genus pœnæ non fit ius actoris deterius. Ac certum eſt aliam eſſe formam ac rationem cognitionis & iudicij, cū liber homo, quam cum ſeruus accuſatur. l.2 de cuſtod. reor. l. Domitianus.ad Turpil. & toto tit.de quæſt. verba autem Vlpiani quibus diſtinguitur pœna ſeruilis, nempe ſupplicium & verbera, à pœna quæ irrogatur homini libero, noſtræ ſententiæ contraria non ſunt. Quia non ad præſentem hypotheſim refertur ea diſtinctio pœnarum, ſed generaliter ad ea iudicia in quibus vel ſerui vel liberi homines fiunt rei. De aliis circumſtantiis differit Claudius l.aut facta, puta, de cauſa, perſona, loco, tempore, quantitate, qualitate, euentu: in qua diſtinctione cætera non admodum obſcura ſunt. Quod de euentu ſcribit, difficile eſt, *Euentus quoque ſpectetur, vt à clementiſſimo quoque facta, &c.* verum his verbis ſignificat niſi fallor, euentum aliquando puniri abſq; malo animo, vt ſupra diximus. l. ſi quis aliquid. §. qui abortionis. Et quod ſequitur, quanquam non minus lex, &c. hunc ſenſum habet, non tam ſpectari animum accuſati quàm infœlicem & pernicioſum euentum, tamen interdum è contrario malus animus tantum punitur ſine malo euentu, vt ſi quis cum telo hominis occidendi cauſa ambulauerit. Euentum autem abſque malo propoſito puniendum eſſe, illud argumento eſt quod apud Græcos exilio voluntario & ſpontaneo fortuiti caſus luebantur. A quo Græcorum inſtituto mos noſter non valde alienus eſt, quo propter cædem caſu fortuito factam, à rege noſtro pœnæ gratiam impetrare cogimur. Adde ſupra dictis quod propter frequentiam delicti & multitudinem delinquentium pœnæ nonnunquam exacerbantur. d.l.aut facta.§.vlt. Conſuetudo quoque delinquendi & perſeuerantia eius qui accuſatur, facit vt ſeuerius puniatur. l.capitalium.§.ſolent.hic.l.3.Cod. de epiſc.aud. Item ſi quis diutino tempore inter reos fuerit in carcere fortaſſis aut cuſtodia, iuſta cauſa eſt cur eius pœna ſubleuetur. l. ſi quis diutino. Nam & Tranquillus ſcribit, Auguſtum diuturnorum reorum nomina aboleuiſſe. Hæc de circumſtantiis quas iudex conſiderare debet. Nunc videndum eſt de cæteris quæ ab eo obſeruanda ſunt. Igitur cognita cauſa & iam reo præſente quàm accuſatore pœna irrogatur, ſi capitalis cauſa ſit, præterquam in caſibus certis. l. abſentem. hic. l.ne duo.C.eo. Ex ſuſpicionibus autem nemo puniri poteſt. d.l.abſentem. ſed probationem claram ac certam eſſe oportet. l.qui ſententiam.C.eod.l.ſciant cuncti. C. de probat. Itaque vanæ voces populi audiendæ non ſunt. l.12. C. ac ſi incidat lex obſcura aut ambigua quæ pœnam irroget alicui ob delictum, ita interpretari eam debemus, vt pœnam qua de agitur molliamus, non exaſperemus. l.interpretatione. l.ſanctio legum. l. ſi Præſes. Conuicto autem reo ſtatim debet pronuntiari ſententia & executioni mandari. l.cum reis.C.eo. tit. Nam etſi olim ante ſpatium decem dierum ſupplicium de reo non ſumeretur propter Senatuſconſultū, cuius meminit Tacitus lib 3. & Dion in Tyberio, tamē hodie ita ius conſtitutum habemus vt primo quoq; tēpore executio fiat. Excipiuntur certi caſus in quibus differtur pœnæ executio: veluti ſi prægnans ſit mulier damnata. l. prægnantis. Si ſeruus alienus nondum reddita domino ſuo ratione damnatus ſit. l.1. C. de bonis proſcri. Sed etſi Princeps vindicari in aliquem ſeuerius iuſſerit, differri executio debet vſque ad triginta dies, vt Theodoſius conſtituit. l ſi vindicari. Cuius conſtitutionis quæ cauſa fuerit, hiſtoriæ eccleſiaſticæ auctores memoriæ prodiderunt. cap. cum apud.11. quæſt.3. Si quis vero damnatus aliquid referre ſe velle Principi dicat, ſalutis ipſius cauſa, Vlpianus ait minime audiendum eſſe, quod dubium non ſit eludendæ pœnæ cauſa ad hoc eum decurrere, l. ſi quis forte. Circa executionē autem notandum eſt, Si quis propter inopiam eludat pecuniariam condemnationem, eum extra ordinem coercendum eſſe. l.1.§.vlt. Ac in aliis pœnis ad quarum executionem volūtas dānati eſt neceſſaria, cuiuſmodi eſt relegatio, deportatio, & ea quam vocamus emendationem honorariam, hoc obſeruetur, vt in pœnam grauiorem commutentur ſecundum diſtinctionem Marcelli & Calliſtrati. l.4. l.capitalium.§. exulibus.

Pœnæ executio 30. dies differtur.

De variis pœnarum generibus.

Cap. III.

QVæ pœnæ ſint ſingulorum delictorū, proprium non eſt huius tractatus, ſed peculiares ſunt de ſingulis tituli ſupra, tametſi quædam hic reperiātur. l.capitalium. l. ſi quis aliquid. & l.Cicero. In vniuerſum autem diffiniendo videtur Vlpiani diſtinctio commoda eſſe cum ait: Pœnas aut vitam adimere, aut ſeruitutem iniungere, aut ciuitatem auferre, aut corporis coercitionem continere, aut damnum cum infamia aut dignitatis alicuius depoſitione, aut alicuius actus prohibitionem. l. ſi quis forte.§.vlt. Traditur & alia diuiſio ab eodem Vlpiano. Pœna quædam eſt capitalis, quædam non capitalis. At capitalis dicitur non ſolū mors; ſed etiam libertatis aut ſeruitutis ademptio. l.2. l.capi-

talium. Quamuis vltimum ſupplicium de morte ſemper intelligatur. l. vltimum. Præterea notandum eſt quaſdam pœnas à Præſidibus ſeu proconſulibus irrogari non poſſe, de quibus ſcribit Vlpian. lib. 10. de offic. proconſ. l. aut damnum. Nam Proconſul qui ius gladij habet, l. illicitas. §. qui vniuerſas. ſupra. de offic. Præſid. poteſt nocentem damnare, vt in eo gladio animaduertatur non autem ſecuri, vel telo, vel fuſtibus, vel laqueo. Item veneno necare non poſſunt, aut liberam mortis facultatem concedere. dict. leg. aut damnum. Item inciuilis habetur pœna vinculorum ſeu carceris. dict. l. aut damnum. l. mandatis. hic. l. 6. C. Præcipitatio de ſaxo. l ſi diutino. Sed & Conſtantinus prohibuit, ne quid in facie hominis inſcribatur. l. ſi quis in metallum. C.

Quis pœnam imponere poßit.

CAP. IV.

NOn quæuis pœna à quoque magiſtratu infligi poteſt, vt iam diximus. Nam Præſides prouinciarū non poſſunt in inſulam deportare. l. 2. hic. l. 1. de lega. 3. ſed hoc ſpecialiter Præfecto vrbi conceſſum eſt. Procurator Cæſaris extra cauſas fiſcales nullius pœnæ imponendæ ius habet. l. 2. C. eo. Magiſtratus etiam in ſuos animaduertit, nec eos ſeruat ſucceſſori. l. ſi quis forte.

De effectu pœna impoſita.

CAP. V.

EX pœnæ vnius impoſitione plerunque ſequitur alia veluti infamia, ſi quis publico iudicio damnatus ſit. l. ſi Præſes. Sed qui maiore pœna afficitur quam legibus ſtatutum eſt, infamis non fit. l. in ſeruorum. Conſequitur etiam ſeruitus & ciuitatis amiſſio. l. quod ad ſtatum, l. quidam. l. qui vlti. l. in metallum. Item accedit tacite confiſcatio bonorum quibuſdam condemnationibus. l. deportatorum C. eod. de qua dicemus tit. ſeq. Pœnæ autem non tranſeunt ad hæredem. l. ſi pœna. l. crimen. Pœnam non poteſt iudex mutare aut reuocare, ſed ſolus Princeps. l. Diui. l. ad beſtias. hic. l. 14. & 15. C. eod. Niſi forte is qui in metallum damnatus eſt, propter valetudinem inutilis faciendo deprehendatur. l. in metallum. Quod ſi quis in metallum damnatus ſit, ſine præfinito tempore, poſt decem annos dimittetur, l. ſine præfinito. Quamuis aliter de ſeruo ſub pœna vinculorum reddito Alexander reſcripſerit. Nempe perpetuo victum eſſe debere, l. ſeruus. C. eo.

IN TIT. XX.

DE BONIS DAMNATORVM.

Bona damnatorū quādo publicentur & quæ.

QVia damnatis quandoque adimuntur bona, Spartianus in Adriano. l. 1. de iur. fiſci. quandoq; non adimuntur, & dimidia pars liberis reſeruatur, aut ſi plures ſint liberi, omnia & pannicularia cedunt ſpeculatoribus. Hic titulus, non iniuria ſubiicitur ſuperioribus, ex quo tranſlatum eſt illud apud Francos, *Qui conſiſque le corps, conſiſque les biens*, & illud *Tout ce qui eſt ſouz la ceinture, apartient au maiſtre des hautes œuures*. Derogat tamen ius authenticum l. Bona. Cod. hoc tit. Quod plerique apud Francos ſequuntur, apud quos confiſcatio locum non habet, niſi vno aut altero caſu, vt apud Pictones, Bituriges, Britannos. Publicantur autem bona, vt Calliſtratus lib. 1. de iure fiſci & populi ſcribit, damnatione, cum aut vita adimitur, aut ciuitas, aut ſeruilis conditio irrogatur, l. 1. & 4. C. Quæ publicatio ad bona poſtea quæſita etiam pertinet. l. 2. C. Bonorum appellatione continentur etiam actiones & obligationes, ideoque fiſco acquiruntur. Sed & obligationes quibus reus tenebatur in fiſcum quoq; veluti ſucceſſorem tranſeunt, l. ſi vt proponis. Bona autem damnati tantummodo publicantur non cæterorum, vt puta res vxoris, vel dotales, vel quæ parapherna dicuntur. l. pen. C. Iniquum enim eſt ob maleficium mariti vxorem complecti. C. Ne vxor pro marito. Quid ergo ſi mulier ipſa ob delictum ſuum damnata ſit. Reſponde, multum referre qua lege damnata ſit. Nam quinque tantum legibus cautum reperitur, vt mulieris damnatæ publicentur bona. Proinde ſi qua earum legum damnata ſit mulier, quamuis ſolutum non ſit matrimonium, interim fiſcus dotem capiet, ſalua tamen actione marito contra fiſcum, ſi forte poſt mortem vxoris ex pacto dotem lucrari debeat. l 3. 4. Sin autem alia lege damnata ſit mulier, quæ dotem non publicat, maritus ſi adhuc duret matrimonium, dotem retinebit, ſi ſolutum ſit, vel eius lucro cedet, ſi ita cōuenerit, vel reddetur mulieri, vel patri, &c. l. 5. hic. Peculia ſeruorum aut filiorumfamilias propter ipſorum delictum non publicantur. l. 1. & 3. C. Pannicularia non confiſcantur, id eſt, panni & veſtimenta quibus indutus eſt reus, cum ad ſupplicium ducitur, ſed Præſides ea in vtilitatem officij impendere debent, l. Diuus. Sed hæc ſpolia non niſi damnato iam reo adimenda ſunt, l. 2. Quod autem de indumentis dicimus, ſic accipimus, vt ſi damnatus gemmam habuerit magni pretij, eam capiat Præſes vt pannicularia: aut ſi zonam circum ſe habuerit, in qua poſita ſit pecunia. Sic enim erat mos veterum, vt in zonis pecuniam geſtarent. Vnde zonarij ſectores dicuntur Plauto crumeniſecæ. Quò etiam pertinet illud Horatianum, *Ibit eo quo vis qui zonam perdidit*. Lectes ſane annuli in ratione panniculariæ numerantur. Item numuli quos in ventrale ſicut brachiale, femorale, &c. tegumentum ventris in quo res leuiores poni ſolent. Plinius lib. 8. c. 48. *Patris mei memoria cœpere amphimalla noſtra, ſicut villoſa etiam ventralia*. Idem lib. 27 cap. 7. De abſinthio loquens, *arcet inguinum tumorem in ventrali habitum*. Vt ad bona reuertamur quæ publicari diximus, animaduertendum eſt eo iure quod in Pandectis relatum eſt, ita adimi bona damnato, vt ſi liberos habeat, ipſis legitima portio ſalua maneat. l. 1. & l. cum ratio. hic. & l. vlt. Cod eo. tit. quod de bonis paternis tantum, non etiam maternis accipiendum eſt. l. 6. C. Verum conſtitutione Iuſtiniani cautum eſt, vt ſi qui extent deſcendentes in infinitum, aut aſcendentes vſque ad tertium gradum, fiſcus bona non vindicet, Nouel. 134. vt nulli. iudic. Omnes igitur ex latere coniunctos & aſcendētes vltra tertium gradum excludit fiſcus. Nam in ea conſtitutione Iuſtiniani nulla fit eorum qui ex latere coniunguntur, mentio, tametſi in epitome Irnerij aliter legatur, auth. bona damnatorum. eo. tit. C. Poſtremo in C. Iuſtin. inſcribitur tit. de bonis proſcr. ſeu damnat. vbi proſcriptio aliter accipitur quàm apud Cicer. & alios antiquos authores. Nam olim proſcripti dicebantur, quos velut hoſtes Reipub. licebat impune occidere. Et meminit Cicer. 3. Act. in Verrem. legis Corneliæ. quæ proſcriptum inhumari vetat. Velleius Pater. lib 2. de Syllana proſcriptione loquens, Primus (inquit) ille, & vtinam vltimus, exemplum proſcriptionis inuenit, vt in qua ciuitate petulantis conuitij iudicium hiſtrioni exoleto redditur, in ea iugulati ciuis Reipub. conſtitueretur authoramentum, pluſimúmque haberet qui plurimos interemiſſet, neque occiſi hoſtis quam ciuis vberius ferret præmium, fieréque quiſquo merces mortis ſuæ. Nec tamen in eos qui contra arma tulerint, ſed in multos inſontes ſæuitum. Adiectum etiam vt bona proſcriptorum vænirent, excluſique paternis opibus liberi etiam petendorum honorum iure prohiberentur, ſimúlque (quod indigniſſimum eſt) ſenatorum filij & onera ordinis ſuſtinerent & iura perderent. Verum hic proſcripti dicuntur, quorum bona publicantur, vel ob delictum proprium, vel quia fiſci debitores ſunt ex

negotio

negotiis quod cum fiſco geſſerunt: ideo forte quia palam proſcribi & proponi ſolebant, l. pen. §. pen. C. Quomodo bona proſcriptorum ſeu damnatorum deſcribenda ſint, oſtendit Valentiniani conſtitutio, l. ſi quis intra. C. eod.

IN TIT. XXI.

DE BONIS EORVM QVI ANTE SENTENTIAM MORTEM SIBI conſciuerunt, aut accuſatorem corruperunt.

SVb hoc tit. tractatur de his quorum bona ante damnationem publicantur perinde ac ſi damnati eſſent, ex quo genere ij ſunt in primis qui accuſatore corrupto deceſſerunt. l. 2. hic. Ac tametſi in crimine repetundarum & quibuſdam aliis defenſio permittatur hæredibus defuncti, not. in l. ex iudiciorum. de accuſ. l. vlt. ad l. Iuliam maieſtat. tamen hic hæredes non poterunt defuncti innocentiam defendere, quia corrumpens accuſatorem confiteri crimen intelligitur. leg. 2. Excipitur crimen, ea quo pœna mortis irrogatur: ignoſcitur enim reo qui ſanguinem ſuum qualitercunque redemptum voluit. leg. 2. Creditur enim in vitæ diſcrimine vel non conſcientia ſceleris paciſci, aut tranſigere: ſed quia dubium periculoſúmque euentum iudicij reformidat, l. tranſigere. C. de tranſact. Eadem cauſa eſt eius qui ſibi mortem conſciuit ante damnationem, idque ſceleris conſcientia, non vitæ tædio aut doloris impatientia, &c. l. 3. hic. l. 1. & 2. C. eod. Verum vt hæc explicatio locum habeat tria ſunt neceſſaria. Primum quod reus ſceleris poſtulatus ſit in ſcelere deprehenſus. Secundum, quod crimen tale ſit propter quod bona adimerentur damnato. Tertium, quod metu condemnationis & pœnæ mortem ſibi conſciuerit, l. 3. Et videtur onus probandi hæredibus incumbere poſt accuſationem vel deprehenſionem, leg. 3. § vlt. hic. l. 2. C. qui teſta. fac. poſſ. Hinc conſequitur bona eius qui liberos habet aut aſcendentes, &c. non publicari, quia ſi damnatus eſſet, non adimerentur hæredibus, vt ſupra diximus, tit. præced. Quam graue autem & nefarium ſit hoc facinus, docet luculenta & graui oratione Ioſephus lib. 3. de excid. Hieroſol. Quamobrem multa reperiuntur ſingularia in odium huius ſceleris. Nam teſtamentum quod ante factum fuerat irritum fit. l. 2. qui teſta. fac. poſſ. l. ſi quis filio. §. eius qui. de iniuſto rupto. Donatio inter virum & vxorem non confirmatur morte. l. cum hic ſtatus. §. ſi maritus. de don. inter vir. & vxo. Is qui ſibi manus infert, ſi factum non peregerit, grauiſſime punitur, l. 3. hic. l. ſi quis aliquid. §. vlt. de pœnis. l. omne delictum. de re milit. Quod ſi inde ſecuta mors ſit, crimen extinguitur morte iure Romano, l. defuncto. de publ. iudiciis. Sed morib. fere video receptum vt memoriæ damnandæ cauſa cadauer mortui ſuſpendatur.

IN TIT. XXII.

DE INTERDICTIS, RELEGATIS, ET DEPORTATIS.

De deportatis.

CAP. I.

DEportati ciuitatem amittunt, & ex ciuibus fiunt peregrini. l. 6. Eorum etiam bona publicantur, quamuis id ſententia expreſſum non fuerit. l. 3. Manumittere ſeruos non poſſunt. l. 2. liberos in poteſtate non retinent, Inſtit. quib. mod. ius patriæ poteſtat. Ex quo apparet grauem eſſe hanc pœnam: ideoque certis tantum magiſtratibus ſpecialiter permiſſam eſſe. d. l. 6.

De relegatis.

CAP. II.

REfegati in inſulam, ciues manent, ac idcirco liberos in poteſtate retinent, l. 4. Ac ne bona quidem ipſius adimuntur, niſi forte id ſententia expreſſum ſit: quod aliquando ex cauſa fit. l. 1. 4. & 7. Et hoc pœnæ genus irrogare poteſt Præſes prouinciæ, quamuis deportare non poſſit. l. 7.

De interdictis.

CAP. III.

VAria interdictionis exempla hic reperiuntur, veluti cum interdicitur prouincia, vrbe, ciuitate, patria, l. 7. & vlt. C. Suet. in Claud. quædam eius edicta refert ad hanc rem pertinentia his verbis: *Sanxit vt hi quibus à magiſtratibus prouinciæ interdicerentur, vrbe quoque & Italia ſummouerêtur: ipſe quoſdam nouo exemplo relegauit, vt vltra tertium lapidem vetaret egredi ab vrbe.* Alia ſunt interdictionum exempla, vt cum honore interdicitur, foro, aduocatione, negotiatione, &c. l. 7. hic. l. mortis. ſup. tit. de pœn.

IN TIT. XXIII.

DE SENTENTIAM PASS. ET RESTITVTIONE.

HVic tit. reſpondet alius in C. Iuſtinia. lib. 9. Ac ſub vtroque tractatur tam de indulgentia criminum quam de reſtitutione damnatorum, quæ reſtitutio multo plenior eſt indulgentia. In Codice Theodoſiano ſeparati ſunt de vtraque tituli, lib. 9. Aliquando enim ſpecialiter reſtituitur reus dãnatus, per principem vel patriæ tantum, vel bonis, quo caſu non recipit honorem, non eximitur infamia: interdum ſimpliciter reſtituitur in integrum, & recipit priſtinum ſtatum, & actiones ei & in eum competunt, bonis reſtitutis, quia in fiſcum tranſierunt. Aliquando princeps tantum indulget, pœnámque ſolam remittit, quo caſu neque bona, neque fama reſtituitur, habétque locum verſus: Pœna poteſt demi, culpa perennis erit. Hodie duplices ſunt eiuſmodi literæ Regiæ. Aliæ purgatoriæ, quas iuſtitiæ vocant: Aliæ deprecatoriæ quas Gratiæ vocant & remiſſionis, quæ poſteriores ſimiles ſunt reſtitutioni in integrum.

De indulgentia criminum.

CAP. I.

INdulgentia hæc tollit pœnam tantummodo, nec reſtituit bona damnato. l. 2. C. Actiones igitur ſaluæ non manent, quæ prius damnato competebant, l. 5. C. Nec filius impetrata indulgentia recidit in poteſtatem patris. l. C. Eadémque cauſa eſt patris, qui cum deportatus eſſet, indulgentiam obtinuit. Eadem ratione ſeruus damnatus ob hanc indulgentiam non recidit in poteſtatem domini. l. 8. C. Sed nec fama nec exiſtimatio conſeruatur obtenta indulgentia, l. 7. eo. l. vlt. C. de generali abolit. Et quemadmodum debitores ſuos conuenire non poteſt, ita etiam à creditoribus non poteſt conueniri, l. 3. hic. & l. 4. C. In ſumma vis & poteſtas huius indulgentiæ eſt pœnæ remiſſio & condonatio. Proinde is quem abſentem Præſes annotauit requirendum, ſi redierit, impetrata indulgentia, extra omne periculum calumniæ eſſe dicitur. leg. 10. Cod.

De reſtitutione.

CAP. II.

REſtitutio damnati maiorem vim & poteſtatem habet quàm ſimplex criminis indulgentia. Nam reſtitutus priſtinum ſtatum recuperat, id eſt, bona, ordinem, famam, dignitatem. l. 1. C. niſi quod adhuc macula aliqua aſperſus manet, quæ dilui & abſtergi non

Digitized by Google

poteſt. Eſt enim grauata eius æſtimatio apud bonos & graues viros, etſi infamia notatus non ſit. Hinc Claudius, vt refert Suet. cum orantibus familaribus, cuidam appoſitam notam ademiſſet, litura tamen (ait) extat. Cum igitur bona reſtituantur, conſequens eſt & actiones quoque reſtitui, l. caſus. C. eod. l. Princeps. de verbo. ſign. Sed & creditoribus quoque aduerſus eum actiones reſtituuntur, idque pro ea parte bonorum, quam recepit. l. 3 hic. l. 3 & 12. C. Nec prodeſt reſtituto ſi maluerit bona relinquere, d. l. 3. Ius quoque patronatus reſtituitur. l. 1. Itémque cognationis iura ſi mulier in metallum damnata partum ante conceptum ediderit, l. vlt. hic. Patre reſtituto filius poteſtati eius denuo ſubiicitur: ita tamen vt geſta interim per filium qui paterfamilias erat, rata ſint, veluti teſtamentum, &c. l. vltim. Cod. eod. Hæc autem reſtitutio ad ea bona quæ fiſcus interim alienauit non pertinet. arg. l. 2. § ſi quis à Principe. ſup. ne quid in loco publ. Sed nec fructus interim percepti in hanc reſtitutionem veniunt, vt exiſtimo. Nou. l. 115. vt cum de appellat. tametſi ſpoliato reſtitui debeant, & ei in cuius fraudem bona alienata ſunt, leg. videamus. §. in fauiana de vſur. Not. in §. & quid ſi tantum.

IN TIT. XXIV.
DE CADAVERIBVS PVNITORVM.

Diocletianus in quodam reſcripto ſe non vetare ait damnatorum corpora ſepulturæ tradi. l. obnoxios. C. de relig. & ſumpt. fun. Itaque magiſtratus non tantum cognatis, ſed etiam quibuſlibet aliis præſentibus ea concedere ad ſepulturam debent. l. vlt. Preſes ille Pilatus permiſit Apoſtolis, vt Chriſti corpus tollerent. Idem & Auguſtus ſe obſeruaſſe ſcribit in libris de vita ſua. l. 1. Sed & medicis quoque ad anatomen faciendam ea dari ſuadet publica vtilitas, quamuis hic Bart. hæſitet. ſit tamen interdum vt petentibus denegentur, veluti ſi maieſtatis cauſa damnati ſint, l. 1. aut ſi forte videatur publice expedire, vt in patibulis maneant ad terrorem aliorum. Quod fere in Gallia receptum eſt. Sin autem quis deportatus ſit in inſulam, vel relegatus ſit ſine Principis permiſſu, non poterit mortui cadauer inde transferri in alium locum, & ibi ſepeliri. Cum enim ea pœna poſt mortem etiam maneat, quam ſolius Principis eſt remittere, cóſtat à Principe ipſo, non à magiſtratu id petendum eſſe. l. vlt.

FRANCISCI DVARENI
IVRECONSVLTI COMMENTARIA IN LIB. XLIX. PANDECTARVM, SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE APPELLATIONIBVS ET RELATIONIBVS.

PRÆTEREVNDVM non eſt in hoc tractatu, appellare & prouocare verba eſſe eiuſdem ſignificationis, & generaliter ſignificare ad iudicium vocare. l. qui prior. l. 36. de iud. In tractatu de appellationibus ſignificat aduerſarium vocare ad iudicem ſuperiorem de iniquitate, iniuria, vel grauamine ab alio & inferiore iudice illato cogniturum. Appellatur autem & prouocat ipſe iudex ſuperior de eadem iniuria cogniturus. Referre autem & relatio eſt cum iudex qui cognoſcit, ob iuris obſcuritatem ponit, vt ita dicam, in conſultationem apud ſuperiorem, vt reſcribat & conſulat quomodo ius ſit reddendum. Et quoniam relatio iuncta eſt conſultationi, & contra, promiſcue relatio & conſultatio dicuntur in eadem re in hac rubric. hic. & l. 1. de relation. Cod. Sed hodie ex iure authentico nunquam refert iudex, ſed quod æquum & bonum putat pronuntiat. d. l. 1. C. & l. ſeq. Remittere vero & tranſmittere eſt cum iudex qui cognoſcere cœpit quaſi non idoneus remittit litigatores ad iudicem competentem. l. de militibus. l. non dubium. ſup. de cuſto. reor. l. ad Principem. l. ad Imperatorem. hic. qua in re non debet nominatim iudex qui agnoſcit ad alium remittere, ſed ad auxilium opportunum. c. iudex. de off. de leg. in 6. Licet autem id licuerit, ſi tamen iudex idoneus in remittendo non curauerit, poterit eam interlocutionem circumducere, id eſt, quaſſare & annullare, & de integro cognoſcere, & pronuntiare: imo ſi non ad idoneum iudicem remiſerit, iudex competens nihil obſtante ea remiſſione cauſæ ſuſcipiet cognitionem. DD. in d. l. ad principem. & d. l. ad imperatorem.

Cauſæ propter quas appellatio interponi poteſt.

CAP. I.

SI iudex ob imperitiam aut iniquitatem ſuam male iudicauerit, iuſta appellandi cauſa eſt. l. 1. C. eo. nec obeſt condemnato quod eius conſenſu, aut à principe iudex datus ſit. l. ex conſenſu. hic. Cod. eo. aut quod pro fiſco aut libertate lata ſit ſententia. l. illud. hic. l. lata. Cod. eo. Sed etſi de modica re ſit contentio, adhuc à ſententia iudicis appellabitur. l. & minoribus. C. eod. c. de appel. ex eo. Præterea ſi iudex dixerit alicui mulctam iniuſte. l. & in matre. C. eo. Si reſcriptum principis ſecutum aliquid contra ius fecerit recte interponetur ap-

tur appellatio l.1. hic.l.2.C.eo. Item ab elactione,curatione,ſeu nominatione appellari poteſt. l.cum in vna. l.4.l.ſi qui. C. eod.licet non ſemper id neceſſarium ſit. l.ſi conſtat. hic.l.1.l.ſi quis tutor. infra qui app.l.nominationes.C.eo.vt poſtea dicemus.

Quis appellet.

Cap. II.

NOn ſolum condemnatus à ſententia iudicis inlqua appellat, verum etiam aliquis cuius intereſt. l. 4. l. ab executore.l.à ſententia.l.ſi pro luſorio.ſed & ſi quis ad ſupplicium ducatur, cuiuis appellare pro eo permiſſum eſt, licet eius non interſit.l.non hic.l.addictos.C.eod.Procurator quoque & appellare, & appellationem proſequi non poteſt, ſiue per ſe,ſiue per alium procuratorem.l.ab executione.C.quorum appellatio non recipitur:nec ideo prohibetur dominus ipſe appellare à ſententia contra ſuũ procuratorẽ lata aut interpoſita ab eo,appellationem exequi. l.dominus.C. eo.An autem procurator appellare cogatur, alibi tractatum eſt.l.inuitus. C.de procur. Tutor & procurator recte appellant, quinimo appellare tenantur,ſi bona ſit cauſa. l. ſi bonam. C. de adminiſt. tutor.& appellationem interpoſitam proſequi, niſi finita fuerit tutela,& cura, & rationes reddiderint: eadémque eſt hæredis ipſorum ratio: verum nihilominus adoleſcenti ipſi ſi velit litem cœptam proſequi, licet. l.negotio.l.tutor.l. vlt.hic.l.ſi actor. Cod.eo.l.vlt.inf.ſi penden.appellatio. Dominus pro ſeruo condemnato recte appellat, ſed non contra ſeruus pro domino. l.ſerui.l.cuiuis.l.creditor. Alia eſt cauſa filiifamilias qui nomine patris appellat, ſi aduerſus patrem eius de bonis,quæ per ipſum acquiri poterant, pronuntiatum ſit. l.ex conſenſu.§.1. Abſens ſi per contumaciam ſit inducta cauſa condemnatus non auditur appellans. l.ex cõſenſu.hic.l.& poſt edictum ſup.de iudiciis. Si quis tamen iuſſus fuerit rationes exhibere, & quia non perierat, iudicis arbitrio condemnatus fuerit, appellatio ei non denegabitur.l. creditor.§.vltim.

Finis appellationis.

Cap. III.

FInis hic eſt, vt ſententia quæ dicitur iniqua eſſe corrigatur & reſcindatur.l.a.in prin. hic.l.1. §. vlt. ad S.C.Turpil. C.nam etſi iniuſta fuerit pronuntiatio, ſi non fuerit appellata, tenetur, quaſi damnatus conſenſu ſuo eam probare videatur, quod & in electione ſeu nominatione ad munus aliquod publicum locum habet.l.2.qui.l.ciues.C.eo.proinde cum ſententia nulla,nec eam exequi poteſt iudex, fruſtra interponitur appellatio.l.ſi expreſſum. l. ex conſenſu.hic.& inf.quæ ſent.ſine appel.reſcin.&.C.quando prouoc.non eſt neceſſ. Idque dicendum eſt de quacunque nominationa & electione,in qua ſolennitas deeſt,quæ ipſo iure nulla eſt.l.ſi cenſeat.hic.l.nominationes.C.eo.

IN TIT. III.

QVIS A QVO APPELLETVR.

Cap. IV.

MAgiſtratuum alij maiores ſunt, alij minores,& inferiores, & ab inferioribus ſuperiores appellantur, vt ab illis aliquando princeps appellari debet.l. imperatores. hic. Quid ergo ſi per errorẽ magiſtratua vnus pro alio prouocatus fuerit, diſtinguit Vlp. in l.1. Nam ſi quis minorem appellauerit pro maiore, nocet ei error, adeo vt non appellare intelligatur.Si vero cõtra maiorem vel parem non nocet, ſed perinde cognoſcere debet is qui appellari debuit, ac ſi nominatim appellatus fuiſſet. l.1 §. ſi quis in appel. Huc pertinent duo tit.à quib.appel.non lic. quis à quo appel. Itẽ pleræque tam Conſtantini quàm Iuſtiniani conſtit. ſub tit.de appel. Cod.l.ſi apud. l. à proconſule.l. eum appellatio. l.cum poſt. l.præcipuus.l.de caſu. l.in offeren.l.ſi quando. vel Nouel. conſtit. &c. De eo qui ſententiam exequitur, quæſitum eſt, & conſtat ab eo appellari non poſſe, niſi modum iudicationia excedat, & male ſententiam interpretetur,ſi forte interpretandi poteſtatem habeat. l. ab executione.hic.l.ab exacutione. C.quorum appel.non recip.à principe & ſenatu non appellatur.l.1. quod & in Francia non obſeruatur, ſed tamen proponitur error aduerſus arreſtum ſupremæ Curiæ. Sic à præfecto prætorio non appellatur. ſup.de off.præfec. prætor. ſed ſupplicatur principi,cõtra parlamentum in Francia, ſicuti diximus. Deiude qui renuntiauit appellationi appellare non poteſt, etſi iudex datus ſit à principe vt appelletur ab eo.

Quomodo interponi appellatio debeat.

Cap. V.

VNa voce appellatio apud acta interponi poteſt illico,nec tunc eſt neceſſarius libellus,ſed ſufficit dicere, appello. l.2. hic.cap.2.vt debito. c.conſuluit.ex eo. Si vero non ſtatim appellatio interponatur, libellus,qui dicitur ἀπόστολος, iudici à quo appellatur dandus eſt.l.à ſententia.§.vltim.l.litigationibus.C.eo.Formam vero & conceptionem huius libelli docet hic Vlpian.l 1 § vlt.l 3.l. appellanti. quod autem dixi eſſe offerendum libellum iudici à quo appellatur, ſic accipiendum eſt, niſi propter violentiam eius facere non auſit appellans: quo caſu proponi publice ſufficit. leg. eum quidam hic. & C. de iis quæ per met. iudic. c. vlt. C.ao. Illud poſtea notandum eſt, ſi qui ſeparatim fuerint damnati, licet ex eadem cauſa, pluribus appellationibus opus eſſe. l. ſi qui ſeparatim. idem ius eſt,etſi in vna cauſa duplex ſententia diuerſa datur, veluti vna ſortis, alia vſurarum. l. cum in vna. denique ſiue quis appelletur voce, ſiue per libellum, cauere debet,ne à iudice conueniatur, alioqui puniendus eſt.l.illud.hic. Hodie, in Francia dico ex lege Regia appellãdum eſt, aut ſi aberit litigator, ſimulatque peruenerit ſententia ad ſuam notitiam, & hoc in regionibus quæ moribus reguntur, & releuabitur regio reſcripto quæ non appellauit incontinenti: in regionibus iudicialibus iua authenticum obſaruatur, quod præſcribit intra decem dies eſſe appellandum. l.eos.& l.ſeq.hoc tit.

IN TIT. IV.

INTRA QVOD TEMPVS APPELLANOVM SIT.

Cap. VI.

IVre veteri conſtitutum erat biduum in cauſa propria, triduum in aliena, in tit.quando appel. ſit. ff.l. Si procuratorio.l.Eos.§.ſin autem.C.de appel.ſed noua Iuſtin.conſtit. to. dictum tempus conceditur,in auth. Hodie de appel.& int. quæ tempora. Elapſo igitur eo tempore quod legib. ſtatutũ eſt, nemini licet amplius prouocare, tametſi forte miles ſit leg.ſuſpectum.hic.

De officio iudicis à quo appelletur.

Cap. VII.

APpellationem interpoſitã iudex à quo appellatur,pcipere debet,& apoſtolos ſeu literas dimiſ-

ſorias appellanti dare, alioqui mulctari eum oportet. l.quoniam iudices. C.eo. l.1.de libel. dimiſ. l.dimiſſo. infr.de verb.ſignif. Item geſta litigatoribus vnà cum relatione intra dies 30. præſtare debet. l. iudicib.C.eo. nec impedire debet appellantem, quominus ſuam appellationem libere proſequatur, & ad eum qui de appellatione eſt, accedat.l.imperatores. hic quod autem dixi recipiendam eſſe appellationem, vtique verum eſt, niſi iuſta cauſa ſit, propter quam recipi non debeat, vt inf.de appel.recip. & C.quomodo appel.non recip. Siue autem recepta ſit appellatio, ſiue non, medio tempore nihil nouari oportet, vt inf.nihil noua.appel. vnde incarceratus ſi appellauerit, in eadẽ cuſtodia manere eũ oportet.l.appellatione. C.de appel. Excipiuntur tamẽ aliqui caſus, in quibus propter vtilitatem aliquid innouare permittitur. l. cum in vna. l.imperatores. Quid igitur refert, dixerit aliquis, an recipiat néc-ne? Reſpondeo, cum cœpta eſt appellatio, nihil omnino nouandum eſſe, anteq uam de appellatione fuerit pronontiatum, cum vero cœpta eſt, tamdiu ſuper ſedendum, dum princeps ad quem retulit, deliberauerit, recipiendáne ſit, ad reſpuenda appellatio, præterquã exceptis caſibus, de quib. deliberatio olim fieri ſolebat, antequam appellatio iuſta, aut iniuſta pronuntiaretur. d.l.1.l.conſtitutiones, hic.l.ſciendum.inf.de appell.recip.l.3.l.ii appellationem, C.eo. l.chirographia.de adminiſtr.tut.l.ſi quis filio, de iniuſt., rupto & irrito teſtam. Atque ego ita cenſeo de re hac, quæ vulgo mala doctorum explicatione.

De proſequendis appellationibus.

Cap. VIII.

QVi appellauit à ſententia iudicis, appellationem proſequi debet intra conſtituta tempora, ipſe autem procurator vel tutor, l.dominus.§.ſi actor.C.eo. niſi præſentia ductus deſiſtere & renuntiare appellationi maluerit, l.ſi quis libellorum. C. eo. Alioqui tanquam deſerta appellatione ſententia mandatur executioni. l.quoniam nonnulli.l. ſi conſtat. C.eo. Si quis tamen fato & caſu impeditus fuerit, ne intra tempus legitimum exequeretur appellationem, ei ſuccurrendum eſt.l.præſens.C.eo. Et notandum eſt eum qui appellat, actoris partibus fungi. Itaque iuſte ſe appellaſſe docere cogitur.l.ſi qui.C.eo.c.interpoſita.extra eo.nec prohibetur quocunque modo poterit, & quacunque etiam cauſa appellatione tueri, tametſi in appellatione interponenda certam cauſam expreſſerit. l. 7. hic. At ſi quid à ſe omiſſum coram iudice inferiore, aut non probatum animaduerterit, ad id allegandum coram ſuperiore iudice, ac probandum admittitur. l. eos. §.1. C.eo.l.per hanc.C.de.tempor.appel.

Intra quod tempus.

Cap. IX.

VEteribus conſtitutionibus certa erant definita tempora, quæ ideo fatalia dicebantur, quod eorum lapſus veluti quidam lapſus eſſet appellationis interpoſitæ, niſi à principe impetrata eſſet, toto tit. ſupra de tempor.appel. Sed eo iure abrogato ſtatuit Iuſtinianus ad proſequendam appellationem vnius anni tempus, aut ob iuſtam cauſam biennium. authen. ei qui, de appel. & intra quæ tempor. appel. quod & iure Pontificum confirmatum eſt, poteſtate, tamen data iudici à quo appellatur, breuiora temporis ſpatium definiendi. ca.cum ſit Romana.eod.tit.

Officium iudicis ad quem appellatur.

Cap. X.

IVdex appellationis debet pronuntiare iuſtam aut iniuſtam appellationem eſſe, nec remittere negotium ad iudicem, vnde appellatum eſt. l. eos. in prin. C.eo. poteſt tamen eam cognitionem alteri delegare, ſi iuſta cauſa id fieri ſuadeat. l.cum poteſt. C.eo. Quod ſi is per quem appellatum eſt, licet ipſe non appellauerit, de iniquitate quoque ſententiæ conqueratur, eius rationem non minus quàm aduerſarij habebit iudex. l. ampliorem. C. eo. Si igitur iniuſtam eſſe appellationem cognouerit ſententia per ipſum confirmabitur & mandabitur executioni. l.præcipimus.Cod.eo. Præterea pœna antiqua plectetur à iudice, is qui temere appellationem proſequutus eſt. l. eos. §. nec temere. & quidem grauiore, ſi appellatio percepta ob iniuſtam cauſam non fuerit. l.à proconſulibus. C. eo. l.ab executore, quorum appel. non recip. C. Si vero iuſta viſa ei fuerit appellatio, ſententiam infirmabit, condemnabitque victum ad earum etiam rerum reſtitutionem, quæ ex cauſa iudicati, ex neceſſitate iudicij ſoluta ſũt. l. eum ex cauſa. & hæc victoria non proderit tantum appellanti, ſed cæteris quoque eadem ſententia condemnandis, ſi vna eadémque cauſa fuerit defenſionis. l. ſi qui ſeparatim. hic. & Cod. ſi vnus ex plurib. appel. cap. pen. &c.

IN TIT. XIV.

DE IVRE FISCI.

Quid ſit fiſcus.

Cap. I.

FIſcus dicitur pecunia publica, autore Aſconio, à fiſcis, id eſt ſportulis. Fiſci (ait) ſunt ſpartea vtenſilia ad maioris ſummæ pecunias capiendas. Vnde quia maior ſumma pecuniæ quàm priuatæ eſſe ſoleat, factum eſt, vt fiſcus pro pecunia publica, & inde confiſcare dicatur. Differt nonnumquam ab ærario, quia fiſcus dicitur pecunia Imperatoris priuata, quæ vulgo Domanium dicitur. Ærarium vero pecunia publice & imperij. Plinius in panegyr. *At fortaſſis non eadem ſeueritate fiſcum qua ærarium cohibes, imo tanto maiore quanto plus tibi licere de tuo quam de publico credis.* Tacitus lib. 5. *Bona Seiani oblata ærario, vt in fiſcum cogerentur.* Spart. in Adria. *Damnatorum bona in fiſcum priuatum redigi vetuit, omnium ſumma in ærario publico recepta.* Sed promiſcue vtuntur iuris auctores his verbis, nec vlla eſt hodie inter fiſcum & ærarium differentia. Vnde dicitur in l. 2. ne quid in loco publico. res fiſcales quaſi proprias & priuatas principis eſſe. Nam par ius parémque poteſtatem in has omnes res habet, l. bene à Zenone. C. de quadr. præſcript. Vt autem intelligatur, cur de iure fiſci inſcribatur hic tractatus, ſciendum eſt veteres magnam habuiſſe curam fiſci augendi locupletandíque, quod aliter ſtatum publicum tueri non liceat. Itaque multa priuilegia habet fiſcus, quæ priuatis hominibus non competunt. Quæ omnia & Cæſaris qui deſignatus imperator eſt, & Auguſti rationi tribuuntur, l. fiſcus. §. vltim. Olim ſub malis Principibus grande piaculum habebatur fiſco non fauere, vt teſtatur Plinius in Panegyr. Verum Modeſtinus non putat eum delinquere qui in dubiis quæſtionibus contra fiſcum facile reſponderit. l. non puto.

Quibus ex cauſis res aliena fiſco acquirantur.

Cap. II.

CAlliſtratus varias refert cauſas ex quib. fiſco aliqua res acquiritur. l. 1. Nos ſingulas hic referemus,

quibuſ-

quibuſdam aliis additis quæ aliunde colliguntur. ¶ Prima cauſa eſt, Cum fideicommiſſum incapaci tacite relictum eſt: vtrunque enim neceſſarium eſt. Adeo vt palam relictum quamuis incapaci, fiſco non acquiratur, nec tacite relictum, ſi capi poſſit. l. 1 de delatorib. l. 5. l. ita fidei. 40. Fiſcus autem ex hoc tacito fideicommiſſo in rem actionem habet, l. imperator, 43. Verum his ignoſcitur qui ſeipſos deferunt, parte dimidia ipſis data in delationis huius profeſſioniſque præmium. l. edicto. 13. l. Senatus. §. Senatus. & l. Arianus. 42. Ac ſi reſtituta ſit hæreditas ex Senatuſconſulto Trebelliano, non totius, ſed dodrantis tantum pars dimidia deferenti dabitur. l. cum tacitum. Hinc tractatur quæſtio in l. Statius Florus. in prin. Denique ſuccurritur ei qui propter ruſticitatem vel ſexum fœmineum iuris ſui ignarus ſe detulit. l. 2. § vlt. & l. edicto. §. vlt. Secunda cauſa eſt, Cum mors defuncti ab hæredibus non vindicatur, aut cum hæres alias indignus hæreditate repetitur. Quo caſu vindicata fiſco hæreditate, legata & libertates manent, l. 14. Idem dicendum eſt & de marito vxoris mortem non vindicante, vt ſcilicet dos fiſco vindicetur, &c. l. cum mortem. Exempla huius rei multa ſane peti poſſunt ex tit. de his quibus vt indign. lega. ſup. Et vnum hic extat de eo qui hæres inſtitutus eſt vt filius, ſed poſt mortem eius qui pater dicebatur, ſuppoſitus declaratus eſt, l. aufertur in prin. Tertia cauſa eſt, Cum Princeps hæres inſtitutus eſt: quo caſu ſi teſtamentum vel codicilli ſurrepti ſint, nuntiari ſolet. l. 1. & l. aufertur. §. pen. Quarta cauſa eſt, Cum quis theſaurum inuenit in loco publico. l. 3. §. vltim. Inſtit. de rer. diuiſ. Alias theſauri inuenti partem nullam fiſcus capit. C. de theſaur. & Inſtit. de rer. diuiſ. § Theſauros. Quinta, Bona damnatorum fiſco acquiruntur. tit. de bonis damna. ſup. & l. bona. Quod & in his plerunque locum habet qui ante ſententiam aut accuſationem deceſſerunt, l. ex iudiciorum ſup. de accuſ. & l. Lucius. infra. & l. in fraudem. §. 1. Ab eo autem qui reatu eſt, bona fiſcus non auſert. l. aufertur. 46. §. in reatu. Sexta cauſa, Si quis domum diruerit negotiationis cauſa: quo caſu duplum pretij fiſco acquiritur. l. 2. hic. & l. Senatus. de contrah. empt. Septima cauſa, Si quis deſtiterit ab accuſatione: quo caſu incidit in pœnam Senatuſconſulti Turpil. quæ eſt quinque librarum auri. l. 3. ſupra. de præuari. Octaua cauſa, Si res litigioſa venierit. l. 1. Sed hoc forte inſertum eſt verbis Calliſtrati ex conſtit. Iuſtinia. l. vlt. Cod. de litigioſ. Nona cauſa eſt, Cum ex priuato contractu pœna commiſſa eſt, quam conuenerat fiſco acquiri. Notat in l. arbiter. de recept. arbit. l. ea quidem. C. ſi mancipita fuerit alienat. Quo caſu agit priuatus. ſed ad fiſci vtilitatem. Decima cauſa, Commiſſa fiſco vindicantur de quibus ſub tit. de publ. & vectigal. ſup. l. cotem. §. dominus, &c. Vndecima cauſa, Addendum eſt Calliſtrato, bona inteſtati qui nullum legitimum hæredem reliquit, ad fiſcum pertinere. l. 1. & 4. C. de bon. vacant. l. 4. C. de præpoſ. ſac. cubil. Duodecima, Captiuorum obſidúmque bona in fiſcum coguntur, niſi, &c. l. diuus, & l. ſequenti. Reperiuntur & alia exempla huiuſmodi acquiſitionis in tractatu, veluti, Si magiſtratus in prouincia aliquid comparauerit. l. aufertur, §. quod à Præſide. Si quis aliquid ſciens in fraudem fiſci ſuſceperit. d. l. aufertur. §. 1. & l. in fraudem. in prin. De his qui in metallum damnati ſunt, quæritur an ſi quid eis legatum ſit, fiſco acquiratur? Et Calliſtratus ait non acquiri fiſco: quia quamuis libertatem amiſerint, & ſerui pœnæ effecti ſint, fiſci tamen ſerui non ſunt. l. in metallum. Item fiſcus litem ſibi vltro donatam non ſuſcipit. l. res quæ. §. pen. Notandum eſt cum bona alicuius deferuntur fiſco, eum creditoribus ſatisfacere debere. l. nõ poſſunt, ſed, quatenus bona ſoluendo fuerint. l. 1. §. an bona. Quamuis alioquin hæres ſupra vires hæreditatis teneatur creditorib. l. quæ dot. ſolut. matr.

Bona vacantia ſunt fiſci.

De nuntiatione ſeu delatione.

Cap. III.

VTilitas fiſci poſtulat, vt ſi quid ad fiſcum pertineat ob cauſas iam dictas, aut alias huiuſmodi, quod fortaſſis lateat, nuntiare ac deferre volentes audiantur. l. 1. Dixi volentes, propterea quod nemo inuitus nuntiare cogitur. l. res quæ. §. vlt. Nuntiatio autem hæc bonorum vacantium nomine quadriennio finitur, tametſi in aliis pleriſque cauſis tempus viginti annorum præſtitutum ſit. l. 1. §. Diuus. hic. l. intra. & l. in omnibus. ſupra de diuerſ. & tempor. præſcript.

De his quæ deferre poſſunt, & non poſſunt.

Cap. IV.

MArtianus lib. ſingulari de delatoribus quaſdam perſonas recenſet quibus deferre non licet. l. deferre. Cuiuſmodi ſunt mulieres, clariſſimi viri, damnati, veterani milites. Sed in his qui ſe deferũt, de quibus ante diximus, delectus perſonarum non habetur l. ait Diuus. 16. Sunt & alij qui certas perſonas deferre prohibentur, vt puta, tutores, curatores, cauſam pupillorum vel adoleſcentum deferre non poſſunt. Item ij qui quaſi curatores negotia alicuius geſſerunt. d. l. deferre. Serui quoque deferentes dominos ſuos, aut liberti patronos, pœna plectuntur. l. 2 § pen. l. edicto §. vlt. & l. vltim. C. de delator. Illud notandum eſt delatorem eum non eſſe qui protegendæ ſuæ cauſæ gratia aliquid ad fiſcum denuntiat. l. delator. l. deferre. § ſi communem. hic. l. 3 C. de delator. quare hic prohibitus non intelligitur, &c.

De ratione nuntiandi ſeu deferendi, & de his quæ ex ea nuntiatione conſequuntur.

Cap. V.

POſtquam fiſco aliquid nuntiatum eſt, ſi nuntiator edictis de more vocatus à præfecto ærario, non adſit, abſoluitur reus: & ſi poſſeſſor adfuerit, tantum fiſco præſtare cogetur nuntiator, quantum apud fiſcum remaneret, ſi profeſſionem eam impleuiſſet. l. Senatus. §. quod ſi tribus. l. Arianus. Præterea delatori publicam cauſam defendendi ius adimitur. l. 2. § Senatus. In ſumma delator eandem pœnam fert, ſi citatus ad edictum non reſponderit, qua teneretur ſi cauſam non probaſſet. l. Senatus. §. diuus. Compellitur etiam delator edere mandatorem ſuum, quia pari pœna vterque plectitur. l. 2 §. Diuus. l. Senatus. §. ſi quis delatorem. l. non tantum. Si adfuerit delator & reum condemnauerit, præmium conſequetur, quod vulgare Paulus vocat. l. edicto. §. extat. Et exiſtimo quadruplum illud eſſe, cuius meminit Aſconius. Vnde Quadruplatores dicti, quamuis ſeipſum deferens dimidiam partem lucretur. Si non probauerit delator puniendus eſt. l. de eo. & l. extat. Aut ſi ab accuſatione deſtiterit non impetrata abolitione. l. Senatus. in princ. l. res quæ. §. vlt. & d. l. de eo. Eſtque eadem pœna qua diximus eum puniri, qui vocatus ad iudicium non venit, non adeſt, l. Senatus. & l. Arianus. Sed & infamia quoque notatur delator ob calumniam ſuam. l. 2. in prin. hic. Excipiuntur aliqui caſus in quibus delatori ignoſcitur, quamuis non probauerit. l. 2. in prin. hic. l. 2. 3. 4. Cod. de delatoribus. Si vero reus cum delatore pactus ſit, eúmque corruperit pretio vel modico dato, pro confeſſo habetur, l. in fiſci. l. eius, qui delatoras. & l. imperatores.

Delator vocatus ſi non adſit, abſoluitur reus.

De acquiſitione & adminiſtratione rerum fiſcalium.

Cap. VI.

Res delatæ fiſco incorporãtur, ſecundum formam conſtitutione expreſſam. l.3. C. de bonis vacantibus. Nemo autem poteſt eas res ſibi vindicare prætextu donationis à Principe impetratæ, tametſi liberalitas nemine poſcente in aliqua collata valeat. C. de petit. bon. ſublat. Quod ad adminiſtrationem attinet, animaduertendum eſt, ſi pecunia ſit, ita adſeruãdam eſſe, vt fœnerari aut mutuam dare non liceat. tit. de his qui ex publicis rationibus. Aliæ vero res interdum venduntur aut locantur. Itaque de venditione primum, & poſtea de locatione videndum eſt.

De venditione rerum fiſcalium.

Cap. VII.

Res quæ fiſco competunt, de quibus eſt controuerſia, vendi poſſunt à Procuratore Cæſaris. l. res quæ. hic. l. defenſionis facultas. hic. C. eo. Sed & ſi rem cum alio communem fiſcus habeat, eam diſtrahere totam ei licet. C. de vendit. rerum fiſcal. Actores ſane bonorum fiſco vindicatorum venundari prohibentur. l. bonorum. & l. ne procuratores. l. aufertur. §. actores. Modus autem venditionis eſt, vt res fiſcales iuſto verόque pretio vendi debeant, quare fides diligentiáque à procuratore exigitur. l.3. §. Diui. Forma autem & ordo venditionis traditur ſub tit. de fide inſtrumentor. & iure haſtæ fiſcalis.

Effectus venditionis.

Cap. VIII.

Venditionis fiſcalis effectus hic eſt, quod res auctore fiſco ſolenniter diſtractæ ſtatim fiunt emptoris. l.5. Quamuis forte fiſci eæ non fuerint, ſed intra quadriennium fiſcus eo nomine poteſt à domino conueniri. C. de quadrien. præſcrip. §. vlt. Inſtit. de vſucap. Verum re euicta fiſcus nec duplum nec aliam pœnam debet, quamuis promiſſa ſit à procuratore. d. l.5. Quãuis autem emptor ſtatim dominus fiat, nec poſſit ab alio conueniri, tamen is qui bona vacantia emit à fiſco, actionem quæ contra defunctum competebat excipere debet. l. eum qui. Fiſcus igitur venditionem à ſe factam retractare non poteſt. C. ne fiſcus rem quam vendid. euinc. Niſi forte ſolennis ordo venditionis amiſſus fuerit. C. de fide inſtrumentorum & iure haſtæ fiſcalis. Aut magni pretij res minoris empta ſit. l.2. De fructib. rei venditæ, tractatur quæſtio in l. vlt. de qua ſcripſi in l. fructus. ſolut. matr.

De locatione rerum fiſcalium.

Cap. IX.

Res fiſcales locari ſolent in quinquennium, valétque huiuſmodi locatio vſque ad finem huius temporis. Nam finito tempore liberum eſt à locatione recedere. leg.3. §. quinquennium. Quamdiu autem tempus locationis durat, licet conductori aliis locare periculo ſuo. l. Moſchis. §. vlt. Hæc omnia accipienda ſunt, ſi idoneis perſonis res locatæ ſunt. Nam minoribus locari non debent, ne beneficio ætatis vtantur. l. in fraudem. §. vlt. & C. ſi aduerſus fiſcum. Adde tit. C. de locatione prædiorum ciuil. Conductor re locata vtitur fruitur, nec minuere quicquam aut transferre licet. l. in fraudem. §. conductor.

De cauſis actionibúſque fiſcalibus.

Cap. X.

Qvomodo ſint cõueniẽdi fiſci debitores, traditur ſub tit. de conueniendis fiſci debitoribus. C. Adde debitores debitoris aliquando cõueniri poſſe. l.3. §. multa. hic. & C. quand. fiſc. vel priuat. In his cauſis quæ apud Præfectum ærarij vel procuratorem fiſci aguntur, l. ſenatus. §. vlt. l. Arianus. aduocatus fiſci præſes eſſe debet, l.3. §. diuus. & l.7. Dilatio debitori ad comparandam pecuniam datur ſecundum quantitatem pecuniæ debitæ. l. in fraudem. §. fiſcalibus. Compenſatio poteſt opponi fiſco, præterquam in caſibus exceptis, ſed opponens ſibi debitum intra duos menſes probare debet. l. aufertur. Inſtrumenta fiſco edere cogitur reus. l.2. idque in fiſco ſingulare eſt. l.3. de edendo. De hac aditione vide l. in fraudem. §. neque. Fiſcus in omni cauſa ius pignoris habet. l. aufertur. §. fiſcus. Sed non præfertur iis qui expreſſam hypothecam anteriorem habent, ſi ea ſpecialis ſit. Si vero generalis ſit hypotheca bonorum omnium præſentium & futurorum, conſtitutum eſt in re poſtea acquiſita fiſcum potiorem eſſe debere, l. ſi qui mihi. 28. id eſt, vt ego interpretor, poſt fiſcalem contractum. Nam in acquiſitis poſt obligationem cum priuato contractam ante fiſcalem contractum fiſcus potior non eſt. l. vlt. qui potiores in pignore habeant. Quas vſuras exigat fiſcus, & quæ ab eo exigantur, vide titulum de fiſcalib. vſur. Lata ſententia aduerſus fiſcum aliquando retractatur. l. imperatores. de re iud. & tit. C. de ſent. aduerſus fiſcum. Differuntur aliquando priuatorum cauſæ, ne fiſco præiudicium fiat. l. apud. Priuilegium protopraxiæ habet fiſcus, cum rem perſequitur, non pœnam. leg. non poſſunt. l. quod placuit. l. ſi Statius. §. vlt. hic. & tit. C. de pœn. fiſca. Fiſcus cum in ius priuati ſuccedit, iure priuati vtitur, pro anteriori tempore, l.6. vtitur priuilegio etiam in hæredem debitoris. l. eum qui. 33.

Inſtrumenta fiſco edere cogitur reus.

Pag. 253. in princ. deſideratur vox. Qua. pagina 400. dele poſtremam lineam. pag. 589. adde, quòd. pag. 671. in prin. quæ deſiderantur ſic repone, vt correſpondeant verbis poſtremis. pagina 670. infr. Inſtit. qua forma iuris prætorij eſt, ſed cum paulatim in inſtit. de teſtam.

Cav. G. D. G[illegible]
[illegible]
PESCARA
71

Digitized by Google